

**COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'OCTROI ET LA GESTION DES
CONTRATS PUBLICS DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION**

LE PARTI QUÉBÉCOIS

PARTICIPANT

CAHIER D'AUTORITÉS DU PARTI QUÉBÉCOIS

**Me ESTELLE TREMBLAY
AVOCATE**

 **GAUTHIER
BÉDARD**
S.E.N.C.R.L. CABINET D'AVOCATS FONDÉ EN 1932

364, rue Racine Est
Arrondissement de Chicoutimi
Saguenay (Québec) G7H 1s6




TABLE DES MATIÈRES

ONGLET

DILIGENCE RAISONNABLE

JURISPRUDENCE

Magasins à rayons People c. Wise [2004] 3 R.C.S. 461; 1

56 [...] *Trois éléments de l'art. 1457 C.c.Q. sont pertinents à l'intégration, dans les principes de la responsabilité extracontractuelle, de l'obligation de diligence de l'administrateur : la personne à qui incombe l'obligation (toute personne), le bénéficiaire de l'obligation (— autrui —) et le manquement qui engage la responsabilité (— règles de conduite —). [...]*

57 [...] *La seule question qu'il reste maintenant à examiner est donc celle des « règles de conduite » susceptibles de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle. Sur ce point, l'art. 1457 est clair.*

63 [...] *Nous préférons la décrire comme une norme objective. 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.*

64 *La méthode contextuelle dictée par l'al. 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. 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. 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 possèdent pas les tribunaux. 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. Les décisions d'affaires doivent parfois être prises dans un 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, suivant la terminologie employée aux États-Unis, la « règle de l'appréciation commerciale.

65 Dans l'arrêt *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 1998 CanLII 5121 (ON CA), 42 O.R. (3d) 177, la juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario a dit ce qui suit, à la p. 192 :

[...] 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. [...]

[...]

67 On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'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 décisions prises doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir. 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 décisions 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 nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. »

Pincourt (Ville de) c. Construction Cogere Itée, 2013 QCCA 1773;..... 2

«[165] Cela dit, il faut encore déterminer le test applicable à une affaire comme la nôtre. Or, le premier alinéa de l'article 1457 C.c.Q. n'énonce pas les règles de conduite susceptibles de mettre en oeuvre la responsabilité extracontractuelle. Quelles sont les exigences de l'obligation de diligence ?

[166] Selon les auteurs Crête et Rousseau, il y aurait une disparité entre les régimes actuels de droit canadien et québécois. Ils invitent nos tribunaux à réconcilier les deux régimes :

859. Dans l'arrêt *Wise*, la Cour suprême a tranché ce débat en mettant de côté la position exprimée dans *Soper*. [...]

860. Dans cet arrêt, la Cour suprême a statué que le devoir de prudence et diligence établit une norme de conduite objective. [...]

861. Nous pouvons nous interroger sur l'incidence de la décision *Wise* sur l'interprétation du devoir de prudence et diligence de l'article 119 LSAQ. En droit civil, le devoir de prudence et diligence comporte à la fois

des éléments objectifs et contextuels, comme le souligne le professeur Cantin Cumyn : « Selon le droit commun, la conduite du débiteur de l'obligation de prudence et diligence doit être comparée à celle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances ». [...] Comme nous pouvons le constater, l'obligation de prudence et diligence de la LSAQ pourrait être interprétée d'une manière similaire à celle proposée dans l'arrêt Soper. Si tel devait être le cas, nous nous retrouverions avec des normes de conduite différentes pour les sociétés fédérales et les sociétés québécoises, ce qui serait certainement déplorable. Aussi, nous estimons qu'il est souhaitable que les tribunaux imposent aux administrateurs des compagnies québécoises une norme de conduite similaire à celle qui découle de la législation fédérale, en suivant les enseignements de l'arrêt Wise.

[167] La Cour suprême écrit à ce sujet, dans *Peoples* :

[...] Nous préférons la décrire comme une norme objective. 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.

[168] Ni la LSCA ni la LSAQ ne sont applicables à notre affaire. En revanche, pour déterminer s'il y a faute extracontractuelle, le régime général de droit civil retient le modèle du critère abstrait et objectif. Il faut donc utiliser, comme référence, le comportement de la personne raisonnable, prudente et diligente. Il faut se rapporter à une « norme de conduite acceptée ou tolérée par la société ». Cela ne signifie pas qu'il faille ignorer complètement « toute dimension concrète tenant à la personnalité de l'auteur du dommage dans l'appréciation de sa conduite ». Il faut replacer la personne dans la fonction qu'elle occupait alors et tenir compte des circonstances particulières de l'espèce.

[...]

[170] [...] Mais les choses ont évolué depuis, comme le rappellent Baudoin et Deslauriers dans la dernière édition de leur traité *La responsabilité civile* :

[...] Cette norme de conduite imposée à l'administrateur et au dirigeant s'évalue objectivement c'est-à-dire en référant aux critères de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. [...]

[171] Enfin, Paul Martel écrit, à ce sujet :

Les décisions d'affaires des administrateurs prises légalement, de bonne foi, sans intérêt personnel et en deçà de leurs pouvoirs, ne sont pas sujettes à un examen microscopique par la cour [...].

[...]

[173] En terminant, rappelons que le devoir de prudence et de diligence comprend une obligation de renseignement, préalable à une prise de décision, obligation participant de l'obligation générale de bonne foi. L'administrateur doit donc renseigner son cocontractant, mais il a aussi « l'obligation de se renseigner adéquatement relativement à la décision à prendre ».

[...]

[176] Les appelants sont les artisans de ce projet depuis sa genèse. Ils l'ont conçu, en ont déterminé les contours, ont négocié son financement et ses modalités d'exécution. Il s'agissait aussi d'un projet incomplet puisque les plans d'exécution n'étaient pas disponibles lorsque l'entente est intervenue entre Complexe et CogereX. Au surplus, le contrat fast track était d'un type particulier, l'échéancier prévu était serré et cet échéancier était en retard lorsque les travaux ont débuté.

[177] Dans les deux cas, les appelants sont des administrateurs expérimentés. Leur comportement doit être rapproché de celui qu'aurait adopté un administrateur raisonnable, ayant une expérience analogue, placé dans les mêmes circonstances.

[178] La situation exigeait donc des appelants, qui portaient le projet sur le terrain et agissaient comme administrateurs de Complexe, qu'ils démontrent de la transparence, de la bonne foi et une franche collaboration avec l'entrepreneur. Ils devaient s'informer avant de prendre des décisions importantes, informer CogereX des difficultés qui se présentaient en temps utile et des avenues possibles de solution. Ils devaient considérer l'impact de leurs décisions sur l'entrepreneur, sur les sous-entrepreneurs, sur la réalisation du projet, voire sur sa survie. Dans tous les cas, ils devaient prendre des décisions raisonnables dans l'intérêt de Complexe dont ils étaient les mandataires. »

Procureur général du Québec c. Depan-Escompte Couche-tard inc.,
2003 CanLII 9343 (QC CQ);..... 3

[12] La notion de diligence raisonnable a été traitée par les tribunaux de toute instance dans notre droit canadien et québécois et à de très nombreuses occasions. [...] :

- Le fait, pour la défenderesse, de démontrer qu'elle a pris tous les moyens nécessaires pour éviter l'infraction est légal et conforme aux règles de notre droit;

[...]

- La personne morale ne peut tenter de se disculper en alléguant que les actes sont commis en désobéissance à des instructions expresses. Ce serait, par exemple, échapper à toute responsabilité en communiquant à ses dirigeants et employés une directive générale imposant l'obligation de toujours respecter la loi.
- Lorsqu'il s'agit d'un employeur, que ce soit un individu ou une personne morale, généralement le tribunal, dans son analyse, doit considérer les circonstances suivantes:

1. La présence de directives claires et appropriées transmises aux employés par un moyen de communication efficace;

2. *La mise en place de systèmes d'application, de contrôle et de supervision des directives et des employés;*
3. *L'existence de programme de formation spécialisée et d'entraînement du personnel;*
4. *L'utilisation et l'entretien d'équipements adéquats;*
5. *La mise sur pied de programme d'urgence, s'il y a lieu;*
6. *La possibilité de sanctions administratives graduées pour inciter les employés à respecter la loi et les directives.*

JUSTICE NATURELLE

JURISPRUDENCE

Morneau c. Canada, [2001] 1 RCF 30; 4

« [44] [...] *Par ailleurs, la justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions de l'office, y compris celles qu'une commission d'enquête tire, ne sont pas étayées par la preuve: Mahon v. Air New Zealand Ltd., [1984] 1 A.C. 808 (C.P.), lord Diplock, à la page 820:*

Les règles de justice naturelle qui sont ici pertinentes peuvent, à notre avis, se résumer aux deux règles que la Cour d'appel d'Angleterre a mentionnées dans l'arrêt Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490, qui portait sur l'exercice d'une compétence en matière d'enquête, même s'il s'agit d'une compétence différente de celle que le juge qui enquêtait sur le désastre du mont Erebus a assumée. Selon la première règle, la personne qui tire une conclusion dans l'exercice de pareille compétence doit fonder sa décision sur des éléments de preuve qui ont une valeur probante au sens où nous l'entendons ci-dessous. Selon la seconde règle, cette personne doit entendre d'une façon équitable toute preuve pertinente qui va à l'encontre de la conclusion et tout argument rationnel contraire à la conclusion qu'une personne représentée à l'enquête, dont les intérêts (notamment au point de vue de sa carrière ou de sa réputation) peuvent être en jeu, veut ou aurait voulu lui soumettre si elle avait su que cette conclusion serait peut-être tirée.

[...]

[45] *Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l'intimé ne peut pas réellement se plaindre qu'elles ont peut-être terni sa réputation. D'autre part, si aucun élément de preuve n'étayait les conclusions, le tort qui pourrait être causé*

à la réputation de l'intimé serait important. L'intimé ne pourrait pas se présenter de nouveau devant la Commission pour faire corriger l'erreur. Le mandat de la Commission est épuisé. L'intimé ne pourrait pas non plus en appeler d'une conclusion erronée devant une cour de justice. À moins que les conclusions en cause ne soient susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, toute erreur qui peut avoir été commise ne pourrait jamais être corrigée et il ne serait jamais possible de remédier au tort qui a pu être fait. L'intimé serait obligé de subir ces conséquences pour le reste de sa vie, et ce, quel que soit le dommage qui puisse avoir été causé à sa réputation. Cela semblerait injuste. Je concède que ces considérations à elles seules ne règlent pas la question de la possibilité d'effectuer un examen, mais il ne faut pas non plus omettre d'en tenir compte. Toutefois, je suis convaincu qu'une affaire telle que celle-ci doit assurément être examinée par la Cour pour le motif énoncé à l'alinéa 18.1(4)b), de façon à garantir le respect de la justice naturelle et à veiller à ce que la réputation de l'intimé ne soit pas ternie d'une façon injustifiée. »

Mahon v. Air New Zealand Ltd, [1984] 1 A.C. 808; 5

p. 13-14 :

«The rules of natural justice that are germane to this appeal can, in their Lordships' view, be reduced to those two that were referred to by the Court of Appeal of England in *Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore* [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490, which was dealing with the exercise of an investigative jurisdiction, though one of a different kind from that which was being undertaken by the judge inquiring into the Mt. Erebus disaster. The first rule is that the person making a finding in the exercise of such a jurisdiction must base his decision upon evidence that has some probative value in the sense described below. The second rule is that he must listen fairly to any relevant evidence conflicting with the finding and any rational argument against the finding that a person represented at the inquiry, whose interests (including in that term career or reputation) may be adversely affected by it, may wish to place before him or would have so wished if he had been aware of the risk of the finding being made.

The technical rules of evidence applicable to civil or criminal litigation form no part of the rules of natural justice. What is required by the first rule is that the decision to make the finding must be based on some material that tends logically to show the existence of facts consistent with the finding and that the reasoning supportive of the finding, if it be disclosed, is not logically self-contradictory.

The second rule requires that any person represented at the inquiry who will be adversely affected by the decision to make the finding should not be left in the dark as to the risk of the finding being made and thus deprived of any opportunity to adduce additional material of probative value which, had it been placed before the decision-maker, might have deterred him from making the finding even though it cannot be predicated that it would inevitably have had that result. »

DOCTRINE

PANACCIO Charles-Maxime, *La détermination des faits et de la responsabilité par les commissions d'enquête*, Colloque sur les organismes d'enquête, Éditions Yvon Blais, 2009; 6

p.99 :

« L'opportunité offerte aux tribunaux judiciaires de réviser une conclusion de fait déraisonnable ou injustifiée peut être décrite comme relevant des exigences de l'équité procédurale ou de la doctrine de la raisonnable. Car une conclusion de fait qui n'est pas fondée sur des éléments de preuve probants ou sur aucun élément de preuve est déraisonnable dans la mesure où elle va à l'encontre des règles minimales de l'épistémologie (qui guident l'établissement de quelque fait ou connaissance que ce soit), tout en étant, par le fait même, inéquitable ou injuste pour la personne lésée par la conclusion. »

**IN THE MATTER OF the Bankruptcy of
Peoples Department Stores Inc./Magasins
à rayons Peoples inc.**

**Caron Bélanger Ernst & Young Inc., in its
capacity as Trustee to the bankruptcy of
Peoples Department Stores Inc./Magasins
à rayons Peoples inc. Appellant**

v.

**Lionel Wise, Ralph Wise and
Harold Wise Respondents**

and

**Chubb Insurance Company of
Canada Respondent**

**INDEXED AS: PEOPLES DEPARTMENT STORES INC.
(TRUSTEE OF) v. WISE**

Neutral citation: 2004 SCC 68.

File No.: 29682.

2004: May 11; 2004: October 29.

Present: Iacobucci,* Major, Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

*Corporations — Directors and officers — Fiduciary
duty and duty of care — Directors of bankrupt corpora-
tion being sued by trustee — Trustee claiming that direc-
tors breached fiduciary duty and duty of care — Whether
directors owe fiduciary duty or duty of care to corpora-
tion's creditors — Canada Business Corporations Act,
R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1).*

*Bankruptcy and insolvency — Reviewable transac-
tions — Transfer of assets between wholly-owned subsidi-
ary and parent corporation — Wholly-owned subsidiary
and parent corporation declaring bankruptcy — Parent
corporation's directors sued by trustee of wholly-owned
subsidiary — Trustee claiming that certain transactions
were reviewable — Whether consideration for impugned*

* Iacobucci J. took no part in the judgment.

**DANS L'AFFAIRE DE la faillite de
Peoples Department Stores Inc./Magasins
à rayons Peoples inc.**

**Caron Bélanger Ernst & Young Inc., en sa
qualité de syndic de la faillite de Peoples
Department Stores Inc./Magasins à rayons
Peoples inc. Appelante**

c.

**Lionel Wise, Ralph Wise et
Harold Wise Intimés**

et

**Chubb du Canada, Compagnie
d'assurance Intimée**

**RÉPERTORIÉ : MAGASINS À RAYONS PEOPLES INC.
(SYNDIC DE) c. WISE**

Référence neutre : 2004 CSC 68.

N° du greffe : 29682.

2004 : 11 mai; 2004 : 29 octobre.

Présents : Les juges Iacobucci*, Major, Bastarache,
Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Obligation
de fiduciaire et obligation de diligence — Administrateurs
d'une société faillie poursuivis par le syndic — Admi-
nistrateurs accusés par le syndic de manquement à
leur obligation de fiduciaire et à leur obligation de dili-
gence — Les administrateurs ont-ils une obligation de
fiduciaire et une obligation de diligence envers les créan-
ciers de la société? — Loi canadienne sur les sociétés par
actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1).*

*Faillite et insolvabilité — Transactions révisa-
bles — Transfert d'actifs entre la filiale à part entière et
la société mère — Faillite de la filiale à part entière et
de la société mère — Administrateurs de la société mère
poursuivis par le syndic de la filiale à part entière — Allé-
gation par le syndic que certaines transactions sont révi-
sables — La contrepartie reçue dans les transactions*

* Le juge Iacobucci n'a pas pris part au jugement.

transactions conspicuously less than fair market value — Whether directors “privity” to transactions — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100.

Wise Stores Inc. (“Wise”) acquired Peoples Department Stores Inc. (“Peoples”) from Marks and Spencer Canada Inc. (“M & S”). L.W., R.W. and H.W. (the “Wise brothers”) were majority shareholders, officers and directors of Wise, and the only directors of Peoples. Because of covenants imposed by M & S, Peoples could not be merged with Wise until the purchase price had been paid. Almost from the outset, the joint operation of Wise and Peoples did not function smoothly. Parallel bookkeeping, combined with shared warehousing arrangements, caused serious problems for both companies. As a result, their inventory records were increasingly incorrect. The situation, already unsustainable, was worsening. L.W. consulted the vice-president of administration and finance of both Wise and Peoples in an attempt to find a solution. On his recommendation, the Wise brothers agreed to implement a joint inventory procurement policy whereby the two firms would divide responsibility for purchasing. Peoples would make all purchases from North American suppliers and Wise would, in turn, make all purchases from overseas suppliers. Peoples would then transfer to Wise what it had purchased for Wise, charging Wise accordingly, and vice versa. The new policy was implemented on February 1, 1994. Before the end of the year, both Wise and Peoples declared bankruptcy. Peoples’ trustee filed a petition against the Wise brothers. The trustee claimed that they had favoured the interests of Wise over Peoples to the detriment of Peoples’ creditors, in breach of their duties as directors under s. 122(1) of the *Canada Business Corporations Act* (“CBCA”). In the alternative, the trustee claimed that the Wise brothers had in the year preceding the bankruptcy been privy to transactions in which Peoples’ assets had been transferred to Wise for conspicuously less than fair market value within the meaning of s. 100 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (“BIA”). The trial judge found the Wise brothers liable on both grounds. The Court of Appeal set aside the trial judge’s decision.

Held: The appeal should be dismissed. The Wise brothers did not breach their duties under s. 122(1) of the CBCA, nor were the impugned transactions in violation of s. 100 of the BIA.

attaquées est-elle manifestement inférieure à la juste valeur du marché? — Les administrateurs étaient-ils des parties intéressées dans les transactions? — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100.

Wise Stores Inc. (« Wise ») a acquis de Marks & Spencer Canada Inc. (« M & S ») les Magasins à rayons Peoples Inc. (« Peoples »). L.W., R.W. et H.W. (les « frères Wise ») étaient actionnaires majoritaires, dirigeants et administrateurs de Wise, et les seuls administrateurs de Peoples. En raison des conditions imposées par M & S, Peoples ne pouvait fusionner avec Wise avant le paiement intégral du prix d’achat. Presque dès le début, l’exploitation en commun de Wise et de Peoples s’est avérée difficile. La tenue d’une comptabilité parallèle, conjuguée à l’entreposage en commun des marchandises, a causé de graves problèmes aux deux sociétés. En conséquence, les fiches de stocks des deux sociétés sont devenues de plus en plus inexactes. La situation, déjà intolérable, a empiré. L.W. a consulté le vice-président à l’administration et aux finances de Wise et Peoples pour tenter de trouver une solution. Sur sa recommandation, les frères Wise ont accepté de mettre en œuvre une politique d’approvisionnement commun en vertu de laquelle les deux entreprises se partageraient la responsabilité des achats. Peoples s’occuperait de tous les achats auprès de fournisseurs en Amérique du Nord et Wise, pour sa part, se chargerait de tous les achats faits outre-mer. Peoples transférerait ensuite à Wise les marchandises achetées pour Wise et lui en réclamerait le prix, et vice versa. La nouvelle politique est entrée en vigueur le 1^{er} février 1994. Avant la fin de l’année, Wise et Peoples ont été déclarées en faillite. Le syndic de Peoples a présenté contre les frères Wise une requête dans laquelle il a prétendu que ces derniers avaient privilégié les intérêts de Wise plutôt que ceux de Peoples au détriment des créanciers de Peoples, en contravention des obligations que le par. 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») leur imposait en tant qu’administrateurs. Le syndic a soutenu aussi que, au cours de l’année ayant précédé la faillite, les frères Wise étaient des parties intéressées aux transactions en vertu desquelles des biens de Peoples avaient été transférés à Wise pour une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur du marché au sens de l’art. 100 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (« LFI »). En première instance, le juge a conclu que les frères Wise étaient responsables en regard des deux moyens invoqués. La Cour d’appel a infirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Les frères Wise n’ont pas manqué aux obligations que leur imposait le par. 122(1) de la LCSA, et les transactions attaquées n’étaient pas contraires à l’art. 100 de la LFI.

The fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA requires directors and officers to act in good faith and honestly *vis-à-vis* the corporation. Here, the trial judge found that there was no fraud or dishonesty in the Wise brothers' attempts to solve the mounting inventory problems of Peoples and Wise. The Wise brothers considered the serious inventory management problem and implemented a joint inventory procurement policy they hoped would solve it. In the absence of evidence of a personal interest or improper purpose in the new policy, and in light of the evidence of a desire to make both Wise and Peoples "better" corporations, the directors did not breach their fiduciary duty under s. 122(1)(a). An honest and good faith attempt to redress a corporation's financial problems does not, if unsuccessful, qualify as such a breach. The fiduciary duty does not change when a corporation is in the nebulous "vicinity of insolvency". At all times, they owe their fiduciary obligations to the corporation, and the corporations' interests are not to be confused with the interests of the creditors or those of any other stakeholder. There is no need to read the interests of creditors into the fiduciary duty set out in s. 122(1)(a) in light of the availability under the CBCA both of the oppression remedy (s. 241(2)(c)) and of an action based on the duty of care (s. 122(1)(b)).

Directors and officers will not be held to be in breach of the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA if they act prudently and on a reasonably informed basis. The standard of care is an objective one. The decisions of directors and officers must be reasonable business decisions in light of all the circumstances, including the prevailing socio-economic conditions, about which they knew or ought to have known. While courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are often involved in corporate decision-making, they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision. In this case, in adopting the joint inventory procurement policy, the directors did not breach their duty of care in respect of Peoples' creditors. The implementation of the new policy was a reasonable business decision made with a view to rectifying a serious and urgent business problem in circumstances in which no solution may have been possible. The trial judge's conclusion that the new policy led inexorably to Peoples' failure and bankruptcy was factually

L'obligation fiduciaire prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA impose aux administrateurs et aux dirigeants le devoir d'agir avec intégrité et de bonne foi aux mieux des intérêts de la société. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il n'y a eu ni fraude ni malhonnêteté de la part des frères Wise lorsqu'ils ont tenté de régler les problèmes d'approvisionnement de plus en plus graves de Peoples et de Wise. Les frères Wise ont examiné le grave problème de gestion des stocks et ont mis en application une politique d'approvisionnement commun qui, espéraient-ils, permettrait de le régler. En l'absence d'éléments de preuve de l'existence d'un intérêt personnel ou d'une fin illégitime de la nouvelle politique, et compte tenu de la preuve d'une volonté de faire de Wise et de Peoples de « meilleures » entreprises, les administrateurs n'ont pas manqué à leur obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a). On ne peut conclure à un tel manquement en cas d'échec d'une tentative faite avec intégrité et de bonne foi pour redresser la situation financière d'une société. L'obligation fiduciaire reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Ils ont en tout temps leur obligation fiduciaire envers la société, et 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. Il n'est pas nécessaire d'interpréter les intérêts des créanciers comme étant visés par l'obligation prévue à l'al. 122(1)a) compte tenu de la possibilité, en vertu de la LCSA, d'un recours en cas d'abus de droit (al. 241(2)c)), en plus de l'action fondée sur l'obligation de diligence (al. 122(1)b)).

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'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. La norme de diligence est une norme objective. Les décisions des administrateurs et des dirigeants doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de toutes les circonstances, notamment les conditions socio-économiques existantes, qu'ils connaissaient ou auraient dû connaître. Si 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 décisions 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 nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. En l'espèce, en adoptant la politique d'approvisionnement commun, les administrateurs n'ont pas contrevenu à leur obligation de diligence à l'égard des créanciers de Peoples. L'instauration de la nouvelle politique était une décision d'affaires raisonnable qui a été prise en vue de corriger un problème d'ordre commercial

incorrect and constituted a palpable and overriding error. Many factors other than the new policy contributed more directly to Peoples' bankruptcy.

Section 44(2) of the CBCA as it then read (the provision has since been repealed) cannot exempt directors and officers from potential liability under s. 122(1) for any financial assistance given by subsidiaries to the parent corporation. Nor can the Wise brothers successfully invoke good faith reliance on the opinion of the vice-president of administration and finance under s. 123(4)(b) of the CBCA. As a non-professional employee, the vice-president did not belong to any of the professional groups named in s. 123(4)(b). He was not an accountant, was not subject to the regulatory overview of any professional organization and did not carry independent insurance coverage for professional negligence.

The trustee's claim under s. 100 of the BIA must fail. The relevant transactions are those spanning the period from February to December 1994 when the new procurement policy was in effect. With regard to all the circumstances of this case, a disparity of slightly more than six percent between fair market value and the consideration received does not constitute a conspicuous difference.

While, in light of this conclusion, there is no need to consider whether the Wise brothers would have been "privity" to the transactions, the disagreement between the trial judge and the Court of Appeal on the interpretation of "privity" in s. 100(2) of the BIA warrants the following comments. Since the provision's remedial purpose is to reverse the effects of a transaction that stripped value from the estate of a bankrupt person, the word "privity" should be given a broad reading to include those who benefit directly or indirectly from, and have knowledge of, a transaction occurring for less than fair market value. This rationale is particularly apt when those who benefit are the controlling minds behind the transaction.

Cases Cited

Applied: *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, [2002] 4 S.C.R. 312, 2002 SCC 81; **approved:** *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; **referred to:** *Automatic Self-Cleansing Filter*

grave et urgent dans un cas où il n'existait peut-être aucune solution. En concluant que la nouvelle politique avait inexorablement entraîné le déclin et la faillite de Peoples, le juge de première instance a mal interprété les faits et a commis une erreur manifeste et dominante. De nombreux facteurs, outre la nouvelle politique, ont contribué plus directement à la faillite de Peoples.

Le paragraphe 44(2) de la LCSA qui s'appliquait à l'époque (abrogé depuis) ne permet pas de soustraire les administrateurs et les dirigeants à leur responsabilité éventuelle en vertu du par. 122(1) pour toute aide financière fournie par une filiale à sa société mère. Les frères Wise ne peuvent non plus faire valoir avec succès qu'ils s'appuyaient de bonne foi sur l'opinion du vice-président aux finances comme le prévoit l'al. 123(4)(b) de la LCSA. Le vice-président était un employé non professionnel et n'était membre d'aucun des groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)(b). Il n'était pas un comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit d'assurance-responsabilité professionnelle.

La réclamation du syndic fondée sur l'art. 100 de la LFI doit échouer. Les transactions en cause sont celles qui ont été effectuées au cours de la période de février à décembre 1994 pendant laquelle la nouvelle politique d'approvisionnement était appliquée. Compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, un écart d'un peu plus de 6 pour 100 entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue ne constitue pas une différence manifeste.

Si, compte tenu de cette conclusion, il est inutile d'examiner si les frères Wise auraient eu un « intérêt » à la transaction, le désaccord entre le juge de première instance et la Cour d'appel sur l'interprétation des mots « ayant intérêt » au par. 100(2) de la LFI justifie les observations qui suivent. Puisque l'objet réparateur de cette disposition est d'annuler les effets d'une transaction qui a diminué la valeur des actifs d'un failli, 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. Ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque les personnes qui touchent un avantage sont les instigatrices de la transaction.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312, 2002 CSC 81; **arrêts approuvés :** *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1; **arrêts**

Syndicate Co. v. Cuninghame, [1906] 2 Ch. 34; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; 820099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123, aff'd (1991), 3 B.L.R. (2d) 113; *Teck Corp. v. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288; *Brasserie Labatt ltée v. Lanoue*, [1999] Q.J. No. 1108 (QL); *Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, rev'd [1932] 2 D.L.R. 70; *Lister v. McNulty*, [1944] S.C.R. 317; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477; *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407; *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124; *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 100(1) [repl. 1997, c. 12, s. 81], (2).
Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, ss. 44(1) [rep. 2001, c. 14, s. 26], (2) [*idem*], 102(1) [repl. *idem*, s. 35], 121, 122(1) [am. *idem*, s. 135 (Sch., item 43)], 123(4) [now 123(5)], 185, 238, 239, 240, 241.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 311, 1457, 2501.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8.1.

Authors Cited

Allen, William T., Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr. "Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law" (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859.
 Beck, Stanley M. "Minority Shareholders' Rights in the 1980s". In *Corporate Law in the 80s*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1982, 311.
 Brock, Jason. "The Propriety of Profitmaking: Fiduciary Duty and Unjust Enrichment" (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 185.
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*. Montréal: Thémis, 2002.
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard and Leon Getz. *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vols. I and II. Ottawa: Information Canada, 1971.
 Gray, Wayne D. "Peoples v. Wise and Dylex: Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate

mentionnés : *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. c. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; 820099 *Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113, conf. par (1991), 3 B.L.R. (2d) 123; *Teck Corp. c. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288; *Brasserie Labatt ltée c. Lanoue*, [1999] J.Q. n° 1108 (QL); *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, inf. par [1932] 2 D.L.R. 70; *Lister c. McNulty*, [1944] R.C.S. 317; *Hôpital Notre-Dame de l'Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Dovey c. Cory*, [1901] A.C. 477; *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407; *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Skalbania (Trustee of) c. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 311, 1457, 2501.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 44(1) [abr. 2001, ch. 14, art. 26], (2) [*idem*], 102(1) [rempl. *idem*, art. 35], 121 [mod. *idem*, art. 49], 122(1) [mod. 1994, ch. 24, art. 13], 123(4) [maintenant 123(5)], 185, 238, 239, 240, 241 [mod. 2001, ch. 14, art. 117].
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 100(1) [rempl. 1997, ch. 12, art. 81], (2).

Doctrine citée

Allen, William T., Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr. « Function Over Form : A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law » (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859.
 Beck, Stanley M. « Minority Shareholders' Rights in the 1980s ». In *Corporate Law in the 80s*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada. Don Mills, Ont. : Richard De Boo, 1982, 311.
 Brock, Jason. « The Propriety of Profitmaking : Fiduciary Duty and Unjust Enrichment » (2000), 58 *R.D.U.T.* 185.
 Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*. Montréal : Thémis, 2002.
 Dickerson, Robert W. V., John L. Howard et Leon Getz. *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. I et II. Ottawa : Information Canada, 1971.
 Gray, Wayne D. « Peoples v. Wise and Dylex : Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate

Insolvency — Stasis or Pragmatism?” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 242.

Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2003, release 9).

Iacobucci, Edward M. “Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 398.

Iacobucci, Edward M., and Kevin E. Davis. “Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87.

Martel, Paul. “Le ‘voile corporatif’ — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec” (1998), 58 *R. du B.* 95.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Thomson, David. “Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 31.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2003] R.J.Q. 796, 224 D.L.R. (4th) 509, 41 C.B.R. (4th) 225, [2003] Q.J. No. 505 (QL), setting aside a decision of the Superior Court (1998), 23 C.B.R. (4th) 200, [1998] Q.J. No. 3571 (QL). Appeal dismissed.

Gerald F. Kandestin, Gordon Kugler and Gordon Levine, for the appellant.

Éric Lalanne and Martin Tétreault, for the respondents Lionel Wise, Ralph Wise and Harold Wise.

Ian Rose and Odette Jobin-Laberge, for the respondent Chubb Insurance Company of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR AND DESCHAMPS JJ. —

I. Introduction

¹ The principal question raised by this appeal is whether directors of a corporation owe a fiduciary duty to the corporation’s creditors comparable to the statutory duty owed to the corporation. For the reasons that follow, we conclude that directors owe a duty of care to creditors, but that duty does not rise to a fiduciary duty. We agree with the disposition of

Insolvency — Stasis or Pragmatism? » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 242.

Houlden, L. W., and G. B. Morawetz. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2003, release 9).

Iacobucci, Edward M. « Directors’ Duties in Insolvency : Clarifying What Is at Stake » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 398.

Iacobucci, Edward M., and Kevin E. Davis. « Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87.

Martel, Paul. « Le “voile corporatif” — l’attitude des tribunaux face à l’article 317 du Code civil du Québec » (1998), 58 *R. du B.* 95.

McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.

Thomson, David. « Directors, Creditors and Insolvency : A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress? » (2000), 58 *R.D.U.T.* 31.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [2003] R.J.Q. 796, 224 D.L.R. (4th) 509, 41 C.B.R. (4th) 225, [2003] J.Q. n° 505 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure (1998), 23 C.B.R. (4th) 200, [1998] J.Q. n° 3571 (QL). Pourvoi rejeté.

Gerald F. Kandestin, Gordon Kugler et Gordon Levine, pour l’appelante.

Éric Lalanne et Martin Tétreault, pour les intimés Lionel Wise, Ralph Wise et Harold Wise.

Ian Rose et Odette Jobin-Laberge, pour l’intimée Chubb du Canada, Compagnie d’assurance.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES MAJOR ET DESCHAMPS —

I. Introduction

La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si les administrateurs d’une société ont, envers les créanciers de la société, une obligation fiduciaire comparable à l’obligation que leur impose la loi à l’égard de la société. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que les administrateurs ont envers les créanciers une obligation

the Quebec Court of Appeal. The appeal is therefore dismissed.

As a result of the demise in the mid-1990s of two major retail chains in eastern Canada, Wise Stores Inc. (“Wise”) and its wholly-owned subsidiary, Peoples Department Stores Inc. (“Peoples”), the indebtedness of a number of Peoples’ creditors went unsatisfied. In the wake of the failure of the two chains, Caron Bélanger Ernst & Young Inc., Peoples’ trustee in bankruptcy (“trustee”), brought an action against the directors of Peoples. To address the trustee’s claims, the extent of the duties imposed by s. 122(1) of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (“CBCA”), upon directors with respect to creditors must be determined; we must also identify the purpose and reach of s. 100 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”).

In our view, it has not been established that the directors of Peoples violated either the fiduciary duty or the duty of care imposed by s. 122(1) of the CBCA. As for the trustee’s submission regarding s. 100 of the BIA, we agree with the Court of Appeal that the consideration received in the impugned transactions was not “conspicuously” less than fair market value. The BIA claim fails on that basis.

II. Background

Wise was founded by Alex Wise in 1930 as a small clothing store on St-Hubert Street in Montreal. By 1992, through expansion effected by a mix of internal growth and acquisitions, it had become an enterprise operating at 50 locations with annual sales of approximately \$100 million, and it had been listed on the Montreal Stock Exchange in 1986. The stores were, for the most part, located in urban areas in Quebec. The founder’s three sons, Lionel, Ralph and Harold Wise (“Wise brothers”), were majority shareholders, officers, and directors of Wise. Together, they controlled 75 percent of the firm’s equity.

de diligence, mais cette obligation ne s’élève pas au niveau d’une obligation fiduciaire. Nous souscrivons au dispositif de la Cour d’appel du Québec. Le pourvoi est donc rejeté.

En raison de la faillite, au milieu des années 1990, de deux importantes chaînes de magasins de détail de l’Est du Canada, Wise Stores Inc. (« Wise ») et sa filiale à part entière, les Magasins à rayons Peoples Inc. (« Peoples »), de nombreuses créances de Peoples sont demeurées insatisfaites. Caron Bélanger Ernst & Young Inc., le syndic à la faillite de Peoples (« syndic »), a intenté une action contre les administrateurs de Peoples. Pour statuer sur les réclamations du syndic, il convient de déterminer l’étendue des obligations envers les créanciers qu’impose aux administrateurs le par. 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44 (« LCSA »). Nous devons également préciser l’objet et la portée de l’art. 100 de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »).

À notre avis, il n’a pas été démontré que les administrateurs de Peoples ont manqué à l’obligation fiduciaire ou à l’obligation de diligence qu’impose le par. 122(1) de la LCSA. Pour ce qui est de l’argument du syndic concernant l’art. 100 de la LFI, nous concluons comme la Cour d’appel que la contrepartie reçue dans le cadre des transactions contestées n’était pas « manifestement » inférieure à la juste valeur du marché. La réclamation fondée sur la LFI est rejetée pour ce motif.

II. Contexte

Wise a été fondée en 1930 par Alex Wise et était à l’origine un petit magasin de vêtements sur la rue St-Hubert, à Montréal. En 1992, l’entreprise avait élargi ses activités par sa croissance interne et des acquisitions. Elle exploitait 50 magasins dont les ventes annuelles s’élevaient à environ 100 millions de dollars et elle avait été inscrite à la Bourse de Montréal en 1986. Ses magasins se trouvaient pour la plupart dans des régions urbaines du Québec. Les trois fils du fondateur, Lionel, Ralph et Harold Wise (« frères Wise »), étaient actionnaires majoritaires, dirigeants et administrateurs de Wise. Ensemble, ils contrôlaient 75 pour 100 des actions ordinaires de l’entreprise.

2

2004 CSC 68 (CanLII)

3

4

5 In 1992, Peoples had been in business continuously in one form or another for 78 years. It had operated as an unincorporated division of Marks & Spencer Canada Inc. ("M & S") until 1991, when it was incorporated as a separate company. M & S itself was wholly owned by the large British firm, Marks & Spencer plc. ("M & S plc."). Peoples' 81 stores were generally located in rural areas, from Ontario to Newfoundland. Peoples had annual sales of about \$160 million, but was struggling financially. Its annual losses were in the neighbourhood of \$10 million.

6 Wise and Peoples competed with other chains such as Canadian Tire, Greenberg, Hart, K-Mart, M-Stores, Metropolitan Stores, Rossy, Woolco and Zellers. Retail competition in eastern Canada was intense in the early 1990s. In 1992, M-Stores went bankrupt. In 1994, Greenberg and Metropolitan Stores followed M-Stores into bankruptcy. The 1994 entry of Wal-Mart into the Canadian market, with its acquisition of over 100 Woolco stores from Woolworth Canada Inc., exerted significant additional competitive pressure on retail stores.

7 Lionel Wise, the eldest of the three brothers and Wise's executive vice-president, had expressed an interest in acquiring the ailing Peoples chain from M & S as early as 1988. Initially, M & S did not share Wise's interest for the sale, but by late 1991, M & S plc., the British parent company of M & S, had decided to divest itself of all its Canadian operations. At this point, M & S incorporated each of its three Canadian divisions to facilitate the anticipated divestiture thereof.

8 The new-found desire to sell coincided with Wise's previously expressed interest in acquiring its larger rival. Although M & S had initially hoped to sell Peoples for cash to a large firm in a solid financial condition, it was unable to do so. Consequently, negotiations got underway with representatives of Wise. A formal share purchase agreement was

En 1992, Peoples poursuivait déjà ses activités commerciales, sous une forme ou une autre, depuis 78 ans sans interruption. Elle était une division non constituée en société de Marks & Spencer Canada Inc. (« M & S ») jusqu'en 1991, année de sa constitution en société distincte. M & S était elle-même une filiale à part entière de la grande société britannique Marks & Spencer plc. (« M & S plc. »). Les 81 magasins de Peoples se trouvaient plutôt dans des régions rurales, de l'Ontario à Terre-Neuve. Les ventes annuelles de Peoples s'élevaient à environ 160 millions de dollars, mais avec des pertes annuelles d'environ 10 millions de dollars, l'entreprise se trouvait en difficulté financière.

Wise et Peoples étaient en concurrence avec d'autres chaînes comme Canadian Tire, Greenberg, Hart, K-Mart, M-Stores, Metropolitan Stores, Rossy, Woolco et Zellers. Au début des années 1990, la concurrence dans le secteur de la vente au détail dans l'Est du Canada était féroce. En 1992, M-Stores a fait faillite. En 1994, Greenberg et Metropolitan Stores ont fait faillite à leur tour. En 1994, l'arrivée sur le marché canadien de Wal-Mart, qui a acquis de Woolworth Canada Inc. plus de 100 magasins du détaillant Woolco au Canada, a soumis les commerces de vente au détail à une concurrence encore plus forte.

Dès 1988, Lionel Wise, l'aîné des trois frères et le vice-président exécutif de Wise, s'était montré intéressé à acheter de M & S la chaîne Peoples dont les activités étaient en déclin. Au départ, M & S ne partageait pas l'intérêt de Wise pour la vente, mais à la fin de 1991, M & S plc., la société mère britannique de M & S, avait décidé de mettre fin à toutes ses activités commerciales au Canada. M & S a alors constitué ses trois divisions canadiennes en sociétés distinctes pour en faciliter la vente.

Cette nouvelle volonté de vendre coïncide avec le désir manifesté auparavant par Wise d'acquérir sa grande rivale. Même si elle avait d'abord espéré vendre Peoples au comptant à une large entreprise jouissant d'une solide situation financière, M & S en est incapable. Par conséquent, elle amorce des négociations avec des représentants de Wise. Une

drawn up in early 1992 and executed in June 1992, with July 16, 1992 as its closing date.

Wise incorporated a company, 2798832 Canada Inc., for the purpose of acquiring all of the issued and outstanding shares of Peoples from M & S. The \$27-million share acquisition proceeded as a fully leveraged buyout. The portion of the purchase price attributable to inventory was discounted by 30 percent. The discount was designed to inject equity into Peoples in the fiscal year following the sale and to make use of some of the tax losses that had accumulated in prior years.

The amount of the down payment due to M & S at closing, \$5 million, was borrowed from the Toronto Dominion Bank (“TD Bank”). According to the terms of the share purchase agreement, the \$22-million balance of the purchase price would be carried by M & S and would be repaid over a period of eight years. Wise guaranteed all of 2798832 Canada Inc.’s obligations pursuant to the terms of the share purchase agreement.

To protect its interests, M & S took the assets of Peoples as security (subject to a priority in favour of the TD Bank) and negotiated strict covenants concerning the financial management and operation of the company. Among other requirements, 2798832 Canada Inc. and Wise were obligated to maintain specific financial ratios, and Peoples was not permitted to provide financial assistance to Wise. In addition, the agreement provided that Peoples could not be amalgamated with Wise until the purchase price had been paid. This prohibition was presumably intended to induce Wise to refinance and pay the remainder of the purchase price as early as possible in order to overcome the strict conditions imposed upon it under the share purchase agreement.

On January 31, 1993, 2798832 Canada Inc. was amalgamated with Peoples. The new entity retained Peoples’ corporate name. Since 2798832 Canada Inc. had been a wholly-owned subsidiary of Wise, upon amalgamation the new Peoples became a subsidiary directly owned and controlled by Wise.

convention formelle d’achat d’actions est rédigée au début de 1992 et signée en juin 1992, la date limite d’exécution étant fixée au 16 juillet 1992.

Afin d’acheter de M & S toutes les actions émises et en circulation de Peoples, Wise constitue la société 2798832 Canada Inc. L’acquisition des actions, pour une somme de 27 millions de dollars, est faite entièrement par emprunt. Une réduction de 30 pour 100 est accordée à l’égard de la partie du prix d’achat attribuable au coût des stocks. La réduction a pour but de permettre l’injection de capitaux dans Peoples au cours de l’exercice financier suivant la vente et d’utiliser certaines des pertes fiscales accumulées au cours des années précédentes.

Le versement initial dû à M & S à la signature, soit 5 millions de dollars, est emprunté à la Banque Toronto Dominion (« Banque TD »). Suivant les modalités de la convention d’achat d’actions, le reliquat de 22 millions de dollars du prix d’achat est dû à M & S et son remboursement échelonné sur une période de huit ans. Aux termes de la convention d’achat d’actions, Wise garantit solidairement toutes les obligations de 2798832 Canada Inc.

Afin de protéger ses intérêts, M & S prend les actifs de Peoples en garantie (sous réserve d’une priorité de rang en faveur de la Banque TD) et négocie des conditions strictes concernant la gestion financière et l’exploitation de la société. Notamment, 2798832 Canada Inc. et Wise ont l’obligation de maintenir des ratios financiers précis et Peoples n’est pas autorisée à fournir d’aide financière à Wise. De plus, la convention prévoit que Peoples ne peut fusionner avec Wise avant le paiement intégral du prix d’achat. Cette interdiction a vraisemblablement pour but d’inciter Wise à se refinancer et à payer le plus tôt possible le reliquat du prix d’achat afin d’écarter les conditions strictes qui lui sont imposées dans la convention d’achat d’actions.

Le 31 janvier 1993, 2798832 Canada Inc. est fusionnée avec Peoples. La nouvelle entité conserve la dénomination sociale de Peoples. Comme 2798832 Canada Inc. était une filiale à part entière de Wise au moment de la fusion, la nouvelle entité Peoples devient une filiale de Wise qui en a aussi le

9

10

11

12

The three Wise brothers were Peoples' only directors.

contrôle. Les trois frères Wise sont les seuls administrateurs de Peoples.

13 Following the acquisition, Wise had attempted to rationalize its operations by consolidating the overlapping corporate functions of Wise and Peoples, and operating as a group. The consolidation of the administration, accounting, advertising and purchasing departments of the two corporations was completed by the fall of 1993. As a consequence of the changes, many of Wise's employees worked for both firms but were paid solely by Wise. The evidence at trial was that because of the tax losses carried-forward by Peoples, it was advantageous for the group to have more expenses incurred by Wise, which, if the group was profitable as a whole, would increase its after-tax profits. Almost from the outset, the joint operation of Wise and Peoples did not function smoothly. Instead of the expected synergies, the consolidation resulted in dissonance.

Après l'acquisition, Wise avait tenté de rationaliser ses opérations en regroupant les diverses opérations de Wise et de Peoples qui se chevauchaient et en exploitant les deux entreprises comme un seul groupe. Le regroupement des services de la gestion, de la comptabilité, de la publicité et des achats des deux sociétés a été achevé à l'automne 1993. En raison de ces changements, de nombreux employés de Wise travaillaient pour les deux entreprises mais étaient payés par Wise uniquement. La preuve en première instance a démontré qu'en raison des pertes fiscales reportées de Peoples, il était avantageux pour le groupe que Wise engage davantage de dépenses, ce qui permettrait, si le groupe était rentable dans l'ensemble, d'augmenter ses bénéfices après impôt. Presque dès le début, l'exploitation en commun de Wise et de Peoples s'est avérée difficile. Au lieu de la synergie attendue, la consolidation a engendré la confusion.

14 After the acquisition, the total number of buyers for the two companies was nearly halved. The procurement policy at that point required buyers to deal simultaneously with suppliers on behalf of both Peoples and Wise. For the buyers, this nearly doubled their administrative work. Separate invoices were required for purchases made on behalf of Wise and Peoples. These invoices had to be separately entered into the system, tracked and paid.

Après l'acquisition, le nombre total d'acheteurs des deux sociétés est diminué d'environ la moitié. La politique d'approvisionnement oblige alors les acheteurs à traiter simultanément avec les fournisseurs pour le compte de Peoples et de Wise, ce qui double presque leurs tâches administratives. Des factures distinctes sont nécessaires pour les achats faits au nom de Wise et ceux faits au nom de Peoples. Ces factures doivent être inscrites séparément et faire l'objet d'un suivi et d'un paiement distincts.

15 Inventory, too, was separately recorded and tracked in the system. However, the inventory of each company was handled and stored, often unsegregated, in shared warehouse facilities. The main warehouse for Peoples, on Cousens Street in Ville St-Laurent, was maintained for and used by both firms. The Cousens warehouse saw considerable activity, as it was the central distribution hub for both chains. The facility was open 18 hours a day and employed 150 people on two shifts who handled a total of approximately 30,000 cartons daily through 20 loading docks. It was abuzz with activity.

Les stocks font aussi l'objet d'une inscription et d'un suivi distincts dans le système. Toutefois, les stocks de chacune des sociétés sont manipulés et entreposés, souvent sans être séparés, dans des entrepôts communs. L'entrepôt principal de Peoples, situé rue Cousens à Ville St-Laurent, a été conservé et utilisé par les deux entreprises. Il y a beaucoup d'activité à l'entrepôt Cousens parce qu'il s'agit du principal centre de distribution par les deux chaînes. L'entrepôt est ouvert 18 heures par jour et 150 personnes, y travaillant sur deux quarts, s'occupent de la manutention d'environ 30 000 boîtes quotidiennement sur 20 quais de chargement. L'activité y est intense.

Before long, the parallel bookkeeping combined with the shared warehousing arrangements caused serious problems for both Wise and Peoples. The actual situation in the warehouse often did not mirror the reported state of the inventory in the system. The goods of one company were often inextricably commingled and confused with the goods of the other. As a result, the inventory records of both companies were increasingly incorrect. A physical inventory count was conducted to try to rectify the situation, to little avail. Both Wise and Peoples stores experienced numerous shipping disruptions and delays. The situation, already unsustainable, was worsening.

In October 1993, Lionel Wise consulted David Clément, Wise's (and, after the acquisition, Peoples') vice-president of administration and finance, in an attempt to find a solution. In January 1994, Clément recommended and the three Wise brothers agreed that they would implement a joint inventory procurement policy ("new policy") whereby the two firms would divide responsibility for purchasing. Peoples would make all purchases from North American suppliers and Wise would, in turn, make all purchases from overseas suppliers. Peoples would then transfer to Wise what it had purchased for Wise, charging Wise accordingly, and vice versa. The new policy was implemented on February 1, 1994. It was this arrangement that was later criticized by certain creditors and by the trial judge.

Approximately 82 percent of the total inventory of Wise and Peoples was purchased from North American suppliers, which inevitably meant that Peoples would be extending a significant trade credit to Wise. The new policy was known to the directors, but was neither formally implemented in writing nor approved by a board meeting or resolution.

On April 27, 1994, Lionel Wise outlined the details of the new policy at a meeting of Wise's audit committee. A partner of Coopers & Lybrand was

Rapidement, la tenue d'une comptabilité parallèle, conjuguée à l'entreposage en commun des marchandises, crée de graves problèmes tant pour Wise que pour Peoples. L'emplacement des marchandises dans l'entrepôt ne reflète pas toujours l'état des stocks indiqué dans le système. Les marchandises d'une société sont souvent mêlées aux marchandises de l'autre et confondues avec celle-ci. En conséquence, les fiches de stocks des deux sociétés sont de plus en plus inexactes. Un inventaire manuel des marchandises est effectué pour essayer de corriger la situation, sans grand succès. Les livraisons aux magasins de Wise et de Peoples sont souvent perturbées et en retard. La situation, déjà intolérable, empire.

En octobre 1993, Lionel Wise consulte David Clément, vice-président à l'administration et aux finances de Wise (et, après l'acquisition, de Peoples) pour tenter de trouver une solution. Au mois de janvier 1994, Clément recommande aux trois frères Wise, qui acceptent, de mettre en œuvre une politique d'approvisionnement commun (« nouvelle politique ») en vertu de laquelle les deux entreprises se partageront la responsabilité des achats. Peoples s'occupera de tous les achats auprès de fournisseurs en Amérique du Nord et Wise, pour sa part, se chargera de tous les achats faits outre-mer. Peoples transférera ensuite à Wise les marchandises achetées pour Wise et lui en réclamera le prix, et vice versa. La nouvelle politique entre en vigueur le 1^{er} février 1994. C'est cet arrangement qui fera plus tard l'objet de critiques de la part de certains créanciers et du juge de première instance.

Environ 82 pour 100 de la totalité des marchandises de Wise et de Peoples sont achetées auprès de fournisseurs nord-américains, de sorte qu'inévitablement, Peoples doit consentir à Wise un important crédit commercial. La nouvelle politique est connue des administrateurs, mais elle n'est pas formellement consignée par écrit ni approuvée lors d'une réunion du conseil d'administration ou par une résolution de celui-ci.

Le 27 avril 1994, Lionel Wise expose en détail la nouvelle politique lors d'une réunion du comité de vérification de Wise. Un associé principal de

16

17

18

19

M & S's representative on Wise's board of directors and a member of the audit committee. He attended the April 27th meeting and raised no objection to the new policy when it was introduced.

Coopers & Lybrand représente M & S au conseil d'administration de Wise et est aussi membre du comité de vérification. Il est présent à la réunion du 27 avril et ne s'oppose pas à la nouvelle politique lorsqu'elle est présentée.

20 By June 1994, financial statements prepared to reflect the financial position of Peoples as of April 30, 1994 revealed that Wise owed more than \$18 million to Peoples. Approximately \$14 million of this amount resulted from a notional transfer of inventory that was cancelled following the period's end. M & S was concerned about the situation and started an investigation, as a result of which M & S insisted that the new procurement policy be rescinded. Wise agreed to M & S's demand but took the position that the former procurement policy could not be reinstated immediately. An agreement was executed on September 27, 1994, effective July 21, 1994, and it provided that the new policy would be abandoned as of January 31, 1995. The agreement also specified that the inventory and records of the two companies would be kept separate, and that the amount owed to Peoples by Wise would not exceed \$3 million.

En juin 1994, les états financiers préparés pour indiquer la situation financière de Peoples le 30 avril 1994 révèlent que Wise doit plus de 18 millions de dollars à Peoples. De cette somme, un montant d'environ 14 millions de dollars résulte d'un transfert fictif des stocks qui ont été retournés après la fin de la période. Inquiète de la situation, M & S amorce une enquête à l'issue de laquelle elle exige l'abandon de la nouvelle politique d'approvisionnement. Wise accepte de se plier à l'exigence de M & S, mais elle indique que l'ancienne politique d'approvisionnement ne peut pas être rétablie immédiatement. Une entente prévoyant que la nouvelle politique sera abandonnée le 31 janvier 1995 est signée le 27 septembre 1994, avec effet rétroactif au 21 juillet 1994. L'entente prévoit aussi que les stocks et les registres des deux sociétés seront séparés et que la somme due à Peoples par Wise ne dépassera pas 3 millions de dollars.

21 Another result of the negotiations was that M & S accepted an increase in the amount of the TD Bank's priority to \$15 million and a new repayment schedule for the balance of the purchase price owed to M & S. The parties agreed to revise the schedule to provide for 37 monthly payments beginning in July 1995. Each of the Wise brothers also provided a personal guarantee of \$500,000 in favour of M & S.

À l'issue des négociations, M & S accepte aussi que la somme à laquelle la Banque TD a droit en priorité soit portée à 15 millions de dollars et qu'un nouvel échéancier de remboursement du reliquat du prix d'achat dû à M & S soit établi. Les parties acceptent de revoir l'échéancier de façon à prévoir 37 versements mensuels à partir de juillet 1995. Chacun des frères Wise fournit aussi à M & S une garantie personnelle de 500 000 \$.

22 In September 1994, in light of the fragile financial condition of the companies and the competitiveness of the retail market, the TD Bank announced its intention to cease doing business with Wise and Peoples as of the end of December 1994. Following negotiations, however, the bank extended its financial support until the end of July 1995. The Wise brothers promised to extend personal guarantees in favour of the TD Bank, but this did not occur.

En septembre 1994, constatant la situation financière précaire des sociétés et la compétitivité dans le secteur de la vente au détail, la Banque TD annonce son intention de cesser de faire affaire avec Wise et Peoples à la fin de décembre 1994. Toutefois, à la suite de négociations, elle prolonge son soutien financier jusqu'à la fin de juillet 1995. Les frères Wise s'engagent à fournir des garanties personnelles en faveur de la Banque TD, mais ils ne donnent pas suite à cet engagement.

23 In December 1994, three days after the Wise brothers presented financial statements showing

En décembre 1994, trois jours après la présentation par les frères Wise d'états financiers indiquant

disappointing results for Peoples in its third fiscal quarter, M & S initiated bankruptcy proceedings against both Wise and Peoples. A notice of intention to make a proposal was filed on behalf of Peoples the same day. Nonetheless, Peoples later consented to the petition by M & S, and both Wise and Peoples were declared bankrupt on January 13, 1995, effective December 9, 1994. The same day, M & S released each of the Wise brothers from their personal guarantees. M & S apparently preferred to proceed with an uncontested petition in bankruptcy rather than attempting to collect on the personal guarantees.

The assets of Wise and Peoples were sufficient to cover in full the outstanding debt owed to the TD Bank, satisfy the entire balance of the purchase price owed to M & S, and discharge almost all the landlords' lease claims. The bulk of the unsatisfied claims were those of trade creditors.

Following the bankruptcy, Peoples' trustee filed a petition against the Wise brothers. In the petition, the trustee claimed that they had favoured the interests of Wise over Peoples to the detriment of Peoples' creditors, in breach of their duties as directors under s. 122(1) of the CBCA. The trustee also claimed that the Wise brothers had, in the year preceding the bankruptcy, been privy to transactions in which property had been transferred for conspicuously less than fair market value within the meaning of s. 100 of the BIA.

Pursuant to art. 2501 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), the trustee named Chubb Insurance Company of Canada ("Chubb"), which had provided directors' insurance to Wise and its subsidiaries, as a defendant in addition to the Wise brothers.

The trial judge, Greenberg J., relying on decisions from the United Kingdom, Australia and New Zealand, held that the fiduciary duty and the duty of care under s. 122(1) of the CBCA extend to a company's creditors when a company is insolvent or in the vicinity of insolvency. Greenberg J. found that the implementation, by the Wise brothers *qua*

des résultats décevants pour le troisième trimestre de Peoples, M & S engage des procédures de faillite contre Wise et Peoples. Un avis d'intention de faire une proposition est déposé au nom de Peoples le même jour. Peoples accepte néanmoins plus tard la requête présentée par M & S, et Wise et Peoples sont déclarées en faillite le 13 janvier 1995, avec effet rétroactif au 9 décembre 1994. Le même jour, M & S accorde à chacun des frères Wise mainlevée de leurs garanties personnelles. Au lieu de tenter de réaliser les garanties personnelles, il semble que M & S préférerait que la requête en faillite ne soit pas contestée.

Les biens de Wise et de Peoples sont suffisants pour rembourser entièrement la Banque TD, pour payer le reliquat du prix de vente dû à M & S et pour payer la presque totalité des créances des locateurs. La grande majorité des créances impayées sont celles de fournisseurs.

Après la faillite, le syndic de Peoples présente contre les frères Wise une requête dans laquelle il prétend que ces derniers ont privilégié les intérêts de Wise plutôt que ceux de Peoples au détriment des créanciers de Peoples, en contravention des obligations que le par. 122(1) de la LCSA leur imposait en tant qu'administrateurs. Le syndic soutient aussi que, au cours de l'année ayant précédé la faillite, les frères Wise étaient des parties intéressées aux transactions en vertu desquelles des biens avaient été transférés pour une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur du marché au sens de l'art. 100 de la LFI.

Se fondant sur l'art. 2501 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), le syndic désigne la Compagnie d'assurance Chubb du Canada (« Chubb »), qui avait assuré les administrateurs de Wise et de ses filiales, à titre de codéfenderesse des frères Wise.

Invoquant des décisions rendues au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande, le juge Greenberg statue en première instance que l'obligation fiduciaire et l'obligation de diligence énoncées au par. 122(1) de la LCSA s'imposaient aussi à l'égard des créanciers d'une société lorsque celle-ci est insolvable ou au bord de l'insolvabilité. Il

24

25

26

27

directors of Peoples, of a corporate policy that affected both companies, had occurred while the corporation was in the vicinity of insolvency and was detrimental to the interests of the creditors of Peoples. The Wise brothers were therefore found liable and the trustee was awarded \$4.44 million in damages. As Chubb had provided insurance coverage for directors, it was also held liable. Greenberg J. also considered the alternative grounds under the BIA advanced by the trustee and found the Wise brothers liable for the same \$4.44 million amount on that ground as well. All the parties appealed.

conclut que c'est au moment où l'entreprise était au bord de l'insolvabilité que les frères Wise, en leur qualité d'administrateurs de Peoples, ont appliqué une politique corporative qui touchait les deux sociétés et qui était préjudiciable aux intérêts des créanciers de Peoples. Les frères Wise sont donc jugés responsables et des dommages-intérêts de 4,44 millions de dollars sont accordés au syndic. Comme elle avait assuré les administrateurs, Chubb est elle aussi jugée responsable. Le juge Greenberg examine également les moyens subsidiaires fondés sur la LFI qu'avait avancés le syndic et il conclut que les frères Wise doivent être tenus responsables du paiement de la somme de 4,44 millions de dollars sur le fondement de ces mêmes moyens. Toutes les parties interjettent appel.

28

The Quebec Court of Appeal, *per* Pelletier J.A., with Robert C.J.Q. and Nuss J.A. concurring, allowed the appeals by Chubb and the Wise brothers: [2003] R.J.Q. 796, [2003] Q.J. No. 505 (QL). The Court of Appeal expressed reluctance to follow Greenberg J. in equating the interests of creditors with the best interests of the corporation when the corporation was insolvent or in the vicinity of insolvency, stating that an innovation in the law such as this is a policy matter more appropriately dealt with by Parliament than the courts. In considering the trustee's claim under s. 100 of the BIA, Pelletier J.A. held that the trial judge had committed a palpable and overriding error in concluding that the amounts owed by Wise to Peoples in respect of inventory "were neither collected nor collectible" (para. 125 QL). He found that the consideration received for the transactions had been approximately 94 percent of fair market value, and he was not convinced that this disparity could be characterized as being "conspicuously" less than fair market value. Moreover, he did not accept the broad meaning the trial judge gave to the word "privy". Pelletier J.A. declined to exercise his discretion under s. 100(2) of the BIA to make an order in favour of the trustee. In view of his conclusion that the Wise brothers were not liable, Pelletier J.A. allowed the appeal with respect to Chubb.

La Cour d'appel du Québec, par la décision du juge Pelletier avec l'accord du juge en chef Robert et du juge Nuss, accueille les appels de Chubb et des frères Wise : [2003] R.J.Q. 796. La cour exprime sa réticence à assimiler, comme l'a fait le juge Greenberg, les intérêts des créanciers aux intérêts supérieurs de la société lorsque celle-ci est insolvable ou est au bord de l'insolvabilité, précisant que l'opportunité d'une telle innovation en droit est une question de politique générale qui doit être laissée à l'appréciation du législateur plutôt qu'à celle des tribunaux. Examinant la réclamation faite par le syndic en vertu de l'art. 100 de la LFI, le juge Pelletier statue que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les sommes dues par Wise à Peoples à l'égard des marchandises [TRADUCTION] « n'ont pas été recouvrées et n'étaient pas recouvrables » (par. 126). Il juge que la contrepartie des transactions effectuées représentait environ 94 pour 100 de la juste valeur du marché et il n'est pas convaincu que l'on puisse affirmer que cet écart était « manifestement » inférieur à la juste valeur du marché. De plus, il n'accepte pas le sens large donné par le juge de première instance aux termes « ayant intérêt ». Le juge Pelletier refuse d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 100(2) de la LFI et d'accorder un jugement favorable au syndic. Concluant que la responsabilité des frères Wise n'est pas engagée, il accueille l'appel en ce qui a trait à Chubb.

III. Analysis

At the outset, it should be acknowledged that according to art. 300 C.C.Q. and s. 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, the civil law serves as a supplementary source of law to federal legislation such as the CBCA. Since the CBCA does not entitle creditors to sue directors directly for breach of their duties, it is appropriate to have recourse to the C.C.Q. to determine how rights grounded in a federal statute should be addressed in Quebec, and more specifically how s. 122(1) of the CBCA can be harmonized with the principles of civil liability: see R. Crête and S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux* (2002), at p. 58.

This case came before our Court on the issue of whether directors owe a duty to creditors. The creditors did not bring a derivative action or an oppression remedy application under the CBCA. Instead, the trustee, representing the interests of the creditors, sued the directors for an alleged breach of the duties imposed by s. 122(1) of the CBCA. The standing of the trustee to sue was not questioned.

The primary role of directors is described in s. 102(1) of the CBCA:

102. (1) Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors shall manage, or supervise the management of, the business and affairs of a corporation.

As for officers, s. 121 of the CBCA provides that their powers are delegated to them by the directors:

121. Subject to the articles, the by-laws or any unanimous shareholder agreement,

(a) the directors may designate the offices of the corporation, appoint as officers persons of full capacity, specify their duties and delegate to them powers to manage the business and affairs of the corporation, except powers to do anything referred to in subsection 115(3);

III. Analyse

Il convient tout d'abord de reconnaître que, suivant l'art. 300 C.c.Q. et l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, le droit civil constitue une source de droit complétant les lois fédérales comme la LCSA. Comme la LCSA n'autorise pas les créanciers à poursuivre directement les administrateurs pour manquement à leurs obligations, il faut se reporter au C.c.Q. pour déterminer la façon de mettre en œuvre au Québec les droits trouvant leur fondement dans une loi fédérale et, plus spécifiquement, la façon d'harmoniser le par. 122(1) de la LCSA et les principes de la responsabilité civile : voir R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux* (2002), p. 58.

En l'espèce, notre Cour est appelée à trancher la question de savoir si les administrateurs ont des obligations envers les créanciers. Les créanciers n'ont pas exercé leurs droits par voie d'une action oblique ni par voie d'une demande de redressement pour abus de droit fondée sur la LCSA. Le syndic, représentant les intérêts des créanciers, a plutôt poursuivi les administrateurs en alléguant un manquement aux obligations que leur impose le par. 122(1) de la LCSA. La qualité du syndic d'engager les poursuites n'a pas été remise en question.

La principale fonction des administrateurs est indiquée au par. 102(1) de la LCSA :

102. (1) Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs gèrent les affaires commerciales et les affaires internes de la société ou en surveillent la gestion.

Pour ce qui est des dirigeants, l'art. 121 de la LCSA prévoit que leurs pouvoirs leur sont délégués par les administrateurs :

121. Sous réserve des statuts, des règlements administratifs ou de toute convention unanime des actionnaires, il est possible, au sein de la société :

a) pour les administrateurs, de créer des postes de dirigeants, d'y nommer des personnes pleinement capables, de préciser leurs fonctions et de leur déléguer le pouvoir de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société, sauf les exceptions prévues au paragraphe 115(3);

29

2004 CSC 68 (CanLII)

30

31

(b) a director may be appointed to any office of the corporation; and

(c) two or more offices of the corporation may be held by the same person.

Although the shareholders are commonly said to own the corporation, in the absence of a unanimous shareholder agreement to the contrary, s. 102 of the CBCA provides that it is not the shareholders, but the directors elected by the shareholders, who are responsible for managing it. This clear demarcation between the respective roles of shareholders and directors long predates the 1975 enactment of the CBCA: see *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34 (C.A.); see also art. 311 C.C.Q.

b) de nommer un administrateur à n'importe quel poste;

c) pour la même personne, d'occuper plusieurs postes.

Bien que l'on dise souvent que les actionnaires sont propriétaires de l'entreprise, l'art. 102 de la LCSA prévoit que, sous réserve d'une convention unanime des actionnaires, ce ne sont pas les actionnaires mais les administrateurs élus par les actionnaires qui sont chargés de sa gestion. Cette nette démarcation entre les rôles respectifs des actionnaires et des administrateurs est bien antérieure à l'adoption de la LCSA en 1975 : voir *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. c. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34 (C.A.); voir aussi l'art. 311 C.c.Q.

32 Section 122(1) of the CBCA establishes two distinct duties to be discharged by directors and officers in managing, or supervising the management of, the corporation:

122. (1) Every director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their 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.

The first duty has been referred to in this case as the “fiduciary duty”. It is better described as the “duty of loyalty”. We will use the expression “statutory fiduciary duty” for purposes of clarity when referring to the duty under the CBCA. This duty requires directors and officers to act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. The second duty is commonly referred to as the “duty of care”. Generally speaking, it imposes a legal obligation upon directors and officers to be diligent in supervising and managing the corporation’s affairs.

Le paragraphe 122(1) de la LCSA impose deux obligations distinctes aux administrateurs et aux dirigeants dans la gestion ou la surveillance de la gestion de l'entreprise :

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.

La première obligation a été, en l'espèce, appelée « obligation fiduciaire », une notion que décrit mieux l'expression « devoir de loyauté ». Pour éviter toute confusion, nous utiliserons parfois l'expression « obligation fiduciaire prévue par la loi » pour désigner l'obligation prévue à la LCSA. Cette obligation impose aux administrateurs et aux dirigeants le devoir d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. La deuxième obligation est communément appelée « obligation de diligence ». De manière générale, elle impose aux administrateurs et aux dirigeants l'obligation légale de faire preuve de diligence dans la gestion et la surveillance de la gestion des affaires de la société.

33 The trial judge did not apply or consider separately the two duties imposed on directors by s. 122(1). As the Court of Appeal observed, the trial

Le juge de première instance n'a ni appliqué ni examiné séparément les deux obligations imposées aux administrateurs par le par. 122(1). Comme l'a

judge appears to have confused the two duties. They are, in fact, distinct and are designed to secure different ends. For that reason, they will be addressed separately in these reasons.

A. *The Statutory Fiduciary Duty: Section 122(1)(a) of the CBCA*

Considerable power over the deployment and management of financial, human, and material resources is vested in the directors and officers of corporations. For the directors of CBCA corporations, this power originates in s. 102 of the Act. For officers, this power comes from the powers delegated to them by the directors. In deciding to invest in, lend to or otherwise deal with a corporation, shareholders and creditors transfer control over their assets to the corporation, and hence to the directors and officers, in the expectation that the directors and officers will use the corporation's resources to make reasonable business decisions that are to the corporation's advantage.

The statutory fiduciary duty requires directors and officers to act honestly and in good faith *vis-à-vis* the corporation. They must respect the trust and confidence that have been reposed in them to manage the assets of the corporation in pursuit of the realization of the objects of the corporation. They must avoid conflicts of interest with the corporation. They must avoid abusing their position to gain personal benefit. They must maintain the confidentiality of information they acquire by virtue of their position. Directors and officers must serve the corporation selflessly, honestly and loyally: see K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), at p. 715.

The common law concept of fiduciary duty was considered in *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51. In that case, which involved the relationship between the government and foster children, a majority of this Court agreed

fait remarquer la Cour d'appel, le juge de première instance semble avoir confondu ces deux obligations. Il s'agit en réalité de deux obligations distinctes visant des fins différentes. C'est pourquoi nous les examinerons séparément dans les présents motifs.

A. *L'obligation fiduciaire prévue par la loi : l'al. 122(1a) de la LCSA*

Les administrateurs et les dirigeants des sociétés sont investis d'un pouvoir considérable en matière de déploiement et de gestion des ressources financières, humaines et matérielles. Dans le cas des administrateurs de sociétés constituées en vertu de la LCSA, ce pouvoir trouve sa source à l'art. 102 de la Loi. Dans le cas des dirigeants, il s'agit des pouvoirs qui leur sont délégués par les administrateurs. Lorsqu'ils décident d'investir dans une société, de lui consentir un prêt ou de faire autrement affaire avec celle-ci, les actionnaires et les créanciers cèdent le contrôle de leurs actifs à la société et, par conséquent, à ses administrateurs et à ses dirigeants et s'attendent à ce qu'ils utilisent les ressources de la société pour prendre des décisions d'affaires raisonnables qui profiteront à la société.

En vertu de l'obligation fiduciaire prévue par la loi, les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Ils doivent respecter la confiance qui leur a été accordée et gérer les actifs qui leur sont confiés de manière à réaliser les objectifs de la société. Ils doivent éviter les conflits d'intérêts avec la société. Ils ne doivent pas profiter du poste qu'ils occupent pour tirer un avantage personnel. Ils doivent préserver la confidentialité des renseignements auxquels leurs fonctions leur donnent accès. Les administrateurs et les dirigeants doivent servir la société de manière désintéressée et avec loyauté et intégrité : voir K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), p. 715.

La notion d'obligation fiduciaire de la common law a été examinée dans l'arrêt *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51. Dans cet arrêt concernant la relation entre l'État et des enfants en foyer d'accueil, notre Cour à la

with McLachlin C.J. who stated, at paras. 40-41 and 49:

Fiduciary duties arise in a number of different contexts, including express trusts, relationships marked by discretionary power and trust, and the special responsibilities of the Crown in dealing with aboriginal interests. . . .

What . . . might the content of the fiduciary duty be if it is understood . . . as a private law duty arising simply from the relationship of discretionary power and trust between the Superintendent and the foster children? In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 646-47, La Forest J. noted that there are certain common threads running through fiduciary duties that arise from relationships marked by discretionary power and trust, such as loyalty and “the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary”. However, he also noted that “[t]he obligation imposed may vary in its specific substance depending on the relationship” (p. 646). . . .

. . . .

. . . concern for the best interests of the child informs the parental fiduciary relationship, as La Forest J. noted in *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at p. 65. But the duty imposed is to act loyally, and not to put one’s own or others’ interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. . . . The parent who exercises undue influence over the child in economic matters for his own gain has put his own interests ahead of the child’s, in a manner that abuses the child’s trust in him. The same may be said of the parent who uses a child for his sexual gratification or a parent who, wanting to avoid trouble for herself and her household, turns a blind eye to the abuse of a child by her spouse. The parent need not, as the Court of Appeal suggested in the case at bar, be consciously motivated by a desire for profit or personal advantage; nor does it have to be her own interests, rather than those of a third party, that she puts ahead of the child’s. It is rather a question of disloyalty — of putting someone’s interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. Negligence, even aggravated negligence, will not ground parental fiduciary liability unless it is associated with breach of trust in this sense. [Emphasis added.]

majorité a souscrit aux motifs de la juge en chef McLachlin qui a affirmé ce qui suit aux par. 40-41 et 49 :

Les obligations fiduciaires prennent naissance dans divers contextes, notamment dans le contexte des fiducies expresses, dans celui des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, ainsi que dans celui des responsabilités particulières qui incombent à l’État concernant les droits des Autochtones. . .

Quel serait [. . .] le contenu de l’obligation fiduciaire si on devait [. . .] l’interpréter comme une obligation de droit privé découlant simplement de la relation entre le surintendant et les enfants en foyer d’accueil, caractérisée par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance? Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge La Forest a souligné aux p. 646-647 que certains éléments communs se dégagent des obligations fiduciaires issues des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, notamment la loyauté et « l’obligation d’éviter les conflits de devoirs ou d’intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire ». Il a cependant fait remarquer que « [l]a nature particulière de cette obligation peut varier selon les rapports concernés » (p. 646). . .

. . . .

Le souci de promouvoir l’intérêt supérieur de l’enfant se trouve à la base de la relation fiduciaire des parents, comme l’a souligné le juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, p. 65. Mais l’obligation qui leur incombe est celle d’agir en toute loyauté et de ne pas faire passer leurs propres intérêts ou ceux d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. [. . .] Le parent qui, recherchant son propre profit, abuse de son influence sur l’enfant relativement à des questions financières fait passer ses intérêts avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. Cela vaut également pour le parent qui exploite un enfant afin d’assouvir ses désirs sexuels ou pour celui qui, voulant préserver sa tranquillité et celle de la famille, ferme les yeux sur les abus commis par son conjoint. Comme la Cour d’appel l’a dit en l’espèce, il n’est pas nécessaire que le parent soit motivé consciemment par le désir de réaliser un bénéfice ou de tirer un avantage personnel; il n’est pas non plus nécessaire qu’il préfère ses intérêts, plutôt que ceux d’un tiers, à ceux de l’enfant. Il s’agit plutôt d’un manque de loyauté — de faire passer les intérêts d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. La négligence, même grave, ne saurait engager la responsabilité fiduciaire des parents si elle n’implique pas d’abus de confiance en ce sens. [Nous soulignons.]

The issue to be considered here is the “specific substance” of the fiduciary duty based on the relationship of directors to corporations under the CBCA.

It is settled law that the fiduciary duty owed by directors and officers imposes strict obligations: see *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at pp. 609-10, *per* Laskin J. (as he then was), where it was decided that directors and officers may even have to account to the corporation for profits they make that do not come at the corporation's expense:

The reaping of a profit by a person at a company's expense while a director thereof is, of course, an adequate ground upon which to hold the director accountable. Yet there may be situations where a profit must be disgorged, although not gained at the expense of the company, on the ground that a director must not be allowed to use his position as such to make a profit even if it was not open to the company, as for example, by reason of legal disability, to participate in the transaction. An analogous situation, albeit not involving a director, existed for all practical purposes in the case of *Phipps v. Boardman* [[1967] 2 A.C. 46], which also supports the view that liability to account does not depend on proof of an actual conflict of duty and self-interest. Another, quite recent, illustration of a liability to account where the company itself had failed to obtain a business contract and hence could not be regarded as having been deprived of a business opportunity is *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [[1972] 2 All E.R. 162], a judgment of a Court of first instance. There, the managing director, who was allowed to resign his position on a false assertion of ill health, subsequently got the contract for himself. That case is thus also illustrative of the situation where a director's resignation is prompted by a decision to obtain for himself the business contract denied to his company and where he does obtain it without disclosing his intention. [Emphasis added.]

A compelling argument for making directors accountable for profits made as a result of their position, though not at the corporation's expense, is presented by J. Brock, “The Propriety of Profitmaking:

L'élément qu'il convient d'examiner en l'espèce est la « nature particulière » de l'obligation fiduciaire découlant des rapports entre les administrateurs et les sociétés en vertu de la LCSA.

Il est bien établi en droit que l'obligation fiduciaire à laquelle sont tenus les administrateurs et les dirigeants leur impose des obligations strictes : voir *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, p. 609-610, le juge Laskin (plus tard Juge en chef), où il a été décidé que les administrateurs et les dirigeants peuvent même être tenus de rendre compte à la société des profits qu'ils ont réalisés sans que ce soit aux dépens de la société :

Le fait qu'une personne retire un profit aux dépens d'une compagnie alors qu'elle en est un administrateur, constitue de toute évidence un motif valable sur lequel fonder une obligation de rendre compte. Et pourtant, il peut exister des situations où un profit doit être restitué, bien qu'il n'ait pas été acquis aux dépens de la compagnie, pour le motif qu'un administrateur ne doit pas avoir le droit de se servir de sa position comme telle aux fins de faire un profit, même si la compagnie n'avait pas la faculté, à cause, par exemple, d'une incapacité légale, de participer à l'opération. Une situation analogue, qui toutefois ne mettait pas en cause un administrateur, se retrouve à toutes fins utiles dans l'arrêt *Phipps v. Boardman* [[1967] 2 A.C. 46], où on a aussi souscrit à l'avis que l'obligation de rendre compte n'est pas subordonnée à la preuve d'un conflit réel d'intérêts et d'obligations. L'arrêt *Industrial Development Consultants Ltd. v. Cooley* [[1972] 2 All E.R. 162], un jugement émanant d'une cour de première instance, est un autre exemple assez récent d'une obligation de rendre compte lorsque la compagnie elle-même n'a pas réussi à obtenir un contrat d'affaires et ne pouvait donc pas être considérée comme ayant été privée d'une occasion d'affaires. Dans cette dernière affaire, l'administrateur délégué à l'exécutif, à qui on avait permis de démissionner parce qu'il s'était faussement déclaré malade, a par la suite obtenu le contrat en son nom personnel. Cette affaire-là met aussi en évidence la situation où un administrateur donne sa démission après avoir décidé de s'approprier le contrat d'affaires refusé à sa compagnie et où il fait effectivement accepter sa démission sans révéler son intention. [Nous soulignons.]

Dans « The Propriety of Profitmaking : Fiduciary Duty and Unjust Enrichment » (2000), 58 *R.D.U.T.* 185, p. 204-205, J. Brock présente des raisons convaincantes d'exiger que les administrateurs rendent

37

38

Fiduciary Duty and Unjust Enrichment” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 185, at pp. 204-5.

39

However, it is not required that directors and officers in all cases avoid personal gain as a direct or indirect result of their honest and good faith supervision or management of the corporation. In many cases the interests of directors and officers will innocently and genuinely coincide with those of the corporation. If directors and officers are also shareholders, as is often the case, their lot will automatically improve as the corporation’s financial condition improves. Another example is the compensation that directors and officers usually draw from the corporations they serve. This benefit, though paid by the corporation, does not, if reasonable, ordinarily place them in breach of their fiduciary duty. Therefore, all the circumstances may be scrutinized to determine whether the directors and officers have acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation.

40

In our opinion, the trial judge’s determination that there was no fraud or dishonesty in the Wise brothers’ attempts to solve the mounting inventory problems of Peoples and Wise stands in the way of a finding that they breached their fiduciary duty. Greenberg J. stated:

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.

((1998), 23 C.B.R. (4th) 200, at para. 183)

The Court of Appeal relied heavily on this finding by the trial judge, as do we. At para. 83 QL, Pelletier J.A. stated that:

compte des profits qu’ils réalisent grâce au poste qu’ils occupent, même si ces profits n’ont pas été réalisés aux dépens de la société.

Cependant, il n’est pas obligatoire que les administrateurs et les dirigeants évitent dans tous les cas les gains personnels résultant directement ou indirectement de la surveillance ou de la gestion intégrée 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 fiduciaire. Par conséquent, toutes les circonstances peuvent faire l’objet d’un examen minutieux pour déterminer si les administrateurs et les dirigeants ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.

À notre avis, le juge de première instance ayant conclu qu’il n’y a eu ni fraude ni malhonnêteté de la part des frères Wise lorsqu’ils ont tenté de régler les problèmes d’approvisionnement de plus en plus graves de Peoples et de Wise, il est impossible de conclure qu’ils ont manqué à leur obligation fiduciaire. Le juge Greenberg a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous nous empressons d’ajouter qu’en l’espèce, les frères Wise n’ont tiré aucun avantage personnel direct de la nouvelle politique d’approvisionnement commun même si, en tant qu’actionnaires majoritaires de Wise Stores, ils en ont tiré un avantage indirect. De plus, comme l’ont reconnu les autres parties à l’instance, il n’y a eu ni malhonnêteté ni fraude de leur part lorsqu’ils ont décidé d’appliquer la nouvelle politique d’approvisionnement.

((1998), 23 C.B.R. (4th) 200, par. 183)

La Cour d’appel s’est fortement appuyée sur cette conclusion du juge de première instance, tout comme nous d’ailleurs. Au paragraphe 84, le juge Pelletier a dit ce qui suit :

[TRANSLATION] In regard to fiduciary duty, I would like to point out that the brothers were driven solely by the wish to resolve the problem of inventory procurement affecting both the operations of Peoples Inc. and those of Wise. [This is a] motivation that is in line with the pursuit of the interests of the corporation within the meaning of paragraph 122(1)(a) C.B.C.A. and that does not expose them to any justified criticism.

As explained above, there is no doubt that both Peoples and Wise were struggling with a serious inventory management problem. The Wise brothers considered the problem and implemented a policy they hoped would solve it. In the absence of evidence of a personal interest or improper purpose in the new policy, and in light of the evidence of a desire to make both Wise and Peoples “better” corporations, we find that the directors did not breach their fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA. See *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (aff’d (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. Div. Ct.)), in which Farley J., at p. 171, correctly observes that in resolving a conflict between majority and minority shareholders, it is safe for directors and officers to act to make the corporation a “better corporation”.

This appeal does not relate to the non-statutory duty directors owe to shareholders. It is concerned only with the statutory duties owed under the CBCA. Insofar as the statutory fiduciary duty is concerned, it is clear that the phrase the “best interests of the corporation” should be read not simply as the “best interests of the shareholders”. From an economic perspective, the “best interests of the corporation” means the maximization of the value of the corporation: see E. M. Iacobucci, “Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 398, at pp. 400-1. However, the courts have long recognized that various other factors may be relevant in determining what directors should consider in soundly managing with a view to the best interests of the corporation. For example, in *Teck Corp. v. Millar*

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

Comme nous l’avons expliqué précédemment, il est indubitable que Peoples et Wise étaient aux prises avec un grave problème de gestion des stocks. Les frères Wise ont examiné le problème et ont mis en application une politique qui, espéraient-ils, permettrait de le régler. En l’absence d’éléments de preuve de l’existence d’un intérêt personnel ou d’une fin illégitime de la nouvelle politique, et compte tenu de la preuve d’une volonté de faire de Wise et de Peoples de « meilleures » entreprises, nous concluons que les administrateurs n’ont pas manqué à leur obligation fiduciaire énoncée à l’al. 122(1)a) de la LCSA. Voir la décision *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123 (C. Ont. (Div. gén.)) (conf. par (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (C. div. Ont.)), dans laquelle le juge Farley a fait remarquer à juste titre, à la p. 171, qu’en réglant un différend entre actionnaires majoritaires et actionnaires minoritaires, il est prudent pour les administrateurs et les dirigeants d’agir de manière à faire de la société une [TRADUCTION] « meilleure entreprise ».

Le présent pourvoi ne porte pas sur l’obligation non prévue par la loi qui incombe aux administrateurs à l’égard des actionnaires. Il concerne uniquement les obligations légales que leur impose la LCSA. Pour ce qui est de l’obligation 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 : voir E. M. Iacobucci, « Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 398, p. 400-401. Les tribunaux reconnaissent toutefois depuis longtemps que divers autres facteurs peuvent servir à déterminer les

(1972), 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.), Berger J. stated, at p. 314:

A classical theory that once was unchallengeable must yield to the facts of modern life. In fact, of course, it has. If today the directors of a company were to consider the interests of its employees no one would argue that in doing so they were not acting *bona fide* in the interests of the company itself. Similarly, if the directors were to consider the consequences to the community of any policy that the company intended to pursue, and were deflected in their commitment to that policy as a result, it could not be said that they had not considered *bona fide* the interests of the shareholders.

I appreciate that it would be a breach of their duty for directors to disregard entirely the interests of a company's shareholders in order to confer a benefit on its employees: *Parke v. Daily News Ltd.*, [1962] Ch. 927. But if they observe a decent respect for other interests lying beyond those of the company's shareholders in the strict sense, that will not, in my view, leave directors open to the charge that they have failed in their fiduciary duty to the company.

The case of *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (Div. Ct.), approved, at p. 271, the decision in *Teck*, *supra*. We accept as an accurate statement of law that in determining whether they are acting with a view to the best interests of the corporation it may be legitimate, given all the circumstances of a given case, for the board of directors to consider, *inter alia*, the interests of shareholders, employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment.

éléments dont les administrateurs devraient tenir compte dans une gestion judicieuse au mieux des intérêts de la société. Par exemple, dans l'affaire *Teck Corp. c. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288 (C.S.C.-B.), le juge Berger a dit ce qui suit à la p. 314 :

[TRADUCTION] Une théorie classique auparavant incontestable doit être abandonnée devant l'évidence des faits de la vie moderne. C'est effectivement ce qui s'est passé. Si, aujourd'hui, les administrateurs d'une société devaient tenir compte des intérêts de ses employés, nul n'alléguerait que, ce faisant, ils n'ont pas agi de bonne foi dans l'intérêt de la société elle-même. De même, si les administrateurs devaient tenir compte des répercussions pour la collectivité d'une politique que l'entreprise a l'intention d'appliquer et ne pouvaient, en conséquence, s'en tenir à cette politique, on ne saurait dire qu'ils n'ont pas tenu compte de bonne foi des intérêts des actionnaires.

Je suis conscient que les administrateurs manqueraient à leur devoir s'ils faisaient totalement abstraction des intérêts des actionnaires d'une société afin de conférer un avantage à ses employés : *Parke c. Daily News Ltd.*, [1962] Ch. 927. Cependant, s'ils tiennent dûment compte des autres intérêts qui ne sont pas strictement ceux des actionnaires de la société, il ne sera pas possible, à mon avis, de les accuser d'avoir manqué à leur obligation fiduciaire envers la société.

Dans la décision *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (C. div.), la cour a approuvé à la p. 271 la décision *Teck*, précitée. Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que, pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement.

The various shifts in interests that naturally occur as a corporation's fortunes rise and fall do not, however, affect the content of the fiduciary duty under s. 122(1)(a) of the CBCA. At all times, directors and officers owe their fiduciary obligation to the corporation. The interests of the corporation are not to be

Les changements qui se produisent naturellement dans les intérêts en cause en fonction des succès et des échecs d'une entreprise n'ont cependant aucune incidence sur le contenu de l'obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a) de la LCSA. Les administrateurs et les dirigeants ont en tout temps leur

confused with the interests of the creditors or those of any other stakeholders.

The interests of shareholders, those of the creditors and those of the corporation may and will be consistent with each other if the corporation is profitable and well capitalized and has strong prospects. However, this can change if the corporation starts to struggle financially. The residual rights of the shareholders will generally become worthless if a corporation is declared bankrupt. Upon bankruptcy, the directors of the corporation transfer control to a trustee, who administers the corporation's assets for the benefit of creditors.

Short of bankruptcy, as the corporation approaches what has been described as the "vicinity of insolvency", the residual claims of shareholders will be nearly exhausted. While shareholders might well prefer that the directors pursue high-risk alternatives with a high potential payoff to maximize the shareholders' expected residual claim, creditors in the same circumstances might prefer that the directors steer a safer course so as to maximize the value of their claims against the assets of the corporation.

The directors' fiduciary duty does not change when a corporation is in the nebulous "vicinity of insolvency". That phrase has not been defined; moreover, it is incapable of definition and has no legal meaning. What it is obviously intended to convey is a deterioration in the corporation's financial stability. In assessing the actions of directors it is evident that any honest and good faith attempt to redress the corporation's financial problems will, if successful, both retain value for shareholders and improve the position of creditors. If unsuccessful, it will not qualify as a breach of the statutory fiduciary duty.

For a discussion of the shifting interests and incentives of shareholders and creditors, see W. D. Gray,

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.

Les intérêts des actionnaires, ceux des créanciers et ceux de la société peuvent concorder et vont concorder si l'entreprise est rentable, dispose de capitaux suffisants et a de bonnes perspectives de croissance. La situation pourra toutefois être différente si la société commence à avoir des difficultés financières. Les droits résiduels des actionnaires perdront généralement toute valeur si une société est déclarée en faillite. Au moment de la faillite, les administrateurs de la société en cèdent le contrôle à un syndic qui gère les actifs de la société au profit des créanciers.

En l'absence de faillite comme telle, lorsque la société approche ce qu'on appelle le « bord de l'insolvabilité », les droits résiduels des actionnaires seront presque épuisés. Alors que les actionnaires pourraient préférer que les administrateurs cherchent des solutions de rechange à risque et à potentiel de rendement très élevés afin de maximiser leurs droits résiduels éventuels, les créanciers, en de telles circonstances, pourraient préférer que les administrateurs adoptent une stratégie plus prudente afin de maximiser la valeur de leurs créances par rapport aux actifs de la société.

L'obligation fiduciaire des administrateurs reste la même lorsqu'une société se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Cette expression n'a pas été définie; elle ne peut être définie et n'a aucune signification en droit. 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.

Pour une analyse des intérêts et de la motivation variables des actionnaires et des créanciers,

44

45

46

47

“*Peoples v. Wise and Dylex: Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate Insolvency — Stasis or Pragmatism?*” (2003), 39 *Can. Bus. L.J.* 242, at p. 257; E. M. Iacobucci and K. E. Davis, “Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy” (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87, at p. 114. In resolving these competing interests, it is incumbent upon the directors to act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. In using their skills for the benefit of the corporation when it is in troubled waters financially, the directors must be careful to attempt to act in its best interests by creating a “better” corporation, and not to favour the interests of any one group of stakeholders. If the stakeholders cannot avail themselves of the statutory fiduciary duty (the duty of loyalty, *supra*) to sue the directors for failing to take care of their interests, they have other means at their disposal.

voir W. D. Gray, « *Peoples v. Wise and Dylex : Identifying Stakeholder Interests upon or near Corporate Insolvency — Stasis or Pragmatism?* » (2003), 39 *Rev. can. dr. comm.* 242, p. 257; E. M. Iacobucci et K. E. Davis, « Reconciling Derivative Claims and the Oppression Remedy » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 87, p. 114. 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. Si les intéressés ne peuvent invoquer l’obligation fiduciaire prévue par la loi (le devoir de loyauté déjà mentionné) pour poursuivre les administrateurs qui auraient négligé leurs intérêts, d’autres moyens s’offrent à eux.

48

The Canadian legal landscape with respect to stakeholders is unique. Creditors are only one set of stakeholders, but their interests are protected in a number of ways. Some are specific, as in the case of amalgamation: s. 185 of the CBCA. Others cover a broad range of situations. The oppression remedy of s. 241(2)(c) of the CBCA and the similar provisions of provincial legislation regarding corporations grant the broadest rights to creditors of any common law jurisdiction: see D. Thomson, “Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?” (2000), 58 *U.T. Fac. L. Rev.* 31, at p. 48. One commentator describes the oppression remedy as “the broadest, most comprehensive and most open-ended shareholder remedy in the common law world”: S. M. Beck, “Minority Shareholders’ Rights in the 1980s”, in *Corporate Law in the 80s* (1982), 311, at p. 312. While Beck was concerned with shareholder remedies, his observation applies equally to those of creditors.

Le régime juridique applicable au Canada aux parties intéressées est unique en son genre. Les créanciers ne constituent qu’une catégorie de parties intéressées, mais leurs intérêts sont protégés de nombreuses manières. Certaines mesures sont particulières, par exemple en cas de fusion : art. 185 de la LCSA. D’autres visent un large éventail de situations. Le redressement prévu en cas d’abus de droit à l’al. 241(2)c) de la LCSA et les dispositions similaires des lois provinciales sur les sociétés accordent aux créanciers les droits les plus étendus dans tous les ressorts de common law : voir D. Thomson, « Directors, Creditors and Insolvency : A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress? » (2000), 58 *R.D.U.T.* 31, p. 48. Un auteur considère que le recours en cas d’abus de droit est [TRADUCTION] « le recours le plus général, le plus complet et le plus vaste de tous les pays de common law qui soit offert aux actionnaires » : S. M. Beck, « Minority Shareholders’ Rights in the 1980s », dans *Corporate Law in the 80s* (1982), 311, p. 312. Beck traitait alors des recours offerts aux actionnaires, mais ses observations s’appliquent également aux recours offerts aux créanciers.

49

The fact that creditors’ interests increase in relevancy as a corporation’s finances deteriorate is apt to be relevant to, *inter alia*, the exercise of discretion

Le fait que les intérêts des créanciers deviennent de plus en plus importants au fur et à mesure que les finances de la société se détériorent peut être

by a court in granting standing to a party as a “complainant” under s. 238(d) of the CBCA as a “proper person” to bring a derivative action in the name of the corporation under ss. 239 and 240 of the CBCA, or to bring an oppression remedy claim under s. 241 of the CBCA.

Section 241(2)(c) authorizes a court to grant a remedy if

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer

A person applying for the oppression remedy must, in the court’s opinion, fall within the definition of “complainant” found in s. 238 of the CBCA:

(a) a registered holder or beneficial owner, and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a corporation or any of its affiliates,

(b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or any of its affiliates,

(c) the Director, or

(d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

Creditors, who are not security holders within the meaning of para. (a), may therefore apply for the oppression remedy under para. (d) by asking a court to exercise its discretion and grant them status as a “complainant”.

Section 241 of the CBCA provides a possible mechanism for creditors to protect their interests from the prejudicial conduct of directors. In our view, the availability of such a broad oppression

valable et pertinent, par exemple, lorsqu’un tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d’accorder à une partie la qualité de « plaignant » en vertu de l’al. 238d) de la LCSA parce qu’elle est la personne qui « a qualité » pour présenter une action oblique au nom d’une société en vertu des art. 239 et 240 de la LCSA, ou pour présenter une demande de redressement pour abus de droit en vertu de l’art. 241 de la LCSA.

L’alinéa 241(2)c) autorise un tribunal à accorder un redressement si

. . . la société ou l’une des personnes morales de son groupe [. . .] abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

. . . .

c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

La personne qui demande un redressement en cas d’abus de droit doit, de l’avis du tribunal, être visée par la définition de « plaignant » que l’on trouve à l’art. 238 de la LCSA :

a) Le détenteur inscrit ou le véritable propriétaire, ancien ou actuel, de valeurs mobilières d’une société ou de personnes morales du même groupe;

b) tout administrateur ou dirigeant, ancien ou actuel, d’une société ou de personnes morales du même groupe;

c) le directeur;

d) toute autre personne qui, d’après un tribunal, a qualité pour présenter les demandes visées à la présente partie.

Les créanciers qui ne sont pas détenteurs de valeurs mobilières au sens de l’al. a) peuvent donc solliciter un redressement en cas d’abus de droit en vertu de l’al. d) en demandant au tribunal d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour leur conférer la qualité de « plaignant ».

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

remedy undermines any perceived need to extend the fiduciary duty imposed on directors by s. 122(1)(a) of the CBCA to include creditors.

52

The Court of Appeal, at paras. 98-99 QL, referred to *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, [2002] 4 S.C.R. 312, 2002 SCC 81, as an indication by this Court that the interests of creditors do not have any bearing on the assessment of the conduct of directors. However, the receiver in that case was representing the corporation's rights and not the creditors' rights; therefore, the case has no application in this appeal. *373409 Alberta* involved an action taken by the receiver on behalf of the corporation against a bank for the tort of conversion. The sole shareholder, director and officer of *373409 Alberta Ltd.*, who was also the sole shareholder, director and officer of another corporation, *Legacy Holdings Ltd.*, had deposited a cheque payable to *373409 Alberta Ltd.* into the account of *Legacy*. While it was recognized, at para. 22, that the diversion of money from *373409 Alberta Ltd.* to *Legacy* "may very well have been wrongful *vis-à-vis* [*373409 Alberta Ltd.*]'s creditors" (none of whom were involved in the action), no fraud had been committed against the corporation itself and the bank, acting on proper authority, had not wrongfully interfered with the cheque by carrying out the deposit instructions. The statutory duties of the directors were not at issue, nor were they considered, and no assessment of the creditors' rights was made. With respect, Pelletier J.A.'s broad reading of *373409 Alberta* was misplaced.

53

In light of the availability both of the oppression remedy and of an action based on the duty of care, which will be discussed below, stakeholders have viable remedies at their disposal. There is no need to read the interests of creditors into the duty set out in s. 122(1)(a) of the CBCA. Moreover, in the circumstances of this case, the Wise brothers did not breach the statutory fiduciary duty owed to the corporation.

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.

La Cour d'appel a indiqué, aux par. 99 et 100, que selon l'arrêt *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312, 2002 CSC 81, notre Cour considère que les intérêts des créanciers n'ont aucune incidence sur l'appréciation de la conduite des administrateurs. Cependant, dans cette affaire, le séquestre faisait valoir les droits de la société et non ceux des créanciers; par conséquent, cette décision ne s'applique pas au présent pourvoi. L'arrêt *373409 Alberta* concernait une action intentée par le séquestre au nom de la société contre une banque pour délit de détournement. L'unique actionnaire, administrateur et directeur de *373409 Alberta Ltd.*, qui était aussi l'unique actionnaire, administrateur et directeur d'une autre société, *Legacy Holdings Ltd.*, avait déposé un chèque payable à l'ordre de *373409 Alberta Ltd.* au compte de *Legacy*. Même s'il a été reconnu, au par. 22, que le détournement des fonds de *373409 Alberta Ltd.* au bénéfice de *Legacy* « peut fort bien avoir été préjudiciable aux créanciers de [*373409 Alberta Ltd.*] » (dont aucun n'était partie à l'action), aucune fraude n'avait été commise envers la société elle-même et la banque, qui avait été dûment autorisée, n'avait pas détourné injustement le chèque en se conformant aux instructions données quant au dépôt. Les obligations que la loi impose aux administrateurs n'étaient pas en litige et n'ont pas été examinées, et aucune évaluation des droits des créanciers n'a été faite. Avec égards, l'interprétation large qu'a donnée le juge Pelletier à l'arrêt *373409 Alberta* n'était pas fondée.

Compte tenu de la possibilité d'un recours en cas d'abus de droit, en plus de l'action fondée sur l'obligation de diligence, qui est analysée ci-après, les parties intéressées peuvent exercer des recours efficaces. Il n'est pas nécessaire d'interpréter les intérêts des créanciers comme étant visés par l'obligation prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA. En outre, dans les circonstances du présent pourvoi, les frères Wise n'ont pas manqué à l'obligation fiduciaire que leur impose la loi envers la société.

B. *The Statutory Duty of Care: Section 122(1)(b) of the CBCA*

As mentioned above, the CBCA does not provide for a direct remedy for creditors against directors for breach of their duties and the C.C.Q. is used as suppletive law.

In Quebec, directors have been held liable to creditors in respect of either contractual or extra-contractual obligations. Contractual liability arises where the director personally guarantees a contractual obligation of the company. Liability also arises where the director personally acts in a manner that triggers his or her extra-contractual liability. See 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, at pp. 135-36; *Brasserie Labatt ltée v. Lanoue*, [1999] Q.J. No. 1108 (QL) (C.A.), *per* Forget J.A., at para. 29. It is clear that the Wise brothers cannot be held contractually liable as they did not guarantee the debts at issue here. Extra-contractual liability is the remaining possibility.

To determine the applicability of extra-contractual liability in this appeal, it is necessary to refer to art. 1457 C.C.Q.:

Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody. [Emphasis added.]

Three elements of art. 1457 C.C.Q. are relevant to the integration of the director’s duty of care into the principles of extra-contractual liability: who has the duty (“every person”), to whom is the duty owed (“another”) and what breach will trigger liability (“rules of conduct”). It is clear that directors and officers come within the expression “every

B. *L’obligation de diligence prévue par la loi : l’al. 122(1)b) de la LCSA*

Tel qu’indiqué précédemment, la LCSA n’offre aux créanciers aucun recours exprès contre les administrateurs pour manquement à leurs obligations, et le C.c.Q. est employé à titre de droit supplétif.

Au Québec, les administrateurs sont tenus responsables envers les créanciers de leurs obligations contractuelles ou extracontractuelles. Il y a responsabilité contractuelle lorsque l’administrateur garantit personnellement une obligation contractuelle de la société. Sa responsabilité est aussi retenue lorsque l’administrateur agit personnellement de manière à engager sa responsabilité extra-contractuelle. Voir 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, p. 135-136; *Brasserie Labatt ltée c. Lanoue*, [1999] J.Q. n° 1108 (QL) (C.A.), le juge Forget, par. 29. Il est évident que les frères Wise ne peuvent être tenus responsables contractuellement puisqu’ils n’ont pas garanti les dettes en litige en l’espèce. Il reste à examiner la responsabilité extracontractuelle.

Pour déterminer s’il y a responsabilité extracontractuelle dans le présent pourvoi, il faut se reporter à l’art. 1457 C.c.Q. :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s’imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu’elle est douée de raison et qu’elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu’elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d’une autre personne ou par le fait des biens qu’elle a sous sa garde. [Nous soulignons.]

Trois éléments de l’art. 1457 C.c.Q. sont pertinents à l’intégration, dans les principes de la responsabilité extracontractuelle, de l’obligation de diligence de l’administrateur : la personne à qui incombe l’obligation (« [t]oute personne »), le bénéficiaire de l’obligation (« autrui ») et le manquement qui engage la responsabilité (« règles de conduite »).

54

55

56

person”. It is equally clear that the word “another” can include the creditors. The reach of art. 1457 C.C.Q. is broad and it has been given an open and inclusive meaning. See *Regent Taxi & Transport Co. v. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] S.C.R. 650, *per* Anglin C.J., at p. 655 (rev’d on other grounds, [1932] 2 D.L.R. 70 (P.C.)):

... to narrow the *prima facie* scope of art. 1053 C.C. [now art. 1457] is highly dangerous and would necessarily result in most meritorious claims being rejected; many a wrong would be without a remedy.

This liberal interpretation was also affirmed and treated as settled by this Court in *Lister v. McAnulty*, [1944] S.C.R. 317, and *Hôpital Notre-Dame de l’Espérance v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605.

57

This interpretation can be harmoniously integrated with the wording of the CBCA. Indeed, unlike the statement of the fiduciary duty in s. 122(1)(a) of the CBCA, which specifies that directors and officers must act with a view to the best interests of the corporation, the statement of the duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA does not specifically refer to an identifiable party as the beneficiary of the duty. Instead, it provides that “[e]very director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall . . . exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.” Thus, the identity of the beneficiary of the duty of care is much more open-ended, and it appears obvious that it must include creditors. This result is clearly consistent with the civil law interpretation of the word “another”. Therefore, if breach of the standard of care, causation and damages are established, creditors can resort to art. 1457 to have their rights vindicated. The only issue thus remaining is the determination of the “rules of conduct” likely to trigger extracontractual liability. On this issue, art. 1457 is explicit.

L’expression « [t]oute personne » englobe manifestement les administrateurs et les dirigeants. De même, le mot « autrui » peut comprendre les créanciers. L’article 1457 C.c.Q. a une portée étendue et on lui a donné un sens large et inclusif. Voir l’arrêt *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, le juge en chef Anglin, p. 655 (infirmer pour d’autres motifs, [1932] 2 D.L.R. 70 (C.P.)) :

[TRADUCTION] . . . il est très dangereux de restreindre la portée apparente de l’art. 1053 du C.c. [maintenant l’art. 1457] car cela pourrait inévitablement entraîner le rejet des demandes les mieux fondées; nombreux seraient les actes répréhensibles pour lesquels il n’existerait pas de recours.

Dans les arrêts *Lister c. McAnulty*, [1944] R.C.S. 317, et *Hôpital Notre-Dame de l’Espérance c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605, notre Cour a aussi confirmé cette interprétation large et a considéré qu’elle était constante.

Il est possible d’intégrer harmonieusement cette interprétation au texte de la LCSA. En fait, contrairement à l’énoncé de l’obligation fiduciaire prévue par l’al. 122(1)a) de la LCSA, qui précise que les administrateurs et les dirigeants doivent agir au mieux des intérêts de la société, l’énoncé de l’obligation de diligence figurant à l’al. 122(1)b) de la LCSA ne précise pas une personne identifiable qui serait bénéficiaire de l’obligation. L’alinéa prévoit plutôt que « [l]es administrateurs et les dirigeants doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir [...] avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. » Ainsi, le bénéficiaire de l’obligation de diligence est identifié de façon beaucoup plus générale et il semble évident qu’il faut y inclure les créanciers. Cette solution est clairement conforme à l’interprétation que le droit civil donne au mot « autrui ». Par conséquent, si un bris de l’obligation de diligence, le lien de causalité et les dommages sont établis, les créanciers peuvent avoir recours à l’art. 1457 pour faire valoir leurs droits. La seule question qu’il reste maintenant à examiner est donc celle des « règles de conduite » susceptibles de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle. Sur ce point, l’art. 1457 est clair.

The first paragraph of art. 1457 does not set the standard of conduct. Instead, it incorporates by reference s. 122(1)(b) of the CBCA. The statutory duty of care is a “duty to abide by [a] rul[e] of conduct which lie[s] upon [them], according to the . . . law, so as not to cause injury to another”. Thus, for the purpose of determining whether the Wise brothers can be held liable, only the CBCA is relevant. It is therefore necessary to outline the requirements of the duty of care embodied in s. 122(1)(b) of the CBCA.

That directors must satisfy a duty of care is a long-standing principle of the common law, although the duty of care has been reinforced by statute to become more demanding. Among the earliest English cases establishing the duty of care were *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477 (H.L.); *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425; and *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407 (C.A.). In substance, these cases held that the standard of care was a reasonably relaxed, subjective standard. The common law required directors to avoid being grossly negligent with respect to the affairs of the corporation and judged them according to their own personal skills, knowledge, abilities and capacities. See McGuinness, *supra*, at p. 776: “Given the history of the case law in this area, and the prevailing standards of competence displayed in commerce generally, it is quite clear that directors were not expected at common law to have any particular business skill or judgment.”

The 1971 report entitled *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (1971) (“Dickerson Report”) culminated the work of a committee headed by R. W. V. Dickerson which had been appointed by the federal government to study the need for new federal business corporations legislation. This report preceded the enactment of the CBCA by four years and influenced the eventual structure of the CBCA.

Le premier paragraphe de l’art. 1457 n’énonce pas la norme de conduite. Il incorpore plutôt par renvoi l’al. 122(1)b) de la LCSA. L’obligation de diligence prévue par la loi est un « devoir de respecter [une] règl[e] de conduite qui, suivant [. . .] la loi, s’impos[e] à [eux], de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ». Ainsi, pour déterminer si les frères Wise peuvent être tenus responsables, seule la LCSA est pertinente. Il est donc nécessaire de rappeler les exigences de l’obligation de diligence prévue à l’al. 122(1)b) de la LCSA.

La common law reconnaît depuis longtemps le principe suivant lequel les administrateurs sont tenus à une obligation de diligence. Cette obligation est cependant plus exigeante depuis qu’elle est accentuée par la loi. Les arrêts *Dovey c. Cory*, [1901] A.C. 477 (H.L.), *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425, et *In re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407 (C.A.), comptent parmi les décisions anglaises les plus anciennes à l’origine de l’obligation de diligence. Essentiellement, selon ces décisions, la norme de diligence était une norme subjective plutôt souple. La common law exigeait que les administrateurs évitent les fautes grossières eu égard aux affaires de la société et prévoyait qu’ils devaient être jugés suivant leurs compétences, leurs connaissances et leurs aptitudes personnelles. Selon McGuinness, *op. cit.*, p. 776, [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de la jurisprudence dans ce domaine et des principales normes de compétence dans le commerce en général, il est assez évident que la common law n’exigeait pas que les administrateurs possèdent des compétences spéciales en affaires ou un sens particulier des affaires. »

Le rapport de 1971 intitulé *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes* (1971) (« Rapport Dickerson ») fut l’aboutissement des travaux d’un comité présidé par R. W. V. Dickerson qui fut chargé, par le gouvernement fédéral, d’examiner s’il était nécessaire d’adopter une nouvelle loi fédérale sur les sociétés par actions. Ce rapport a précédé de quatre ans l’adoption de la LCSA et il a influencé la forme que celle-ci a finalement prise.

58

59

2004 CSC 68 (CanLII)

60

61

The standard recommended by the Dickerson Report was objective, requiring directors and officers to meet the standard of a “reasonably prudent person” (vol. II, at p. 74):

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.

The report described how this proposed duty of care differed from the prevailing common law duty of care (vol. I, at p. 83):

242. The formulation of the duty of care, diligence and skill owed by directors represents an attempt to upgrade the standard presently required of them. The principal change here is that whereas at present the law seems to be that a director is only required to demonstrate the degree of care, skill and diligence that could reasonably be expected from him, having regard to his knowledge and experience — *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] Ch. 425 — under s. 9.19(1)(b) he is required to conform to the standard of a reasonably prudent man. Recent experience has demonstrated how low the prevailing legal standard of care for directors is, and we have sought to raise it significantly. We are aware of the argument that raising the standard of conduct for directors may deter people from accepting directorships. The truth of that argument has not been demonstrated and we think it is specious. The duty of care imposed by s. 9.19(1)(b) is exactly the same as that which the common law imposes on every professional person, for example, and there is no evidence that this has dried up the supply of lawyers, accountants, architects, surgeons or anyone else. It is in any event cold comfort to a shareholder to know that there is a steady supply of marginally competent people available under present law to manage his investment. [Emphasis added.]

62

The statutory duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA emulates but does not replicate the language proposed by the Dickerson Report. The main difference is that the enacted version includes the words “in comparable circumstances”, which modifies the

La norme recommandée dans le Rapport Dickerson était objective, obligeant les administrateurs et les dirigeants à se conformer à la norme de la « personne raisonnablement prudente » (vol. II, p. 81) :

9.19

(1) Dans l'exercice de ses pouvoirs et l'accomplissement de ses obligations tout administrateur et tout fonctionnaire d'une corporation doit

. . . .

b) exercer le soin, la diligence et de l'habileté d'une personne raisonnablement prudente.

Le rapport expliquait la distinction entre l'obligation de diligence proposée et l'obligation de diligence reconnue par la common law (vol. I, p. 92) :

242. La formulation de l'obligation de soin, de diligence et d'habileté à laquelle les administrateurs sont tenus, représente une tentative de hausser le standard de conduite présentement exigé d'eux. Le changement principal modifie la loi actuelle qui semble exiger que l'administrateur fasse preuve du degré de soin, de diligence et d'habileté auquel on pourrait raisonnablement s'attendre de lui, eu égard à sa connaissance et à son expérience (*Re City Equitable Fire Insurance Co.* (1925) Ch. 425). L'article 9.19(1)(b) lui impose l'obligation de se comporter en homme raisonnablement prudent. L'expérience récente ayant démontré que le standard de conduite généralement reconnu par la loi pour des administrateurs est fort bas, nous avons songé à le rehausser considérablement. Nous sommes conscients du fait que hausser ces standards peut faire hésiter certaines personnes à accepter un poste d'administrateur. La justesse de cet argument n'a pas été démontrée et nous le croyons spécieux. L'obligation imposée par l'article 9.19(1)(b) est exactement la même que celle imposée par la *common law* à tout professionnel. Il n'y a pourtant pas de signes que cela a tari la source des avocats, comptables, architectes, chirurgiens ou autres. De plus c'est de toute façon un bien piètre réconfort pour un actionnaire de savoir qu'il existe un vaste réservoir de personnes de compétence très moyenne qui, d'après la loi actuelle, ont la charge de gérer son investissement. [Nous soulignons.]

Le texte de l'al. 122(1)(b) de la LCSA qui énonce l'obligation de diligence reprend presque mot à mot celui que propose le Rapport Dickerson. La principale différence réside dans le fait que la version qui a été adoptée comprend les mots « en pareilles

statutory standard by requiring the context in which a given decision was made to be taken into account. This is not the introduction of a subjective element relating to the competence of the director, but rather the introduction of a contextual element into the statutory standard of care. It is clear that s. 122(1)(b) requires more of directors and officers than the traditional common law duty of care outlined in, for example, *Re City Equitable Fire Insurance*, *supra*.

The standard of care embodied in s. 122(1)(b) of the CBCA was described by Robertson J.A. of the Federal Court of Appeal in *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124, at para. 41, as being “objective subjective”. Although that case concerned the interpretation of a provision of the *Income Tax Act*, it is relevant here because the language of the provision establishing the standard of care was identical to that of s. 122(1)(b) of the CBCA. With respect, we feel that Robertson J.A.’s characterization of the standard as an “objective subjective” one could lead to confusion. We prefer to describe it as an objective standard. To say that the standard is objective makes it clear that the factual aspects of the circumstances surrounding the actions of the director or officer are important in the case of the s. 122(1)(b) duty of care, as opposed to the subjective motivation of the director or officer, which is the central focus of the statutory fiduciary duty of s. 122(1)(a) of the CBCA.

The contextual approach dictated by s. 122(1)(b) of the CBCA not only emphasizes the primary facts but also permits prevailing socio-economic conditions to be taken into consideration. The emergence of stricter standards puts pressure on corporations to improve the quality of board decisions. The establishment of good corporate governance rules should be a shield that protects directors from allegations that they have breached their duty of care. However, even with good corporate governance rules, directors’ decisions can still be open to criticism from outsiders. Canadian courts, like their counterparts in the United States, the United Kingdom, Australia and New Zealand, have tended

circstances », ce qui modifie la norme légale en exigeant qu’il soit tenu compte du contexte dans lequel une décision donnée a été prise. Le législateur n’a pas introduit un élément subjectif relatif à la compétence de l’administrateur, mais plutôt un élément contextuel dans la norme de diligence prévue par la loi. Il est clair que l’al. 122(1)(b) est plus exigeant à l’égard des administrateurs et des dirigeants que la norme traditionnelle de diligence prévue par la common law et expliquée, par exemple, dans la décision *Re City Equitable Fire Insurance*, précitée.

Dans l’arrêt *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124, par. 41, le juge Robertson de la Cour d’appel fédérale a décrit la norme de diligence énoncée à l’al. 122(1)(b) de la LCSA comme étant une norme « objective subjective ». Même s’il portait sur l’interprétation d’une disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, cet arrêt est pertinent en l’espèce parce que le libellé de la disposition établissant la norme de diligence est identique à celui de l’al. 122(1)(b) de la LCSA. Nous estimons pour notre part que le fait, pour le juge Robertson, de qualifier la norme par l’expression « objective subjective » peut semer la confusion. Nous préférons la décrire comme une norme objective. 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’al. 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. 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. En ce qui concerne les mesures prises pour

to take an approach with respect to the enforcement of the duty of care that respects the fact that directors and officers often have business expertise that courts do not. Many decisions made in the course of business, although ultimately unsuccessful, are reasonable and defensible at the time they are made. Business decisions must sometimes be made, with high stakes and under considerable time pressure, in circumstances in which detailed information is not available. It might be tempting for some to see unsuccessful business decisions as unreasonable or imprudent in light of information that becomes available *ex post facto*. Because of this risk of hindsight bias, Canadian courts have developed a rule of deference to business decisions called the “business judgment rule”, adopting the American name for the rule.

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 possèdent pas les tribunaux. 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. Les décisions d’affaires doivent parfois être prises dans un 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, suivant la terminologie employée aux États-Unis, la « règle de l’appréciation commerciale ».

65 In *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177, Weiler J.A. stated, at p. 192:

The law as it has evolved in Ontario and Delaware has the common requirements that the court must be satisfied that the directors have acted reasonably and fairly. The court looks to see that the directors made a *reasonable* decision not a *perfect* decision. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board’s determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board’s decision. This formulation of deference to the decision of the Board is known as the “business judgment rule”. The fact that alternative transactions were rejected by the directors is irrelevant unless it can be shown that a particular alternative was definitely available and clearly more beneficial to the company than the chosen transaction. [Emphasis added; italics in original; references omitted.]

Dans l’arrêt *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177, la juge Weiler de la Cour d’appel de l’Ontario a dit ce qui suit, à la p. 192 :

[TRADUCTION] Tels qu’ils ont évolué, le droit applicable en Ontario et celui applicable au Delaware ont une exigence commune, savoir que le tribunal doit être convaincu que les administrateurs ont agi de façon raisonnable et équitable. 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 a été choisie. [Nous soulignons; italiques dans l’original; renvois omis.]

In order for a plaintiff to succeed in challenging a business decision he or she has to establish that the directors acted (i) in breach of the duty of care and (ii) in a way that caused injury to the plaintiff: W. T. Allen, J. B. Jacobs and L. E. Strine, Jr., “Function Over Form: A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law” (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859, at p. 892.

Directors and officers will not be held to be in breach of the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA if they act prudently and on a reasonably informed basis. The decisions they make must be reasonable business decisions in light of all the circumstances about which the directors or officers knew or ought to have known. In determining whether directors have acted in a manner that breached the duty of care, it is worth repeating that perfection is not demanded. Courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are involved in corporate decision making, but they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision at the time it was made.

The trustee alleges that the Wise brothers breached their duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA by implementing the new procurement policy to the detriment of Peoples’ creditors. After considering all the evidence, we agree with the Court of Appeal that the implementation of the new policy was a reasonable business decision that was made with a view to rectifying a serious and urgent business problem in circumstances in which no solution may have been possible. The trial judge’s conclusion that the new policy led inexorably to Peoples’ failure and bankruptcy was factually incorrect and constituted a palpable and overriding error.

In fact, as noted by Pelletier J.A., there were many factors other than the new policy that

Pour obtenir gain de cause lorsqu’il conteste une décision d’affaires, le demandeur doit établir que les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence et ce, d’une manière qui lui a causé un préjudice : W. T. Allen, J. B. Jacobs et L. E. Strine, Jr., « Function Over Form : A Reassessment of Standards of Review in Delaware Corporation Law » (2001), 26 *Del. J. Corp. L.* 859, p. 892.

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l’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 décisions prises doivent constituer des décisions d’affaires raisonnables compte tenu de ce qu’ils savaient ou auraient dû savoir. 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 décisions 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 nécessaire pour en arriver à ce qu’on prétend être une décision d’affaires raisonnable au moment où elle a été prise.

Le syndic prétend que les frères Wise ont manqué à l’obligation de diligence que leur impose l’al. 122(1)b) de la LCSA en instaurant la nouvelle politique d’approvisionnement au détriment des créanciers de Peoples. Après avoir examiné l’ensemble de la preuve, nous convenons avec la Cour d’appel que l’instauration de la nouvelle politique était une décision d’affaires raisonnable qui a été prise en vue de corriger un problème d’ordre commercial grave et urgent dans un cas où il n’existait peut-être aucune solution. En concluant que la nouvelle politique avait inexorablement entraîné le déclin et la faillite de Peoples, le juge de première instance a mal interprété les faits et a commis une erreur manifeste et dominante.

Comme l’a fait remarquer le juge Pelletier, de nombreux facteurs, outre la nouvelle politique, ont

66

67

68

69

contributed more directly to Peoples' bankruptcy. Peoples had lost \$10 million annually while being operated by M & S. Wise, which was only marginally profitable and solvent with annual sales of \$100 million (versus \$160 million for Peoples), had hoped to improve the performance of its new acquisition. Given that the transaction was a fully leveraged buyout, for Wise and Peoples to succeed, Peoples' performance needed to improve dramatically. Unfortunately for both Wise and Peoples, the retail market in eastern Canada had become very competitive in the early 1990s, and this trend continued with the arrival of Wal-Mart in 1994. At paras. 152 and 154 QL, Pelletier J.A. stated:

[TRANSLATION] In reality, it was that particularly unfavourable financial situation in which the two corporations found themselves that caused their downfall, and it was M. & S. that, to protect its own interests, sounded the charge in December, rightly or wrongly judging that Peoples Inc.'s situation would only worsen over time. It is crystal-clear that the bankruptcy occurred at the most propitious time for M. & S.'s interests, when inventories were high and suppliers were unpaid. In fact, M. & S. recovered the entire balance due on the selling price and almost all of the other debts it was owed.

. . . .

. . . the trial judge did not take into account the fact that the brothers derived no direct benefit from the transaction impugned, that they acted in good faith and that their true intention was to find a solution to the serious inventory management problem that each of the two corporations was facing. Because of an assessment error, he also ignored the fact that Peoples Inc. received a sizable consideration for the goods it delivered to Wise. Lastly, I note that the act for which the brothers were found liable, i.e. the adoption of a new joint inventory procurement policy, is not as serious as the trial judge made it out to be and that, in opposition to his view, the act was also not the true cause of the bankruptcy of Peoples Inc. [Emphasis added.]

contribué plus directement à la faillite de Peoples. Les pertes annuelles de Peoples, pendant qu'elle était exploitée par M & S, s'élevaient à 10 millions de dollars. Wise, qui était à peine rentable et à peine solvable avec des ventes annuelles de 100 millions de dollars (contre 160 millions de dollars pour Peoples), avait espéré accroître la rentabilité de sa nouvelle acquisition. Étant donné qu'il s'agissait d'une acquisition réalisée entièrement par emprunt, si Wise et Peoples voulaient que leurs efforts soient couronnés de succès, il devait y avoir une amélioration considérable de la rentabilité de Peoples. Malheureusement pour Wise et Peoples, la concurrence dans le marché de la vente au détail dans l'Est du Canada était devenue féroce au début des années 1990, une tendance qui s'est poursuivie avec l'arrivée de Wal-Mart en 1994. Aux paragraphes 153 et 155, le juge Pelletier a dit ce qui suit :

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.

. . . .

. . . 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. [Nous soulignons.]

The Wise brothers treated the implementation of the new policy as a decision made in the

Les frères Wise ont traité la mise en œuvre de la nouvelle politique comme une décision prise

ordinary course of business and, while no formal agreement evidenced the arrangement, a monthly record was made of the inventory transfers. Although this may appear to be a loose business practice, by the autumn of 1993, Wise had already consolidated several aspects of the operations of the two companies. Legally they were two separate entities. However, the financial fate of the two companies had become intertwined. In these circumstances, there was little or no economic incentive for the Wise brothers to jeopardize the interests of Peoples in favour of the interests of Wise. In fact, given the tax losses that Peoples had carried forward, the companies had every incentive to keep Peoples profitable in order to reduce their combined tax liabilities.

Arguably, the Wise brothers could have been more precise in pursuing a resolution to the intractable inventory management problems, having regard to all the troublesome circumstances involved at the time the new policy was implemented. But we, like the Court of Appeal, are not satisfied that the adoption of the new policy breached the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA. The directors cannot be held liable for a breach of their duty of care in respect of the creditors of Peoples.

The Court of Appeal relied on two additional provisions of the CBCA that in its view could rescue the Wise brothers from a finding that they breached the duty of care: ss. 44(2) and 123(4).

Section 44 of the CBCA, which was in force at the time of the impugned transactions but has since been repealed, permitted a wholly-owned subsidiary to give financial assistance to its holding body corporate:

44. (1) Subject to subsection (2), a corporation or any corporation with which it is affiliated shall not, directly or indirectly, give financial assistance by means of a loan, guarantee or otherwise

dans le cours normal des activités de l'entreprise et, même si aucune entente formelle ne constatait l'arrangement, les transferts des stocks étaient consignés mensuellement. Bien qu'on puisse penser qu'il s'agit d'une pratique commerciale peu rigoureuse, dès l'automne 1993, Wise avait déjà, en pratique, intégré plusieurs des services des deux sociétés. Légalement, il s'agissait de deux entités distinctes. Toutefois, l'avenir financier des deux sociétés était inextricablement lié. Dans les circonstances, les frères Wise n'avaient, au plan financier, aucun avantage à privilégier les intérêts de Wise au détriment de ceux de Peoples. En fait, vu les pertes fiscales que Peoples avait reportées, les deux sociétés avaient toutes les raisons de s'assurer de la rentabilité de Peoples afin de réduire leurs dettes fiscales combinées.

Les frères Wise auraient peut-être, compte tenu de la situation difficile à l'époque de l'instauration de la nouvelle politique, pu être plus minutieux dans leur recherche d'une solution aux épineux problèmes de gestion des stocks. Mais, comme la Cour d'appel, nous ne sommes pas convaincus que l'adoption de la nouvelle politique ait contrevenu à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA. Les administrateurs ne peuvent pas être tenus responsables pour manquement à leur obligation de diligence à l'égard des créanciers de Peoples.

La Cour d'appel s'est appuyée sur deux autres dispositions de la LCSA qui, selon elle, pourraient empêcher de conclure que les frères Wise ont manqué à leur obligation de diligence; il s'agit du par. 44(2) et du par. 123(4).

L'article 44 de la LCSA, qui était en vigueur à l'époque des transactions contestées mais qui a été abrogé depuis, autorisait une filiale à part entière à fournir une aide financière 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 :

71

72

73

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

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

(c) to a holding body corporate if the corporation is a wholly-owned subsidiary of the holding body corporate;

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

74 While s. 44(2) as it then read qualified the prohibition under s. 44(1), it did not serve to supplant the duties of the directors under s. 122(1) of the CBCA. The Court of Appeal erred in concluding that s. 44(2) served as a blanket legitimization of financial assistance given by wholly-owned subsidiaries to parent corporations. In our opinion, it is incumbent upon directors and officers to exercise their powers in conformity with the duties of s. 122(1).

Même s'il restreignait la portée de l'interdiction prévue au par. 44(1), l'ancien par. 44(2) ne faisait pas disparaître les obligations imposées aux administrateurs par le par. 122(1) de la LCSA. La Cour d'appel a conclu à tort que le par. 44(2) servait à légitimer de façon générale l'aide financière fournie par une filiale à part entière à sa société mère. À notre avis, il incombe aux administrateurs et aux dirigeants d'exercer leurs pouvoirs conformément aux obligations qu'impose le par. 122(1).

75 Although s. 44(2) authorized certain forms of financial assistance between corporations, this cannot exempt directors and officers from potential liability under s. 122(1) for any financial assistance given by subsidiaries to the parent corporation.

Bien qu'il autorisait certaines formules d'aide financière entre sociétés, le par. 44(2) ne permet pas de soustraire les administrateurs et les dirigeants à leur responsabilité éventuelle en vertu du par. 122(1) pour toute aide financière fournie par une filiale à sa société mère.

76 When faced with the serious inventory management problem, the Wise brothers sought the advice of the vice-president of finance, David Clément. The Wise brothers claimed as an additional argument that in adopting the solution proposed by Clément, they were relying in good faith on the judgment of a person whose profession lent credibility to his statement, in accordance with the defence provided for in s. 123(4)(b) (now s. 123(5)) of the CBCA. The Court of Appeal accepted the argument. We disagree.

Face au grave problème de gestion des stocks, les frères Wise ont demandé conseil au vice-président aux finances, David Clément. Ils ont fait valoir comme argument additionnel qu'en retenant la solution proposée par M. Clément, ils se sont fiés de bonne foi au jugement d'une personne dont la profession permettait d'accorder foi à sa déclaration, conformément au moyen de défense prévu à l'al. 123(4)b) (maintenant le par. 123(5)) de la LCSA. La Cour d'appel a retenu cet argument. Nous ne sommes pas d'accord avec celle-ci.

77 The reality that directors cannot be experts in all aspects of the corporations they manage or supervise shows the relevancy of a provision such as s. 123(4)(b). At the relevant time, the text of s. 123(4) read:

L'utilité d'une disposition telle que l'al. 123(4)b) tient à ce que les administrateurs ne peuvent connaître à fond toutes les facettes des entreprises qu'ils gèrent ou dont ils surveillent la gestion. À l'époque pertinente, le par. 123(4) prévoyait ce qui suit :

123. . . .

123. . . .

(4) A director is not liable under section 118, 119 or 122 if he relies in good faith on

(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 :

(a) financial statements of the corporation represented to him by an officer of the corporation or in a written report of the auditor of the corporation fairly to reflect the financial condition of the corporation; or

(b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by him.

Although Clément did have a bachelor's degree in commerce and 15 years of experience in administration and finance with Wise, this experience does not correspond to the level of professionalism required to allow the directors to rely on his advice as a bar to a suit under the duty of care. The named professional groups in s. 123(4)(b) were lawyers, accountants, engineers, and appraisers. Clément was not an accountant, was not subject to the regulatory overview of any professional organization and did not carry independent insurance coverage for professional negligence. The title of vice-president of finance should not automatically lead to a conclusion that Clément was a person "whose profession lends credibility to a statement made by him". It is noteworthy that the word "profession" is used, not "position". Clément was simply a non-professional employee of Wise. His judgment on the appropriateness of the solution to the inventory management problem must be regarded in that light. Although we might accept for the sake of argument that Clément was better equipped and positioned than the Wise brothers to devise a plan to solve the inventory management problems, this is not enough. Therefore, in our opinion, the Wise brothers cannot successfully invoke the defence provided by s. 123(4)(b) of the CBCA but must rely on the other defences raised.

C. *The Claim Under Section 100 of the BIA*

The trustee also claimed against the Wise brothers under s. 100 of the BIA. That section reads:

100. (1) Where a bankrupt sold, purchased, leased, hired, supplied or received property or services in a reviewable transaction within the period beginning on

a) des états financiers de la société reflétant équitablement sa situation, d'après l'un de ses dirigeants ou d'après le rapport écrit du vérificateur;

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

Même si M. Clément était titulaire d'un baccalauréat en commerce et qu'il avait 15 ans d'expérience en administration et en finance chez Wise, cette expérience ne correspond pas au degré de professionnalisme requis pour que les administrateurs puissent invoquer les conseils reçus de lui pour faire échec à une poursuite fondée sur l'obligation de diligence. Les groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)b) sont les avocats, les comptables, les ingénieurs et les estimateurs. Monsieur Clément n'était pas comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit à une police d'assurance-responsabilité professionnelle. On ne saurait conclure qu'en raison de son titre de vice-président aux finances, M. Clément était une personne « dont la profession permet d'accorder foi à [ses] déclarations ». Il convient de signaler que c'est le mot « profession » et non le mot « poste » qui est utilisé. Monsieur Clément était un simple employé non professionnel de Wise. C'est à la lumière de ces faits qu'il convient d'analyser son appréciation de l'opportunité de la solution proposée aux problèmes de gestion des stocks. Même si nous admettions, pour les fins de la discussion, que M. Clément était mieux en mesure que les frères Wise d'élaborer un plan destiné à régler les problèmes de gestion des stocks, cela ne suffirait pas. Par conséquent, nous estimons que les frères Wise ne peuvent faire valoir avec succès le moyen de défense prévu à l'al. 123(4)b) de la LCSA mais doivent s'appuyer sur les autres moyens de défense invoqués.

C. *La réclamation fondée sur l'art. 100 de la LFI*

Le syndic a également fondé sur l'art. 100 de la LFI sa réclamation contre les frères Wise. Selon cet article :

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

the day that is one year before the date of the initial bankruptcy event and ending on the date of the bankruptcy, both dates included, the court may, on the application of the trustee, inquire into whether the bankrupt gave or received, as the case may be, fair market value in consideration for the property or services concerned in the transaction.

(2) Where the court in proceedings under this section finds that the consideration given or received by the bankrupt in the reviewable transaction was conspicuously greater or less than the fair market value of the property or services concerned in the transaction, the court may give judgment to the trustee against the other party to the transaction, against any other person being privy to the transaction with the bankrupt or against all those persons for the difference between the actual consideration given or received by the bankrupt and the fair market value, as determined by the court, of the property or services concerned in the transaction.

80 The provision has two principal elements. First, subs. (1) requires the transaction to have been conducted within the year preceding the date of bankruptcy. Second, subs. (2) requires that the consideration given or received by the bankrupt be “conspicuously greater or less” than the fair market value of the property concerned.

81 The word “may” is found in both ss. 100(1) and 100(2) of the BIA with respect to the jurisdiction of the court. In *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) v. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1, a majority of the Ontario Court of Appeal held that, even if the necessary preconditions are present, the exercise of jurisdiction under s. 100(1) to inquire into the transaction, and under s. 100(2) to grant judgment, is discretionary. Equitable principles guide the exercise of discretion. We agree.

82 Referring to s. 100(2) of the BIA, in *Standard Trustco, supra*, at p. 23, Weiler J.A. explained that:

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

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.

Cette disposition comporte deux éléments principaux. Premièrement, le par. (1) exige que la transaction soit effectuée au cours de l’année précédant la date de la faillite. Deuxièmement, le par. (2) exige que la contrepartie donnée ou reçue par le failli soit « manifestement supérieure ou inférieure » à la juste valeur marchande des biens en cause.

Le mot « peut » est utilisé tant au par. 100(1) qu’au par. 100(2) de la LFI relativement à la compétence du tribunal. Dans *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co.* (1995), 26 O.R. (3d) 1, la Cour d’appel de l’Ontario a statué à la majorité que, même si les conditions préalables nécessaires sont remplies, l’exercice du pouvoir d’enquêter sur la transaction prévu au par. 100(1) et du pouvoir d’accorder un jugement prévu au par. 100(2) est discrétionnaire. Les principes d’équité encadrent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Nous souscrivons à cette décision.

Au sujet du par. 100(2) de la LFI, dans *Standard Trustco*, précité, p. 23, la juge Weiler a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] Lorsque la méthode contextuelle est retenue, il est évident que, même si les conditions prévues par l’article sont remplies, le tribunal n’est pas tenu d’accorder un jugement. Le tribunal exerce un pouvoir discrétionnaire résiduel. Suivant la méthode contextuelle, la bonne foi des parties, le but de la transaction et l’échange

whether fair value was given and received in the transaction are important considerations as to whether that discretion should be exercised.

We agree with Weiler J.A. and adopt her position; however, this appeal does not turn on the discretion to ultimately impose liability. In our view, the Court of Appeal did not interfere with the trial judge's exercise of discretion in reviewing the facts and finding a palpable and overriding error.

Within the year preceding the date of bankruptcy, Peoples had transferred inventory to Wise for which the trustee claimed Peoples had not received fair market value in consideration. The relevant transactions involved, for the most part, transfers completed in anticipation of the busy holiday season. Given the non-arm's length relationship between Wise and its wholly-owned subsidiary Peoples, there is no question that these inventory transfers could have constituted reviewable transactions.

We share the view of the Court of Appeal that it is not only the final transfers that should be considered. In fairness, the inventory transactions should be considered over the entire period from February to December 1994, which was the period when the new policy was in effect.

In *Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88 (C.A.), the test for determining whether the difference in consideration is "conspicuously greater or less" was held to be not whether it is conspicuous to the parties at the time of the transaction, but whether it is conspicuous to the court having regard to all the relevant factors. This is a sound approach. In that case, a difference of \$1.18 million between fair market value and the consideration received by the bankrupt was seen as conspicuous, where the fair market value was \$6.6 million, leaving a discrepancy of more than 17 percent. While there is no particular percentage that definitively sets the threshold for a conspicuous difference, the percentage difference is a factor.

d'une contrepartie représentant la juste valeur du marché sont des éléments importants pour déterminer s'il y a lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

Nous sommes d'accord avec la juge Weiler et nous adoptons sa position; toutefois, le présent pourvoi ne porte pas sur le pouvoir discrétionnaire d'imposer ultimement une responsabilité. À notre avis, la Cour d'appel ne s'est pas ingérée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en examinant les faits et en concluant à l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

Au cours de l'année qui a précédé la faillite, Peoples a transféré à Wise des marchandises pour lesquelles, selon le syndic, Peoples n'a pas reçu de contrepartie représentant la juste valeur du marché. Les transactions en cause concernaient principalement les transferts effectués en prévision de la période occupée que constitue le temps des Fêtes. Vu le lien de dépendance entre Wise et Peoples, sa filiale à part entière, il n'y a aucun doute que ces transferts de stocks auraient pu constituer des transactions révisables.

Nous estimons comme la Cour d'appel qu'il ne faut pas se contenter d'examiner les derniers transferts. En toute équité, il convient d'analyser les transactions effectuées au cours de toute la période de février à décembre 1994, soit la période pendant laquelle la nouvelle politique était appliquée.

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 judiciaire. Dans cette affaire, une différence de 1,18 million de dollars entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue par le failli a été jugée manifeste, la juste valeur du marché étant de 6,6 millions de dollars, ce qui laissait un écart de plus de 17 pour 100. Bien qu'aucun pourcentage particulier ne soit fixé pour déterminer ce qui constitue une différence manifeste, le pourcentage de différence constitue un facteur.

83

84

85

86

As for the factors that would be relevant to this determination, the court might consider, *inter alia*: evidence of the margin of error in valuing the types of assets in question; any appraisals made of the assets in question and evidence of the parties' honestly held beliefs regarding the value of the assets in question; and other circumstances adduced in evidence by the parties to explain the difference between the consideration received and fair market value: see L. W. Houlden and G. B. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 4-114.1.

87

Over the lifespan of the new policy, Peoples transferred to Wise inventory valued at \$71.54 million. As of the date of bankruptcy, it had received \$59.50 million in property or money from Wise. As explained earlier, the trial judge adjusted the outstanding difference down to a balance of \$4.44 million after taking into account, *inter alia*, the reallocation of general and administrative expenses, and adjustments necessitated by imported inventory transferred from Wise to Peoples. Neither party disputed these figures before this Court. We agree with the Court of Appeal's observation that these findings directly conflict with the trial judge's assertion that Peoples had received no consideration for the inventory transfers on the basis that the outstanding accounts were "neither collected nor collectible" from Wise. Like Pelletier J.A., we conclude that the trial judge's finding in this regard was a palpable and overriding error, and we adopt the view of the Court of Appeal.

88

We are not satisfied that, with regard to all the circumstances of this case, a disparity of slightly more than 6 percent between fair market value and the consideration received constitutes a "conspicuous" difference within the meaning of s. 100(2) of the BIA. Accordingly, we hold that the trustee's claim under the BIA also fails.

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.

Pendant la période d'application de la nouvelle politique, Peoples a transféré à Wise des stocks d'une valeur de 71,54 millions de dollars. À la date de la faillite, elle avait reçu de Wise des biens ou des sommes s'élevant à 59,5 millions de dollars. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le juge de première instance a ramené la différence à un solde de 4,44 millions de dollars après avoir tenu compte, notamment, de la nouvelle répartition des frais généraux et administratifs et des rajustements nécessaires découlant des transferts par Wise à Peoples des stocks importés. Aucune des parties n'a contesté ces chiffres devant notre Cour. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel qui a fait remarquer que ces conclusions contredisent directement ce qu'a dit le juge de première instance, savoir que Peoples n'avait reçu aucune contrepartie pour les transferts de stocks puisque les comptes recevables [TRADUCTION] « n'ont pas été recouvrés et n'étaient pas recouvrables » de Wise. Comme le juge Pelletier, nous estimons que la conclusion du juge de première instance à cet égard était une erreur manifeste et dominante et nous souscrivons au point de vue de la Cour d'appel.

Nous ne sommes pas convaincus que, compte tenu de toutes les circonstances de la présente espèce, un écart d'un peu plus de 6 pour 100 entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue constitue une différence « manifeste » au sens du par. 100(2) de la LFI. Par conséquent, nous statuons que la réclamation du syndic fondée sur la LFI échoue également.

In addition to permitting the court to give judgment against the other party to the transaction, s. 100(2) of the BIA also permits it to give judgment against someone who was not a party but was “privy” to the transaction. Given our finding that the consideration for the impugned transactions was not “conspicuously less” than fair market value, there is no need to consider whether the Wise brothers would have been “privy” to the transaction for the purpose of holding them liable under s. 100(2). Nonetheless, the disagreement between the trial judge and the Court of Appeal on the interpretation of “privy” in s. 100(2) of the BIA warrants the following observations.

The trial judge in this appeal had little difficulty finding that the Wise brothers were privy to the transaction within the meaning of s. 100(2). Pelletier J.A., however, preferred a narrow construction in finding that the Wise brothers were not privy to the transactions. He held, at para. 135 QL, that:

[TRANSLATION] . . . the legislator wanted to provide for the case in which a person other than the co-contracting party of the bankrupt actually received all or part of the benefit resulting from the lack of equality between the respective considerations.

To support this direct benefit requirement, Pelletier J.A. also referred to the French version which uses the term *ayant intérêt*. While he conceded that the respondent brothers received an indirect benefit from the inventory transfers as shareholders of Wise, Pelletier J.A. found this too remote to be considered “privy” to the transactions (paras. 139-40 QL).

The primary purpose of s. 100 of the BIA is to reverse the effects of a transaction that stripped value from the estate of a bankrupt person. It makes sense to adopt a more inclusive understanding of the word “privy” to prevent someone who might receive indirect benefits to the detriment of a bankrupt’s unsatisfied creditors from frustrating the provision’s remedial purpose. The word “privy” should be given a broad reading to include those who benefit directly or indirectly from and have knowledge of a transaction occurring for less than fair market value. In our opinion, this rationale is particularly apt when

Le paragraphe 100(2) de la LFI autorise le tribunal à accorder un jugement non seulement contre l’autre partie à la transaction, mais aussi contre une partie non contractante « ayant intérêt » à la transaction. Comme nous avons conclu que la contrepartie reçue dans les transactions contestées n’était pas « manifestement inférieure » à la juste valeur du marché, il est inutile d’examiner si les frères Wise auraient eu un « intérêt » à la transaction qui permettrait de conclure à leur responsabilité en vertu du par. 100(2). Quoi qu’il en soit, le désaccord entre le juge de première instance et la Cour d’appel sur l’interprétation des mots « ayant intérêt » au par. 100(2) de la LFI justifie les observations suivantes.

En l’espèce, le juge de première instance n’a pas hésité à conclure que les frères Wise avaient un intérêt à la transaction au sens du par. 100(2). Cependant, le juge Pelletier a privilégié une interprétation stricte en concluant que les frères Wise n’avaient pas intérêt aux transactions. Il a dit ce qui suit au par. 136 :

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.

Pour justifier cette exigence d’un avantage direct, le juge Pelletier a mentionné le texte français où l’on utilise l’expression « ayant intérêt ». Même s’il a admis que les frères intimés ont, en leur qualité d’actionnaires de Wise, tiré un avantage indirect des transferts de stocks, le juge Pelletier a conclu que cet avantage était trop éloigné pour qu’ils aient eu un « intérêt » aux transactions (par. 140-141).

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 puisse 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

those who benefit are the controlling minds behind the transaction.

92 A finding that a person was “privy” to a reviewable transaction does not of course necessarily mean that the court will exercise its discretion to make a remedial order against that person. For liability to be imposed, it must be established that the transaction occurred: (a) within the past year; (b) for consideration conspicuously greater or less than fair market value; (c) with the person’s knowledge; and (d) in a way that directly or indirectly benefited the person. In addition, after having considered the context and all the above factors, the judge must conclude that the case is a proper one for holding the person liable. In light of these conditions and of the discretion exercised by the judge, we find that a broad reading of “privy” is appropriate.

IV. Disposition

93 For the foregoing reasons, we would dismiss the appeal with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Kugler Kandestin, Montréal.

Solicitors for the respondents Lionel Wise, Ralph Wise and Harold Wise: de Grandpré Chait, Montréal.

Solicitors for the respondent Chubb Insurance Company of Canada: Lavery, de Billy, Montréal.

marché. À notre avis, ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque les personnes qui touchent un avantage sont les instigatrices de la transaction.

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.

IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante : Kugler Kandestin, Montréal.

Procureurs des intimés Lionel Wise, Ralph Wise et Harold Wise : de Grandpré Chait, Montréal.

Procureurs de l’intimée Chubb du Canada, Compagnie d’assurance : Lavery, de Billy, Montréal.

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-020250-098 et
500-09-020295-101, 500-09-020296-109, 500-09-020297-107,
500-09-020298-105, 500-09-020299-103, 500-09-020300-109,
500-09-020301-107, 500-09-020302-105, 500-09-020303-103,
500-09-020304-101 et 500-09-020273-090
(500-17-021405-041, 500-17-020562-040, 500-17-020930-049,
500-17-020563-048, 500-17-020216-043, 500-17-022681-046,
500-17-020889-047, 500-17-032613-062, 500-17-033436-067 et
500-17-025080-055)

DATE : 10 OCTOBRE 2013

**CORAM : LES HONORABLES LOUIS ROCHETTE, J.C.A.
FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.
JACQUES A. LÉGER, J.C.A.**

N° : 500-09-020250-098 (500-17-021405-041)

VILLE DE PINCOURT

APPELANTE – Mise en cause forcée

c.

CONSTRUCTION COGEREX LTÉE

INTIMÉE - Demanderesse

et

**MARCEL PAQUETTE,
MICHEL PERRIER,
FRANCE BRISSETTE,
ROBERT BRISSETTE,
SIMON GRENIER,
BANQUE NATIONALE DU CANADA**

INTIMÉS - Défendeurs

et

AXA ASSURANCES INC.

INTIMÉE EN REPRISE D'INSTANCE
et
COMPLEXE SPORTIF ET CULTUREL RÉGIONAL, ÎLE PERROT
MIS EN CAUSE – Mis en cause

N° : 500-09-020295-101 à 500-09-020304-101

MICHEL PERRIER,
ROBERT BRISETTE
APPELANTS – Défendeurs – Défendeurs en garantie
c.

CONSTRUCTION COGEREX LTÉE
INTIMÉE – Demanderesse – Défenderesse principale - Demanderesse en
garantie

et
AXA ASSURANCES INC.
INTIMÉE EN REPRISE D'INSTANCE – Demanderesse en reprise d'instance
(500-09-020295-101 / 500-17-021405-041)
MISE EN CAUSE – Défenderesse principale
(500-09-020303-103 / 500-17-033436-067)
(500-09-020304-101 / 500-17-025080-055)

et
COMPLEXE SPORTIF ET CULTUREL RÉGIONAL, ÎLE PERROT
MIS EN CAUSE – Mis en cause
(500-09-020295-101 / 500-17-021405-041)
MIS EN CAUSE – Défendeur principal
(500-09-020303-103 / 500-17-033436-067)

et
VILLE DE PINCOURT
MISE EN CAUSE – Mise en cause forcée
(500-09-020295-101 / 500-17-021405-041)

et
PLOMBERIE LECLERC INC.
MISE EN CAUSE – Demanderesse principale
(500-09-020296-109 / 500-17-020562-040)

et
REVÊTEMENT R.H.R. INC.
MISE EN CAUSE – Demanderesse principale
(500-09-020297-107 / 500-17-020930-049)

et
9028-0157 QUÉBEC INC.
MISE EN CAUSE – Demanderesse principale

(500-09-020298-105 / 500-17-020563-048)

et

CONSTRUCTION ST-LÉONARD (1996) INC.

MISE EN CAUSE – Demanderesse principale

(500-09-020299-103 / 500-17-020216-043)

et

MAÇONNERIE A.S.P. INC.

MISE EN CAUSE – Demanderesse principale

(500-09-020300-109 / 500-17-022681-046)

et

TOITURES COUTURE & ASSOCIÉS INC.

MISE EN CAUSE – Demanderesse principale

(500-09-020301-107 / 500-17-020889-047)

et

LAMELLÉ QUÉBEC INC.

MISE EN CAUSE – Demanderesse principale

(500-09-020302-105 / 500-17-032613-062)

et

I.T.R. ACOUSTIQUE INC.

MISE EN CAUSE – Demanderesse principale

(500-09-020303-103 / 500-17-033436-067)

et

C-FLOOR SYSTEMS INC. / SYSTÈMES C-FLOOR INC.

MISE EN CAUSE – Demanderesse principale

(500-09-020304-101 / 500-17-025080-055)

et

**MARCEL PAQUETTE,
FRANCE BRISSETTE,
SIMON GRENIER**

MISE EN CAUSE – Défendeurs – Défendeurs en garantie

et

BANQUE NATIONALE DU CANADA

MISE EN CAUSE – Défenderesse – Défenderesse en garantie

N° : 500-09-020273-090 (500-17-021405-041)

CONSTRUCTION COGEREX LTÉE

APPELANTE – INTIMÉE INCIDENTE - Demanderesse

et

AXA ASSURANCES INC.

APPELANTE EN REPRISE D'INSTANCE

C.

**MICHEL PERRIER,
ROBERT BRISSETTE,
MARCEL PAQUETTE,
FRANCE BRISSETTE,
SIMON GRENIER**

INTIMÉS - Défendeurs

et

VILLE DE PINCOURT

INTIMÉE – Mise en cause forcée

et

BANQUE NATIONALE DU CANADA

MISE EN CAUSE – APPELANTE INCIDENTE - Défenderesse

et

**COMPLEXE SPORTIF ET CULTUREL RÉGIONAL DE L'ÎLE PERROT, AU SOIN DE
RAYMOND CHABOT, SYNDIC**

MIS EN CAUSE – Mis en cause

ARRÊT

[1] Les appelants se pourvoient contre un jugement rendu le 30 novembre 2009 et rectifié le 1^{er} décembre 2009 (500-17-033436-067) par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Lise Matteau), qui a accueilli pour partie la requête introductive en dommages amendée de Construction Cogerex ltée contre Michel Perrier et Robert Brissette et déclaré que la créance de Construction Cogerex ltée s'élève à 1 133 051,74 \$, en se référant aux conclusions de 9 autres jugements rendus le même jour dans des dossiers concernant des sous-traitants, et qui a également, sur requête pour mise en cause forcée de Ville de Pincourt par Banque Nationale du Canada, condamné Ville de Pincourt, solidairement avec Michel Perrier et Robert Brissette, à payer à Construction Cogerex ltée 1 133 051,74 \$, et condamné Ville de Pincourt à payer à Banque nationale du Canada 1 824 000 \$, plus l'intérêt et l'indemnité additionnelle.

[2] Pour les motifs du juge Rochette, auxquels souscrivent les juges Pelletier et Léger,

LA COUR :

[3] Dans le dossier d'appel numéro 500-09-020250-098, **ACCUEILLE** le pourvoi de la Ville de Pincourt, à la seule fin de remplacer l'avant-dernier alinéa du jugement par le suivant :

CONDAMNE la mise en cause forcée, *Ville de Pincourt*, à payer à la défenderesse, *Banque Nationale du Canada*, un montant de 1 824 000 \$, avec intérêts courus et à courir sur telle somme selon les termes de l'*Offre de financement* du 11 avril 2003, et l'indemnité additionnelle prévue à l'*article 1619 du Code civil du Québec*. Tout montant obtenu par la *Banque Nationale du Canada* à la suite de la réalisation des sûretés dont elle bénéficie sera soustrait du montant dû, en capital, depuis la date de telle réalisation, le cas échéant;

[4] Avec dépens contre la Ville de Pincourt;

[5] Dans les dossiers d'appel numéros 500-09-020295-101 et al., **REJETTE** les pourvois de Michel Perrier et Robert Brissette, sans frais;

[6] Dans le dossier d'appel numéro 500-09-020273-090, **ACCUEILLE** le pourvoi de Construction CogereX Ltée, avec dépens, aux fins de remplacer les premier et troisième alinéas du dispositif du jugement statuant sur la requête introductive en dommages amendée (500-17-021405-041) par les paragraphes suivants :

- **ACCUEILLE en partie** la *Requête introductive d'instance amendée* intentée contre les défendeurs Michel Perrier et Robert Brissette et la mise en cause forcée – intimée *Ville de Pincourt*;

[...]

- **DÉCLARE** que la créance de la demanderesse, *Construction CogereX Ltée*, représente un montant de 1 283 051,74 \$, soit le total des montants adjugés aux créances des sous-traitants visés par la réunion d'actions et identifiés au *paragraphe [18]* du présent jugement, et ce, après déduction des montants que la demanderesse a retenus pour son bénéfice et dont elle était redevable à certains d'entre eux, plus un montant de 150 000 \$;
- **CONDAMNE** les défendeurs-intimés *Michel Poirier et Robert Brissette* et la mise en cause forcée – intimée *Ville de Pincourt* à payer solidairement à la demanderesse, *Construction CogereX Ltée*, 1 283 051,74 \$, incluant un montant de 150 000 \$ auquel il faut ajouter l'intérêt et l'indemnité additionnelle prévus par la loi, depuis le 29 décembre 2003;

[7] Par souci de cohérence, le premier alinéa du dispositif du jugement statuant sur la requête pour mise en cause forcée de Ville de Pincourt par Banque Nationale du Canada est remplacé par le suivant :

- **CONDAMNE** la mise en cause forcée, *Ville de Pincourt*, à payer à la demanderesse, *Construction CogereX Ltée*, solidairement avec les défendeurs *Michel Perrier et Robert Brissette*, 1 283 051,74 \$, soit 1 133 051,74 \$ ventilé, en

capital et intérêts, selon les modalités mentionnées aux conclusions des jugements que le Tribunal a rendus ce jour dans les dossiers suivants :

<u>Dossiers</u>	<u>Montant</u>	
500-17-020216-043	46 288,44 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 8 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-020562-040	280 155,39 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 5 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-020563-048	120 304,65 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 22 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-020889-047	166 147,22 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 13 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-020930-049	88 333,45 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 5 avril 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-021572-048	Nil	
500-17-022681-046	108 613,51 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 8 octobre 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-025080-055	17 546,32 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 23 février 2005 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-032613-062	194 391,02 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 8 décembre 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-033436-067	111 271,74 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 16 mars 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)

Plus un montant de 150 000 \$ auquel il faut ajouter l'intérêt et l'indemnité additionnelle prévus par la loi, depuis le 29 décembre 2003;

[8] Les autres paragraphes du dispositif du jugement demeurent inchangés;

[9] Dans ce même dossier d'appel, **REJETTE** l'appel incident de la Banque Nationale du Canada, avec dépens.

LOUIS ROCHETTE, J.C.A.

FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.

JACQUES A. LÉGER, J.C.A.

Me Marc Simard et Me Michel Cantin
BÉLANGER, SAUVÉ
Pour Ville de Pincourt

Me Jérôme Poirier
PARENT, DOYON, RANCOURT ET ASS.
Pour Construction Cogrex Ltée

Me Armand Poupart
POUPART, LeCHASSEUR
Pour Michel Perrier et Robert Brissette

Me Mason Poplaw et Me Marie-Hélène Beaudoin
MC CARTHY, TÉTRAULT
Pour Banque Nationale du Canada

Me François Beauchamp
DE GRANDPRÉ, CHAÎT
Pour Axa Assurances inc.

Date d'audience : 20 novembre 2012

MOTIFS DU JUGE ROCHETTE

[10] La juge de première instance fait une mise en situation de cette affaire qu'il est opportun de reproduire d'entrée de jeu :

[1] Le 14 mai 2003, le *Complexe sportif et culturel régional Île Perrot* (le Complexe), un organisme sans but lucratif, et *Construction CogereX Ltée* (CogereX) concluent un *contrat à forfait* (le Contrat) au montant de 5 300 000 \$ avant taxes au terme duquel l'entrepreneur général s'engage à construire un aréna sur un terrain situé sur le territoire de la *Ville de Pincourt* (la Ville).

[2] Outre une convention *MasterCard Affaires* pour une limite autorisée de 10 000 \$, la *Banque Nationale du Canada* (BNC) accepte alors de mettre à la disposition du Complexe les financements suivants :

- 200 000 \$ à titre de financement d'exploitation;
- **5 461 000 \$ à titre de prêt hypothécaire commercial;**
- 350 000 \$ à titre de crédit spécial rotatif;

[3] Par ailleurs, en vue de se conforter dans l'octroi d'un prêt d'une telle importance à un organisme sans but lucratif, BNC obtient de la part de la Ville de souscrire divers engagements financiers à son endroit.

[4] Débutés au mois de mai 2003, les travaux seront suspendus au mois de décembre suivant en raison d'un différend qui persiste alors depuis plusieurs semaines entre les principaux intervenants impliqués dans le projet, à telle enseigne que les *Demandes et certificats de paiement* que l'entrepreneur général soumettra au chargé de projet du maître de l'ouvrage à compter du mois de septembre 2003 demeureront impayées.

[5] CogereX réclame ainsi des cinq (5) administrateurs du Complexe, *Marcel Paquette* (Paquette), *Michel Perrier* (Perrier), *France Brissette* (Madame Brissette), *Robert Brissette* (Brissette) et *Simon Grenier* (Grenier), et de BNC un montant de 3 105 158,31 \$ ventilé comme suit :

- | | |
|--|------------------------|
| ➤ <i>Demandes et certificats de paiement</i> numéros 7, 8 et 9 : | 2 846 005,62 \$ |
| ➤ <i>Extras</i> soumis et acceptés | <u>259 152,69 \$</u> |
| <u>Total:</u> | <u>3 105 158,31 \$</u> |

[6] Au soutien de sa réclamation contre les administrateurs du Complexe, CogereX allègue que « (...) *par leurs fautes, manquements et abus de droit* (...) », ces derniers lui ont « *intentionnellement* » causé les dommages qu'elle réclame, notamment en ce qu'ils ont :

[...]

[7] Les administrateurs contestent le recours que CogereX a intenté à leur encontre et plaident qu'il n'existe aucun lien de droit entre eux et l'entrepreneur général. Ils ajoutent avoir toujours agi de bonne foi pour mener à terme le projet et, dès lors, ne rien devoir à CogereX.

[8] Sollicitant par ailleurs la condamnation conjointe et solidaire de BNC du montant qu'elle réclame, CogereX dénonce le comportement de l'institution financière en ces termes :

[...]

[9] BNC conteste le recours que CogereX a intenté à son encontre et soutient qu'il n'existe aucun lien de droit entre elle et l'entrepreneur général. Elle ajoute qu'elle était non seulement justifiée de suspendre les déboursements du prêt hypothécaire qu'elle avait consenti au Complexe, mais qu'elle a même été dans l'obligation d'agir ainsi en raison du différend qui opposait le Complexe et la Ville à CogereX et qui mettait sans conteste en péril la poursuite de l'ensemble des travaux et, partant, la réalisation du projet.

[10] BNC plaide ainsi n'avoir commis aucune faute et avoir de surcroît tout mis en œuvre pour tenter de résoudre l'impasse et relancer le projet, notamment en proposant en vain des solutions réalistes et raisonnables aux termes desquelles toutes les parties impliquées auraient trouvé leur compte.

[11] Alléguant par ailleurs que le projet a été « *initié, dirigé et supporté* » par la Ville qui s'est en outre engagée envers elle de façon à lui donner tout le « *confort* » qu'elle recherchait aux fins d'accorder au Complexe le financement dont il avait besoin, BNC a requis la mise en cause forcée de la Ville et sollicité sa condamnation à payer à CogereX un montant équivalant au coût des travaux que l'entrepreneur général et les sous-traitants ont exécutés, de même qu'un montant de 1 824 000 \$ représentant le total des déboursements effectués à la date où les travaux ont été suspendus.

[12] Au soutien de ces conclusions, BNC plaide que non seulement la Ville a fait défaut de respecter les engagements souscrits envers elle, mais elle a également manqué à son *devoir de négocier de bonne foi* dans le cadre des discussions visant à relancer le projet, faisant dès lors fi de l'obligation qu'elle avait envers elle de prendre tous les moyens nécessaires pour ne pas préjudicier sa terminaison.

[13] Subsidiairement, BNC recherche la condamnation de la Ville à lui payer une somme de 45 000 \$ représentant le montant du cautionnement consenti aux

fins de garantir les obligations du Complexe, de même que tout montant auquel elle pourrait être condamnée aux termes du présent jugement.

[14] CogereX souscrit aux prétentions de BNC quant à la responsabilité de la Ville.

[15] La Ville conteste les prétentions que BNC entretient à son endroit et plaide que l'institution financière connaissait les limites des engagements qu'elle a souscrit lors de l'octroi du financement au Complexe.

[16] Elle nie par ailleurs avoir eu le *contrôle* du projet dont il est ici question et avoir été *partie* au différend à l'origine du présent litige et qui a mené le Complexe à la faillite le 1^{er} mai 2004.

[Référence omise]

[11] La juge analyse d'abord la responsabilité des administrateurs du Complexe sportif et culturel régional Île Perrot [Complexe] à l'aune de la responsabilité extracontractuelle. Elle se penche sur la façon dont les administrateurs ont géré le différend entre Complexe et Construction CogereX Ltée [CogereX] et conclut à la responsabilité de Robert Brissette [Brissette] et de Michel Perrier [Perrier]. Elle accueille, pour partie, la Requête introductive d'instance amendée de CogereX contre ceux-ci.

[12] Ensuite, la juge examine le reproche formulé par CogereX à l'endroit de la Banque Nationale du Canada [BNC]. Elle ne retient pas la responsabilité extracontractuelle de cette dernière qui « s'est toujours comportée de façon raisonnable en prenant des décisions basées sur des critères économiques, objectifs et pertinents qu'elle a en outre évalués de bonne foi »¹.

[13] Pour ce qui concerne la mise en cause forcée de la ville de Pincourt [Ville] par la BNC, la juge retient la responsabilité tant contractuelle qu'extracontractuelle de la Ville.

[14] Elle chiffre la créance de CogereX à 1 133 051,74 \$ et rejette sa réclamation pour les extras de 259 152,69 \$. Enfin, elle condamne la Ville à payer à la BNC 1 824 000 \$, avec l'intérêt couru et à courir selon l'*Offre de financement* du 11 avril 2003, plus l'indemnité additionnelle.

* * *

[15] Les administrateurs Brissette et Perrier se pourvoient et demandent le rejet du recours introductif de CogereX, à leur égard². La Ville se pourvoit également et

¹ Au paragr. 271 du jugement principal [le jugement].

² Dossiers d'appel 500-09-020295-101 à 500-09-020304-101.

demande le rejet de la mise en cause forcée de la BNC et des condamnations en découlant, au bénéfice de CogereX et de la BNC³.

[16] CogereX se porte, elle aussi, appelante⁴. Elle demande de hausser le quantum de la condamnation à 3 411 245,33 \$ et, subsidiairement, d'infirmier une décision de la juge qui l'a empêchée de déposer des pièces additionnelles, puis de renvoyer les parties devant le tribunal pour compléter la preuve, de sorte qu'une décision soit rendue sur « le mérite » de sa réclamation.

[17] Enfin, la BNC se porte appelante-incidente dans le dossier de l'appel de CogereX⁵. Elle demande d'infirmier la décision de la juge de refuser de condamner CogereX aux honoraires extrajudiciaires encourus par la BNC en raison des recours abusifs intentés contre elle. Sa réclamation s'élève à 334 353,21 \$.

[18] Il est logique de débiter l'examen du litige par l'appel interjeté par la Ville.

L'appel de la Ville

[19] La juge de première instance résume ainsi la « genèse du projet » :

[22] À la fin des années 1990, la situation financière de la Ville est peu reluisante.

[23] Outre d'avoir repris plus de six cents (600) acres de terrain pour non-paiement de taxes et vu sa dette augmentée de plus de 5 000 000 \$, son taux de taxation est alors supérieur à celui des villes avoisinantes, voire même à celui de l'ouest de Montréal.

[24] Comme elle doit concentrer ses efforts à mettre en valeur le territoire mentionné ci-devant et améliorer sa situation financière dans les meilleurs délais possibles, la Ville procède dès lors au refinancement de sa dette sur une période de quinze (15) ans et révisé l'ensemble de son règlement de zonage afin de promouvoir le développement immobilier sur son territoire, notamment par l'implantation d'une école secondaire régionale, d'un complexe sportif et culturel régional, d'un parcours de golf de type urbain et d'un parc forestier urbain, et par l'acquisition d'équipements majeurs en sports et loisirs.

[25] C'est dans la foulée de ces projets qu'à la fin de l'année 2000, Perrier, alors *directeur du développement urbain* à la Ville et *adjoint au directeur général*⁶, et Grenier, *directeur du développement des loisirs* à la Ville, rencontrent Brissette, alors *président de l'Association du Hockey Mineur de la*

³ Dossier d'appel 500-09-020250-098.

⁴ Dossier d'appel 500-09-020273-090.

⁵ *Ibid.*

⁶ À compter de juin 2002, il occupe le poste de directeur général de la Ville.

Ville de Pincourt (AHMP), pour discuter de la possibilité que l'organisme s'implique avec la Ville dans la réalisation d'un complexe sportif et culturel régional.

[26] À cette époque, l'AHMP dispose de 500 000 \$ accumulés au fil des années via diverses activités de financement.

[27] Comme Brissette partage la même vision que celle de la Ville, soit de mettre en place une infrastructure intéressante tant pour l'AHMP que pour la Ville, cette dernière décide d'aller de l'avant dans la réalisation du projet, et ce, en partenariat avec l'AHMP.

[28] Vu toutefois sa situation financière à cette époque, il n'est aucunement question pour la Ville de solliciter un emprunt pour financer un tel projet, d'où les discussions avec Brissette à l'effet d'envisager la création d'un organisme sans but lucratif qui deviendrait propriétaire des installations et prendrait alors charge des opérations.

[29] Au mois de janvier 2001, l'AHMP retient donc les services de la firme *CBEC-Réseau* (CBEC) pour qu'elle procède à une étude de faisabilité et de rentabilité d'un tel projet. Au mois d'août 2001, CBEC dépose son rapport qui conclut favorablement à l'implantation d'un aréna sur le territoire de la Ville.

[30] L'AHMP mandate alors l'architecte *Michel Goyette* (Goyette) pour qu'il élabore un *Programme architectural*.

[31] Le 29 janvier 2002, la Ville adopte une résolution autorisant le maire *Michel Kandyba* (Kandyba) et la greffière de la Ville à l'époque, madame *Hélène Boudreault* (Madame Boudreault), à signer avec l'AHMP, pour et au nom de la Ville, un protocole d'entente en vue de l'implantation d'un complexe sportif et culturel régional sur le territoire de la Ville. La Ville y réitère en outre ses engagements dans un tel projet, et ce, en partenariat avec l'AHMP.

[20] Complexe est constitué le 5 février 2002 et le 29 avril 2002, il signe, avec la Ville, une entente pour la réalisation du projet. On recherche du financement à l'automne 2002 auprès de la BNC, par l'intermédiaire de Brissette et Perrier⁷. La Ville fait la promotion du projet. Le 10 décembre 2002, elle désigne Perrier et Grenier pour agir comme ses représentants au conseil d'administration [CA] de Complexe. La négociation se poursuit avec la BNC.

[21] Le 14 mai 2003, le contrat de construction est signé entre Complexe et Cogorex. Le 4 juin suivant, lors d'une séance de clôture, diverses ententes sont signées « visant

⁷ Aux paragr. 37 ss. du jugement entrepris.

à mettre en place les engagements financiers que Complexe et la Ville ont souscrit à l'égard de la BNC »⁸. Les travaux sont alors en cours depuis le milieu du mois de mai.

[22] Statuant sur la mise en cause forcée de la Ville par la BNC, la juge retient la responsabilité de la Ville pour les motifs suivants.

[23] Au plan contractuel, elle constate que la Ville s'est engagée, aux termes d'une *Convention de rachat des actifs* signée le 4 juin 2003, à racheter les actifs de Complexe dans un délai de 30 jours d'une demande écrite de la BNC en ce sens, dans le cas où la banque en viendrait à réaliser ses sûretés⁹. Le prix de l'acquisition est fixé « jusqu'à concurrence » du solde du prêt à terme accordé par la BNC. La juge précise :

[281] Cette convention, conclue entre le Complexe, BNC et la Ville, répondait à une exigence spécifique que BNC avait formulée dans le cadre de l'*Offre de financement* du 11 avril 2003 et qui prévoyait notamment, aux *Conditions préalables au déboursement des fonds*, que la Ville adopte, d'ici la fin du bail à intervenir entre elle et le Complexe et prévu pour une durée de cinq (5) ans, une résolution aux fins d'entreprendre les démarches nécessaires auprès du MAMM¹⁰ pour effectuer le rachat.

[282] Le délai dont il est alors question avait été concédé par BNC à la demande expresse de la Ville qui souhaitait à cette époque redresser sa situation financière avant d'entreprendre une telle démarche auprès du MAMM. C'est d'ailleurs en raison de sa situation financière précaire de l'époque que la Ville avait approché Brissette pour créer le Complexe et réaliser le complexe sportif et culturel qui était alors sensé revitaliser son économie.

[283] Or, à ce jour et malgré la faillite du Complexe depuis le 1^{er} mai 2004, la Ville n'a entrepris aucune démarche auprès du MAMM pour racheter les actifs du Complexe, une procédure qui pourtant ne pose généralement aucun problème.

[24] La juge note également qu'une *Convention de jouissance paisible*¹¹ est intervenue, le même jour, entre Complexe, la BNC et la Ville, selon laquelle la prestation de cette dernière, à titre de locataire de Complexe, est essentielle à la réalisation du projet et à son financement. De même, la Ville cède à la BNC :

[285] [...] non seulement [...] toute priorité à laquelle elle pourrait prétendre aux termes des divers documents que les parties ont signés [...], mais aux termes de la *clause 4* de la convention, elle s'est en outre engagée à n'opposer à l'institution financière aucun défaut que le Complexe pourrait avoir envers elle.

⁸ Au paragr. 64 du jugement.

⁹ Pièce BNC-13.

¹⁰ Il s'agit du ministère des Affaires municipales et de la Métropole.

¹¹ Pièce VDP-2 c).

[25] Le 4 juin 2003, une *Offre de location* a été signée par la Ville et Complexe qui garantit la location d'heures de glace pour un revenu d'au moins 730 000 \$. La juge poursuit :

[290] En l'espèce, la garantie de location d'heures de glace pour un revenu minimal annuel de 730 000 \$ constituait la condition *sine qua non* du financement du projet par BNC. Le Complexe bénéficiait ainsi de revenus suffisants, alors que la Ville pouvait espérer redresser entre-temps sa situation financière avant de demander au MAMM l'autorisation de signer la *Convention de rachat des actifs*. N'eut été de cette condition, BNC n'aurait jamais accepté de financer le Complexe.

[291] Cette condition a par ailleurs été expressément acceptée par la Ville alors qu'elle adoptait, le 16 avril 2003, une résolution [...] :

[...]

[293] La garantie de louer annuellement 3 500 heures de glace et de procurer ainsi au Complexe un revenu annuel minimal de 730 000 \$, a donc été contractée par la Ville au bénéfice de BNC. L'objectif de cette garantie visait de faciliter la réalisation du projet tout en assurant au Complexe des revenus suffisants pour supporter son financement pendant une période de cinq (5) ans, soit le temps pour la Ville d'obtenir l'autorisation du MAMM de signer la *Convention de rachat des actifs*.

[294] Dans ces circonstances, l'*Offre de location* constitue une *stipulation pour autrui* en faveur de BNC et engage dès lors la *responsabilité contractuelle* de la Ville à l'égard de l'institution financière.

[Soulignement ajouté]

[26] Enfin, comme l'exigeait la BNC, la Ville a cautionné les obligations de Complexe à concurrence de 45 000 \$¹².

[27] La juge retient aussi la responsabilité extracontractuelle de la Ville et s'en explique.

[297] La preuve révèle que depuis le début du projet, la Ville a exercé un contrôle de facto de toutes les décisions prises par le Complexe, notamment celles de refuser de payer les Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8 et de participer à une solution négociée avec l'entrepreneur général et BNC aux fins de compléter le projet à un coût acceptable pour tous, tel projet

¹² Au paragr. 294 du jugement.

respectant par ailleurs les fonctionnalités recherchées par le Complexe et la Ville.

[298] Comme Brissette l'a mentionné à maintes reprises, la Ville « *avait un droit de vie ou de mort* » sur le projet.

[299] La Ville a ainsi utilisé le Complexe à titre de *mécanisme juridique* aux seules fins d'entreprendre et réaliser un projet d'importance pour elle et qui s'inscrivait, faut-il le rappeler, au cœur même de la revitalisation de son économie.

[300] La Ville a été omniprésente à toutes les phases du projet et en a conservé la mainmise tant lors de sa conception, sa préparation et sa réalisation qu'au cours des discussions visant sa relance et lors de la décision d'y mettre fin.

[28] La juge de première instance étaye ces déterminations de faits pour chaque phase du projet en se référant à la preuve documentaire et testimoniale : phase pré-construction, phase de financement, phase construction, phase de relance du projet. Elle écrit à ce sujet :

[301] Les efforts que Brissette, Perrier et Goyette ont déployés pour limiter le rôle de Perrier à celui de *simple bénévole, administrateur du Complexe* et convaincre ainsi le Tribunal que les procès-verbaux dont il est question ci-devant contenaient tous une *erreur* à cet égard, ont été vains.

[302] Non seulement le témoignage qu'ils ont livré est contredit par les procès-verbaux qui ont été rédigés par Goyette de façon contemporaine aux événements, mais bien que tels procès-verbaux leur aient tous été communiqués, ni Perrier ni Brissette n'ont jugé utile de demander à Goyette de corriger *l'erreur* dont ils se réclament aujourd'hui pour que Perrier y soit plutôt désigné à titre d'*administrateur du Complexe*¹³.

[303] Mais, il y a plus.

[304] Lors de la *Réunion de coordination* du 9 septembre 2003, alors que le maire Kandyba est présent, c'est Perrier qui prend position au nom de la Ville. Le procès-verbal que Goyette a rédigé à cette occasion est éloquent à cet égard :

« (...) »

1.8 Position de la Ville :

¹³ Plutôt que comme directeur général représentant la Ville.

Monsieur Perrier avise l'assemblée que la Ville est unie au propriétaire jusqu'à la fin du projet. (...) »

(L'emphase est dans le texte)

(Le Tribunal souligne)

[305] Par ailleurs, à l'audience, Goyette a finalement reconnu que Perrier avait bel et bien assisté à la *Réunion de coordination* à titre de *représentant de la Ville*.

[306] Perrier, qui communiquait en outre avec Brissette de façon quasi quotidienne, a été un acteur de premier plan dans toutes les phases du projet aux fins d'assurer la préservation des intérêts de la Ville. Prétendre encore aujourd'hui le contraire constitue une insulte à l'intelligence de quiconque a assisté à l'audition et pris connaissance de l'ensemble des pièces qui ont été produites.

[307] Perrier a participé à titre de *représentant de la Ville* aux réunions de chantier, dont la *Réunion de coordination* du 9 septembre 2003, et a adhéré sans réserve à la décision de ne pas payer l'entrepreneur général et, partant, les sous-traitants, et ce, tant et aussi longtemps qu'un *règlement global* n'interviendrait pas avec Cogrex, et ce, alors que les travaux se poursuivaient sur le chantier de construction.

[308] Si Cogrex et les sous-traitants n'ont pas encore été payés à ce jour pour les travaux effectués à compter du mois de septembre 2003, cette situation résulte également des faits et gestes de la Ville qui a agi par l'intermédiaire de Perrier.

[309] Aux termes de l'*article 1457 C.c.Q.*, la Ville doit dès lors en être tenue responsable.

Phase de relance du projet

- Perrier a assisté à toutes les rencontres visant à trouver une solution pour relancer le projet ;
- Lors de la rencontre du 21 avril 2004, Perrier est intervenu au nom de la Ville pour informer les personnes présentes qu'avant de faire connaître la position de la Ville, il devait effectuer certaines vérifications d'ordre financier puisque les délais encourus à pareille date compromettaient selon lui la possibilité pour la Ville de louer des heures de glace ;

- Lors de la rencontre du 27 avril 2004, Perrier a informé les personnes présentes que la Ville ne pouvait mettre plus d'efforts qu'elle n'en avait déjà faits et qu'elle refusait dès lors la proposition de Tremblay¹⁴, ajoutant par ailleurs que la Ville abandonnait le projet notamment en raison de la perte des *éléments techniques* que la Ville estimait essentiels pour le fonctionnement du complexe sportif et culturel.

[310] Lors des rencontres des 21 et 27 avril 2004, par ailleurs *cruciales* pour l'avenir du Complexe, Perrier a encore là agi à titre de *représentant de la Ville*.

[311] Le Tribunal est d'avis que la perte des *éléments techniques* dont il se réclame alors pour justifier la décision de la Ville ne constituait qu'un *prétexte* pour occulter le véritable motif à la base de cette décision, soit celui de la baisse des engagements des municipalités avoisinantes de louer et/ou de garantir la location d'heures de glace, notamment pour l'année 2004-2005, et partant l'obligation pour la Ville d'honorer l'engagement qu'elle avait souscrit aux termes de l'*Offre de location*, soit d'assurer au Complexe un revenu annuel de 730 000 \$.

[312] D'abord, à la rencontre du 21 avril 2004, Perrier a en effet invoqué cette baisse de clientèle et son obligation d'effectuer certaines vérifications d'ordre financier avant de faire connaître la position de la Ville relativement à la proposition que Tremblay avait formulée.

[313] La Ville n'a en outre administré aucune preuve pour démontrer quelle était la nature d'une telle perte d'*éléments techniques* qui semblait pourtant si essentielle pour elle. Au contraire, selon Tremblay, le coût de 5 800 000 \$ tenait compte du fait que les *éléments techniques* que revendiquaient haut et fort le Complexe et la Ville étaient respectés, ce que Brissette a d'ailleurs reconnu lors du témoignage qu'il a livré.

[314] Par ailleurs, la baisse de clientèle dont s'inquiétait Perrier n'affectait en rien le Complexe, mais uniquement la Ville qui, aux termes de l'*Offre de location*, lui garantissait un revenu annuel de 730 000 \$.

[315] Se fondant alors sur la croyance que Perrier entretenait à cette époque, la Ville, qui était la seule partie ayant intérêt à ce que le projet achoppe, a décidé de mettre un terme au projet et provoquer ainsi la faillite du Complexe, convaincue qu'elle était alors de pouvoir se soustraire à ses engagements financiers et, en initiant une procédure de vente pour taxes, récupérer l'immeuble libre de toute charge.

¹⁴ Il s'agit de Denis Tremblay, un consultant spécialisé en coût dont les services ont été retenus pour évaluer ce qu'il en coûterait pour terminer le projet. Il en sera question un peu plus loin.

[316] Ce faisant et en refusant de participer à une *solution négociée* avec l'entrepreneur général et BNC aux fins de poursuivre et finaliser le projet selon un budget acceptable pour tous et qui assurait de surcroît la viabilité et la rentabilité du Complexe, tel projet comportant par ailleurs les fonctionnalités recherchées pour le Complexe et la Ville, cette dernière a manqué à son obligation la plus élémentaire de collaborer et de négocier de bonne foi et a ainsi mis fin brutalement aux négociations pour des raisons qui n'avaient alors rien à voir avec la teneur des discussions jusqu'alors entreprises avec CogereX et BNC.

[317] En orchestrant en outre le manque de loyauté de Brissette et Perrier à l'égard du Complexe et en provoquant la faillite de l'organisme, la Ville a utilisé la position privilégiée qu'elle détenait au sein du conseil d'administration du Complexe pour que soient prises des décisions manifestement contraires aux intérêts de ce dernier, ce qui a eu de lourdes conséquences à l'égard de tous les intervenants impliqués dans le projet, notamment à l'égard de l'entrepreneur général, des sous-traitants et de BNC.

[318] Un tel comportement, de surcroît de la part d'un organisme public, est tout à fait déplorable et inacceptable et engage sa *responsabilité contractuelle*.

[Soulignement ajouté]

* * *

[29] La Ville avance six moyens au soutien de son pourvoi, qui reprochent autant d'erreurs à la juge de première instance. Ils seront abordés dans un ordre qui diffère de celui privilégié par la Ville.

L'omission de considérer que CogereX et la BNC connaissaient les ressources limitées de Complexe constitue une erreur manifeste et déterminante

[30] La Ville reproche à CogereX sa témérité pour avoir contracté avec Complexe, un organisme sans but lucratif qui n'avait que des ressources limitées à investir dans le projet, sans exiger des garanties suffisantes. Elle formule le même reproche à la BNC et ajoute que les garanties « requises initialement par la Banque n'ont pas été fournies par la Ville » et que celles octroyées sont limitées. Les conclusions quant à la responsabilité extracontractuelle auraient pour effet de fournir à la BNC des garanties refusées lors de la signature de l'entente.

[31] Ces allégations générales, qui ne sont pas étayées, ne ciblent pas d'erreur révisable dans le jugement entrepris, une démonstration dont le fardeau repose sur les épaules de la partie appelante. La Ville ne peut se contenter de plaider sa cause comme elle l'a fait en première instance. Nous y reviendrons un peu plus loin.

[32] Par ailleurs, ce n'est pas la situation juridique de Complexe qui est en cause ni la portée des garanties octroyées à la BNC, mais la conduite répréhensible de la Ville qui a, de l'avis de la juge, engagé sa responsabilité. Enfin, l'on peut se demander en quoi il est, en principe, téméraire de conclure un contrat avec un OSBL et en quoi la juge aurait erré de façon manifeste et déterminante en ne retenant pas, sous ce rapport, de faute contre Cogrex et la BNC.

[33] Ce moyen est sans fondement.

Le contrôle de la Ville sur les activités de Complexe

[34] Selon la Ville, cette conclusion de la juge ne trouverait pas appui dans la preuve.

[35] Elle plaide d'abord qu'une municipalité, personne morale de droit public, ne parle que par résolution. Les actes d'un administrateur ou d'un employé ne peuvent donc l'engager contractuellement.

[36] Se référant ensuite au témoignage de Brissette, elle affirme que c'est l'Association de Hockey mineur de Pincourt [AHMP] qui a initié les démarches auprès d'elle, à la recherche d'infrastructures susceptibles d'accueillir les jeunes pratiquant le hockey dans la région. La juge commettrait donc une erreur en affirmant que les approches ont été faites par la Ville¹⁵. Elle ajoute que la demande d'aide financière transmise au MAMM visait plusieurs investissements, en outre du complexe sportif, et n'apporte donc rien au débat.

[37] Cela dit, la Ville reconnaît que les lettres patentes de Complexe prévoient la dévolution éventuelle de ses biens à la Ville, mais ajoute qu'elles étaient publiques et que la BNC en avait pris connaissance. Par ailleurs, la dévolution des biens d'un OSBL serait chose courante. Au surplus, cette clause aurait été ajoutée à l'initiative de Brissette, sans consultation avec la Ville.

[38] La Ville reconnaît aussi qu'en vertu des Règlements généraux de Complexe, le CA devait être composé exclusivement de représentants désignés par elle, à l'expiration d'un délai de cinq ans. Mais elle ajoute que la BNC le savait. La Ville concède également qu'elle entendait céder le terrain de Complexe à titre gratuit, mais précise qu'elle s'est ravisée, après avoir réalisé qu'un tel don était illégal.

[39] La Ville ne conteste pas davantage avoir « conclu avec le Complexe une Entente [...] aux termes de laquelle elle a souscrit non seulement plusieurs engagements financiers envers l'organisme, mais également un engagement à l'effet d'appuyer ce dernier dans ses démarches visant à bénéficier des exemptions de taxes foncières

¹⁵ Au paragr. 300 du jugement.

municipales et scolaires ou de lui proposer une formule compensatoire pour suppléer à telles exemptions si celles-ci ne lui étaient pas octroyées »¹⁶.

[40] Au sujet du rôle joué par les administrateurs Grenier et Perrier nommés par elle, la Ville affirme que leur présence au CA était justifiée et que Perrier a agi comme son représentant seulement lorsqu'il a « négocié les termes du financement avec la Banque ». Quant au reste, il aurait toujours agi dans l'intérêt de Complexe.

[41] À l'étape du financement, le fait que Perrier ait communiqué avec la BNC pour lui présenter le projet est « au mieux banal » car la Ville appuyait le projet et était prête à offrir des garanties pour sa réalisation. Serait également banal le fait que la BNC était déjà en relation d'affaires avec la Ville.

[42] La Ville ajoute que : elle a fait la majeure partie de la présentation lors de la rencontre de janvier 2003 réunissant ses représentants, ceux de la BNC et Robert Brissette, mais il n'y aurait rien là d'extraordinaire; elle n'entendait pas, pour autant, devenir l'exploitante et la gestionnaire du complexe sportif; la garantie donnée par son maire selon laquelle la BNC « ne perdrait pas un sou » constituait un simple engagement « politique et verbal » et ne pouvait pas engager la Ville au-delà « des résolutions et des ententes »; Brissette n'a pas été impliqué dans la négociation des garanties exigées par la BNC, mais il a négocié « au nom du Complexe les clauses qui s'appliquaient à lui ».

[43] Pour ce qui concerne la phase construction, la Ville argumente que : la présence de Perrier sur le CA de Complexe ne fait pas d'elle le « cocontractant ... de Cogrex et de la Banque »; une erreur cléricale a été commise par Goyette aux procès-verbaux dans lesquels il désigne Perrier comme représentant de la Ville; les témoignages de Brissette et de Perrier auraient dû être considérés à ce sujet; ni Perrier ni la Ville n'ont participé, selon la preuve documentaire, « à l'élaboration du projet de construction ... ni à sa gestion quotidienne »; Perrier était la « courroie de transmission » entre la Ville et Complexe et s'en est remis aux professionnels pour prendre ses décisions; Complexe a géré le projet de construction de façon autonome, du début à la fin, sans intervention « de la Ville autre que celle découlant des engagements qu'elle avait contractés envers la Banque ».

[44] Au regard du rôle qui lui est reproché dans la déloyauté de Perrier et Brissette, la Ville plaide que : Perrier s'est fié aux professionnels « pour soutenir le Complexe dans certaines décisions relatives au chantier », notamment lors de la réunion du 9 septembre 2003; Brissette a témoigné de son dévouement envers Complexe et avait tout à perdre de la faillite de celui-ci; Perrier a affirmé que la mise en faillite « découle des menaces de Cogrex et de la décision de la Banque de la devancer en prenant l'initiative de la faillite »; elle était disposée à respecter ses engagements et ne retirait aucun avantage de l'échec du projet.

¹⁶ Au paragr. 300 du jugement.

[45] Enfin, la réponse donnée par Brissette selon lequel la Ville avait « un droit de vie ou de mort sur le projet » aurait une portée restreinte puisque l'avocat de la BNC cherchait alors à déterminer s'il avait exigé le paiement des 3 500 heures de location de glace garanti par la Ville. Elle reconnaît toutefois l'admission de Brissette qu'« il n'avait jamais envisagé le scénario où il aurait demandé à la Ville de respecter sa garantie »¹⁷.

[46] Au surplus, la Ville plaide qu'elle ne peut être considérée comme l'*alter ego* de Complexe. Le financement d'un OSBL par une autre entité ne peut entraîner la confusion de deux personnes morales distinctes, ce qui occasionnerait une insécurité juridique non souhaitable¹⁸.

* * *

[47] La responsabilité extracontractuelle d'une corporation municipale peut être engagée, dans sa sphère opérationnelle¹⁹, par exemple lorsque ses préposés « commettent une faute dans la mise en œuvre d'un règlement relevant de la sphère opérationnelle de leurs activités »²⁰. Il n'y a pas d'immunité sous ce rapport et « la simple faute au sens du Code civil peut engager leur responsabilité »²¹.

[48] L'enquête et l'audition de cette affaire ont requis 26 jours. Plus de 250 pièces ont été produites, dont plusieurs dizaines en liasse, qui totalisent 1 225 pages de preuve documentaire. Les témoignages sont relatés sur plus de 3 100 pages de notes sténographiques.

[49] Les contrats intervenus entre les parties, le cadre juridique applicable et les pouvoirs généraux des municipalités ne sont pas en litige. Au soutien de ce moyen d'appel, la Ville réfère essentiellement la Cour, pour ce qui concerne la preuve testimoniale, à des extraits choisis des témoignages de Brissette et de Perrier, et réitère que la conduite de ses préposés n'a pas été fautive, qu'on l'examine selon les principes de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

[50] La Cour a rappelé, en plusieurs occasions, que l'appel n'est pas une occasion de refaire le procès²². Il revient à la partie appelante de faire le travail minutieux et

¹⁷ Soit l'engagement de payer la valeur de 3 500 heures de location de glace.

¹⁸ *Office municipal d'habitation de Québec c. Comité paritaire de l'entretien des édifices publics de la région de Québec*, 2009 QCCA 2428.

¹⁹ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663. Voir aussi *Charlevoix-Est (Municipalité régionale de comté de) c. Tremblay*, 2010 QCCA 386.

²⁰ *Chelsea (Municipalité de) c. Laurin*, 2010 QCCA 1723, paragr. 71.

²¹ *Ste-Anne-de-Bellevue (Ville de) c. Papachronis*, 2007 QCCA 770, paragr. 23.

²² *Regroupement des CHSLD Christ-Roy c. Comité provincial des malades*, 2007 QCCA 1068, paragr. 53-55; *P.L. c. Benchetrit*, 2010 QCCA 1505, paragr. 24; *E.G. c. Carrier*, 2010 QCCA 2153, paragr. 10-13; *Samson c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, 2010 QCCA 604, paragr. 29; *9045-6740 Québec inc. c. 9049-6902 Québec inc.*, 2010 QCCA 1130, paragr. 11-12; *Duddin c. Lussier*, 2012 QCCA 592, paragr. 15.

exigeant de déceler les erreurs et de démontrer leur aspect manifeste. Cela s'avère fondamental lorsqu'un dossier est essentiellement factuel. C'est le cas ici :

[10] Comme il s'agit d'un appel portant en grande partie sur les faits, l'appelante doit démontrer non seulement l'existence d'erreurs manifestes, mais également le caractère déterminant de ces erreurs. Pour ce faire, il est nécessaire de cibler ces erreurs, de même que leur impact sur le résultat, en attirant l'attention du lecteur tant sur les passages erronés du jugement (ou sur l'absence d'examen de ces faits) que sur la preuve pertinente.²³

[51] Le seul amalgame de faits chirurgicalement choisis dans l'ensemble de la preuve pour ressasser la vision de l'appelante ne permet pas l'intervention de la Cour²⁴. La partie appelante doit donc « montrer du doigt »²⁵ les erreurs manifestes et déterminantes et cela est encore plus vrai dans les dossiers complexes ou d'envergure :

[55] Lorsqu'une preuve de quelque complexité prête à interprétation et requiert de la part du juge de première instance l'appréciation individuelle puis globale de multiples éléments, dont certains sont divergents ou contradictoires, il ne suffit pas de sélectionner aux fins du pourvoi tout ce qui aurait pu être interprété différemment, à l'exclusion de tout le reste, afin de réitérer une thèse déjà tenue pour non fondée par le juge qui a entendu le procès. Une erreur dans la détermination d'un fait litigieux n'est manifeste que si son caractère évident ou flagrant se dégage avec netteté du ré-examen de la partie pertinente de la preuve et qu'une conclusion différente sur ce fait litigieux s'impose dès lors à l'esprit. Une erreur n'est déterminante que si elle prive le jugement entrepris d'une assise nécessaire en fait, faussant ainsi le dispositif de la décision rendue en première instance et commandant réformation de ce dispositif pour cette raison. [...]²⁶

[Soulignement ajouté]

[52] Une telle démonstration n'a pas été faite par la Ville.

[53] La juge de première instance conclut que la Ville a manqué aux engagements pris envers la BNC en vertu de la *Convention de rachats des actifs*²⁷, dans le contexte où elle avait cédé à la BNC toute priorité à laquelle elle pourrait prétendre et s'était engagée à n'opposer à la banque aucun défaut que Complexe pourrait avoir envers la Ville, en vertu de la *Convention de jouissance paisible*²⁸. Elle conclut, par ailleurs, que

²³ *Volaille du fermier inc. c. Éleveurs de volailles du Québec*, 2009 QCCA 871.

²⁴ Voir par exemple *R.K. c. Ackman (Succession d')*, 2010 QCCA 2180, paragr. 16.

²⁵ *P.L. c. Benchetrit*, *supra*, note 22, paragr. 24.

²⁶ *Regroupement des CHSLD Christ-Roy c. Comité provincial des malades*, *supra*, note 22.

²⁷ Paragr. 279 ss.

²⁸ Paragr. 284 ss.

l'Offre de location intervenue entre Complexe et la Ville constitue une stipulation pour autrui au bénéfice de la BNC et une condition *sine qua non* du financement du projet par cette dernière²⁹. Elle retient la responsabilité contractuelle de la Ville envers la BNC pour avoir manqué à divers engagements.

[54] Aucune erreur ne vicie ces déterminations.

[55] La juge conclut également à la responsabilité extracontractuelle de la Ville, tant à l'égard de la BNC que de Cogrex.

[56] Elle explique que la Ville avait le contrôle, dans les faits, du projet et de Complexe, qu'elle a utilisé ce *mécanisme juridique* pour réaliser le projet sur lequel elle a gardé la mainmise à toutes les phases de conception, préparation et réalisation, incluant les discussions visant sa relance et la décision d'y mettre fin³⁰. La juge émaille son propos de nombreuses références à la preuve documentaire et testimoniale en regard, notamment, des phases pré-construction, financement et construction³¹.

[57] Il est vrai qu'une personne morale de droit public ne parle que par résolution, mais il ne s'agit pas de cela ici. Il est clairement établi, notamment par les témoignages de Brissette, Lebel³², Leduc³³, Goyette et de Christian Bourque³⁴, que l'influence de la Ville a pesé lourd, tout au long du projet, se manifestant notamment par les interventions du maire et de Perrier, ses mandataires.

[58] Mentionnons, pour un exemple donné, la relation faite par la juge d'une rencontre tenue en janvier 2003 à Pincourt, près d'un an après la constitution de Complexe³⁵ :

[42] Au mois de janvier 2003, une rencontre a lieu à l'Omnicentre de la Ville. Y sont présents Brissette et Perrier, le maire Kandyba, la *trésorière* de la Ville à cette époque, madame *Céline Bussièrès* (Madame Bussièrès), le *vice-président* BNC-Montérégie, monsieur *Jean-Pierre Lambert* (Lambert), de même que Leduc et son supérieur immédiat, monsieur *Michel Perreault* (Perreault).

[43] La Ville fait alors une présentation des sujets suivants :

- Le bilan du partenariat BNC-Ville ;

²⁹ Paragr. 286 ss.

³⁰ Paragr. 297 ss.

³¹ Aux paragr. 300 à 309.

³² Richard Lebel est un cofondateur de Construction Cogrex, il agissait comme gérant du projet de l'aréna de Pincourt.

³³ Serge Leduc est directeur de compte commercial à la Banque Nationale du Canada, il s'est occupé du dossier de financement de Complexe.

³⁴ Christian Bourque est syndic de faillite et comptable agréé; il a été approché dans le dossier pour dénouer l'impasse entre Cogrex et le Complexe.

³⁵ Et en l'absence de trois de ses administrateurs.

- La situation financière de la Ville ;
- Les perspectives de développement économique ;
- Le positionnement stratégique du complexe sportif et culturel régional ;
- L'évolution du dossier du complexe sportif et culturel régional ;
- Les perspectives de partenariat pour l'implantation du complexe sportif et culturel régional.³⁶

[44] À l'occasion de cette rencontre qui sera, aux dires de tous, un *point tournant* dans les négociations relatives au financement du projet, le maire Kandyba et Perrier donnent à BNC la garantie qu'elle ne perdra aucun montant d'argent dans cette « *aventure* ».

[45] C'est d'ailleurs dans cette perspective que la Ville propose alors à BNC ce qui suit :

- De signer une *Convention de rachat des actifs* du Complexe au cas où ce dernier, l'éventuel emprunteur de BNC, ne puisse s'acquitter de ses obligations financières, telle convention devant toutefois faire l'objet d'une demande d'approbation auprès du MAMM;
- *De bénéficier d'un délai maximum de cinq (5) ans pour obtenir telle autorisation* aux fins de lui permettre d'améliorer, au cours de cette période, son profil économique et financier, le processus normal étant d'obtenir cette autorisation avant le début d'un projet;
- Vu les délais requis par la Ville, de se porter garante d'un certain nombre d'heures de location de glace, ce qui permettra alors à BNC de s'assurer de la rentabilité des opérations du Complexe par la garantie d'un revenu minimal pour telle période de cinq (5) ans.

[Soulignement ajouté]

[59] Un autre exemple en dit long sur le rôle central joué par la Ville et sur l'attitude de ses préposés à un moment où le contrat de construction « *fast track* » a déjà été octroyé à Cogexrex :

[66] Le 22 mai 2003, Brissette, Perrier et Goyette se rendent à la municipalité de La Pêche et assistent à une présentation de la firme *Dessau-Soprin Inc.* (Dessau) portant sur la récupération d'énergie. Monsieur Christian Roy (Roy),

³⁶ Pièce BNC-56.

l'ingénieur en électromécanique dont le Complexe a retenu les services, n'est toutefois pas avisé de cette démarche.

[67] C'est à la suite de cette présentation que l'Association des arénas du Québec et la Ville mandatent Dessau pour effectuer une étude de faisabilité en efficacité énergétique visant à évaluer certaines mesures à être intégrées à l'aréna dans le but de diminuer la consommation énergétique du bâtiment.

[68] Le 9 juin 2003, Dessau produit un *Rapport d'analyse technico-économique* (Rapport Dessau) et le présente lors d'une rencontre qui a lieu à l'Omnicentre de la Ville et à laquelle assistent une vingtaine de personnes, dont les membres du conseil d'administration du Complexe et des représentants de la Ville, de Cogrex, du *ministère des Ressources naturelles et de la Faune* et de *Hydro-Québec*. Roy n'y est toutefois pas présent.

[69] Le 17 juin 2003, après avoir pris connaissance du Rapport Dessau qui lui a été transmis, Roy dépose une *Étude comparative en récupération d'énergie* qui compare le Rapport Dessau avec le concept qu'il a développé en collaboration avec Cogrex et le sous-traitant *Cimco*.

[70] Le 19 juin 2003, se disant insatisfait du travail qu'il a accompli, le Complexe congédie Roy et mandate Dessau pour prendre charge du *volet électromécanique* du projet. Le Complexe n'avise toutefois pas BNC de ce changement.

[71] Le congédiement de Roy et l'arrivée de Dessau sur le chantier de construction constituera sans conteste un *point tournant* dans les relations entre les différents intervenants impliqués dans le projet.

[72] Le 27 juin 2003, Dessau écrit à Brissette pour lui faire part de l'avancement des plans en électromécanique que Roy a confectionnés. Il lui précise notamment ce qui suit :

« (...)

Plomberie : 50 %

Ventilation : 75 % (*Concept à reprendre au complet*)

Réfrigération : 0 %

Protection incendie : 0 %

Réfrigération automatique : 0 %

Électricité : 2 %

Aucune spécification d'équipements n'a été faite.

Nous n'utiliserons aucun des plans de M. Christian Roy. Les plans seront repris selon notre format. Au niveau du drainage, il est possible que nous utilisions quelques éléments qui se trouvent sur ces plans et qui sont déjà construits. (...) »³⁷

[Le Tribunal souligne]

[73] Le 1^{er} juillet 2003, Cogrex écrit à Brissette pour l'informer que le remplacement de Roy et l'arrivée de Dessau entraîneront d'importantes perturbations au niveau de l'échéancier des travaux et des coûts du projet, le concept mis de l'avant par le Rapport Dessau affectant les travaux en électromécanique et, partant, tous les autres travaux visés par le projet. L'entrepreneur général fait en outre part à Brissette de sa préoccupation à l'effet qu'il ne dispose encore d'aucun plan et devis en électromécanique et ne peut ainsi retenir les services d'aucun sous-traitant dans ce domaine.

[Soulignement ajouté]

[60] La juge blâme également Perrier et la Ville pour le refus de donner suite aux *Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8* et pour la stratégie fautive, le « plan de match » élaboré pour que Cogrex « flanche » ou « casse »³⁸.

[61] Sur le tout, la Ville ne montre pas « du doigt » d'erreur manifeste et déterminante au regard des déterminations de faits auxquelles parvient la juge de première instance.

[62] Ajoutons que, contrairement à ce que soutient la Ville, ce n'est pas l'AHMP, mais Simon Grenier qui, en recherchant des investisseurs potentiels pour les projets de développement de la Ville, a initié le contact. Perrier en témoigne.

[63] La Ville affirme que les décisions de Complexe prises à la fin de l'été 2003 étaient fondées sur les recommandations des professionnels. Cela n'exempte pas les personnes fautives de répondre de leurs actes ni ne les dispense de n'avoir pas consulté, en temps utile, une personne compétente, en l'occurrence ici un avocat ou une avocate, sur la difficulté qui se posait. La loi en vigueur à l'époque formulait la présomption qu'un administrateur agit avec prudence et diligence lorsque sa décision est fondée sur l'opinion d'un expert³⁹. Encore faut-il qu'il possède une expertise dans le

³⁷ Pièce ADM-10.

³⁸ Voir à ce sujet les paragr. 187 à 212 et 239 à 241 du jugement entrepris.

³⁹ *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.84. La loi actuelle précise qu'il doit s'agir du champ de compétence professionnel de cet expert, *Loi sur les sociétés par action*, L.R.Q., c. S-31.1, art. 121 (2).

domaine pertinent au type de décision qui doit être prise⁴⁰. Ainsi, l'administrateur fera « appel à des banquiers ou des conseillers financiers pour des problèmes financiers, à des avocats pour des problèmes juridiques, etc. »⁴¹. De surcroît, il ne fait pas de doute que la consultation d'un expert n'exonère pas l'administrateur d'être prudent et diligent dans son processus décisionnel⁴².

[64] De fait, Perrier ne s'est jamais assuré que la demande de ventilation des coûts formulée à cette époque était valable et recevable, malgré l'effet radical qu'elle pouvait avoir sur la suite du projet et les créances de Cogrex et des sous-traitants. Également, il ressort du procès-verbal de la réunion du 9 septembre 2003 que les recommandations de fermer le chantier et d'informer la BNC de la situation, formulées par des professionnels, n'ont pas été suivies. Nous y reviendrons.

[65] Pour ce qui est de l'argument fondé sur la notion d'*alter ego*⁴³, soumis par la Ville, il n'a pas d'application ici⁴⁴. Il ne s'agit pas de qualifier une relation entre un actionnaire et une société⁴⁵. Cela dit, la juge de première instance refuse, à bon droit, de prononcer la levée du voile corporatif, en vertu de l'article 317 C.c.Q., comme le demandait Cogrex au soutien de son recours contre les administrateurs⁴⁶.

La tentative de relance du projet

[66] La juge retient également la responsabilité extracontractuelle de la Ville en raison de son refus d'accepter la solution négociée par les principaux intéressés en avril 2004. La Ville aurait orchestré la déloyauté des administrateurs et choisi de provoquer l'échec du projet pour être libérée de ses obligations contractuelles et même tirer profit de cette déconfiture⁴⁷. La juge qualifie le comportement de la Ville de « déplorable et inacceptable »⁴⁸, d'autant qu'elle est un organisme public.

⁴⁰ Paul Martel, *Administrateurs de corporations sans buts lucratifs : le guide de vos devoirs et responsabilités*, 3^e édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 2007, p. 85-86; Voir également pour l'obtention d'une opinion juridique *St-Hilarion (Municipalité de) c. 3104-9364 Québec inc.*, 2009 QCCA 2375.

⁴¹ Paul Martel, *La corporation sans but lucratif au Québec : aspects théoriques et pratiques*, vol. 1, édition sur feuilles mobiles, Montréal, Wilson Lafleur, 2011, p. 11-8.

⁴² Stéphane Rousseau, « Sans frontières ? Les devoirs des administrateurs de sociétés par actions à la lumière de la jurisprudence récente », *Cours de perfectionnement du Notariat, Chambre des notaires du Québec*, 2006, EYB2006CPN24.

⁴³ Aussi appelée *théorie de l'identification*.

⁴⁴ Voir sur la notion d'*alter ego* : Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Édition Thémis, 2011, p.118 à 124; Suzanne Côté et Julie Girard, « La percée du voile corporatif : qu'en est-il 10 ans plus tard ? », dans *Développements récents sur les abus de droit* 2005, vol. 231, Barreau du Québec, 2005, p. 80 et suivantes.

⁴⁵ Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *supra*, note 44, p. 120, paragr. 260. Voir aussi *Buanderie centrale de Montréal c. Ville de Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29, 46 et suivantes.

⁴⁶ Aux paragr. 177 à 179.

⁴⁷ Voir les paragr. 309 à 318 du jugement dont appel, reproduits ci-haut au paragr. [28].

⁴⁸ Au paragr. 318.

[67] La Ville réplique qu'elle n'a pu profiter du projet. L'aréna, inutilisé, doit être protégé du vandalisme. Il est situé sur une artère importante de la municipalité et constitue « une espèce d'œil au beurre noir ». Elle ajoute que le rejet de la proposition de relance était raisonnable puisque Complexe ne pouvait investir davantage dans le projet. Elle ajoute que son implication se limitait à une « garantie de revenus de Complexe, mais uniquement lorsque bâti et fonctionnel ».

[68] Au sujet de la rencontre du 21 avril 2004, la Ville conteste la conclusion suivante de la juge :

[312] D'abord, à la rencontre du 21 avril 2004, Perrier a en effet invoqué cette baisse de clientèle et son obligation d'effectuer certaines vérifications d'ordre financier avant de faire connaître la position de la Ville relativement à la proposition que Tremblay avait formulée⁴⁹.

[69] Elle soutient que, selon Perrier, les changements proposés réduisaient les fonctionnalités de l'immeuble et mettaient en péril la tenue d'événements culturels « et également la tenue de certains événements sur glace ». Et il n'était pas certain que l'aréna respecte les normes d'une équipe de hockey junior AAA qu'ils voulaient accueillir. Somme toute, « l'infrastructure proposée était de loin très différente de celle qu'il y avait sur le plan et ne répondait pas aux attentes et aux besoins du Complexe ». Il y aurait eu des pertes de revenus découlant des événements et de l'opération des concessions. La Ville ajoute que, selon Brissette, les comptes prévoyaient un déficit annuel d'opération de 290 000 \$.

[70] Enfin, la Ville se réfère au témoignage de Perrier selon lequel il n'y aurait eu, avant la rencontre du 27 avril 2004, ni réunion ni décision sur la proposition Tremblay, mais seulement une séance d'information pour le maire. La Ville ajoute qu'elle n'avait pas les moyens d'emprunter pour financer l'infrastructure.

* * *

[71] D'abord, l'état de l'immeuble abritant l'aréna au moment du procès est dénué de pertinence. Il ne permet pas d'inférer, loin s'en faut, que la juge se trompe de façon manifeste en concluant que la Ville a provoqué l'échec du projet en 2004 pour des motifs qu'elle explique.

[72] La juge s'attarde, d'autre part, à l'argument de Perrier sur la perte d'éléments techniques découlant du projet modifié selon la proposition Tremblay et conclut qu'il s'agissait d'un prétexte pour déguiser le véritable motif à la base de la décision, soit la baisse des engagements des municipalités voisines et la décision de la Ville d'éviter

⁴⁹ Ce passage est reproduit de nouveau, par commodité.

d'honorer la garantie de location des heures de glace⁵⁰. C'était d'ailleurs l'avis du syndic Bourque. Rappelons que la juge mentionne notamment :

[313] La Ville n'a en outre administré aucune preuve pour démontrer quelle était la nature d'une telle perte d'éléments techniques qui semblait pourtant si essentielle pour elle. Au contraire, selon Tremblay, le coût de 5 800 000 \$ tenait compte du fait que les éléments techniques que revendiquaient haut et fort le Complexe et la Ville étaient respectés [...].⁵¹

[Soulignement ajouté]

[73] Rien ne permet de mettre de côté ces déterminations de fait.

[74] Ajoutons que la juge a pu entendre et voir le témoin Perrier s'exprimer, notamment sur ce sujet, pendant une journée entière. Or, elle conclut que le directeur général de l'appelante « avait manifestement l'intention de privilégier les intérêts de la Ville au détriment de ceux du Complexe »⁵². En réalité, la Ville s'est imposée lors des négociations d'avril 2004 auxquelles Brissette n'a pas été associé. Il témoigne même en avoir été exclu. La Ville a exercé le contrôle *de facto* qu'elle avait sur Complexe pour prendre les décisions en lieu et place de celui-ci qui avait abdiqué son pouvoir décisionnel.

[75] Brissette a témoigné que si la Ville avait respecté ses engagements quant aux heures de glace garanties, le *cash-flow* aurait été positif. La BNC précise, à ce sujet, que la Ville ne prévoyait, dans son budget annuel, que 430 heures de glaces sur les 3 500 heures garanties, d'où le déficit important appréhendé. Il est opportun de reproduire les passages suivants de la décision dont appel :

[223] D'ailleurs, pressé de questions par le procureur de BNC, Brissette finira par reconnaître que si la Ville avait respecté son engagement, le Complexe n'aurait subi aucune perte, ceci d'autant plus que BNC lui octroyait un congé de capital d'une année tant sur le *Prêt hypothécaire commercial* initial que sur l'emprunt additionnel de 500 000 \$.

[224] Or, Brissette a témoigné que dans le cadre des discussions qui se sont tenues aux fins de relancer le projet, il n'a jamais tenu compte de ces considérations qui étaient importantes, voire même cruciales dans les circonstances. Il a en outre reconnu n'avoir non plus jamais envisagé d'obliger la Ville à respecter son engagement puisque, comme il l'a mentionné, « La Ville m'aurait fait des problèmes » et « Perrier n'a jamais voulu aller là », c'est-à-dire payer un montant de 730 000 \$ même si la glace était inoccupée.

⁵⁰ Voir les paragr. 310 à 314 du jugement reproduits au paragr. [28] de cet arrêt.

⁵¹ Reproduit de nouveau par commodité.

⁵² Au paragr. 245.

[...]

[229] Il a en outre totalement ignoré l'engagement que la Ville avait souscrit à l'égard du Complexe dans le cadre de l'*Offre de location* du 4 juin 2003, de même que le congé de capital d'une année dont l'organisme bénéficiait tant aux termes de l'*Offre de financement* initiale qu'aux termes du prêt additionnel de 500 000 \$ que BNC était disposée à lui octroyer.

[230] Comme Brissette l'a reconnu lors de son témoignage, s'il avait pris en compte ces deux éléments, il n'aurait alors eu d'autre choix que celui de conclure à la viabilité du projet, ce que Bourque et Tremblay avaient d'ailleurs clairement expliqué aux personnes présentes lors des réunions des 21 et 27 avril 2004.

[Soulignement ajouté]

[76] Brissette reconnaît, sans ambages, que la Ville « c'était le cœur, la pierre angulaire de tout ça ».

[77] Ces déterminations ne sont pas affaiblies par l'argumentaire proposé par la Ville.

[78] Enfin, pour un autre exemple donné, il est utile de reproduire un extrait du rapport du syndic agissant à l'avis d'intention de Complexe et rédigé le 30 avril 2004 :

Lors d'une rencontre tenue le 27 avril dernier, les représentants du CSCRI⁵³ et de la ville de Pincourt ont informé le séquestre intérimaire qu'ils rejetaient la proposition de règlement élaborée par monsieur Denis Tremblay. Cette décision faisait suite à une réunion du Conseil Municipal de la ville de Pincourt, tenue le 26 avril dernier.

Ce refus est motivé par les arguments suivants :

- [...]
- Pertes non récupérables de revenus des villes environnantes à cause du retard des travaux faisant en sorte que l'engagement de location d'heures de glace de la ville de Pincourt serait pleinement utilisée;
- Incapacité de la ville de Pincourt de contribuer davantage au financement du projet et à son budget de fonctionnement, mis à part une contribution additionnelle de 45 000 \$.

[Soulignement ajouté]

⁵³ Il s'agit du Complexe.

[79] Ajoutons que le retard dans l'exécution des travaux dont se plaint la Ville au printemps 2004 n'est pas étranger aux choix que Perrier et Brissette ont faits à compter de septembre 2003 et que la juge qualifie, à l'étude de la responsabilité des administrateurs⁵⁴, de décisions « qui s'avéreront déraisonnables et démontreront ... une totale indifférence des conséquences qui devaient manifestement en découler »⁵⁵.

[80] Au surplus, Perrier attribue la diminution du marché convoité, dans son témoignage, à bien autre chose :

C'est un marché moindre parce qu'il y a des infrastructures qui se développent ailleurs à ce moment-là.

[81] Enfin, Perrier était convaincu que la Ville n'était liée envers la BNC, en ce qui concerne la garantie des revenus d'opération, qu'à compter du « jour 1 de l'opération ». Il fallait tout simplement éviter d'en venir là.

[82] Ce moyen doit également échouer.

La stratégie de la Ville visant à récupérer le complexe sportif

[83] Ce moyen, étroitement lié au précédent, fait notamment écho aux constats suivants de la première juge :

[243] La décision que Perrier a prise lors de la réunion du 27 avril 2004 à titre, a-t-il pris soin de préciser, d'*administrateur du Complexe*, est d'autant plus condamnable qu'il a reconnu qu'elle était « *lourde de conséquences* » tant pour le Complexe que pour l'entrepreneur général et les sous-traitants.

[244] Perrier a en outre reconnu qu'il était alors d'opinion qu'en cas de faillite du Complexe, non seulement la Ville n'était pas tenue de respecter sa garantie de location d'heures de glace mais, en cas de vente de l'immeuble pour taxes, elle en devenait propriétaire, ceci libre de toute charge.

[...]

[315] Se fondant alors sur la croyance que Perrier entretenait à cette époque, la Ville, qui était la seule partie ayant intérêt à ce que le projet achoppe, a décidé de mettre un terme au projet et provoquer ainsi la faillite du Complexe, convaincue qu'elle était alors de pouvoir se soustraire à ses engagements

⁵⁴ Il en sera question lors de l'examen du pourvoi de Perrier et Brissette.

⁵⁵ Aux paragr. 186 et 237 ss. du jugement.

financiers et, en initiant une procédure de vente pour taxes, récupérer l'immeuble libre de toute charge⁵⁶.

[Soulignement ajouté]

[84] La Ville plaide que CogereX a, la première, menacé de mettre Complexe en faillite pour contrer la BNC. L'initiative de la faillite ne venait donc pas de la Ville. Elle souligne, ensuite, que la mise en vente de l'immeuble pour taxes impayées était nécessaire pour éviter la prescription de ce recours et qu'elle n'aurait pu reprendre Complexe « ne pouvant enchérir que pour le montant des taxes »⁵⁷. Si elle s'était portée adjudicataire, l'immeuble était sujet au droit de retrait. Également, les créanciers sont colloqués suivant le rang que leur confère la loi dans le cas d'une vente pour taxes.

[85] La juge a analysé la preuve et conclut qu'au moment des négociations pour le sauvetage du projet, la Ville prenait les décisions dans le sens de ce qu'elle croyait alors être son seul intérêt et anticipait, au bout du compte, récupérer Complexe à peu de frais. La Ville, qui n'avait pas investi un sou dans le projet, comptait bien récupérer le terrain mis à la disposition de Complexe et la bâtisse. Seul son cautionnement de 45 000 \$ consenti pour garantir les obligations de Complexe auprès de la BNC lui serait réclamé.

[86] Aucune erreur manifeste et déterminante n'est davantage démontrée au regard de ces déterminations de faits.

Les montants dus à CogereX

[87] Une fois la faute contractuelle et extracontractuelle de la Ville établie, la juge la condamne à payer à CogereX 1 133 051,74 \$, soit « le total des montants adjugés aux créances des sous-traitants visés par la réunion d'actions et identifiés au *paragraphe [18]* du présent jugement⁵⁸, et ce, après déduction des montants que la demanderesse⁵⁹ a retenus pour son bénéfice et dont elle était redevable à certains d'entre eux »⁶⁰. La juge de première instance aura précisé, au préalable :

[325] [...] ce sont les montants que Perrier et Brissette ont été condamnés à verser à CogereX à la suite des *Requêtes introductives d'instance en garantie* que l'entrepreneur général a instituées contre ces derniers dans chacun des dossiers impliquant les sous-traitants visés par la réunion d'actions dont il est ici

⁵⁶ Le dernier paragr. est reproduit de nouveau, par commodité.

⁵⁷ *Loi sur les cités et les villes*, L.R.Q. c. C-19, art 481 et 536, [L.C.V.].

⁵⁸ Il s'agit de 10 dossiers concernant « divers sous-traitants qui ont institué contre CogereX et Axa Assurances Inc. (Axa), la compagnie d'assurance qui a émis un *Cautionnement concernant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux*, une *Requête introductive d'instance* pour réclamer les montants dus à la suite des travaux qu'ils ont exécutés sur le chantier de construction ».

⁵⁹ CogereX.

⁶⁰ Dispositif du jugement, 3^e al.

question qui doivent être tenus en compte, soit un montant total de 1 133 051,74 \$ [...].

[88] Les administrateurs Perrier et Brissette sont condamnés à payer ce montant, solidairement avec la Ville.

[89] La Ville reproche à la juge d'avoir réglé trop rapidement la question de sa responsabilité face à CogereX et d'avoir erré en droit en ne se prononçant pas sur l'existence d'un lien causalité entre la faute imputée à la Ville et les dommages octroyés.

[90] Plus particulièrement, la juge aurait commis une erreur en concluant que la présence de Perrier à la réunion de coordination du 9 septembre 2003 engageait la responsabilité de la Ville. Perrier n'aurait fait qu'une intervention à cette occasion, soit d'informer l'assemblée que la Ville était unie à Complexe. La Ville répète que la décision de Brissette et de Perrier était fondée sur l'avis des professionnels et que l'opinion de Goyette n'était ni frivole ni manifestement erronée.

[91] Elle ajoute que si CogereX avait fourni les informations demandées, on n'en serait pas là. La juge ignorerait également que la BNC a décidé, en octobre 2003, de suspendre les débours jusqu'à la réception du formulaire « *cost to complete* ». De surcroît, CogereX aurait été intransigente sur la divulgation des coûts de construction et les communications avec elle étaient acrimonieuses.

* * *

[92] La thèse de la Ville, qui nous invite de nouveau à privilégier certains éléments de la preuve, ramène la problématique à la seule réunion du 9 septembre 2003. Cela est par trop réducteur.

[93] La juge de première instance impute plusieurs fautes à la Ville, qui découlent pour beaucoup des faits, gestes et décisions de son directeur général, par ailleurs administrateur de Complexe. La juge estime aussi que la Ville a mené le projet de la réflexion qui l'a vu naître jusqu'à sa liquidation. À ce stade-ci, il est approprié de revenir sur certains événements qui auront également une pertinence à l'examen de la responsabilité des administrateurs Perrier et Brissette.

[94] À la fin de l'an 2000, Brissette et Perrier se rencontrent⁶¹ et envisagent une association entre la Ville et l'AHMP qui permettrait de réaliser un complexe sportif et culturel. La Ville décide d'aller de l'avant avec ce projet commun. À l'été 2001, l'AHMP confie à Michel Goyette le mandat d'élaborer un Programme architectural. En mars 2002, Goyette présente à Brissette, Perrier et à l'entrepreneur général alors pressenti [CEDEC], un projet multifonctionnel dont le coût s'élève à 12,4 M \$. En février 2003, le

⁶¹ Le directeur du développement des loisirs de la Ville est également présent.

projet est revu à la baisse par Goyette. On construira une patinoire intérieure de dimensions standards avec plancher amovible.

[95] Perrier envoie peu après à la BNC, qui pourrait financer le projet, une ventilation des coûts révisés. Ils totalisent 6 111 317,84 \$. Le calendrier de construction précise que les travaux doivent être entrepris au début de mars, les travaux de plomberie, ventilation et climatisation, réfrigération et électricité au début d'avril. Perrier négocie avec la BNC les conditions de financement du projet.

[96] À la suggestion de CEDEC, Cogrex intervient dans le projet. Le 14 mars 2003, Dubreuil et Lebel rencontrent Brissette et Perrier et conviennent de réaliser le projet pour 5,3 M\$ sur la base d'esquisses, les plans pour fins de construction n'étant pas encore préparés. L'entente est réitérée lors d'une rencontre tenue le 14 avril 2003. Le 17 avril, Complexe confirme par écrit son intention d'octroyer le contrat de construction « clé en main » à Cogrex pour un montant de 5,3 M\$, selon « les plans fournis par la firme d'architectes désignée au dossier » et « selon les coûts de constructions fournis par CEDEC-Cogrex »⁶². Goyette est en copie conforme sur cet envoi.

[97] Le 14 mai 2003, Complexe et Cogrex signent le contrat de construction pour le montant prévu de 5,3 M\$, sans les taxes, qui stipule notamment que les travaux doivent débiter le 9 mai⁶³ et que le contrat ne peut être modifié que selon les documents contractuels⁶⁴. On trouve, entre autres choses, dans les documents contractuels, les dessins préparés par les architectes Paradis Schmidt et les dessins d'électro-mécanique préparés par l'ingénieur Christian R. Roy [Roy].

[98] La juge reproduit, dans son jugement, les clause relatives au paiement, au rôle du professionnel, aux allocations pour imprévu, aux demandes de paiement d'acompte, aux modifications et aux avenants de modification⁶⁵. Le contrat mentionne également que l'intention des documents contractuels « n'est pas d'obliger l'*entrepreneur* à fournir des produits ou à exécuter des travaux qui ne seraient pas compatibles avec les *documents contractuels*, ou qui n'y seraient ni mentionnés directement ni implicitement inclus »⁶⁶.

[99] Le contrat est transmis à la BNC par Brissette le 15 mai 2003. Roy développe avec Cogrex et le sous-traitant *Cimco* un concept de récupération d'énergie⁶⁷.

⁶² Les coûts ventilés transmis à la BNC en février 2003 sont, en fait, amputés de plus de 800 000 \$

⁶³ Clause 1.3.

⁶⁴ Clause 2.2.

⁶⁵ Au paragr. 61 de son jugement.

⁶⁶ Clause 1.1.1.

⁶⁷ Au paragr. 69 du jugement dont appel.

[100] Il se produit peu après des événements que la juge de première instance qualifie de « point tournant dans les relations entre les divers intervenants »⁶⁸, propos qui sont plus largement reproduits ci-haut⁶⁹.

[101] Le 22 mai 2003, alors que les travaux sont en cours et que l'ingénieur Christian Roy, embauché par Complexe, travaille le volet électromécanique du projet, en collaboration avec Cogrex⁷⁰, Perrier, Brissette et Goyette s'intéressent à la « récupération d'énergie » lors d'une présentation faite par une firme concurrente, Dessau-Soprin [Dessau]. Roy n'y est pas invité. La Ville commande ensuite à cette firme une étude de faisabilité⁷¹ qui sera présentée le 9 juin 2003, lors d'une rencontre tenue encore une fois en l'absence de Roy.

[102] Dans l'intervalle, Roy compare sa solution avec celle préconisée par le concurrent, mais il est congédié peu après par Complexe qui n'en avise pas la BNC⁷².

[103] L'ingénieur François Noreau [Noreau] de Dessau prend en charge le volet électromécanique du projet. Le 27 juin 2003, Dessau informe Brissette que les plans seront repris et que le travail effectué par Roy ne servira pas.

[104] Cogrex estime qu'il en résulte d'importantes perturbations⁷³ :

[73] Le 1^{er} juillet 2003, Cogrex écrit à Brissette pour l'informer que le remplacement de Roy et l'arrivée de Dessau entraîneront d'importantes perturbations au niveau de l'échéancier des travaux et des coûts du projet, le concept mis de l'avant par le Rapport Dessau affectant les travaux en électromécanique et, partant, tous les autres travaux visés par le projet. L'entrepreneur général fait en outre part à Brissette de sa préoccupation à l'effet qu'il ne dispose encore d'aucun plan et devis en électromécanique et ne peut ainsi retenir les services d'aucun sous-traitant dans ce domaine⁷⁴.

[74] Le 7 juillet 2003, Brissette répond à Cogrex que si des modifications doivent être apportées au projet, elles seront traitées en temps et lieu et conformément aux clauses contractuelles applicables.

[Soulignement ajouté]

⁶⁸ Voir les paragr. 71 et 184 de son jugement.

⁶⁹ Voir le paragr. [59] de ces motifs.

⁷⁰ Au paragr. 69 du jugement.

⁷¹ Au paragr. 67 du jugement.

⁷² Au paragr. 70 du jugement.

⁷³ Au jugement dont appel.

⁷⁴ Ce paragr. est reproduit de nouveau, par commodité.

[105] Il est vrai que la juge ne s'est pas penchée sur le bien-fondé de cette décision et des demandes de modification de CogereX qui en découleront⁷⁵, mais force est de constater que la façon cavalière dont Perrier, Brissette et la Ville se sont comportés dès le départ à l'endroit de CogereX n'annonçait rien de bon, ce que la suite des choses confirmera. Et le chantier accuse du retard.

[106] Le 9 septembre 2003, une *Réunion de coordination* importante est convoquée à laquelle assistent trois représentants de la Ville, dont Perrier et le maire⁷⁶, sans que CogereX en soit toutefois avisée. Il s'agit pourtant de discuter des demandes de modifications soumises par CogereX⁷⁷ qui découlent, en partie, des changements apportés en électromécanique plus d'un mois et demi après l'octroi du contrat et près de deux mois après le début des travaux.

[107] Il est hors de question d'accepter une hausse des coûts ! On propose « d'établir une stratégie et de faire front commun »⁷⁸. Le nouvel ingénieur en électromécanique, François Noreau, suggère de « fermer le chantier immédiatement », mais prévient qu'il faudra dédommager l'entrepreneur d'environ 150 000 \$. Brissette souligne qu'il sera « très difficile de trouver du temps de glace » au mois de novembre, en raison du retard du chantier, mais estime préférable de « déplaire les (sic) clients que de déboursier des montants additionnels que personne ne pourra payer »⁷⁹.

[108] On analyse alors les possibilités de résiliation du contrat conclu avec CogereX. Le compte-rendu de la réunion mentionne que : il n'est pas question d'accepter les modifications demandées par CogereX; il faut fermer le chantier; la BNC n'est pas au courant de la réflexion entreprise; si on retourne en appel d'offres, il y aura des sommes additionnelles à déboursier; la lettre d'intention donnée à CogereX pour que les travaux débutent s'est appuyée sur des estimés budgétaires préparés par le prédécesseur de CogereX et mis à jour en avril 2003, soit bien avant les changements en électromécanique⁸⁰.

[109] Ces changements ne sont pas banals. Aucun des plans confectionnés par Roy n'ont été utilisés. Le concept de la ventilation a été repris entièrement.

[110] Pourtant, mettant de côté la recommandation de l'ingénieur Noreau, on décide de ne pas fermer le chantier. Le lendemain, 10 septembre 2003, à l'occasion d'une réunion de chantier, on demande plutôt à CogereX de ventiler les coûts des différents postes budgétaires. CogereX estime ne pas être tenue d'effectuer ce travail, compte tenu de la nature de l'entente intervenue. Des informations sont néanmoins échangées

⁷⁵ Au paragr. 184 du jugement.

⁷⁶ Au paragr. 80.

⁷⁷ Aux paragr. 81-82.

⁷⁸ L'on réfère au procès-verbal de la réunion, pièce COG-31.

⁷⁹ Il faut comprendre que l'AHMP a contribué à hauteur de 500 000 \$ à la mise de fonds initiale, mais n'a plus de liquidités.

⁸⁰ Au paragr. 82 du jugement.

et on laisse les travaux se poursuivre, sans informer CogereX qu'à l'avenir, ses demandes de paiement ne seront pas honorées. La juge écrit, au sujet d'événements qui se sont déroulés au mois d'octobre 2003 :

[101] Quant à CogereX, elle ne se doute nullement de la position que le Complexe et la Ville ont prise lors de la *Réunion de coordination* du 9 septembre 2003, ni d'ailleurs de celle voulant que les *Demandes et certificats de paiement* qu'elle produira à l'avenir ne seront pas honorées, et ce, tant et aussi longtemps qu'une *entente globale* n'interviendra pas entre les différents intervenants impliqués dans le projet et qu'elle n'aura pas satisfait la demande du Complexe et des professionnels de fournir une ventilation détaillée de chacun des coûts mentionnés aux différents postes budgétaires dont fait état le document que CEDEC a préparé.

[111] Sur ces entrefaites, Complexe retient, pendant plusieurs jours, le chèque en paiement de la *Demande et certificat de paiement numéro 6*⁸¹, même si elle a été dûment approuvée⁸². On tente de faire « flancher » CogereX. Le traitement des *Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8* sera davantage problématique. Les constats de fait auxquels parvient la juge sont les suivants :

[190] Ce premier incident, quoique rapidement résolu et sans conséquence, constituera toutefois une première illustration du « *plan de match* » que toutes les personnes présentes à la *Réunion de coordination* du 9 septembre 2003 ont convenu d'adopter pour l'avenir aux fins, comme l'ont si bien dit certaines d'entre elles, dont Brissette, que CogereX « *flançe* » ou « *casse* » et obtempère ainsi à leur demande de fournir une ventilation détaillée de chacun des coûts mentionnés aux différents postes budgétaires dont fait état le document que CEDEC a préparé.

[191] Même si une telle décision ne reposait sur aucune assise légale et/ou contractuelle, il n'est désormais plus question de payer l'entrepreneur général, et ce, tant et aussi longtemps qu'un *règlement global* n'interviendra pas avec ce dernier relativement au différend qui l'oppose au Complexe et aux principaux intervenants sur le chantier de construction et qui se résume à la question de savoir si CogereX doit ou non fournir une ventilation détaillée de chacun des coûts mentionnés aux différents postes budgétaires dont fait état le document que CEDEC a préparé et quels sont les coûts des travaux qui sont inclus ou non dans le coût total du Contrat au montant de 5 300 000 \$.

[192] Or, malgré cette prise de position pour le moins *cruciale*, et ce, tant pour l'entrepreneur général que pour l'ensemble des sous-traitants, Brissette n'estimera pas utile d'en informer Dubreuil et/ou Lebel. Une telle attitude est

⁸¹ Soit un montant de 659 739,58 \$.

⁸² Au paragr. 187 du jugement.

d'autant plus déplorable qu'il échangeait à cette époque une correspondance assidue avec Lebel relativement aux documents qui étaient requis de l'entrepreneur général et aux demandes de modification que ce dernier sollicitait.

[193] Brissette reconnaîtra d'ailleurs que la « *stratégie* » adoptée lors de la *Réunion de coordination* du 9 septembre 2003 visait non seulement à exercer de la pression sur l'entrepreneur général, mais également à assurer que les travaux se poursuivent, d'où la décision de ne pas informer CogereX de leur prise de position.

[194] D'ailleurs, tenus dans l'ignorance la plus complète à cet égard, CogereX et les sous-traitants poursuivront leurs travaux sans se douter par ailleurs qu'ils ne seront pas payés tant et aussi longtemps que l'entrepreneur général ne « *flanchera* » pas.

[195] Cette « *stratégie* » se matérialisera à nouveau alors que Goyette ne daignera même pas analyser ni soumettre pour analyse à St-Germain (l'ingénieur en structure) et Noreau (l'ingénieur en électromécanique) la *Demande et certificat de paiement numéro 7* que CogereX lui a transmise le 30 septembre 2003.

[196] Là encore, la preuve révèle que Brissette a approuvé sans réserve cette façon de faire. Le courriel qu'il a transmis à Leduc le 8 octobre 2003 et auquel était annexée la *Demande et certificat de paiement numéro 7*, de même que les propos qu'il a tenus lors de la rencontre que lui et Perrier ont eue quelques jours plus tard avec les représentants de BNC, démontrent qu'il a été un acteur de premier plan dans la réalisation de cette « *stratégie* ».

[197] Par ailleurs, bien que BNC lui ait écrit le 14 octobre 2003 pour l'informer qu'elle suspend tout déboursement jusqu'à ce que le Complexe lui transmette le document « *Cost to complete* » que l'institution financière requiert, Brissette ignore totalement cette demande sous prétexte, précisera-t-il, qu'il n'était pas en mesure de fournir un tel document en raison du différend qui persistait alors avec l'entrepreneur général.

[198] Or, à pareille date, non seulement Brissette détenait tous les renseignements nécessaires pour informer BNC des travaux qui avaient été effectués et des coûts y rattachés, mais il possédait de plus toutes les informations utiles pour fournir à BNC les informations demandées, l'entrepreneur général ayant déjà fait parvenir à Noreau et Goyette le détail du coût des modifications qu'il revendiquait pour le *volet électromécanique* du projet

(soit un montant additionnel de 903 756,15 \$)⁸³ et qui représentait la quasi-totalité des dépassements de coûts que Cogrex sollicitait.

[199] Vu les conséquences importantes qui découlaient de la décision de BNC de suspendre tout déboursement jusqu'à la réception des renseignements demandés, il était dès lors tout à fait déraisonnable de la part de Brissette de ne pas tenir compte de la lettre de l'institution financière et, de surcroît, de ne pas informer l'entrepreneur général de son contenu.

[Soulignement ajouté]

[112] La Ville ne démontre, encore là, pas d'erreur manifeste et déterminante dans ces déterminations fouillées et bien étayées.

[113] Les travaux se poursuivront jusqu'en décembre 2003. La construction ne sera pas achevée.

[114] Pour ce qui concerne les recommandations de Goyette sur lesquelles la Ville s'appuie pour justifier les décisions prises par son préposé Perrier⁸⁴, la juge n'y voit pas là matière à exonération :

[200] Il est par ailleurs révélateur de constater qu'après avoir également ignoré la *Demande et certificat de paiement numéro 8* que l'entrepreneur général lui avait acheminée le 31 octobre 2003, Goyette, toujours de concert avec Brissette, a décidé de procéder promptement à l'analyse des *Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8*, et ce, dès que Dubreuil l'ait avisé de son intention de déposer une plainte auprès de son ordre professionnel s'il ne respectait pas les termes du Contrat à cet égard.

[201] Or, malgré qu'il ait émis les *Certificats de paiement révisés numéros 7 et 8*, le premier pour un montant de 455 529,01 \$ et le second pour un montant de 370 174,72 \$, et qu'il ait certifié dans un même temps que « *ces montants étaient payables à l'entrepreneur* », Goyette a à nouveau recommandé à Brissette de ne pas les honorer, ce à quoi ce dernier a souscrit sans réserve, notamment en transmettant les certificats de paiement révisés à Leduc en prenant soin de lui mentionner que ces documents lui étaient transmis « *pour les fins de son dossier uniquement* ».

[202] Les décisions que Brissette a prises à l'égard des *Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8* étaient inacceptables. Non seulement elles ne reposaient sur aucune assise légale et/ou contractuelle, mais elles s'inscrivaient

⁸³ Précité, note 22.

⁸⁴ Que la juge estime tout autant responsable que Brissette de la situation à l'origine du litige, au paragr. 238.

dans le cadre d'une « *stratégie* » ayant pour seul objectif d'exercer un « *moyen de pression* » sur l'entrepreneur général avec l'espoir évident que ce dernier « *flançe* » ou « *casse* » et obtempère dès lors à la demande qui lui avait été formulée, ceci tout en tenant l'entrepreneur général et les sous-traitants dans l'ignorance la plus complète afin d'assurer malgré tout que les travaux se poursuivent.

[115] La juge transpose ces commentaires à l'égard de Perrier qui avait « des échanges quasi-quotidiens avec Brissette »⁸⁵.

[116] Par ailleurs, la Ville traduit mal les enseignements de la Cour dans l'arrêt *St-Hilarion*⁸⁶ quand elle prétend que les avis de Goyette suffisaient pour légitimer la position radicale adoptée. En mettant de côté⁸⁷ le processus prévu au contrat de construction pour régler le sort des demandes de changement et en décidant de forcer la main de l'entrepreneur général, sans consulter un avocat ou une avocate, seuls capables de donner un avis sur la stratégie adoptée au regard de ses obligations, elle a commis une faute. Elle n'a pas fait ce qu'aurait fait une personne prudente dans les circonstances.

[117] En fait, tant Perrier, Brissette que Goyette se trouvaient dans une position bien inconfortable, pour dire le moins. Ils avaient porté le projet depuis ses tout débuts et étaient à l'origine de la décision de changer l'électromécanique du bâtiment en cours de travaux, sans se soucier des hausses de coûts susceptibles d'en résulter.

[118] Enfin, la juge retient comme fautives les interventions faites par la Ville en avril 2004, dont il a été amplement question ci-dessus, et qui ont définitivement coulé le projet.

[119] Cela étant, la juge a nécessairement conclu que ces fautes avaient empêché Cogrex de payer ses sous-traitants, faute de liquidités, alors que Cogrex aurait dû être payée par Complexe, à tout le moins de ces montants.

[120] La causalité entre la faute et le dommage est une question de fait⁸⁸. Le lien causal n'a pas à être certain, il suffit que « la preuve rapportée rende simplement probable l'existence d'un lien direct »⁸⁹. Aucune erreur révisable n'est démontrée par les appelants au regard de l'équation faute/lien de causalité faite par la juge.

[121] Ce moyen ne peut davantage réussir.

⁸⁵ Au paragr. 240 du jugement.

⁸⁶ *St-Hilarion (Municipalité de) c. 3104-9364 Québec inc.*, *supra*, note 40.

⁸⁷ En raison des gestes posés par son préposé.

⁸⁸ *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, paragr. 103.

⁸⁹ *Gravel c. Monnet*, J.E. 2004-96, [2004] R.R.A. 46, paragr. 45.

Les montants dus à la BNC

[122] La juge condamne la Ville à payer à la BNC 1 824 000 \$. Ce montant est expliqué ainsi par la BNC dans sa Requête introductive d'instance pour mise en cause forcée d'un tiers amendée :

30. Lorsque CogereX a cessé les travaux, la Banque avait jusqu'alors déboursé une somme d'environ 1 824 000 \$ aux termes du prêt hypothécaire consenti au Complexe Sportif;

[...]

69. La Banque désire, dans le cadre du présent dossier, réclamer de la Ville des dommages équivalant aux montants qu'elle avait obtenus en vertu des droits qui lui ont été consentis par la Ville aux termes de la Convention de rachat (**D-12**) et qui lui aurait été versés n'eut été du comportement abusif de la Ville et/ou de ses représentants;

70. Subsidiairement, la Banque désire réclamer à la Ville le montant de 45 000 \$ en capital en plus des intérêts et des frais courus sur cette somme aux termes du Cautionnement;

[123] La Ville aborde d'abord ce moyen à l'aune de la responsabilité extracontractuelle. Elle répète que la BNC savait que l'engagement de la Ville était à court terme et qu'elle n'était pas le promoteur du projet. Elle nie que la création de Complexe visait à contourner le processus public d'appel d'offres applicable aux municipalités.

[124] La Ville mentionne aussi que la première esquisse de financement aurait été plus onéreuse, en ce qui la concerne, et qu'elle ne l'a pas acceptée. La juge aurait erré en étendant la cautionnement de 45 000 \$ au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté⁹⁰. Les seuls autres engagements contractés se retrouvent à l'*Offre de location* et à la *Convention de jouissance paisible*.

[125] Or, l'*Offre de location* ne stipule pas que la Ville s'engage à verser 730 000 \$ annuellement, mais à louer des heures de glace. Cette obligation ne naissait qu'avec la mise en opération du complexe sportif. Par ailleurs, la *Convention de jouissance paisible* empêchait la Ville de résilier l'offre et d'invoquer un défaut de Complexe pour affecter les sûretés de la BNC. La Ville reconnaît que ces engagements constituent des stipulations pour autrui⁹¹, mais ajoute que la BNC ne l'a pas n'a pas enjointe à respecter ses engagements.

[126] Après la faillite de Complexe, la BNC a mis la Ville en demeure en raison de son défaut de donner suite à la proposition du 27 avril 2004. La Ville plaide que la demeure

⁹⁰ Art. 2343 C.c.Q.

⁹¹ Au paragr. 122 de son exposé.

n'était fondée ni sur les conventions ni sur les garanties obtenues par la BNC. La *Convention de rachat des actifs* ne s'appliquait que si la Banque réalisait ses sûretés, ce qu'elle s'est abstenue de faire. De plus, avant d'avoir obtenu l'autorisation du MAMM, ce volet de l'entente ne liait pas les parties. Elle répète que les garanties octroyées à la Banque n'engageaient la Ville qu'à compter de la mise en exploitation du complexe sportif.

[127] La Ville conclut que la BNC n'a pas droit à la somme qu'elle réclame sur une base contractuelle ni en se fondant sur les usages, l'équité ou la loi⁹². L'insuffisance des garanties dont elle s'est satisfaite permet de faire appel à la notion d'acceptation des risques, si l'on considère la responsabilité extracontractuelle. La BNC aurait pu forcer la Ville à respecter ses engagements, mais elle ne l'a pas fait en temps opportun.

[128] Enfin, la BNC n'aurait pas fait la preuve d'un lien causal entre la faute alléguée et les dommages réclamés. La Ville n'était pas tenue au paiement avec Complexe et sa condamnation « la prive des sûretés que la Banque détenait sur l'immeuble et de la possibilité d'être subrogée dans ses droits »⁹³.

* * *

[129] La Ville reconnaît avoir assumé de lourdes obligations envers la BNC en regard du financement de Complexe⁹⁴, qui se reflètent notamment dans la *Convention de jouissance paisible* et dans l'*Offre de financement*. La Ville reconnaît qu'il y a là des stipulations pour autrui. La *Convention de rachat des actifs* devait entrer en vigueur à la suite de l'obtention de l'approbation du MAMM, qui devait être demandée par la Ville.

[130] La responsabilité de la Ville, qu'on l'envisage sous l'angle contractuel ou extracontractuel, est engagée, de l'avis de la juge, en raison de son comportement fautif dans la gestion de cette affaire. Ce comportement révèle que la Ville n'a pas exercé ses droits contractuels à l'égard de la BNC selon les exigences de la bonne foi et qu'elle s'est comportée, à l'égard de l'entrepreneur Cogrex, sans respecter des règles de conduite élémentaires qui s'imposaient à elle pour ne pas nuire à autrui.

[131] Tel qu'expliqué ci-haut, il n'y a pas lieu d'intervenir à ce sujet.

[132] La *Convention de rachat des actifs* et l'*Offre de financement* comportent certes des obligations conditionnelles suspensives⁹⁵. Or, l'obligation conditionnelle se rattache à un « événement futur et incertain dont dépend l'existence même de l'obligation, événement au surplus extrinsèque au rapport de droit entre les parties »⁹⁶.

⁹² En référence à l'art. 1434 C.c.Q.

⁹³ Au paragr. 133 de l'exposé, en référence à l'article 1656 (3) C.c.Q.

⁹⁴ Voir par exemple les paragraphes 92 et 120 de son exposé dans le dossier 500-09-020250-098.

⁹⁵ Art. 1497 C.c.Q. Voir aussi *Follows c. Follows*, 2012 QCCA 1128, paragr. 54.

⁹⁶ *Roy c. Caisse populaire de Percé*, SOQUIJ AZ-04019044, B.E. 2004BE-199 (C.A.).

[133] La finalisation du projet d'aréna constitue une condition suspensive qui, une fois réalisée, obligeait la Ville envers la BNC. Sa réalisation supposait que les travaux soient menés à terme par CogereX, un événement extrinsèque à l'entente entre la Ville et la BNC.

[134] La livraison du complexe sportif obligeait la Ville à garantir la location de 3 500 heures de glace par année et à demander l'autorisation du MAMM pour éventuellement signer la *Convention de rachat* des actifs. En vertu de celle-ci, la Ville devait se porter acquéreur du complexe sportif, dans le cas où la BNC serait contrainte à réaliser ses sûretés.

[135] Or, l'article 1503 C.c.Q. édicte que l'obligation conditionnelle a tout son effet si le débiteur obligé en empêche l'accomplissement, par exemple en posant des actes fautifs⁹⁷. C'est précisément le cas ici.

[136] La juge de première instance conclut que la Ville a adopté un comportement reprochable, inadéquat et fautif. La juge relie ensuite, à l'évidence, cette faute à la non-réalisation de la condition. La décision de provoquer la faillite de Complexe, qui ruinait définitivement le projet, découle des faits, gestes et décisions de la Ville. Elle a ainsi empêché sa concrétisation et privé la BNC de ses garanties. Son directeur général était même d'avis qu'en cas de faillite de Complexe, la Ville pourrait reprendre l'immeuble libre de toute charge, à la suite de sa vente pour taxes⁹⁸.

[137] En conséquence, l'obligation de la Ville est devenue une obligation pure et simple et elle ne peut plus invoquer le non-accomplissement de la condition pour nier sa responsabilité contractuelle envers la BNC. Il n'est, dans les circonstances, pas nécessaire d'avoir recours aux règles de la responsabilité extracontractuelle⁹⁹.

[138] Ce dernier moyen doit donc être rejeté.

[139] Enfin, la juge condamne la Ville à rembourser à la BNC les déboursés de 1 824 000 \$ faits à CogereX aux termes du prêt hypothécaire consenti à Complexe. Devra être soustrait de cette somme tout montant qui aurait été obtenu par la BNC, le cas échéant, à la suite de la réalisation de ses sûretés. Cette précision sera apportée au dispositif de l'arrêt.

[140] Il y aura lieu d'accueillir le pourvoi de la Ville à cette seule fin, avec dépens contre elle.

⁹⁷ *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c. Immeubles G.C. Gagnon inc.*, 1997 CanLII 10674, J.E. 97-1269, (C.A.).

⁹⁸ Au paragr. 244 du jugement.

⁹⁹ Art. 1458 C.c.Q.

L'appel des administrateurs Perrier et Brissette

[141] La juge de première instance analyse la responsabilité des administrateurs Perrier et Brissette envers Cogere, sous l'éclairage des règles de la responsabilité extracontractuelle. Elle conclut que celle-ci est engagée en raison de décisions fautives prises, d'une part, de ne plus payer l'entrepreneur à compter de septembre 2003, et, d'autre part, d'abdiquer leurs responsabilités en avril 2004, en coulant définitivement le projet et en provoquant la faillite de Complexe, pour faire triompher les seuls intérêts de la Ville.

[142] S'attardant d'abord au comportement de Brissette, la juge rappelle, au sujet des événements de septembre et octobre 2003 et plus particulièrement des demandes de paiement numéros 7 et 8 :

[202] Les décisions que Brissette a prises à l'égard des *Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8* étaient inacceptables. Non seulement elles ne reposaient sur aucune assise légale et/ou contractuelle, mais elles s'inscrivaient dans le cadre d'une « *stratégie* » ayant pour seul objectif d'exercer un « *moyen de pression* » sur l'entrepreneur général avec l'espoir évident que ce dernier « *flanque* » ou « *casse* » et obtempère dès lors à la demande qui lui avait été formulée, ceci tout en tenant l'entrepreneur général et les sous-traitants dans l'ignorance la plus complète afin d'assurer malgré tout que les travaux se poursuivent¹⁰⁰.

[203] Un tel comportement ne reflète certes pas la conduite raisonnable d'un individu prudent et diligent, d'autant plus que les *Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8* ne visaient aucune des demandes de modification requises par l'entrepreneur général et que ce dernier avait fourni, au cours du mois de septembre, les quittances partielles obtenues des sous-traitants et le coût ventilé des modifications sollicitées.

[204] Dès lors, les *Demandes et certificats de paiement numéros 7 et 8*, qui avaient dûment été transmises à Goyette, devaient être traitées conformément à ce qui était prévu au Contrat, plus particulièrement aux *clauses 2.2.4, 5.2.2, 5.3.1 et 5.3.2*, ce qui n'a pas été le cas.

[205] Cette situation résulte d'une concertation de toutes les personnes présentes lors de la *Réunion de coordination* du 9 septembre 2003 et Brissette, qui y a participé de façon *consciente, délibérée et volontaire*, était bien informé des conséquences qu'une telle décision aurait sur l'entrepreneur général et les sous-traitants.

[...]

¹⁰⁰ Ce paragr. est reproduit de nouveau par commodité.

[207] Possédant dès lors une solide expérience du monde des affaires, il¹⁰¹ savait ou aurait dû savoir, comme tout individu raisonnable, prudent et diligent en pareilles circonstances, que le « plan de match » adopté et auquel il a adhéré sans réserve ne témoignait aucunement d'un comportement empreint d'intégrité et de bonne foi. Au contraire, les décisions qu'il a prises et qui ont été lourdes de conséquences visaient essentiellement à nuire à l'entrepreneur général et, par ricochet, aux sous-traitants, ce qui fait en sorte qu'à ce jour et depuis plus de six (6) ans, aucun d'entre eux n'a été payé pour les travaux qu'ils ont effectués à compter du mois de septembre 2003.

[Soulignement ajouté]

[143] Perrier ayant participé tout aussi activement à ces manœuvres, la juge retient également sa responsabilité extracontractuelle.

[144] Pour ce qui concerne les tentatives avortées de relance du projet, la juge écrit :

[214] Au mois de novembre 2003, après avoir été informé par Noreau qu'il avait conclu une *entente de principe* avec l'entrepreneur général aux fins de réaliser l'ensemble du projet pour un coût total de 5 750 000 \$, Brissette se dit alors « *heureux* » d'un tel dénouement.

[215] Par ailleurs, à la même époque, BNC avise Brissette qu'elle est disposée à hausser le montant initial du *Prêt hypothécaire commercial* à hauteur de 5 800 000 \$ par l'octroi d'un prêt additionnel de 500 000 \$ et un congé de capital pour une période de douze (12) mois à compter de la date du déboursement.

[216] Or, pour des raisons inexplicées, l'entente intervenue entre Noreau et CogereX a échoué et les négociations ont alors repris, notamment par une proposition du Complexe à l'entrepreneur général aux fins que ce dernier accepte de réaliser l'ensemble du projet pour un coût total de 5 600 000 \$, ce que CogereX a refusé.

[217] Au mois de janvier 2004, alors qu'il est cette fois question de hausser le coût total du projet à 5 750 000 \$, le Complexe et la Ville jugent cette avenue inacceptable.

[218] Devant l'impasse des négociations et à la suite de l'implication de Bourque dans le dossier, il est alors convenu de nommer Tremblay, un *consultant spécialisé en coûts*, pour revoir l'ensemble du projet. Ce dernier conclut que l'ensemble du projet peut être réalisé pour un coût total de 5 800 000 \$, et ce, tout en respectant les fonctionnalités que le Complexe et la Ville recherchent pour l'immeuble, soit un aréna et une salle de spectacle.

¹⁰¹ Il s'agit de Brissette.

[219] Or, à la réunion du 21 avril 2004 et alors que Tremblay présente son rapport, Brissette n'intervient pas. Seul Perrier informe les personnes présentes qu'il doit effectuer, pour le compte de la Ville, certaines vérifications d'ordre financier.

[220] À la réunion du 27 avril 2004, Brissette informe les personnes présentes, sans plus, que le Complexe refuse d'aller de l'avant. Au cours du témoignage qu'il a livré, Brissette expliquera que la rentabilité du Complexe était alors vouée à l'échec puisqu'il avait estimé qu'environ 60 % de la clientèle ciblée n'utiliserait pas le complexe sportif, du moins pour l'année 2004-2005, vu le retard encouru dans la livraison de l'immeuble.

[221] C'est d'ailleurs la seule raison qu'il invoquera pour justifier le refus du Complexe d'acquiescer aux conclusions du rapport produit par Tremblay, tout en reconnaissant toutefois que les fonctionnalités que le Complexe et la Ville recherchaient étaient respectées.

[222] Or, la perte de clientèle dont se réclame Brissette n'avait aucun impact sur le Complexe puisque aux termes de l'*Offre de location* que le Complexe et la Ville ont conclue le 4 juin 2003, cette dernière lui garantissait un revenu annuel de 730 000 \$:

[...]

[234] Or, malgré de tels constats, Brissette a quand même décidé d'abandonner le projet et de provoquer ainsi la faillite du Complexe, avec toutes les conséquences en découlant pour tous les intervenants qui y étaient impliqués, favorisant ainsi les intérêts de la Ville au détriment de ceux du Complexe.

[235] Dès lors et compte tenu de ce qu'il savait ou aurait dû savoir à cette époque, non seulement la décision que Brissette a prise à cet égard ne témoigne aucunement du degré de prudence et de diligence requis pour en arriver à une *décision d'affaires raisonnable* pour le Complexe, au moment où telle décision a été prise, mais cette décision ne s'inscrit aucunement dans le cadre du mandat auquel Brissette était tenu à titre d'*administrateur du Complexe*.

[145] La responsabilité extracontractuelle de Perrier est également engagée sous ce rapport, selon la juge :

[245] Bref, nul besoin de discourir longtemps pour conclure qu'en décidant, à titre d'*administrateur du Complexe*, d'abandonner le projet et provoquer ainsi la faillite du Complexe, avec toutes les conséquences qui en découlaient pour tous les intervenants concernés, Perrier avait manifestement l'intention de privilégier les intérêts de la Ville au détriment de ceux du Complexe.

* * *

[146] Les appelants plaident d'abord qu'il n'y a, ici, ni fraude ni abus de droit. On leur reproche simplement des décisions prises « pour le compte de Complexe » dans le cadre de sa relation contractuelle avec CogereX. Ils ajoutent que la juge devait décider s'ils ont commis des fautes à l'endroit de CogereX à titre personnel ou qui débordent leurs « fonctions habituelles d'administrateur du Complexe ». Également, une faute contractuelle d'une entreprise, niée ici, n'entraîne pas nécessairement la responsabilité personnelle de ses administrateurs. Se référant à l'arrêt *Peoples*¹⁰², les appelants reviennent sur les demandes de modifications transmises par CogereX à la fin du mois d'août 2003 et sur l'inquiétude qu'elles ont suscitée.

[147] Ils répètent qu'ils ont agi sur les conseils de l'architecte Goyette et que la BNC a emboîté le pas en suspendant les paiements au début du mois d'octobre 2003, « jusqu'à ce que le Complexe obtienne cette ventilation des coûts ». Ils réfèrent la Cour à quelques extraits de témoignages et soutiennent avoir agi de bonne foi dans les circonstances, sans intention de nuire à autrui. Leurs décisions étaient raisonnables.

[148] Les appelants soulignent, aussi, que la juge a rejeté le recours de CogereX contre la BNC, notamment en concluant que la décision de celle-ci de suspendre les déboursements jusqu'à ce qu'elle obtienne le document « *Cost to complete* » n'était pas hâtive et inappropriée¹⁰³. Dès lors, la décision de Complexe de ne pas payer CogereX ne pouvait être assimilée à une décision déraisonnable.

[149] Les appelants plaident, ensuite, que la décision de retenir les paiements dus à CogereX n'était pas celle des administrateurs, mais de Complexe. Ils ajoutent que le paiement no 6 a été fait le 16 septembre 2003 et qu'à compter du 8 octobre 2003, Complexe ne pouvait plus payer CogereX parce que la BNC avait décidé de suspendre les déboursés jusqu'à ce que CogereX précise les coûts à venir (*cost to complete*).

[150] Revenant sur la réunion du 9 septembre 2003, les appelants se réfèrent au compte-rendu de celle-ci et soutiennent que la juge se trompe en affirmant qu'il y a été décidé de ne pas payer CogereX « tant et aussi longtemps qu'un *règlement global* n'interviendra pas avec ce dernier relativement au différend qui l'oppose au Complexe »¹⁰⁴. La preuve serait plutôt « à l'effet de ne pas émettre de chèque sans avoir reçu de quittances des sous-entrepreneurs »¹⁰⁵. Ils admettent toutefois que les dépassements de coûts annoncés étaient problématiques, vu qu'ils débordaient le financement disponible, et que la juge aurait dû considérer cette situation.

¹⁰² *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 RCS 461, 2004 CSC 68 [*Peoples*].

¹⁰³ Aux paragr. 265 et 266 du jugement entrepris.

¹⁰⁴ Au paragr. 191 du jugement.

¹⁰⁵ Au paragr. 76 de l'exposé des appelants.

[151] Les appelants soulignent, par ailleurs, qu'en novembre 2003, Complexe a accepté d'ajouter 300 000 \$ au prix convenu au départ¹⁰⁶ pour que le projet se réalise, ce que CogereX a refusé. Et la juge erre en affirmant que cette entente a échoué pour des raisons inexplicables¹⁰⁷ alors que l'échec résultait d'un « volte-face » de CogereX qui recherchait un ajustement plus important. Complexe aurait reformulé cette offre en décembre 2003.

[152] Les appelants allèguent aussi qu'à l'époque, CogereX a refusé à la BNC l'accès au chantier pour préciser le *cost to complete* et menacé de mettre Complexe en faillite. Également, la BNC aurait suggéré à Complexe de déposer un avis d'intention.

[153] Dans ce contexte, l'expert Denis Tremblay, un consultant spécialisé en coûts, est mandaté pour « évaluer ce qu'il en coûterait pour compléter le projet »¹⁰⁸. D'après ce consultant, il en coûtait 6 645 360 \$ pour compléter le projet selon le contrat initial, ce qui confirmait les inquiétudes des appelants. Une fois retranchés certains éléments prévus au contrat original, le coût était ramené à 6 183 750 \$. Le consultant était confiant d'obtenir de CogereX une remise de 385 000 \$ « portant la proposition de règlement à 5 798 750 \$ à laquelle devait être ajoutée la somme de 132 000 \$ pour l'achat d'équipements pour le Complexe, le tout pour un grand total de 5 930 750,54 \$ »¹⁰⁹.

[154] La juge aurait donc erré en écrivant que le consultant Tremblay « conclut que l'ensemble du projet peut être réalisé pour un coût total de 5 800 000 \$, et ce, tout en respectant les fonctionnalités que le Complexe et la Ville recherchent pour l'immeuble, soit un aréna et une salle de spectacle »¹¹⁰.

[155] Les appelants ajoutent que même si la BNC haussait le financement à 5,8 M \$, il manquait encore 132 000 \$ pour l'acquisition d'équipements. Dans ce contexte, ils réitérent que la décision prise par Complexe et ses administrateurs ne peut être qualifiée de déraisonnable. Dans leur compréhension, on leur demandait alors des compromis « sans commune mesure » avec ce qui était demandé à CogereX et à la BNC.

[156] La juge aurait également eu tort de conclure que les appelants ont provoqué la faillite de Complexe alors que les procédures de faillite ont été initiées par la BNC. Par ailleurs, la Ville ne retirait aucun avantage de la décision de refuser l'entente proposée en avril 2004 car elle « n'était pas libérée de ses obligations envers le Complexe et la Banque »¹¹¹. Au sujet de la garantie de revenus locatifs, donnée par la Ville, que Brissette aurait ignorée dans ses calculs, les appelants reprochent à la juge de n'avoir

¹⁰⁶ 5,3 M \$, faut-il le rappeler.

¹⁰⁷ Au paragr. 216 du jugement.

¹⁰⁸ Au paragr. 92 de l'exposé des appelants.

¹⁰⁹ Au paragr. 95 de l'exposé des appelants.

¹¹⁰ Au paragr. 218 du jugement. Soulignement ajouté.

¹¹¹ Au paragr. 107 de l'exposé des appelants.

pas envisagé la possibilité que le syndic décide de terminer les travaux et de fournir à la Ville le complexe sportif et culturel.

[157] Enfin, les appelants plaident qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les fautes retenues contre eux et le « non-paiement » des créances des sous-entrepreneurs. S'ils n'ont pas été payés, c'est parce que Cogerex a conservé le versement effectué par Complexe en vertu de la demande de paiement numéro 6¹¹². Quant aux demandes de paiement numéros 7 et 8, ils réitèrent que leur décision était raisonnable.

[158] Même s'il fallait conclure que les appelants ont commis une faute en avril 2004, il n'y a pas davantage de lien causal entre celle-ci et le non-paiement des créances des sous-traitants qui « étaient déjà impayés avant ce refus »¹¹³. Au surplus, si Cogerex ne s'était pas entêtée à refuser de fournir le « *cost to complete* », les paiements n'auraient pas été suspendus par la BNC et les sous-traitants auraient été payés. Enfin, si le syndic avait décidé de poursuivre les travaux, « tous les sous-entrepreneurs auraient pu être payés »¹¹⁴.

* * *

[159] Complexe a été incorporé en 2002 en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies du Québec*¹¹⁵. Cette loi est muette sur le devoir de prudence et de diligence qui incombe aux administrateurs. Il faut donc nous reporter, de façon supplétive, au *Code civil du Québec*¹¹⁶ qui édicte :

Art. 321. L'administrateur est considéré comme mandataire de la personne morale. Il doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi, l'acte constitutif et les règlements lui imposent et agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés.

Art. 322. L'administrateur doit agir avec prudence et diligence.

Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale.

Art. 2138. Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence.

¹¹² Ce dont la juge a cependant tenu compte.

¹¹³ Au paragr. 117 de l'exposé des appelants.

¹¹⁴ Au paragr. 123 de l'exposé des appelants.

¹¹⁵ *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38. Elle a été remplacée en 2009 par la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1 [LSAQ]. Les événements qui nous concernent se sont déroulés en 2003 et 2004.

¹¹⁶ Art. 300 C.c.Q.

Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant.

[Soulignement ajouté]

[160] L'on peut constater, à la lecture de l'article 322 C.c.Q., que l'administrateur a un devoir général d'agir avec prudence et diligence auquel s'ajoute un devoir d'honnêteté et de loyauté « dans l'intérêt de la personne morale ». Cette façon de faire est reprise à l'égard du mandataire.

[161] Les commentaires du ministre de la Justice mentionnent, au sujet de cette disposition :

Cet article de droit nouveau reprend, pour l'administration d'une personne morale, la règle prévue à l'article 1309 du code concernant l'administration du bien d'autrui. Le premier alinéa s'inspire de la règle énoncée en matière de mandat, à l'article 1710 C.C.B.C., tandis que le second alinéa introduit le devoir de loyauté et d'honnêteté à l'égard de la personne morale.

Il s'agit là d'une règle plus contraignante que celle exprimée au premier alinéa et qui s'y ajoute.

Le devoir de loyauté implique un respect entier des engagements pris ou imposés par la loi, des règles d'honneur et de probité, et une prise en charge des intérêts de la personne morale.¹¹⁷

[Soulignement ajouté]

[162] L'obligation d'agir « avec prudence et diligence » recoupe, par ailleurs, la règle cardinale de la responsabilité civile extracontractuelle selon laquelle toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite applicables, suivant les circonstances, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui¹¹⁸.

[163] L'arrêt *Peoples*, rendu par la Cour suprême en 2004, énonce à ce sujet¹¹⁹ :

55 Au Québec, les administrateurs sont tenus responsables envers les créanciers de leurs obligations contractuelles ou extracontractuelles. Il y a responsabilité contractuelle lorsque l'administrateur garantit personnellement une obligation contractuelle de la société. Sa responsabilité est aussi retenue lorsque l'administrateur agit personnellement de manière à engager sa

¹¹⁷ Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice - Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

¹¹⁸ Art. 1457 C.c.Q.

¹¹⁹ *Peoples*, *supra*, note 102.

responsabilité extracontractuelle. Voir 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, p. 135-136; *Brasserie Labatt ltée c. Lanoue*, [1999] J.Q. n° 1108 (QL) (C.A.), le juge Forget, par. 29. [...]

56 Pour déterminer s’il y a responsabilité extracontractuelle dans le présent pourvoi, il faut se reporter à l’art. 1457 C.c.Q. :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s’imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu’elle est douée de raison et qu’elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu’elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu’il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d’une autre personne ou par le fait des biens qu’elle a sous sa garde. [Nous soulignons.]

Trois éléments de l’art. 1457 C.c.Q. sont pertinents à l’intégration, dans les principes de la responsabilité extracontractuelle, de l’obligation de diligence de l’administrateur : la personne à qui incombe l’obligation (« [t]oute personne »), le bénéficiaire de l’obligation (« autrui ») et le manquement qui engage la responsabilité (« règles de conduite »). L’expression « [t]oute personne » englobe manifestement les administrateurs et les dirigeants. De même, le mot « autrui » peut comprendre les créanciers. L’article 1457 C.c.Q. a une portée étendue et on lui a donné un sens large et inclusif. Voir l’arrêt *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, 1929 CanLII 95 (SCC), [1929] R.C.S. 650, le juge en chef Anglin, p. 655 (infirmé pour d’autres motifs, [1932] 2 D.L.R. 70 (C.P.)) :

[TRADUCTION] . . . il est très dangereux de restreindre la portée apparente de l’art. 1053 du C.c. [maintenant l’art. 1457] car cela pourrait inévitablement entraîner le rejet des demandes les mieux fondées; nombreux seraient les actes répréhensibles pour lesquels il n’existerait pas de recours.

Dans les arrêts *Lister c. McAnulty*, 1944 CanLII 50 (SCC), [1944] R.C.S. 317, et *Hôpital Notre-Dame de l’Espérance c. Laurent*, 1977 CanLII 8 (CSC),

[1978] 1 R.C.S. 605, notre Cour a aussi confirmé cette interprétation large et a considéré qu'elle était constante¹²⁰.

[164] Plus récemment, dans l'affaire *Méthot*, la Cour écrivait :

[65] Les administrateurs d'une compagnie peuvent être tenus responsables pour leurs fautes personnelles. Les auteurs M. Martel et P. Martel écrivent ce qui suit à ce sujet :

Si l'officier et l'administrateur d'une société assument une responsabilité statutaire en vertu de la *Loi des compagnies*, ils n'en sont pas pour autant libérés de toute autre responsabilité découlant de leur conduite, et de leurs actes en raison des principes généraux de droit. Lorsque cet officier ou administrateur a commis, en marge de ses fonctions, une faute personnelle et, que preuve est faite, il ne peut se retrancher derrière son mandat.

[66] Cette forme de responsabilité des administrateurs est reconnue par nos tribunaux. Celle-ci résulte des dispositions de l'article 1457 C.c. qui traite de la responsabilité extracontractuelle. Cette responsabilité extracontractuelle des administrateurs est surtout retenue dans les cas où il y a eu de fausses déclarations, mensonges et présentation de faux états financiers. De telles situations empêchent en pratique l'administrateur poursuivi de se retrancher derrière le voile corporatif.¹²¹

[Références omises]

[165] Cela dit, il faut encore déterminer le test applicable à une affaire comme la nôtre. Or, le premier alinéa de l'article 1457 C.c.Q. n'énonce pas les règles de conduite susceptibles de mettre en oeuvre la responsabilité extracontractuelle¹²². Quelles sont les exigences de l'obligation de diligence ?

[166] Selon les auteurs Crête et Rousseau, il y aurait une disparité entre les régimes actuels de droit canadien et québécois. Ils invitent nos tribunaux à réconcilier les deux régimes :

859. Dans l'arrêt *Wise*, la Cour suprême a tranché ce débat en mettant de côté la position exprimée dans *Soper*. [...]

¹²⁰ Voir aussi *Boucher c. Pitre*, SOQUIJ AZ-50085553, J.E. 2001-950 (C.A.); *Arthur c. Johnson*, 2006 QCCA 138, paragr. 92.

¹²¹ *Méthot c. Banque fédérale de développement du Canada*, 2006 QCCA 648.

¹²² Voir *Peoples*, *supra*, note 102, paragr. 57-58.

860. Dans cet arrêt, la Cour suprême a statué que le devoir de prudence et diligence établit une norme de conduite objective¹²³. Tout en reconnaissant que l'article 122 (1)b)¹²⁴ exige que l'on tienne compte des circonstances lorsque l'on évalue la conduite des administrateurs, la Cour a souligné que cela n'avait pas pour effet de créer une dimension subjective pour la norme de conduite, comme le suggérerait l'arrêt *Soper*. [...]

861. Nous pouvons nous interroger sur l'incidence de la décision *Wise* sur l'interprétation du devoir de prudence et diligence de l'article 119 LSAQ¹²⁵. En droit civil, le devoir de prudence et diligence comporte à la fois des éléments objectifs et contextuels, comme le souligne le professeur Cantin Cumyn : « Selon le droit commun, la conduite du débiteur de l'obligation de prudence et diligence doit être comparée à celle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances ». [...] Comme nous pouvons le constater, l'obligation de prudence et diligence de la LSAQ pourrait être interprétée d'une manière similaire à celle proposée dans l'arrêt *Soper*. Si tel devait être le cas, nous nous retrouverions avec des normes de conduite différentes pour les sociétés fédérales et les sociétés québécoises, ce qui serait certainement déplorable. Aussi, nous estimons qu'il est souhaitable que les tribunaux imposent aux administrateurs des compagnies québécoises une norme de conduire similaire à celle qui découle de la législation fédérale, en suivant les enseignements de l'arrêt *Wise*.¹²⁶

[167] La Cour suprême écrit à ce sujet, dans *Peoples* :

63 Dans l'arrêt *Soper c. Canada*, 1997 CanLII 6352 (CAF), [1998] 1 C.F. 124, par. 41, le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale a décrit la norme de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA comme étant une norme « objective subjective ». Même s'il portait sur l'interprétation d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, cet arrêt est pertinent en l'espèce parce que le libellé de la disposition établissant la norme de diligence est identique à celui de l'al. 122(1)b) de la LCSA. Nous estimons pour notre part que le fait, pour le juge Robertson, de qualifier la norme par l'expression « objective subjective » peut semer la confusion. Nous préférons la décrire comme une norme objective. 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.¹²⁷

¹²³ Voir *Peoples*, *supra*, note 102, paragr. 63-64.

¹²⁴ De la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44.

¹²⁵ Qui n'est pas applicable ici.

¹²⁶ Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *supra*, note 44, p. 395-396.

¹²⁷ *Peoples*, *supra*, note 102, paragr. 63.

[168] Ni la LSCA ni la LSAQ ne sont applicables à notre affaire. En revanche, pour déterminer s'il y a faute extracontractuelle, le régime général de droit civil retient le modèle du critère abstrait et objectif¹²⁸. Il faut donc utiliser, comme référence, le comportement de la personne raisonnable, prudente et diligente. Il faut se rapporter à une « norme de conduite acceptée ou tolérée par la société »¹²⁹. Cela ne signifie pas qu'il faille ignorer complètement « toute dimension concrète tenant à la personnalité de l'auteur du dommage dans l'appréciation de sa conduite »¹³⁰. Il faut replacer la personne dans la fonction qu'elle occupait alors et tenir compte des circonstances particulières de l'espèce¹³¹.

[169] Une fois cela précisé, il faut convenir que le critère applicable à notre affaire présente des affinités par rapport à la norme objective retenue dans l'arrêt *Wise*.

[170] Il est vrai que les tribunaux ne tiennent pas les administrateurs responsables pour de simples erreurs de jugement¹³². Et la Cour a déjà mentionné en 2001, dans une affaire *Alcar Holdings*, qu'à l'égard de tiers, les administrateurs peuvent être tenus responsables de leur faute lourde¹³³. Mais les choses ont évolué depuis, comme le rappellent Baudouin et Deslauriers dans la dernière édition de leur traité *La responsabilité civile* :

[...] Si, à une certaine époque la jurisprudence majoritaire, sous le *Code civil du Bas-Canada* et plus récemment sous le *Code civil du Québec*, avait tranché que les dirigeants et administrateurs d'une compagnie n'étaient pas personnellement responsables pour cette dernière, sauf faute lourde ou fraude de leur part, il n'en est plus de même aujourd'hui. D'une part, un administrateur peut être recherché en responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle par un tiers. D'autre part, la Cour suprême est récemment venue changer la donne dans l'affaire *Magasins à rayons Peoples c. Wise*. Dans cet arrêt, étendant considérablement la portée de leur devoir de « prudence et diligence » imposé par la loi, la Cour énonce que pour des administrateurs d'une société par actions, ce devoir est en fait intégré dans l'article 1457. Cette norme de conduite imposée à l'administrateur et au dirigeant s'évalue objectivement c'est-à-dire en référant aux critères de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances.

[...] ¹³⁴

[Références omises] [Soulignement ajouté]

¹²⁸ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 7^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, no 192, p. 171.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra*, note 128, no 193, p. 173.

¹³¹ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra*, note 128, no 194, p. 173.

¹³² Paul Martel, *Administrateurs de corporations sans buts lucratifs : le guide de vos devoirs et responsabilités*, *supra*, note 40, p. 85-86.

¹³³ *Alcar Holdings inc. c. Naimer*, AZ-50079309, REJB 2000-20406, paragr. 44 (C.A.).

¹³⁴ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *supra*, note 128, no 118, p. 93-94.

[171] Enfin, Paul Martel écrit, à ce sujet :

Les décisions d'affaires des administrateurs prises légalement, de bonne foi, sans intérêt personnel et en deçà de leurs pouvoirs, ne sont pas sujettes à un examen microscopique par la cour et seront respectées même si le tribunal les juge peu sages en l'occurrence¹³⁵. C'est ce que la jurisprudence américaine appelle le business judgment rule (en français la règle de l'« appréciation commerciale ») et que les tribunaux canadiens appliquent de plus en plus systématiquement. [...].¹³⁶

[Références omises]

[172] Il ne s'agit pas de cela ici.

[173] En terminant, rappelons que le devoir de prudence et de diligence comprend une obligation de renseignement, préalable à une prise de décision¹³⁷, obligation participant de l'obligation générale de bonne foi¹³⁸. L'administrateur doit donc renseigner son cocontractant¹³⁹, mais il a aussi « l'obligation de se renseigner adéquatement relativement à la décision à prendre »¹⁴⁰.

* * *

[174] La juge de première instance a appliqué la bonne norme juridique aux faits de la cause. Elle a, par ailleurs, fait un travail exhaustif pour reconstituer la trame factuelle de cette affaire dont l'exactitude n'est, pour l'essentiel, pas ébranlée par les arguments des parties.

[175] Elle conclut que Perrier et Brissette n'ont pas adopté un comportement prudent et diligent pour solutionner les difficultés qui se sont présentées. Non seulement n'ont-ils pas agi comme l'aurait fait une personne raisonnable, mais des décisions capitales sont qualifiées de déraisonnables, à l'examen de toutes les circonstances.

[176] Les appelants sont les artisans de ce projet depuis sa genèse. Ils l'ont conçu, en ont déterminé les contours, ont négocié son financement et ses modalités d'exécution. Il s'agissait aussi d'un projet incomplet puisque les plans d'exécution n'étaient pas

¹³⁵ *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*, (1987) 37 B.C.R. 65, 99 (Ont.H.C.).

¹³⁶ Paul Martel, « Fonctionnement interne d'une société », dans École du Barreau du Québec, *Entreprises et sociétés*, Collection de droit 2012-2013, vol. 9, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, 188.

¹³⁷ *Métromédia CMR Montréal inc. c. Johnson*, 2006 QCCA 132, paragr. 85 à 95; voir également, *Peoples*, *supra*, note 102, paragr. 67.

¹³⁸ Art. 6 et 7 C.c.Q. Vincent Karim, *Les obligations volume 1*, Montréal, Édition Wilson & Lafleur, 2009, p. 76-77.

¹³⁹ *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554.

¹⁴⁰ Stéphane Rousseau, « Sans frontières ? Les devoirs des administrateurs de sociétés par actions à la lumière de la jurisprudence récente », *Cours de perfectionnement du Notariat, Chambre des notaires du Québec*, 2006, EYB2006CPN24.

disponibles lorsque l'entente est intervenue entre Complexe et Cogere. Au surplus, le contrat *fast track* était d'un type particulier, l'échéancier prévu était serré et cet échéancier était en retard lorsque les travaux ont débuté.

[177] Dans les deux cas, les appelants sont des administrateurs expérimentés¹⁴¹. Leur comportement doit être rapproché de celui qu'aurait adopté un administrateur raisonnable¹⁴², ayant une expérience analogue, placé dans les mêmes circonstances¹⁴³.

[178] La situation exigeait donc des appelants, qui portaient le projet sur le terrain et agissaient comme administrateurs de Complexe, qu'ils démontrent de la transparence, de la bonne foi et une franche collaboration avec l'entrepreneur. Ils devaient s'informer avant de prendre des décisions importantes, informer Cogere des difficultés qui se présentaient en temps utile et des avenues possibles de solution. Ils devaient considérer l'impact de leurs décisions sur l'entrepreneur, sur les sous-entrepreneurs, sur la réalisation du projet, voire sur sa survie. Dans tous les cas, ils devaient prendre des décisions raisonnables dans l'intérêt de Complexe dont ils étaient les mandataires.

[179] Ils ont manqué à ces obligations de diverses façons. Cela a été mis en exergue plus tôt¹⁴⁴.

[180] La Ville a exercé le contrôle sur le projet en tout temps, par son représentant Perrier, qui s'est retrouvé dans les moments cruciaux en situation de conflit d'intérêts. Lorsqu'il fallait faire un choix, les intérêts de la Ville ont été privilégiés au détriment de ceux de Complexe. De son côté, Brissette a abdiqué ses responsabilités et n'a pas agi dans le meilleur intérêt de Complexe¹⁴⁵ alors qu'il devait avoir « pour seul objectif le bien de la corporation, personne distincte, sans tenir compte des intérêts d'aucune autre personne, groupe ou entité »¹⁴⁶.

[181] Les administrateurs de corporations à but non lucratif, qui sont mandataires de la société, ont les devoirs d'honnêteté et de loyauté des administrateurs. Ils sont « indubitablement assujettis à une double série de devoirs d'honnêteté et loyauté, soit ceux d'un « mandataire » et ceux d'un « administrateur de personne morale » »¹⁴⁷.

¹⁴¹ Voir par exemple au paragr. 206 du jugement dont appel.

¹⁴² Madeleine Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2001, p. 224.

¹⁴³ Stéphane Rousseau, «La nature du devoir de prudence et diligence des administrateurs de sociétés», dans *Assurances et gestion des risques*, vol. 73(3), Montréal, HEC Montréal, Octobre 2005, p. 283; *Canuel c Sauvageau*, EYB 1991-57598, [1991] R.R.A. 18 (C.A.); *Montambault c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, 2001 CanLII 11069, [2001] R.J.Q. 893, paragr. 98 (C.A.).

¹⁴⁴ Au besoin, revoir les paragr. 63-64, 105 à 107, 109-110 et 115-116 de ces motifs.

¹⁴⁵ Art. 322 et 2138 C.c.Q.

¹⁴⁶ Paul Martel, *La corporation sans but lucratif au Québec : aspects théoriques et pratiques*, supra, note 41, p. 11-15.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 11-14.

[182] Les manquements constatés ici engendrent la responsabilité des appelants dont le pourvoi doit échouer.

[183] Deux derniers commentaires méritent d'être formulés.

[184] Il est, pour dire le moins, étonnant que les appelants soutiennent encore que la Ville ne devait retirer aucun avantage de l'échec du projet en avril 2004, malgré la preuve accablante administrée à ce sujet.

[185] Il est tout aussi étonnant de lire que, dans la compréhension des appelants et de la Ville, la dernière proposition rejetée le 27 avril 2004 leur demandait des concessions « sans commune mesure » avec ce qui était demandé à CogereX et à la BNC.

[186] Il faut rappeler que la BNC acceptait alors de hausser le prêt hypothécaire de 500 000 \$ à 5,8 M\$ et de donner à Complexe un congé de 12 mois sur le remboursement de ce capital additionnel, que CogereX acceptait de compléter le travail pour près de 400 000 \$ de moins que le coût arrêté par l'expert Tremblay alors que la Ville devait déboursier 132 000 \$, selon sa prétention¹⁴⁸, soit la somme de 87 000 \$ une fois considéré le cautionnement de 45 000 \$ consenti au départ. Cela représente 1.5 % du coût du projet révisé !

L'appel de CogereX et l'appel incident de BNC

[187] Débutons par l'appel incident de la BNC.

L'appel incident de la BNC

[188] Dans son recours introductif d'instance et dans les recours en garantie pris dans chaque dossier de réclamation des sous-traitants, CogereX recherche la responsabilité extracontractuelle de la BNC. Elle lui reproche de ne pas avoir effectué les paiements dus à la suite des travaux qu'elle a exécutés, s'agissant notamment des demandes de paiement numéros 7, 8 et 9. La juge de première instance a rejeté cette prétention et CogereX ne remet pas en cause ce volet de la décision.

[189] En revanche, la BNC a demandé, après que la cause a été mise en délibéré, la réouverture des débats pour plaider que la demande en justice de CogereX à son endroit était abusive. Sa réclamation concerne les honoraires extrajudiciaires qui auraient été engagés pour se défendre contre le recours de CogereX. La juge a accueilli la requête en réouverture des débats, mais rejeté la réclamation de la BNC.

[190] La juge souligne que CogereX n'a utilisé aucun moyen de preuve pour démontrer les reproches allégués¹⁴⁹. Au contraire, la preuve révèle que la BNC a « tout tenté »

¹⁴⁸ Que la juge ne retient pas.

¹⁴⁹ Au paragr. 360.

pour « trouver une solution acceptable pour tous et éviter ainsi un litige »¹⁵⁰. Qui plus est, le procès n'a révélé « aucun fait que l'entrepreneur général ne connaissait déjà ».

[191] Malgré que le recours de CogereX ne présentait pas de chance de succès, la juge rejette la réclamation de la BNC qui s'élève à 334 353,21 \$. Elle estime que « même si CogereX n'avait pas entrepris tels recours contre BNC, cette dernière aurait encouru les honoraires qu'elle souhaite aujourd'hui se voir rembourser »¹⁵¹. La juge se dit convaincue que si CogereX n'avait pas intenté un recours contre BNC, cette dernière aurait quand même intenté un recours contre la Ville, lequel aurait inévitablement été réuni aux autres dossiers dans lesquels la banque a été très active¹⁵². Bref, la BNC aurait encouru les frais qu'elle réclame et il n'y a pas de lien causal entre le recours de CogereX et la réclamation litigieuse.

[192] La BNC demande à la Cour d'infirmer cette décision par appel incident. CogereX réitère que son recours n'était pas abusif.

[193] La BNC avait le fardeau de prouver sa réclamation. Le juge Forget écrivait à ce sujet, récemment :

[128] Les avocats qui réclament le remboursement de leurs honoraires à une tierce partie dans le cadre d'une procédure judiciaire ne sont pas dispensés d'en faire la preuve pas plus que le plombier, l'architecte, le comptable, etc. Il n'est pas suffisant de déposer ses notes d'honoraires lorsqu'on veut en réclamer le remboursement à un tiers autre que son client.

[129] Je sais bien qu'il est toujours difficile pour un avocat de se transformer en témoin et d'être sujet au contre-interrogatoire de son collègue. Ces difficultés d'ordre procédural ne peuvent permettre de dispenser l'avocat d'établir la preuve lorsqu'on recherche le remboursement par un tiers.

[130] Je note au passage que le *Code de déontologie des avocats* prévoit une exception pour permettre à un avocat de témoigner au sujet de ses honoraires dans une cause où il occupe à titre de procureur :

3.05.06. L'avocat ne doit pas personnellement agir dans un litige, s'il sait ou s'il est évident qu'il y sera appelé comme témoin.

Toutefois, il peut accepter ou continuer d'agir, si le fait de ne pas occuper est de nature à causer au client un préjudice sérieux et irréparable, ou si son témoignage ne se rapporte qu'à :

[...]

¹⁵⁰ Au paragr. 363.

¹⁵¹ Au paragr. 376.

¹⁵² Jugement entrepris, paragr. 379 à 381.

c) la nature et la valeur des services professionnels rendus au client par lui-même ou par une autre personne exerçant ses activités au sein de la même société.

[131] Il faut conclure que les intimés n'ont pas fait une preuve prépondérante du quantum des honoraires extrajudiciaires réclamés. [...] ¹⁵³.

[194] La juge a conclu qu'une telle preuve n'avait pas été faite ici, celle-ci s'appuyant sur le dépôt de diverses factures d'honoraires, en liasse. La BNC ne fait pas voir d'erreur manifeste et déterminante dans le jugement entrepris. Son appel incident doit être rejeté avec dépens en faveur de CogereX et de Axa Assurances inc.

L'appel de CogereX

[195] Au procès, CogereX réclamait des administrateurs de Complexe et de la BNC 2 846 005,62 \$ pour les demandes et certificats de paiement numéros 7, 8 et 9 plus 259 152,69 \$ pour les « extras soumis et acceptés », pour un total de **3 105 158,31 \$** ¹⁵⁴. La juge de première instance précise qu'un montant de 565 239,71 \$ réclamé par CogereX à titre de *dommages supplémentaires* n'a fait l'objet d'aucune preuve en raison d'une objection formulée en cours d'audience par les avocats des administrateurs, de BNC et de la Ville qui a été maintenue ¹⁵⁵.

[196] En ce qui concerne les demandes de paiement 7, 8 et 9, CogereX apportait alors les précisions suivantes au sujet des réclamations faites contre elle par les sous-traitants :

[320] CogereX reconnaît que les montants que les sous-traitants lui réclament dans le cadre de la *Requête introductive d'instance* que chacun d'eux a instituée contre elle, sont inclus dans le montant de sa réclamation.

[321] Elle demande donc au Tribunal de déduire de tel montant ceux que le Tribunal a adjugés dans le cadre du jugement qu'il a rendu à l'égard de chacune des réclamations des sous-traitants et de lui octroyer ainsi le solde restant ¹⁵⁶.

[197] Dans sa requête en délaissement forcé et vente sous contrôle de justice de l'immeuble propriété de Complexe, CogereX recherchait une déclaration constatant l'existence d'une créance hypothécaire en sa faveur ¹⁵⁷. Enfin, dans sa requête pour mise en cause forcée de la Ville, la BNC demandait une condamnation de la Ville, au

¹⁵³ Hébert (*Succession de*), 2011 QCCA 1170.

¹⁵⁴ Au paragr. 5 du jugement dont appel.

¹⁵⁵ Voir la note en bas de page no. 2.

¹⁵⁶ Au jugement entrepris.

¹⁵⁷ Dossier C.S.M. 500-17-021080-042. Ce recours a été lancé le 10 juin 2004 et se fondait sur le solde dû en vertu du contrat.

bénéfice de CogereX, d'une somme « équivalente à la valeur des travaux exécutés par (...) Construction CogereX, aux termes du contrat intervenu le 14 mai 2003 (...) ».

[198] Statuant d'abord sur les demandes de paiement, la juge de première instance établit la créance de CogereX à **1 133 051,74 \$**, soit à la somme des montants accordés dans les dossiers concernant les sous-traitants visés par la réunion d'actions, après déduction des montants conservés par CogereX à son bénéfice et dont elle était redevable à certains d'entre eux.

[199] Quant au reste, la juge rappelle que l'on ne peut présumer que les demandes de paiement 7, 8 et 9 auraient donné lieu à des certificats de paiement pour la totalité des montants réclamés¹⁵⁸. Elle déplore ensuite le fait que CogereX n'a pas administré une preuve, « par expertise ou autrement », pour établir sa réclamation¹⁵⁹. Elle écrit :

[331] Or, sauf de démontrer le bien-fondé des réclamations des sous-traitants, cette preuve n'établit en rien la valeur de la créance de CogereX qui aurait notamment dû, pour ce faire, produire l'ensemble des factures établissant l'existence de sa créance.

[332] Mais, il y a plus.

[333] La preuve révèle que certains sous-traitants, autres que ceux visés par la réunion d'actions dont il est ici question, ont soit poursuivi CogereX devant la Cour du Québec pour lui réclamer les montants qui leur étaient dus, soit renoncé à la poursuivre.

[334] La *règle de la meilleure preuve* aurait ainsi voulu que CogereX fasse la preuve notamment des éléments suivants :

- * L'état des dossiers devant la Cour du Québec ou, encore, les jugements qui ont été rendus dans le cadre des différents recours ;
- * Si tel est le cas, les transactions qui ont été conclues entre elle et un ou l'autre des sous-traitants ;
- * La valeur des créances des sous-traitants qui ne l'ont pas poursuivi et dont le recours est aujourd'hui prescrit ;
- * Les paiements qu'elle a effectués aux divers sous-traitants et/ou fournisseurs, ceci d'autant plus que la preuve a révélé, dans le cadre des dossiers impliquant certains sous-traitants visés par la réunion d'actions dont il est ici question, qu'elle a conservé pour son bénéfice des montants dont elle leur était redevable.

¹⁵⁸ Au paragr. 329.

¹⁵⁹ Au paragr. 330.

[335] Cogerec avait dès lors l'obligation de ventiler sa réclamation, ceci d'autant plus que si le Tribunal arbitrait le montant auquel l'entrepreneur général prétend avoir droit de la façon dont il le propose, ce dernier bénéficierait indûment de sommes d'argent redevables à certains sous-traitants, notamment ceux qui n'ont pas fait valoir leur créance à son encontre ou qui ont transigé avec lui à la baisse aux fins de régler le litige qui les opposait.

[200] La juge ajoute que la pièce BNC-43 préparée par Cogerec ne constitue qu'un tableau sans qu'aient été déposés de documents à son soutien¹⁶⁰. Bref, la créance de Cogerec n'a pas été prouvée au-delà du montant qui revient aux sous-traitants visés par la réunion d'actions.

[201] Enfin, la juge ne fait pas droit à la réclamation d'*extras* pour un montant de 259 152,69 \$ même si l'expert Tremblay a retenu ce chiffre :

[341] Tremblay a produit son rapport dans le cadre d'un processus visant la relance du projet. Or, la démarche a échoué en raison du refus du Complexe et de la Ville d'aller de l'avant.

[342] Cogerec ne peut là encore *crystalliser* sa créance sous la foi uniquement d'un tel document.

[202] Pour compléter le portrait, Cogerec a demandé, le 30 avril 2009, à la suite d'une objection formulée par les autres parties, la permission de produire certains documents au soutien du volet de sa réclamation portant sur des déboursés conservatoires (dommages supplémentaires)¹⁶¹. Une somme de 565 239,71 \$ est en jeu ici. La juge a refusé cette demande pour cause de tardiveté. Cogerec s'est pourvue contre ce jugement dans son inscription en appel du 18 décembre 2009.

[203] Cogerec nous demande maintenant de hausser la condamnation à **3 411 245,33 \$** pour qu'elle « soit conforme à la preuve faite à l'enquête »¹⁶², subsidiairement, d'infirmer la décision de la juge qui l'a empêchée de déposer des pièces additionnelles et, enfin, de renvoyer les parties devant le tribunal pour compléter la preuve relative notamment aux déboursés conservatoires de sorte qu'une décision soit rendue sur « le mérite » de sa réclamation.

[204] Le montant de **3 411 245,33 \$** comprend les réclamations suivantes : 2 846 005,62 \$ pour les demandes et certificats de paiement numéros 7, 8 et 9 plus 565 239,71 \$ pour les « déboursés conservatoires ».

¹⁶⁰ Au paragr. 336.

¹⁶¹ Il faut se référer au paragr. 20 du recours introductif amendé de Cogerec.

¹⁶² Permission d'amender l'inscription en appel a été accordée le 15 février 2011.

[205] Enfin, il est opportun de noter que, depuis le 15 février 2011, Cogerex a été autorisée à amender les conclusions de son inscription en appel qui recherche dorénavant la condamnation de la Ville en outre des administrateurs Perrier et Brissette dans le dossier principal¹⁶³.

* * *

a) Le jugement interlocutoire du 30 avril 2009

[206] Cogerex reconnaît que l'appel de cette décision ne respecte pas la procédure prévue aux articles 29 et 511 du Code de procédure civile. Elle soutient toutefois, qu'en certaines circonstances, la Cour peut permettre l'appel d'une décision interlocutoire lors de l'appel du jugement final. Les circonstances de cette affaire donneraient ouverture à un tel traitement d'exception.

[207] L'appel d'un jugement interlocutoire qui accueille une objection à la preuve est visé au second alinéa de l'article 29 C.p.c. La règle est claire. La partie concernée doit agir dans les 30 jours de ce jugement. Il est vrai que certains jugements peuvent « dans certaines circonstances, faire l'objet d'un appel dans le cadre de l'appel du jugement au fond »¹⁶⁴. Mais ce droit d'appel est « restreint aux cas où le jugement au fond a été rendu avant l'expiration du délai dans lequel la décision interlocutoire pouvait faire l'objet d'un appel »¹⁶⁵.

[208] Dans notre cas, il s'est écoulé sept mois entre le jugement interlocutoire et le jugement final. Qui plus est, la décision du 30 avril 2009 a été rendue au tout début de la preuve de Cogerex. Celle-ci s'est ensuite continuée pendant plusieurs jours et a été complétée par une contre-preuve, le 27 mai 2009. En ce qui concerne les administrateurs, la Ville et la BNC, ils ont répliqué à la preuve de Cogerex pendant plus de 10 jours.

[209] Et maintenant, Cogerex demande à la Cour, de façon subsidiaire, de renvoyer les parties devant la Cour supérieure pour complément de preuve sur les frais supplémentaires¹⁶⁶ « ou tout autre élément de preuve nécessaire au juge » qui se prononcerait de nouveau sur « le mérite » de sa réclamation.

[210] Au-delà des considérations juridiques, il serait inopportun de faire droit à cette demande. Cela scelle le sort du volet « Déboursés conservatoires » de la réclamation. Plus généralement, le reproche formulé par Cogerex à la juge de ne lui avoir pas indiqué les faiblesses de sa preuve est sans fondement.

¹⁶³ Soit le dossier 500-09-020273-090.

¹⁶⁴ *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 R.C.S. 499.

¹⁶⁵ *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, *supra*, note 164.

¹⁶⁶ Il s'agit, en majorité, de frais conservatoires en rapport avec le chantier et de frais engagés en raison de l'abandon du projet.

b) La réclamation principale de CogereX

[211] Reste donc la réclamation de CogereX relative aux demandes de paiement 7, 8 et 9 et retenues contractuelles qui s'élève à **2 846 005,62 \$**.

[212] La méthode de paiement est prévue aux articles 5.2.1 à 5.3.2 du contrat conclu entre CogereX et Complexe. L'entrepreneur fait des demandes de paiement à chaque mois équivalant « à la valeur, calculée au prorata du *prix du contrat*, des travaux exécutés et des *produits* livrés à l'*emplacement de l'ouvrage* à cette date ». Les demandes sont d'abord envoyées à un professionnel qui les examine et délivre, dans les 10 jours de la demande, un certificat de paiement au montant qu'il estime dû. Complexe a alors 5 jours pour payer CogereX.

[213] Entre mai et août 2003, CogereX envoie à Goyette les demandes de paiement 1 à 6 qui totalisent 1 824 005,39 \$. Elles seront intégralement satisfaites par Complexe. Intervient la décision de suspendre les paiements le 9 septembre 2003 dont la BNC sera informée le 8 octobre suivant.

[214] À compter de la mi-septembre, CogereX et Complexe échangent une correspondance régulière. Complexe exige une ventilation détaillée des coûts. CogereX répond qu'elle tente de fournir cette ventilation, mais que les modifications imposées augmentent les coûts du projet, rendent plus complexe leur projection et ralentissent les travaux.

[215] La demande de paiement numéro 7, qui s'élève à 817 169,35 \$, est envoyée à l'architecte Goyette le 30 septembre 2003. Le 14 octobre, BNC demande à CogereX de lui fournir un état détaillé des travaux exécutés et de ceux à faire. Elle suspend les déboursements. Le 30 octobre, CogereX fait parvenir à Goyette la demande de paiement numéro 8 de 1 158 021,31 \$.

[216] Au début de novembre 2003, Dubreuil demande à Goyette d'analyser et de certifier les demandes de paiement numéros 7 et 8, menaçant de déposer contre lui une plainte à son ordre professionnel. Le 11 novembre, Goyette approuve à hauteur de 455 529,01 \$ la demande de paiement numéro 7 et de 370 174,72 \$ la demande de paiement numéro 8, soit **825 703,73 \$** au total. Les travaux sont interrompus à la fin de décembre 2003. Le 10 juin 2004, CogereX envoie à Complexe, alors en faillite, la demande de paiement numéro 9 pour les travaux réalisés entre le 1^{er} novembre 2003 et la fermeture du chantier. Elle s'élève à 870 814,96 \$.

1) *Les certificats de paiement 7 et 8 et les retenues contractuelles*

[217] CogereX réclame d'abord 1 120 115,84 \$ en raison de la certification par Goyette, équivalant selon elle à un aveu extrajudiciaire, de travaux de 825 703,73 \$ sur la base des demandes de paiement 7 et 8. Elle réclame aussi les retenues de

91 744,87 \$ et 202 667,24 \$ respectivement effectuées sur les demandes de paiement 7 et 8 et sur les demandes 1 à 6¹⁶⁷.

[218] L'argument de l'aveu extrajudiciaire ne peut être accepté.

[219] L'aveu doit émaner de la partie à qui on veut l'opposer¹⁶⁸. Or, Goyette est un tiers par rapport aux administrateurs de Complexe et il ne peut faire un aveu liant ces derniers.

[220] En revanche, les certificats de paiement partiel délivrés par Goyette sont des éléments de preuve pertinents. Il s'agit d'écrits qui constatent des faits, notamment l'avancement des travaux et leur valeur¹⁶⁹. Leur valeur probante est laissée à l'appréciation du juge. Or, la juge ne met pas en doute la valeur de ces certificats de paiement. Au contraire, dans plusieurs dossiers opposant Cogrex à ses sous-traitants, la juge retient, au bénéfice de ces derniers, le fait que Goyette avait certifié leurs travaux.

[221] À ce stade-ci, il est opportun de rappeler certaines stipulations du contrat intervenu entre Cogrex et Complexe :

2.2.4 D'après ses observations et son évaluation des demandes de paiement de l'*entrepreneur*, le professionnel détermine les montants dus à l'entrepreneur en vertu du contrat et émet des certificats de paiement conformément à l'article A-5 de la convention, PAIEMENT, et aux articles CG 5.3 - PAIEMENT D'ACOMPTES et CG 5.7 - PAIEMENT FINAL.

[...]

2.2.6 Le professionnel est l'interprète, en premier lieu, des exigences des documents contractuels et formule des conclusions sur l'exécution, par chacune des parties, de ses obligations contractuelles, sauf pour ce qui a trait à l'article CG 5.1 – INFORMATIONS D'ORDRE FINANCIER EXIGÉES DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE. Les interprétations et les décisions du *professionnel* doivent être impartiales et compatibles avec l'intention des *documents contractuels*.

[...]

¹⁶⁷ Selon les demandes formulées par Cogrex.

¹⁶⁸ Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, no. 660; Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 1436, no. 889; *Compagnie d'assurance continental du Canada c. Compagnie d'assurance générale dominion du Canada*, 1996 CanLII 6449, EYB 1996-65208 (C.A.).

¹⁶⁹ Art, 2832 C.c.Q.

2.2.13 Le *professionnel* émet ses certificats selon sa connaissance et son appréciation des travaux selon les informations dont il dispose. En émettant un certificat, il ne garantit pas que les travaux aient été exécutés correctement ou complètement.

[222] L'article 5.3.1, auquel renvoie l'article 2.2.4, précité, énonce :

5.3.1 Le professionnel, dans les 10 jours de la réception d'une demande de paiement soumise par l'entrepreneur conformément à l'article CG 5.2 – DEMANDE DE PAIEMENT D'ACOMPTE, envoie au maître de l'ouvrage un certificat de paiement au montant demandé ou à tout autre montant qu'il considère comme effectivement dû. Lorsque le professionnel modifie la demande, il en prévient promptement l'entrepreneur par écrit en donnant les raisons qui justifient les modifications.

[Soulignement ajouté]

[223] Le professionnel Goyette a délivré des certificats de paiement dans lesquels il détermine que les travaux visés par les demandes de paiement 7 et 8 représentent, après déduction de la retenue de 10%, des montants de 455 529,01 \$ et 370 174,72 \$. En faisant cela, il se conforme à la procédure prévue au contrat.

[224] Une partie pouvait contester la conclusion du professionnel par l'envoi d'un avis de différend dans les 15 jours ouvrables de la réception de cette conclusion. L'absence de contestation entraînait cependant des conséquences notables :

8.8.1 Tout désaccord entre les parties au *contrat* au sujet de l'interprétation, de l'application ou de l'administration du *contrat*, ou tout défaut de s'entendre entre les parties dans les cas où une entente est nécessaire, et qu'on appelle ici globalement « différends », doit, s'il n'a pu être réglé par une décision du *professionnel*, conformément à l'article CG 2.2 – RÔLE DU PROFESSIONNEL, être tranché conformément à la partie 8 des conditions générales, RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS.

8.2.2 Une partie est réputée avoir définitivement accepté une conclusion du *professionnel* conformément à l'article CG 2.2 - RÔLE DU PROFESSIONNEL, et avoir expressément dégagé l'autre partie et renoncé à toute réclamation relative au sujet particulier auquel se rapporte la conclusion, à moins que, dans les 15 jours ouvrables de la réception de cette conclusion, la partie fasse parvenir à l'autre partie et au *professionnel*, par écrit, un avis de différend où sont exposés les détails de la question et où sont indiquées les références pertinentes aux documents contractuels. L'autre partie doit répondre, par écrit, dans les

10 jours ouvrables qui suivent la réception de l'avis, en donnant des explications et des références similaires.

[Soulignement ajouté]

[225] Le 11 novembre 2003, Goyette a certifié les demandes de paiement 7 et 8 à concurrence de 825 703,73 \$. Ces documents ont été dénoncés à Complexe et à CogereX dans les jours qui ont suivi. Or, rien ne permet de croire qu'un avis de différend a été transmis par Complexe ou par CogereX conformément au contrat. En conséquence, les conclusions auxquelles est parvenu Goyette dans ces documents doivent être tenues pour avérées tant à l'égard de Complexe qu'à l'égard de CogereX. Elles sont réputées avoir accepté les conclusions du professionnel.

[226] Ces demandes de paiement auraient donc du être payées par Complexe au montant certifié par Goyette.

[227] N'eut été du comportement des administrateurs Perrier et Brissette, CogereX aurait dû toucher ce montant auquel il faut ajouter la retenue contractuelle de 10 % pour un total de 917 448,60 \$¹⁷⁰. Il n'y a pas davantage de motif, dans les circonstances de cette affaire, de refuser de libérer la retenue de 202 667,24 \$ effectuée sur les demandes de paiement 1 à 6.

[228] CogereX aurait dû être payée de ces montants et Perrier et Brissette en sont également redevables, tout comme la Ville. Ainsi, une somme de **1 120 115,84 \$** est due à CogereX à ce chapitre.

[229] Mais il faut, ici, tenir compte des montants dus aux sous-traitants que la juge fixe à **1 133 051,74 \$**. CogereX reconnaît d'ailleurs, comme le souligne la juge, qu'elle réclame les retenues contractuelles « moins les sommes qu'elle se fait réclamer par les sous-traitants qui ont entrepris les recours ordinaires ventilés (...) »¹⁷¹.

[230] À ce stade, somme toute, rien n'est encore dû à CogereX.

[231] Compte tenu de ce qui précède, le débat sur la partie non certifiée des demandes de paiement 7 et 8 serait clos. En l'absence d'un avis de différend, CogereX doit vivre avec les conclusions du professionnel. Mais même si cette conclusion devait être réservée, CogereX avait encore le fardeau de faire la preuve de sa réclamation, pour la partie non certifiée des demandes de paiement 7 et 8 et la demande de paiement numéro 9.

¹⁷⁰ Le contrat principal permet la libération progressive de la retenue, clauses 5.6.1- 5.6.2, lorsque le travail d'un sous-traitant ou d'un fournisseur a été exécuté avant l'achèvement substantiel de l'ouvrage.

¹⁷¹ Au paragr. 18 de son recours introductif amendé.

2) *La portion non certifiée des demandes de paiement numéros 7 et 8, la demande de paiement numéro 9*

[232] CogereX soutient que cette partie de sa réclamation, qui s'élève à 1 725 889,80 \$, a été établie par preuve directe et par présomptions.

[233] Pour ce qui concerne la preuve directe, CogereX formule la proposition suivante :

99. En fait, le Tribunal doit transposer la détermination factuelle qu'il fait, pour chaque sous-traitant, dans le dossier de l'entrepreneur, en assumant que la détermination par rapport au premier ne peut être égale, en chiffres absolus, à la détermination qu'il a à faire dans le second dossier. Ceci parce qu'il y a nécessairement des différences entre le contrat du maître de l'ouvrage avec l'entrepreneur et celui de ce dernier avec le sous-traitant, de sorte qu'il ne peut y avoir qu'une relative concordance entre la réclamation de l'un et de l'autre pour un même poste, concordance dont c'est la mission du Tribunal d'apprécier l'adéquation dans l'ensemble¹⁷².

[234] CogereX entreprend ensuite d'analyser la preuve faite dans les dossiers des sous-traitants, à la lumière des jugements rendus en première instance¹⁷³, pour « faire la démonstration d'une partie importante de la réclamation de CogereX »¹⁷⁴. CogereX formule les propositions suivantes :

- Lorsque la juge de première instance accepte la réclamation d'un sous-traitant qui a été approuvée par Noreau, sans être toutefois certifiée par Goyette, en raison du litige entre CogereX et Complexe, elle doit accepter comme prouvée la réclamation de CogereX relative à l'exécution de ce sous-contrat, particulièrement lorsque la réclamation de CogereX a également été approuvée par Noreau;
- Lorsque la juge conclut que la réclamation d'un sous-traitant aurait dû être certifiée par Goyette mais ne l'a pas été, en raison du conflit entre CogereX et Complexe, elle effectue une *certification judiciaire* de la réclamation qui aurait dû être transposée à la réclamation de CogereX «avec les incidences inhérentes» que cette dernière prétend identifier dans chaque cas.

[235] CogereX conteste, par ailleurs, les calculs de la juge tantôt sur le pourcentage de travail effectué par un sous-traitant, tantôt sur les montants qui lui étaient dus, et remet en cause les déterminations selon lesquelles elle aurait conservé des argents qui revenaient à des sous-traitants.

¹⁷² Exposé de CogereX.

¹⁷³ Qui concernent 10 sous-traitants.

¹⁷⁴ Au paragr. 103 de l'exposé de CogereX.

[236] Enfin, CogereX s'appuie sur le témoignage du consultant en coûts Denis Tremblay et sur son rapport pour soutenir que des modifications ont été effectuées au projet, avec l'accord des professionnels, dont la valeur s'élève à près de 150 000 \$.

[237] CogereX invoque, également, la preuve par présomption de faits. Celle-ci permettrait d'établir la valeur des travaux par pourcentage et par la méthode des coûts (pièce BNC-43).

[238] Plus particulièrement, elle plaide que, selon certains témoins, les travaux étaient réalisés à 75 % lorsqu'ils ont été interrompus. En attribuant au contrat un prix de 6 096 000 \$, la valeur des travaux exécutés s'élèverait à 4 572 000 \$. Comme les demandes de paiement 1 à 9 totalisent 4 670 011 \$¹⁷⁵, cela validerait le pourcentage retenu. CogereX a touché 1 824 005,38 \$ pour les demandes de paiement 1 à 6 et considère avoir établi sa réclamation, par preuve directe, à hauteur de 2 005 458,60 \$. Reste un montant de 840 546,97 \$.

[239] De son point de vue, la seule preuve que les travaux sont complétés à 75 % constituerait « un indice probant de la réclamation de CogereX pour la somme 840 546,97 \$ qui reste à prouver ».

[240] CogereX invoque aussi la pièce BNC-43¹⁷⁶ préparée par Lebel au mois d'avril 2009, en réponse à une ordonnance du tribunal exigeant de lui qu'il communique aux avocats des parties les documents et renseignements demandés dans un *subpoena* signifié le 24 mars 2009, incluant le « montant d'administration et profits facturés ou réclamés par CogereX dans le cadre du projet du Complexe ».

[241] CogereX soutient que cette pièce est une compilation des informations communiquées aux avocats. Lebel sera contre-interrogé longuement à ce sujet. Le tableau BNC-43 a été produit par la BNC. CogereX a cru que les pièces communiquées avec le tableau avaient également été produites par la BNC, ce qui n'était pas le cas. Elle ne l'aurait réalisé qu'après le jugement dont appel.

[242] CogereX argumente que BNC-43 aurait dû être retenue « à sa face même dans la mesure où personne n'a réussi à mettre en cause l'authenticité des pièces qu'il compile et la validité des pièces qu'il reconnaît à l'égard des sous-traitants ». Sinon, la juge aurait dû ordonner une réouverture d'enquête. CogereX ajoute que, même sans les pièces, BNC-43 constitue « un faisceau d'autant d'indices du montant de sa créance » qui devient prouvée, « peut-être pas avec une certitude mathématique, mais certainement par prépondérance ».

¹⁷⁵ Taxes incluses.

¹⁷⁶ Elle est reproduite dans les annexes communes des parties appelantes, p. 2251 ss.

[243] Enfin, cette pièce aurait, à tout le moins, un poids déterminant dans son recours en délaissement forcé et vente sous contrôle de justice¹⁷⁷ « où seule la valeur des travaux exécutés est nécessaire pour établir la créance de CogereX grevant l'immeuble »¹⁷⁸.

* * *

[244] Les jugements rendus par la juge de première instance dans les dossiers des sous-traitants n'ont pas fait l'objet d'un appel devant la Cour par CogereX. Axa a d'ailleurs satisfait à la plupart de ces jugements en raison des cautionnements qu'elle avait délivrés pour garantir les obligations de CogereX. CogereX doit donc composer avec ces déterminations à caractère définitif et ne peut en contester les assises pour ensuite développer un argumentaire sur des erreurs qu'aurait néanmoins commises la juge dans l'évaluation des réclamations des sous-traitants.

[245] Il faut rappeler, par ailleurs, que dans le dossier de Plomberie Leclerc inc. dans lequel la juge énonce des motifs communs aux dossiers des sous-traitants, la réclamation n'était pas contestée. Ici, toutes les réclamations de CogereX sont contestées. Cette dernière devait donc soutenir sa réclamation et prouver ses dommages.

[246] Or, ce que CogereX qualifie de preuve directe n'en est pas une.

[247] La juge quantifie les créances des sous-traitants sur la foi d'une preuve documentaire et testimoniale. Elle identifie les travaux qui ont été complétés et les montants qui leur sont dus. Elle fait la corrélation entre leur réclamation et certains postes des demandes de paiement de CogereX. Dans deux cas, la juge mentionne que l'ingénieur Noreau a approuvé les travaux « pour les montants que CogereX réclamait », même s'ils n'ont pas été certifiés par l'architecte Goyette. Dans d'autres, elle accepte des travaux qui n'ont pas été approuvés, mais qui auraient dû l'être, de son point de vue.

[248] La juge pouvait se satisfaire que les réclamations des sous-traitants étaient prouvées jusqu'à concurrence d'un certain montant sans que cela fasse preuve de la réclamation de CogereX. Celle-ci a confié la plupart des travaux en sous-traitance. Elle a conclu, au départ, un contrat clé en main et non à prix de revient majoré¹⁷⁹, mais il existe plus d'un type de contrat à forfait, comme le rappelait notre Cour tout récemment dans une affaire *Birdair* :

¹⁷⁷ 500-17-021080-042.

¹⁷⁸ Au paragr. 227 de son exposé.

¹⁷⁹ Longtemps désigné *cost plus method*.

[77] Il existe deux types de contrat à forfait, soit celui à forfait absolu et celui à forfait relatif. Dans son ouvrage *Les contrats de construction en droit public et privé*, la juge Rousseau-Houle, maintenant retraitée, explique bien la distinction :

Le marché à forfait est celui par lequel le constructeur s'engage à livrer l'ouvrage exécuté conformément aux plans et devis, pour un prix global invariable fixé d'avance. Si le marché à forfait est absolu, le maître ne peut plus, en cours d'exécution, modifier unilatéralement et sans accord de son cocontractant une partie de l'ouvrage à construire et l'entrepreneur a l'obligation d'exécuter les travaux pour le prix convenu, quelles que puissent être les difficultés rencontrées.

Si le marché à forfait est relatif, le maître peut modifier sa conception primitive dans une partie essentielle ou dans les détails de la construction prévue, sans que l'entrepreneur puisse s'y refuser ou s'en prévaloir pour solliciter la résiliation du marché. Tous les risques assumés par le cocontractant, particulièrement ceux afférents à l'augmentation des coûts des matériaux et de la main-d'œuvre ou aux difficultés d'exécution, sont alors évidemment limités aux seuls travaux prévus initialement, mais ne s'étendent pas aux travaux ordonnés par les modifications. Le forfait relatif est donc une combinaison de deux marchés: le forfait absolu pour les travaux nécessaires à la réalisation du projet initial et le marché à bordereau de prix pour les changements ordonnés en cours d'œuvre.¹⁸⁰

[Références omises] [Soulignement ajouté]

[249] En raison des modifications notables apportées par Complexe au contrat, après le début des travaux, il me paraît clair que nous sommes en présence d'un marché à forfait relatif pour tout ce qui concerne la partie relative à ces modifications. La position inflexible adoptée par Complexe, la Ville et les administrateurs Perrier et Brissette assimilant globalement l'entente intervenue à un marché à forfait absolu était donc erronée.

[250] Le contrat stipule d'ailleurs, aux *Conditions générales supplémentaires*, que si une modification à l'ouvrage a pour résultat une augmentation du prix du contrat, une allocation pour frais généraux et profit est ajoutée, au bénéfice de l'entrepreneur¹⁸¹, et que si le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ne s'entendent pas « sur la valeur d'une directive de modification », il y a lieu de se référer aux dispositions du contrat relatives à « négociation, médiation et arbitrage »¹⁸².

¹⁸⁰ *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*, 2013 QCCA 580.

¹⁸¹ Clause 4.

¹⁸² À la clause 5, 2e al. Voir aussi la clause 8.1.1 du contrat principal.

[251] Le contrat principal prévoit, de son côté, que si le maître de l'ouvrage fait cession de ses biens, en raison de son insolvabilité, l'entrepreneur peut résilier le contrat¹⁸³ et a « droit au paiement de tous les travaux exécutés, y compris un bénéfice raisonnable, ainsi qu'une indemnité ... pour tout dommage qu'il peut avoir subi par suite de la résiliation du contrat »¹⁸⁴. Complexe a déposé un avis d'intention en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁸⁵ le 15 mars le 2004, peu avant les négociations de la dernière chance¹⁸⁶. Elle a fait cession de ses biens le 1^{er} mai suivant¹⁸⁷.

[252] En somme, j'estime que Cogerec avait droit au paiement des travaux conformes effectués en date de la fermeture du chantier, selon le contrat signé le 14 mai 2003, y compris un bénéfice raisonnable et une indemnité pour tout dommage subi, le cas échéant. Elle avait également le droit de réclamer le coût additionnel découlant des modifications apportées par Complexe au contrat, le cas échéant, plus une allocation pour frais généraux et profit.

[253] Ainsi, je suis en désaccord, cela dit avec égards, avec l'énumération faite par la juge, aux paragraphes 334 et 335 de son jugement¹⁸⁸, de certains éléments qui auraient dû être prouvés par Cogerec.

[254] La juge de première instance n'en décide pas moins, à bon droit, que Cogerec n'a pas relevé son fardeau de preuve :

[328] Ici, une première remarque s'impose. Il est incontestable que le montant pour lequel un *Certificat de paiement* est émis peut différer de celui d'une *Demande et certificat de paiement* que l'entrepreneur général présente au chargé de projet. D'ailleurs, le Contrat prévoit les modalités qui s'appliquent en pareil cas.

[329] Dès lors, ce n'est pas parce que les *Demandes et certificats de paiement numéros 1 à 6* ont été intégralement payées que le Tribunal doit présumer qu'il en aurait été ainsi des *Demandes et certificats de paiements numéros 7, 8 et 9*.

[330] Ceci étant, est-il utile de rappeler que Cogerec avait le fardeau de démontrer le bien-fondé de sa réclamation, soit par voie d'expertise ou autrement, ce qu'elle n'a pas fait, se contentant plutôt de référer le Tribunal à la preuve que chacun des sous-traitants visés par la réunion d'actions dont il est ici question a administrée au soutien de sa réclamation pour lui demander ainsi de lui octroyer le solde restant entre le montant qu'elle réclame et ceux adjugés aux sous-traitants.

¹⁸³ Clause 7.2.1.

¹⁸⁴ Clause 7.2.5.

¹⁸⁵ Réf.

¹⁸⁶ Jugement dont appel, paragr. 128.

¹⁸⁷ Au paragr. 138.

¹⁸⁸ Reproduits ci-haut, paragr. [199].

[331] Or, sauf de démontrer le bien-fondé des réclamations des sous-traitants, cette preuve n'établit en rien la valeur de la créance de CogereX qui aurait notamment dû, pour ce faire, produire l'ensemble des factures établissant l'existence de sa créance.

[Soulignement ajouté]

[255] Au regard du paragraphe 329, c'est précisément ce qui s'est produit pour les demandes de paiement 7 et 8. Les « approbations » données par Noreau n'ont pas résulté en des certifications de Goyette au bénéfice de CogereX. Plus largement, CogereX ne fait pas voir d'erreur manifeste et déterminante dans la décision à laquelle parvient la juge à l'analyse de cette preuve. CogereX n'a prouvé, par preuve directe, ni la valeur des travaux exécutés à la fermeture du chantier, ni le bénéfice raisonnable perdu, ni son dommage.

[256] Pour ce qui concerne la réclamation pour travaux supplémentaires qui s'appuie sur le témoignage de Denis Tremblay, le juge conclut que cette preuve ne permet pas de *cristalliser* la réclamation de CogereX¹⁸⁹. Cette détermination n'est pas davantage affectée d'une erreur révisable.

[257] Reste la « preuve par présomptions de faits ».

[258] D'abord, la preuve d'un pourcentage de travaux conformes en date de la fermeture du chantier est exsangue et confuse. CogereX attribue au contrat une valeur totale de 6 096 000 \$¹⁹⁰. En supposant que 75 % des travaux ont été complétés à la fermeture du chantier, ce qui n'a pas été démontré de façon prépondérante¹⁹¹, la valeur des travaux complétés serait de 4 572 000 \$.

[259] Les demandes de paiement 1 à 6 ont été payées : 1 824,005,39 \$; les certificats de paiement des demandes 7 et 8 et les retenues contractuelles s'élèvent à 1 120 115,84 \$, pour un total de 2 944 121,10 \$. Ces sommes équivalent à près de 50 % des travaux en date du 31 octobre 2003.

[260] La preuve directe invoquée par CogereX n'en est pas une. Or, « l'indice » avancé par elle ne permet certainement pas de postuler qu'entre le 31 octobre 2003 et la fermeture du chantier, des travaux conformes de 1 627 878 \$ ont été complétés. Je tiens pour acquis qu'il y en a eus. Pour quelle valeur ? Plusieurs hypothèses peuvent être formulées. Chose certaine, il revenait à CogereX de faire cette démonstration en l'absence de laquelle sa réclamation ne peut être acceptée.

[261] CogereX se rabat enfin sur la pièce BNC-43.

¹⁸⁹ Aux paragr. 341 et 342.

¹⁹⁰ Au paragr. 201 de son exposé.

¹⁹¹ CogereX qualifie d'ailleurs cette preuve « d'indice ».

[262] La juge estime cette preuve insuffisante :

[336] Quant à la *Pièce BNC-43* dont se réclame CogereX, elle ne constitue ni plus ni moins qu'un « *tableau* » que Lebel a confectionné et ne prouve rien, aucun document n'ayant été déposé à son soutien. Un tel *tableau* ne saurait dès lors *cristalliser* la créance que CogereX tente de faire valoir.

[263] Lebel a abordé la pièce BNC-43 dans son témoignage, les 11 et 12 mai 2009. CogereX ne nous réfère pas, dans son exposé, aux éléments de la preuve testimoniale qui appuieraient sa prétention. Le témoin a été entendu de nouveau le 27 mai 2009, dans la contre-preuve de CogereX et de Axa. CogereX n'en a pas profité pour solidifier le fondement de la pièce BNC-43.

[264] Au surplus, cette pièce a été confectionnée par une personne qui ne pouvait donner son opinion sur des questions litigieuses à l'égard desquelles il aurait été avantageux de faire entendre un expert, comme le souligne la juge.

[265] Enfin, CogereX oublie que les créanciers peuvent exercer leurs droits hypothécaires seulement lorsque leur créance est liquide et exigible¹⁹², ce que cherchaient précisément à déterminer les recours instruits devant la juge de première instance.

[266] Ce moyen doit donc également échouer.

* * *

[267] Le résultat net de cet exercice demeure toutefois boiteux, de mon point de vue.

[268] En date du 31 août 2003, la demande de paiement numéro 6 mentionne que la valeur des travaux exécutés dépasse 2 000 000 \$. Le 30 septembre, la demande numéro 7 y ajoute 817 169,35 \$¹⁹³ et la demande numéro 8, le 31 octobre suivant, 1 158 021,31 \$¹⁹⁴. La question de savoir quelle était la valeur des travaux en date de la fermeture du chantier reste ouverte.

[269] Une conclusion demeure toutefois : la Ville et les administrateurs Perrier et Brissette ont laissé les travaux se poursuivre sans payer CogereX, même des sommes qui auraient dû lui être versées en raison de la certification partielle des travaux postérieurs au 31 août 2003. CogereX a notamment effectué le travail de coordination

¹⁹² Art. 2748 C.c.Q.; *Ateliers Non-tech inc. c. Construction et démolition Deschênes inc.*, 2009 QCCA 963 citant avec approbation une décision de la Cour supérieure, faisant elle-même référence à l'ouvrage de M^e Payette (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé, 12 novembre 2009, 33249).

¹⁹³ Taxes incluses. Au paragr. 98 du jugement principal.

¹⁹⁴ Au paragr. 113 du jugement. Selon le certificat de paiement numéro 8, les travaux exécutés s'élèvent à 2 559 549,00 \$ en date du 31 octobre 2003.

auquel elle s'était obligée, entre le 1^{er} septembre 2003 et le mois de décembre. Elle n'a jamais été payée.

[270] Si Complexe et les administrateurs poursuivis avaient suivi la recommandation de Noreau et suspendu les travaux, à la suite de la réunion du 9 septembre 2003, ils auraient rencontré l'entrepreneur pour clarifier le différend. Ils en auraient informé sans délai la BNC et auraient examiné avec elle une possible bonification du financement. Ou bien la difficulté aurait été réglée, d'une façon ou d'une autre, ou Complexe aurait fait cession de ses biens, faute de moyens financiers pour continuer¹⁹⁵. Et Cogerec aurait pu résilier le contrat pour cause conformément au contrat de construction, être compensée pour les travaux exécutés, y compris un bénéfice raisonnable et une indemnité pour tout dommage en résultant¹⁹⁶.

[271] Même dans les cas complexes, le juge du procès doit établir, lorsque cela peut être fait, la juste compensation de façon approximative¹⁹⁷. La Cour mentionnait à ce sujet, dans *Birdair* :

[202] C'est un truisme de dire que, dans une situation comme celle de l'espèce, le sous-traitant a le fardeau d'établir, outre la faute du client, en l'occurrence l'entrepreneur, l'existence du préjudice qui découle de celle-ci. C'est à lui également que revient la tâche de quantifier le préjudice en question, d'une manière qui soit aussi exacte et précise que possible. Toutefois, cela ne signifie pas qu'une preuve par voie d'estimation ne puisse jamais suffire, au contraire. Ainsi :

L'entrepreneur prudent aura donc soin de maintenir des documents détaillés concernant l'utilisation de la main-d'œuvre, de l'équipement et des matériaux sur le chantier ainsi que des relevés établissant le détail des travaux effectués à chaque jour et le taux de production. Il doit être en mesure de démontrer quels sont les coûts attribuables à chacune des modifications puisque le fardeau de prouver les dommages lui incombe. La difficulté que peut éprouver l'entrepreneur à établir avec précision la valeur de ces coûts additionnels n'est toutefois pas un motif suffisant pour refuser de l'indemniser. Le tribunal peut procéder à cet égard au moyen d'une estimation des coûts, ce qui ne libère pas par ailleurs l'entrepreneur de faire en tout temps la preuve du lien de causalité entre les dommages réclamés et le défaut reproché au propriétaire.¹⁹⁸

[Références omises] [Soulignement original]

¹⁹⁵ Ce que la Ville et les administrateurs ont nécessairement envisagé à ce moment.

¹⁹⁶ Clause 7.2.5 du contrat.

¹⁹⁷ *Provigo Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, [1998] R.J.Q. 47 (C.A.). Voir également *Transénergie Technologies inc. c. Marquis*, J.E. 2003-1888, D.T.E. 2003T-1019, paragr. 12 (C.A.).

¹⁹⁸ *Birdair inc. c. Danny's Construction Company Inc.*, *supra*, note 180.

[272] Par ailleurs, notre Cour « peut modifier le montant des dommages lorsque le montant accordé est <si excessivement bas ou si excessivement élevé qu'il doit constituer une estimation entièrement fausse des dommages> »¹⁹⁹. Les dommages octroyés sont excessivement bas ici puisqu'il faut tenir pour établi que les travaux étaient complétés dans une proportion qui dépasse 50 %.

[273] Le contrat réserve 100 000 \$ au poste des Contingences et 150 000 \$ pour Administration et profit. Au 31 août 2003, 80 043 \$ ont été réclamés et payés avec l'aval de Complexe sur ces deux postes (Contingences 40 043 \$, Administration et profit 40 000 \$). Le tout considéré, j'arbitrerais à 150 000 \$ le montant additionnel dû à CogereX, qui serait alors payé à hauteur d'environ 51 % du montant du contrat, ce qui ne prend pas en compte les réclamations pour travaux additionnels.

Conclusions

[274] Pour ces motifs, je propose de statuer sur les pourvois de la façon suivante :

[275] Dans le dossier d'appel numéro 500-09-020250-098, accueillir le pourvoi de la Ville de Pincourt, à la seule fin de remplacer l'avant-dernier alinéa du jugement par le suivant :

CONDAMNE la mise en cause forcée, *Ville de Pincourt*, à payer à la défenderesse, *Banque Nationale du Canada*, un montant de 1 824 000 \$, avec intérêts courus et à courir sur telle somme selon les termes de l'*Offre de financement* du 11 avril 2003, et l'indemnité additionnelle prévue à l'*article 1619 du Code civil du Québec*. Tout montant obtenu par la Banque à la suite de la réalisation des sûretés dont elle bénéficie sera soustrait du montant dû, en capital, depuis la date de telle réalisation, le cas échéant;

[276] Avec dépens contre la Ville de Pincourt;

[277] Dans les dossiers d'appel numéros 500-09-020295-101 et al, rejeter les pourvois de Michel Perrier et Robert Brissette, sans frais;

[278] Dans le dossier d'appel numéro 500-09-020273-090, accueillir le pourvoi de Construction CogereX Ltée, avec dépens, aux fins de remplacer les premier et troisième alinéas du dispositif du jugement statuant sur la requête introductive en dommages amendée (500-17-021405-041) par les paragraphes suivants :

¹⁹⁹ *Devoir inc. (Le) c. Centre de psychologie préventive et de développement humain GSM inc.*, J.E. 99-404, [1999] R.R.A. 17 (C.A.). Voir également : *A.S. c. D.F.*, 2005 QCCA 25, paragr. 12. Voir également : *Radiomutuel Inc. c. Savard*, J.E. 2003-75, [2003] R.R.A. 14, paragr. 69 (C.A.).

- **ACCUEILLE en partie** la *Requête introductive d'instance amendée* intentée à l'encontre des défendeurs Michel Perrier et Robert Brissette et de la mise en cause forcée – intimée *Ville de Pincourt*,

[...]

- **DÉCLARE** que la créance de la demanderesse, *Construction CogereX Ltée*, représente un montant de 1 283 051,74 \$, soit le total des montants adjugés aux créances des sous-traitants visés par la réunion d'actions et identifiés au *paragraphe [18]* du présent jugement, et ce, après déduction des montants que la demanderesse a retenus pour son bénéfice et dont elle était redevable à certains d'entre eux, plus un montant de 150 000 \$;
- **CONDAMNE** les défendeurs-intimés *Michel Poirier et Robert Brissette* et la mise en cause forcée – intimée *Ville de Pincourt* à payer solidairement à la demanderesse, *Construction CogereX Ltée*, 1 283 051,74 \$, incluant un montant de 150 000 \$ auquel il faut ajouter l'intérêt et l'indemnité additionnelle prévus par la loi, depuis le 29 décembre 2003²⁰⁰;

[279] Par souci de cohérence, il y a lieu de remplacer le premier alinéa du dispositif du jugement statuant sur la requête pour mise en cause forcée de Ville de Pincourt par Banque Nationale du Canada par le suivant :

- **CONDAMNE** la mise en cause forcée, *Ville de Pincourt*, à payer à la demanderesse, *Construction CogereX Ltée*, solidairement avec les défendeurs *Michel Perrier et Robert Brissette*, 1 283 051,74 \$, soit 1 133 051,74 \$ ventilé, en capital et intérêts, selon les modalités mentionnées aux conclusions des jugements que le Tribunal a rendus ce jour dans les dossiers suivants :

<u>Dossiers</u>	<u>Montant</u>	
500-17-020216-043	46 288,44 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 8 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-020562-040	280 155,39 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 5 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)
500-17-020563-048	120 304,65 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 22 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 du <i>Code civil du Québec</i>)

²⁰⁰ Conformément à la décision rendue le 15 février 2011 par un juge de la Cour accueillant la requête de CogereX pour amender l'inscription en appel amendée.

500-17-020889-047	166 147,22 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 13 janvier 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l' <i>article 1619 du Code civil du Québec</i>)
500-17-020930-049	88 333,45 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 5 avril 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l' <i>article 1619 du Code civil du Québec</i>)
500-17-021572-048	Nil	
500-17-022681-046	108 613,51 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 8 octobre 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l' <i>article 1619 du Code civil du Québec</i>)
500-17-025080-055	17 546,32 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 23 février 2005 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l' <i>article 1619 du Code civil du Québec</i>)
500-17-032613-062	194 391,02 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 8 décembre 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l' <i>article 1619 du Code civil du Québec</i>)
500-17-033436-067	111 271,74 \$	(avec intérêt au taux légal depuis le 16 mars 2004 et majoré de l'indemnité additionnelle prévue à l' <i>article 1619 du Code civil du Québec</i>)

Plus un montant de 150 000 \$ auquel il faut ajouter l'intérêt et l'indemnité additionnelle prévus par la loi, depuis le 29 décembre 2003;

[280] Dans ce même dossier d'appel, je propose enfin de rejeter l'appel incident de la Banque Nationale du Canada, avec dépens.

LOUIS ROCHETTE, J.C.A.

COUR DU QUÉBEC

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE QUÉBEC
LOCALITÉ DE QUÉBEC
« Chambre pénale »

N° : 200-61-072920-026

DATE : 22 avril 2003

SOUS LA PRÉSIDENTE DE ROSAIRE VALLIÈRES J.P.

Procureur général du Québec, ayant sa place d'affaire au 300, boul. Jean-Lesage,
bureau 108, Québec, district de Québec, G1K 8K6

Poursuivant

c.

Dépan-Escompte Couche-tard inc. ayant sa place d'affaire au 470, chemin St-
Sacrement, Québec, district de Québec, G1N 3Y3

Défenderesse

JUGEMENT

[1] Dépan-Escompte Couche-tard inc. est accusé:

*"d'avoir fourni des produits du tabac à un jeune dans un lieu
où le public a normalement accès le 6 mars 2002 au 470,
chemin Saint-Sacrement à Québec."*

[2] Cette accusation est portée en vertu de l'article 8 de la loi sur le tabac¹.

LES FAITS

[3] Le 6 mars 2002, une jeune fille se présente dans le commerce Dépan-Escompte Couche-tard inc. au 470, chemin Saint-Sacrement à Québec, demande un paquet de cigarettes "DuMaurier" régulier, se fait remettre le paquet par la vendeuse derrière le comptoir, donne une somme de sept dollars (7,00\$) en paiement et reçoit quarante-cinq cents (.45\$) en monnaie. Excepté pour la transaction elle-même, aucune parole n'est échangée entre la vendeuse et cette jeune fille. La jeune fille sort du commerce.

[4] Quelques minutes plus tard, un inspecteur du bureau de la lutte au tabagisme de Santé Canada, madame Patricia Blier, accompagné d'une collègue de Montréal, madame Toupin et la jeune fille qui a reçu les cigarettes, mademoiselle Marie-Michèle Boudrias, entrent dans le commerce et vont rencontrer madame Véronique Veilleux, la vendeuse. Elles l'avisent qu'elle vient de vendre un produit du tabac à une jeune fille de moins de dix-huit (18) ans en contravention de la loi. Madame Veilleux est aussi avisée qu'un constat d'infraction sera émis et signifié par la poste.

LE DROIT

[5] Les dispositions pertinentes de la loi sur le tabac sont les articles 8, 45, 50 et 54.

¹ L.C. 1997, ch. 13

PRÉTENTIONS DES PARTIES

[6] Le poursuivant prétend que la défenderesse a contrevenu à la loi lorsque la jeune fille, mademoiselle Boudrias, a conclu la transaction sans qu'aucune question ne lui ait été adressée ni qu'aucun document permettant de s'assurer de son âge ne lui ait été demandé.

[7] Le poursuivant prétend de plus que la défenderesse n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction.

[8] La défenderesse admet qu'une de ses employés, madame Véronique Veilleux, a vendu un produit du tabac à une personne âgée de moins de dix-huit (18) ans, mais qu'elle a fait diligence raisonnable parce que l'infraction a eu lieu à son insu, sans son consentement et qu'elle a pris des mesures pour empêcher sa commission.

DISCUSSIONS:

[9] Allégué par la défenderesse, le tribunal est d'opinion que l'article 8 de la loi, générateur de l'infraction, fait référence à une infraction de responsabilité stricte. Le libellé même de l'article, surtout par la rédaction de son second paragraphe, est conforme aux théories développées par la jurisprudence canadienne.

[10] Par ailleurs, la responsabilité d'un employeur est engagée lorsqu'il est démontré *"que la fourniture a été faite par un employé ou mandataire de cet employeur"*.² C'est le cas dans la présente affaire.

² Id., article 54

[11] Le législateur a apporté, dans la seconde partie de l'article 54, un tempérament important à la responsabilité de l'employeur, codifiant de ce fait et pour la loi sur le tabac, la diligence raisonnable que ce dernier peut invoquer pour se disculper de l'infraction commise par un employé ou mandataire, conformément aux théories développées par la jurisprudence canadienne depuis "Pierce Fisheries Limited"³ et plus particulièrement "Sault Ste-Marie".⁴

CONDITIONS D'APPLICATION DE LA NOTION DE DILIGENCE RAISONNABLE:

[12] La notion de diligence raisonnable a été traitée par les tribunaux de toute instance dans notre droit canadien et québécois et à de très nombreuses occasions.

Pour permettre d'évaluer la présence et la pertinence de la diligence raisonnable comme moyen de défense à l'encontre d'une infraction dont les éléments essentiels sont démontrés et prouvés ou admis, les tribunaux ont élaboré des critères permettant d'apprécier les situations propres à chacune des affaires qui leur sont soumises. Il en ressort généralement les éléments suivants:

- la qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet

³ [1971] R.C.S. 5

⁴ [1978] 2 R.C.S. 1299

une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. En matière pénale réglementaire, "l'inversion de la charge de persuasion obligeant l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence raisonnable ne va pas à l'encontre de la présomption d'innocence, bien que cette même inversion de la charge violerait l'article 11d) dans le contexte criminel";⁵

- Le fait , pour la défenderesse, de démontrer qu'elle a pris tous les moyens nécessaires pour éviter l'infraction est légal et conforme aux règles de notre droit;
- Dans les cas où la loi, subordonne la diligence raisonnable à l'exécution par le défendeur des mesures spécifiques, le tribunal devra, en principe, se référer à ces normes, et non pas aux critères de common law pour déterminer la responsabilité de l'accusé;⁶
- Certains articles de la loi font état de moyens disculpatoires et inculpataires. Il faut donc y référer d'abord.
- La personne morale ne peut tenter de se disculper en alléguant que les actes sont commis en désobéissance à des instructions expresses. Ce serait, par exemple, échapper à toute responsabilité en communiquant à ses dirigeants

⁵ *R. Wholesale Travel Group inc c. La Reine*, [1991] 3 R.C.S. 154

⁶ *Alex Couture c. Piette*, (1990) R.J.Q. 1262 (C.A.)

et employés une directive générale imposant l'obligation de toujours respecter la loi.

- Lorsqu'il s'agit d'un employeur, que ce soit un individu ou une personne morale, généralement le tribunal, dans son analyse, doit considérer les circonstances suivantes:

1. La présence de directives claires et appropriées transmises aux employés par un moyen de communication efficace;⁷
2. La mise en place de systèmes d'application, de contrôle et de supervision des directives et des employés;⁸
3. L'existence de programme de formation spécialisée et d'entraînement du personnel;⁹
4. L'utilisation et l'entretien d'équipements adéquats;¹⁰
5. La mise sur pied de programme d'urgence, s'il y a lieu;¹¹
6. La possibilité de sanctions administratives graduées pour inciter les employés à respecter la loi et les directives.¹²

⁷ *R. c. Hydro-Québec*, (1986) 1 C.E.L.R. (N.S.) 249

⁸ *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Daneau*, [1993] R.D.F.Q. 28

⁹ *R. c. Robinson's Trucking Limited*, (1985) N. W.T.R. 21

¹⁰ *R. c. Frei*, (1988) 85 N.S.R. (2è éd) 368 C.A.

¹¹ Précitée, note 4.

¹² *Beauce Express Qué c. Procureur général du Québec*, C.S. Québec, 200-36-000101-907.

[13] Dans la présente affaire, la défenderesse invoque la diligence raisonnable pour éluder sa responsabilité. Elle doit donc démontrer, selon la prépondérance des probabilités que l'infraction a eu lieu à son insu ou sans son consentement et qu'elle a pris toutes les mesures nécessaires pour l'empêcher.

LES NORMES LÉGALES ET LES CONDITIONS D'APPLICATION VS LA PREUVE:

[14] En référant aux critères élaborés par la jurisprudence plus haut citée, qu'elles ont été les mesures prises par la défenderesse?

1. D'abord, l'article 54 de la loi précise que l'infraction peut être prouvée en établissant qu'un produit du tabac a été fourni à un jeune par un employé ou mandataire de la défenderesse. La preuve entendue a démontrée que madame Veilleux, la vendeuse, travaillait pour la défenderesse depuis quelques jours. Elle était inscrite au registre des paies et, au surplus, monsieur Jacques Morin, gérant de l'entreprise, admet que madame Veilleux était employée par la défenderesse.

La vente d'un produit du tabac par madame Veilleux à un jeune étant admise, l'infraction est consommée et la défenderesse peut être poursuivie.

2. La vente a-t-elle été faite à l'insu de la défenderesse ou sans son consentement?

La preuve nous révèle que le gérant de l'entreprise était sur les lieux, dans son bureau. Cependant,, il n'a jamais eu connaissance de la transaction entre madame Veilleux et mademoiselle Boudrias. Il n'a donc pu y consentir.

3. La défenderesse a-t-elle pris toutes les mesures nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction?

Cette condition qu'impose l'article 54 de la loi à la défenderesse est, en regard des critères développés par la jurisprudence, extrêmement exigeante. Pour apprécier l'existence des "mesures nécessaires", le tribunal doit analyser les faits mis en preuve en fonction des circonstances:

- a) La défenderesse a-t-elle émis des directives claires et appropriées à ses employés?

La preuve révèle que monsieur Morin, le gérant de la succursale au 470, chemin St-Sacrement à Québec, avait rencontré madame Veilleux une première fois quelques jours précédents et l'avait informé des politiques de l'entreprise sur:

- la nature du travail,
- les méthodes de travail,
- les interdictions prévues par la loi quant aux alcools, aux loteries et aux cigarettes.

Dans ce dernier cas, il avait expliqué à madame Veilleux qu'aucun produit du tabac ne devait être fourni aux personnes de moins de dix-huit (18) ans et qu'il fallait demander une carte officielle si l'on n'était pas sûr de l'âge de la personne. Cette demande de carte devait s'adresser à toute personne de moins de vingt-cinq (25) ans.

La preuve nous apprend que madame Veilleux n'était à l'emploi de l'entreprise que depuis quelques jours seulement. Elle n'avait travaillé que "4 ou 5 chiffres" depuis son engagement.

La preuve ne révèle aucune autre démarche de l'entreprise auprès de madame Veilleux, ni écrite, ni verbale.

Le tribunal ne croit pas que cette seule communication était suffisante.

- b) La défenderesse a-t-elle un système de contrôle et de supervision de ses directives, de même qu'un système de contrôle et de supervision des employés?
- Monsieur Morin, lors de son témoignage, nous avance qu'il n'existe pas de directives écrites comme tel, émises aux employés. Les directives se limitent à ce qui se dit aux employés lors de leur embauche et tout au long de leur période de travail auprès de l'entreprise.

Mensuellement, les employés sont rencontrés et à cette occasion, on leur renouvelle la mémoire quant aux restrictions sur les produits du tabac, les alcools, etc...

Madame Veilleux n'avait pas encore participé à ces réunions puisqu'elle venait d'être embauchée. Au moment de l'infraction, elle était en période de formation.

Même quand monsieur Morin est présent dans le commerce et qu'il fait penser aux employés de demander les cartes d'identité des clients qui ne semblent pas avoir vingt-cinq (25) ans n'est pas une mesure suffisante de contrôle et de supervision.

- Dans ce commerce, les activités y sont enregistrées sur bande vidéo. Une fois par mois, monsieur Morin fait parvenir au siège social de la corporation une cassette prise au hasard. Le siège social lui fait parvenir sous forme de rapport, les observations de la maison-mère sur les activités du commerce. Si le rapport fait état de vente de produit du tabac à une personne de moins de dix-huit (18) ans, l'employé "fautif" est rencontré et informé.

Ces différents moyens ne sont pas aux yeux du tribunal des systèmes de contrôle et de supervision efficaces et systémiques.

- c) La défenderesse a-t-elle un programme de formation et d'entraînement?

La preuve ne révèle pas de programme de formation particulier, ni non plus de programme d'entraînement. Madame Veilleux avait eu une rencontre avec monsieur Morin, le gérant, rencontre qui avait duré quelques heures; elle avait une période d'entraînement de trois jours. Elle en était à sa troisième journée.

Quant aux autres éléments d'un programme de formation ou d'entraînement, il faut les inférer des rapports sur les cassettes vidéo fournies par les succursales à la maison-mère à Montréal.

C'est tout ce que la preuve révèle et à notre avis, tout à fait insuffisant.

d) L'utilisation de d'autres moyens adéquats:

La preuve ne nous apprend rien de particulier quant à des moyens spécifiques qui auraient pu être utilisés pour que la défenderesse s'assure de ne pas contrevenir à la loi.

e) La défenderesse a-t-elle mis sur pied un programme d'urgence?

Dans l'affaire présente, ce critère ne s'applique pas.

f) La défenderesse a-t-elle un système de sanctions graduées pour inciter les employés à respecter les directives et la loi?

La preuve ne nous apprend rien sur cet aspect. Malgré l'infraction commise, madame Veilleux n'a eu aucune sanction spécifique et une telle particularité n'est pas prévue dans la gestion de la défenderesse.

4. Les sanctions prévues par la loi peuvent-elles suppléer au défaut de sanctions administratives de la défenderesse?

La référence et la mise en place de sanctions administratives invitent l'employé à respecter les directives de l'employeur.

Les sanctions prévues par la loi réfèrent à des contraventions à la loi elle-même et non aux directives de l'employeur. Le tribunal ne croit que ces dernières puissent suppléer aux premières.

5. L'achalandage peut-il être une excuse raisonnable?

La loi doit être respectée en tout temps et par tous. Aucune exception n'est prévue pour les périodes d'achalandage. Au contraire, le tribunal est d'opinion qu'en période d'achalandage, les mesures de contrôle doivent être plus sévères et appliquées sans exception.

6. L'apparence physique de mademoiselle Boudrias pouvait-elle laisser présumer qu'elle était d'âge majeur?

L'appréciation de l'âge d'une personne fait référence à des critères de subjectivité. L'habillement, en plus, peut aider à faire des évaluations erronées.

Une photo de mademoiselle Boudrias produite à la Cour nous la montre telle qu'elle était le jour où l'infraction a été commise. Elle à l'époque quinze (15) ans. Aux yeux du tribunal, cette photo nous montre une jeune fille de moins de dix-huit (18) ans. Même aujourd'hui, alors qu'elle approche l'âge de la majorité, son apparence est celle d'une jeune fille mineure. À tout le moins, si les critères d'évaluation d'une autre personne sont différents, un doute important doit subsister dans l'esprit d'une personne raisonnable ayant à évaluer aujourd'hui l'âge de mademoiselle Boudrias. Ce qui justifierait amplement l'exigence par la vendeuse d'une preuve de majorité à l'époque de l'infraction.

Or, malgré l'affirmation de monsieur Morin, à l'effet que les personnes qui semblaient âgées de vingt-cinq (25) ans et moins devaient être "cartées", mademoiselle Boudrias n'a même pas eu droit à ce traitement.

7. L'article 54 de la loi faisant référence à "toutes les mesures nécessaires pour" "empêcher" la commission de l'infraction, impose-t-il un fardeau trop important à la défenderesse?

[15] Avec respect pour l'opinion contraire, le tribunal est d'avis que les termes de l'article réfèrent à des moyens qui dépassent ceux qu'auraient pris une personne raisonnable. Cette allusion à "toutes" les mesures nécessaires souligne que lorsqu'un employeur soulève une telle défense, les moyens qu'il aura pris pour éviter d'être condamné pour la faute d'un employé ou mandataire devront être plus importants, plus

suivis et plus coercitifs, et la preuve de leur existence devra être démontrée d'une manière prépondérante devant un tribunal.

[16] Dans la présente affaire, madame Veilleux qui en était à ses premières armes dans ce métier, qui n'avait travaillé que "4 ou 5 chiffres" depuis son embauche, était seule au comptoir lorsque mademoiselle Boudrias s'est présentée. Était-ce une situation normale? Le tribunal ne le croit pas.

CONCLUSION

[17] La défenderesse n'a pas établi à la satisfaction de la Cour qu'elle avait fait preuve de diligence raisonnable lui permettant d'être disculpée de la faute qui lui est reprochée.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:

DÉCLARE la défenderesse coupable de l'infraction qui lui est reprochée

ROSAIRE VALLIÈRES

Me Dany Sauvageau
3800, rue de Marly, #5-2-8, Sainte-Foy, G1X 4A5
Procureure du poursuivant

Me Magali Lepage
500, Place d'Armes, # 2830, Montréal, H2Y 2W2
Procureure de la défenderesse

Date d'audience : 17 mars 2003



Morneault c. Canada (Procureur général), [2001] 1 RCF 30, 2000 CanLII 15737 (CAF)

Date : 2000-05-24
Dossier : A-346-98
Autres : 189 DLR (4th) 96; 32 Admin LR (3d) 292; [2000] FCJ No 705 (QL);
citations : 184 FTR 15
Référence : Morneault c. Canada (Procureur général), [2001] 1 RCF 30, 2000 CanLII 15737 (CAF), <<http://canlii.ca/t/4nss>> consulté le 2015-07-06

A-346-98

T-1645-97

Le procureur général du Canada (appellant)

c.

Le Lieutenant-Colonel Paul R. Morneault (intimé)

Répertorié: Morneault c. Canada (Procureur général) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Robertson, J.C.A.--Ottawa, 21 mars et 24 mai 2000.

Droit administratif -- Contrôle judiciaire -- Jugements déclaratoires -- Appel d'une décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie -- Le juge des requêtes a statué que les déclarations générales quant à la crédibilité des témoins et à la condamnation du personnel dont la conduite est reprochée ne s'appliquent pas à l'intimé; que les conclusions relatives à la faute imputée à l'intimé sont invalides -- L'obtention d'un jugement déclaratoire est possible, peu importe que le rapport d'une commission d'enquête soit considéré comme n'ayant « aucune conséquence légale » -- C'est parce que la réputation de l'intimé est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale -- Les Règles de la Cour fédérale (1998) prévoient l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation puisse être en conséquence demandée ou non -- Même si un jugement déclaratoire ne portait pas atteinte à un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé -- Les jugements déclaratoires portant que les déclarations générales ne s'appliquent pas à l'intimé sont confirmés -- Le juge des requêtes a appliqué la norme de la décision manifestement déraisonnable, requérant que la décision soit étayée par des éléments

de preuve -- Il est préférable d'examiner les conclusions tirées par une commission d'enquête en se demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve -- Le dossier renferme des éléments de preuve à l'appui des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayées.

Compétence de la Cour fédérale -- Section de première instance -- Le juge des requêtes a conclu que la Cour avait compétence pour examiner les conclusions tirées par une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie parce qu'il s'agit de « décisions » au sens de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale -- Le juge des requêtes a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie était semblable à celle qui s'applique dans une cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des « décisions » -- Les similitudes qui existent sur le plan de la procédure ne constituent pas un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'art. 18.1(4)d) -- Cependant, le contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1 n'est pas limité à « une décision ou une ordonnance » -- L'art. 18.1(1) permet à « quiconque est directement touché » de solliciter le contrôle judiciaire -- Une question autre qu'une décision peut également être examinée -- La réputation de l'intimé est directement touchée par les conclusions -- La Cour doit être en mesure de déterminer si les conclusions sont justifiables compte tenu de la preuve -- La Commission est visée par la définition d'« office fédéral » prévue à l'art. 2(1) -- Son mandat lui a été dévolu par un décret et ses pouvoirs d'enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la Loi sur les enquêtes -- Si les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l'art. 18.1, une mesure peut être prise en vertu de l'art. 18.1(3), à condition qu'un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu de l'art. 18.1(4) -- Une conclusion non étayée tirée par la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l'art. 18.1(4)b) (non-respect d'un principe de justice naturelle ou de l'équité procédurale) -- La jurisprudence n'a pas limité l'application de ces principes aux audiences qui aboutissent à une décision ou à une ordonnance -- La justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions ne sont pas étayées par la preuve.

Enquêtes -- L'art. 13 de la Loi sur les enquêtes prévoit que la personne incriminée doit être informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle doit avoir la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat -- L'intimé a reçu signification d'un préavis en vertu de l'art. 13 -- Cela est amplifié par le fait qu'une lettre informait l'intimé qu'on se pencherait dans le Rapport final sur les allégations selon lesquelles il aurait fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission du Régiment aéroporté du Canada en Somalie -- D'autres précisions ont été fournies par la suite -- Le juge des requêtes a conclu qu'un préavis en vertu de l'art. 13 aurait dû être donné au sujet des déclarations générales dans le Rapport relatives à la crédibilité des témoins, mais que ces déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé; que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a citées pour conclure à l'existence d'une faute -- La déclaration relative à la crédibilité des témoins ne vise manifestement pas l'intimé -- Cependant, les conclusions défavorables quant à la crédibilité n'exigeaient pas la signification d'un préavis en vertu de l'art. 13 -- En général, la procédure d'enquête n'exige pas la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable -- Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que le témoin ait témoigné et que son témoignage puisse être apprécié à la lumière des autres éléments de preuve -- La déclaration de condamnation générale semble à première vue s'appliquer à tous

les officiers dont la conduite est examinée, y compris à l'intimé -- Il existe un rapport direct entre la déclaration et les conclusions relatives à la faute imputée -- L'intimé a reçu un préavis suffisant des conclusions relatives à la faute qui lui a été imputée -- La portée du mandat de la Commission permet ces conclusions -- L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire -- Il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne et il a eu la possibilité de présenter des observations orales et écrites -- Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'art. 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la preuve présentée contre lui.

Forces armées -- Appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a conclu que l'intimé n'était pas visé par les déclarations générales dans le rapport de la commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie concernant la crédibilité des témoins et condamnant le personnel dont la conduite est reprochée; les conclusions relatives à la faute imputée à l'intimé sont invalides -- La Commission a donné un préavis suffisant, en vertu de l'art. 13 de la Loi sur les enquêtes, des questions qu'elle a citées pour conclure à l'existence d'une faute -- Les conclusions relatives à l'existence d'une faute sont susceptibles d'être examinées en vertu de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale -- Les conclusions de fait au sujet de la conduite de l'intimé sont étayées par des éléments de preuve.

Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. L'enquête a été menée conformément aux dispositions de la *Loi sur les enquêtes*. En 1992, au moment où l'on a choisi le Régiment aéroporté du Canada aux fins du déploiement en Somalie, le régiment était sous le commandement de l'intimé. L'intimé a reçu signification d'un préavis en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* pour l'informer qu'il avait le droit de se faire entendre relativement à des accusations ou à des allégations concernant la phase antérieure au déploiement qui pourraient donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de le discréditer. L'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* prévoit que la personne incriminée doit être informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle doit avoir la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat. L'intimé a été interrogé par l'avocat de la Commission pendant toute la journée. Il a témoigné devant la Commission du 22 au 25 janvier 1996. En janvier 1997, on a informé l'intimé par une lettre que les commissaires allaient examiner dans leur Rapport final les allégations selon lesquelles il aurait fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie en négligeant d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment et en négligeant son devoir de commandant, tel qu'il est défini dans les Ordonnances et règlements royaux et dans les coutumes militaires. En réponse à une demande de détails additionnels, la commission a fourni d'autres précisions. L'intimé a déposé de longues observations écrites et a présenté verbalement des observations devant la Commission au sujet des fautes imputées. Dans sa requête, l'intimé mettait l'accent sur des déclarations générales que la Commission avait faites pour déplorer la crédibilité des témoins et pour condamner les officiers dont la conduite est reprochée, ainsi que sur des conclusions précises sur la faute qui lui a été imputée. Même si le juge des requêtes était d'accord pour dire qu'un préavis aurait dû être donné au sujet

des déclarations générales en vertu de l'article 13, elle a conclu que les déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé. Le juge des requêtes a statué qu'elle avait compétence pour examiner les conclusions précises sur la faute imputée à l'intimé parce qu'il s'agit de « décisions » au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cet alinéa prévoit que la Section de première instance peut ordonner une mesure de redressement aux termes du paragraphe 18(3) si elle est convaincue que l'office fédéral a rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée. Elle a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie en enquêtant sur la faute imputée était semblable à celle qui s'applique dans une cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Elle a conclu qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné relativement à la faute imputée, que les conclusions n'étaient pas étayées par le dossier de l'enquête et que la décision rendue était manifestement déraisonnable.

Il s'agit de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en statuant 1) que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a finalement citées pour conclure à l'existence d'une faute; 2) que ces conclusions constituaient des « décisions » susceptibles de révision au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*; 3) que les conclusions de fait tirées par la Commission au sujet de la conduite de l'intimé n'étaient pas étayées par la preuve et qu'elles étaient donc manifestement déraisonnables.

Arrêt: l'appel est accueilli en partie, mais les jugements déclaratoires portant que les déclarations générales ne s'appliquent pas à l'intimé sont confirmés.

1) Le ton de la remarque générale relative à la crédibilité des témoins indique clairement qu'elle ne vise pas tous les officiers supérieurs de façon à inclure nécessairement l'intimé. Même si la déclaration s'appliquait à l'intimé, sa présence ne privait pas l'intimé de l'équité procédurale puisqu'il ne semble pas y avoir de rapport entre cette déclaration et les conclusions relatives à la faute. Les conclusions défavorables quant à la crédibilité n'exigeaient pas la signification d'un préavis en vertu de l'article 13. En général, la procédure d'enquête ne semble pas exiger la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable. Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que la personne en question a témoigné et peut-être pas avant que son témoignage puisse être soupesé et apprécié à la lumière des autres éléments de preuve. L'exigence selon laquelle il faut signifier un préavis pourrait bien imposer à une commission d'enquête une norme d'équité procédurale beaucoup trop rigoureuse.

La déclaration de condamnation générale semble à première vue s'appliquer à tous les officiers dont la conduite est examinée, y compris à l'intimé. Il existe en outre un rapport direct entre la déclaration et les conclusions relatives à la faute imputée, en ce sens que la déclaration vise expressément « certaines personnes » nommées par la suite. Le juge des requêtes a conclu que la déclaration ne s'appliquait pas à l'intimé. L'ordonnance déclaratoire a été confirmée à cet égard, de façon à éliminer toute possibilité de doute au sujet du fait que cette déclaration sévère, qui à première vue vise l'intimé, n'était pas destinée à s'appliquer à lui. L'obtention d'un jugement déclaratoire est possible, peu importe que le rapport d'une commission d'enquête soit considéré comme n'ayant « aucune conséquence légale ». C'est parce que la réputation de l'intimé est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale. Les *Règles de la Cour fédérale* (1998) prévoient en outre l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation soit ou puisse être en conséquence demandée ou non. Même si un jugement déclaratoire ne portait pas atteinte à un droit légal, il aurait l'utilité

d'éliminer tout tort qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé par la déclaration.

L'intimé a reçu un préavis suffisant des conclusions précises relatives à la faute imputée. La portée de l'avis et du mandat de la Commission permet fort bien ces conclusions. L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales sur la phase antérieure au déploiement, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire, il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne et il a eu la possibilité de présenter des observations orales et des observations écrites avant que les conclusions en question soient tirées. Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'article 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la substance de la preuve présentée contre lui.

2) Il n'est pas clair que les similitudes qui existent sur le plan de la procédure constituent en tant que telles un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Cependant, même s'il n'existe aucun motif justifiant l'octroi d'une réparation en vertu de cet alinéa, les conclusions en cause peuvent néanmoins être examinées en vertu de l'article 18.1. Le contrôle judiciaire prévu à cet article n'est pas limité à « une décision ou une ordonnance ». Le paragraphe 18.1(1) permet au procureur général du Canada et à « quiconque est directement touché » de solliciter le contrôle judiciaire. Il ressort clairement de la disposition dans son ensemble que, si d'une part une décision ou une ordonnance est une question qui peut être examinée, d'autre part une question autre qu'une décision ou une ordonnance peut également être examinée. L'intimé est directement touché par les conclusions et celles-ci peuvent être examinées en vertu de l'article 18.1. Les conclusions sont exceptionnellement importantes pour l'intimé à cause des conséquences qu'elles ont sur sa réputation. La Cour doit être en mesure de déterminer si les conclusions sont justifiables compte tenu de la preuve.

Pour pouvoir être examinée en vertu de l'article 18.1, une question doit émaner d'un « office fédéral ». La Commission est visée par cette définition prévue au [paragraphe 2 \(1\)](#) de la *Loi sur la Cour fédérale*, parce que son mandat lui a été dévolu par un décret et que ses pouvoirs d'enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la *Loi sur les enquêtes*. Si les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, une mesure peut être prise en vertu du [paragraphe 18.1\(3\)](#), à condition qu'un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu du [paragraphe 18.1\(4\)](#). Si les conclusions ne sont pas des « décisions ou des ordonnances », rien ne permet d'effectuer un examen en vertu des [alinéas 18.1\(4\) d\)](#) ou [18.1\(4\)c\)](#). Une conclusion non étayée qui est tirée par la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l'[alinéa 18.1\(4\)b\)](#), ce qui permet à la Section de première instance d'ordonner une mesure de redressement lorsque l'office fédéral ne se conforme pas à un principe de justice naturelle ou à l'équité procédurale. Bien que la justice naturelle et l'équité procédurale soient habituellement associées à la qualité d'une audience qui aboutit à une décision ou à une ordonnance, la jurisprudence n'a pas ainsi limité la chose. Par conséquent, la justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions de l'office, y compris celles qu'une commission d'enquête tire, ne sont pas étayées par la preuve. Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l'intimé ne peut pas réellement se plaindre qu'elles ont peut-être terni sa réputation. Si aucun élément de preuve n'étayait les conclusions,

le tort qui pourrait être causé à la réputation de l'intimé serait important. L'intimé ne pourrait pas se présenter de nouveau devant la Commission pour faire corriger l'erreur, puisque le mandat de la Commission est épuisé. L'intimé ne pourrait pas non plus en appeler d'une conclusion erronée devant une cour de justice. À moins que les conclusions en cause ne soient susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, toute erreur qui peut avoir été commise ne pourrait jamais être corrigée et il ne serait jamais possible de remédier au tort qui a pu être fait.

3) Une décision n'est pas manifestement déraisonnable s'il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier. Le juge des requêtes a examiné les conclusions selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Étant donné qu'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête, il est préférable de les examiner en se demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve versée au dossier de l'enquête. Le dossier de l'enquête renferme des éléments de preuve suffisants à l'appui de chacune des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayée. Même si la preuve ne semble peut-être pas tout à fait cohérente, il incombait à la Commission, en tirant ses conclusions de fait, de soupeser et d'apprécier la preuve présentée par les divers témoins. Il n'incombe pas à la cour qui effectue l'examen de s'attribuer le rôle des commissaires en soupesant et en appréciant de nouveau la preuve en cause.

lois et règlements

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral » (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 28.

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 21b).

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 13.

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1994), art. 4.20.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 64.

jurisprudence

décisions appliquées:

Merricks v. Nott-Bower, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.); *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (C.P.); *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, 1993 CanLII 88 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Krause c. Canada*, 1999 CanLII 9338 (CAF), [1999] 2 C.F. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.).

décisions examinées:

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada), 1997 CanLII 323 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 440; (1997), 151 D.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (2d) 1; 216 N.R. 321; *Nenn c. La Reine*, 1981 CanLII 192 (CSC), [1981] 1 R.C.S. 631; (1981), 122 D.L.R. (3d) 577; 36 N.R. 487.

décisions citées:

Landreville c. La Reine, [1973] C.F. 1223; (1973), 41 D.L.R. (3d) 574 (1^{re} inst.); *Peters v Davison*, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.); *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, 1961 CanLII 52 (SCC), [1962] R.C.S. 294; (1962), 32 D.L.R. (2d) 641; 37 W.W.R. 625; 39 C.P.R. 1; *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité)*, 1999 CanLII 9364 (CAF), [1999] 4 C.F. 624; (1999), 177 D.L.R. (4th) 192; 246 N.R. 287 (C.A.); *Sweet c. Canada* (1999), 249

N.R. 17 (C.A.F.); *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, 1999 CanLII 9386 (CAF), [2000] 2 C.F. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.); *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, 1995 CanLII 3553 (CF), [1996] 1 C.F. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226; 32 C.R.R. (2d) 295; 103 F.T.R. 105; 31 Imm. L.R. (2d) 191 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, 1996 CanLII 4069 (CF), [1996] 3 C.F. 259; (1996), 136 D.L.R. (4th) 449; 37 Admin. L.R. (2d) 260; 115 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); *Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re* (1984), 1984 CanLII 2204 (ON SC), 45 O.R. (2d) 70; 5 D.L.R. (4th) 651; 2 O.A.C. 351 (C. div.); *Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585*, [1996] O.J. n° 3039 (C. div.) (QL).
doctrine

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. Toronto: Canvasback, 1998.

Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *Un héritage déshonoré: Les leçons de l'affaire somalienne: Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*. Ottawa: Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997.

Wade, Sir William and C. Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEL d'une décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (*Morneault c. Canada (Procureur général)* (1998), 1998 CanLII 7647 (CF), 10 Admin. L.R. (3d) 251; 150 F.T.R. 28 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel accueilli en partie.

ont comparu:

Ivan Whitehall, c.r., Lynn Watt et Catherine J. Moore pour l'appelant.

Ronald D. Lunau et Maryrose Ebos pour l'intimé.

avocats inscrits au dossier:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] Le juge Stone, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a accueilli, le 27 avril 1998, la demande de contrôle judiciaire que l'intimé avait présentée à l'égard des conclusions qui sont énoncées dans le rapport d'une commission d'enquête (la Commission) du 30 juin 1997 (le rapport) sur le déploiement, en 1992, des Forces canadiennes en Somalie [*Un héritage déshonoré: Les leçons de l'affaire somalienne: Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*]. L'enquête a été menée conformément aux dispositions de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. La demande, qui a été présentée conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], visait à faire annuler diverses conclusions énoncées dans le rapport. Au moyen de l'ordonnance ici en cause, le juge des requêtes a dit que certaines des conclusions figurant dans le

rapport ne s'appliquaient pas à l'intimé et a dit que d'autres conclusions n'étaient pas valides.

[2]Étant donné que les faits ayant donné lieu au litige sont énoncés au complet dans le jugement du juge des requêtes¹, il ne sera pas nécessaire de les reprendre en détail. En abordant les questions soulevées dans le présent appel, il importe de se rappeler les remarques que le juge Cory a faites dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*, 1997 CanLII 323 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 440 (ci-après l'affaire *Krever*), au sujet de la nature distinctive d'une commission d'enquête. Au paragraphe 34 [page 460], le juge Cory a fait les remarques suivantes:

Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d'une cour de justice. Les conclusions d'un commissaire n'entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet.

HISTORIQUE

[3]La Commission a été constituée au moyen d'un décret daté du 20 mars 1995 [C.P. 1995-442] « en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* », son mandat consistant à faire enquête et à faire rapport.

[. . .] sur le fonctionnement de la chaîne de commandement, le leadership au sein de la chaîne de commandement, la discipline, les opérations, les mesures et les décisions des Forces canadiennes, ainsi que les mesures et les décisions du ministère de la Défense nationale, en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie.

En s'acquittant de ce mandat, la Commission devait tenir compte en particulier de plusieurs questions énumérées se rapportant à la phase antérieure au déploiement, à la phase des opérations sur le théâtre et à la phase postérieure au déploiement en Somalie. Les questions se rapportant à la phase antérieure au déploiement sont ci-après énoncées:

Période antérieure au déploiement (avant le 10 janvier 1993)

- a) la question de savoir si le Régiment aéroporté du Canada était apte à se déployer en Somalie;
- b) la mission et les tâches assignées au groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (GTRAC) et l'aptitude de sa composition et de son organisation à exécuter la mission et les tâches qui lui ont été confiées;
- c) l'état de préparation opérationnelle du GTRAC avant son déploiement afin qu'il accomplisse la mission et les tâches qui lui ont été confiées;
- d) le bien fondé de la présélection et de la sélection des officiers et des militaires du rang appelés à participer au déploiement en Somalie;

- e) l'à-propos des objectifs et des normes d'entraînement ayant servi à préparer le déploiement du Régiment aéroporté;
- f) l'état de la discipline au sein du Régiment aéroporté du Canada avant l'établissement du GTRAC et au sein du GTRAC avant son déploiement;
- g) l'efficacité des décisions et des mesures prises durant la période d'entraînement antérieure au déploiement par les leaders à tous les niveaux du Régiment aéroporté afin de le préparer à la mission et aux tâches qui lui incombait en Somalie;
- h) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders à tous les niveaux du Commandement de la Force terrestre afin de résoudre les problèmes d'ordre opérationnel, disciplinaire et administratif qu'ont connus le Régiment aéroporté du Canada et le GTRAC au cours de la période qui a mené au déploiement du GTRAC en Somalie;
- i) l'efficacité des décisions et des mesures prises par les leaders des Forces canadiennes à tous les niveaux pour faire en sorte que le GTRAC soit en état de préparation opérationnelle, dûment entraîné et doté des effectifs et de l'équipement nécessaires pour accomplir la mission et les tâches qui lui incombait en Somalie;

[4] En 1992, au moment où l'on a choisi le Régiment aéroporté du Canada (le régiment) aux fins du déploiement en Somalie, le régiment était sous le commandement de l'intimé, qui avait été nommé à ce poste le 24 juin 1992. En plus de son quartier général et d'une unité de services, le régiment était composé de trois unités de la taille d'une compagnie: le 1^{er} Commando, le 2^e Commando et le 3^e Commando, qui étaient respectivement sous le commandement des majors Pommet, Seward et Magee. Le 5 septembre 1992, le régiment a reçu un avis officiel (un « ordre d'avertissement ») qu'il avait été affecté à une mission de maintien de la paix (portant le nom de code « Opération Cordon ») en Somalie, laquelle était régie par les dispositions du chapitre VI de la *Charte des Nations Unies* [[1945] R.T. Can. n° 7]. La nature de la mission a changé le 2 décembre 1992 pour devenir une mission d'imposition de la paix régie par les dispositions du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. L'intimé a continué à servir à titre de commandant jusqu'au 21 octobre 1992, date à laquelle il a été relevé de ses fonctions. Il espérait que la Commission enquêterait sur les circonstances qui avaient entraîné son renvoi.

[5] Le 15 septembre 1995, l'intimé a demandé à la Commission de lui reconnaître pleine qualité pour agir comme partie et, par une ordonnance datée du 20 septembre 1995, sa demande a été accueillie. Le 22 septembre 1995, l'intimé a reçu signification, sous le sceau de la confidentialité, d'un préavis en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Le préavis se lit en partie comme suit:

[traduction]

SOYEZ AVISÉ que, conformément aux pouvoirs qui leur sont dévolus en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, les commissaires entendront et examineront les observations que votre avocat et vous-même voudrez bien présenter à l'égard des imputations de fautes ou des allégations qui peuvent donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de vous discréditer, dont vous pourriez faire l'objet au cours des audiences testimoniales tenues par la Commission portant sur la phase antérieure au déploiement.

Au cours des audiences testimoniales ayant trait aux manquements ou carences qui se sont manifestés dans l'exercice de vos fonctions militaires, à vos actions, ou au rôle que vous avez eu, l'avocat des commissaires pourra enquêter sur les fautes qui vous

sont imputées ou sur les allégations qui peuvent donner lieu à une conclusion défavorable raisonnablement susceptible de vous discréditer, en ce qui concerne les questions suivantes:

- a) la question de savoir si le Régiment aéroporté du Canada était apte à accomplir la mission en Somalie;
- b) la question de savoir si le groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (le GTRAC) était constitué d'une façon appropriée au point de vue de son organisation et de sa composition, et s'il était opérationnellement prêt aux fins du déploiement en Somalie;
- c) l'efficacité de vos décisions dans la chaîne de commandement en ce qui concerne la phase antérieure au déploiement de la mission en Somalie, la présélection et sélection des officiers et des militaires du rang et l'état de préparation opérationnelle du GTRAC ainsi que votre leadership;
- d) la question de la préparation du groupement tactique et le fait de l'avoir déclaré prêt ou d'avoir approuvé une décision en ce sens, compte tenu en particulier de la composition du GTRAC, de l'état de la discipline au sein du GTRAC, du manque d'expérience antérieure d'un grand nombre d'officiers en matière de commandement, du taux de roulement élevé parmi les officiers et les militaires du rang du 2^e Commando, du remplacement tardif du commandant du RAC, du changement de structure du RAC, du changement tardif de la nature de la mission et de la formation reçue; ou
- e) la question de la résolution des problèmes administratifs, opérationnels et disciplinaires qui se sont posés au cours de la phase antérieure au déploiement.

[6] Par cet avis, on a informé l'intimé qu'il avait le droit de se faire entendre au sujet [traduction] « des accusations ou allégations susmentionnées » en personne ou par le ministère d'un avocat, ou encore au moyen d'observations écrites. Dans la lettre que son avocat a envoyée à la Commission le 3 octobre 1995, l'intimé a fait savoir qu'il souhaitait se faire entendre en personne et par le ministère d'un avocat. Dans la même lettre, l'avocat a demandé qu'on leur fournisse des renseignements additionnels au sujet des fautes précises qui étaient imputées ou des allégations précises dont son client pouvait faire l'objet et sur lesquelles le préavis donné en vertu de l'article 13 était fondé; il a également demandé que l'on fournisse à l'intimé les déclarations des témoins dans lesquelles des allégations susceptibles d'entraîner une conclusion défavorable à son client avaient été faites.

[7] Le 2 octobre 1995, peu de temps après que les audiences testimoniales concernant la phase de l'enquête antérieure au déploiement eurent commencé, on a informé l'intimé qu'il serait cité pour témoigner. Le 9 octobre 1995, l'intimé a été interrogé par l'avocat de la Commission pendant toute la journée; il a alors fourni les noms d'un certain nombre de témoins possibles et a remis des documents tirés de ses propres dossiers personnels. L'intimé a témoigné devant la Commission du 22 au 25 janvier 1996.

[8] Par une lettre datée du 31 janvier 1997, l'avocat de la Commission a avisé l'intimé de ce qui suit:

[traduction] Les commissaires m'ont demandé de vous aviser que, conformément au préavis prévu à l'article 13 qui vous a déjà été remis et compte tenu des témoignages rendus devant l'Enquête, ils examineront, dans leur Rapport final, les allégations que

vous avez fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie:

- (i) en informant le brigadier-général Beno que le Régiment aéroporté du Canada serait opérationnellement prêt une fois que l'unité aurait effectué l'exercice Stalwart Providence, alors que vous saviez ou que vous auriez dû savoir qu'il faisait face à des problèmes de discipline, de cohésion, d'entraînement au niveau du régiment et de leadership informel;
- (ii) en négligeant d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment aéroporté du Canada pendant la période allant de la réception de l'ordre d'avertissement en vue de l'opération « Cordon » jusqu'au moment où vous avez été relevé de son commandement;
- (iii) en négligeant de vous assurer que tous les membres du Régiment aéroporté du Canada aient reçu une formation adéquate sur le droit de la guerre ou sur le droit des conflits armés, y compris les quatre conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des conflits armés, et que leurs connaissances aient été vérifiées à cet égard;
- (iv) en négligeant votre devoir de commandant, tel qu'il est défini à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux et par les coutumes militaires.

La présente lettre a pour objet de vous fournir des précisions et des renseignements complémentaires sur les questions qui vous ont été communiquées dans le préavis prévu à l'article 13.

Dans la rédaction de leur rapport final, les commissaires limiteront leurs commentaires concernant votre responsabilité éventuelle à ces questions.

[9] Une lettre que l'avocat de l'intimé a envoyée en réponse le 3 février 1997 est rédigée en partie comme suit:

[traduction]

Nous aimerions également avoir des détails additionnels au sujet de certaines des allégations concernant le lcol Morneault qui sont énoncées dans votre avis, de façon que notre client puisse réellement donner une réponse. Les allégations, telles qu'elles sont énoncées, sont fort générales. Nous aimerions notamment obtenir les renseignements suivants:

- a) En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'avis, quels sont les présumés actes ou omissions du lcol Morneault qui indiquent un manque de leadership et un leadership inadéquat lorsqu'il s'est agi d'organiser, de diriger et de superviser les préparatifs de la formation?
- b) En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'avis, quels sont les présumés actes ou omissions du lcol Morneault qui indiquent un manque de leadership et un leadership inadéquat lorsqu'il s'est agi de garantir une formation sur le droit de la guerre et sur le droit des conflits armés, y compris les quatre conventions de Genève de 1949, et de vérifier les connaissances à cet égard.
- c) En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'avis, de quelle façon le lcol Morneault aurait-il manqué à son devoir au sens de l'article 4.20 des ORFC?
- d) En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'avis, de quelles « coutumes militaires » s'agit-il?

[10] L'avocat de la Commission a répondu par une lettre datée du 11 février 1997, adressée à l'avocat de l'intimé. La partie pertinente de cette lettre est rédigée comme suit:

[traduction] En ce qui concerne les quatre allégations se rapportant au lcol Morneault à l'égard desquelles vous demandez des détails additionnels dans votre lettre du 3 février 1997, les commissaires tiendront compte des éléments suivants dans leur rapport final:

a) Pour ce qui est du paragraphe 2 du préavis:

Il n'a pas consacré suffisamment de temps à l'observation, à la supervision et à la direction de la formation, tout particulièrement en ce qui concerne le ton de cette formation [voir le témoignage du bgén Beno, aux pages 7795 et 8115; du maj Turner, aux pages 3547 et 3548, 3446, 3449, 3527, 3674 et 3728; du maj Kyle, aux pages 3845, 3808 et 3855 à 3857. Dans son témoignage, le lcol Morneault a déclaré qu'il avait consacré de 15 à 20 p. 100 de son temps à la supervision de la formation. [Voir également son témoignage à la page 7321.]

Il n'a pas établi un énoncé des concepts, objectifs, normes et priorités dans le plan de formation [voir le témoignage du bgén Beno, à la page 7753; du maj Turner, aux pages 3724, 3435-3438, 3619 et 3620; du maj Seward, à la page 5760, et du maj MacKay, à la page 6485.]

Il n'a pas fourni de formation uniforme aux différentes sous-unités [voir le témoignage du maj Turner, aux pages 3449 et 3528 et de l'adjum Murphy, à la page 6646]. Dans ce contexte, les commissaires tiendront compte du rendement du RAC au cours de l'exercice « Stalwart Providence »].

Prière de noter que ces renvois ne sont pas exhaustifs.

b) Pour ce qui est du paragraphe 3 de l'avis:

En sa qualité de commandant du RAC, il ne s'est pas acquitté de son obligation de veiller à ce que tous les membres du personnel sous son commandement connaissent leurs droits et obligations dans le domaine du droit des conflits armés (DCA). Il devrait être fait mention de ses obligations, telles qu'elles sont énoncées dans les quatre conventions de Genève de 1949 (articles 47, 48, 127, 144 respectivement des conventions I à IV) et dans le Premier protocole additionnel de 1977 (article 87).

Les commissaires examineront la question de savoir si votre client a veillé à ce que les membres du RAC comprennent les obligations qui leur incombent en ce qui concerne les droits fondamentaux des « détenus », et ce, qu'il s'agisse de civils ou de combattants qui ont été capturés ou blessés ou qui sont malades.

Les commissaires examineront également la question de savoir si votre client a ordonné à son personnel d'inclure dans le plan de formation de l'opération Cordon une formation adéquate sur le DCA, s'il a indiqué à ses subordonnés le contenu de pareille formation, s'il a ordonné aux officiers commandants, pour la formation de leur sous-unité, d'inclure des séances de recyclage sur le DCA et s'il a vérifié les connaissances à tous les niveaux à ce sujet ou s'il a fait en sorte que pareilles connaissances soient vérifiées.

Les commissaires examineront la question de savoir si votre client a informé le commandant de la FOS, le brigadier-général Beno, ou son personnel, de l'importance d'inclure le DCA dans l'exercice Stalwart Providence, de façon à s'assurer que les soldats comprennent les principes du DCA.

c) Pour ce qui est du paragraphe 4 du préavis:

Les commissaires examineront la question de savoir si le lcol Morneault s'était réservé « les questions importantes qui exigent son attention et sa décision personnelles » conformément à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux. En particulier, les commissaires examineront la question de savoir s'il a supervisé la formation de ses commandos, s'il a supervisé des composantes précises de la formation du 2^e Commando, bien qu'on lui eût signalé l'existence de problèmes concernant l'état de préparation des sous-unités, s'il avait corrigé les problèmes de commandement au sein du RAC, s'il avait bien évalué l'état de préparation opérationnelle du RAC et s'il avait bien informé ses supérieurs de l'état de préparation et des problèmes de discipline et de formation au RAC.

Une autre question qui sera abordée est celle de savoir si le lcol Morneault s'était réservé « le contrôle et la surveillance d'ordre général des diverses fonctions » qu'il avait confiées à d'autres. En particulier, avait-il supervisé les plans et les activités de formation des officiers commandants, avait-il bien revu les ordres et les directives que ses commandants subordonnés donnaient et s'était-il assuré que ses ordres et ses directives étaient suivis comme prévu?

d) Pour ce qui est du paragraphe 4 du préavis:

Les commissaires examineront si le lcol Morneault avait assuré l'ordre et la discipline dans l'unité qu'il commandait.

Avait-il prêché par l'exemple sur le terrain?

Pour en savoir davantage au sujet des « coutumes militaires », prière de consulter l'article 1.13 des Ordonnances et règlements royaux et l'article 49 de la **Loi sur la défense nationale**.

[11] Les audiences relatives à la phase antérieure au déploiement se sont poursuivies jusqu'au 22 février 1996. Elles ont été suivies d'audiences sur la phase des opérations sur le théâtre, qui ont commencé le 1^{er} avril 1996, et après une interruption de quatre mois se rapportant à la phase qui a suivi le déploiement, elles se sont poursuivies jusqu'au mois de mars 1997. Dans l'intervalle, les délais dans lesquels l'enquête devait être effectuée et un rapport déposé auprès du gouverneur en conseil ont été prorogés jusqu'au 31 mars 1997 et jusqu'au 30 juin 1997 respectivement. 116 personnes en tout ont témoigné devant la Commission et environ 200 000 documents ont été produits en preuve. Au mois d'avril 1997, l'intimé a déposé de longues observations écrites et a présenté verbalement des observations devant la Commission au sujet des fautes imputées.

LA REQUÊTE

[12] Dans sa requête, l'intimé mettait l'accent sur des déclarations générales que la Commission avait faites dans la préface du volume 1 du rapport et dans le chapitre introductif du volume 4 ainsi que sur des conclusions précises énoncées au chapitre 35 du volume 4, qui est exclusivement consacré à la conduite de l'intimé en sa qualité de commandant du régiment. La principale critique qui est faite au sujet de ces déclarations générales est qu'un préavis aurait dû être donné à leur sujet en vertu de l'article 13. Le juge des requêtes était d'accord, mais il a conclu que les déclarations ne s'appliquaient pas à l'intimé et il a accordé un jugement déclaratoire en ce sens.

[13] Dans la préface du volume 1, la Commission déplore la décision du gouvernement d'« imposer des contraintes temporelles » à l'égard de l'enquête et, ce qui est encore plus important, le fait que les commissaires avaient « trop souvent été retardés dans [leur] travail par le comportement de témoins dont la crédibilité doit être mise en

doute » . La déclaration contestée figure dans la même section du rapport aux pages xxxvi à xxxviii. Elle est libellée comme suit:

Nous sommes conscients du fait que ces témoins subissaient la pression de l'institution et de leurs pairs. Témoigner devant une commission d'enquête publique met à l'épreuve l'intégrité personnelle. Le témoin doit avoir la force morale de faire face à la réalité et de dire la vérité. Il doit aussi être prêt à rendre des comptes et à accepter le blâme pour les fautes qu'il a commises. Nous avons constaté ce type d'intégrité chez de nombreux soldats, sous-officiers et officiers. Ils ont donné la preuve de leur courage et de leur sens du devoir, même si cela les obligeait à reconnaître leurs lacunes personnelles ou à exprimer une critique importune à l'égard de l'institution. Ces soldats-témoins méritent le respect et la gratitude de notre société pour avoir ainsi contribué à améliorer une institution qui leur est manifestement très chère.

En revanche, nous devons aussi signaler que nous avons souvent entendu des témoignages empreints de contradictions, d'improbabilités, d'invraisemblances, d'ambiguïtés, de souvenirs sélectifs, de demi-vérités, et même de mensonges. De fait, sur certaines questions, nous nous sommes heurtés à ce que nous ne pouvons qu'appeler un « mur de silence » . Lorsque plusieurs témoins se comportent de cette manière, le mur de silence devient une tromperie délibérée.

Le bon fonctionnement d'une enquête repose sur la sincérité des témoins assermentés. La sincérité sous serment est la pierre angulaire de notre système juridique. Il est évident que certains témoins en ont fait fi.

Ce qui est peut-être plus inquiétant, c'est que nombre des témoins chez qui nous avons constaté ces lacunes étaient des officiers, des sous-officiers (en service actif ou à la retraite) ou des hauts fonctionnaires--c'est-à-dire des personnes qui ont juré de respecter et de promouvoir des valeurs telles que le leadership, le courage, l'intégrité et l'obligation de rendre compte. Pour ces personnes, la loyauté excessive envers un régiment ou l'institution militaire ou, pis encore, le simple intérêt personnel, ont primé sur l'honnêteté et l'intégrité. En se comportant de la sorte, ces témoins ont également manqué à leur devoir d'aider la Commission dans ses travaux. Chez des officiers, une telle conduite constitue une violation des engagements énoncés dans leur commission.

[. . .]

Ce n'est pas le seul fait que des contradictions surviennent dans les témoignages qui nous préoccupe. On peut noter des contradictions dans les témoignages même si tous les témoins disent la vérité et relatent les faits tels qu'ils les connaissent. Souvent, les contradictions tiennent au souvenir qu'ont les intéressés de conversations qui ont eu lieu sans témoin et sans prise de notes. Sur le moment, l'échange peut ne pas sembler important. Avec le temps, les détails s'effacent de la mémoire. Nous ne nous inquiétons pas de ces différences dans le souvenir qui reflètent tout simplement la fragilité de la mémoire humaine. Le phénomène qui nous préoccupe est bien plus sombre que l'imprécision et la contradiction: il se rapproche de l'esquive et de la tromperie.

[14]L'intimé conteste également la déclaration générale qui est faite aux pages 1075 et 1076 du chapitre introductif du volume 4 du rapport, laquelle est libellée comme suit:

Il convient ici d'ajouter quelques mots concernant la description faite ci-après des actions de certaines personnes. Ces personnes, dont les actions sont examinées de près, sont des militaires dont la carrière est marquée d'importantes réalisations.

Comme on peut s'y attendre de soldats montés aussi haut dans le panthéon des Forces canadiennes (FC), leur dossier militaire est irréprochable. Pour eux, la mission en Somalie fait donc tache dans une carrière par ailleurs distinguée. Certaines justifications ou excuses formulées devant nous pourraient, si on les acceptait, modifier ou atténuer les conclusions auxquelles nous en sommes arrivés. On nous a dit par exemple « le système fonctionnait bien; les problèmes n'étaient le fait que de quelques mauvais éléments », « il se commettra toujours des erreurs », « je ne savais pas », « je n'étais pas au courant », « ce n'était pas ma responsabilité », « j'ai fait confiance à mes subalternes ». Nous n'examinerons pas chacune de ces affirmations dans les pages qui suivent, mais nous les avons prises en considération.

On peut dire jusqu'à un certain point, à la décharge de ces personnes, qu'elles sont le produit d'un système qui mise énormément sur une attitude téméraire. Le réflexe d'acquiescer d'emblée à un commandement ou à une ligne de conduite plutôt que d'en remettre en question le bien-fondé va évidemment à l'encontre d'une discussion libre et franche, mais il est ancré dans la discipline et la culture militaires. Toutefois, des commandants soucieux de bien assumer leur responsabilité de commandement doivent reconnaître et affirmer qu'ils ont non seulement le droit mais aussi le devoir de s'élever contre des actions irrégulières, sans quoi ils manquent de professionnalisme.

[15]L'intimé conteste en outre diverses conclusions particulières figurant au chapitre 35 du volume 4 en invoquant l'absence d'équité procédurale et l'absence de preuve corroborante.

[16]Il a été soutenu devant le juge des requêtes que les conclusions figurant au chapitre 35 en question n'étaient pas susceptibles de révision en vertu de l'alinéa 18.1 (4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale* parce qu'il ne s'agissait pas de « décisions ». Le juge des requêtes a rejeté cet argument. Il a également rejeté l'argument de l'appelant selon lequel, de toute façon, le dossier de l'enquête renfermait une preuve à l'appui de chacune des conclusions énoncées au chapitre 35. Après avoir effectué un examen détaillé de ces conclusions, le juge des requêtes a conclu ce qui suit, au paragraphe 109 [pages 285 et 286] de ses motifs:

À la lumière de ce qui précède, il est clair que la faute imputée par la Commission au requérant pour le motif qu'il n'avait pas organisé, dirigé et supervisé comme il convenait les préparatifs de la formation du 5 au 21 septembre 1992 est profondément viciée. Plusieurs constatations de fait sont tout simplement incompatibles avec la preuve et plusieurs conclusions ne sont aucunement étayées par la preuve. Je ne pense pas qu'il soit possible d'arriver à d'autres conclusions que de dire que la décision rendue était manifestement déraisonnable.

LES POINTS LITIGIEUX

[17]Trois points litigieux sont soulevés dans le présent appel. Premièrement, il s'agit de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en statuant que la Commission n'avait pas donné un préavis suffisant des questions qu'elle a finalement citées pour conclure à l'existence d'une faute. Deuxièmement, il s'agit de savoir si le juge a commis une erreur en déterminant que ces conclusions constituaient des « décisions » susceptibles de révision au sens de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Troisièmement, il s'agit de savoir si le juge a commis une erreur en statuant que les conclusions de fait tirées par la Commission au sujet de la conduite de l'intimé n'étaient pas étayées par la preuve et qu'elles étaient donc manifestement déraisonnables.

[18]J'examinerai maintenant ces points litigieux.

ANALYSE

Préavis suffisant

Les déclarations générales

[19]L'intimé soutient que les déclarations générales en question comprennent des conclusions qui ternissent sa propre réputation et que l'équité procédurale n'a pas été respectée parce qu'aucun préavis n'a été donné en vertu de l'article 13. Il maintient également qu'aucun préavis de ce genre n'a été donné au sujet de cinq conclusions particulières tirées par la Commission au chapitre 35.

[20]L'exigence selon laquelle un « préavis suffisant » doit être donné au sujet de la faute imputée est énoncée à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, qui se lit comme suit:

13. La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.

[21]Le fait que la signification d'un préavis suffisant de la faute imputée est d'une importance cruciale ressort clairement de l'arrêt *Krever*, précité, étant donné qu'une conclusion peut nuire à la réputation d'un témoin. Comme le juge Cory l'a dit au paragraphe 56 [pages 471 et 472]:

Le même principe d'équité doit s'étendre aux préavis concernant la faute exigés par l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Toute commission est tenue de donner aux parties un préavis les informant des conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées à leur égard dans le rapport final. Tant qu'ils sont remis à la partie visée sous le sceau de la confidentialité, les préavis ne devraient pas être assujettis à un degré d'examen aussi strict que les conclusions finales. C'est que les préavis ont pour objet de permettre aux parties de se préparer ou de répondre aux conclusions faisant état d'une faute que la commission pourrait tirer à leur égard. Plus le préavis est détaillé, plus il peut être utile à la partie. En outre, le seul tort qui pourrait être causé par la délivrance de préavis détaillés se limite à la réputation d'une partie. Mais tant que les préavis ne sont délivrés qu'à la partie susceptible d'être visée par une conclusion, il n'y a rien à redire. Le public ne peut prendre connaissance de la faute reprochée que si la partie ayant reçu le préavis choisit de le rendre public, auquel cas elle est elle-même responsable du tort ainsi causé à sa réputation. Par conséquent, en toute justice pour les témoins ou les parties qui peuvent faire l'objet de conclusions faisant état d'une faute, les préavis devraient être le plus détaillés possible. Même si les allégations exposées dans les préavis semblent équivaloir à une conclusion qui risque d'outrepasser la compétence du commissaire, cela ne signifie pas qu'il en serait ainsi des conclusions finales destinées à être divulguées. Il faut supposer, jusqu'à preuve du contraire à la communication du rapport final, que les commissaires n'outrepasseront pas leurs pouvoirs.

Si un préavis de la faute imputée est conforme aux exigences de l'article 13 et que la procédure d'enquête est par ailleurs équitable, cette disposition autorise une commission d'enquête, comme le juge Cory l'a conclu dans l'arrêt *Krever*, précité, au

paragraphe 52 [pages 469 et 470], de faire des constatations de fait et d'en tirer des conclusions.

[22]Le ton de la remarque qui figure dans la préface du volume 1 est incontestablement dur. Toutefois, même si l'intimé se plaint que la remarque le vise, les termes dans lesquels cette remarque est libellée donnent à penser que ce n'est pas nécessairement le cas. Il est question de « témoignages », de « plusieurs témoins » et de « certains témoins » et la Commission dit que « nombre des témoins chez qui [elle a] constaté ces lacunes étaient des officiers, des sous-officiers [. . .] ou des hauts fonctionnaires ». Il est donc clair que la remarque ne vise pas tous les officiers supérieurs de façon à inclure nécessairement l'intimé. Le juge des requêtes lui-même a conclu, en ce qui concerne les deux déclarations, que l'on n'invoquait pas « sérieusement [. . .] que les déclarations de condamnation générale » s'appliquent au lieutenant-colonel Morneau.

[23]Même s'il était possible de dire que la déclaration qui est faite dans le volume 1 s'applique à l'intimé, je suis loin d'être certain que sa présence privait l'intimé de l'équité procédurale. Il ne semblerait y avoir aucun rapport entre cette déclaration et les conclusions relatives à la faute figurant au chapitre 35. Il faut plutôt se demander si les conclusions défavorables relatives à la crédibilité que la déclaration laisse supposer exigeaient la signification d'un préavis en vertu de l'article 13, à supposer pour le moment que la remarque ait été destinée à s'appliquer à l'intimé. Comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Krever*, précité, au paragraphe 52 [page 469], le « rôle premier, voire la raison d'être d'une enquête sur une question donnée est de tirer des conclusions de fait » et, pour ce faire, il se peut que la commission « doive évaluer la crédibilité des témoins et en tirer des conclusions ». De fait, le juge Cory a expliqué au paragraphe 42 [page 465] de l'arrêt en question, que le libellé même de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* « autorise implicitement un commissaire à constater des faits et à tirer des conclusions fondées sur ces faits, même si les constatations et conclusions sont susceptibles de nuire à la réputation de personnes physiques ou morales ». Il a également expliqué, au paragraphe 40 [page 463], que le pouvoir prévu à l'article 13 de conclure à l'existence d'une « faute » doit comprendre « non seulement la constatation des faits, mais aussi leur évaluation et leur interprétation » et, au besoin, le pouvoir « d'apprécier la déposition des témoins [. . .] et de juger de leur crédibilité ». C'est en se conformant à cette procédure qu'un commissaire est en mesure de déterminer si le comportement d'une partie équivalait à une « faute ».

[24]En général, la procédure ne semblerait pas exiger la signification d'un préavis disant que la crédibilité d'une partie peut faire l'objet d'une conclusion défavorable. Pareille conclusion pourrait uniquement être tirée après que la personne en question a témoigné et peut-être pas avant que son témoignage puisse être soupesé et apprécié à la lumière des autres éléments de preuve. L'exigence selon laquelle il faut signifier un préavis pourrait bien imposer à une commission d'enquête une norme d'équité procédurale beaucoup trop rigoureuse.

[25]Contrairement à la déclaration qui est faite dans le volume 1, la déclaration générale figurant dans le chapitre introductif du volume 4 semblerait à première vue s'appliquer à tous les officiers dont la conduite est examinée dans ce volume, y compris l'intimé. Il en serait donc ainsi de la « description [. . .] des actions » de « certaines personnes », à savoir « des militaires dont [. . .] les actions sont examinées de près ». On s'oppose à la remarque pour le motif que l'intimé n'a pas été avisé au préalable et que la preuve n'étaye pas la conclusion selon laquelle l'intimé s'est conduit de la façon décrite dans la remarque. Le juge des requêtes a conclu que la remarque

n'aurait pas dû être faite parce qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné conformément à l'article 13.

[26] L'appelant soutient que la remarque est inattaquable parce qu'elle ne peut pas être interprétée comme constituant une conclusion selon laquelle l'intimé avait commis une faute. Il m'est difficile de souscrire à cet avis. En tant que « produit d'un système », l'intimé avait le réflexe « d'acquiescer d'emblée » ; en sa qualité de « commandan[t] soucieux de bien assumer [sa] responsabilité de commandement », il avait « le devoir de s'élever contre des actions irrégulières », sans quoi il manquait de « professionnalisme ». Il existe un rapport direct entre la déclaration et les conclusions figurant au chapitre 35; en effet, comme nous l'avons vu, la déclaration vise expressément « certaines personnes » nommées par la suite. L'appelant a concédé devant le juge des requêtes et dans l'argumentation écrite qu'il a présentée en appel que la déclaration n'équivalait pas à reconnaître l'existence d'une faute et, de fait, le juge des requêtes lui-même a conclu qu'elle ne s'appliquait pas à l'intimé. À mon avis, la Cour devrait, si elle le peut, confirmer l'ordonnance déclaratoire de première instance à cet égard, de façon à éliminer toute possibilité de doute au sujet du fait que cette déclaration sévère, qui à première vue vise l'intimé, n'était pas destinée à s'appliquer à lui.

Possibilité d'obtenir un jugement déclaratoire

[27] À une certaine époque, il n'était pas possible d'obtenir un jugement déclaratoire si celui-ci n'avait aucun effet juridique, mais ce n'est plus le cas. Dans la décision *Merricks v. Nott-Bower*, [1964] 1 All E.R. 717 (C.A.), à la page 721, lord Denning a dit ce qui suit:

[traduction] Lorsqu'une véritable question est en cause, c'est-à-dire une question qui ne soit pas uniquement théorique et au sujet de laquelle la décision de la Cour peut donner des directives utiles, elle peut, à sa discrétion, rendre un jugement déclaratoire. On en trouve un exemple dans une affaire récente où il était question du système de mutation des joueurs de football association, *Eastham c. Newcastle United Football Club, Ltd.* ([1963] 3 All E.R. 139), entendue par le juge Wilberforce. L'avocat des demandeurs soutenait qu'en l'espèce, le jugement déclaratoire pouvait avoir pour effet de retirer à la mutation des demandeurs le caractère d'un blâme. Il avait aussi avancé un argument plus général, à savoir qu'il était dans l'intérêt public de déclarer que le pouvoir de muter un employé ne peut être utilisé que pour des raisons de service et non pas comme un genre de punition. Il a affirmé qu'il serait utile que la Cour fasse une telle déclaration. Sans trancher cette question, il me semble que l'on peut soutenir qu'un tel jugement déclaratoire pourrait avoir une certaine utilité.

Lord juge Salmon, qui souscrivait à cet avis, a ajouté ce qui suit, à la page 724:

[traduction] On pose la question suivante: Même si les droits des demandeurs en vertu des règlements avaient été violés, quels avantages pourraient-ils retirer du redressement demandé? Ces jugements déclaratoires peuvent-ils leur être de quelque utilité? Lorsqu'un demandeur réclame un jugement déclaratoire dans lequel il n'a qu'un intérêt purement académique ou qui n'aurait aucune portée pratique, la Cour n'accordera pas le redressement demandé. Toutefois, dans la présente affaire, sans aucunement trancher le fond de cette question, il me semble que l'on peut vraiment soutenir qu'un jugement déclaratoire pourrait inciter les autorités à examiner l'avancement des demandeurs, puisqu'il existe certaines preuves qui indiquent que ces

mutations punitives ont nui à leurs chances d'avancement et qu'elles continueront à le faire tant qu'elles seront en vigueur.

Le juge Pratte (alors juge de la Section de première instance) a appliqué ce principe dans la décision *Landreville c. La Reine*, [1973] C.F. 1223 (1^{re} inst.), à la page 1231, et tout récemment, ce principe a de nouveau été énoncé dans le contexte d'une commission d'enquête, dans la décision *Peters v Davison*, [1999] 2 NZLR 164 (C.A.), aux pages 186 et 187. Le juge des requêtes a accordé un jugement déclaratoire à l'égard de cette erreur. Je suis convaincu que cette réparation peut être accordée, et ce, même si dans l'arrêt *Krever*, précité, le juge Cory a dit que le rapport d'une commission d'enquête n'avait « aucune conséquence légale ». Le juge Cory a reconnu en même temps que c'est précisément parce que la réputation d'un témoin est en jeu qu'il faut respecter l'équité procédurale car, comme il l'a dit au paragraphe 55 [page 471]: « Une bonne réputation représent[e] la valeur la plus prisée par la plupart des gens ». À mon avis, l'intimé a bel et bien un intérêt dans la protection de sa réputation. Il importe également de noter que la règle 64 des *Règles de la Cour fédérale* (1998) [DORS/98-106] prévoit l'obtention d'un jugement déclaratoire, et ce, qu'une réparation soit ou puisse être en conséquence demandée ou non.

[28] Il me semble que même si un jugement déclaratoire n'avait pas d'effet sur un droit légal, il aurait l'utilité d'éliminer tout tort, même s'il n'était peut-être pas intentionnel, qui pourrait avoir été causé à la réputation de l'intimé par la déclaration qui est faite dans le chapitre introductif du volume 4 du rapport. Je restreindrais le jugement déclaratoire en conséquence.

Conclusions particulières

[29] Cinq conclusions précises qui sont énoncées au chapitre 35 du rapport sont ensuite contestées pour le motif qu'elles n'ont pas fait l'objet d'un préavis conformément à l'article 13. Je soulignerai ces conclusions, qui figurent dans les passages suivants du chapitre 35²:

1. [...] la supervision en personne revêt une importance tout à fait primordiale et doit être placée à un rang élevé, sinon en tête, des priorités relatives à la formation, car c'est au commandant qu'incombe la plus importante responsabilité en la matière. Or, nous constatons que le lcol Morneault ne s'est pas acquitté de cette importante responsabilité à deux égards. Premièrement, il n'a pas inculqué aux membres de ses commandos, par la conception d'un plan de formation approprié et par une supervision directe satisfaisante, une attitude convenant à une mission de maintien de la paix.

[. . .]

2. [...] le lcol Morneault savait que ses soldats s'entraînaient en vue d'une mission de maintien de la paix régie par les dispositions du chapitre VI de la *Charte des Nations Unies*. Il savait ou aurait dû savoir que ces missions nécessitent des connaissances plus étendues que l'entraînement général au combat permet d'en donner. Malgré cela, il a permis que la formation du 2^e Commando soit beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comporte un degré d'agressivité incompatible avec une mission de maintien de la paix. Le lcol Morneault a admis lui-même que le 2^e Commando avait consacré trop de temps à l'entraînement général au

combat et n'avait pas mené à bien les tâches qui lui avaient été confiées. Le lcol Morneault était également au courant de l'agressivité de ce commando [. . .]

3. Nous constatons que le lcol Morneault savait, peu après le début de la période de formation, que le 2^e Commando avait des problèmes de leadership et d'agressivité, et que ces problèmes étaient étroitement liés. Il était le principal officier responsable de la formation et il lui incombait de veiller à ce qu'une formation pertinente et suffisante soit donnée par les commandants concernés. Si on constatait qu'un des commandants n'était pas à la hauteur, il incombait au lcol Morneault d'effectuer les changements qui s'imposaient. Mais il ne l'a pas fait [. . .]

4. Le lcol Morneault a répondu de manière similaire aux critiques formulées par le lcol MacDonald au sujet du maj Seward et du 2^e Commando. Il lui a dit qu'il ne voulait pas avoir les mains liées en ce qui concernait le maj Seward, et il a demandé au lcol MacDonald de supprimer des observations critiques au sujet de ce dernier dans une lettre que le lcol MacDonald s'appropriait à envoyer au bgén Beno. Le lcol MacDonald a retranché la mention comme le lcol Morneault le lui avait demandé, et aucune mesure n'a été prise par la suite pour corriger les graves lacunes en matière de leadership que le lcol MacDonald avait relevées au sein du 2^e Commando. Bien que le lcol Morneault ait été relevé de son commandement presque immédiatement après cet incident et ne puisse être tenu responsable de l'inaction d'autres personnes, la directive qu'il a donnée au lcol MacDonald a empêché la prise immédiate de mesures à l'encontre du maj Seward, ce dont il est responsable.

5. À ce propos, une des critiques les plus sévères faites au sujet de l'exercice « Stalwart Providence » a été que les trois commandos avaient fonctionné indépendamment les uns des autres, sans la cohésion que doit avoir un régiment. La cohésion se crée lorsque le commandant imprime une orientation claire à l'entraînement et n'est assurée que lorsqu'il supervise personnellement l'exécution de cette orientation. Le lcol Morneault n'a fait ni l'un ni l'autre. [Non souligné dans l'original.]

[30]Le juge des requêtes a conclu qu'aucun préavis suffisant n'avait été donné au sujet d'un grand nombre des questions mentionnées par la Commission dans les conclusions précitées. Le juge des requêtes a en outre fait remarquer, au paragraphe 46 [page 267] de ses motifs, que la plupart des commentaires négatifs concernant la conduite de l'intimé « émanaient d'une seule personne, dont la version des événements, d'ailleurs, tranchait avec la sienne » et que les commentaires avaient été répétés par d'autres personnes. Le juge des requêtes a ajouté: « Dans ces circonstances, le requérant trouverait très difficile de savoir, à défaut d'un préavis précis, quelles déclarations concernant sa conduite la Commission examinait de près. »

[31]Avec égards, je ne suis pas d'accord pour dire que l'intimé n'a pas reçu un préavis suffisant de ces conclusions. Il faut se rappeler que dans sa lettre du 31 janvier 1997, telle qu'elle est précisée dans la lettre du 11 février 1997, l'avocat de la Commission énonce une allégation générale, à savoir que l'intimé avait [traduction] « fait preuve d'un manque de leadership et d'un leadership inadéquat au cours de l'étape antérieure au déploiement de la mission en Somalie » en négligeant entre autres:

[traduction]

[. . .] d'organiser, de diriger et de superviser comme il convient les préparatifs de la formation du Régiment aéroporté du Canada pendant la période allant de la réception de l'ordre d'avertissement en vue de l'opération « Cordon » jusqu'au moment où [il avait] été relevé de son commandement;

[...]

[...] [son] devoir de commandant, tel qu'il est défini à l'article 4.20 des Ordonnances et règlements royaux et par les coutumes militaires.

[32] De toute évidence, les conclusions que la Commission a énoncées au chapitre 35 étaient principalement axées sur ces allégations. Le fait que la formation du régiment, pendant qu'il était sous le commandement de l'intimé, constituait la préoccupation primordiale de la Commission ressort clairement du début du chapitre, où la Commission a dit ce qui suit³:

Il incombait principalement au lcol Morneault, en sa qualité de commandant du Régiment aéroporté du Canada (RAC) jusqu'au 23 octobre 1992, de veiller à ce que les troupes reçoivent durant cette période une formation adéquate tenant compte des facteurs propres à une mission de maintien de la paix. La formation revêt une importance fondamentale dans les préparatifs de déploiement, et elle constitue la principale activité par laquelle on exerce un leadership, on transmet des attitudes et on vérifie l'état de préparation opérationnelle. On attend donc des responsables de la formation qu'ils portent une attention particulière à sa bonne supervision, en s'assurant qu'elle est assurée de façon adéquate et appropriée et que sa progression suit un plan soigneusement établi.

En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 4.20 [des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1994)] et les coutumes militaires, la Commission a dit ce qui suit⁴:

Compte tenu des constatations exposées ci-dessus au sujet des lacunes de leadership du lcol Morneault, et vu l'importance du contrôle et de la supervision de la formation en vue de missions à l'étranger, nous concluons que le lcol Morneault a manqué à son devoir de commandant.

[33] Dès le 22 septembre 1995, l'intimé a officiellement été avisé que la Commission enquêterait sur l'« aptitude du régiment » à servir en Somalie, sur son « état de préparation », sur la « sélection des officiers et des militaires du rang », sur l'« à-propos des objectifs et des normes d'entraînement », sur l'« efficacité des décisions et des mesures prises durant la période d'entraînement antérieure au déploiement » et sur l'« état de la discipline ». Comme nous l'avons vu, l'avis détaillé du 31 janvier 1997 était principalement axé sur le caractère adéquat des « préparatifs de la formation » aux fins de la mission en Somalie. Il a été suivi de la lettre du 11 février 1997, qui renfermait des détails additionnels à ceux donnés au sujet de la faute imputée dans la lettre du 31 janvier 1997, en ce qui concerne le caractère adéquat des « préparatifs de la formation » et le respect de l'obligation imposée par l'article 4.20 des ORFC et par les coutumes militaires.

[34] À mon avis, lorsque les conclusions en question sont considérées dans leurs contextes immédiats et dans le contexte entier du chapitre 35, on ne saurait dire que l'équité procédurale n'a pas été respectée parce qu'aucun préavis suffisant n'a été donné à l'intimé. Il me semble que la portée de l'avis et du mandat de la Commission permet fort bien ces conclusions. Eu égard à toutes les circonstances, je suis convaincu que l'intimé a reçu un préavis suffisant conformément à l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. L'intimé était présent en personne ou par le ministère de son avocat pendant toute la durée des audiences testimoniales sur la phase antérieure au déploiement, il a obtenu à l'avance un résumé de ce que les autres témoins avaient l'intention de

déclarer, il a eu accès à toute la preuve documentaire, il a eu le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins et de demander l'autorisation de citer ses propres témoins, l'avocat de la Commission l'a préparé avant qu'il témoigne, il a eu la possibilité de présenter des observations orales et des observations écrites avant que les conclusions en question soient tirées et il s'est effectivement prévalu de cette possibilité. Les observations écrites, soit environ 117 pages, traitaient d'une façon fort détaillée des questions de formation et de discipline au sein du régiment. À mon avis, tous ces facteurs sont pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si l'intimé a reçu un préavis suffisant. Ces facteurs ainsi que le préavis donné en vertu de l'article 13 ont permis à l'intimé de prendre connaissance de la substance de la preuve présentée contre lui de sorte qu'aucune des conclusions tirées par la Commission n'a pu le prendre par surprise: voir *Canadian Fishing Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1961] R.C.S. 294, à la page 316.

Possibilité d'examiner les conclusions de la Commission

[35]L'intimé conteste ensuite les conclusions particulières qui figurent au chapitre 35 pour le motif qu'elles ne sont pas étayées par le dossier. Le juge des requêtes était d'accord et les a déclarées non valides. Le juge des requêtes a résumé ces conclusions d'une façon fort utile dans ses motifs [aux paragraphes 40 et 41, pages 265 et 266]:

Je passe maintenant au résumé des conclusions énoncées au chapitre 35 du Rapport de la Commission qui sont défavorables au lieutenant-colonel Morneault. La partie pertinente du texte commence par la déclaration selon laquelle le lieutenant-colonel Morneault ne s'était pas acquitté de ses importantes responsabilités relatives à la formation parce qu'il n'avait pas inculqué aux membres de ses commandos, par la conception d'un plan de formation approprié et par une supervision directe satisfaisante, une attitude convenant à une mission de maintien de la paix. Le Rapport affirme ensuite qu'il n'avait pas consacré suffisamment de temps à la supervision directe; que la formation était beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comportait un degré d'agressivité incompatible avec la mission; qu'il aurait dû savoir que la mission nécessitait des connaissances plus étendues; qu'il avait été averti à plusieurs reprises que la formation était empreinte de trop d'agressivité, mais qu'il n'avait pas corrigé cette déficience; qu'il n'avait pas relevé le major Seward de son poste de commandant du 2^e Commando lorsqu'on l'avait averti que ce dernier n'était pas apte à commander l'unité et qu'il avait empêché que des mesures immédiates soient prises contre cet officier.

Le deuxième motif à l'appui de la conclusion d'inconduite tirée par la Commission relativement à la formation et énoncé dans le Rapport est que le lieutenant-colonel Morneault n'avait pas instruit convenablement ses commandants sur le but, la portée et les objectifs de l'entraînement qu'ils devaient donner et n'a pas inclus d'énoncé convenable de ces points dans son plan d'entraînement. Il aurait dû savoir aussi qu'un ordre écrit établissant les priorités dans un concept de formation global est un élément important de l'orientation de l'entraînement. Comme il ne l'avait pas fait, il n'est pas étonnant qu'il y ait eu un manque de cohésion entre les sous-unités du RAC. Il n'avait pas déployé tous les efforts possibles pour assurer la cohésion de son unité.

[36]Deux questions distinctes sont soulevées à cet égard. Il s'agit de savoir, en premier lieu, si le juge des requêtes a commis une erreur en concluant avoir compétence pour examiner les conclusions parce qu'il s'agissait de « décisions » au sens de l'alinéa 18.1 (4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et, en second lieu, si le juge des requêtes a

commis une erreur en déterminant que les conclusions n'étaient pas étayées par le dossier de l'enquête.

[37] La question de la possibilité d'effectuer un examen est à coup sûr nouvelle; il s'agit pour le moins d'une question épineuse. Le juge des requêtes a conclu que les conclusions tirées au chapitre 35 étaient des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d), mais il faudrait examiner toute la disposition non seulement afin de faciliter l'interprétation de cet alinéa, mais aussi parce que l'intimé l'a invoquée dans sa demande de contrôle judiciaire.

[38] L'article 18.1 est rédigé comme suit:

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

(5) La Section de première instance peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

[39] Le juge des requêtes a fait remarquer que la procédure que la Commission avait suivie en enquêtant sur la faute imputée était semblable à celle qui s'applique dans une

cour de justice et que cela étayait l'argument selon lequel les conclusions étaient des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Son analyse sur ce point figure au paragraphe 52 [page 269] de ses motifs et est exposée comme suit:

La procédure que la Commission a suivie pour les fins de ses conclusions figurant au volume 4 comporte de nombreux points de similitude avec celle que suit un tribunal judiciaire: les travaux se déroulent en public, les personnes répondent à des « accusations de faute » portées à leur endroit, elles ont le droit de citer au moins quelques témoins, l'occasion leur est donnée de faire des observations écrites, l'issue étant soit le rejet de l'« accusation » ou une conclusion d'inconduite à leur égard. Il s'agit d'un processus décisionnel quasi judiciaire. En outre, les conclusions de la Commission imputant des fautes à des personnes nommément désignées peuvent entraîner des conséquences graves sur leur réputation et leur carrière. Conclure que des décisions qui découlent d'un tel processus ne sont pas susceptibles de contrôle en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) serait tout à fait contraire à l'objet même du contrôle judiciaire et à son développement en tant que recours en droit.

[40]À mon avis, il s'agit d'une question d'interprétation de la loi. Toutefois, il n'est pas clair que les similitudes qui existent sur le plan de la procédure constituent en tant que telles un fondement valable permettant de conclure que les conclusions en question sont des « décisions » susceptibles d'être examinées en vertu de l'alinéa 18.1(4)d). Notre Cour a eu à maintes reprises à interpréter l'expression « décision ou ordonnance [...] résultant d'un processus [...] ayant légalement [un] caractère judiciaire ou quasi judiciaire--rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office » figurant à l'article 28 de la Loi tel qu'il était libellé avant d'être modifié en 1990. Comme l'ont signalé D. J. M. Brown et J. M. Evans, dans l'ouvrage intitulé: *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, édition en feuilles mobiles (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), au paragraphe 2:4420, note 376: [traduction] « La Cour a initialement restreint la portée de l'expression aux décisions ou ordonnances "définitives" et aux décisions ou ordonnances que l'office était expressément chargé de rendre en vertu de sa loi habilitante », mais la portée de l'article 28 a par la suite été [traduction] « élargie de façon à inclure une décision qui déterminait pleinement les droits fondamentaux de la partie, même si la décision de l'office n'était peut-être pas définitive ». En fait, une recommandation faite à un ministre par un tribunal d'enquête qui devait normalement entraîner une expulsion a été considérée comme susceptible d'être examinée en vertu de l'article 28: *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité)*, 1999 CanLII 9364 (CAF), [1999] 4 C.F. 624 (C.A.).

[41]Je dois admettre qu'il m'est difficile de considérer les conclusions en cause comme des « décisions » au sens de la disposition. La décision qui a été rendue dans l'affaire *Krever*, précitée, [au paragraphe 34, page 460] laisse entendre que le contraire peut être vrai car, comme nous l'avons vu, les conclusions tirées par un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes* « sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions » qui n'entraînent « aucune conséquence légale » ; elles « ne sont pas exécutoires » et elles « ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet ». Dans un arrêt antérieur, *Nenn c. La Reine*, 1981 CanLII 192 (CSC), [1981] 1 R.C.S. 631, à la page 636, il a été statué que l'« avis » que la Commission de la fonction publique devait exprimer en vertu de l'alinéa 21b) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, n'était pas une « décision ou ordonnance » qui pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part de notre Cour en vertu de l'article 28. Toutefois, je dois reconnaître la force de l'argument contraire, à savoir

qu'un contrôle de conclusions telles que celles qui sont ici en cause est possible pour le motif énoncé à l'alinéa 18.1(4)d), et ce, même s'il s'agit d'opinions qui n'ont pas d'effet obligatoire, à cause du tort sérieux que des conclusions non étayées par le dossier pourraient causer à la réputation d'une personne.

[42]S'il n'existe aucun motif justifiant l'octroi d'une réparation en vertu de cet alinéa, je suis néanmoins d'avis que les conclusions en cause peuvent être examinées en vertu de la disposition en question. Le contrôle judiciaire prévu à l'article 18.1 n'est pas limité à « une décision ou une ordonnance ». C'est ce qui ressort clairement du paragraphe 18.1(1), qui permet au procureur général du Canada et à « quiconque est directement touché » de solliciter le contrôle judiciaire. Il ressort clairement de la disposition dans son ensemble que, si d'une part une décision ou une ordonnance est une question qui peut être examinée, d'autre part une question autre qu'une décision ou une ordonnance peut également être examinée. C'est ce que montre la décision que notre Cour a rendue dans l'affaire *Krause c. Canada*, 1999 CanLII 9338 (CAF), [1999] 2 C.F. 476 (C.A.). Dans cette décision, il a été statué qu'une demande de contrôle judiciaire présentée conformément à l'article 18.1 en vue de l'obtention du bref de *mandamus*, du bref de prohibition et du jugement déclaratoire prévus à l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la Loi, sont des questions sur lesquelles la Cour a compétence et que la Cour peut accorder la réparation appropriée conformément aux alinéas 18.1(3)a) et 18.1(3)b). Voir également *Sweet c. Canada* (1999), 249 N.R. 17 (C.A.F.); *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, 1999 CanLII 9386 (CAF), [2000] 2 C.F. 212 (C.A.). Je suis convaincu que l'intimé est directement touché par les conclusions et que celles-ci peuvent être examinées en vertu de l'article 18.1. Les conclusions sont exceptionnellement importantes pour l'intimé à cause des conséquences qu'elles ont sur sa réputation. La Cour doit être en mesure de déterminer si, comme il a été allégué, les conclusions sont injustifiables compte tenu de la preuve.

[43]Pour pouvoir être examinée en vertu de l'article 18.1, une question doit néanmoins émaner d'un « office fédéral ». Tel était le cas dans l'affaire *Krause*, précitée. L'expression « office fédéral » est définie au paragraphe 2(1) de la Loi comme s'entendant d'un « Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne [. . .] ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ». À mon avis, la Commission est visée par cette définition, car son mandat lui a été dévolu par le décret du 20 mars 1995, tel qu'il a subséquemment été modifié, et ses pouvoirs d'enquête ainsi que son pouvoir de tirer des conclusions relatives à une faute lui sont dévolus par la *Loi sur les enquêtes*: voir *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, 1995 CanLII 3553 (CF), [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.).

[44]Si, comme je l'ai dit, les conclusions en cause sont susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, une mesure peut être prise en vertu du paragraphe 18.1(3), à condition qu'un motif justifiant la prise de cette mesure soit établi en vertu du paragraphe 18.1(4). Si les conclusions ne sont pas des « décisions ou des ordonnances », rien ne permet d'effectuer un examen en vertu des alinéas 18.1(4)d) ou 18.1(4)c). L'appelant a soutenu dans ses plaidoiries qu'une conclusion de la Commission qui serait contraire à la preuve pourrait être examinée en vertu de l'alinéa 18.1(4)f), pour le motif que la Commission « a agi de toute autre façon contraire à la loi ». Il m'est difficile de retenir cet argument; en effet, cette disposition semble viser un motif qui n'est pas par ailleurs expressément énoncé au paragraphe 18.1(4). Je laisserai la question en suspens car je crois qu'une conclusion non étayée figurant au chapitre 35 qui est tirée par la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi est visée par l'alinéa 18.1(4)b). La justice naturelle et l'équité procédurale sont habituellement associées à la qualité d'une audience qui aboutit à une décision ou à

une ordonnance, mais la jurisprudence n'a pas ainsi limité la chose. Par ailleurs, la justice naturelle n'est pas respectée si les conclusions de l'office, y compris celles qu'une commission d'enquête tire, ne sont pas étayées par la preuve: *Mahon v. Air New Zealand Ltd.*, [1984] 1 A.C. 808 (C.P.), lord Diplock, à la page 820:

[traduction] Les règles de justice naturelle qui sont ici pertinentes peuvent, à notre avis, se résumer aux deux règles que la Cour d'appel d'Angleterre a mentionnées dans l'arrêt *Reg. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, Ex parte Moore* [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490, qui portait sur l'exercice d'une compétence en matière d'enquête, même s'il s'agit d'une compétence différente de celle que le juge qui enquêtait sur le désastre du mont Erebus a assumée. Selon la première règle, la personne qui tire une conclusion dans l'exercice de pareille compétence doit fonder sa décision sur des éléments de preuve qui ont une valeur probante au sens où nous l'entendons ci-dessous. Selon la seconde règle, cette personne doit entendre d'une façon équitable toute preuve pertinente qui va à l'encontre de la conclusion et tout argument rationnel contraire à la conclusion qu'une personne représentée à l'enquête, dont les intérêts (notamment au point de vue de sa carrière ou de sa réputation) peuvent être en jeu, veut ou aurait voulu lui soumettre si elle avait su que cette conclusion serait peut-être tirée.

Voir Sir William Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, 7^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1994), à la page 540. Voir également *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, 1996 CanLII 4069 (CF), [1996] 3 C.F. 259 (1^{re} inst.), au paragraphe 144 [page 315]; comparer avec *Ontario Public Service Employees' Union et al. and The Queen in right of Ontario, Re* (1984), 40 O.R. (2d) 70 (C. div.); *Hamilton Street Railway Co. v. Amalgamated Transit Union, Local 1585*, [1996] O.J. n° 3039 (C. div.) (QL).

[45] Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l'intimé ne peut pas réellement se plaindre qu'elles ont peut-être terni sa réputation. D'autre part, si aucun élément de preuve n'étayait les conclusions, le tort qui pourrait être causé à la réputation de l'intimé serait important. L'intimé ne pourrait pas se présenter de nouveau devant la Commission pour faire corriger l'erreur. Le mandat de la Commission est épuisé. L'intimé ne pourrait pas non plus en appeler d'une conclusion erronée devant une cour de justice. À moins que les conclusions en cause ne soient susceptibles de révision en vertu de l'article 18.1, toute erreur qui peut avoir été commise ne pourrait jamais être corrigée et il ne serait jamais possible de remédier au tort qui a pu être fait. L'intimé serait obligé de subir ces conséquences pour le reste de sa vie, et ce, quel que soit le dommage qui puisse avoir été causé à sa réputation. Cela semblerait injuste. Je concède que ces considérations à elles seules ne règlent pas la question de la possibilité d'effectuer un examen, mais il ne faut pas non plus omettre d'en tenir compte. Toutefois, je suis convaincu qu'une affaire telle que celle-ci doit assurément être examinée par la Cour pour le motif énoncé à l'alinéa 18.1(4)b), de façon à garantir le respect de la justice naturelle et à veiller à ce que la réputation de l'intimé ne soit pas ternie d'une façon injustifiée.

Le dossier testimonial de l'enquête

[46] J'examinerai maintenant l'argument de l'appelant selon lequel les conclusions en cause sont étayées par le dossier. Le juge des requêtes a examiné les conclusions selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, même s'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête. La Cour suprême a statué que, lorsque cette norme s'applique, la décision n'est pas manifestement déraisonnable « s'il existe des

éléments de preuve susceptibles de la justifier, même si elle ne correspond pas à la conclusion qu'aurait tirée la cour chargée de procéder à l'examen » : *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, 1993 CanLII 88 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 341. Étant donné qu'il s'agit de conclusions tirées par une commission d'enquête, je préfère examiner ces conclusions en me demandant si elles sont étayées jusqu'à un certain point par la preuve versée au dossier de l'enquête. Dans l'arrêt *Mahon*, précité, à la page 814, lord Diplock a noté les différences qui existent entre une enquête et un litige civil ordinaire et, à la page 820, il a énoncé les deux règles de justice naturelle mentionnées dans le passage précité. Il a ensuite ajouté ce qui suit, à la page 821 :

[traduction] Les règles techniques de preuve applicables aux litiges civils ou criminels ne font pas partie des règles de justice naturelle. La première règle exige que la décision de tirer la conclusion en question soit fondée jusqu'à un certain point sur *des* éléments qui tendent logiquement à montrer l'existence de faits compatibles avec la conclusion et que le raisonnement qui est fait au sujet de la conclusion, s'il doit être divulgué, ne soit pas en bonne partie contradictoire en soi.

[47] L'examen du dossier de l'enquête que j'ai moi-même effectué me convainc que le dossier renferme des éléments de preuve suffisants à l'appui de chacune des conclusions que le juge des requêtes estimait non étayée, et ce, même si la preuve ne semble peut-être pas tout à fait cohérente car, en fin de compte, il incombait à la Commission, en tirant ses conclusions de fait, de soupeser et d'apprécier la preuve présentée par les divers témoins. Il va sans dire que, même dans les meilleures circonstances, il ne s'agit pas d'une tâche facile, certainement pas dans ce cas-ci, où le sentiment de frustration à l'égard de certains témoignages est manifeste à la lecture du rapport. Par conséquent, à mon avis, il n'incombe certes pas à la cour qui effectue l'examen de s'attribuer le rôle des commissaires en soupesant et en appréciant de nouveau la preuve qui est ici en cause.

[48] Quant à la première de ces conclusions, l'intimé a témoigné que [traduction] « sur le temps dont [il] disposai[t], 15 p. 100 du temps, de 15 à 20 p. 100 du temps était consacré à la supervision de la formation »⁵. Ce témoignage et d'autres éléments de preuve portant sur ce point sont examinés dans les observations écrites de l'intimé, aux paragraphes 165 à 173⁶. La conclusion selon laquelle l'intimé [traduction] « n'a pas consacré suffisamment de temps » semblerait représenter la conclusion ou l'opinion à laquelle la Commission est arrivée en se fondant sur les faits constatés⁷. Il est ensuite conclu que l'intimé savait ou aurait dû savoir qu'une mission de maintien de la paix [traduction] « nécessit[e] des connaissances plus étendues que l'entraînement général au combat permet d'en donner » . Selon certains éléments de preuve, une mission de maintien de la paix fait appel à un [traduction] « état d'esprit tout à fait différent »⁸ et trop peu de [traduction] « formation propre à la mission » avait été donnée aux soldats au cours de la phase antérieure au déploiement⁹. La conclusion selon laquelle l'intimé a permis que la formation du 2^e Commando [traduction] « soit beaucoup trop axée sur les compétences générales au combat et comporte un degré d'agressivité incompatible avec une mission de maintien de la paix » semblerait encore une fois être étayée par le dossier. Selon certains éléments de preuve, on avait donné au sein du 2^e Commando un entraînement général au combat, y compris en ce qui concerne l'emploi d'une force mortelle, qui n'était pas compatible avec une mission de maintien de la paix¹⁰. La conclusion selon laquelle l'intimé n'a pas pris au sérieux les critiques formulées par le Capitaine Kyle au sujet de la formation du 2^e Commando semble jusqu'à un certain point fondée sur la preuve¹¹. Il en va de même pour la conclusion selon laquelle une

directive donnée par l'intimé au lieutenant-colonel MacDonald a empêché la prise immédiate de mesures à l'encontre du major Seward, qui commandait le 2^e Commando, directive dont l'intimé était responsable¹². De même, la conclusion selon laquelle l'intimé [traduction] « n'a pas instruit convenablement ses commandants sur le but, la portée et les objectifs de l'entraînement qu'ils devaient donner et n'a pas inclus d'énoncé convenable de ces points dans son plan d'entraînement » est étayée par la preuve¹³. Enfin, les conclusions selon lesquelles les trois commandos [traduction] « avaient fonctionné indépendamment les uns des autres, sans la cohésion que doit avoir un régiment » et que l'intimé [traduction] « n'a pas déployé tous les efforts possibles pour assurer la cohésion de son unité » sont étayées par la preuve¹⁴.

DISPOSITIF

[49]J'accueillerais l'appel en partie, j'infirmes l'ordonnance de la Section de première instance et j'y substituerai un jugement déclaratoire portant que les déclarations générales susmentionnées figurant aux pages xxxvi à xxxviii du volume 1 et les déclarations générales susmentionnées figurant aux pages 1075 et 1076 du volume 4 du rapport ne s'appliquent pas à l'intimé. À tous les autres égards, je rejeterai la demande de contrôle judiciaire. Étant donné que l'appelant a en bonne partie eu gain de cause dans le présent appel, il devrait avoir droit aux deux tiers des dépens partie-partie de l'appel.

Le juge Strayer, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

Le juge Robertson, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

¹ *Morneault c. Canada (Procureur général)* (1998), 1998 CanLII 7647 (CF), 10 Admin. L.R. (3d) 251 (C.F. 1^{re} inst.).

² Rapport de la Commission, vol. 4, aux p. 1160 à 1162.

³ *Ibid.*, aux p. 1159 et 1160.

⁴ *Ibid.*, à la p. 1162.

⁵ Transcription de l'enquête, dossier d'appel, vol. IV, à la p. 765.

⁶ *Ibid.*, vol. I, aux p. 190 et 191.

⁷ *Ibid.*, vol. IV, à la p. 764.

⁸ *Ibid.*, vol. IV, à la p. 918.

⁹ *Ibid.*, vol. V, aux p. 953, 954 et 1112.

¹⁰ *Ibid.*, aux p. 1166 et 1167; vol. VI, à la p. 1176.

¹¹ *Ibid.*, vol. V, aux p. 954 et 955.

¹² *Ibid.*, vol. VI, aux p. 1182 et 1183.

¹³ *Ibid.*, vol. V, aux p. 1131 et 1151 à 1161. Voir également les p. 1113, 1116, 1128, 1129 et 1130.

¹⁴ *Ibid.*, vol. VI, aux p. 1185, 1205, 1208, 1212, 1215; vol. V, aux p. 1086 et 1087, 1134 et 1135.

par **LEXUM** 

pour la 

Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada

Portée des collections
Outils
Conditions d'utilisation
Vie privée
Aide
Contactez-nous
À propos

All England Law Reports/1984/Volume 3 /Mahon v Air New Zealand Ltd and others - [1984] 3 All ER 201

[1984] 3 All ER 201

Mahon v Air New Zealand Ltd and others

PRIVY COUNCIL

LORD DIPLOCK, LORD KEITH OF KINKEL, LORD SCARMAN, LORD BRIDGE OF HARWICH AND LORD TEMPLEMAN

5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27 JULY, 20 OCTOBER 1983

Natural justice - Royal commission - Duty to hear parties - Opportunity to rebut proposed findings - Royal commission making finding that witnesses had engaged in conspiracy to commit perjury before commission - Witnesses not given opportunity to rebut finding - Whether Royal commission finding made in breach of rules of natural justice.

Following an air disaster in which a civil aircraft owned by the defendant airline crashed in Antarctica killing the 257 passengers and crew on board, the appellant, a judge of the New Zealand High Court, was appointed to be a royal commission to inquire into the cause and circumstances of the disaster. After a lengthy inquiry the judge produced a detailed report in which he found that the single, dominant and effective cause of the crash was the act of the airline in changing the computer flight track of the aircraft to fly directly at an Antarctic volcano, Mt Erebus, without telling the aircrew, who had been briefed on a flight path that would have taken the aircraft well to the west of Mt Erebus, and that that mistake was directly attributable to incompetent administrative procedures within the airline. The judge also found that the chief executive of the airline, certain of its executive pilots and members of the airline's navigation section had engaged in 'a pre-determined plan of deception [as] part of an attempt to conceal a series of disastrous administrative blunders' and that their evidence amounted to an 'orchestrated litany of lies'. In particular, the judge found that there had been a deliberate destruction, on the orders of the airline's chief executive, of all documents disclosing the mistake in changing the aircraft's flight track and that there had been a deliberate concealment from the relevant authorities of a change in the flight path used by the airline on Antarctic flights. The judge accordingly ordered the airline to pay \$NZ150,000 by way of contribution to the cost of the inquiry. The airline applied for judicial review of the costs order in the royal commission report. The application was removed into the Court of Appeal, which held that the order should be set aside because the judge had acted contrary to natural justice and in excess of his jurisdiction in finding that members of the airline's management had conspired to

commit perjury at the inquiry. The judge appealed to the Privy Council against the setting aside of the costs order.

Held - (1) A tribunal making a finding in the exercise of an investigative jurisdiction (such as a royal commission) was required to base its decision on evidence that had some probative value, in the sense that there had to be some material that tended logically to show the existence of facts consistent with the finding and that the reasoning supporting the finding, if disclosed, was not logically self-contradictory (see p 210 *b to d*, post);

[1984] 3 All ER 201 at 202

dictum of Diplock LJ in *R v Deputy Industrial Injuries Comr, ex p Moore* [1965] 1 All ER at 94 applied.

(2) A tribunal exercising an investigative jurisdiction was also required to listen fairly to any relevant evidence conflicting with, and any rational argument against, a proposed finding that a person represented at the inquiry whose interests (including his career and reputation) might be affected wished to place before the inquiry. Accordingly, a person represented at the inquiry who would be adversely affected by a decision to make a finding was entitled to be informed that there was a risk of the finding being made and to be given the opportunity to adduce additional material of probative value which might deter the tribunal from making that finding (see p 210 *b to e*, post); dictum of Diplock LJ in *R v Deputy Industrial Injuries Comr, ex p Moore* [1965] 1 All ER at 95 applied.

(3) Since the judge's findings that there had been a deliberate destruction of documents and concealment of the change in flight path had been made in the absence of any probative evidence and without giving the persons affected by those findings the opportunity to rebut them, and since those findings formed the basis of the judge's conclusion that members of the airline's management had conspired to commit perjury, which in turn was a major influence in inducing the judge to make the costs order, it followed that the costs order had been made in breach of the rules of natural justice and had rightly been set aside. The judge's appeal would accordingly be dismissed (see p 215 *h j*, p 216 *f g*, p 217 *d to f*, p 219 *b c*, p 220 *b to h*, p 221 *b to g*, p 222 *g to j* and p 224 *a b j*, post).

Notes

For the right to be heard before a tribunal reaches a decision, see 1 *Halsbury's Laws* (4th edn) paras 74-76, and for cases on the subject, see 1(1) *Digest* (Reissue) 200-201, 1172-1176.

Cases referred to in judgment

Cock v A-G (1909) 28 NZLR 405, NZ CA.

R v Deputy Industrial Injuries Comr, ex p Moore [1965] 1 All ER 81, [1965] 1 QB 456, [1965] 2 WLR 89, CA.

Royal Commission on Thomas Case, Re [1982] 1 NZLR 252, NZ CA.

Appeal

The Hon Peter Thomas Mahon (the judge) appealed by special leave granted on 22 December 1982 against the decision of the New Zealand Court of Appeal (Woodhouse P, Cooke, Richardson, McMullin and Somers JJ) on 22 December 1981 quashing an order made by the judge in his capacity as the Royal Commission appointed to inquire into the cause and circumstances of the crash on Mt Erebus, Antarctica, of a DC10 aircraft operated by the first respondent, Air New Zealand Ltd, by which the judge ordered Air New Zealand Ltd to pay the sum of \$NZ150,000 by way of contribution to the public cost of the royal commission inquiry. The second and third respondents were Mr M R Davis and Captain I H Gemmell, who were respectively the chief executive and technical flight manager of Air New Zealand Ltd at the time of the crash and who joined Air New Zealand Ltd in applying for judicial review of certain parts of the report made by the judge following the royal commission inquiry. The fourth respondent was the Attorney General for New Zealand, who was joined as a respondent in the Court of Appeal to represent the public interest. The facts are set out in the judgment of the Board.

Sir Patrick Neill QC, W D Baragwanath QC (of the New Zealand Bar), Nicolas Bratza and R S Chambers (of the New Zealand Bar) for the judge.

Robert Alexander QC, L W Brown QC and R J McGrane (both of the New Zealand Bar) with him, for Air New Zealand Ltd.

D A R Williams and L L Stevens (both of the New Zealand Bar) for Mr Davis and Captain Gemmell.

Robert Smellie QC (of the New Zealand Bar), David Widdicombe QC and N C Anderson (of the New Zealand Bar) for the Attorney General of New Zealand.

[1984] 3 All ER 201 at 203

20 October 1983. The following judgment was delivered.

LORD DIPLOCK.

Introduction

This appeal to Her Majesty in Council is part of the unhappy aftermath of what in terms of loss of human life and family bereavement was the worst disaster to strike New Zealand since the end of the 1939-45 war. It happened on 28 November 1979, when, in the hours of broad daylight, a DC10 aircraft, operated by Air New Zealand Ltd (ANZ) and engaged on a sight-seeing trip to the Antarctic, flew at a height of 1,500 feet straight into the lower snow-clad slopes of a 12,500 feet high volcano, Mt Erebus, causing the instantaneous death of all the 237 passengers and 20 members of the crew who were aboard.

As soon as the news reached Auckland that the aircraft was still missing somewhere in Antarctica after the time had passed when the fuel on board would have been exhausted, a statutory investigation was set on foot. It was conducted by the Chief Inspector of Air Accidents, Mr R Chippindale. Such an investigation is held in private; it leads to a report by the inspector to the Minister of Transport in which, among other matters, he expresses such conclusion as he has been able to form as to the probable cause of the accident. The decision whether the inspector's report shall be published and, if so, when rests with the minister.

In the case of Mr Chippindale's report on the Mt Erebus disaster (the Chippindale report) the minister caused it to be published on 12 June 1980, the day after the formal appointment by the Governor-General of a royal commission to inquire into the cause and circumstances of the crash. He appointed as sole commissioner a distinguished judge of the High Court of New Zealand of some ten years' standing, Mahon J (hereafter referred to as 'the judge'), who is the appellant in the appeal to this Board. It will become necessary for their Lordships to refer to some specific provisions in his terms of reference, but this may conveniently be left until later in this judgment, which unavoidably must be lengthy.

The original warrant of appointment required the judge to report his findings and opinions to the Governor-General not later than 31 October 1980. This proved to be much too short a time for what turned out to be a highly complicated and wide-ranging investigation; and no less than four successive extensions were called for of which the last expired on 30 April 1981. The judge's report (the royal commission report) was in fact presented to the Governor-General on 16 April 1981.

It is convenient at this early stage to mention briefly three salient facts that were known both to Mr Chippindale and to the judge when they wrote their respective reports. Those salient facts, the evidence about which it will be necessary for their Lordships later to examine in some detail, were *first* that the pilot of the ill-fated aircraft, Captain Collins, and the flight officer, First Officer Cassin, had been briefed for the flight, some 18 days previously, on a flight plan which incorporated co-ordinates of latitude and longitude of its southernmost waypoint that would have taken the aircraft on a route passing over an area of ice-covered sea to the west of Mt Erebus and well clear of it. The *second* was that shortly before the departure of the flight on 28 November 1979 the

co-ordinates of the southernmost waypoint of the flight plan had been altered into one that flew directly at and over Mt Erebus and it was this latter flight plan that, at the pre-dispatch briefing on 28 November, was supplied to the aircrew to be fed into the aircraft's computer for use as the principal navigational aid. The *third* was that neither Captain Collins nor First Officer Cassin nor any other member of the aircrew was told of the change. Unfortunately, though the omission is readily explicable by the pressure of time within which the judge was required to produce his report, he overlooked para 1.17.7 of the Chippindale report, which made it crystal clear that the third of these salient facts, as well as the first and second, had been disclosed to Mr Chippindale in the course of his statutory investigation.

The Chippindale report and the royal commission report reached different conclusions

[1984] 3 All ER 201 at 204

as to the effective cause of the disaster. Mr Chippindale in the paragraph of his report which dealt with probable cause said (para 3.37):

'The probable cause of this accident was the decision of the captain to continue the flight at low level toward an area of poor surface and horizon definition when the crew was not certain of their position and the subsequent inability to detect the rising terrain which intercepted the aircraft's flight path.'

In effect, although there are criticisms elsewhere in his report of management practices of ANZ in relation to Antarctic flights, Mr Chippindale ascribed the principal blame for the tragedy to pilot error.

The judge's view was very different. It is summarised in paras 393 and 394 of the royal commission report, which can helpfully be prefaced by an introductory sentence extracted from para 392:

'392 ... The dominant cause of the disaster was the act of the airline in changing the computer track of the aircraft without telling the aircrew ...

393. In my opinion therefore, the single dominant and effective cause of the disaster was the mistake made by those airline officials who programmed the aircraft to fly directly at Mt. Erebus and omitted to tell the aircrew. That mistake is directly attributable, not so much to the persons who made it, but to the incompetent administrative airline procedures which made the mistake possible.

394. In my opinion, neither Captain Collins nor First Officer Cassin nor the flight engineers made any error which contributed to the disaster, and were not responsible for its occurrence.'

These findings, which fall fairly and squarely within the royal commission's terms of reference and for which there was ample supportive evidence at the inquiry before the judge, were not sought to

be challenged in the proceedings for judicial review of the royal commission report that were brought by ANZ in the High Court and removed into the Court of Appeal, whose judgment in that matter (see [1981] 1 NZLR 618) is the subject of the present appeal. They are not susceptible to challenge in proceedings of this kind; but their Lordships have had occasion to read and to reread with close attention before, during and since the hearing of the appeal all 167 printed pages of the royal commission report. Having done so, they would desire to place on record their tribute to the brilliant and painstaking investigative work undertaken by the judge (with the support of counsel appointed to assist him) in the course of hearings which lasted for 75 days and other investigations that he or counsel assisting him undertook in addition to the public hearings. Deserving of mention also are the patience and courtesy with which those hearings were conducted by the judge.

The judge and those counsel who were assisting him, however, laboured under a severe handicap to which, in their Lordships' view, the unfortunate sequelae of the royal commission report are in large part attributable. That handicap was pressure of time. The Chippindale report, ascribing to pilot error the principal blame for this dreadful accident from the shock of which the people of New Zealand had not yet recovered, had just been published. It is understandable that the Executive Council should want the result of the inquiry by the royal commission to be made available to the public with as little delay as possible; but the short time limit of 31 October 1980 for reporting that was set by the first royal warrant meant that by 23 June, when, by acting with the utmost expedition, the judge was able to hold the preliminary hearing to discuss procedure, he had only a little over four months to undertake all necessary inquiries and investigations in New Zealand, Antarctica and, as it turned out, in other countries too and to draft his report thereon.

The procedure followed at the hearings

The preliminary hearing was attended by counsel representing ten parties, of whom for present purposes it is necessary to list only ANZ, the Civil Aviation Division (CAD) of

[1984] 3 All ER 201 at 205

the Ministry of Transport, the estates of Captain Collins and of First Officer Cassin and a consortium of estates of deceased passengers. The New Zealand Airline Pilots Association (ALPA) were not represented at that preliminary hearing but shortly afterwards were added as parties to the inquiry and through their counsel called witnesses and took a very active part. The procedure to be adopted at the inquiry was outlined by counsel assisting the judge. He proposed that apart from Mr Chippindale, who would give his evidence first, witnesses should be called by the interested parties and in an order corresponding to the chronology of the events to which they would speak, an order that was broadly followed to begin with but to which it later proved impracticable to adhere. At that stage it was contemplated that the parties represented should furnish to counsel assisting the judge written briefs of the evidence to be given by their witnesses and that this should be done well in advance of those witnesses being called, so as to enable the evidence to be collated and, if need be, elaborated. But, under pressure of time, this sensible proposal had to be abandoned, and the practice

that in fact was followed was that copies of the written brief of the evidence which each witness was intending to give were distributed to the judge, to counsel assisting him and to counsel for other parties represented, at the moment when the particular witness went into the witness box and not before. This procedure, departing as it did from that which had originally been intended, had the inevitable consequence that facts to which the judge, in his report, was ultimately going to attach the utmost significance seemed to be emerging only piecemeal as successive witnesses were called.

An investigative inquiry into facts by a tribunal of inquiry is in marked contrast to ordinary civil litigation, the conduct of which constitutes the regular task of High Court judges, in which their experience of the methodology of decision-making on factual matters has been gained. Where facts are in dispute in civil litigation conducted under the common law system of procedure, the judge has to decide where, on the balance of probabilities, he thinks that the truth lies as between the evidence which the parties to the litigation have thought it to be in their respective interests to adduce before him. He has no right to travel outside that evidence on an independent search on his own part for the truth; and, if the parties' evidence is so inconclusive as to leave him uncertain where the balance between the conflicting probabilities lies, he must decide the case by applying the rules as to the onus of proof in civil litigation. In an investigative inquiry, on the other hand, into a disaster or accident of which the commissioner who conducts it is required, as the judge was in the instant case, to inquire into and to report on 'the cause or causes of the crash', it is inevitable, particularly if there are neither survivors nor eye-witnesses of the crash, that the emergence of facts, and the realisation of what part, if any, they played in causing the disaster and of their relative importance, should be more elusive and less orderly, as one unanticipated piece of evidence suggests to the commissioner, or to particular parties represented at the inquiry, some new line of investigation that it may be worth while to explore, whether, in the result, the exploration when pursued leads only to a dead end or, as occurred in one particular instance in the present case, it leads to the discovery of other facts which throw a fresh light on what actually happened and why it happened.

The emergence of the evidence piecemeal, which was a consequence of the abandonment under pressure of time of the original proposal that counsel for the parties represented should furnish in advance the written briefs of witnesses for collation and for elaboration where necessary, was not, in the event, compensated for by affording to those counsel an opportunity of giving to the judge at the outset of the inquiry a summary, either orally or in writing, of the salient facts to which the evidence that they proposed to call would be directed. In the circumstances as they presented themselves at that early stage to all concerned in the inquiry, this too is understandable. Nevertheless, looking at it as their Lordships are able to do with the benefit of hindsight, it seems to them that, taken in conjunction with the failure to adhere to the plan for the advance furnishing of written briefs, the procedure adopted had unfortunate effects in colouring the judge's view of what he referred to as the 'stance' which the management of ANZ

had adopted as soon as the news of the crash had reached it and to which he considered it had adhered from beginning to end of the inquiry. It was what the judge said and did about that so-called 'stance' that made his report vulnerable to judicial review.

The governing statutes

There are two fields of New Zealand law that are particularly relevant to this appeal. The first is the law relating to the appointment, functions and powers of royal commissions of inquiry; the second is the law relating to judicial review.

The use of royal commissions for the purpose of conducting inquiries into matters of public importance is much more common in New Zealand than in the United Kingdom. Between 1972 and 1981 there were 15 such commissions, many of these consisting of, or presided over by, a judge of the Supreme Court. Royal commissions are appointed by the Governor-General acting on the advice of the Executive Council. The source of his authority to do so is twofold: the letters patent of 11 May 1917 and the Commissions of Inquiry Act 1908(as subsequently amended). As in the instant case, the warrant of appointment of a royal commission habitually relies on both the prerogative and the statutory source of power.

Section 2 of the Commissions of Inquiry Act 1908 empowers the Governor-General to appoint any person or persons to be a commission to inquire into and report on any question arising out of or concerning, among other things--

'(e) Any disaster or accident (whether due to natural causes or otherwise) in which members of the public were killed or injured or were or might have been exposed to risk of death or injury.'

Where the commission consists of or includes a judge of the Supreme Court, s 13 gives to him and to any other members of the commission, for all the purposes of the inquiry--

'the same powers, privileges, and immunities as are possessed by a Judge of the Supreme Court in the exercise of his civil jurisdiction under the Judicature Act 1908.'

So whatever is written about anyone to his discredit in the report of a commission so constituted is the subject of absolute privilege under the law of defamation, devoid though the allegation may be of any factual foundation and notwithstanding (though this is not suggested in the instant case) that it also be inspired by malice. So he who has been traduced is deprived of any remedy by way of civil action to vindicate his reputation.

Royal commissions by the terms of their appointment have a wide discretion as to the manner in

which their inquiries are to be conducted. Having regard to the nature of their functions royal commissioners are not required to follow the rules of evidence applicable to civil litigation; but they are vested with the power to summon witnesses to give evidence on oath and to produce documents; a knowingly untrue statement made by a witness to a royal commission on oath amounts to the crime of perjury.

It lies within the discretion of the royal commission to decide in the first instance who shall be cited as parties to the inquiry; but by s 4A of the Act (inserted by amendment in 1958):

'Any person interested in the inquiry shall, if he satisfies the Commission that he has an interest in the inquiry apart from any interest in common with the public, be entitled to appear and be heard at the inquiry as if he had been cited as a party to the inquiry.'

It was pursuant to this provision that ALPA became represented at the inquiry in the instant case.

Finally as respects the statutory powers of tribunals of inquiry, attention must be drawn to the important provision contained in s 11 of the Act:

'Power to award costs. The Commission, upon the hearing of an inquiry, may order that the whole or any portion of the costs of the inquiry or of any party thereto

[1984] 3 All ER 201 at 207

shall be paid by any of the parties to the inquiry, or by all or any of the persons who have procured the inquiry to be held.'

Their Lordships turn next to the law of judicial review as it is currently applied in New Zealand. The extension of judicial control of the administrative process has provided over the last 30 years the most striking feature of the development of the common law in those countries of whose legal systems it provides the source; and although it is a development that has already gone a long way towards providing a system of administrative law as comprehensive in its content as the *droit administratif* of countries of the civil law, albeit differing in procedural approach, it is a development that is still continuing. It has not yet become static either in New Zealand or in England.

Their Lordships' consideration of the reports of cases from New Zealand, England and other Commonwealth jurisdictions that have been helpfully included in the documents provided for them by the parties to this appeal does not leave them in any doubt that the principles underlying the exercise of judicial review in New Zealand and in England, at any rate, are the same. But the machinery and practices by which governmental power, central or local, is exercised to control or otherwise to affect the activities of private citizens in the two countries are not identical; and the

detailed application in New Zealand of the principles of judicial review to particular indigenous kinds of administrative action is, in their Lordships' view, best left to the New Zealand courts without obtrusion by this Board where such a course is not essential to enable an appeal to be disposed of by Her Majesty in Council. In point of fact the Judicature Amendment Act 1972, which introduced the procedure of application for review in relation to the exercise, refusal to exercise or proposed or purported exercise of a statutory power, anticipated by five years the adoption of an analogous, though by no means identical, procedural reform in England by the remodelling of RSC Ord 53. So this is a procedure of which, in a rapidly developing field of law, the New Zealand courts have had practical working experience that is twice as long as the experience that English courts have had in operating their own reformed procedure.

The Judicature Amendment Act 1972 was itself amended in 1977. Their Lordships will refer to the Act as so amended as the Judicature Amendment Act. The only provisions of the Act that it is necessary to cite for the purposes of this appeal are s 4(1) to (3) and parts of s 3 (the interpretation section). Section 4(1) to (3) provides:

'Application for Review.--(1) On an application by motion which may be called an application for review, the Supreme Court may, notwithstanding any right of appeal possessed by the applicant in relation to the subject-matter of the application, by order grant, in relation to the exercise, refusal to exercise, or proposed or purported exercise by any person of a statutory power, any relief that the applicant would be entitled to, in any one or more of the proceedings for a writ or order of or in the nature of mandamus, prohibition, or certiorari or for a declaration or injunction, against that person in any such proceedings.

(2) Where on an application for review the applicant is entitled to an order declaring that a decision made in the exercise of a statutory power of decision is unauthorised or otherwise invalid, the Court may, instead of making such a declaration, set aside the decision.

(2A) Notwithstanding any rule of law to the contrary, it shall not be a bar to the grant of relief in proceedings for a writ or an order of or in the nature of certiorari or prohibition, or to the grant of relief on an application for review, that the person who has exercised, or is proposing to exercise, a statutory power was not under a duty to act judicially; but this subsection shall not be construed to enlarge or modify the grounds on which the Court may treat an applicant as being entitled to an order of or in the nature of certiorari or prohibition under the foregoing provisions of this section.

(3) Where in any of the proceedings referred to in subsection (1) of this section the Court had, before the commencement of this Part of this Act, a discretion to

[1984] 3 All ER 201 at 208

refuse to grant relief on any grounds, it shall have the like discretion, on like grounds, to refuse to grant any relief on an application for review.'

Section 3, so far as material, provides:

'Interpretation. In this Part of this Act, unless the context otherwise requires,--"Decision" includes a determination or order: "Statutory power" means a power or right conferred by or under any Act ... (b) To exercise a statutory power of decision ... (e) To make any investigation or inquiry into the rights, powers, privileges, immunities, duties, or liabilities of any person: "Statutory power of decision" means a power or right conferred by or under any Act ... to make a decision deciding or prescribing or affecting--(a) The rights, powers, privileges, immunities, duties, or liabilities of any person ... '

The costs order in the royal commission report

In the instant case, in circumstances and for expressed reasons that it will be necessary for their Lordships to discuss in detail, the judge incorporated in his report an order under s 11 of the Commissions of Inquiry Act 1908 that ANZ should pay to the Department of Justice the sum of \$150,000 (the costs order) by way of contribution to the public cost of the inquiry, which amounted in all to \$275,000.

It is not and could not sensibly be disputed that the costs order was made in the exercise of a statutory power of decision and that to this extent, if to no other, the royal commission report was subject to review under s 4 of the Judicature Amendment Act.

The order that ANZ should pay more than half the costs of the inquiry was in the final part of the report which bore the heading 'Appendix'. It appeared at the end of the very last paragraph of that appendix which also contained directions, which ANZ did not seek to make the subject of judicial review, that the costs and disbursements of ALPA and the estates of Captain Collins and First Officer Cassin should be paid as to two-thirds by ANZ and one-third by CAD. The reasons for the judge's ordering ANZ to pay the greater part of the public cost of the inquiry were explained in the immediately preceding unnumbered paragraphs. The explanation in turn harked back to, and became intelligible only by reference to, detailed findings by the judge contained in various numbered paragraphs in earlier parts of the report and culminating in his finding in para 377, expressed in the following terms:

'No judicial officer ever wishes to be compelled to say that he has listened to evidence which is false. He always prefers to say, as I hope the hundreds of judgments which I have written will illustrate, that he cannot accept the relevant explanation, or that he prefers a contrary version set out in evidence. But in this case, the palpably false sections of evidence which I heard could not have been the result of mistake, or faulty recollection. They originated, I am compelled to say, in a pre-determined plan of deception. They were very clearly part of an attempt to conceal a series of disastrous administrative blunders and so, in regard to the particular items of evidence to which I have referred, I am forced reluctantly to say that I had to listen to an orchestrated litany of lies.'

The parties to the plan of deception and conspiracy to commit perjury which this paragraph charges are readily identified in the body of the report as consisting of Mr M R Davis, the chief executive of ANZ, Captain Eden, the director of flight operations, Captains Gemmell, Grundy, Hawkins and Johnson, senior officers employed in the department responsible for flight operations and sometimes referred to as 'executive pilots', since they divided their time between spells of actual flying duties and executive work at the headquarters of ANZ in the flight operations division. Another executive pilot, Captain Wilson, who was responsible for briefing pilots and navigators for Antarctic flights, was acquitted by the judge of joining in the litany of lies but his withdrawal from the predetermined plan of deception was referred to in para 289(k) of the report as seeming to have

'the hallmarks of a last-minute decision'. The report also

[1984] 3 All ER 201 at 209

identified as co-conspirators all four members of the navigation section of flight operations, namely Messrs Amies, Brown, Hewitt and Lawton.

The application for judicial review

The findings of the judge in this and certain earlier paragraphs as well as his decision mulcting ANZ in the sum of \$150,000 as a contribution to the public cost of the inquiry were sought by ANZ to be made the subject of judicial review in proceedings started on 20 May 1981, to which the judge was made a respondent. However, although he was represented at the review proceedings his representatives took no active part. The Attorney General was made a respondent as representing the public interest in maintaining the costs order and it was he who in the Court of Appeal defended it and other parts of the report that came under attack.

In respect of para 377 and the other findings of which complaint was made the relief sought in the application for review was for orders that the findings should be set aside and for declarations that they had been made in excess of jurisdiction and in circumstances involving unfairness and breaches of the rules of natural justice. The relief sought in respect of the costs order was that it be set aside.

As mentioned earlier, the application for review was removed from the High Court into the Court of Appeal and heard by all five regular members of that Court presided over by Woodhouse P (see [1981] 1 NZLR 618). Although two separate judgments were delivered, one by Woodhouse P joined by McMullin J (the Woodhouse judgment), the other by Cooke, Richardson and Somers JJ (the Cooke judgment), both judgments were at one in holding that on reading the report an ordinary New Zealander, who had been exposed to the publicity that had followed on the disaster and the successive investigations by Mr Chippindale and the royal commission into its causes, would understand the reason for the costs order having been imposed on ANZ to be to punish it for organising a predetermined plan of deception, including conspiracy by members of the management of ANZ to commit perjury, with which para 337 had charged them. It was submitted to their Lordships at the hearing before the Board that there is no linkage between the costs order and any charges earlier in the report of conspiracy to deceive or to commit perjury. Their Lordships would in any event hesitate long before rejecting the unanimous opinion of the members of a New Zealand Court of Appeal how an ordinary New Zealander reading a report published for the information of New Zealanders would understand it; but their Lordships' own impressions on first and subsequent readings of the report have coincided with those of the members of the Court of Appeal.

The Court of Appeal were likewise unanimous that ANZ was entitled to have the costs order set

aside, on the ground that the judge had made it for reasons on which in law he was not entitled to rely, ie his finding in para 377 of a conspiracy by members of the management of ANZ to commit perjury at the inquiry. In both the Woodhouse judgment and the Cooke judgment it was held that in making this finding the judge had acted contrary to natural justice and in excess of jurisdiction. The only significant difference between the two judgments is that Woodhouse P and McMullin J would have been prepared to go further than the other three members of the court and, in addition to setting aside the costs order, would have dealt with the findings in para 377, together with another paragraph of the report, para 348, by either setting them aside or making declarations that these paragraphs were invalid.

For reasons to be explained later their Lordships have not found it necessary, for the purpose of disposing of this appeal, to go into the questions whether, in making his finding in para 377, the judge acted in excess of his jurisdiction as a royal commission or whether the court itself, on an application for review of a royal commission report under s 4 of the Judicature Amendment Act, had jurisdiction to set aside that paragraph or to declare it to be invalid; nor do their Lordships consider it desirable that they should make this an occasion for doing so. The appeal to this Board can, in their Lordships' view, be disposed of on the ground that in the process of arriving at the finding set out in para 377, which was the reason why he made the costs order, the judge failed by inadvertence

[1984] 3 All ER 201 at 210

to observe the rules of natural justice applicable to a decision to make a finding of this gravity that, put at its highest in the judge's favour, was collateral but not essential to his decisions on any of those matters on which his terms of reference required him to report.

The rules of natural justice that are germane to this appeal can, in their Lordships' view, be reduced to those two that were referred to by the English Court of Appeal in *R v Deputy Industrial Injuries Comr, ex p Moore* [1965] 1 All ER 81 at 94-95, [1965] 1 QB 456 at 488-490, which was dealing with the exercise of an investigative jurisdiction, though one of a different kind from that which was being undertaken by the judge inquiring into the Mt Erebus disaster. The first rule is that the person making a finding in the exercise of such a jurisdiction must base his decision on evidence that has some probative value in the sense described below. The second rule is that he must listen fairly to any relevant evidence conflicting with the finding and any rational argument against the finding that a person represented at the inquiry, whose interests (including in that term career or reputation) may be adversely affected by it, may wish to place before him or would have so wished if he had been aware of the risk of the finding being made.

The technical rules of evidence applicable to civil or criminal litigation form no part of the rules of natural justice. What is required by the first rule is that the decision to make the finding must be based on *some* material that tends logically to show the existence of facts consistent with the finding

and that the reasoning supportive of the finding, if it be disclosed, is not logically self-contradictory.

The second rule requires that any person represented at the inquiry who will be adversely affected by the decision to make the finding should not be left in the dark as to the risk of the finding being made and thus deprived of any opportunity to adduce additional material of probative value which, had it been placed before the decision-maker, *might* have deterred him from making the finding even though it cannot be predicated that it would inevitably have had that result.

Any determination whether the judge's finding of fact in para 377 of the royal commission report was flawed by a combination of failures to observe these two rules calls for some examination by their Lordships of what evidence there was at the inquiry of the alleged conspiracy and to what extent allegations of conspiracy were put to members of the management identified in the report as being parties to it. Since this task has been undertaken in the judgments of the Court of Appeal, to which reference may be made, their Lordships will endeavour to avoid mere repetition of facts that are to be found stated in these judgments.

The fatal flight of 28 November 1979 was the fourteenth in a series of sightseeing flights to Antarctica that ANZ had undertaken. The history concerning the previous flights is set out in meticulous detail in the royal commission report and a comprehensive summary of it can be found in the Woodhouse judgment in the Court of Appeal. The findings of the judge as to the cause of the disaster, viz '... the mistake made by those airline officials who programmed the aircraft to fly directly at Mt. Erebus and omitted to tell the aircrew', and as to the occurrence of a whole series of previous inexcusable blunders and slipshod administrative practices by the management of ANZ, of which this mistake was the result, are for the most part also dealt with in one or other of the judgments of the Court of Appeal. That such blunders did occur has not been the subject of any challenge in the proceedings for judicial review of the royal commission report. Their Lordships will therefore try, so far as possible, to avoid repeating an already twice-told tale and will concentrate on the three matters which have been relied on by his counsel as entitling the judge, without any breach of either of the rules of natural justice to which their Lordships have referred, to find that the senior officials responsible for the management of the flight operations of ANZ were guilty of a predetermined plan of deception, including conspiracy to commit perjury.

The matters canvassed at the hearing of the appeal to this Board

The three matters were: (1) the deliberate destruction on the orders of Mr Davis, the chief executive, of all documents which would disclose the mistake that had been made

[1984] 3 All ER 201 at 211

over the co-ordinates in the flight plan used for briefing Captain Collins and the different co-ordinates in the flight plan issued to the aircrew for use in the aircraft's computer on the actual

flight; (2) the concealment that there had been an intentional adoption by the airline management, as the southernmost waypoint for their Antarctic sightseeing flights, of the waypoint used at Captain Collins's briefing with co-ordinates that would take the aircraft over ice-covered sea to the west of Mt Erebus and well clear of it; (3) the denial by senior officials of ANZ that they knew that aircraft engaged on sightseeing flights to Antarctica, when they got there in visual meteorological conditions (VMC) with visibility at 20 km or more, flew at heights lower than 6,000 feet.

It was these matters that were canvassed in exhaustive (though not, in view of the importance of the case, excessive) detail by counsel for the appellant judge and the respondent airline during the 14 days of hearings by the Board. Their Lordships wish to express their appreciation of the helpful way in which this appeal has been conducted not only by leading counsel for the parties who addressed their Lordships orally but also by the other members of their respective legal teams, who were assiduous in supplying written notes, collating the references extracted from the mass of documents that were before the Board that bore on particular issues and summarising the submissions on those issues of the party whom they represented. By these means the burden on the Board of hearing and determining this difficult and complicated case was greatly eased.

Topography and flight plans for Antarctic flights

To put into their true perspective the three matters that were canvassed before their Lordships it is necessary to mention briefly the topography of the area in Antarctica that was visited in the course of the series of sightseeing flights. The flights in DC10 aircraft were non-stop from Auckland to a southernmost point at or adjacent to a United States military Antarctic base known as McMurdo which provided air traffic control (ATC) consisting of a tactical air navigation system (TACAN) and a non-directional beacon (NDB) situated some two miles from the TACAN. There was an ice airstrip at McMurdo known as Williams Field but it was not one at which a DC10 aircraft could land, and after sightseeing in the area the aircraft turned round and returned direct to Christchurch. This was its first and only stopping place.

McMurdo is situated on a peninsula forming the most southerly part of Ross Island, on which island there are three mountains of which the highest is the 12,500 feet Mt Erebus. To the south Ross Island adjoins and merges into the Ross ice-shelf, which forms the southern boundary of the Ross Sea. A part of the Ross Sea between 40 and 32 nautical miles in width, known as McMurdo Sound, lies to the west of Ross Island and separates it from the coast of that portion of the Antarctic continent that is called Victoria Land. The southern areas of the Ross Sea, including in particular McMurdo Sound, are ice-covered for much of the year, but the ice breaks up as the summer advances and areas of water are visible between the ice floes.

The flight plan of an aircraft undertaking an Antarctic sightseeing flight comprised a series of successive waypoints on the route, of which the co-ordinates of latitude and longitude were given,

together with the heading and distance to the next waypoint. The flight plan, when fed, together with other information, into the aircraft's computer at the beginning of the flight, enabled the aircraft to be navigated automatically and with great accuracy on a pre-determined course (referred to as 'nav track'). At the pilot's discretion, the nav track can be switched off and the aircraft navigated manually on such other course as the pilot may think preferable. This is known as changing from nav track to 'heading select'. On the nav track for the Antarctic flights the penultimate waypoint on the outward run was at Cape Hallett, a geographical feature towards the northern tip of the coast of Victoria Land at a distance from McMurdo of 337 miles. From Cape Hallett south to McMurdo it was possible to fly direct over the Ross Sea and down McMurdo Sound and during the journey to maintain contact with ATC at McMurdo. This was the route that was adopted by US military aircraft flying to and from McMurdo from the north. After reaching McMurdo and completing sightseeing the ANZ flights were programmed to return to Christchurch.

[1984] 3 All ER 201 at 212

A brief mention is also needed of what had happened on previous flights so that it may be understood what significance is properly to be attached to the practice of 'low flying' that had been adopted by pilots on previous Antarctic flights. Some of the airline officials (untruthfully as the judge found) professed to be unaware of the practice. The history of these earlier flights is set out in the Woodhouse judgment. Suffice it to say here that the two pioneer flights in February 1977 were planned with a nav track approved by CAD that took aircraft on the last stage of the outward journey on a heading from the waypoint at Cape Hallett that passed directly over Mt Erebus to McMurdo at a stipulated minimum altitude of 16,000 feet. For the October and November flights in 1977, of which there were four, the minimum authorised altitude after the aircraft had crossed Mt Erebus was reduced from 16,000 feet to 6,000 feet in an area to the south of the NDB at McMurdo Base if VMC subsisted there with visibility of 20 km or more.

Low flying

On a sightseeing flight strict adherence to the flight path from Cape Hallett over Mt Erebus to McMurdo Base rather than down McMurdo Sound, if VMC subsisted there and the assistance of ATC at McMurdo Base was available, did not make sense from the point of view of sightseeing nor was it necessary from the point of view of navigation or safety. Similarly, the maintenance of a minimum altitude in VMC was unhelpful and unnecessary. In such conditions there could be no objection to flights at altitudes as low as 1,500 feet down McMurdo Sound and in the neighbourhood of McMurdo Base. The judge so found in para 150 of his report and expressed the opinion that the formal approval of CAD and the US authorities to such practices as respects route and minimum altitude would have been automatic. It is therefore not surprising that the highly skilled and experienced pilots who were in charge of flights from October 1977 onwards treated themselves as having a discretion to diverge laterally in VMC from the original official nav track which would have taken them in a straight line from Cape Hallett to McMurdo over Mt Erebus, and to fly instead on heading select down McMurdo Sound to McMurdo on whatever track and at whatever altitude above it that information obtained from ATC at McMurdo, with whom they were

able to maintain continuous communication, indicated would best serve the purpose of sightseeing. All this occurred quite openly. Senior officials of CAD, as the judge found, knew about it; Mr Chippindale, in the course of his investigation immediately after the disaster, was made aware that the practice of low-flying deviation was not understood by pilots to be specifically forbidden by the pre-flight briefing. He refers to this in his report and, indeed, accounts for what he believed to have been the failure of pilots to discover that the co-ordinates of the southernmost waypoint on the flight plan were 2 West of the co-ordinates of McMurdo itself by the fact that in all flights subsequent to the making of the error which occurred in October 1978 the pilots had approached the area in VMC and taken routes down McMurdo Sound on heading select instead of on nav track and had relied on ATC at McMurdo to advise them as to the appropriate altitude at which to fly, having regard to the height of the cloud base (if any) below which VMC subsisted.

Under the heading 'Compliance by pilots with minimum safe altitudes' the judge devoted 21 paragraphs of his report to evidence of flying down McMurdo Sound and in the vicinity of McMurdo Base at altitudes of less than 6,000 feet. Apart from Captain Wilson, who had been pre-flight briefing officer for Antarctic flights in 1978 and 1979 and had said in evidence that in his briefings he had referred to a discretion to descend to less than 6,000 feet in VMC with visibility of not less than 20 km, the effect of the evidence given by the other executive pilots at the inquiry was that they had no 'specific' knowledge (the adjective is the judge's) of flights at below 6,000 feet. Some of them had denied all knowledge that this occurred, others conceded that they had heard rumours of flights being undertaken at lower altitudes in VMC but their notice had not been drawn to it specifically and they took no action about it.

Their Lordships accept unreservedly that the judge was entitled to take the view that, on this particular matter, the evidence given by several of the executive pilots at the inquiry was false. But, even though false, there are two reasons why it cannot have

[1984] 3 All ER 201 at 213

formed part of a predetermined plan of deception adopted in 'an attempt to conceal a series of disastrous administrative blunders'. In the first place, to permit flights down McMurdo Sound and in the McMurdo area at levels ranging from 1,500 to 3,000 feet in VMC conditions with visibility not less than 20 kms was not a blunder at all. It was a method of conducting the sightseeing flights that the judge himself commended in para 223 of the royal commission report as complying with the Civil Aviation regulations and as preferable to maintaining 6,000 feet as a minimum permitted altitude. In the second place, the only stipulated minimum altitude which was of any relevance to the occurrence of the disaster was the 16,000 feet necessary to be maintained for a safe flight directly over Mt Erebus. If, in seeking to support the case put by ANZ that this minimum altitude should have been strictly maintained by the crew of the fatal flight, those witnesses whom the judge disbelieved on this issue were, as their Lordships must accept, being untruthful, they were also being singularly naive. Quite apart from the mass of evidence of flights down McMurdo Sound at

low altitudes and the publicity given to them, once it was accepted that pilots were at liberty to, and did, diverge laterally from the original flight plan over Mt Erebus, the requirement to maintain a minimum altitude of 16,000 feet on a sightseeing flight in VMC could not be justified on any rational basis. Against this background it is not conceivable that individual witnesses falsely disclaimed knowledge of low flying on previous Antarctic flights in a concerted attempt to deceive anybody as to what had happened.

That, no doubt, is why the topic of 'low flying' is not discussed in either of the judgments of the Court of Appeal, unless the sentence 'It is possible that some individual witnesses did give some false evidence during this inquiry', which appears in the Cooke judgment (see [1981] 1 NZLR 618 at 662), was meant as a passing reference to it. For the like reason, without intending any discourtesy to leading counsel for the judge, who devoted a considerable part of his argument to the marshalling of the material probative of the judge's finding that false evidence on this matter had been given by members of the management of ANZ, and to exploring the extent to which in cross-examination each of them must have been made aware that his veracity on this matter was being attacked, their Lordships do not propose to say anything more on the subject of 'low flying'.

Parenthesis on 'whiteout'

Before turning to the two other matters that were relied on as justifying the judge's finding of a predetermined plan of deception including conspiracy to commit perjury, their Lordships should spend a moment in mentioning the optical phenomenon of 'whiteout' experienced in polar regions. Of this phenomenon and the part that it is likely to have played as contributing to the causes of the Mt Erebus disaster an illuminating account is to be found in paras 165 to 201 of the royal commission report. The judge found that the existence of this phenomenon was not known to anyone concerned in the management of ANZ or to any of its pilots or navigators, including Captain Collins and First Officer Cassin, who consequently had never been briefed about it. Nor, as the judge also found, was it known to CAD, although there were readily accessible sources from which information could have been obtained. Its effect, in meteorological conditions such as prevailed at the time of the crash in the area where it happened, would be to induce in a pilot, unaware that any such phenomenon could exist, the belief that he had unlimited visibility ahead and that he was flying over a flat terrain, since 'whiteout' prevents changes in level of the terrain over and towards which the aircraft is flying from being perceived by the pilot even though the change in level is as great as that of a precipitous mountainside such as that of Mt Erebus. The judge makes out an overwhelming case in his report that the aircraft was in a 'whiteout' when it crashed into that volcano.

Destruction of documents

It was not disputed before their Lordships that the royal commission report points the finger at Mr Davis, the chief executive, as the originator of the 'pre-determined plan of

[1984] 3 All ER 201 at 214

deception', and as orchestrator of the 'litany of lies' that are referred to by the judge in para 377. It is also not disputed that the report treats Mr Davis's determination to embark on a plan of deception as having been reached on 30 November 1979 as soon as there had been reported to him what their Lordships described at the outset of this judgment as the three salient facts about the change in the co-ordinates of the southernmost waypoint in the flight plans.

The destruction or deliberate concealment of all documents which might point to there having been slipshod management of its Antarctic flights by ANZ is, in their Lordships' view, quite the most serious charge of deception contained in the royal commission report. That the judge too so regarded it is apparent from the fact that it is made a recurring theme in the report. The Woodhouse judgment refers to many of the paragraphs in which the charge that this took place on the instructions of Mr Davis is made either in direct statements or, more often, by innuendo. Its first appearance in the royal commission report is in para 45 where, after reference in the previous paragraph to the mistake about the co-ordinates, the judge says:

'The reaction of the chief executive was immediate. He determined that no word of this incredible blunder was to become publicly known. He directed that all documents relating to antarctic flights, and to this flight in particular, were to be collected and impounded. They were all to be put on one single file which would remain in strict custody. Of these documents all those which were not directly relevant were to be destroyed. They were to be put forthwith through the company's shredder.'

Their Lordships are in agreement with, and so do not need to repeat, Woodhouse P's analysis of the nine following paragraphs of the report dealing with the same topic. They culminate in para 54:

'This was at the time the fourth worst disaster in aviation history, and it follows that this direction on the part of the chief executive for the destruction of "irrelevant documents" was one of the most remarkable executive decisions ever to have been made in the corporate affairs of a large New Zealand company. There were personnel in the Flight Operations Division and in the Navigation Section who anxiously desired to be acquitted of any responsibility for the disaster. And yet, in consequence of the chief executive's instructions, it seems to have been left to these very same officials to determine what documents they would hand over to the Investigating Committee.'

The absence of documents in connection with the programming of Antarctic flights is commented on in paras 248, 250 and 254 in terms that are obviously indicative of incredulity; and the chief executive's instructions of 30 November 1979 are reverted to in paras 338 to 341 in a section of the report headed 'Post-accident conduct of Air New Zealand' where they have become a decision 'that all documents relating to the Antarctica flights and to this flight in particular were to be impounded'. However, the evidence that was before the judge was that, in accordance with routine practice, an in-house committee had been set up by ANZ on 30 November 1979 whose terms of reference were to gather documents and data relating to the Mt Erebus disaster. This committee was presided over by Mr Watson, who was not a member of the management of ANZ. A representative of ALPA attended its meetings as an observer; so did representatives of other trade unions whose members

had lost their lives in the crash. Mr Oldfield, the safety manager of ANZ, was secretary. It was he who was responsible for gathering documents. He gave evidence at the inquiry as to what he had done. He obtained the original documents from the departmental files in which they were kept and caused copies to be made for the use of members and observers at meetings of the committee and one master copy for inclusion in a single file (the committee file) on which one copy of all documents that he had collected were assembled. The committee file was made available to Mr Chippindale on 11 December 1979, when he returned from Antarctica,

[1984] 3 All ER 201 at 215

and it became an exhibit at the inquiry before the judge. After each meeting of the committee had ended the original document was returned to the departmental file from which it had come and all copies used by the members at meetings, other than the master copy that was kept in the committee file, were collected by Mr Oldfield and destroyed by him. Notwithstanding this evidence by Mr Oldfield of the procedure adopted in assembling the committee file, to which there was no challenge in cross-examination, the judge in para 341 expresses his surprise at having discovered, on his own examination of the committee file after the hearing, that the documents it contained were copies. He ends the paragraph thus: '... seeing that all pre-accident documents assembled on the file were copies, then where were the originals?' In the context in which it appears the innuendo that original pre-accident documents relating to Antarctic flights had been destroyed, in compliance with the chief executive's alleged instructions, is plain. Yet it was never put to Mr Oldfield when he gave evidence that he had not been assiduous in the steps he had taken to ensure that the in-house committee, on which he served as secretary, saw all original documents relating to Antarctic flights and that a master copy of each should be preserved on the committee file.

The allegations in the report about destruction and disappearance of documents on Mr Davis's instructions are not confined to the in-house committee file. Captain Gemmell, an executive pilot, had accompanied Mr Chippindale to Antarctica immediately after the accident became known. He went as representative of ANZ in a party which included, amongst others, First Officer Rhodes as representative of ALPA. The site of the crash had been first located by three mountaineers from Scott Base, a New Zealand Antarctic research station near to McMurdo. Mr Chippindale's party, because of weather conditions, were not able to reach the scene until 3 December. Then, and on the following days, the members of the party proceeded to search for and collect first the 'black box' and the cockpit voice recorder (CVR) which had been on the aircraft and, thereafter, such other material that had been brought onto the aircraft by its passengers and members of its crew as could be found, including flight bags and documents. These had been scattered by the wind over a wide, heavily-crevassed area under a covering of snow that had fallen since the date of the crash. It was unsafe to penetrate to considerable parts of this area.

Paragraphs 342 to 361 of the report, which are introduced as being 'some unfortunate repercussions' of the instructions of the chief executive for the collection of all documents, are dealt with in

considerable detail in both judgments in the Court of Appeal. The first four of these paragraphs take the form of ascribing to counsel who represented ALPA at the inquiry allegations against Captain Gemmell that he had brought back from Antarctica, from which he returned to New Zealand before Mr Chippindale, a number of documents that had been carried by Captain Collins in his flight-bag, including an atlas and a ring-binder notebook, but that, instead of disclosing them to Mr Chippindale or to the royal commission, Captain Gemmell had impounded them in compliance with Mr Davis's instructions. No such allegation had in fact been suggested by ALPA in its final submissions. It was a theory evolved by the judge himself as a result of a mistaken view of additional information which he had sought and obtained after the hearings had been concluded. The fact that he had been making these further inquiries from persons who had not been called as witnesses was never disclosed to ANZ until they read about them in paras 353 to 359 of the report; so Captain Gemmell had no opportunity of dealing with the case against him that these post-hearing inquiries are said to have disclosed. Their Lordships agree with the Court of Appeal that this was a clear breach of natural justice, and that the breach is not one that is cured by the fact that this group of paragraphs, all of which are redolent of suspicion that Captain Gemmell had taken away documents from the wreckage of the aircraft in order to conceal their existence from any official investigation, ends with these two sentences:

'The opportunity was plainly open for Captain Gemmell to comply with the chief executive's instructions to collect all documents relevant to this flight, wherever they might be found, and to hand them over to the airline management. However, there is not sufficient evidence to justify any finding on my part that Captain

[1984] 3 All ER 201 at 216

Gemmell recovered documents from Antarctica which were relevant to the fatal flight, and which he did not account for to the proper authorities.'

This grudging verdict of 'not proven' needs to be read in the light of what the judge had said in para 74 about the course that he had adopted in reaching any findings of fact:

'I am entitled, as part of my investigatory functions, to reach conclusions based upon the balance of probabilities. This is the course which I have adopted. And in regard to allegations in respect of which the evidence seems to me to be in even balance, or not sufficiently tilted one way or the other, then I have held the truth of any such allegation, *likely though it may be*, to have been not established.' (Their Lordships' emphasis.)

Paragraphs 347 and 348 also call for special mention, for the latter incorporates a gratuitous allegation against the director of flight operations, Captain Eden, of exerting managerial pressure on a subordinate to conceal the fact that documents had been removed by Captain Gemmell. Flight Officer Rhodes, who had on 1 October 1980 been called as a witness by ALPA, whose representative he had been on the party that had collected material from the site of the crash, was subsequently recalled in the following circumstances. On 4 December 1980 some exploratory questions had been asked of Captain Gemmell by counsel for ALPA whether he had brought back from the site of the accident any documents that had been in Captain Collins's flight-bag. Captain

Gemmell replied that he had not. A newspaper report which mentioned these questions evoked a letter from a Mr Woodford, one of the mountaineers who had been first at the site and was present at all times when Captain Gemmell was there. This letter said that the flight-bag was empty when Mr Woodford had found it some days before Captain Gemmell arrived on the site and that at all times when Captain Gemmell had been on the site he had been in the company of other members of the party. On 8 December 1980 First Officer Rhodes was recalled, this time by ANZ, to confirm, as he did, that at all times when Captain Gemmell was working on the site there had been other people adjacent to him. In para 348, however (the second paragraph of the report that Woodhouse P and McMullin J would have set aside), there is a plain allegation that Captain Eden, the director of flight operations, had intimidated First Officer Rhodes into making this exonerating statement. No suggestion had ever been put to First Officer Rhodes that Captain Eden had directed him to give the answers that he did and not the slightest suggestion that he had done so was made to Captain Eden himself when he gave evidence three days later. The charge of intimidation in para 348 must have come like a bolt from the blue. It was not based on any probative evidence and neither Captain Eden nor ANZ was given any opportunity of dealing with it.

At para 361 the judge comments on the briefing documents of First Officer Cassin which it was thought he had left behind at his home. Of these the judge says that they had been collected the next morning after the crash by 'an employee of Air New Zealand', and he adds that they 'certainly found their way into the custody of the airline on the day following the disaster, and have not been seen since. Presumably they were destroyed'. It was conceded in the Court of Appeal that the judge must have been in error in making this allegation. In fact the evidence had been that First Officer Cassin's documents were obtained from Mrs Cassin by Captain Crosbie, a witness called by counsel representing First Officer Cassin's estate. He had obtained the documents, not in his capacity as an employee of ANZ but as welfare officer of ALPA: and in his brief and in his oral evidence at the inquiry he was positive that there were no documents at First Officer Cassin's home that had any bearing on the accident. No suggestion to the contrary was ever made to him.

Mr Davis himself was the last witness to give evidence at the inquiry. His written brief was primarily directed to matters of the general policies and organisation of ANZ since, as he said in it, as chief executive he 'did not know or require to know the actual details of the conduct of the [Antarctic] flights ie exact route, briefings, crewing etc.' In the course of his oral evidence, he was asked by counsel for ALPA a number of questions about the instructions that he had given to Mr Watson and Mr Oldfield that a complete

[1984] 3 All ER 201 at 217

file incorporating a master copy of every relevant document was to be assembled by the in-house committee and any loose copies of the same document that were not required for the file were to be destroyed. It was suggested to him that his instructions may not have been sufficiently explicit, a suggestion that he rejected and added: 'Now under no circumstances and under no conditions would

I have been party to the destruction of any evidence that might come before an inquiry.' His explanation for requesting the loose copies prepared for the use of members at meetings of the in-house committee to be destroyed was to prevent there being 'leaked' to the media isolated documents which published out of context might give a sensational erroneous impression. And there the matter of Mr Davis's instructions for destruction of documents was left. It was never put to him, even by counsel for ALPA, much less by counsel assisting the judge or by the judge himself, that he had deliberately ordered that steps should be taken to ensure that documents which would disclose the extent to which administrative blunders by the airline management had been causative of the crash should never come to light. His own spontaneous outburst, which their Lordships have just quoted, made in reply to the suggestion that his instructions to Messrs Watson and Oldfield had not been sufficiently specific, after which the matter of his instructions was dropped, was the only evidence about any plan on the part of the management that any document relevant to the causes of the accident should be destroyed or otherwise prevented from being produced to Mr Chippindale in the course of his statutory investigation or to the judge at the public inquiry by the royal commission; and what this evidence amounted to was an indignant denial.

In their Lordships' view there was no material of any probative value on which to base a finding that a plan of this kind ever existed. Before their Lordships counsel for the judge have not been able to point to any such material. Experienced advocates as they are, they preferred to concentrate their fire on the second and third matters that were canvassed at the hearing, 'low flying', with which their Lordships have already dealt, and the change in the southernmost waypoint, to which they will be coming shortly.

That the linkage between the costs order and the judge's belief in the existence of a plan to destroy documents or by other means to prevent them from coming to light had a major influence in inducing him to make the costs order is, however, made apparent in some extracts from a passage in the paragraph which immediately precedes that which contains the costs order itself. Among the facts that the judge says he should have been told by ANZ at the outset are included--

'that documents were ordered by the chief executive to be destroyed, that an investigation committee had been set up by the airline in respect of which a file was held ...'

The paragraph ends thus:

'So it was not a question of the airline putting all its cards on the table. The cards were produced reluctantly, and at long intervals, and *I have little doubt that there are one or two which still lie hidden in the pack.* In such circumstances the airline must make a contribution towards the public cost of the Inquiry.' (Their Lordships' emphasis.)

The intentional adoption of a new southernmost waypoint sited in McMurdo Sound

During the three years 1977, 1978 and 1979 in which sightseeing flights to Antarctica had been undertaken by ANZ, there had been four different co-ordinates for the southernmost waypoints that had been fed into the computers of aircraft used for the flights.

For the two flights in February 1977 the co-ordinates for Williams Field were used. They were 77 53' S and 166 48' E. For these flights there was a single authorised minimum altitude of 16,000 feet. When permission from CAD was obtained to descend to 6,000 feet in an area to the south of McMurdo Base it became desirable to select a navigational aid as the waypoint and the NDB at McMurdo whose co-ordinates were

[1984] 3 All ER 201 at 218

77 51' S and 166 41' E was chosen, and these were used for the four flights in October 1977. At this period the flight plan was manual and was fed manually by the crew into the aircraft's computer.

In 1978 it was decided to store the flight plan for the Antarctic flights in the airline's central computer. Mr Hewitt of the navigation section was responsible for carrying out the changeover from manually prepared to computerised flight plans. He did so by first preparing what is known as an ALPHA worksheet in which he wrote down as the co-ordinates of the southernmost waypoint the co-ordinates that had been used in the February 1977 flight plan that he obtained from a storage known as the NV 90, ie 77 53' S and 166 48' E; but in typing these into the computer terminal he made a mistake and typed a figure 4 instead of a figure 6, so that the longitudinal co-ordinate of the southernmost waypoint of the flight track that went into the computerised flight plan became 164 48' E (instead of 166 48' E), which put it at a point in McMurdo Sound some 25 nautical miles to the west of the NDB where there was no physical feature by which it could be identified (the western waypoint). This is the error referred to in the Chippindale report as having remained undetected for 14 months. Cogent evidence that this happened by mistake, albeit a mistake that involved negligence and was blameworthy, was supplied by the ALPHA worksheet and by the fact that no corresponding alterations were made in the track and distance information in the flight plan. The heading from Cape Hallett remained at 188-439 and the distance 337 nautical miles, whereas for a longitudinal co-ordinate of 164 48' E they would have been 191 and 343 nautical miles respectively.

The fourth and final change in the southernmost waypoint was that made in the airline computer on the night before the fatal flight and not reported to the aircrew at their pre-dispatch briefing although it had been incorporated in the flight computerised track with which they were supplied. Notice had been given by the US authorities of their intention to cease operating the NDB, thus leaving the TACAN as the only available navigation aid at McMurdo. The co-ordinates of the TACAN were 77 52.7' S and 166 58' E, ie a difference of 10' of longitude, which represented a point some 2-431 nautical miles to the east of the NDB. The evidence of the members of the navigation section was that all that they intended and all that they believed that they were doing was

to substitute the co-ordinates of the TACAN for those of the NDB.

The judge deals with these changes of waypoint in considerable detail in paras 224 to 255 of his report. They include repeated references to absence of contemporaneous documents recording and reporting the reasons for the successive changes. Mr Davis in his evidence had explained that he preferred and had adopted in ANZ an administrative system that relied on oral communication between the executive officers concerned rather than spending time on the preparation of written reports and instructions. The adoption of such a system is not of itself probative of any sinister intentions, although it may well be indicative of inefficient management, particularly where, as in the case of the executive pilots, their time is divided between administrative and operational duties, with the result that they will not be aware of all that has been happening in the flight operations division during those periods while they have been away on actual flying duty.

A critical analysis of the reasoning of the judge in paras 224 to 255 of his report is to be found in the sections of the Woodhouse judgment that bear the sub-headings 'The western waypoint', 'Correction of co-ordinates' and 'Advice of the change'. Their Lordships are in broad agreement with this analysis. Throughout their consideration of this aspect of the inquiry the judge's findings on which were factors that led to his accusation in para 377 of conspiracy to commit perjury and have been relied on before this Board as justification for it, their Lordships have been at pains to remind themselves, as did the Court of Appeal, that in relation to findings of fact made by the judge in his report they are not exercising the functions of an appellate court in civil litigation where they would be entitled, while paying due deference to the advantages enjoyed by the trial judge of seeing and hearing the witnesses give evidence in person, to make their own assessment of the weight of the evidence and to determine for themselves whether it is sufficient to justify the findings of fact that the trial judge has made. As courts whose

[1984] 3 All ER 201 at 219

functions in the instant case have been restricted to those of judicial review, both the Court of Appeal and this Board are disentitled to disturb findings of fact by the decision-maker whose decision is the subject of review, unless (1) the procedure by which such findings were reached was unlawful (in casu by failure to observe the rule of audi alteram partem), or (2) primary facts were found that were not supported by any probative evidence, or (3) the reasoning by which the decision-maker justified inferences of fact that he had drawn is self-contradictory or otherwise based on an evident logical fallacy.

It is mainly, though not exclusively, on the first and third of these grounds that, in their Lordships' opinion, the Court of Appeal and this Board are entitled to reject the judge's findings of fact as to the intentional adoption of a new southernmost waypoint sited in McMurdo Sound, which formed in part the basis of his finding of a conspiracy to commit perjury.

The Woodhouse judgment draws attention to various inconsistencies in the reasoning by which the judge reached the conclusion that the adoption of the western waypoint was intentional. One to which their Lordships would particularly draw attention is that the judge stated that he specifically refrained from finding that the substitution of the longitudinal co-ordinates 164 48' E for 166 48' E when the Antarctic flight track was computerised in September 1978 was intentional and not due to a careless mistake by Mr Hewitt. Forgetful of the evidence of the ALPHA worksheet that Mr Hewitt had used on that occasion, the judge stated in para 255(a) that the single reason for his refraining from making a positive finding that the change to the western waypoint at the time of computerisation of the flight track was deliberate was that 'it was not accompanied by the normal realignment of the aircraft's heading so as to join up with the new waypoint'. He went on, however, to express his belief that long before November 1979 when it had been reported to flight operations by Captain Simpson, who had piloted the flight that had preceded the one on which the crash occurred, that he had discovered, to his surprise which he thought might be shared by other pilots, that the western waypoint was 27 nautical miles to the west of McMurdo Base, the navigation section had adopted it as the officially-approved southernmost waypoint.

When, and by what member of the airline management, this adoption of the western waypoint as the southernmost waypoint, with a longitudinal co-ordinate known to be 164 48' E and thus 25 miles to the west of the nearest navigational aid at McMurdo Base, was approved is not the subject of any finding by the judge; but, whenever it was, the same reason as that which of itself had made him reject deliberate selection of the western waypoint at the earlier date, viz failure to make corresponding adjustments to the heading and distance from Cape Hallett, would have been equally applicable to any officially approved adoption of the western waypoint whenever that is supposed to have occurred thereafter.

In his finding of deliberate adoption the judge was greatly influenced by a document, exhibit 164, of which there was evidence that it had been included (in circumstances that were not elucidated) among the documents contained in envelopes supplied to pilots at the time of the pre-dispatch briefings for Antarctic flights in 1978 though not, so far as any evidence goes, in 1979. (It has never been suggested that members of the unit responsible for pre-dispatch briefings and the preparation of such envelopes for handing to departing aircrews have been parties to any conspiracy.) This document is a photocopy of an original diagram which does not extend as far south as Ross Island and McMurdo. The judge refers to it as 'a track and distance diagram', incorporating a route southwards from Cape Hallett down McMurdo Sound to the west of Ross Island and another route northwards to Cape Hallett passing to the east of Ross Island along the longitude of 170 E. The lines treated by the judge as the southbound and northbound routes, from Cape Hallett and back to it, run off the southern edge of exhibit 164 without joining up. If these lines were intended to represent a continuous route of an aircraft outbound and inbound for the purposes of sightseeing in the McMurdo area, the diagram is defective in that it fails to show the most southerly part of the route or any southernmost waypoint.

Furthermore, while exhibit 164 does contain indications of headings and distances on lines joining successive waypoints to the north of and including Cape Hallett, there are no such indications on the lines which the judge held to represent a track and distance

[1984] 3 All ER 201 at 220

diagram of a route southbound from Cape Hallett down McMurdo Sound or northbound back to Cape Hallett along longitude 170 E, which is to the east of Ross Island itself. These lines form an acute-angled triangle of which the base is missing and the apex does not coincide with the position marked as Cape Hallett on the diagram. After close examination of exhibit 164 and exhaustive consideration of the evidence relating to it to which, in view of the importance that the judge had attached to this document, his counsel has devoted considerable portions of his argument before the Board both in opening and in reply, the conclusion is, in their Lordships' opinion, inescapable that there was not any material of probative value before the judge that could justify a finding that exhibit 164 incorporated a track and distance plan for a route southwards from Cape Hallett down McMurdo Sound or was intended or would be understood by any experienced pilot to be intended to be used for purposes of navigation.

The presence of exhibit 164 among the documents included in the flight envelopes provided to aircrews at the pre-dispatch briefings in 1978 appears to be the only reason given by the judge for his finding that the error made by Mr Hewitt had been discovered long before November 1979, and had been followed by the adoption by ANZ, for use as the co-ordinates of an officially approved southernmost waypoint, of the co-ordinates of the western waypoint as they had been erroneously inserted in the computerised flight plan. As pointed out in the Woodhouse judgment, however, the judge's finding to this effect was accompanied by the suggestion that the management of ANZ wanted to conceal its use of the route down McMurdo Sound from CAD, whose formal approval had been given only to a route that overflew Ross Island. This suggestion was not only never put to any of the witnesses for ANZ but also conflicts with the judge's own finding that approval from CAD for the variation of the route to one down McMurdo Sound would have been automatic. Had the suggestion ever been put to the witnesses, evidence could have been called that official approval was not even required from CAD for a lateral variation of this kind from a previously approved route.

That ANZ sightseeing aircraft were accustomed to fly to McMurdo from Cape Hallett down McMurdo Sound in VMC with visibility 20 kms or more was well known to the US authorities at McMurdo. Navigational assistance for them was regularly given by ATC from the TACAN there. That the US authorities would have objected to a direct flight track over Mt Erebus to McMurdo, if they had known that such a route had received the formal approval of CAD, was information that the judge had gathered personally on a visit to Antarctica; but there was no evidence that ANZ had ever been informed of this, nor was it put to any member of the navigation section in the course of their evidence at the hearing that they had any knowledge of, or any reason to suspect, that a flight

path which overflowed Mt Erebus on a direct route from Cape Hallett would not have received US approval.

This omission was, to say the least, unfortunate, for it led to a finding by the judge that Mr Brown, a member of the navigation section, had been guilty of deliberately heinous conduct. Mr Brown's account of what he did, as having been due to an unwitting and, as he thought, harmless error, formed an important constituent of the so-called 'litany of lies'. It had been the practice of the navigation section to arrange for the transmission to ATC at McMurdo, before the departure of each Antarctic flight, of a flight plan giving co-ordinates of the waypoints on the journey to McMurdo and back. After the erroneous western waypoint was incorporated in the computerised flight track in 1978, flight plans radioed to ATC McMurdo incorporated as the co-ordinates of the southernmost waypoint the figures 77 53' S 164 48' E. The flight plan for the fatal flight on 28 November 1979 that was radioed to ATC was prepared by Mr Brown from an ALPHA sheet on which the co-ordinates of the southernmost waypoint appeared as the figures 77 53' S 166 48' E. This sheet contained a number of columns: the figure '5' entered in one of these columns would result in there being printed out in the radioed flight plan either the abbreviated name of a waypoint in letters or its co-ordinates in figures, depending on the column in which the figure '5' was entered. In the case of the southernmost waypoint Mr Brown gave evidence that he had entered the figure '5' in the column that resulted in its appearing in the radioed flight plan as the name 'McMurdo' and not as the co-ordinates of the new waypoint. Mr Brown's evidence was that this had been inadvertent.

[1984] 3 All ER 201 at 221

At para 225(e) of his report, however, the judge makes a finding in these terms:

'In my opinion, the introduction of the word "McMurdo" into the Air Traffic Control flight plan for the fatal flight was deliberately designed to conceal from the United States authorities that the flight path had been changed, and probably because it was known that the United States Air Traffic Control would lodge an objection to this new flight path.'

No such suggestion was ever put to Mr Brown when he gave evidence at the inquiry. He was accordingly given no opportunity of dealing with the accusation of deliberately seeking to deceive the ATC as to the direction from which to expect the aircraft that was to be made against him by the judge. This was a clear breach of the rules of natural justice which flaws the judge's finding which their Lordships have just cited, and which was specifically identified later in paras 376 and 377 of the report as being part of the 'litany of lies'.

Once the judge, by a process of reasoning that was self-contradictory, had reached the fixed conviction that there had been a deliberate adoption by the airline management of the western waypoint as the southernmost waypoint for Antarctic flights, it was inevitable that he should reject as false all evidence of primary facts that conflicted with that finding. In order to satisfy themselves that there were not any other grounds, besides those which the judge himself had stated, on which

the inference that he had drawn about deliberate but dissimulated adoption could be supported, their Lordships have examined the evidence of primary facts relevant to this matter that was given at the hearings. This they did, not for the purpose of assessing its reliability, but simply to see whether any positive evidence that supported such an inference existed; and none was to be found.

Their Lordships accept that the report contains many other findings of fact by the judge on which there had been conflicting evidence the reliability of which it was for him to assess; with his assessments a court whose functions are limited to judicial review has no jurisdiction to act otherwise than to accept them as correct. But those particular and crucial findings which their Lordships have discussed under the present heading and the previous heading 'Destruction of documents' are each of them open to rejection on judicial review for the various reasons that their Lordships have given; and, as these findings admittedly constituted a substantial part of the material on which were based the allegations contained in para 377 of a 'pre-determined plan of deception' and 'an orchestrated litany of lies', those accusations against the management of the airline must be treated as conclusions that, in the circumstances, he was not entitled to reach, and the costs order which constituted the punishment imposed on ANZ for the conduct found in that paragraph must accordingly be set aside.

The limits on the matters decided on the appeal to this Board

It may be appropriate in a case which has attracted such wide and intense interest in New Zealand that their Lordships should draw attention to the restricted nature of the matters which they have been called on to decide.

The royal commission report convincingly clears Captain Collins and First Officer Cassin of any suggestion that negligence on their part had in any way contributed to the disaster. That is unchallenged. The judge was able to displace Mr Chippindale's attribution of the accident to pilot error, for two main reasons. The most important was that at the inquiry there was evidence from Captain Collins's widow and daughters, which had not been available to Mr Chippindale at the time of his investigation and was previously unknown to the management of ANZ, that after the briefing of 9 November 1979 Captain Collins, who had made a note of the co-ordinates of the western waypoint that were on the flight plan used at that briefing, had, at his own home, plotted on an atlas and on a larger topographical chart the track from the Cape Hallett waypoint to the western waypoint. There was evidence that he had taken this atlas and chart with him on the fatal flight and the inference was plain that in the course of piloting the aircraft he and First Officer Cassin had used the lines that he had plotted to show him where the aircraft was when he switched from nav track to heading select in order to make a descent

[1984] 3 All ER 201 at 222

to 2,000 feet while still to the north of Ross Island which he reported to ATC at McMurdo and to

which he received ATC's consent. That on completing this descent he switched back to nav track is incapable of being reconciled with any other explanation than that he was relying on the line he had himself plotted of the flight track on which he had been briefed. It was a combination of his own meticulous conscientiousness in taking the trouble to plot for himself on a topographical chart the flight track that had been referred to at his briefing, and the fact that he had no previous experience of 'whiteout' and had been given no warning at any time that such a deceptive phenomenon even existed, that caused the disaster.

The other principal reason why the judge felt able to displace Mr Chippindale's ascription of the cause of the accident to pilot error was that certain remarks forming part of the conversations recorded in the CVR of the crashed aircraft and attributed by Mr Chippindale to the flight engineers had suggested to him that shortly before the crash they were expressing to the pilot and navigator uncertainty about the aircraft's position. The tape from the CVR which had been recovered from the site of the crash proved difficult to interpret. The judge, with the thoroughness that characterised him throughout his investigations, went to great pains to obtain the best possible expert assistance in the interpretation of the tape. The result was that he was able to conclude that the remarks attributed by Mr Chippindale to the flight engineers could not have been made by them, and that there was nothing recorded in the CVR that was capable of throwing any doubt on the confident belief of all members of the crew that the nav track was taking the aircraft on the flight path as it had been plotted by Captain Collins on his atlas and chart, and thus down the middle of McMurdo Sound well to the west of Mt Erebus.

The judge's report contains numerous examples and criticisms of ANZ's slipshod system of administration and absence of liaison both between sections and between individual members of sections in the branch of management that was concerned with flight operations. Grave deficiencies are exposed in the briefing for Antarctic flights; and the explanation advanced by witnesses for the airline as to how it came about that Captain Collins and First Officer Cassin were briefed on a flight path that took the aircraft over the ice-covered waters of McMurdo Sound well to the west of Mt Erebus but were issued for use in the aircraft's computer as the nav track a flight path which went directly over Mt Erebus itself, without the aircrew being told of the change, involved admissions of a whole succession of inexcusable blunders by individual members of the executive staff. None of this was challenged before their Lordships. No attempt was made on behalf of ANZ to advance excuses for it.

These appalling blunders and deficiencies, the existence of which emerged piecemeal in the course of the 75 days of hearings, had caused the loss of 257 lives. Their Lordships can well understand the growing indignation of the judge when, after completing the hearings and for the purpose of preparing his report, he brought them together in his own mind and reflected on them. In relation to the three matters that were principally canvassed in this appeal and on which he based his finding that there had been a pre-determined plan to deceive the royal commission and a conspiracy to

commit perjury at its hearings, their Lordships have very reluctantly felt compelled to hold that, in the various respects to which their Lordships have referred, the judge failed to adhere to those rules of natural justice that are appropriate to an inquiry of the kind that he was conducting and that in consequence it was not open to him to make the finding that he did in para 377 of his report.

To say of a person who holds judicial office that he has failed to observe a rule of natural justice may sound to a lay ear as if it were a severe criticism of his conduct which carries with it moral overtones. But this is far from being the case. It is a criticism which may be, and in the instant case is certainly intended by their Lordships in making it to be, wholly disassociated from any moral overtones. In an earlier section of this judgment their Lordships have set out what they regard as the two rules of natural justice that apply to this appeal. It is easy enough to slip up over one or other of them in civil litigation, particularly when one is subject to pressure of time in preparing a judgment after hearing masses of evidence in a long and highly complex suit. In the case of a

[1984] 3 All ER 201 at 223

judgment in ordinary civil litigation this kind of failure to observe the rules of natural justice is simply one possible ground of appeal among many others and attracts no particular attention. All their Lordships can remember highly respected colleagues who, as trial judges, have had appeals against judgments they had delivered allowed on this ground; and no one thought any the worse of them for it. So their Lordships' recommendation that the appeal ought to be dismissed cannot have any adverse effect on the reputation of the judge among those who understand the legal position, and it should not do so with anyone else.

As respects the judge's finding that some at least of the executive pilots had given evidence as to their lack of specific knowledge that aircraft on Antarctic flights flew at altitudes lower than 6,000 feet over McMurdo Sound and in the McMurdo area which was false, their Lordships accept that there was probative material before the judge from which he was entitled to draw this inference. After the conclusion of the hearings when all the evidence had been pieced together, it became apparent, for reasons given earlier in this judgment, that official tolerance of the practice of flying lower than 6,000 feet was in no way causative of the accident. But when the executive pilots were giving evidence the causes of the crash still remained undetermined, and it is an understandable human weakness on the part of individual members of the airline management having responsibility for flight operations that they should shrink from acknowledging, even to themselves, that something that they had done or failed to do might have been a cause of so horrendous a disaster.

The jurisdiction of the judge to make findings of the kind challenged in the appeal

In both the Woodhouse and the Cooke judgments it was held by the Court of Appeal that the judge's finding in para 377 of a conspiracy to commit perjury at the inquiry was not only invalidated by its having been reached through non-observance of the rules of natural justice but also fell outside his

terms of reference and accordingly that in making it he acted in excess of jurisdiction.

The gravamen of the finding was that ten members of the airline management were guilty of the crime of conspiracy to commit perjury. It was so understood and in fact resulted in a police investigation which was pursued for some time but was ultimately dropped. The finding had been reached without the safeguards of trial by jury, or the benefit of the onus of proof applied in criminal prosecutions. In para 74 of his report the judge expressly stated: '... I am not required to insist that some particular conclusion, whether founded on direct evidence or inference, shall be established beyond reasonable doubt.'

In *Cock v A-G* (1909) 28 NZLR 405 it had been held by a New Zealand Court of Appeal that there was no jurisdiction vested in the Governor-General either under the letters patent or the Commissions of Inquiry Act 1908, as it then stood, to appoint a royal commission to inquire into a crime. At the time when the judgments of the Court of Appeal were delivered in the instant case there was pending before them an appeal in an application for judicial review entitled *Re Royal Commission on Thomas Case* which raised directly this very point and would necessitate re-examination of the 70-year-old decision in *Cock v A-G*. That appeal has now been heard by the Court of Appeal and judgment in it was delivered on 30 July 1982(see [1982] 1 NZLR 252). In that judgment it was held that an amendment made in 1970 to the Commissions of Inquiry Act 1908 did empower the Governor-General to appoint a royal commission with terms of reference that included jurisdiction to inquire into a crime if to do so is necessarily incidental to the subject matter of the inquiry.

This is a particular aspect of administrative law which is currently in the process of development by the New Zealand courts. Their Lordships can well appreciate that, where the crime concerned is one of perjury at the inquiry itself, there may well be a grey area between what is permissible comment on evidence given before the royal commissioner that he had rejected and what is a finding of criminal conduct by a witness which does not fall within the commissioner's terms of reference. The demarcation of the division of the grey area into those parts which will ultimately be held to be black and white respectively is one that can only be arrived at on a case to case basis; and the

[1984] 3 All ER 201 at 224

most suitable forum in which this can be done is (for reasons that have been earlier stated) provided by the New Zealand courts themselves. Their Lordships think that it would be both premature and unwise for them to make this an occasion to formulate principles for the future guidance of the New Zealand courts on this particular matter, since the instant appeal can be decided and dismissed on the alternative ground that the finding in para 377, that was the judge's reason for making the costs order, was invalidated by its having been reached in breach of rules of natural justice.

For the like reasons their Lordships will refrain from going into the question whether on an application for judicial review of a report of a tribunal of inquiry there is jurisdiction in the reviewing court to set aside a finding of fact that is gravely defamatory of the applicant for review, or to make a declaration that such finding is invalid. This too is a matter which, in their Lordships' view, is best left to be developed by the New Zealand courts, particularly as these remedies, if they do exist, are discretionary. In the instant case all five members of the Court of Appeal were of opinion that the reputations of those who were the subject of the finding in para 377 would be sufficiently vindicated by a judgment setting aside the costs order, and that no further remedy, even if one were available, was necessary.

The quantum of the costs order

The Court of Appeal had held that the costs order was in any event invalid to the extent that it exceeded a maximum of \$600 fixed by a rule made by judges in 1908 under s 12 of the Commissioners Act 1903. Brief arguments, on the one hand that this rule was ultra vires and on the other hand that it was still in force and effective, were addressed to their Lordships by counsel for the judge and counsel for the Attorney General respectively. The point of law is one that depends on a detailed examination of the legislative history of New Zealand statutes and subordinate legislation. It is not one which this Board would have regarded as a suitable subject matter for the grant of any leave to appeal from a decision of the New Zealand Court of Appeal. It has no relevance to the vindication of the reputations of the parties which were at stake in the instant appeal, and since the costs order must be set aside, irrespective of its amount, it is unnecessary for their Lordships to go into the point, and they accordingly refrain from doing so.

The costs of the appeal to the Board

Their Lordships cannot close this lengthy judgment without expressing their conviction that the time has now come for all parties to let bygones be bygones so far as the aftermath of the Mt Erebus disaster is concerned. There were what in retrospect can be recognised as having been faults or mistakes at the inquiry but which, in the circumstances in which the inquiry had to be held and the judge's report prepared, appear to their Lordships for the most part to have been manifestations of human fallibility that are easy to understand and to excuse. The time has surely come by now for them to be allowed to be forgotten.

It is in that hope and in that spirit that their Lordships propose to make no order as to the costs of the appeal to this Board. It is true that the costs of the judge are in any event being met by the New Zealand government, and that as the sole shareholder in ANZ the legal costs incurred by the airline in the appeal will also fall ultimately on the New Zealand government, so that the main financial consequences of their Lordships' decision to make no order as to costs may be limited to avoiding the expense of taxation of the parties' costs. It is nevertheless intended also to be indicative of their Lordships' view that the time for bitter feelings is over although their Lordships appreciate that

nothing can console the relatives and friends of the victims of the disaster.

Their Lordships will accordingly humbly advise Her Majesty that the appeal ought to be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors: Macfarlanes (for the judge); Linklaters & Paines (for Air New Zealand Ltd, Mr Davis and Captain Gemmell); Allen & Overy (for the Attorney General of New Zealand).

Mary Rose Plummer Barrister.

La détermination des faits et de la responsabilité par les commissions d'enquête

Charles-Maxime Panaccio*

INTRODUCTION	93
I. COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS	94
A. Principe général : des normes de preuve moins exigeantes	95
B. Contentieux administratif et normes de preuve	96
II. REMARQUES SUR LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ	100
A. Énoncés de droit positif	100
B. Limiter la compétence des commissions d'enquête quant à l'attribution de responsabilité personnelle ?	109

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

Le processus d'établissement des faits par une commission d'enquête de nature « investigatrice » s'apparente à plusieurs égards à celui d'un procès civil ou pénal. La commission entend des témoins et ceux-ci sont interrogés et contre-interrogés par des avocats ; on peut y présenter de la preuve écrite et matérielle ; et, en bout de ligne, sur la base des éléments de preuve obtenus, la commission tire certaines conclusions de fait. Il est néanmoins bien établi en jurisprudence qu'une commission d'enquête bénéficie de plus de flexibilité qu'un juge de procès lorsqu'il s'agit de l'application de règles dites « de fond » en matière de preuve (fardeaux et standards de preuve, moyens de preuve, règles d'admissibilité, etc.). La principale raison invoquée au soutien de cette proposition est qu'alors que le procès judiciaire tire des conclusions qui ont force juridique, détermine les droits et obligations des personnes et les conséquences qui en découlent, les commissions d'enquête ne font quant à elles qu'établir les faits, sans pouvoir tirer quelque conclusion juridique que ce soit qui puisse donner lieu à une ordonnance coercitive.

Ceci revient en quelque sorte à dire que malgré certaines ressemblances évidentes, comme le procès et la commission d'enquête ont des objets différents, les normes encadrant le processus de détermination de la preuve s'y appliquant tendent aussi à différer. Le présent texte offre ainsi un tour d'horizon des normes juridiques encadrant le processus de détermination des faits au sein des commissions d'enquête « investigatrices ». Ces normes sont en partie façonnées par la nature et l'objet des commissions. Mais celles-ci étant de pures créatures administratives, ces normes sont également façonnées par les principes généraux qui encadrent le contentieux administratif, soit le respect des limites de l'autorité déléguée, le respect de l'équité procédurale, la conformité à certaines exigences associées à la raison ou à la rationalité et la doctrine de la « déférence » judiciaire. Le texte se conclut par l'analyse d'une question qui hante discrètement la discussion de l'application de règles de preuve au sein des commissions d'enquête et plus généralement les débats politiques et juridiques concernant ces commissions : celle de l'autorité

des commissions de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique des personnes impliquées et/ou de « nommer des noms ». À cet égard, si les sources de droit positif, particulièrement la jurisprudence, tergiversent, d'une perspective d'éthique publique il apparaît souhaitable d'éviter que le travail des commissions d'enquête chevauche celui des tribunaux judiciaires en matière d'attribution de responsabilité individuelle.

I. COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS

Une commission d'enquête a toujours pour mandat d'établir certains faits, mais la nature des faits à établir peut varier d'une commission à l'autre. Certaines commissions ont pour mandat premier de déterminer ce qui est survenu dans le passé (« Qui a fait quoi à qui »)¹, alors que d'autres ont davantage pour mandat de déterminer des faits pertinents d'une nature plus générale relativement à une question d'intérêt public². Aussi, dans la plupart des cas, une commission d'enquête aura non seulement pour mandat de déterminer certains faits, mais aussi de faire des recommandations au gouvernement sur la base des faits établis. Or, de telles recommandations peuvent suivre des conclusions quant à ce qui est survenu, des conclusions quant à la situation qui prévaut actuellement (ou qui risque de prévaloir) relativement à une question sociale donnée, ou un amalgame des deux types de conclusions. La présente discussion s'intéresse davantage au processus de détermination des faits au sein de

1. Traduction douteuse de « Who did what to whom ? », une expression utilisée par divers auteurs dans Allan MANSON et David MULLAN (dir.), *Commissions of Inquiry : Praise or Reappraise ?*, Toronto, Irwin Law, 2003 [Manson et Mullan] et qui forme le titre de la quatrième partie de cet ouvrage (« Who Did What to Whom Inquiries »).

2. La Commission de réforme du droit du Canada prônait une distinction entre deux catégories de commissions, suivant leurs fonctions : (1) les commissions consultatives, qui « examinent une question de politique générale et recueillent des éléments d'information relatifs à cette question, et (2) les commissions d'enquête au sens propre, qui s'intéressent principalement aux données d'un problème particulier, généralement relié au fonctionnement de l'État. La distinction offre certaines balises, mais comme le reconnaissait la Commission de réforme elle-même, la plupart des commissions tendent à être mixtes. Commission de réforme du droit du Canada, *Document de travail 17, Droit administratif : Les commissions d'enquête*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1977, p. 13 [Document de travail 17]. Commission de réforme du droit du Canada, *13^e Rapport : Les commissions consultatives et les commissions d'enquête*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 5-6 [Rapport]. Voir aussi Russel J. ANTHONY et Alastair R. LUCAS, *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 3 [Anthony et Lucas].

commissions d'enquête qui ont principalement pour mandat de déterminer des faits survenus dans le passé (commissions que l'on peut qualifier d'« investigatrices »), car ce type d'enquête met directement en cause ce que l'on appelle généralement des « règles de fond » en matière de preuve. Il demeure néanmoins que la majeure partie de cette discussion peut être appliquée au processus de détermination de faits appartenant au présent et à l'avenir.

A. Principe général : des normes de preuve moins exigeantes

Même si les méthodes d'acquisition d'éléments de preuve sont différentes au sein d'une commission d'enquête investigatrice et d'un procès judiciaire accusatoire (par exemple, le personnel d'une commission peut générer ses propres rapports et études), les moyens de preuve utilisés devant ces deux types de *fora* sont essentiellement les mêmes : témoignages sur interrogatoires et contre-interrogatoires menés par des avocats, preuve écrite et preuve autoptique. Une commission peut aussi prendre connaissance d'office de certains faits de notoriété générale³.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence canadienne contient nombre d'affirmations concernant certaines différences entre procès et commissions d'enquêtes relatives aux normes régissant l'établissement des faits. Ainsi, les tribunaux ont affirmé avec constance que les commissions d'enquête sont autorisées à appliquer un standard de preuve qui n'est même pas aussi exigeant que celui de la prépondérance des probabilités du procès civil, et qu'elles n'ont pas à s'embarasser de certaines règles d'admissibilité comme celles relatives à la preuve par oui-dire ou aux témoignages d'opinion⁴. Cette différence de standard serait justifiée par le fait qu'une commission ne fait que « déterminer les faits » et fait des recommandations à des fins de poli-

3. Anthony et Lucas, *ibid.*, p. 142, 174.

4. Anthony & Lucas, *ibid.*, p. 90 :

The practice adopted by most commissioners is to allow hearsay evidence and to hear opinion evidence from a broad range of witnesses. Some of whom would be considered experts and others not. The reasons are not hard to find. From the public's point of view it indicates a willingness to listen to a range of experience. From the inquiry's perspective, these opinions may still be the best, or the only, sources of information available.

La *Loi sur les enquêtes* du Nouveau Brunswick, L.R.N.B., 1973, c. I-11, a d'ailleurs codifié ces règles prétorienne. Son art. 8 énonce : « Les commissaires peuvent entendre et recevoir toute preuve pertinente, même si elle n'est pas admissible suivant les règles applicables aux procès devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick ».

tique publique (de « policy »), alors qu'un tribunal a pour fonction de tirer des conclusions d'ordre juridique afin de régler un litige concernant les droits des parties, ce qui pourra s'assortir d'ordonnances coercitives⁵. Bref, en raison des intérêts en jeu, une commission d'enquête n'adoptera pas la même approche que les tribunaux judiciaires quant à la recherche de la vérité.

B. Contentieux administratif et normes de preuve

Une commission d'enquête étant une création de la branche exécutive du gouvernement, tout son processus décisionnel, y compris la détermination des faits, est assujéti aux règles associées au contrôle judiciaire de l'administration⁶. Ces règles sont bien connues et il suffit ici de donner un aperçu de leur itération la plus récente, tirée de la décision de la Cour suprême dans *Dunsmuir*⁷. D'abord, évidemment, une commission devra respecter les termes de son mandat et éviter d'établir des faits qu'elle n'a pas été autorisée à établir⁸. Ensuite, elle devra se soumettre aux exigences de l'équité procédurale. Enfin, ses conclusions de fait devront être raisonnables⁹.

5. *Bird v. Keep*, [1918] 2 K.B. 692, p. 698 (C.A.) (traitant de l'enquête d'un coroner); *Re Child's Aid Society of the County of York*, [1934] O.W.N. 418, p. 420 (C.A.); *Robb Estate v. St. Joseph's Health Care Centre*, (1998) 31 C.P.C. (4th) 99 (Ont. Gen. Div.), par. 19-24; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang-première instance)*, [1996] 3 C.F. 259, A.C.F. No. 864, (C.F.), par. 143). *Canada (Procureur Général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36, [1997] A.C.F. No. 17, par. 36 (C.A.) [*Enquête sur l'approvisionnement en sang-appel*]; *Rumley v. British Columbia*, [2003] 12 B.C.L.R. (4th) 121, p. 131; *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527, [1997] A.C.F. no. 509 (C.A.), par. 23.

6. Même si à une certaine époque ce n'était peut-être pas le cas (voir par exemple *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12), l'assujettissement des commissions d'enquête au contrôle judiciaire et aux normes s'y attachant est maintenant bien établi. L'évolution des règles entourant le contrôle judiciaire des travaux des commissions d'enquête a suivi la tendance générale à la « déformalisation » des règles du contrôle judiciaire. Voir la discussion du juge Schroeder dans *Re Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, [1962] O.R. 872 (C.A.) [*Ontario Crime Commission*]; voir aussi, à titre d'exemples, *Morneault c. Canada (Procureur-Général)*, [2001] 1 C.F. 30, [2000] A.C.F. 705 (C.A.), par. 42 [*Morneault*]; *Chrétien c. Canada (Commission d'enquête sur le Programme des commandites et les activités publicitaires - Commission Gomery)*, [2008] C.F. 802, [2008] A.C.F. n° 973, par. 39-44 (C.F.) [*Chrétien-Gomery*].

7. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

8. *Ibid.*, par. 128 (le juge Binnie, souscrivant). Les motifs concordants du juge Binnie et ceux des juges Bastarache et LeBel montrent certaines différences d'approche méthodologique, mais celles-ci sont sans pertinence pour nos fins.

9. *Ibid.*, par. 28 (les juges Bastarache et LeBel) : « Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites

L'équité procédurale est une notion variable¹⁰. Les obligations qui en découlent se moduleront en fonction de la catégorie à laquelle appartient le décideur, de la nature de la question en cause et des conséquences pour les personnes concernées¹¹. Dans bien des cas, elle requiert que les personnes dont les intérêts sont mis en cause par les travaux d'une commission puissent adéquatement présenter des éléments de preuve et contre-interroger les témoins¹². Ainsi, en 1963, dans *Re Ontario Crime Commission*, le juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario affirmait :

In the prosecution of an inquiry of this type the proceedings are characterized by less formality than in the conduct of matters before the established courts, and the Commissioner is not bound to observe the strict rules of evidence or all the niceties of practice and procedure.

In the present inquiry, allegations of a very grave character have been made against the applicants, imputing to them the commission of very serious crimes. It is true that they are not being tried by the Commissioner, but their alleged misconduct has come under the full glare of publicity, and it is only fair and just that they should be afforded an opportunity to call evidence, to elicit facts, by examination and cross-examination of witnesses and thus be enabled to place before the commission of inquiry a complete picture rather than incur the risk of its obtaining only a partial or distorted one. This is a right to which they are, in my view, fairly and reasonably entitled and it should not be denied them.¹³

fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue ».

10. *Ibid.*, par. 77, 79 (les juges Bastarache et LeBel).

11. *Ibid.*, par. 129 (le juge Binnie, souscrivant).

12. *Ibid.*, par. 77, 79; Anthony & Lucas, *op. cit.*, note 2, p. 91; *Ontario Crime Commission*, précité, note 6; voir aussi *Mahon v. Air New Zealand*, [1984] A.C. 808 (P.C.) (le Comité judiciaire du Conseil Privé, s'appuyant sur *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner; Ex parte Moore*, [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490 (C.A.)), citées dans Anthony et Lucas, *op. cit.*, note 6, p. 157-8; *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7, par. 19. On pourra enfin noter que le par. 5(1) de la *Loi sur les enquêtes publiques de l'Ontario*, L.R.O. 1990, c. P-41 permet expressément aux personnes ayant un intérêt important et direct dans l'objet de l'enquête de témoigner, d'appeler, d'interroger ou de contre-interroger des témoins. Voir aussi l'art. 12 du *Public Inquiries Act* de l'Alberta, R.S.A., 2000, c. P-39.

13. *Ontario Crime Commission*, précité, note 6, p. 895-6.

Par ailleurs, toujours suivant les règles générales du droit administratif, une commission doit donner des motifs au soutien de ses conclusions de fait¹⁴. Elle devra également respecter les règles de preuve d'ordre public qui s'appliquent, telles que celles relatives au privilège d'informateur de police ou au secret professionnel. Enfin, une commission est évidemment assujettie aux règles du droit constitutionnel.

Même en l'absence d'une clause privative¹⁵, il est clair qu'un tribunal judiciaire ne pourra interférer avec les conclusions de fait d'une commission d'enquête que si celles-ci sont déraisonnables. Les commissions ne jouissent pas d'une expertise supérieure aux tribunaux à l'égard du traitement des faits, mais ce n'est certainement pas le rôle des tribunaux de venir remettre en question les conclusions d'un organisme créé précisément afin de remplir, entre autres choses, une telle tâche. La même réserve est d'ailleurs accordée par les tribunaux d'appel aux tribunaux de première instance. Ainsi, comme l'a exprimé Lord Salmon, président de la Commission royale d'enquête sur les tribunaux d'enquête du Royaume-Uni :

Tribunals have no questions of law to decide. It is true that whether or not there is evidence to support a finding is a question of law. Having regard, however, to the experience and high standing of the members appointed to Tribunals and their natural reluctance to make any finding reflecting on any person unless it is established beyond reasonable doubt by the most cogent evidence, it seems unlikely that any such finding would ever be made without any evidence to support it. Any adverse finding which a Tribunal may make against any persons will depend upon what evidence the Tribunal believes.¹⁶

Aussi les tribunaux font-ils effectivement preuve de déférence quant aux conclusions de fait des commissions d'enquête¹⁷. Néan-

14. *Dunsmuir*, précité, note 7, par. 47 (les juges Bastarache et LeBel) : « Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

15. À ma connaissance, seul le *Public Inquiries Act* de Terre-Neuve, S.N.L., 2006, c. P-38.1, contient une clause privative (art. 26).

16. The Rt Hon. Sir Cyril SALMON, *Tribunals of Inquiry*, Jerusalem, Magnes Press, 1967, p. 20, cité (et traduit) dans *Document de travail 17*, op. cit., note 2, p. 39-40. La référence à un standard de preuve hors de tout doute raisonnable a de quoi surprendre.

17. *Dunsmuir*, précité, note 7, par. 45. « La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le

moins, il faudrait probablement se garder de partager l'optimisme de Lord Salmon à l'égard de l'improbabilité que des conclusions soient jamais formulées par des commissions d'enquête sans preuve à l'appui. Peut-être vaudrait-il mieux rester vigilants et garder fraîche à l'esprit la possibilité qu'une commission vienne à tirer des conclusions factuelles déraisonnables ou non fondées.

L'opportunité offerte aux tribunaux judiciaires de réviser une conclusion de fait déraisonnable ou injustifiée peut être décrite comme relevant des exigences de l'équité procédurale ou de la doctrine de la *raisonnabilité*. Car une conclusion de fait qui n'est pas fondée sur des éléments de preuve probants ou sur aucun élément de preuve est *déraisonnable* dans la mesure où elle va à l'encontre des règles minimales de l'épistémologie (qui guident l'établissement de quelque fait ou connaissance que ce soit), tout en étant, par le fait même, inéquitable ou injuste pour la personne lésée par la conclusion. Ainsi, il faudra ajouter que si l'on a dit que le standard de preuve appliqué par une commission d'enquête pouvait être moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités, il faut se demander si un tel standard ne viendrait pas de toute façon nécessairement bafouer quelque norme épistémologique fondamentale en permettant à un commissaire de conclure à l'existence d'un fait sans justification suffisante. Autrement dit, peut-on même parler d'un standard de preuve moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités ? D'ailleurs, dans *Mahon v. Air New Zealand*, le Comité judiciaire du Conseil Privé¹⁸ a énoncé que l'équité procédurale imposait qu'une commission, lorsqu'elle tire une conclusion de fait, fonde sa décision sur de la preuve qui ait une valeur probante, c'est-à-dire sur des éléments qui tendent logiquement à démontrer l'existence de faits concordants avec la conclusion¹⁹. Par ailleurs, il a aussi déjà été décidé que la décision d'une commission d'exclure une preuve pertinente constituait une erreur juridictionnelle justifiant une intervention judiciaire²⁰.

respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente ». Voir aussi les par. 48-53.

18. *Précité*, note 12, s'appuyant sur *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner* [...], *précité*, note 12, cités dans Anthony et Lucas, *op. cit.*, note 1, p. 157-8.

19. Voir aussi *Morneault*, *précité*, note 6, par. 42-46, qui adopte essentiellement les motifs de cette dernière décision ; *Chrétien-Gomery*, *précité*, note 6, par. 63-64 ; Anthony & Lucas, *op. cit.*, note 2, p. 158.

20. *Re Bortolotti and Ministry of Housing*, (1977), 15 O.R. (2d) 617 (C.A.), p. 625-626.

II. REMARQUES SUR LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ

De façon générale, les règles de preuve sont plus flexibles devant les commissions d'enquête que devant les tribunaux. Mais certaines règles de preuve, plus précisément celle déterminant le standard à appliquer, sont directement tributaires des intérêts des personnes concernées. Ainsi, en matière criminelle, on applique le standard plus exigeant de l'absence de doute raisonnable à cause de l'inégalité présumée des moyens entre l'État et l'accusé et à cause des conséquences sérieuses sur la liberté, la sécurité et la réputation d'une personne que peut avoir une déclaration de culpabilité. Est-ce à dire que les exigences de l'équité procédurale en matière administrative pourraient avoir pour conséquence de forcer l'application d'un standard de preuve plus exigeant, à la limite celui de l'absence de doute raisonnable, si des intérêts comparables à ceux mis en cause par une poursuite criminelle sont mis en cause par les conclusions d'une commission d'enquête ? Autrement dit : une commission d'enquête peut-elle mettre en jeu des intérêts identiques ou comparables à ceux mis en jeu par une poursuite criminelle ? C'est lorsque l'on tente d'apporter une réponse à cette question que vient s'interposer celle de l'autorité des commissions de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique des personnes impliquées et/ou de « nommer des noms ».

Il va évidemment de soi qu'une commission d'enquête ne se voit jamais expressément donné le mandat de déterminer s'il y a eu manquement à des règles relevant du *Code criminel* ou de la responsabilité civile extracontractuelle. Par contre, il est souvent arrivé que des commissions se voient octroyé un mandat qui leur demande de tirer certaines conclusions de fait qui, une fois les règles de droit positif du droit pénal ou du droit de la responsabilité civile extracontractuelle appliquées, constituent un crime, une infraction ou un délit civil. À cet égard, deux questions doivent être distinguées. Du point de vue des règles de droit, peut-on autoriser une commission à tirer de telles conclusions de fait ? Et du point de vue de l'éthique publique, ou de ce qui serait souhaitable d'une perspective de *public policy*, devrait-on permettre à une commission de tirer de telles conclusions de fait ?

A. Énoncés de droit positif

Du point de vue du droit la réponse est loin d'être limpide. Évidemment, le mandat d'une commission peut lui interdire précisé-

ment de tirer quelque conclusion que ce soit relativement à la responsabilité criminelle des personnes impliquées. La jurisprudence suggère également qu'une commission créée par un gouvernement provincial ne pourra tirer de conclusions de fait qui laissent facilement conclure à la responsabilité pénale d'une personne, car il s'agirait alors d'une intrusion inconstitutionnelle au sein des pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Évidemment, ceci n'empêcherait pas le gouvernement fédéral de créer une commission qui puisse tirer des conclusions de fait qui laissent facilement conclure à la commission d'un crime.

Par ailleurs, le raisonnement qui sous-tend l'interdiction appliquée aux commissions d'enquête provinciales laisse songeur. Car ces commissions ne sont jamais investies du mandat exprès d'appliquer les dispositions du *Code criminel*, et encore moins du mandat d'infliger des peines à ceux qui se seraient mal comportés selon leur évaluation des faits. Il devient alors difficile de croire qu'une commission provinciale (ou même fédérale) puisse effectivement devenir un instrument du droit criminel. Mais tant dans le cas d'une interdiction expresse dans le mandat que dans le cas de l'interdiction s'appliquant aux commissions provinciales, le débat tourne véritablement autour d'une seule et même question : une conclusion relevant du droit criminel peut-elle surgir de simples constatations de fait, sans qu'il y ait application de normes juridiques, ou faut-il nécessairement qu'il y ait application des normes du droit criminel et application d'une peine ? Cette question a été âprement débattue dans les affaires *Nelles* et *Starr*.

L'affaire *Nelles*²¹ est née des faits suivants. Au début des années quatre-vingt, un nombre inusité d'enfants étaient décédés au sein des unités de cardiologie de l'Hospital for Sick Children de Toronto. Une infirmière travaillant au sein de ces unités de cardiologie, M^{me} Nelles, avait éventuellement été accusée du meurtre de quatre enfants. L'accusation avait cependant été cassée à la suite de l'enquête préliminaire. Bien que deux rapports officiels avaient déjà été rédigés, le procureur général de l'Ontario avait ensuite pris la décision de mettre sur pied une commission royale d'enquête afin de faire la lumière sur toutes les circonstances.

L'arrêté en conseil énonçant le mandat du commissaire, le juge Samuel Grange, de la Cour d'appel de l'Ontario, affirmait spécifiquement qu'il ne pouvait tirer « any conclusion of law regarding civil or

21. *Nelles et al. And Grange et al.*, 46 O.R. (2d) 210 [*Nelles*].

criminal responsibility [...] »²². Selon le procureur-général, cette limite au mandat du commissaire était imposée afin de protéger les intérêts des parties à toute affaire judiciaire émanant de ces circonstances et d'assurer que la commission ne soit pas considérée comme un procès civil ou pénal ayant pour but de déterminer qui était responsable pour la mort des enfants, puisque ce n'était pas là la fonction d'une commission d'enquête. L'arrêté en conseil demandait finalement au commissaire Grange d'enquêter, de faire rapport et de faire des recommandations relativement à la question de savoir comment et de quelle façon étaient morts les enfants et sur les circonstances entourant la poursuite d'accusations criminelles suite à ces décès.

En cours de route, conformément à la *Loi sur les enquêtes publiques* ontarienne, le commissaire Grange a demandé que la Cour divisionnaire de l'Ontario détermine s'il avait raison de croire qu'il était autorisé à exprimer une opinion sur la question de savoir si la mort de quelque enfant était la conséquence d'un acte accidentel ou autre d'une ou plusieurs personne(s) déterminée(s). Plus précisément, le Commissaire avait conclu que l'arrêté en conseil l'autorisait : à déterminer si les enfants étaient morts suite à l'administration d'une surdose de digoxine ou d'un autre médicament ; à déterminer si l'administration de digoxine était accidentelle ou délibérée ; et à identifier la personne qui avait administré le médicament²³. Deux juges de la Cour divisionnaire ont répondu par l'affirmative et un par la négative, et la décision a été portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Celle-ci a renversé la décision de la Cour divisionnaire.

Dans ses motifs, la Cour d'appel a souligné qu'une commission d'enquête ne pouvait constituer un moyen détourné de procéder à une enquête criminelle. Une telle commission se révélerait alors consti-

22. *Ibid.*, par. 7.

23. Son raisonnement était le suivant, *ibid.*, par. 15 :

Our law does not give rise to either criminal or civil responsibility by the mere doing of an act. In criminal law, there must for a conviction be proved beyond a reasonable doubt (except in some few statutory provisions not applicable here) not only the act itself but a criminal intent in the mind of the actor. For the offence of murder or that of criminal negligence causing death, the two offences perhaps most likely to arise in the matter under consideration, the Criminal Code requires certain very specific and very special intents. Similarly in our civil law an act itself does not necessarily give rise to liability for damages or other relief to the person affected. It must be shown that the actor owed a duty and breached that duty and might reasonably have foreseen the damages that occurred. It follows that a finding by me of commission of the act either by accident or by design (even if the finding were that of a court of competent jurisdiction which it would not be) would not without more give rise to either criminal or civil responsibility.

tuer une procédure coercitive et serait incompatible avec nos notions d'équité dans l'investigation et la détermination de la responsabilité pénale ou civile. La Cour semble aussi suggérer qu'une telle attribution de responsabilités outrepasserait les compétences constitutionnelles de la province, puisqu'il s'agirait là de procédures en matière de droit criminel. Mais au bout du compte, elle trouve son argument fondamental à l'encontre des conclusions du juge Grange dans l'énoncé de l'arrêté en conseil ayant constitué la commission.

La Cour d'appel concède qu'étant donné que l'arrêté en conseil demandait au commissaire de faire enquête et rapport sur la cause de la mort des enfants, on pourrait être porté à conclure que ceci implique nécessairement de déterminer si la mort a été causée par une surdose fatale de digoxine *et* de déterminer si l'administration de cette dose fatale a été accidentelle ou non. Cependant, l'arrêté en conseil énonçait également que le commissaire ne pouvait tirer de conclusion quant à la responsabilité civile ou pénale des personnes impliquées²⁴. Et selon la Cour, une conclusion de responsabilité peut être exprimée par l'établissement d'une conclusion de fait si ces faits, à eux seuls, lorsqu'attribués à une personne identifiée, constituent une conclusion de responsabilité civile ou pénale. Il s'ensuit que cette limite aux pouvoirs du commissaire trouvés dans l'arrêté en conseil lui interdit de nommer les individus dont les actes ont causé la mort des enfants. Le fait que ces conclusions ne lient pas les tribunaux lors de procédures ultérieures n'est pas un élément déterminant. Ce qui importe, c'est qu'une telle conclusion serait considérée par le public comme équivalente à une conclusion quant à la responsabilité juridique d'une personne et serait susceptible de causer un préjudice important à cette personne si elle était éventuellement accusée et poursuivie. De plus, cette personne n'aurait aucun recours afin de se disculper face aux conclusions de la Commission.

L'affaire *Starr* constitue en quelque sorte une répétition de l'affaire *Nelles*, bien que le débat au sein de la Cour suprême ait été

24. D'ailleurs la Cour d'appel a reconnu l'extrême difficulté du mandat conféré au juge Grange, *ibid.*, par. 23 :

It was probably inherent in the terms of the Order in Council that the task of meeting the "need of the parents and the public as a whole to be informed of all available evidence" by "full examination" of the matters to be inquired into and "to ensure full public knowledge of the completeness of the matters referred to", but to do so "without expressing any conclusion of law regarding civil or criminal responsibility", was one of extreme difficulty, at times approaching the impossible.

limité à une question de partage des compétences²⁵. Néanmoins, on pourra considérer que le juge Lamer reprend le rôle de la Cour d'appel de l'Ontario alors que le juge L'Heureux-Dubé reprend celui partagé par une majorité des juges de la Cour Divisionnaire et le juge Grange. Et même si en apparence la question semble être uniquement constitutionnelle, il demeure que le raisonnement du juge Lamer, comme celui de la Cour d'appel dans *Nelles*, semble être motivé par une certaine conception de ce qu'une commission d'enquête devrait et ne devrait pas être autorisée à faire. Il en vient à la conclusion qu'une commission d'enquête établie par un gouvernement provincial ne pourra jamais se voir attribué un mandat qui lui permette de tirer des conclusions de fait qui, lorsqu'on y applique quelque disposition du *Code criminel*, mènent à la conclusion qu'une personne a commis un acte criminel. Dans sa dissidence, le juge L'Heureux-Dubé faisait pour sa part remarquer que le simple établissement de faits ne peut jamais en soi équivaloir à l'établissement d'une responsabilité criminelle²⁶.

Si l'on se fie à la stricte *ratio decidendi* des affaires *Nelles et Starr*, on pourrait être porté à conclure que les commissions d'enquête mises sur pied par le gouvernement fédéral pourraient être autorisées à faire ce qui est interdit aux commissions provinciales²⁷. Comme l'ont suggéré les auteurs MacKay et McQueen, « the logical deduction from the decisions against the provincial inquiries that attempted to investigate criminal activity is that the federal government could engage in such investigations »²⁸. Cependant, dans *Phillips*, la Cour suprême a non seulement confirmé la validité de la position de la majorité dans *Starr*, mais elle a aussi émis la proposi-

25. *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366.

26. Le juge Archie Campbell émet des commentaires similaires dans Justice Archie CAMPBELL, « The Bernardo Investigation Review », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 395 :

It is one thing to say what happened. It is another thing to characterize it as a mistake or an error or a dereliction of duty or a service offence. It is one thing to say as a fact, on the uncontradicted evidence, that an officer did not file a report that Bernardo stalked a young woman in St. Catharines. It is quite another thing to conclude, as a question of mixed fact and law, that the officer was wrong or negligent or breached his duty or committed a service offence. It may be that the problem of adverse findings and findings of misconduct can be avoided to some extent by simply saying what happened, instead of characterizing it legalistically.

27. ANTHONY et LUCAS, *op. cit.*, note 2, p. 177.

28. A Wayne MACKAY et Moira G. MCQUEEN, « Public Inquiries and the Legality of Blaming : Truth, Justice, and the Canadian Way », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 255.

tion encore plus générale selon laquelle les enquêtes publiques [...] ne sont pas et ne sauraient être de simples substituts de poursuites criminelles²⁹. Ceci pourrait laisser entendre que les mêmes limites s'appliquent aux commissions provinciales et fédérales, mais encore une fois, tout dépend de ce que l'on veut dénoter par « substituts de poursuites criminelles ». Enfin, le mystère n'est pas particulièrement éclairci par la décision de la Cour suprême dans *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*³⁰, la Cour ayant semblé prendre pour acquis que la Commission Krever, une commission d'enquête fédérale, ne pouvait pas tirer de conclusions quant à la responsabilité civile ou pénale des gens impliqués.

Une règle selon laquelle une commission d'enquête ne pourrait tirer de conclusions de fait qui, lorsque couplées à une disposition de droit pénal ou de droit de la responsabilité extracontractuelle, équivalent à la commission d'un crime ou d'un délit, apparaît quelque peu incongrue lorsque l'on constate les mandats qui ont été confiés à des commissions d'enquête au cours des années. En effet, dans bien des cas, il apparaît clair que l'un des objectifs principaux de la commission soit justement de déterminer une responsabilité. À preuve, le rapport factuel de la Commission Gomery s'intitule « Qui est responsable ? », et la *Loi sur les enquêtes* fédérale, notamment, prévoit à son article 13 qu'une commission peut attribuer une forme de blâme à des personnes³¹. Or, qu'est-ce qu'une attribution de blâme, sinon un jugement quant à la responsabilité de quelqu'un ? D'autre part, les normes de responsabilité du droit pénal et civil n'ont rien de particulièrement spécial. Elles ne sont généralement que le reflet de normes sociales ou morales plus générales, qui elles pourraient être appliquées par une commission. Ceci implique qu'une commission pourrait tirer certaines conclusions de fait qui pourraient servir de base à la conclusion qu'un crime ou un délit a été commis lorsque sont appliquées certaines dispositions juridiques. Mais tant que ces com-

29. *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97 par. 121, 124.

30. [1997] 3 R.C.S. 440.

31. *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), c. I-11, art. 13 : « La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat. Il existe des dispositions similaires dans d'autres lois provinciales ». Voir aussi l'art. 5(2) de la *Loi sur les enquêtes publiques* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P-41, l'art. 13 du *Public Inquiries Act* de l'Alberta, précité, note 12, le par. 11(2) du *Public Inquiry Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 2007, c. 9.

missions *n'appliquent* pas les dispositions du droit criminel ou civil et ne tirent pas de conclusions quant à la responsabilité des individus, on ne peut tout simplement pas dire que c'est ce qu'elles ont fait sans confondre ce qui est fait et ce qui est norme, ce qui est juridique et ce qui est factuel. Et bien sûr, les commissions n'ont aucun pouvoir d'attribution de peine ou de réparation. En somme, comme d'autres l'ont affirmé, il est impossible de faire fi des possibilités de chevauchement entre une enquête pour les fins d'une commission et une enquête pour les fins d'une poursuite pénale (ou civile)³². D'ailleurs, à une certaine époque, il ne faisait aucun doute que les commissions d'enquête pouvaient déterminer des questions de responsabilité, même civile ou pénale (sans qu'il y ait imposition de peine ou de réparation, évidemment)³³. On pourra donc être tenté d'aller dans le sens des professeurs Manson et Mullan, qui, à l'égard de l'interdiction faite aux commissions d'enquête fédérales de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique d'individus, affirmaient :

[N]owhere is the precise legal justification for this assumption ever articulated. Was it because of the particular terms of reference of that federal commission ? Was it because of the federal inquiries legislation ? Or is there a deeper constitutional reason based not on the federal criminal law power but on a principle that, even in the federal domain, there are separation of powers or individual rights-based reasons for denying to commissions of inquiry the capacity to judge conduct by reference to normal standards of criminal or civil liability ?³⁴

Et il faut reconnaître que la logique et les règles de droit telles qu'elles existent actuellement ne permettent pas de clairement justifier une règle générale qui empêcherait une commission d'enquête de tirer certaines conclusions de fait qui, isolément ou lorsque couplées

32. *Op. cit.*, note 28, p. 289.

33. Ed RATUSHNY, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 20 :

This whole « adversary » approach can be contrasted with an « inquisitorial » approach, where the emphasis shifts from an accusation to the terms of reference of the inquiry. For instance, instead of an accusation that X is criminally responsible for the murder of Y, the inquiry might be into the circumstances surrounding the cause of Y's death. The inquiry might even be to determine specifically whether or not X is criminally responsible for the death of Y.

Voir aussi *Document de travail 17*, *op. cit.*, note 1, p. 26, selon lequel une commission d'enquête « pourrait être intéressée à des questions relatives à la faute et à la responsabilité ».

34. Allan MANSON et David MULLAN, « Introduction », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 8.

avec d'autres prémisses juridiques, mèneraient à une conclusion de responsabilité civile ou pénale³⁵.

Toutefois, une fois cet argument accepté, on peut se demander s'il faudra alors que les commissions d'enquête adoptent des règles de preuve et de procédures plus favorables aux acteurs impliqués lorsqu'il y a risque que leurs conclusions reprochent des comportements d'une gravité telle qu'ils constituent également, par exemple, un crime. Une commission devrait-elle alors appliquer le standard de preuve de l'absence de doute raisonnable ? La question requiert que l'on revienne sur la notion d'équité procédurale en matière administrative et que l'on aborde quelques questions liées aux *Chartes* et aux droits fondamentaux.

L'équité procédurale, on le sait, est une notion dont l'intensité varie en fonction des intérêts en jeu. Plus les intérêts mis en cause sont importants, plus les garanties d'équité procédurales devront être serrées. Par ailleurs, on pourra rappeler que l'article 7 de la *Charte canadienne* impose que les principes de justice fondamentale soient respectés par toute action gouvernementale qui mette en péril les droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne³⁶. Bref, si les travaux et conclusions d'une commission d'enquête mettent en péril des intérêts comme la liberté, la sécurité ou la réputation d'une personne, il faudra que la commission ait respecté une forme exigeante d'équité procédurale et/ou les principes de justice fondamentale.

35. Un raisonnement apparenté est déployé par le juge Décary dans *Enquête sur l'approvisionnement en sang – appel*, précité, note 5, par. 35-55. Voir aussi *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, p. 596 et *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, (1996) 30 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 10.

36. On pourrait peut-être également invoquer l'al. 2(e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44. qui énonce : « Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [...] »

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ; »

Des controverses d'interprétation pourraient survenir quant à savoir si une commission d'enquête définit à proprement parler les « droits et obligations » de personnes. Le juge Richard répond par la négative dans *Enquête sur l'approvisionnement en sang – première instance*, précité, note 5, par. 133.

Il est difficile d'imaginer que les conclusions d'une commission d'enquête puissent porter atteinte à la liberté d'une personne, puisqu'une commission ne jouit d'aucun pouvoir d'imposition de peine ou de réparation. Pour les mêmes raisons, il est également difficile d'imaginer que les conclusions d'une commission puissent *directement* porter atteinte à la sécurité d'une personne. Cependant, on peut assez facilement imaginer qu'une conclusion particulièrement accablante vienne *indirectement* porter atteinte à la sécurité physique et/ou psychologique d'une personne, par exemple à travers une atteinte à la réputation ou par la stigmatisation qu'une conclusion d'inconduite pourrait causer³⁷. Mais encore faut-il que l'atteinte à la sécurité soit suffisamment grave et qu'elle ait été causée par l'État pour qu'elle constitue une atteinte au droit à la sécurité protégé par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Il n'est pas impossible que ces conditions soient rencontrées dans des circonstances données, mais ces cas risquent d'être rares. Par ailleurs, la question de l'atteinte à la sécurité, comme c'est constamment le cas en droit, risque de mêler la question de la causalité et la question de l'imputabilité de l'atteinte. Lorsqu'une commission examine certains agissements et conclut à une forme d'inconduite qui met à mal la sécurité physique ou psychologique d'une personne, peut-on vraiment imputer à l'État la responsabilité de cette atteinte en vertu de l'article 7 ?

Suivant la méthodologie préconisée dans l'application de l'article 7, on pourrait peut-être conclure que le lien de causalité est satisfait entre les actions de l'État et l'atteinte à la sécurité d'une personne. Mais restera encore à déterminer la question du respect des principes de justice fondamentale. Dans de telles circonstances, ces principes requièrent-ils que soit appliqué un standard de preuve et des règles de procédures similaires à celles appliquées lors des procès criminels ? Par exemple, faudrait-il respecter le droit de ne pas s'auto-incriminer ou le droit à la présomption d'innocence ? Probablement pas, simplement du fait qu'une commission d'enquête ne peut pas imposer de peine. Mais il faudrait quand même probablement moduler les règles de preuve et de procédure d'une commission en fonction des intérêts qui risquent d'être affectés par ces conclusions. Et alors surgit une espèce de dilemme, dans la mesure où un des avantages tant vantés des commissions d'enquête constitue justement

37. Les motifs de la majorité dans l'affaire *Blencoe*, notamment, semblent ouvrir la porte à cette possibilité. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 55-75. Cette suggestion est confortée par les motifs du juge Teitlebaum dans l'affaire *Chrétien-Gomery*, précité, note 6, par. 61.

la flexibilité de leurs procédures³⁸. Ainsi, même s'il est impensable que l'on en vienne à exiger que les commissions d'enquête calquent leurs procédures sur celles des tribunaux, plus elles risquent de tirer des conclusions accablantes pour des individus, plus elles devront satisfaire des normes élevées d'équité procédurale. Et alors,

The challenge is to strike the proper balance between the flexible pursuit of truth, one that is less impeded by technical rules of evidence and procedural challenges than the courts, and the fair treatment of those who get caught up in these public inquiries. The difficulty in striking the proper balance is particularly acute in inquiries concerned with the allocation of blame [...] In a public inquiry it may be that the individual being scrutinized will be required to give up some of the « justice » associated with complete protection from compelled testimony and other legal safeguards, but society also gives up some of the « justice » involved in being able to punish a wrongdoer.³⁹

La difficulté du défi posée par ce dilemme constitue un argument de plus au soutien d'un encadrement juridique plus serré des commissions d'enquête qui vienne limiter leur autorité à tirer des conclusions quant à la responsabilité personnelle ou à « nommer des noms ». Il n'est peut-être pas actuellement illégal pour une commission d'enquête de le faire, mais ce n'est manifestement pas très souhaitable non plus.

B. Limiter la compétence des commissions d'enquête quant à l'attribution de responsabilité personnelle ?

Une des sources du problème semble être qu'on ne sait pas clairement ce qu'une commission d'enquête devrait et ne devrait pas être appelée à faire⁴⁰. Celles-ci font plusieurs choses, et souvent concurremment : elles recherchent la vérité, tentent de faire régner une certaine justice, participent à l'amélioration des politiques publiques, président des débats de valeurs, etc.⁴¹. Et l'idée selon laquelle un des rôles d'une commission d'enquête peut être d'attribuer un blâme est tenace.

38. Pour une conclusion similaire voir Hudson N. JANISCH, « Concluding Comments » dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 493.

39. *Op. cit.*, note 28, p. 291-2.

40. *Op. cit.*, note 1, p. 1, 3-4. « We even debated what constitutes a commission of inquiry ».

41. Liora SALTER, « The Complex Relationship Between Inquiries and Public Controversy », dans MANSON et MULLAN, *op. cit.*, note 1, p. 198.

Mais encore faut-il qu'il y ait une justification adéquate pour que « nommer des noms » soit un des rôles d'une *commission d'enquête*⁴². Une réponse possible à cette demande de justification est de suggérer que les commissions d'enquête sont souvent créées afin de permettre aux membres de la communauté de tourner la page après un événement traumatisant, et que, pour que ceci puisse se faire, il faut nécessairement qu'il y ait attribution de responsabilité. On peut d'abord douter de la véracité de cette affirmation générale (peut-être est-ce vrai pour certaines gens)⁴³. Il semble vraisemblable que des conclusions de responsabilité exprimées à un niveau général, ou en termes de probabilités, ou encore sans nommer de noms, puissent avoir la même efficacité quand il s'agit de « tourner la page ». On pourrait ainsi laisser aux tribunaux judiciaires la tâche de statuer sur les questions de responsabilité individuelle, puisque c'est leur spécialité et que les garanties procédurales qu'ils offrent sont plus robustes.

Par conséquent, un bon principe de politique publique, qui devrait peut-être devenir règle de droit, serait qu'on ne devrait pas recourir à une commission d'enquête afin d'attribuer la responsabilité d'événements de manière personnelle⁴⁴. Ce principe devrait prévaloir même si manifestement il sera parfois difficile de faire apparaître la vérité sans enquêter publiquement sur des personnes en particulier⁴⁵. Autrement dit, comme l'a suggéré sagement le professeur Roderick MacDonald, il serait préférable que des circonstances ou des « systèmes », plutôt que des individus, soient pointés du doigt par les commissions d'enquête et que l'attribution publique d'un blâme soit laissée à d'autres processus⁴⁶. D'ailleurs, pour terminer, il n'est pas sans pertinence de mentionner que certaines parties du rap-

42. Certes, certains verront la valeur politique de faire rouler quelques têtes afin d'apaiser le bon peuple, mais nous sommes alors loin d'une justification morale. Comme l'affirment MACKAY et MCQUEEN, *op. cit.*, note 28, p. 250 : « This focus on blame may relate simply to natural human curiosity and the desire to have a mystery resolved [...] However, this is not a satisfactory explanation for the majority of public inquiries that are not truly mysteries, but attempts to determine if conduct lived up to community standards, much of which involves ascertaining the appropriate standard ».

43. Roderick A. MACDONALD, « Interrogating Inquiries », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 482.

44. Voir Brian SCHWARTZ, « Public Inquiries » dans MANSON et MULLAN, *op. cit.*, note 1, p. 455.

45. *Op. cit.*, note 28, p. 288.

46. *Op. cit.*, note 43, p. 482-84. Pour une approche similaire adoptée par une Commissaire, voir L'Honorable Louise Arbour, *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la prison des femmes de Kingston*, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996, p. xiii.

port du juge O'Connor concernant la responsabilité d'individus relativement à la tragédie de Walkerton sont rédigées en termes de probabilités et de possibilités, plutôt qu'en termes de conclusions fermes de responsabilité⁴⁷.

47. The Honourable Dennis R. O'CONNOR, *Report of the Walkerton Inquiry : The Events of May 2000 and Related Issues*, Toronto, Queen's Printer for Ontario, 2002, p. 216.

