

REVUE JURIDIQUE THEMIS
VOL 42 NUM 1 - 2

L'HARMONISATION DE LA
LOI CANADIENNE SUR LES
SOCIÉTÉS PAR ACTIONS AVEC
LE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS
Proposition de révision

HARMONIZATION OF THE CANADA
BUSINESS CORPORATIONS ACT
WITH QUEBEC CIVIL LAW
Revision Proposal

Les Éditions Thémis
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Canada

Courriel / Email : achats@editionsthemis.com
Internet : editionsthemis.com
Téléphone / Phone number : (514) 343-6627
Télécopieur / Fax number : (514) 343-6779

Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du *Code civil du Québec**

Paul MARTEL**

* Cette étude a été préparée à la demande du ministère de la Justice du Canada. Les propos énoncés dans cette étude ne constituent pas des propositions de modification législative. Elle a été déposée en mai 2007.

** Conseiller spécial, Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Plan

Introduction	153
I. Les devoirs fiduciaires – description sommaire	154
II. Évolution des « devoirs fiduciaires » au Québec	160
A. Avant le <i>Code civil du Québec</i>	161
1. Avant 1985	161
2. De 1985 à 1989	163
3. De 1989 à 1994	164
4. Le <i>Code civil du Québec</i>	168
III. Les conflits d'intérêts	171
A. « Au mieux des intérêts de la société »	172
B. Détournement de pouvoir	183
C. Divulgence de conflit d'intérêt potentiel.....	189
D. Profits personnels	191
1. Principes de common law	191
2. Le <i>Code civil du Québec</i>	193
a. Utilisation des biens ou d'informations.....	194
b. Rémunération	196
c. Profits secrets	198
d. Ratification.....	199
E. Contrats avec la société	200
1. La common law	200

2. L'article 120 de la <i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i>	201
a. Divulgence d'intérêt et défense de voter	201
b. Sanction du défaut	204
c. Exception	205
d. Ratification par les actionnaires	207
3. Le <i>Code civil du Québec</i>	207
F. Survie des devoirs	212
G. Les dirigeants	213
H. Défense de bonne foi	215
I. Indemnisation	216
J. Recours pour oppression et devoirs « fiduciaires »	217
K. <i>Code civil du Québec</i> vs common law	218
L. Devoirs de loyauté vs devoirs fiduciaires	226
IV. Harmonisation	232
A. Énoncé des devoirs de loyauté	232
B. Divulgence de conflits d'intérêts potentiels	232
C. Renversement du fardeau	233
D. Fiducie par interprétation	233
E. Contrats avec la société	233
F. Interdiction	234
Conclusion	234

Introduction

L'article 122(1)(a) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (la « Loi » ou « LCSA ») se lit :

Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir [...] avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.

Cette disposition datant de 1975¹ a comme origine l'article 9.19(1) du Projet de loi présenté en 1971 par le groupe de travail présidé par M^c Robert W.V. Dickerson². Cet article 9.19 représentait « une formulation législative générale des principes sous-jacents à la relation fiduciaire qui existe entre les corporations et leurs administrateurs »³. Ainsi que l'a expliqué l'un des auteurs de ce Rapport peu après sa publication, l'article 9.19 avait pour but de refléter et de clarifier l'état de la common law en matière de devoirs fiduciaires des administrateurs⁴.

Il faut donc considérer l'article 122(1)(a) comme la pointe d'un énorme iceberg, soit le corps jurisprudentiel de common law sur les devoirs fiduciaires des administrateurs et dirigeants.

¹ *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33, art. 117.

² Robert W.V. DICKERSON, Leon GETZ et John L. HOWARD, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, Ottawa, Information Canada, n^o 236 et 237, p. 90 et 91 (« Rapport Dickerson »).

³ *Id.*, p. 90 et 91 :

Quant à l'obligation générale de loyauté et de bonne foi, le présent article constitue une simple tentative de distiller les résultats de la masse de jurisprudence portant sur les principes fiduciaires en relation avec le poste d'administrateur. Ces principes ont été reconnus par les tribunaux canadiens depuis fort longtemps : voir par exemple Sun Trust Co. c. Bégin, [1937] S.C.R. 305 ; Peso Silver Mines Ltd. c. Cropper, (1966) 58 D.L.R. (2d) 1. L'article 9.19 ne prétend pas répondre à l'avance aux problèmes complexes résultant de l'évaluation des faits de chaque cas particulier. Son but est simplement, et peut-être sans raison, de donner un soutien législatif à des principes qui, s'ils se comprennent bien, sont néanmoins difficiles à appliquer.

⁴ John L. HOWARD, « The Proposals for a New Business Corporations Act for Canada: Concepts and Policies », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1972 – Corporate and Securities Law*, Toronto, Richard De Boo, 1972, p. 17, aux pages 44 et suiv.

Quelle est la portée des « devoirs fiduciaires » formulés par l'article 122(1)(a) dans la province de Québec, où ces devoirs viennent d'être codifiés aux articles 321 et suivants du *Code civil du Québec*? L'iceberg peut-il naviguer dans les eaux québécoises, ou doit-il fondre à leur contact?

Pour répondre à ces questions, je commencerai par donner une description sommaire des devoirs fiduciaires en common law. Je verrai en second lieu, dans un bref rappel historique, quel accueil ces devoirs fiduciaires ont reçu de la part des tribunaux et des auteurs québécois, avant et depuis l'adoption du Code civil. Je passerai ensuite en revue les divers aspects de ces devoirs à la lumière du droit civil, sous les rubriques suivantes : les conflits d'intérêts, les profits personnels, les contrats avec la société et la survie des devoirs. J'étudierai enfin le cas des dirigeants, de la défense de bonne foi, de l'indemnisation et du « recours pour oppression ».

Au terme de ce processus, je proposerai une récapitulation et des conclusions.

I. Les devoirs fiduciaires – description sommaire

La notion de devoirs ou d'obligations « fiduciaires » est une création de l'*equity* anglaise remontant à plus de deux siècles. Les catégories de rapports entre personnes donnant ouverture à ces devoirs ne sont pas fermées⁵ :

*L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives.*⁶

Ces devoirs ont été jugés s'appliquer non seulement aux fiduciaires (*trustees*) proprement dits, mais aussi aux associés, aux mandataires et aux administrateurs de personnes morales, de même, entre autres, qu'à des « hauts fonctionnaires », des « employés-clés », des intermédiaires financiers, un individu candidat à un emploi, un créancier hypothécaire exerçant son pouvoir de vente, un avocat

⁵ Guérin c. R., [1984] 2 R.C.S. 335, 384 ; Frame c. Smith, [1987] 2 R.C.S. 99, 134 ; Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574, 597.

⁶ Guérin c. R., précité, note 5, 341.

ayant une liaison clandestine avec la femme de son client⁷, des banquiers et des comptables conseillers fiscaux, en faisant un concept flou et fluide qui a déjà été qualifié d'« *equity's blunt tool* »⁸ et d'« obligation légale à la recherche d'un principe »⁹.

Les caractéristiques essentielles d'une « relation fiduciaire » ont été énoncées en ces termes par la juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith*¹⁰ :

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire ;
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire ;
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Bien que la juge Wilson ait été dissidente dans cet arrêt, son énoncé a été endossé tant par la majorité que la minorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac Minerals* et ses arrêts subséquents¹¹.

Les devoirs « fiduciaires » peuvent se résumer ainsi : lorsqu'une personne (le fiduciaire) occupe un poste ou un rôle où elle bénéficie de la confiance et de la foi d'une autre personne (le bénéficiaire), elle doit agir avec une extrême bonne foi (*uberrimae fides*) envers ce bénéficiaire, et ne pas abuser de cette confiance ou exercer ses pouvoirs au détriment du bénéficiaire.

⁷ Voir : Peter D. MADDAUGH, « Definition of Fiduciary Duty », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada – 1990*, De Boo, 1991, p. 15.

⁸ Juge Sopinka, dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 5, 596, référant à un article du professeur Ernest J. WEINRIB, « The Fiduciary Obligation », (1975) 25 *U. of T.L.J.* 1, 4.

⁹ *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, par 29. M^e Maddaugh fait remarquer avec humour : « The term “fiduciary” is not one used by ordinary people. It is only used by lawyers. This in itself should arouse our suspicions » : D. MADDAUGH, *loc. cit.*, note 7, 16.

¹⁰ Précité, note 5, 136.

¹¹ *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 5, 599 et 646 ; *Canada Entreprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, 543 ; *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, 63 et suiv. ; *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 9, par. 30 et 119.

Parmi les catégories de rapports de personnes, celle de compagnie-administrateur a depuis très longtemps¹² été reconnue comme donnant ouverture aux devoirs « fiduciaires », tant en droit anglais¹³ qu'en droit canadien¹⁴. En 1974, dans l'arrêt-clé *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*¹⁵, la Cour suprême du Canada a étendu cette catégorie pour inclure, en plus de l'administrateur de compagnie, son « fonctionnaire supérieur », c'est-à-dire quelqu'un dont le poste « comporte des initiatives et des responsabilités très éloignées du rôle d'obéissance des préposés ».

Le juge La Forest, dans l'arrêt *Lac Minerals*, a dit de l'obligation fiduciaire « qu'il s'agit de l'obligation de loyauté, qui comprendra le plus souvent l'obligation d'éviter les conflits de devoirs ou d'intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire »¹⁶. La Cour suprême du Canada a défini comme suit l'obligation fiduciaire dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*:

*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 est 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.*¹⁷

¹² Au moins depuis 1742, dans l'arrêt *Charitable Corporation c. Sutton*, (1742) 26 E.R. 642.

¹³ Voir aussi, notamment : *Aberdeen Railway Company v. Blaikie Brothers*, (1854), [1843-60] All E.R. Rep. 249 (H.L.), 1 Macq. 461, 471 ; *Regal (Hastings), Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378, 389 (Lord Russell of Killowen) et 395 (Lord Porter).

¹⁴ Pour ne citer que les décisions de la Cour suprême, mentionnons : *Sun Trust Co. c. Bégin*, précité, note 3 ; *Zwicker c. Stanbury*, [1953] 2 R.C.S. 438 ; *Peso Silver Mines Ltd. c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673 ; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592 ; *Frame c. Smith*, précité, note 5, 134 et 136 ; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 5, 597 ; *McClurg c. The Queen*, [1990] 3 R.C.S. 1020, 1040.

¹⁵ Précité, note 14.

¹⁶ *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 5.

¹⁷ [2004] 3 R.C.S. 461, par. 35.

Les prohibitions de conflits d'intérêts et de profits personnels, que l'on retrouve dans ces deux dernières citations, feront l'objet des deux principales divisions du présent texte.

Pour bien comprendre l'interaction entre les devoirs fiduciaires et le droit civil du Québec, il convient d'exposer sommairement au départ, les principales caractéristiques de ces devoirs, au moyen des propositions suivantes :

- 1^o La personne en position « fiduciaire » (en l'occurrence, l'administrateur ou le dirigeant) doit *agir de bonne foi au mieux des intérêts du bénéficiaire* (la compagnie) pour tout ce qui est relié à son rôle¹⁸.
- 2^o Cela signifie que le fiduciaire a l'obligation de faire en sorte que ses intérêts n'entrent pas en conflit avec ceux du bénéficiaire¹⁹.
- 3^o En particulier, le fiduciaire ne peut *contracter ou s'engager avec le bénéficiaire*, ni détenir un intérêt personnel direct ou indirect dans ces contrats ou engagements, sous peine de nullité de ces contrats ou engagements, à moins que le bénéficiaire n'y consente expressément, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence induite²⁰.
- 4^o Cela signifie aussi que le fiduciaire ne peut réaliser aucun *gain personnel*, direct ou indirect, du fait de sa position. Tout profit ou gain personnel qu'il réalise appartient au bénéficiaire et doit lui être remis, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver,

¹⁸ *Re Smith and Fawcett, Ltd.*, [1942] Ch. 304 et suiv.; *Sun Trust Co. c. Bégin*, [1937] R.C.S. 305, 307.

¹⁹ « *The fiduciary must not only avoid a direct conflict of interest but must also avoid the appearance of a possible or potential conflict* » : *Moffat c. Westein*, [1996] O.R. (3d) 371, 390.

²⁰ *Greenstreet c. Paris Hydraulic Co.*, (1874) 21 Gr. 229 (Ont. Ch.); *Toronto c. Bowes*, (1854) 4 Gr. 489, (1856) 6 Gr. 1 (1858) 11 Moo. P.C. 463; *Aberdeen Railway Company c. Blaikie Brothers*, précité, note 13; *Imperial Mercantile Credit Association c. Coleman*, [1871] L.R. 6 Ch. App. 558; *Parker c. McKenna*, [1874] L.R. 10 Ch. App. 96; *Jacobus Marler Estates, Lim. c. Marler*, (1916) 85 L.J.P.C. 167; *Cape Breton Cold Storage Co. c. Rowlings*, [1929] R.C.S. 505; *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, précité, note 13; *Zwicker c. Stanbury*, précité, note 14.

en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue²¹.

- 5° Pour se prévaloir de ce consentement ou de cette autorisation du bénéficiaire, le fiduciaire doit lui *divulguer pleinement* l'existence et la nature de tous ses conflits d'intérêts²².
- 6° Le bénéficiaire dispose du mécanisme exceptionnel²³ de la « fiducie par interprétation » (*constructive trust*) pour récupérer ses biens ou obtenir la remise du profit réalisé par le fiduciaire : il est réputé propriétaire de ces biens et profits, et son titre est opposable aux créanciers ordinaires du fiduciaire ; de plus, les personnes qui collaborent sciemment avec le fiduciaire qui viole ses devoirs sont réputées assumer les mêmes devoirs et la même responsabilité que lui²⁴.
- 7° En matière d'obligation fiduciaire, on assiste à un exceptionnel *renversement du fardeau de la preuve* : le fiduciaire est

²¹ *Phipps c. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46, 123 ; *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, précité, note 13 ; *Jacobus Marler Estates, Lim. c. Marler*, précité, note 20 ; *Bray c. Ford*, [1896] A.C. 44 (H.L.). Plus récemment : *Charles Baker Ltd. c. Baker*, [1954] O.R. 418 (C.A.) ; *Re Gordon Import Autos Ltd.*, [1993] 12 B.L.R. (2d) 266 (B.C. S.C.) ; *Giannotti c. Wellington Enterprises Ltd.*, [1997] O.J. (Quicklaw) n° 574 (Gen. Div.) ; *Ramrakha c. Zinner*, (1994) 24 Alta. L.R. (3) 240 (C.A.).

²² *Gluckstein c. Barnes*, [1990] A.C. 240 (H.L.) ; *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, (1952) 3 D.L.R. 1 ; *Tiessen c. Henderson*, (1899) 1 Ch. 861 ; *Wedge c. McNeill*, (1981) 126 D.L.R. (3d) 596, (1982) 142 D.L.R. (3d) 133 (P.E.I. S.C.) ; *Victorov c. Davison*, (1988) 20 C.P.R. (3d) 481 (Ont. H.C.) ; *Molchan c. Omega Oil & Gas Ltd.*, (1985) 40 Alta. L.R. (2d) 251 (C.A.), 259 ; *Mackenzie c. Craig*, (1998) 2 W.W.R. 106 (Alta. Q.B.).

²³ Quoique non restreint à la violation de devoirs fiduciaires. Voir : *Becker c. Pettkus*, [1980] 2 R.C.S. 834 ; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 5 ; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217.

²⁴ *Alberts c. Mountjoy*, (1977) 79 D.L.R. (3d) 108 ; *Canada Safeway Ltd. c. Thompson*, (1951) 3 D.L.R. 295 (B.C. S.C.) ; *D'Amore c. McDonald*, (1973) O.R. 845 (H.C.) ; *Dominion High-Rise Ltd. c. Night Hawk Cleaning & Supply Co. Ltd.*, (1982) 37 O.R. (2d) 148 ; *Gemologists International Inc. c. Gem Scan International Inc.*, (1986) 9 C.P.R. (3d) 255 ; *57134 Manitoba Ltd. c. Palmer*, (1985) 30 B.L.R. 121 ; *Profast (London) Ltd. c. Wright*, (1986) 14 C.P.R. (3d) 118 ; *Kremlin Canada Inc. c. Turner*, L.W. 838-003 ; *Investors Syndicate Ltd. c. Real Securities of Canada Ltd.*, (1985) 6 C.P.R. (3d) 431 ; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Binstead*, (1983) 22 B.L.R. 255 ; *Cranewood Financial Corp. c. Norisawa*, 2001 Carswell BC 1790 (S.C.).

sujet à une présomption automatique d'influence indue et c'est à lui qu'il incombe de la repousser.

- 8° *La bonne ou la mauvaise foi* du fiduciaire n'entre nullement en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il a violé son obligation fiduciaire : il n'est pas nécessaire de prouver mauvaise foi de sa part ; quant à lui, alléguer qu'il était de bonne foi lorsqu'il n'a pas agi au mieux des intérêts du bénéficiaire ne constitue pas une défense valable²⁵.
- 9° Ne peuvent non plus être allégués comme moyens de défense d'un fiduciaire qui a réalisé un profit personnel le fait que le bénéficiaire n'a pas subi de dommage ou même qu'il a tiré profit de l'acte du fiduciaire, ou le fait que le bénéficiaire aurait été incapable de conclure l'acte ou de réaliser le profit par lui-même²⁶.
- 10° L'obligation fiduciaire survit à la terminaison du lien entre le fiduciaire et le bénéficiaire pendant un délai raisonnable. Le fiduciaire ne peut échapper à son obligation en mettant fin à ce lien ; le fait que ce soit le bénéficiaire qui mette fin à ce lien ne libère pas davantage le fiduciaire.
- 11° Une des manifestations de l'obligation fiduciaire consiste dans l'interdiction pour l'administrateur ou fonctionnaire supérieur de s'emparer, pour son compte ou celui d'une autre personne, d'une « occasion d'affaires » (*corporate opportunity*) de la compagnie dont il a eu connaissance ou qu'il a pu obtenir grâce à sa position dans la compagnie, sauf si la compagnie a expressément renoncé à cette occasion²⁷.

²⁵ *National Funds Assurance Co., Re*, (1878) 10 Ch.D. 118 (Eng. M.R.).

²⁶ *Keech c. Sandford*, (1726) 25 E.R. 223 ; *Abbey Glen Property Corp. c. Stumborg*, (1979) 4 B.L.R. 113 (Alta. S.C.) ; *Berkey Photo (Canada) Ltd. c. Ohlig*, (1983) 43 O.R. (2d) 518 (H.C.J.), 530 ; *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, (1978) 3 B.L.R. 107 (Ont. H.C.), (1979) 8 B.L.R. 71 (Ont. C.A.) ; *Gencor ACP Ltd. c. Dalby*, (2000) 2 B.C.L.C. 734 (Ch.D.). Même la faillite n'est pas un moyen de défense : *Roper c. Murdoch*, (1987) 14 B.C.L.R. (2d) 385.

²⁷ *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, note 14 ; *Industrial Development Consultants Limited c. Cooley*, [1972] 2 All E.R. 162 ; *Queensland Mines Ltd. c. Hudson*, [1978] 3 A.C.L.R. 176, 18 A.L.R. 1 (P.C.) ; *Abbey Glen Property Corp. c. Stumborg*, précité, note 26 ; *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, précité, note 26 ; *Moore International (Canada) Inc. c. Carter*, (1982) 40 B.C.L.R. 322 (S.C.), (1984) 56 B.C.L.R. 207 (C.A.) ; *Hanson c. Clifford*, (1995) 59 C.P.R. (3d) 465 (B.C. S.C.) ;

- 12^o Cette interdiction relative au détournement des occasions d'affaires a été étendue par la jurisprudence à la *sollicitation de la clientèle ou du personnel* de la compagnie; les personnes visées par cette interdiction sont non seulement les administrateurs et les membres de la haute direction de la compagnie, mais aussi (fiducie par interprétation) les simples employés qui s'associent à eux²⁸.

II. Évolution des « devoirs fiduciaires » au Québec²⁹

Le Québec, point de convergence entre la common law et le droit civil en matière corporative, a pendant longtemps réservé un sort équivoque aux « devoirs fiduciaires ». L'adoption du Code civil a radicalement changé la situation en cette matière. Nous examinerons

Three Point Oils Ltd. c. Glencrest Energy Ltd., (1994) 23 Alta. L.R. (3d) 226 (Q.B.); *Fraser River Helicopters Inc. c. Pemberton Helicopter Services Ltd.*, [1994] B.C.J. (Quicklaw) n° 1229 (S.C.); *Slate Ventures Inc. c. Hurley*, (1996) 27 B.L.R. (2d) 41 (Nfld. S.C.), (1997) 37 B.L.R. (2d) 138 (Nfld. C.A.); *Global Fibres Inc. c. Alexander*, (1997) B.C.J. (Quicklaw) n° 31 (S.C.); *Mackenzie c. Craig*, précité, note 22; *Coulter c. E.L. Huckerby & Associates Inc.*, (1998) 41 B.L.R. (2d) 264 (Ont. Gen. Div.); *Gencor ACP Ltd. c. Dalby*, (2000) 2 B.C.L.C. 734 (Ch. D.); *Felker c. Cunningham*, (2000) 191 D.L.R. (4th) 734 (Ont. C.A.); *C.I. Covington Fund Inc. c. White*, 2000 Carswell Ont. 4680 (S.C.); *CraneWood Financial Corp. c. Norisawa*, précité, note 24.

²⁸ *Alberts Ltd. c. Mountjoy*, (1977) 2 B.L.R. 178 (Ont. H.C.); *W.J. Christie & Co. c. Greer*, (1981) 121 D.L.R. (3d) 472, (1981) 14 B.L.R. 146 (Man. C.A.); *White Oaks Welding Supplies c. Tapp*, (1983) 42 O.R. (2d) 445 (H.C.); *Wallace Welding Supplies Ltd. c. Wallace*, (1986) 9 C.P.R. (3d) 514 (Ont. H.C.); *Waffle's Electric Limited c. Davis*, (1988) 70 C.B.R.n.s. 316 (Ont. H.C.); *Tree Savers International Ltd. c. Savoy*, (1992) 40 C.P.R. (3d) 173 (Alta. C.A.); *Anderson, Smyth & Kelly Customs Brokers Ltd. c. World Wide Custom Brokers Ltd.*, (1996) 7 W.W.R. 736 (Alta. C.A.); *Clarke c. Rossburger*, (1999) 50 B.L.R. (2d) 73 (Alta. Q.B.), conf. 2001 Carswell Alta 1317 (C.A.) (pas de violation sans sollicitation); et autres arrêts cités à Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, [feuilles mobiles], Wilson & Lafleur Martel Ltée, par. 25-35, note 147.

²⁹ Voir: Paul MARTEL, «La loyauté et la bonne foi des dirigeants des compagnies au Québec: l'éthique et l'équité gagnent du terrain», dans *La morale et le droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 97; Yves LAUZON, «La perception judiciaire des devoirs des administrateurs de personnes morales: quel progrès?», dans *Développements récents en droit commercial 1998*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 151.

d'abord la période précédant l'adoption du Code civil, puis nous verrons ce qui est advenu à l'occasion de celle-ci et par la suite.

A. Avant le Code civil du Québec

Le *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. ») ne permettait pas d'appliquer aux administrateurs de compagnies des « devoirs fiduciaires », parce qu'il ne reconnaissait que deux types de fiducie : celles créées par donation ou par testament. De plus, il était muet quant à la nature exacte des devoirs des fiduciaires dans ces deux cas. Il ne fournissait par ailleurs aucune indication sur les devoirs des administrateurs et dirigeants à son titre sur les corporations.

La seule piste valable qu'offrait le Code civil en cette matière était son titre sur le mandat. En procédant par analogie, il était possible de considérer les administrateurs comme des mandataires de la corporation et de leur appliquer les devoirs imposés à ceux-ci. Or, ces devoirs avaient bien peu en commun avec les devoirs fiduciaires de common law : ils se résumaient à celui d'agir avec « l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille » (art. 1710) et de rendre compte, à la fin du mandat, de tout ce qui avait été reçu sous l'autorité du mandat (art. 1713).

1. Avant 1985

Deux courants s'opposaient jusqu'en 1985.

Le premier courant, celui de l'influence de la common law, tendait à appliquer sans hésiter les « *fiduciary duties* » du droit anglo-canadien aux administrateurs des compagnies québécoises : ceux-ci étaient qualifiés de « fiduciaires ou quasi-fiduciaires », et on leur imposait l'obligation d'agir dans l'intérêt de la compagnie et de lui rendre compte de leurs profits³⁰. Ce courant était d'autant plus puissant qu'il était alimenté par la Cour suprême elle-même, d'abord en 1927, dans l'arrêt

³⁰ Voir notamment : *Tanguay c. Royal Papers Mills Co.*, (1907) 31 C.S. 397 ; *Hart c. Felsen*, (1924) 30 R.L.n.s. 109 (C.S.) ; *Barry c. Larocque*, (1934) 72 C.S. 70 ; *Abana Mines Ltd. c. Wall*, (1935) 58 B.R. 352 ; et, plus récemment : *Brimarrière Inc. c. Laplante*, J.E. 84-78 (C.S.).

*Smith c. Comtois*³¹, en 1937 dans l'arrêt *Sun Trust Co. c. Bégin*³², puis en 1960 dans l'arrêt *Bergeron c. Ringuet*³³.

Le second courant, qu'on peut qualifier de « civiliste », tendait à refuser d'importer la common law et de s'en tenir à l'application des seules dispositions du *Code civil du Bas Canada*, en l'occurrence celles relatives aux devoirs des mandataires : tantôt l'article 1710 (devoir d'agir avec « tous les soins d'un bon père de famille »), tantôt l'article 1713 (devoir de rendre compte de ce qui est reçu sous l'autorité du mandat). Ce courant ne peut revendiquer le support de la Cour suprême³⁴, mais il remonte à au moins 1890³⁵ et est véhiculé par un nombre substantiel de décisions judiciaires³⁶. Ce courant a pris plus d'ampleur à compter des années 70 et on peut dire que, dans les années 80 (au moment où le Québec s'affichait de plus en plus comme une « société distincte »), c'est cette influence qui dominait. À témoin, les jugements plus récents *Cie des Attractions de Montréal Ltée c. Godbout* de 1977³⁷, *Agfor Inc. c. Laliberté* de 1985³⁸ et *Depanago Inc. c. Houde* de 1986³⁹, où les tribunaux québécois ont expressément écarté les devoirs « fiduciaires » de common law, parce qu'étrangers à notre droit.

En 1979⁴⁰, la *Loi sur les compagnies* du Québec a été amendée en y ajoutant la nouvelle Partie IA, calquée sur la LCSA. L'article 123.83 énonce sans équivoque que « les administrateurs [...] sont considérés comme des mandataires de la compagnie ». Ceci concrétisait le triomphe du courant civiliste, pour les compagnies provinciales

³¹ [1927] R.C.S. 590, 594 et suiv.

³² Précité, note 14, 307 et suiv.

³³ [1960] R.C.S. 672 (J. Fauteux et Taschereau).

³⁴ Sauf peut-être l'obiter du juge Abbott, dans *Ghimelman c. Bercovici*, [1957] R.C.S. 128, 140. Voir toutefois la page 137, où le juge Rand déclare : « We are [...] dealing with corporate conceptions as they are embodied in modern legislation, and no special principle or feature of the civil law is involved. »

³⁵ *McDonald c. Rankin*, (1890) 7 M.L.R. 44 (C.S.).

³⁶ Citons notamment : *McDonald c. Bulmer*, (1897) 12 C.S. 424 ; *Thérien c. Brodie*, (1893) 4 C.S. 23 ; *Upton c. Hutchison*, (1899) 8 B.R. 505 ; *Miller c. Diamond Light & Heating Co. of Canada*, (1913) 22 B.R. 411 ; *Giguère c. Colas*, (1915) 48 C.S. 198.

³⁷ [1977] C.S. 365.

³⁸ J.E. 86-242 (C.S.).

³⁹ J.E. 86-317 (C.S.).

⁴⁰ L.Q. 1979, c. 31.

Partie IA, mais ne tranchait rien en ce qui concerne les autres compagnies, dont les sociétés par actions fédérales.

2. De 1985 à 1989

Les années 1985 et 1986 marquent la rencontre officielle de l'influence de la common law et du courant civiliste, puisque c'est là qu'on trouve les premières décisions judiciaires consacrant l'union des notions de « *fiduciary duties* » et de mandat.

Ce nouveau principe a été appliqué pour la première fois dans l'affaire *In re Entreprises Rock Ltée*⁴¹ portant sur le détournement d'une occasion d'affaires par l'administrateur d'une compagnie Partie IA.

Le juge Dugas, dans son jugement, déclara que, si Entreprises Rock avait été créée dans une province où les règles de common law gouvernent la conduite des administrateurs de compagnies, il aurait suffi de référer à l'arrêt *Canadian Aero* pour censurer la conduite de Sauvé et de sa compagnie. Comme Rock était une compagnie provinciale, il fallait plutôt traiter ses administrateurs comme des mandataires au sens du Code civil. Toutefois, dit-il, les devoirs « fiduciaires » formulés dans *Canadian Aero* avaient leur place dans notre droit civil, comme corollaire aux devoirs de « bon père de famille » du mandataire :

Un bon père de famille n'aurait pas permis que C.J.C. s'empare des terrains et s'approprie le profit sur la revente des terrains qui appartenaient à Rock. Un bon père de famille ne s'approprie pas à son bénéfice ou ne détourne pas en faveur d'une compagnie qu'il contrôle les fruits des biens qu'il administre pour autrui. Un bon père de famille règle sa conduite suivant la règle formulée dans O'Malley.

Ce n'est pas introduire la common law dans notre système de droit civil que d'exiger de l'administrateur des biens d'autrui une éthique aussi stricte que celle que la common law impose aux administrateurs des biens de compagnies. Le Code civil a reconnu formellement d'ailleurs que l'administrateur ne peut s'approprier les biens qu'il administre pour autrui à l'article 1484. La règle formulée dans O'Malley a sa place dans notre droit civil, parce qu'elle incorpore au droit des sociétés une règle morale nécessaire pour la protection de l'actif des sociétés contre la cupidité des administrateurs et officiers.

⁴¹ [1986] R.J.Q. 2671 (C.S.).

[...] *Je crois que l'énoncé tiré de l'arrêt O'Malley, même s'il est inspiré par la common law, est un principe de conduite qui fait aussi partie du droit civil. L'article 1484 en témoigne.*⁴²

On retrouve la même approche de la part de la Cour supérieure dans l'affaire *N.F.B.C. National Finance Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicate Limited* rendue l'année précédente⁴³ et confirmée en 1986 par la Cour d'appel⁴⁴ en matière de sollicitation de clientèle :

*Dans l'arrêt Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley, (1974) R.C.S. 592, la Cour suprême du Canada a solidement établi le principe voulant que le préposé ou le mandataire en position-clé soit obligé à un devoir de loyauté auquel on a donné le nom de « devoir fiduciaire » [...] Il ne m'a pas été démontré que cette règle d'éthique était incompatible avec nos dispositions sur le louage de services ou le mandat [...]. En fait, notre Code civil oblige le mandataire aux soins d'un bon père de famille (1710 C.c.Q.). Cette obligation ne compte-t-elle pas implicitement un devoir de loyauté, et ce devoir n'est-il pas proportionnel au degré de confiance qui s'infère de la nature et de l'importance du mandat (1704 C.c.Q.) ? Ne survit-elle pas au mandat (1709 C.c.Q.) ?*⁴⁵

Ces décisions, plus trois autres rendues par la Cour d'appel dans les années suivantes⁴⁶, ont établi que les devoirs « fiduciaires » de common law, incluant le devoir de rendre compte du profit personnel, pouvaient être appliqués au Québec à des personnes en position de mandataires.

3. De 1989 à 1994

L'arrêt de la Cour suprême du Canada *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*⁴⁷ a brouillé les cartes, en établissant que l'obligation

⁴² *Id.*, 2673.

⁴³ [1985] J.Q. (Quicklaw) n° 543.

⁴⁴ [1986] R.J.Q. 164 (C.A.).

⁴⁵ Précité, note 43, p. 11.

⁴⁶ *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. c. Archambault*, [1986] R.D.J. 32 (C.A.); *Picard & Johnson c. Higgins WillisFaber Ltée*, [1988] R.J.Q. 235 (C.A.); *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1987] R.L. 160 (C.A.). Voir les multiples décisions de la Cour supérieure en matière de sollicitation de clientèle et d'usurpation d'occasion d'affaires citées à M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 28, par. 25-37, note 152.

⁴⁷ [1989] 2 R.C.S. 429.

de rendre compte des profits réalisés en violation d'un devoir de bonne foi n'est pas rattachée au mandat seulement, mais à toute personne en position de confiance et de contrôle sur les affaires d'une autre personne, incluant, le cas échéant, les employés.

Dans ces circonstances, il faut appliquer le principe énoncé à l'art. 1713 C.c.B.C., selon lequel le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sans l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant. Cette obligation, bien qu'elle soit expressément imposée par l'art. 1713 qui traite du mandat et qu'elle soit manifestement applicable à ce contrat, se rattache plutôt à la fonction et aux rapports sous-jacents entre les parties au contrat. En réalité, elle met à exécution un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats. [...] Cependant, la jurisprudence québécoise porte depuis longtemps que la violation de l'obligation de loyauté à laquelle sont tenus les cadres supérieurs engendre leur responsabilité de rendre les profits réalisés à la suite de cette violation. Dès 1890, et donc bien avant que cette Cour énonce dans l'arrêt Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley, [...] les obligations de fiduciaire qui incombent en common law aux dirigeants et aux cadres, les tribunaux du Québec ont considéré que les cadres supérieurs étaient des mandataires de la compagnie qui les emploie et qu'ils étaient par conséquent liés par les dispositions des art. 1701 à 1731 C.c.B.C. [...] Le droit du Québec établit toujours un parallèle entre les obligations qu'assume le mandataire envers son mandant et celles qu'assume le cadre supérieur envers sa compagnie. [...]

L'obligation des mandataires et, par analogie, celle des cadres supérieurs, de remettre tout ce qu'ils ont obtenu grâce à leur position, même s'ils l'ont mal acquis, repose, tout au moins en partie, sur le simple principe moral selon lequel «l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire». [...] Mais le principe voulant que l'on ne doive pas tirer profit de sa mauvaise foi ou de ses mauvaises actions ne s'applique pas exclusivement au mandat. Ce principe se trouve ailleurs dans le Code civil: après tout, il constitue un précepte moral fondamental. [...]

Le fait que le Code civil ne prévoit pas expressément que l'employé qui tire profit de la violation de son obligation de faire preuve de bonne foi envers son employeur doit remettre à ce dernier les profits qu'il a réalisés ne signifie pas nécessairement que ce principe ne fait pas partie du droit québécois. Il n'existe non plus aucune disposition qui oblige les administrateurs et les cadres supérieurs d'une compagnie à rendre les profits qu'ils ont réalisés en abusant de leurs fonctions, mais cela n'a pas empêché les tribunaux d'obtenir ce résultat en reconnaissant la similitude des rapports existant entre un administrateur ou un cadre

supérieur et une société, d'une part, et entre le mandant et son mandataire, d'autre part, bien que les administrateurs et les cadres supérieurs ne soient pas de véritables mandataires de la société [...].

Les obligations des administrateurs et des cadres supérieurs leur sont imposées non parce qu'ils sont de véritables mandataires de leur société ou des actionnaires, mais en raison de la nature du contrôle qu'ils exercent sur les affaires de la société. Ce contrôle ressemble à bien des égards au contrôle que peut exercer le mandataire sur les affaires de son mandant, et ainsi donc les responsabilités et les obligations imposées aux cadres supérieurs correspondent à celles que le Code civil prescrit dans le cas des mandataires. [...]

Si la bonne foi est le fondement de tout contrat de travail, elle exige qu'à la confiance et à l'autorité accordées à l'employé corresponde une part égale de responsabilités et d'obligations. Un employé qui, à l'instar de l'intimé, jouit d'un contrôle sur de larges sommes d'argent de l'employeur doit être tenu responsable de l'usage qu'il en fait, et il lui faut remettre à l'employeur les profits réalisés grâce à l'exercice abusif de ses fonctions. S'il n'était tenu de rendre compte, l'engagement de l'intimé à exécuter de bonne foi les obligations afférentes à son contrat de travail serait dévalorisé, tout comme d'ailleurs l'obligation du mandataire de faire preuve de la compétence et de la diligence propres à un administrateur prudent s'il n'avait à rendre compte de sa gestion, ou que l'obligation de l'administrateur d'une société d'agir dans l'intérêt de celle-ci s'il n'était pas tenu de rendre les profits réalisés en violation de cette obligation.

Le principe sous-jacent aux art. 411 et 1713 du Code civil, qui ne sont que l'expression de l'adage « bien mal acquis ne profite pas », est applicable et doit être mis à exécution.⁴⁸

L'un des aspects fondamentaux de l'obligation fiduciaire, soit la remise du profit personnel, n'est pas rattaché uniquement au mandat, mais transpire de tout le Code civil, a dit la Cour. Son fondement n'est donc pas la nature du poste occupé ou de la relation juridique impliquée, mais bien un principe moral fondamental : « bien mal acquis ne profite pas », ou « nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions ». Les obligations de loyauté sont imposées à une personne non pas parce qu'elle est un administrateur, un dirigeant, un mandataire ou un employé, mais bien parce qu'elle occupe un poste de confiance et d'autorité.

⁴⁸ *Id.*, 436 et suiv.

On retrouve ici, exprimée en référant au Code civil, la même affirmation que celle faite dans l'arrêt *Guérin c. R.*, citée plus avant, au sujet des devoirs fiduciaires de common law : le devoir de loyauté découle de la nature du rapport plutôt que de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. La Cour suprême du Canada venait d'affranchir le droit civil québécois des savantes distinctions juridiques dans lesquelles les devoirs fiduciaires étaient embourbés. Elle avait aussi, ce qui est plus pertinent pour les fins du présent texte, expressément confirmé la jurisprudence québécoise qui avait appliqué aux administrateurs et dirigeants de compagnies le même devoir de rendre les profits réalisés en violation de leur obligation de loyauté que celui imposé par la common law.

La décision dans *Kuet Leong* s'inscrit dans le même courant d'équité que, entre autres, celles de *Banque Nationale du Canada c. Houle*⁴⁹ et *Banque de Montréal c. Bail Ltée*⁵⁰, où les règles du jeu en matière d'abus de droit et d'obligation d'information ont été modifiées sur la base de principes fondamentaux implicites de loyauté et de bonne foi.

La Cour d'appel du Québec, enhardie par ces décisions, a entrepris dans l'arrêt *Excelsior, compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada compagnie d'assurance-vie*⁵¹ de replacer les devoirs fiduciaires dans un contexte québécois, en insistant sur la nécessité d'utiliser le vocabulaire et les principes appropriés.

On assiste [...] dans la jurisprudence, à la montée de l'obligation de loyauté ou de fiduciaire. [...]

Il apparaît plus exact juridiquement de parler d'une obligation de loyauté que d'une obligation de fiduciaire, au sens strict du terme, cette expression renvoyant à une notion juridique qui n'est pas intégrée dans toutes ses modalités et conséquences dans le droit civil québécois. [...]

*À cet égard, la jurisprudence québécoise a estimé que les principes posés par la Cour suprême du Canada dans *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley* trouvaient leur équivalence en droit québécois. Notre cour les a acceptés clairement comme valables dans les arrêts précités, l'opinion du juge Gonthier dans *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng* rappelant*

⁴⁹ [1990] 3 R.C.S. 122.

⁵⁰ [1992] 2 R.C.S. 554.

⁵¹ [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

cependant la nécessité d'utiliser le vocabulaire et les concepts appropriés dans le contexte du droit civil québécois. Il serait cependant étonnant que le système de droit civil québécois ne reconnaisse pas l'existence d'une obligation d'exécution loyale des contrats de travail ou de mandats et ne concède pas que celle-ci puisse produire certains effets après leur rupture. [...]

On peut estimer que la Cour suprême du Canada et notre Cour ont confirmé l'existence de cette obligation de loyauté en droit civil. Elle a reçu des applications assez nombreuses en droit québécois. Le problème du fondement juridique de l'obligation de loyauté demeure discuté. Certains commentaires estiment qu'elle découle des principes généraux de la responsabilité délictuelle. D'autres y voient un phénomène de responsabilité contractuelle. Dans un cas comme celui qui nous occupe, l'on se trouverait devant un phénomène de survie d'une obligation découlant de la relation de mandat et nécessaire à la bonne exécution de celui-ci. Elle conserverait donc, ultimement, un fondement contractuel. [...]

L'existence et l'étendue du devoir de loyauté, ainsi que sa survie, dépendent du contenu réel de la fonction exercée.⁵²

Il était donc établi, à la veille de l'adoption du Code civil, que les administrateurs et dirigeants de compagnies, de même, dans certaines circonstances, que leurs employés, étaient assujettis à une obligation de loyauté similaire aux « devoirs fiduciaires » de common law tels qu'exprimés dans l'arrêt *Canadian Aero*, sans qu'il soit nécessaire d'ancrer ces devoirs dans une relation de mandant-mandataire⁵³.

4. Le Code civil du Québec

En 1994, l'adoption du nouveau Code civil a modifié totalement le portrait en ce qui concerne les « devoirs fiduciaires ».

⁵² *Id.*, 2681 et suiv. (J. LeBel).

⁵³ Voir notamment : *Unisac inc. c. Verret*, J.E. 92-1820 (C.S.); *Lebel c. Prosig Informatique Inc.*, J.E. 95-140 (C.A.); *Voyages Robillard inc. c. Consultour/Club Voyages inc.*, [1994] R.D.J. 178 (C.A.); *Sonoplastics inc. c. Chagnon*, J.E. 95-1673 (C.S.), J.E. 96-540 (C.A.); *Voyages Routair inc. c. Hanna*, J.E. 94-102 (C.S.); *Bâtiments J.D.L. inc. c. Lamoureux*, J.E. 95-2171 (C.S.); *Groupe d'assurance Locas inc. c. Locas*, [1999] A.Q. (Quicklaw) n° 3908 (C.S.); *Constructions Denys Garant inc. c. Friolet*, [2001] J.Q. (Quicklaw) n° 909 (C.S.); *Frank White Enterprises Inc. c. 130541 Canada Inc.*, J.E. 95-1233 (C.A.); *Groupe financier Assbec Ltée c. Dion*, J.E. 95-181 (C.A.); *Bergeron c. Roy*, J.E. 95-1405 (C.S.).

Tout d'abord, la notion de bonne foi y est expressément énoncée comme principe fondamental sous-jacent, aux articles 6, 7 et 1375. Ensuite, comme manifestation de cette bonne foi devant gouverner la conduite des parties, le Code civil édicte à mains endroits des devoirs dits de «loyauté» et d'«honnêteté» dont la nature et l'étendue fluctue selon le lien juridique impliqué.

- **L'administrateur du bien d'autrui** (ce qui inclut notamment le liquidateur de succession, le tuteur, le curateur, le fiduciaire, le séquestre et le gérant de copropriété) est sujet à des devoirs d'honnêteté et de loyauté⁵⁴ ; il doit agir dans le meilleur intérêt du bénéficiaire⁵⁵, éviter les conflits d'intérêts⁵⁶, les dénoncer s'ils existent ou sont susceptibles d'exister⁵⁷, ne pas être partie à un contrat qui touche les biens administrés ou acquérir des droits sur eux⁵⁸, ne pas confondre les biens administrés avec les siens⁵⁹, et ne pas utiliser à son profit les biens administrés ou l'information obtenue en raison de son administration, sauf consentement du bénéficiaire⁶⁰ ; il doit rendre compte au bénéficiaire de tous ses profits et avantages personnels, et indemniser le bénéficiaire s'il utilise un bien sans y être autorisé⁶¹. On reconnaît ici presque tous les aspects des *fiduciary duties* de common law ;
- **Le mandataire** est lui aussi sujet à des devoirs d'honnêteté et de loyauté⁶², mais moins poussés ; il doit agir dans le meilleur intérêt du mandant et éviter les conflits d'intérêts⁶³, il ne peut utiliser à son profit, sauf consentement du mandant, les biens qu'il est chargé de recevoir ou l'information qu'il obtient⁶⁴, il ne peut se porter partie à un acte qu'il a accepté de conclure pour

⁵⁴ C.c.Q., art. 1309.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*, art. 1310.

⁵⁷ *Id.*, art. 1311.

⁵⁸ *Id.*, art. 1312.

⁵⁹ *Id.*, art. 1313.

⁶⁰ *Id.*, art. 1314.

⁶¹ *Id.*, art. 1366.

⁶² *Id.*, art. 2138.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*, art. 2146.

son mandant, à moins que le mandant ne l'autorise ou ne connaisse sa qualité de cocontractant⁶⁵, il doit rendre compte, à la fin du mandat, de « tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions »⁶⁶;

- **L'associé** n'est *a priori* pas tenu à des devoirs d'honnêteté ou de loyauté, à moins qu'il n'agisse comme son mandataire ou administrateur du bien d'autrui. Il ne peut cependant faire concurrence à la société ou participer à une activité qui la prive des biens qu'il est tenu d'y apporter⁶⁷. Toutefois, dans une société en commandite, le commandité est tenu envers les commanditaires des devoirs d'honnêteté et de loyauté d'un administrateur du bien d'autrui⁶⁸;
- **L'entrepreneur et le prestataire de service** sont tenus d'agir « au mieux des intérêts de leur client »⁶⁹, mais le Code civil est silencieux quant à leur devoir de loyauté ou d'honnêteté. Un devoir d'information leur est néanmoins imposé quant à la nature de la tâche, les biens et le temps nécessaires⁷⁰, ainsi qu'un devoir de justification d'augmentation de prix⁷¹;
- **Le salarié** est soumis à un devoir de loyauté (et non pas, remarquons-le, d'honnêteté!) et à un devoir de ne pas utiliser l'information confidentielle obtenue, ces devoirs survivant « pendant un délai raisonnable après cessation du contrat »⁷²;
- **L'administrateur d'une association** est assujetti aux devoirs du mandataire⁷³, susmentionné;
- **L'administrateur d'une personne morale** est dans la même situation⁷⁴, mais en plus il est assujetti à des devoirs d'honnêteté et de loyauté particuliers, dont il sera question ci-après.

⁶⁵ *Id.*, art. 2147.

⁶⁶ *Id.*, art. 2184.

⁶⁷ *Id.*, art. 2204.

⁶⁸ *Id.*, art. 2238.

⁶⁹ *Id.*, art. 2100.

⁷⁰ *Id.*, art. 2102.

⁷¹ *Id.*, art. 2107.

⁷² *Id.*, art. 2088.

⁷³ *Id.*, art. 2270.

⁷⁴ *Id.*, art. 321.

On constate que le Code civil réintroduit dans notre droit ce dont la Cour suprême, dans l'arrêt *Kuet Leong*, venait à peine d'affranchir en matière de devoirs de loyauté et de bonne foi, soit la compartimentation de ces devoirs en fonction du lien juridique impliqué. Dorénavant, il faudra déterminer si la personne est « salariée », « mandataire » ou « administrateur » par exemple, pour connaître l'étendue exacte de ses devoirs, car, comme on vient de le voir, ils varient en fonction de chacune de ces situations⁷⁵.

En ce qui concerne les administrateurs de compagnies, ils sont dorénavant et indubitablement assujettis à une double série de devoirs d'honnêteté et de loyauté, soit ceux d'un « mandataire » et ceux d'un « administrateur de personne morale ».

III. Les conflits d'intérêts

L'article 122(1)(a) LCSA requiert de l'administrateur et du dirigeant qu'ils agissent « avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société ».

L'article 322 C.c.Q. exige, par comparaison, que l'administrateur agisse « avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale ».

Les mots « intégrité » et « honnêteté » sont synonymes. Quant au mot « loyauté », il semble à prime abord plus exigeant que l'expression « bonne foi », mais comme celle-ci est liée aux mots « au mieux des intérêts de la société » et que l'on sait qu'il réfère aux « devoirs fiduciaires » de la common law, le résultat est le même. Il est en effet impossible de ne pas être loyal envers la société si on est tenu d'agir de bonne foi dans son intérêt.

La formulation « au mieux des intérêts de la société » semble un peu plus exigeante que « dans l'intérêt de la personne morale ». La nuance s'amplifie lorsqu'on considère que la version anglaise de l'article 122(1)(a) comprend les mots « *with a view to the best interests* ».

⁷⁵ Le tribunal ne s'est toutefois pas soucié de ces distinctions dans l'arrêt *L.N.S. Systems Inc. c. Allard*, J.E. 2001-1277 (C.S.), puisqu'il a condamné un salarié, en vertu de la violation de son devoir de loyauté énoncé à l'article 2088 et en se fondant sur l'arrêt *Kuet Leong*, à remettre à son employeur le profit réalisé d'une activité concurrentielle, ce qui en vertu du *Code civil du Québec* ne peut être imposé qu'à un mandataire ou un administrateur.

[...]» qui, comme nous allons le voir, donnent une connotation plus subjective au devoir de loyauté, et qui n'ont pas été traduits⁷⁶.

De toute manière, même s'il y avait une nuance significative entre les articles 122(1)(a) LCSA et 322 C.c.Q., cela ne porterait aucunement à conséquence, car le second est inapplicable aux sociétés par actions fédérales en vertu de l'article 300 C.c.Q.

L'article 324 C.c.Q., applicable quant à lui aux sociétés fédérales, précise que «l'administrateur doit éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur». Il codifie le premier principe fondamental (le second est l'interdiction de réaliser un profit) des devoirs fiduciaires, soit la prohibition des conflits d'intérêts.

Ce principe n'est pas nouveau en droit des compagnies québécoises⁷⁷. Nos tribunaux l'appliquent sans hésiter aux administrateurs des sociétés fédérales⁷⁸.

A. «Au mieux des intérêts de la société»

La personne soumise à un devoir «fiduciaire» doit toujours agir de bonne foi au mieux des intérêts du bénéficiaire pour tout ce qui est relié à son rôle⁷⁹. Pour l'administrateur ou le dirigeant, le bénéficiaire de son devoir «fiduciaire» est la société elle-même.

⁷⁶ Carol HANSELL, dans *Directors and Officers in Canada: Law and Practice*, vol. 2, Toronto, Carswell, p. 9-16, souligne que l'addition des mot «*with a view*», dans la LCSA, par rapport à la loi ontarienne de 1970, ne porte pas à conséquence.

⁷⁷ «Un membre du conseil d'administration ne devra pas agir comme tel s'il y a un conflit entre l'intérêt général de la société et son intérêt personnel»: *Lagacé c. Lagacé*, [1966] C.S. 489, 493.

⁷⁸ «Il [l'administrateur] doit, bien entendu, éviter les conflits d'intérêts, lorsque ses intérêts personnels risquent de s'opposer à ceux de la compagnie»: *Placements Lecomont ltée c. Goulet*, J.E. 96-1833 (C.A.), p. 7 (J. Chamberland). Ce qui est plus prohibé, c'est le conflit d'intérêt. Jamais un administrateur ne doit se placer en conflit d'intérêts. L'intérêt de la compagnie est le seul qu'il doit protéger. Tant la loi fédérale précitée que l'article 324 C.c.Q. énoncent cette règle: *3396541 Canada Inc. c. Placements Mirok inc.*, REJB 2000-17313 (C.S.), par. 70.

⁷⁹ Voir *supra*, note 18.

L'administrateur doit donc agir avec pour seul objectif le bien de la société, personne distincte, sans tenir compte des intérêts d'aucune autre personne, groupe ou entité⁸⁰.

L'administrateur ne doit défendre ni l'intérêt du groupe d'actionnaires qui l'a spécialement désigné, ni celui de la majorité des actionnaires à qui il doit son élection⁸¹. Les administrateurs ne sont en effet pas mandataires des actionnaires : au Québec, l'article 321 C.c.Q., applicable aux sociétés par actions fédérales, dit expressément qu'ils sont considérés comme mandataires de la personne morale. Cela signifie que les administrateurs n'ont aucune instruction à recevoir des actionnaires. L'administrateur peut néanmoins suivre les instructions de l'actionnaire qui l'a nommé, du moment qu'en ce faisant il agit dans l'intérêt de la société⁸².

Dans l'arrêt *Allen c. Gold Reefs of West Africa Ltd.*⁸³, on a établi le devoir pour les administrateurs d'agir de bonne foi dans l'intérêt de « *the company as a whole* ». Cette dernière expression a subséquemment été interprétée comme visant non pas une entité commerciale distincte des actionnaires mais plutôt les actionnaires comme corps global⁸⁴. Ainsi que l'a affirmé un tribunal ontarien⁸⁵, l'existence de la société en tant qu'entité distincte n'interdit pas aux administrateurs de prendre des mesures pour favoriser les intérêts personnels des actionnaires, pris dans leur ensemble.

⁸⁰ Voir : Marcel LIZÉE, « Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé », (1989) 34 *R.D. McGill* 653.

⁸¹ *Spicer c. Volkswagen Canada Ltd.*, [1978] N.S.R. (2d) 496, 521 ; 8200099 *Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, (1992) 3 B.L.R. (2d) 113, 171 et suiv. (Ont. Gen. Div.) ; *Balestreri c. Robert*, J.E. 92-533 (C.A.) ; *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada*, (1992) 98 D.L.R. (4th) 509 (Ont. Gen. Div.).

⁸² 820099 *Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, précité, note 81, 171 ; *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada*, *id.*, p. 524 ; *PWA Corp. c. Gemini Group Automatic Distribution Systems Inc.*, (1993) 8 B.L.R. (2d) 221 (Ont. Gen. Div.), conf. par (1993) 15 O.R. (3d) 730 (C.A.).

⁸³ (1900) 1 Ch. 656, 671. Voir aussi : *Clarkson c. Davies*, (1923) 1 D.L.R. (n.s.) 113, 120 (P.C.), où il a été déclaré que la relation fiduciaire existe entre les administrateurs et la compagnie, et non entre eux et les actionnaires.

⁸⁴ *Greenhalgh c. Ardene Cinemas Ltd.*, (1951) Ch. 286, (1950) 2 All E.R. 1120.

⁸⁵ *Palmer c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 41 B.L.R. 128, 138 (Ont. H.C.) : « "*company as a whole*" means [...] *all of the shareholders, taking no one sectional interest to prevail over the others.*" »

Dans l'arrêt ontarien *Ford Motor Company of Canada Ltd. c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*⁸⁶, les administrateurs de Ford Canada, filiale à 94 % de Ford U.S., ont été jugés avoir manqué à leurs devoirs envers la société filiale parce qu'ils ont accepté sans mot dire que la société-mère mette en place et applique, pendant des années, un système de transfert de prix qui avantageait indûment la mère au détriment de la filiale.

Il n'y a pas de règle interdisant à une personne d'occuper un poste d'administrateur dans deux sociétés distinctes, même concurrentes⁸⁷. Mais cet administrateur doit éviter d'utiliser sa position dans une compagnie pour avantager indûment l'autre, car, dans un tel cas, il manquerait à ses devoirs de loyauté envers la compagnie lésée et ses agissements pourraient donner ouverture à des recours de la part des actionnaires de celle-ci⁸⁸.

Les administrateurs n'ont pas *a priori* de devoirs « fiduciaires » envers les actionnaires⁸⁹.

⁸⁶ 2006 Can LII 15, 79 O.R. (3d) 81 (C.A.).

⁸⁷ *Bell c. Lever Brothers Ltd.*, [1932] A.C. 161; *Atkins & Durbrow Ltd. c. Bell*, (1957) 10 D.L.R. (2d) 484; *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd.* (N^{os} 1 and 2), [1947] O.R. 928 et 994 (C.A.); *Galea c. Khosravi*, 2000 Carswell Ont. 2396 (S.C.).

⁸⁸ Voir, par exemple : *Scottish Co-operative Wholesale Society c. Meyer*, [1959] A.C. 324, 368; *Re Stewarts (Brixton) Ltd.*, [1985] BCLC 4 (Ch. D.); *Redekop c. Robco Construction Ltd.*, (1978) 89 D.L.R. (3d) 507; *Westcoast Transmission Co. c. Cullen Detroit Diesel Allison Ltd.*, (1991) 45 B.C.L.R. (2d) 296, (1991) 48 B.L.R. 17 (B.C.C.A.); *Fraser River Helicopters Inc. c. Pemberton Helicopter Services Ltd.*, précité, note 27; *Global Fibres Inc. c. Alexander*, précité, note 27; *Re Brenfield Squash Racquets Club Ltd.*, (1996) 2 B.C.L.R. 184 (Ch. D.); *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de) c. Wise*, J.E. 99-318 (C.S.); *Re Sports Villas Resort Inc.*, (1998) 84 A.C.W.S. (3d) 77 (Nlfd. S.C.); *3396541 Canada Inc. c. Placements Mirok inc.*, précité, note 78.

⁸⁹ Voir : *Percival c. Wright*, (1902) 2 Ch. 421; *Allen c. Hyatt*, (1914) 17 D.L.R. 7 (P.C.); *Western Ontario Natural Gas Company Limited c. Aikens*, [1946] O.R. 661; *Dusik c. Newton*, (1985) 62 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Bell c. Source Data Control Ltd.*, (1988) 66 O.R. (2d) 78 (C.A.); *Trimac Limited c. C.I.L. Inc.*, (1989) 69 Alta L.R. (2d) 113 (Q.B.); *Brant Investments Ltd. c. Keep Rite Inc.*, (1991) 3 O.R. (3d) 289 (C.A.), 301; *Budd c. Gentra Inc.*, [1996] O.J. (Quicklaw) n° 3515 (Gen. Div.), [1998] O.J. (Quicklaw) n° 3109 (C.A.); *Re Chez Nico (Restaurants) Ltd.*, (1992) B.C.L.C. 192 (Ch. D.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Cockwell*, [1997] O.J. (Quicklaw) n° 4616 (Gen. Div.); *Stren c. Imasco Inc.*, 1999 CarswellOnt 3546 (C.S.), par. 100 et suiv.; *Hovsepian c. Westfair Foods Ltd.*, 2001 CarswellAlta 1113 (Q.B.); *Malcolm c. Transtech Holding Ltd.*, (2001) 12 B.L.R. (3d) 66 (B.C.C.A.); *Crawfish Investments Inc. c. Atkins*, 2003 BCSC 165.

Toutefois, en common law, un administrateur peut être tenu responsable de manquements à un devoir « fiduciaire » envers un actionnaire s'il crée avec lui une relation rencontrant les critères mentionnés au début du présent texte, en l'incitant à acheter ou vendre des actions, ou en l'induisant en erreur⁹⁰.

En droit québécois, l'administrateur n'a pas à ce titre de devoir de loyauté envers un actionnaire, mais il peut en encourir un s'il agit comme son mandataire⁹¹; il est par ailleurs passible d'être tenu responsable de toute faute extracontractuelle à son endroit, ce qui inclut l'abus de droit, la fraude⁹² ou une contravention au devoir de renseignement inclus dans le devoir général de bonne foi⁹³. On arrive donc aux mêmes résultats qu'en common law.

Dans le contexte particulier d'une offre publique d'achat, lorsqu'il est devenu évident qu'un changement de contrôle est imminent et que la compagnie est « *in play* » ou « *up for sale* », la jurisprudence américaine, imitée en cela par celle du Canada, a établi que les devoirs des administrateurs ne s'adressent plus à la société, mais bien à l'ensemble de ses actionnaires : ces devoirs consistent à maximiser la valeur des actions en favorisant l'obtention de la meilleure transaction possible⁹⁴.

⁹⁰ *Gadsden c. Benetto*, (1913) 9 D.L.R. 719 (Man. C.A.); *Western Finance Co. Ltd. c. Tasker Enterprises Ltd.*, (1980) 106 D.L.R. (3d) 81 (Man. C.A.); *Dusik c. Newton*, (1985) 62 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Coleman c. Myers*, (1977) 2 N.Z.L.R. 225; *Vladi Private Islands Ltd. c. Haase*, (1990) 96 N.S.R. (2d) 323 (N.S.S.C.); *Re Chez Nico (Restaurants) Ltd.*, précité, note 89, 208; *Tongue c. Vencap Equities Alberta Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 674, (1994) 14 B.L.R. (2d) 50 (Alta Q.B.); *Maxwell c. MLG Ventures Ltd.*, (1995) 40 C.P.C. (3d) 304 (Ont. Gen. Div.); *MacRae c. Brodeur*, (1999) 45 B.L.R. (2d) 126 (Alta. Q.B.) (exonération); *Platt c. Platt*, (1999) 2 B.C.L.C. 745 (Ch.D.); *Brunninghausen c. Glavanics*, (1996) 19 A.C.S.R. 204, (1999) 32 A.C.S.R. 194; *Peskin c. Anderson*, (2000) 2 B.C.L.C. 1 (Ch.D.), par analogie; *Private Equity Management Company c. Vianet Technologies Inc.*, (2000) 48 O.R. (3d) 294 (S.C.); *Knight c. Huntingdon*, (1999) 4 B.L.R. (3d) 95 (Sask. Q.B.) (devoir existant, mais non violé). Voir aussi : *Colborne Capital Corp. c. 542775 Alberta Ltd.*, (1999) 45 B.L.R. (2d) 21 (Alta. C.A.).

⁹¹ C.c.Q., art. 2138.

⁹² Un bon exemple est l'arrêt *Baxter c. Biotech Electronics Ltd.*, (1998) R.J.Q. 430 (C.A.).

⁹³ C.c.Q., art. 6, 7 et 1375; *Banque Nationale du Canada c. Houle*, précité, note 49; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, précité, note 50.

⁹⁴ *Re Olympia & York Enterprises Ltd. c. Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) 254; *Rogers Communications Inc. c. MacLean Hunter Ltd.*, [1994] O.J. (Quicklaw) n° 408 (Gen. Div.); *Benson c. Third Canadian General Investment*

Les devoirs « fiduciaires » des administrateurs s'adressent à la compagnie et non à ses créanciers⁹⁵. Ceux-ci n'ont pas de recours direct contre les administrateurs en cas de violation de ces devoirs⁹⁶. Tout au plus peuvent-ils, dans certaines circonstances, exercer un recours « dérivé » au nom de la compagnie. Mais si la compagnie fait faillite, le syndic qui prend le contrôle de ses opérations peut, en son nom, poursuivre les administrateurs fautifs, tant sur la base des devoirs « fiduciaires » que de l'article 100 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (transactions révisables intervenues entre le failli et

Trust Ltd., (1993) 13 B.L.R. (2d) 265 (Ont. C.J.); *Armstrong World Industries Inc. c. Arcan*, (1998) 36 B.L.R. (2d) 171 (Ont. Gen. Div.); *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, (1998) 160 D.L.R. (4th) 131 (Ont. Gen. Div.); *Pente Investment Management Ltd. c. Schneider Corp.*, (1998) 40 B.L.R. (2d) 244 (Ont. Gen. Div.), conf. (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.) sous le nom de *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*; *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, (2000) 8 B.L.R. (3d) 81 (Ont. S.C.); *Sepp's Gourmet Foods Ltd., Re*, 2002 Carswell BC 22 (S.C.).

⁹⁵ *Clarkson c. Davies*, (1923) A.C. 100, (1922) 3 W.W.R. 913 (P.C.); *Poole, Jackson & White's Case*, (1978) 9 Ch. D. 322 (C.A.); *Re Wincham Shipbuilding Boiler and Salt Co.*, (1878) 9 Ch. D. 322, 328 (C.A.); *Wilson c. Bury*, (1880) 5 Q.B.D. 518 (C.A.); *Ferguson c. Wilson*, (1866) L.R. 2 Ch. App. 77; *A.G. Canada c. Standard Trust*, (1911) A.C. 498; *Bath c. Standard Land Co. Ltd.*, (1911) 1 Ch. 618 (C.A.); *Royal Bank of Canada c. First Pioneer Investments Ltd.*, (1980) 270 R. (2d) 352; *Multinational Gas and Petrochemical Co. c. Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd.*, (1983) 2 All E.R. 563; *Kuwait Asia Bank c. National Mutual Life Nominees Ltd.*, (1990) 3 All E.R. 404, 420 (P.C.); *Lakehead Newsprint (1990) Ltd. c. 893499 Ontario Ltd.*, (2001) 23 C.B.R. (4th) 170 (Ont. S.C.), conf. (2001) 28 C.B.R. (4th) 53 (Ont. C.A.). Voir toutefois : *Re Trizec Corp.*, (1995) 20 B.L.R. (2d) 202, 214 (Alta Q.B.) et *Re London, New York & Paris Association of Fashions Ltd.*, (1982) 40 C.B.R. n.s. 127, 131 (Nfld. T.D.), où le tribunal semble reconnaître un certain devoir envers les créanciers en cas d'insolvabilité.

⁹⁶ *Bank of Toronto c. Cobourg Ry.*, (1885) 10 O.R. 376 (C.A.); *Western Finance Company Ltd. c. Tasker Enterprises Ltd.*, [1981] 1 W.W.R. 323, 106 D.L.R. (3d) 81 (Man. C.A.). Voir toutefois la jurisprudence récente permettant à un créancier impayé d'obtenir, par le « recours pour oppression », une indemnisation de la part des administrateurs, lorsqu'ils ont consciemment permis que des paiements à des personnes liées (eux-mêmes, généralement) rendent la société incapable de payer sa dette : *Prime Computer of Canada Ltd. c. Jeffrey*, (1992) 6 O.R. (3d) 733; *Fogal Legwear of Switzerland, Inc. c. Garoneli*, [1995] O.J. (Quicklaw) n° 3022 (Gen. Div.); *Heap Noseworthy Ltd. c. Didham*, (1997) 29 B.L.R. (2d) 279 (Nfld. S.C.); *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. c. Elta Group*, (1996) 131 D.L.R. (4th) 399, conf. (1998) 162 D.L.R. (4th) 367 (Ont. C.A.) et, surtout, *SCI Systems, Inc. c. Gornitzki, Thompson & Little Co.*, (1997) 147 D.L.R. (4th) 300 (Ont. Gen. Div.) et *Gignac, Sutts and Woodhall Construction Co. c. Harris*, (1998) 36 B.L.R. (2d) 210 (Ont. Gen. Div.).

des personnes liées dans les 12 mois précédant la faillite)⁹⁷. Les droits canadien et québécois se distinguent de ceux des pays du Commonwealth⁹⁸ et des États-Unis⁹⁹, qui imposent aux administrateurs de compagnies insolubles des devoirs « fiduciaires » envers les créanciers¹⁰⁰.

Il existe, en droit anglo-canadien, une école doctrinale prônant la prise en compte, par les compagnies et leurs dirigeants, de l'intérêt non seulement de la compagnie elle-même, mais aussi d'autres intervenants (*stakeholders*) dont le sort est étroitement lié au sien, tels les employés, les créanciers, les clients, les fournisseurs et la collectivité en général¹⁰¹. C'est là le reflet d'un débat en droit américain, qui a mené à l'adoption dans certains États d'une « *constituency legislation* » reconnaissant expressément les intérêts d'autres « *stakeholders* » que les actionnaires. Cette conception, bien que séduisante à maints égards, n'a pendant longtemps nullement été reflétée dans

⁹⁷ *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, précité, note 26 ; *Clarkson Company Limited c. White*, (1980) 32 C.B.R. n.s. 25 (N.S. S.C.) ; *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, précité, note 88, conf. sur ce point [2004] 3 R.C.S. 461.

⁹⁸ *Walker v. Wimbourne*, (1976) 50 A.J.L.R. 446, 137 C.L.R. 1 ; *Multinational Gas v. Multinational services*, (1983) Ch. 258 (C.A.) ; *Nicholson v. Permakraft (N.Z.) Ltd.*, (1985) N.Z.L.R. 242 ; *Hilton International Ltd. v. Hilton*, [1989] 1 N.Z.L.R. 442 (H.C.) ; *Kinsella v. Russell Kinsella Pty*, (1986) 4 A.C.L.C. 215, 4 N.S.W.L.R. 722 ; *Lonhro Ltd. v. Shell Petroleum*, (1980) 1 W.L.R. 627 ; *Re Horsley and Weight Ltd.*, (1982) Ch. 442, 3 All E.R. 1045 (C.A.) ; *Winkworth v. Edward Baron Developments Co. Ltd.*, (1986) 1 W.L.R. 1512 (H.L.) ; *West Mercia Safetywear Ltd. v. Dodd*, [1988] B.C.L.C. 250 ; *Brady v. Brady*, [1988] B.C.L.C. 20, 40 ; *Facia Footwear Ltd. v. Hinchliffe*, (1998) 1 B.C.L.C. 218 ; *Colin Guryer & Associates Ltd. v. London Wharf (Limehouse) Ltd.*, (2003) 2 BCLC 153 (Ch. D.). Mais voir : *Yukong Line of Korea v. Rendsburg Investments Corp. of Liberia*, (1998) 4 All E.R. 82, et *Spies v. R.*, (2000) 173 A.L.R. 529, 554 (H.C.), *contra*.

⁹⁹ *Simons v. Cogan*, 542 A.2d 300 Del. Ch. (1988) ; *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Communications Corp.*, 1991 Del. Ch. LEXIS 215 C.A. n° 12150 ; *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784 (De. Ch. 1995). Voir : Royce de R. BARONDES, « Fiduciary Duties of Officers and Directors of Distressed Corporations », 7 *Geo. Mason L. Rev.* 45 (1998).

¹⁰⁰ Voir : David THOMSON, « Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress? », (2000) 58 *U.T.F. Law Rev.* 31, qui prône le rejet d'un tel devoir fiduciaire.

¹⁰¹ Voir notamment le symposium sur le « Corporate Stakeholder Debate », (1993) 43 *U.T.L.J.* 297 et Janis SARRA, « Corporate Governance Reform: Recognition of Workers' Equitable Investments in the Firm », (1999) 32 *Can. Bus. L.J.* 384.

la loi et la jurisprudence québécoises et canadiennes¹⁰² lorsque celles-ci établissaient les devoirs et la responsabilité des administrateurs.

L'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*¹⁰³, où les frères Wise ont été condamnés en première instance à verser 4,4 millions de dollars au syndic à la faillite de Peoples sur la base combinée des articles 100(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, marque un tournant à cet égard, parce que le tribunal y approuve expressément la notion des créanciers comme « *stakeholders* » de la compagnie, telle que développée par la jurisprudence de l'Angleterre, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande¹⁰⁴.

Cette position, qui était en fait de la nature d'un *obiter*, a aussitôt été jugée contestable et indésirable. Comme l'a bien expliqué un juge ontarien :

Where corporate assets are converted for improper purposes, the corporation has a cause of action against the wrongdoer for the value of those assets. The amount recovered would then be applied to secured and unsecured creditors in accordance with the various priorities to which each was entitled [...]

¹⁰² Sauf peut-être pour un passage favorable à la prise en compte des intérêts des employés dans *Teck Corporation c. Millar*, (1972) 33 D.L.R. (3d) 288, 313 (B.C. S.C.) et celui relatif aux intérêts du public dans le cas très particulier de compagnies détentrices de privilèges de la Couronne dans *Saratoga Utilities c. Long*, [1998] B.C.J. (Quicklaw) n° 772 (S.C.). Le Rapport Dickerson, précité, note 2, par. 241, recommandait de ne pas légiférer sur cette question et de laisser aux tribunaux le soin de définir la notion des meilleurs intérêts de la société.

¹⁰³ J.E. 99-318 (C.S.), [2003] R.J.Q. 766 (C.A.), [2004] 3 R.C.S. 461, commenté par Stéphane ROUSSEAU, (2000) 102 R. du N. 7 et (2004) 39 Can. Bus. L.J. 368; David THOMSON, loc. cit., note 100; Edward M. IACOBUCCI, (2002) 36 Can. Bus. L.J. 337 et (2004) 39 Can. Bus. L.J. 398; Wayne D. GRAY, (2003) 39 Can. Bus. L.J. 242; Brian MORGAN et Harry UNDERWOOD, (2004) 39 Can. Bus. L.J. 336; Janis P. SARRA, Stéphane ROUSSEAU et Jacob S. ZIEGEL, dans *Annual Review of Insolvency Law 2003*, Toronto, Carswell, 2004, p. 67, 121 et 133 et par divers auteurs dans le « Symposium on the Supreme Court's judgment in the *Peoples Department Stores* case », (2004) 41 Can. Bus. L.J. 167.

¹⁰⁴ « *We agree with the thrust of those judgments and find that Canadian Corporate Law should evolve in that direction* », dit la Cour (par. 200). L'arrêt *Peoples* est discuté dans les arrêts *Canbrook Distribution Corp. c. Borins*, (1999) 45 O.R. (3d) 565 (S.C.) et *Comeault c. Bird*, (2002) 27 B.L.R. (3d) 154 (Ont. S.C.) ainsi que par Christopher C. NICHOLLS, dans « Liability of Corporate Officers and Directors to Third Parties », (2001) Can. Bus. L.J. 1, 30.

*To permit an unsecured creditor to sue a director personally for breach of fiduciary duty in these circumstances enables that creditor to leap in the queue and ignore the competing claims which would otherwise attach to a recovery that in reality belongs to the corporation. It would be undesirable for a plaintiff to recover dramatically different amounts, depending on whether he started a derivative action on behalf of the corporation or sued a director for breach of trust.*¹⁰⁵

Elle a été renversée par la Cour d'appel du Québec en ces termes :

[...] j'estime qu'en prônant l'extension de cette théorie en droit canadien, le premier juge envahit le champ d'intervention du législateur en ce qu'il établit un régime général de responsabilité des administrateurs au profit des tierces qui se verraient lésées par les actes de gestion des administrateurs. Je ne suis pas disposé à le suivre dans cette démarche.

En 1976, la loi canadienne a fait l'objet d'une refonte complète sans que le législateur n'accepte expressément le principe d'une responsabilité générale des administrateurs envers les tiers. Je dis apparemment, parce qu'un tel virage par rapport à la pensée traditionnelle aurait, selon moi, exigé un texte explicite et clair. On ne retrouve rien de tel dans la loi qui a été votée par le Parlement.

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

*En l'espèce, j'estime donc qu'il n'appartient pas aux tribunaux de décider de l'opportunité d'une évolution du droit des sociétés que le législateur n'a pas cru bon de mettre en place lors de sa réforme.*¹⁰⁶

La Cour d'appel a rejeté la théorie en vertu de laquelle l'imminence de la faillite justifie la naissance d'un intérêt des créanciers dans la gestion de la compagnie :

J'éprouve de grandes réticences à associer les droits des créanciers à ceux des actionnaires, même dans l'imminence d'une faillite. Je note au

¹⁰⁵ *Comeault c. Bird*, précité, note 104, 159 et suiv. (J. Pardu).

¹⁰⁶ *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de)*, [2003] R.J.Q. 796, par. 93 et suiv. (C.A.).

passage que les biens de la société ne sont pas ceux des actionnaires, même au plan pratique, et je vois difficilement pourquoi ils deviendraient davantage ceux des créanciers du seul fait de la perspective d'une banqueroute. L'affirmation contenue dans cet extrait¹⁰⁷ m'apparaît donc, à première vue, avoir une portée excessive en droit canadien et ce, bien que je puisse concevoir que l'intérêt des créanciers dans la façon dont les administrateurs gèrent la société puisse grandir avec l'imminence d'une faillite.¹⁰⁸

Cette décision de la Cour d'appel ne semblait pas avoir clos le dossier canadien des devoirs des administrateurs envers les créanciers d'une société insolvable. Dans l'arrêt ontarien *Dylex Ltd. (Trustee of) c. Anderson*¹⁰⁹, le tribunal a déclaré :

Although the Quebec Court of Appeal recently overturned the decision in Peoples Department Stores [...], it remains to be seen whether it will be followed in other jurisdiction or whether other Canadian courts will follow the lead of the British, Australian and New Zealand courts.

L'arrêt ontarien *Millgate Financial Corp c. BCED Holdings Ltd.*¹¹⁰ a longuement étudié cette question, et a conclu que les devoirs des administrateurs, en matière de conflits d'intérêts, sont dus à la société et non à ses actionnaires ou créanciers directement. Les uns et les autres bénéficient toutefois, a précisé le tribunal, de l'action dérivée en cas de violation de ces devoirs¹¹¹.

¹⁰⁷ La Cour réfère à l'extrait suivant, tiré de l'arrêt du Royaume-Uni *West Mercia Safetywear Ltd. (Liquidator of) v. Dodd*, (1988) 4 B.C.C. 30, 33 (C.A.) :

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

¹⁰⁸ Précité, note 106, 811.

¹⁰⁹ (2003) 32 B.L.R. (3d) 295, 303, 63 O.R. (3d) 659, 667 (S.C.) (juge Lederman).

¹¹⁰ (2004) 47 C.B.R. (4th) 278 (Ont. S.C.).

¹¹¹ *Id.*, 305. Pour des commentaires sur cette extension des « intérêts de la compagnie », voir : Wayne D. GRAY, « A Solicitor's Perspective on *Peoples v. Wise* », (2004) 41 *Can. Bus. L.J.* 184 ; Ian B. LEE, « *Peoples Department Stores v. Wise* and the "Best Interests of the Corporation" », (2004) 41 *Can. Bus. L.J.* 212.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*¹¹², a tenté de trancher définitivement le « *stakeholder debate* », en déclarant :

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 : [...]. Les tribunaux reconnaissent toutefois depuis longtemps que divers autres facteurs peuvent servir à déterminer les éléments dont les administrateurs devraient tenir compte dans une gestion judicieuse au mieux des intérêts de la société.

*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, vue 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.*¹¹³

La Cour suprême du Canada a clairement établi que les devoirs de loyauté des administrateurs ne s'étendent pas aux créanciers de la compagnie, du moins pour ce qui concerne les sociétés par actions fédérales : en effet, les créanciers de ces sociétés bénéficient de recours étendus en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, dont principalement le « recours pour oppression » de l'article 241.

*L'article 241 de la LCSA prévoit un mécanisme qui permet aux créanciers d'obtenir la protection de leurs intérêts en cas de conduite préjudiciable des administrateurs. À notre avis, l'existence d'un recours aussi général en cas d'abus de droit remet en cause l'utilité apparente d'étendre aux créanciers l'obligation fiduciaire imposée aux administrateurs par l'al. 122(1)a de la LCSA.*¹¹⁴

¹¹² Précité, note 17.

¹¹³ *Id.*, par. 42. La Cour cite les arrêts *Teck Corp. c. Millar*, (1972) 33 D.L.R. (3d) 288, 314 (B.C.S.C.) et *Re Olympia & York Enterprises Ltd. c. Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) 254, 271 (Div. Ct.).

¹¹⁴ *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, précité, note 17, par. 51. Voir aussi le paragraphe 53. Le droit américain, qui reconnaît ce principe, y apporte la restriction suivante : « *A board may have regard for various constituencies in discharging its responsibilities, provided there are rationally related benefits accruing to the stockholders* » : *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings*, 506 A. 2d 173, 182 (Del. S.C. 1985). Le droit corporatif canadien comme le droit

Le fait que la compagnie entre « au bord de l'insolvabilité » n'a pas, précise la Cour, pour effet de modifier le devoir de loyauté des administrateurs :

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 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 créan-

américain, demeure régi par le « shareholder primacy model ». Voir particulièrement : Jeffrey G. MACINTOSH, « The End of Corporate Existence: Should Boards Act as mediating hierarchs? A comment on Yealder », dans *Queen's Annual Business Law Symposium 2002*, Kingston, Queen's University Publishing, 2004, p. 37 et suiv.

*ciers. En cas d'échec, on ne pourrait y voir un manquement à l'obligation fiduciaire prévue par la loi.*¹¹⁵

Cependant, cela ne signifie pas, dit la Cour, que les administrateurs ne peuvent encourir de responsabilité envers les créanciers. Comme nous le voyons dans notre texte sur les devoirs de prudence et de diligence des administrateurs, la Cour suprême du Canada considère qu'un manquement par les administrateurs à leur devoir de diligence peut entraîner leur responsabilité extracontractuelle envers les créanciers, sous l'autorité de l'article 1347 du *Code civil du Québec*.

Si les administrateurs n'ont pas de devoirs envers les « *stakeholders* » qui puissent, en cas de violation, entraîner leur responsabilité, rien ne les empêche néanmoins de tenir compte des intérêts des « *stakeholders* » lorsqu'ils prennent leurs décisions du moment que ces intérêts sont compatibles avec ceux de la société. L'étude que nous allons maintenant faire de la doctrine du « *proper purpose* » et de son rejet en faveur du « *fiduciary duty approach* » indique que les administrateurs jouissent d'une telle latitude et qu'il n'est pas nécessaire d'amender la loi pour leur conférer.

B. Détournement de pouvoir

Le devoir des administrateurs d'agir « de bonne foi au mieux des intérêts de la société » leur commande de résister à la tentation de se servir des pouvoirs considérables qui leur sont accordés par la Loi pour se procurer des avantages personnels ou pour en procurer à d'autres personnes qu'à la société.

La jurisprudence et la doctrine ont élaboré autour de l'exercice des pouvoirs des administrateurs, plus particulièrement celui d'émettre des actions, la doctrine du « *proper purpose* »¹¹⁶, en vertu de laquelle un acte posé par les administrateurs en deçà de leurs pouvoirs peut être annulé, si le but ou l'intention derrière cet acte « légal » n'est pas de servir les meilleurs intérêts de la société.

¹¹⁵ *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, précité, note 17, par. 43-46.

¹¹⁶ Voir : C. HANSELL, *op. cit.*, note 76, p. 9-27 et suiv. ; Bruce WELLING, *Corporate Law in Canada – The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991, p. 336 et suiv. ; H.R. NATHAN et M.E. VOORE, *Corporate Meetings*, Toronto, Carswell, 1992, p. 6-6 ; Kevin Patrick McGUINNESS, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Toronto, Butterworths, 1999, p. 691 et suiv.

Cette doctrine a connu diverses expressions dont certaines sont contradictoires, ce qui a mené un juge à déclarer que ce domaine du droit est un fouillis de conflits et d'incohérences¹¹⁷.

Une première série d'autorités est à l'effet que les administrateurs doivent agir exclusivement dans l'intérêt de la société, et que toute décision dont le but principal est d'affecter le contrôle de la société poursuit un « *improper purpose* » et doit être annulée, même si les administrateurs croyaient de bonne foi que cette décision était dans l'intérêt de la société. Toute considération non incompatible avec leur propre intérêt (« *collateral purpose* ») teinte la décision et la rend attaquable. Ce courant est exemplifié par les arrêts *Hogg c. Cramphorn Ltd.*¹¹⁸, *Exco Corporation c. Nova Scotia Savings & Loan Co.*¹¹⁹ et *Howard Smith Ltd. c. Ampol Petroleum Ltd.*¹²⁰

Le *Rapport Dickerson* a proposé d'utiliser les mots « *with a view to the best interests of the corporation* » dans son projet de loi, dans le but exprès d'éliminer cette doctrine du « *proper purpose* »¹²¹.

La seconde série d'autorités est plutôt à l'effet que les administrateurs peuvent exercer leurs pouvoirs dans tout but qu'ils considèrent approprié, du moment que ce but vise principalement à servir les intérêts de la société. Carol Hansell¹²² nomme cette tendance le « *fiduciary duty approach* ». Elle est conforme à ce que recherchait le *Rapport Dickerson*. Le point de départ de cette tendance est l'arrêt *Teck Corporation Ltd. c. Millar*¹²³, dans lequel une émission d'actions pour favoriser un tiers contractant au détriment d'un autre à la réputation plus douteuse fut jugée non motivée par un « *improper purpose* ». Un but n'est « *improper* », dit la Cour, que s'il ne vise pas à servir les intérêts de la société. Cette approche plus large de la doctrine du « *proper purpose* » a été adoptée dans plu-

¹¹⁷ « *A morass of conflicts and inconsistencies* » : *Exco Corporation c. Nova Scotia Savings & Loan Co.*, (1987) 35 B.L.R. 199, 255 (N.S. S.C.) (J. Richard).

¹¹⁸ [1967] Ch. 254, cité récemment avec approbation en Angleterre dans l'arrêt *Regentcrest plc v. Cohen*, [2001] 2 B.C.L.C. 80 (Ch. D.).

¹¹⁹ Précité, note 117.

¹²⁰ (1974) A.C. 821.

¹²¹ *Rapport Dickerson*, précité, note 2, par. 238 et suiv.

¹²² *Op. cit.*, note 76.

¹²³ (1973) 2 W.W.R. 385, 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C. S.C.)

sieurs décisions subséquentes¹²⁴, incluant deux décisions québécoises¹²⁵.

Au lieu de se demander si un acte est, objectivement, « dans l'intérêt de la société » et dans l'intérêt d'aucune autre personne (doctrine de « *proper purpose* »), il faut se demander si, subjectivement, dans l'esprit des administrateurs, cet acte est avant tout dans l'intérêt de la société (« *fiduciary duty approach* »); peu importe, dans ce dernier cas, si l'acte joue aussi dans l'intérêt de quelqu'un d'autre.

L'utilisation correcte des pouvoirs des administrateurs interdit donc à ceux-ci d'émettre des actions à eux-mêmes ou à leurs amis à rabais ou à des termes plus favorables que ceux accordés aux autres actionnaires, ou dans le but de conserver ou de s'emparer du contrôle des votes ou de l'accorder à des personnes choisies. Ils ne peuvent pas non plus refuser des transferts d'actions pour servir des intérêts particuliers, les leurs par exemple : ce refus doit pouvoir se justifier par l'intérêt de la société¹²⁶.

Le fait d'exercer un pouvoir dans l'intérêt de la société ne garantit pas qu'il ne sera pas attaquant. Cet exercice peut donner ouver-

¹²⁴ Voir notamment : *Re Royal Trustco Ltd. (No. 3)*, (1981) 14 B.L.R. 307 (Ont. H.C.); *Northern & Central Gas Corporation Ltd. c. Hillcrest Collieries Ltd.*, (1976) 1 W.W.R. 481 (Alta. S.C.); *Stevens c. Home Oil Co. Ltd.*, (1980) 28 A.R. 331 (Q.B.); *Olson c. Phoenix Industrial Supply Ltd.*, (1984) 26 B.L.R. 183 (Man. C.A.); *Re Goldstream Resources Ltd.*, (1986) 2 B.C.L.R. (2d) 244 (S.C.); *Re Olympia & York Enterprises Ltd. c. Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) 254; *820099 Ontario Inc. c. Harold G. Ballard Ltd.*, précité, note 81; *Starcom International Optics Corporation c. Macdonald*, [1994] B.C.J. (Quicklaw) n° 548 (S.C.); *Mutual Life Insurance of New York c. Rank Organization Ltd.*, [1985] B.C.L.C. 11; *Re ASI Holdings Inc.*, (1997) 28 B.L.R. (2d) 74, 80 (Nfld. S.C.); *Oppenheimer & Co. c. United Grain Growers Ltd.*, (1998) 2 W.W.R. 9 (Man. Q.B.); *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 3077 (Gen. Div.).

¹²⁵ *Forget c. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*, J.E. 99-422 (C.S.) et *Turgeon c. Carboneau*, J.E. 2002-198 (C.S.), conf. AZ-50212900 (C.A.), étudiée *infra*, p. 197.

¹²⁶ *In re Smith & Fawcett Ltd.*, [1942] 1 Ch. 304 (C.A.); *Teck Corporation Ltd. c. Millar*, (1973) 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.) et la jurisprudence citée à M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 28, par. 16-5. Au Québec, voir : *Brousseau (Syndic de)*, J.E. 90-618 (C.A.) et l'arrêt récent *Nardone c. Raichle Sport Holding, AG*, J.E. 2001-2203 (C.Q.).

ture au recours sous l'article 241 («recours pour oppression») s'il lèse un «plaignant» ou est injuste à son égard¹²⁷.

Un facteur additionnel est susceptible de jouer un rôle dans l'accueil que feront les tribunaux à des contestations de gestes des administrateurs au motif qu'ils visent un but partial incompatible avec leurs devoirs «fiduciaires»: l'émergence, en droit canadien, d'une tendance à appliquer le «*business judgment rule*» du droit américain. En vertu de cette règle, les administrateurs sont présumés avoir agi de bonne foi et avec la conviction que le geste est posé dans le meilleur intérêt de la société, et les tribunaux refusent d'intervenir à moins que le plaignant n'apporte une preuve suffisante pour repousser la présomption.

[The business judgment rule] is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.¹²⁸

La jurisprudence récente dénote que les tribunaux canadiens et québécois font un bon accueil à cette approche américaine¹²⁹, qui laisse peu de place à la doctrine du «*proper purpose*».

Comme nous l'avons mentionné dans notre texte sur les devoirs de prudence et de diligence des administrateurs, la Cour suprême

¹²⁷ *Brant Investments Ltd. c. Keeprite Inc.*, précité, note 89, 301 et suiv.; *820099 Ontario Inc. c. Harold G. Ballard Ltd.*, précité, note 81, 178 et 181; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*, (1998) 42 O.R. (3d) 177, 190 et suiv. (C.A.).

¹²⁸ *Aronson v. Lewis*, (1984) 473A 2d 805, 812 (Del. S.C.).

¹²⁹ *Re 347883 Alberta Ltd. and Producers Pipeline Inc.*, (1991) 4 W.W.R. 577, 594 (Sask. C.A.); *Schafer c. International Capital Corp.*, (1997) 5 W.W.R. 98, 105 (Sask. Q.B.); *Main c. Delcan Group Inc.*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 1961 (S.C.); *Stern c. Imasco Ltd.*, (1999) 1 B.L.R. (3d) 198, par. 54 (Ont. S.C.); *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, précité, note 94; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*, précité, note 127; *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, précité, note 94; *Renegade Capital Corp c. Schwalz*, (2003) 36 B.L.R. (3d) 294 (Ont. S.C.); *Golden Star Resources Ltd. c. IAMGold Corporation*, [2004] O.J. (Quicklaw) n° 2867 (C.S.); *McEwen c. Goldcorp. Inc.*, [2006] O.J. (Quicklaw) n° 4265 (S.C.). Au Québec: *Turgeon c. Carboneau*, précité, note 125 et *Forget c. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*, précité, note 125.

du Canada a donné en 2004, dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*¹³⁰, l'accolade officielle au « *business judgment rule* » à l'américaine.

Il faut bien comprendre que le « *business judgment rule* » sert, aux États-Unis, à protéger les administrateurs contre les allégations de manquement à leurs devoirs de prudence et de diligence plutôt qu'à leurs devoirs de loyauté. La preuve de ceci est que s'il est démontré que les administrateurs ont un intérêt dans une transaction (« *self-dealing* » ou « *being on both sides* », disent les Américains), la présomption les favorisant est réfutée et la transaction est soumise au « *entire fairness standard* »¹³¹. Les administrateurs ont alors le fardeau de prouver qu'ils agissent dans le meilleur intérêt de la compagnie, et que la transaction est équitable sous deux aspects : « *fair dealing* » et « *fair price* »¹³². Cependant, le fardeau de la preuve peut être retourné au plaignant dans deux scénarios¹³³ : si la transaction est approuvée par un comité d'administrateurs indépendant et pleinement informé qui jouit d'un véritable pouvoir de négociation et de la liberté de négocier à distance (« *at arm's length* »)¹³⁴ ou si elle est approuvée par le vote pleinement informé de la « majorité de la minorité » des actionnaires¹³⁵.

Pour bénéficier de la protection du « *business judgment rule* », les administrateurs ont systématiquement recours au « *process* » de constituer un comité d'administrateurs indépendants lorsqu'ils ont à se prononcer sur des transactions où ils pourraient se faire reprocher d'être en conflit d'intérêts.

Ce « *process* » a déjà son écho en droit canadien. Non seulement il est expressément imposé par les autorités en valeurs mobilières aux émetteurs canadiens qui effectuent des « opérations de fermeture » (*going private transactions*) et des opérations avec des personnes

¹³⁰ 2004 CSC 68.

¹³¹ *Cinérama Inc. v. Technicolor Inc.*, Del. Supr. 663A. 2d 1156, 1162-64 (1995); *In re Tri-Star Pictures Inc. Litigation*, Del. Supr. 634A. 2d 319, 333 (1993).

¹³² *Kahn v. Lynch Communication Systems Inc.*, Del. Supr. 638A. 2d 1110, 1115 (1994); *Weinberger v. UOP Inc.*, Del. Supr. 457A. 2d 701, 710 (1983).

¹³³ *Emerald Partners v. Berlin*, Del. Supr. 726A. 2d 1215 (1999).

¹³⁴ *Weinberger v. UOP Inc.*, précité, note 132; *Kahn v. Tremont Corp.*, Del. Supr. 694A. 2d 422, 428 (1997).

¹³⁵ *Rosenblatt v. Getty Oil Co.*, Del. Supr. 493A. 2d 929, 937 (1985).

reliées (*related party transactions*)¹³⁶, mais en plus il est couramment utilisé, avec la bénédiction des tribunaux à l'occasion de fusions et d'acquisitions. Le fait d'avoir recours à un comité indépendant incitera plus aisément un tribunal à conclure au caractère juste et désintéressé d'une transaction¹³⁷.

Dans l'arrêt *Peoples*, il est remarquable, pour ne pas dire surprenant, que le « *business judgment rule* » ait servi à exonérer les frères Wise, les administrateurs poursuivis, alors qu'ils étaient aussi les administrateurs et, indirectement, les actionnaires de la compagnie-mère partie à la transaction. Leur intérêt dans la transaction aurait fort bien pu, à la lumière des principes susmentionnés, leur faire perdre le bénéfice du « *business judgment rule* » et leur imposer le fardeau de démontrer que la transaction sous étude (et, plus précisément, le fait de continuer à livrer des marchandises sans en recevoir le paiement) était dans l'intérêt de *Peoples*.

La Cour suprême du Canada, à cet égard, a jugé que la présence d'avantages personnels pour les administrateurs et dirigeants n'est pas nécessairement un signe de manquement à leurs devoirs « fiduciaires », déclarant :

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 intègre et de bonne foi de la société. Dans bien des cas, les intérêts des administrateurs et 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 administra-

¹³⁶ Norme 61-501 de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario ; Règlement général Q-27 de l'Autorité des marchés financiers du Québec.

¹³⁷ Voir, par exemple : *Brant Investment Ltd. c. KeepRite Inc.*, précité, note 89 ; *General Accident Assurance Co. of Canada c. Lornex Mining Corp.*, (1988) 40 B.L.R. 299 (Ont. H.C.) ; comparer à *Palmer c. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 41 B.L.R. 120 (Ont. Div. Ct.) ; *Westfair Foods Ltd. c. Watt*, (1990) 48 B.L.R. 43 (Alta. Q.B.), (1991) 79 D.L.R. (4th) 48 (Alta. C.A.) ; *Stern c. Imasco Ltd.*, précité, note 129 et *Golden Star Resources Ltd. c. IAMGold Corporation*, précité, note 129, où l'absence de comité a joué contre la société.

teurs et les dirigeants ont agi de bonne foi et au mieux des intérêts de la société. (par. 39)

On peut voir dans ce passage une confirmation du rejet par la Cour suprême de la doctrine du «*proper purpose*», en vertu de laquelle un acte qui avantage même incidemment les administrateurs constitue une violation de leur obligation fiduciaire.

Les frères Wise avaient tiré un avantage indirect de leurs actions, en tant qu'actionnaires de la compagnie-mère, mais pas un avantage personnel direct. Cela ne suffisait pas pour conclure à un manquement à leur devoir de loyauté.

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. (par. 40)

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 L.c.s.a. (par. 41).

Au Québec, l'article 322 C.c.Q. impose, comme nous l'avons vu, aux administrateurs l'obligation d'agir «dans l'intérêt de la personne morale». Sa formulation est à première vue plus compatible avec la doctrine du «*proper purpose*» que du *fiduciary duty approach*, mais il est peu probable que les tribunaux québécois favoriseront une doctrine délaissée par la common law canadienne¹³⁸. De toute manière, ils ne pourront pas le faire relativement aux administrateurs des sociétés fédérales, pour lesquels le paragraphe 122(1)(a) a préséance.

C. Divulgence de conflit d'intérêt potentiel

La règle de common law est à l'effet que le fiduciaire qui désire conserver un gain personnel du fait de sa position ou détenir un intérêt dans un contrat avec le bénéficiaire doit divulguer pleinement au bénéficiaire l'existence et la nature de son gain ou de son

¹³⁸ Voir, à témoin, les arrêts cités à la note 125 *supra*.

intérêt, pour que le bénéficiaire les autorise, à défaut de quoi il doit remettre son gain au bénéficiaire ou voir celui-ci annuler le contrat.

La LCSA ne traite de la divulgation d'intérêt de l'administrateur ou dirigeant qu'à son article 120, qui traite des contrats avec la société. Elle n'exige pas expressément de divulgation d'intérêt dans d'autres circonstances et ne requiert pas la divulgation de conflits d'intérêts potentiels.

Au Québec, l'article 325 exige, comme l'article 120 de la loi fédérale, que l'administrateur intéressé dans un contrat dévoile son intérêt. Nous traitons plus loin de ces deux dispositions. Mais l'article 324 va plus loin, en requérant que l'administrateur dénonce à la personne morale « tout intérêt¹³⁹ qu'il a dans une entreprise ou une association susceptible de le placer en situation de conflit d'intérêts, ainsi que les droits¹⁴⁰ qu'il peut faire valoir contre elle, en indiquant, le cas échéant, leur nature et leur valeur »¹⁴¹. Il ajoute que cette dénonciation d'intérêt est consignée au procès-verbal des délibérations du conseil d'administration.

Dans la mesure où l'article 324 peut s'appliquer aux sociétés par actions fédérales pour compléter les dispositions de leur loi constitutive, ce qui semble possible vu leur silence en cette matière, on peut considérer qu'il ajoute aux devoirs de leurs administrateurs (et non de leurs dirigeants).

Le défaut par l'administrateur de dévoiler ses conflits d'intérêts potentiels au conseil d'administration, conformément à l'article 324, peut entraîner la sanction prévue à l'article 329, vraisemblablement applicable aux administrateurs des sociétés fédérales, soit l'interdiction prononcée par le tribunal d'agir comme administrateur pendant une période maximale de cinq (5) ans. Toutefois, cette sanction pour « manquer à ses obligations d'administrateur » n'est applicable que si ce manquement se produit « de façon répétée ». Le Code civil ne prévoit pas d'autre sanction¹⁴².

¹³⁹ Par exemple, des actions, un contrat de services.

¹⁴⁰ Par exemple, une créance, une option.

¹⁴¹ Voir par analogie : *Griffin c. Rexfor*, J.E. 93-1794 (C.S.); *Bélanger c. Brosseau*, [1997] R.J.Q. 450 (C.S.) (intérêt non nécessairement pécuniaire).

¹⁴² Le ministre de la Justice, dans des Commentaires sur le *Code civil du Québec*, déclare que l'article 326 « établit les sanctions possibles du défaut de respecter les obligations prévues aux articles 323 à 325 » : QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA

D. Profits personnels

1. Principes de common law

Selon la common law, le fiduciaire ne doit réaliser aucun gain personnel, direct ou indirect, du fait de sa position. Tout profit ou gain personnel qu'il réalise appartient au bénéficiaire et doit lui être remis, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence induite¹⁴³.

La remise du profit n'est pas de nature compensatoire et n'est aucunement liée aux dommages subis par le fiduciaire. Elle requiert que le fiduciaire remette au bénéficiaire tout le gain (une fois déduites ses dépenses raisonnables)¹⁴⁴ qu'il est réputé avoir réalisé pour son compte.

Le bénéficiaire dispose du mécanisme de la « fiducie par interprétation » (« *constructive trust* ») pour récupérer ses biens ou obtenir la remise du profit réalisé par le fiduciaire : il est réputé propriétaire de ces biens et profits, et son titre est opposable aux créanciers ordinaires du fiduciaire. De plus, les personnes qui collaborent sciemment avec le fiduciaire qui viole ses devoirs sont réputés assumer les mêmes devoirs et la même responsabilité que le fiduciaire.

Ces principes s'appliquent même s'il est démontré que le bénéficiaire n'aurait pas pu réaliser lui-même le gain, ou qu'il n'a subi aucune perte¹⁴⁵.

JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 219 (ci-après « *Commentaires du ministre de la Justice* »). Le texte même de l'article 326, qui vise la dénonciation d'« une acquisition ou d'un contrat », interdit une interprétation aussi large : il ne peut s'appliquer qu'à une violation de l'article 325. Dans l'arrêt *Gauvin c. Centre de vacances familiales de Frampton inc.*, J.E. 98-2318 (C.S.), p. 6 du texte intégral, le tribunal a déclaré avec raison que « l'article 324 C.C.Q. ne donne pas ouverture à invoquer une faute fondée sur un quelconque conflit d'intérêts ».

¹⁴³ Voir la note 21, *supra*.

¹⁴⁴ En droit corporatif, voir par exemple : *China Software Corporation c. Leimbiger*, (1989) 27 C.P.R. (3d) 215 (B.C.S.C.); *Slate Ventures Inc. c. Hurley*, (1996) 27 B.L.R. (2d) 41 (Nfld. S.C.), (1997) 37 B.L.R. (2d) 138 (Nfld. C.A.).

¹⁴⁵ *Keech c. Sanford*, (1726) 25 E.R. 223; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, note 14; *Weber Feeds Ltd. c. Weber*, précité, note 26; *Roper c. Murdoch*, (1987) 14 B.C.L.R. (2d) 385 (C.S.) (faillite de la société).

En droit corporatif, l'arrêt *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*¹⁴⁶ a établi qu'une société peut obtenir une remise de profits de ses administrateurs si elle démontre que ce profit résulte d'une transaction rendue possible grâce à la position favorisée des administrateurs et à leur accès à certains renseignements¹⁴⁷. Ne doivent pas entrer en ligne de compte des questions comme : y a-t-il eu fraude ou mauvaise foi ? La société a-t-elle subi un dommage ? La remise du profit apporte-t-elle un enrichissement sans cause (« *windfall* ») aux actionnaires ?¹⁴⁸

The rule of equity which insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account for that profit, in no way depends on fraud, or absence of bona fides; or upon such questions or considerations as whether the profit would or should otherwise have gone to the plaintiff, or whether the profiteer was under a duty to obtain the source of profit for the plaintiff, or whether he took a risk or acted as he did for the benefit of the plaintiff, or whether the plaintiff has in fact been damaged or benefited by his action. The liability arises from the mere fact of a profit having, in the stated circumstances, been made. The profiteer, however honest and well intentioned, cannot escape the risk of being called upon to account. (Emphasis added).

L'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*¹⁴⁹ a précisé que la remise de profit vise le détournement, même indirect, d'une « occasion d'affaires » (*corporate opportunity*) poursuivie par la société¹⁵⁰, par un administrateur ou un fonctionnaire supérieur en ayant eu connaissance grâce à sa position et ce, nonobstant sa démission préalable¹⁵¹.

¹⁴⁶ Précité, note 13.

¹⁴⁷ Dans les arrêts *Burland c. Earle*, [1902] A.C. 83 et *Peso Silver Mines Ltd. c. Cropper*, précité, note 14, par exemple, le lien entre le profit et la position favorisée de l'administrateur n'a pas été établi et la remise du profit a été refusée.

¹⁴⁸ Les arrêts *Abbey Glen Property Corporation c. Stumborg*, précité, note 26 et *Balaban c. Bryndon Ventures Inc.*, [1994] 1 W.W.R. 398 (Alta Q.B.) fournissent des exemples de « *windfall* ». L'arrêt *Hoffman Products Ltd. c. Karr*, (1989) 70 O.R. (2d) 789 (H.C.), conf. 71 O.R. (2d) 734, en fournit toutefois un où le « *windfall* » n'a pas été accordé.

¹⁴⁹ Précité, note 14.

¹⁵⁰ La règle ne s'applique pas à une occasion d'affaires à laquelle la société a renoncé : *Peso Silver Mines*, *supra*, note 14 ; *Martin c. Columbia Metals Corporation Ltd.*, (1980) 12 B.L.R. 72 (Ont. H.C.) ; *Three Point Oils Ltd. c. Glencrest Energy Ltd.*, (1994) 23 Alta L.R. (3d) 226 ; *Hoffman Products Ltd. c. Karr*, précité, note 148.

¹⁵¹ Voir les arrêts cités à la note 27, *supra*.

L'arrêt *Alberts Ltd. c. Mountjoy*¹⁵², a étendu l'interdiction relative au détournement des occasions d'affaires à la sollicitation de la clientèle et du personnel de la société en deçà d'un délai raisonnable après le départ de l'administrateur ou du membre de la haute direction¹⁵³.

2. Le Code civil du Québec

Le Code civil a codifié la règle de common law relative aux profits personnels des administrateurs aux articles suivants :

- l'article 2146, qui interdit au mandataire d'utiliser à son profit l'information qu'il obtient ou le bien qu'il est chargé de recevoir ou d'administrer dans l'exécution de son mandat, « à moins que le mandant n'y ait consenti » ; cet article énonce la sanction attachée à cette interdiction, soit le recours en dommages et la reddition du profit correspondant ;
- l'article 323, qui interdit à l'administrateur d'une personne morale d'utiliser, à son profit ou celui d'un tiers, les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions, « à moins qu'il ne soit autorisé à le faire par les membres de la personne morale » ;
- l'article 2184, qui oblige le mandataire, à la fin du mandat, à rendre compte et à remettre au mandant « tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant ». Cet article existait déjà dans le C.c.B.C. ; sans être particulier aux devoirs d'honnêteté et de loyauté de common law, il s'inscrit dans la même veine qu'eux ;
- l'article 326, qui traite de la remise du profit réalisé d'un contrat conclu avec la compagnie et dont il sera question dans la section « contrats avec la compagnie » ;
- l'article 316, qui permet à tout intéressé, en cas de fraude à l'égard de la compagnie, de faire tenir les administrateurs, qui ont tiré un profit personnel de l'acte reproché, responsables du préjudice subi par la compagnie.

¹⁵² (1977) 2 B.L.R. 178 (Ont. H.C.).

¹⁵³ Voir les arrêts cités à la note 28, *supra* et à M. et P. MARTEL, *op. cit.*, note 28, par. 25-141, note 159.

a. Utilisation des biens ou d'informations

L'article 323 interdit à l'administrateur de confondre les biens de la personne morale avec les siens. Il ne peut utiliser à son profit ou à celui d'un tiers les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions. S'il le fait, il peut être tenu en vertu de l'article 2146 de payer à la personne morale des dommages-intérêts, ou encore de l'indemniser en lui payant « une somme équivalant à l'enrichissement qu'il obtient » s'il s'agit d'une information, ou à « un loyer approprié ou l'intérêt sur les sommes utilisées » s'il s'agit d'un bien¹⁵⁴.

Les mots « biens » et « informations » sont suffisamment larges pour couvrir les « occasions d'affaires » de la personne morale, telles que visées par l'arrêt *Canadian Aero* et leur extension aux clients et employés faite par l'arrêt *Alberts Ltd. c. Mountjoy*. Les articles 323 et 2146 ne révolutionnent pas à cet égard le droit québécois, qui sanctionnait déjà, comme on l'a vu plus avant dans l'historique des « devoirs de loyauté » du Québec avant 1994, les détournements d'occasions d'affaires ou de clientèle¹⁵⁵. L'arrêt *In re Entreprises Rock Ltée*, s'il avait été rendu à la lumière du nouveau Code civil, fournirait un cas classique d'application des articles 323 et 2146.

Tout comme sous la common law¹⁵⁶, le détournement de fonds est visé, et l'administrateur est tenu de remettre ces fonds plus intérêts. Sont également visés le fait d'occuper sans payer de loyer

¹⁵⁴ Les sommes détournées peuvent par ailleurs être ajoutées au revenu de l'administrateur aux fins de cotisation fiscale: *Cléroux c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, REJB 2001-25613 (C.Q.).

¹⁵⁵ Voir également: *Lebel c. Prosig Informatique Inc.*, précité, note 53; *Bâtiments J.D.L. c. Lamoureux*, [1995] R.R.A. 1067 (C.S.) (recours refusé); *Sextant Communications Inc. c. Couture*, J.E. 95-1439 (C.S.). Les arrêts *Boston Shoe Co. Ltd. c. Frank*, (1925) 48 C.S. 66; *La compagnie des attractions de Montréal Ltée c. Van Godbout*, précité, note 37 et *Central Dynamics Ltd. c. Tremblay*, J.E. 92-1337 (C.S.) ont abordé la notion de renonciation à une occasion d'affaires.

¹⁵⁶ Voir: *Rogers Hardware c. Rogers*, (1913) 10 D.L.R. 541; *Bottoms c. Brent Petroleum Industries Ltd.*, [1984] B.C.J. (Quicklaw) n° 1151 (S.C.) (intérêt sur sommes détournées); *Calmont Leasing Ltd. c. Kredl*, (1995) 8 W.W.R. 179 (Alta. C.A.) (remise de fonds détournés plus intérêts composés); *Beechwood Cemetary Co. c. Graham*, (1996) 12 C.C.L.S. 197 (Ont. Gen. Div.).

adéquat les locaux appartenant à la société¹⁵⁷ et celui d'utiliser pour ses fins personnelles de l'équipement acheté par la société¹⁵⁸.

Un certain problème d'application du recours de l'article 2146 surviendra lorsque l'administrateur n'utilisera pas le bien (ou l'information) à son profit, mais à celui d'un tiers : l'article 2146 ne vise pas cette situation, et le mode d'établissement de l'indemnisation qu'il prévoit, soit l'enrichissement obtenu par le mandataire, risque de ne pas être pertinent en cas d'enrichissement indirect. L'article 323, qui envisage cette situation, ne prévoit pas de solution.

En common law, le mécanisme de la fiducie par interprétation solutionne *a priori* ce genre de problème, en imposant au tiers les mêmes devoirs qu'au fiduciaire. En droit québécois, la responsabilité du tiers peut être retenue grâce à la responsabilité extracontractuelle du tiers qui se rend complice d'une violation à des obligations contractuelles¹⁵⁹, mais cette responsabilité est de nature compensatoire et ne peut excéder le préjudice causé à la compagnie¹⁶⁰.

Outre les remèdes prévus à l'article 2146, la société peut aussi, dans certaines circonstances, avoir recours à l'injonction¹⁶¹.

Dans l'arrêt *Brospec inc. c. Brown*¹⁶², un administrateur avait à l'insu de l'autre transféré une division de la compagnie à sa propre

¹⁵⁷ Voir, par analogie : *Miller c. The Diamond Light & Heating Co. of Canada Ltd.*, précité, note 36. Dans 333965541 *Canada Inc. c. Placements Mirok Inc.*, précité, note 78, la Cour a annulé un bail conclu au nom de la société par l'administrateur avec sa propre compagnie parce qu'il favorisait le locataire d'une manière exorbitante.

¹⁵⁸ Dans l'arrêt *RDS Diagnostics Ltd. c. Stronell*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 2619 (S.C.), les administrateurs avaient formé une compagnie pour développer une technologie liée à celle de la société et avaient consacré plus de la moitié de leur temps ainsi que le personnel et l'équipement de la société au bénéfice de cette autre compagnie. Ils ont été condamnés, solidairement avec cette compagnie, à verser 845 000 \$ à la société en remboursement de salaires et de loyer. Aucun profit n'ayant été réalisé par la compagnie, il n'y a pas eu de condamnation à en rendre compte à la société.

¹⁵⁹ C.c.Q., art. 1457 ; *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, (1975) 2 R.C.S. 236. Voir, plus récemment : *Marque d'Or Inc. c. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706 (C.S.) ; *Brospec inc. c. Brown*, J.E. 2000-859 (C.S.).

¹⁶⁰ *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.) ; *L.N.S. Systems Inc. c. Allard*, précité, note 75.

¹⁶¹ Voir, par exemple : *Marque d'Or Inc. c. Clayman*, précité, note 159.

¹⁶² Précité, note 159.

compagnie ; le tribunal a ordonné la rétrocession de la division à la compagnie par voie d'injonction, sur la base de la violation des devoirs de loyauté de l'administrateur et de la complicité à cette violation ; il a précisé que ce remède valait pour l'avenir et que pour le passé la reddition de compte et les dommages-intérêts étaient les recours appropriés.

Le droit civil ne diffère pas à cet égard de la common law, qui reconnaît elle aussi le droit à l'injonction pour mettre fin à une violation de devoirs fiduciaires.

b. Rémunération

Les administrateurs de la société ont le pouvoir de se payer une rémunération à même les biens de la société¹⁶³. Ils sont en flagrante position de conflit d'intérêts en cette matière.

Autant le *Code civil du Québec* que la LCSA reconnaissent que le fait pour l'administrateur de fixer sa propre rémunération constitue une exception au devoir de l'administrateur de ne pas contracter avec sa propre compagnie, dont nous traiterons plus loin. Ils n'obligent pas l'administrateur à dénoncer son intérêt ou à s'abstenir de voter dans ce cas¹⁶⁴.

Cela ne signifie pas pour autant que les administrateurs aient reçu carte blanche pour dépouiller la société ; ils demeurent liés par leurs devoirs d'agir dans l'intérêt de la compagnie et de ne pas abuser de leur pouvoirs. Par conséquent, la rémunération (salaires, bonis, frais de gestion, etc.) qu'ils fixent pour eux-mêmes et leurs proches doit être raisonnable, compte tenu de la situation financière de la société et de la nature, de la quantité et de la qualité des services rendus ; une rémunération excessive sera jugée frauduleuse

¹⁶³ LCSA, L.C.R. (1985), c. C-144, art. 125. Ce pouvoir peut être restreint par les statuts, les règlements ou une convention unanime des actionnaires.

¹⁶⁴ C.c.Q., art. 325, dernière phrase ; LCSA, précité, note 163, art. 120(5)(a). À remarquer : cette exception ne vise que la rémunération de l'administrateur lui-même, et non celle de personnes liées à lui. Toutefois, l'administrateur ne détient pas d'« intérêt » dans ces personnes au sens du paragraphe 120(1), de sorte que c'est l'interdiction elle-même qui ne s'applique pas.

et justifiera l'intervention du tribunal, à la demande d'un actionnaire¹⁶⁵.

Cette règle s'applique aux « parachutes dorés » que les administrateurs de nombreuses sociétés ayant fait appel au public accordent à leurs principaux dirigeants¹⁶⁶.

Dans l'arrêt récent *Blain c. Cayouette*¹⁶⁷, un tribunal québécois a traité de « *golden parachute* » l'indemnité de départ équivalant à trois ans de salaire que le président-directeur général et actionnaire principal de deux compagnies provinciales privées s'était accordée dans son contrat d'emploi et il a refusé de la lui accorder lorsqu'il a poursuivi le liquidateur des compagnies pour la réclamer. Le tribunal a fait référence à la jurisprudence de common law et du Québec en cette matière.

Dans l'arrêt encore plus récent *Turgeon c. Carbonneau*¹⁶⁸, le tribunal a refusé d'annuler la résolution des administrateurs accordant une allocation de retraite à deux d'entre eux à l'occasion de la liquidation de la compagnie, jugeant que les administrateurs avaient agi dans « *a proper purpose* » (récompenser des dirigeants-clés pour les services rendus), sans mauvaise foi ou abus de droit. « Cet acte est légitime et ce, même si l'effet incident est d'avantager des administrateurs », dit la Cour¹⁶⁹.

Quant aux prêts ou à l'aide financière que les administrateurs veulent se consentir ou consentir à des personnes liées, ceux-ci ne

¹⁶⁵ Au Québec, voir : *Mark c. Dresser*, (1919) 25 R.L.n.s. 297; *Giguère c. Colas*, (1915) 48 C.S. 198; *Barry c. Larocque*, (1934) 72 C.S. 70; 9000-7188 *Québec inc. c. Tremblay*, J.E. 99-2148 (C.Q.). En common law, voir : *Nolan c. Parsons*, [1942] O.R. 358; *National Building Maintenance Ltd. c. Dove*, [1972] W.W.R. 410.

¹⁶⁶ *347883 Alberta Ltd. c. Producers Pipeline Inc.*, (1991) 4 W.W.R. 577, 3 B.L.R. (2d) 237 (Sask. C.A.); *Hamelin c. Seven Mile High Group Inc.*, [1994] 89 B.C.L.R. (2d) 298 (B.C. C.A.); *Cannaday c. Sun Peaks Resorts Corp.*, (1995) 25 B.L.R. (2d) 75 (B.C.S.C.), conf. [1998] B.C.J. (Quicklaw) n° 85 (C.A.); *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, précité, note 124.

¹⁶⁷ [2001] J.Q. (Quicklaw) n° 4194 (C.S.).

¹⁶⁸ Précité, note 125.

¹⁶⁹ *Id.*, par. 78 : « En adoptant cette résolution, le conseil d'administration de la compagnie a agi à l'intérieur de ses prérogatives et n'a fait que reconnaître la participation des défendeurs [...] à la croissance de l'entreprise au cours des vingt-quatre dernières années ».

sont plus, depuis la réforme, soumis à des restrictions statutaires : l'article 44 LCSA a en effet été abrogé. Le législateur a décidé de s'en remettre à cet égard aux devoirs généraux des administrateurs en vertu de l'article 122(1). Les devoirs « fiduciaires » de l'administrateur lui commanderont de résister à la tentation de se faire accorder une aide financière non compatible avec l'intérêt de la société.

Le droit civil n'a en cette matière aucune incidence particulière.

c. Profits secrets

La common law requiert du fiduciaire qu'il remette au bénéficiaire tout gain réalisé du fait de sa position, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue.

En droit corporatif, la jurisprudence relative aux « profits secrets », c'est-à-dire réalisés sans le consentement des actionnaires, reflète ce principe¹⁷⁰.

En droit québécois, le principe est sensiblement le même : il vise notamment les pots-de-vin et les commissions secrètes¹⁷¹.

L'article 2184 C.c.Q., qui reprend l'article 1713 C.c.B.C., oblige le mandataire à remettre au mandant tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû à celui-ci, plus intérêts. Cette reddition de compte ne survient cependant qu'à la fin du mandat, ce qui signifie en pratique qu'une demande de reddition de compte forcée doit être accompagnée de la destitution de l'administrateur ou du dirigeant.

En ceci, le C.c.Q. est plus restrictif que la common law qui permet la demande de remise de profit en tout temps.

¹⁷⁰ *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, précité, note 13, p. 393. Voir notamment : *Grant c. Gold Exploration & Development Syndicate Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 233 ; *Gadsden c. Bennetto*, (1913) 9 D.L.R. 719 ; *Eden c. Ridsdales Ry Lamp & Lighting Co. Ltd.*, [1889] Q.B. 368 ; *Pure Canadian Silver Black Fox Co. c. Morrison*, (1915) 24 D.L.R. 915 ; *Sigurdson c. Langridge*, (1977) 26 C.B.R. n.s. 44 (Alta. S.C.).

¹⁷¹ *Thompson c. Sénécal*, (1894) 3 B.R. 455 ; *La Compagnie de Pulpe de Metabetchouan c. Paquet*, (1906) 29 C.S. 211. Voir aussi, par analogie : *Québec (P.G.) c. Brunet*, [1993] R.J.Q. 2862 (C.S.), [1994] R.J.Q. 337 (C.A.) (points bonis).

d. Ratification

Nous avons vu que le fiduciaire peut être autorisé à conserver ses gains personnels par le bénéficiaire.

En droit corporatif, la jurisprudence a établi que cette autorisation doit émaner des actionnaires¹⁷². Elle doit être donnée en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue¹⁷³. Le fait pour les administrateurs intéressés de participer au vote en faveur de leur propre violation à des devoirs fiduciaires peut toutefois enlever son effet curatif à la ratification¹⁷⁴. Nous verrons plus loin que la ratification d'un contrat où un administrateur est intéressé doit, en vertu du nouveau paragraphe 120(7.1) de la loi fédérale, s'effectuer par résolution spéciale, c'est-à-dire aux deux tiers des voix des actionnaires présents.

L'article 323 C.c.Q. interdit à l'administrateur de réaliser un profit en utilisant les biens ou l'information de la personne morale «à moins qu'il ne soit autorisé à ce faire par les membres de la personne morale». L'article 2146 requiert le consentement du mandant pour permettre au mandataire de réaliser un profit en utilisant l'information ou les biens du mandant. L'article 323 rejoint donc la common law, sans préciser toutefois que le consentement des actionnaires doit être donné en pleine connaissance de tous les faits (ce qui implique une divulgation complète aux actionnaires, non prévue au Code civil) et sans influence indue, sans préciser la majorité des voix requise et sans exclure du vote l'administrateur intéressé. On peut s'attendre à ce que les tribunaux soient appelés à apporter ces précisions. La common law devrait être pour eux une bonne source d'inspiration.

¹⁷² *Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver*, précité, note 13, 389; *Canada Safeway Ltd. c. Thompson*, précité, note 24, 321; *Earle c. Burland*, (1900) 27 O.A.R. 540, 561; *North-West Transportation Co. c. Beatty*, (1887) 12 A.C. 589. Certains de ces arrêts exigent le vote unanime des actionnaires.

¹⁷³ Voir notamment : *Jacobus Marler Estates, Lim c. Marler*, précité, note 20; *Pacific Coast Coal Mines Ltd. c. Arbuthnot*, (1917) 36 D.L.R. 564 (P.C.); *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, note 14, 607; *Wedge c. McNeill*, précité, note 22; *Safarik c. Ocean Fisheries Ltd.*, (1994) 10 B.L.R. (2d) 246, 300 (B.C. S.C.); *Re Gordon Import Autos Ltd.*, (1993) 12 B.L.R. (2d) 266 (B.C. S.C.); *Mackenzie c. Graig*, précité, note 22, 120.

¹⁷⁴ *Cook c. Deeks*, [1916] A.C. 554; *Garvie c. Axmith*, [1962] O.R. 65 (H.C.) (actionnaires intéressés exclus du vote).

E. Contrats avec la société

1. La common law

En common law, la règle est que tout contrat entre le « fiduciaire » et le bénéficiaire est interdit sous peine de nullité, à moins de consentement éclairé du bénéficiaire.

*[...] it is a rule of universal application that no one having such duties (of a fiduciary character) to discharge shall be allowed to enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting or which possibly may conflict with the interests of those whom he is bound to protect. So strictly is this principle adhered to that no question is allowed to be raised as to the fairness or unfairness of a contract so entered into.*¹⁷⁵

En droit corporatif, cette règle peut se formuler ainsi : toute convention, équitable ou non, profitable pour la société ou non, intervenue entre la société et un de ses administrateurs, est annulable à la demande de la société, et l'administrateur doit rendre compte des profits qu'il en a retirés¹⁷⁶. Cette règle s'applique aussi lorsqu'une convention intervient entre la société et une autre personne morale dont un des administrateurs est actionnaire, administrateur ou créancier¹⁷⁷.

De plus, la règle est à l'effet qu'un administrateur intéressé dans un contrat ne peut pas être compté aux fins du calcul du quorum à la réunion du conseil où ce contrat est examiné¹⁷⁸.

¹⁷⁵ *Aberdeen Railway c. Blaikie Brothers*, précité, note 13. Voir aussi : *Greenstreet c. Paris Hydraulic Co.*, (1874) 21 Gr. 229 (Ont. Ch.).

¹⁷⁶ *North-West Transportation Co. c. Beatty*, (1887) 12 A.C. 589; *Bray c. Ford*, [1896] A.C. 44, 50; *Denman c. Clover Bar Coal Co. Ltd.*, (1912) 7 D.L.R. 96 (Alta. S.C.); *Transvaal Lands Co. c. New Belgium Land & Dev. Co.*, [1914] 2 Ch. 488.

¹⁷⁷ *Todd c. Robinson*, (1884) 14 Q.B.D. 739; *Garvie c. Axmith*, précité, note 174, 65, 70; *Patton c. Yukon Consolidated Gold. Corp.*, [1934] O.W.N. 321 (C.A.); *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1948] 1 D.L.R. 74 (Ont. C.A.); *Re Little Billy's Restaurant (1977) Ltd.*, (1983) 21 B.L.R. 246; *Bishopsgate Investment Management Ltd. c. Maxwell (No. 2)*, (1994) 1 All E.R. 261 (C.A.); *Knight c. Frost*, 1999) 1 B.C.L.C. 364 (Ch. D.).

¹⁷⁸ *Garvie c. Axmith*, précité, note 174; *D'Amore c. McDonald*, précité, note 24, 859; *Re Geymouth Point Elizabeth Railway & Coal Co. Ltd.*, (1904) 1 Ch. 32 (Ch. Div.); *Victors c. Lingard*, (1927) 1 Ch. 323 (Ch.D.).

Toutefois, la common law n'imposait pas de limites légales aux conventions des parties dans les *articles of association* des sociétés. On a vu apparaître, au début du siècle dernier, des clauses reconnues valides dites de « *safe harbour* » insérées dans les actes constitutifs des sociétés qui écartaient l'obligation pour les administrateurs de divulguer leur intérêt, leur permettaient de voter relativement aux contrats dans lesquels ils avaient des intérêts et les dégageaient complètement de l'obligation de rendre compte des profits réalisés en raison de ces contrats¹⁷⁹. La prolifération de ces clauses a mené à l'adoption, en 1929, de ce qui est devenu l'article 1999 du *United Kingdom Companies Act, 1948*, lequel a servi de modèle à l'article 98 de l'ancienne *Loi sur les corporations canadiennes* et, en 1975, à ce qui est devenu l'article 120 LCSA.

2. L'article 120 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions

Tel qu'amendé en 2001, l'article 120 LCSA établit des balises à l'intérieur desquelles l'administrateur ou le dirigeant doivent demeurer s'il veulent valablement contrevenir à la règle de common law prohibant l'intérêt dans un contrat avec la société et conserver les profits personnels qu'ils en retirent. Ces balises sont d'ordre public : la société ne peut pas y déroger par ses statuts, ses règlements ou un contrat¹⁸⁰.

a. Divulgence d'intérêt et défense de voter

L'administrateur doit dévoiler son intérêt au conseil d'administration lorsqu'il discute du projet de contrat pour la première fois. S'il devient intéressé par la suite seulement, il doit le dire à la première réunion suivant la naissance de cet intérêt¹⁸¹.

¹⁷⁹ *Imperial Mercantile Credit Association c. Coleman*, (1873) L.R. 6 H.L. 189; *Costa Rica Railway Co. c. Forwood*, [1900] 1 Ch. 756 (H.C.), conf. [1901] 1 Ch. 746 (C.A.); *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, précité, note 22; *Boulting c. Assn. of Cinematograph, Television & Allied Technicians*, (1963) All E.R. 716, 729 (C.A.). Voir le paragraphe 226 du *Rapport Dickerson*, précité, note 2.

¹⁸⁰ LCSA, précité, note 163, art. 122(3).

¹⁸¹ Si l'intérêt naît après la conclusion du contrat, aucune obligation de divulgation d'intérêt ou de reddition de profit ne survient : *Placements Lecomont ltée c. Goulet*, J.E. 96-1833 (C.A.). Comparer à *Baker c. Palm Bay Island Resort Pty Ltd. (No. 2)*, (1970) Qd. R. 210.

L'intérêt consiste soit à être partie au contrat, soit à être administrateur, dirigeant de la partie au contrat, ou soit à posséder un « intérêt important » dans cette partie.

La loi exige que l'administrateur intéressé dévoile « la nature et l'étendue de son intérêt »¹⁸²; toutefois, une « révélation permanente », c'est-à-dire la déclaration qu'il est administrateur ou actionnaire dans une compagnie avec laquelle la société doit transiger, est permise¹⁸³. La divulgation requise vise l'information relative au contrat et ne va pas jusqu'aux moindres détails; il n'est pas requis de remettre aux administrateurs « chaque morceau de papier ». Ainsi que l'a récemment précisé un tribunal, « il s'agit d'une question de substance, et non de forme »¹⁸⁴.

Le devoir de divulgation de l'administrateur se limite à la nature et à l'étendue de son intérêt: il n'est pas tenu d'exposer aux autres administrateurs les risques inhérents à la transaction, ou de faire l'avocat du diable et leur suggérer des transactions alternatives¹⁸⁵.

La divulgation exigée de l'administrateur doit se faire au conseil d'administration et non à certains administrateurs, dirigeants ou au vérificateur¹⁸⁶. Rien n'exige qu'elle soit faite aux actionnaires¹⁸⁷. Toutefois, le paragraphe 120(6.1), ajouté en 2001, permet aux actionnaires, par exception au principe général qu'ils n'ont pas accès aux

¹⁸² LCSA, art. 120(1). *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, précité, note 22, 14:

The amount of detail required must depend in each case upon the nature of the contract [...] proposed and the context in which it arises. It can rarely be enough for a director to say "I must remind you that I am interested" and leave it at that [...]. His declaration must make his colleagues "fully informed of the real state of things" [...]. If it is material to their judgment that they should know not merely that he has an interest, but what it is and how far it goes, then he must see to it that they are informed;

Liquidators of the Imperial Mercantile Credit Association c. Coleman, *supra* note 179, 205: « A man declares his interest not when he states that he has an interest, but when he states what his interest is ».

¹⁸³ LCSA, art. 120(6).

¹⁸⁴ *Jackson c. Trimac Industries Ltd.*, [1994] 8 W.W.R. 237, 243 (Alta. C.A.) (traduction).

¹⁸⁵ *Id.*, par. 61-64.

¹⁸⁶ *Beechwood Cemetery Co. c. Graham*, précité, note 156.

¹⁸⁷ *Centofanti c. Eekmitor Pty Ltd.*, (1995) 13 A.C.L.C. 315 (S.C.S.A.).

procès-verbaux des réunions du conseil d'administration¹⁸⁸, de consulter toute partie de ces procès-verbaux dans laquelle la divulgation d'intérêt d'un administrateur ou dirigeant a été inscrite. C'est une exception au principe que ces procès-verbaux ne sont pas accessibles aux actionnaires. Remarquons que la loi n'autorise pas les actionnaires à prendre connaissance d'un procès-verbal où la divulgation n'est pas contenue.

Soulignons que l'article 120 ne vise que les contrats « importants » avec la société, et qu'il ne requiert la divulgation que des intérêts « importants » dans des personnes parties à de tels contrats. Cette notion de contrat ou d'intérêt « important » (en anglais, « *material* »), de droit nouveau¹⁸⁹, n'est clarifiée ni par la loi ni par la jurisprudence¹⁹⁰. En matière de loyauté et d'honnêteté, on ne peut se contenter de demi-mesures : tout comme on ne peut être « un petit peu enceinte », il n'est pas acceptable d'être partiellement déloyal. C'est pourquoi tout contrat autre que dérisoire devrait être considéré comme important, et qu'il devrait aller de même pour tout intérêt qui puisse exercer une influence, si minime soit-elle, sur la décision de l'administrateur, s'il était appelé à en prendre une¹⁹¹.

¹⁸⁸ LCSA, précitée, note 163, art. 20(2) et (4) et 21(1).

¹⁸⁹ Le droit antérieur (common law et art. 98 de la *Loi sur les corporations canadiennes*) exigeait la divulgation de tout intérêt dans tout contrat, important ou non. La notion de contrat important ne figurait pas dans le *Rapport Dickerson* ou dans les législations anglaises et américaines prises comme modèles par celui-ci. Quant à celle d'intérêt important, elle provient d'une application suspecte de l'arrêt *Gray c. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, précité, note 22, où la notion de « *material* » vise les éléments de la divulgation d'intérêts, et non l'intérêt lui-même. Dans l'arrêt *Transvaal Lands Co. c. New Belgium (Transvaal) Land and Development Co.*, précité, note 176, la détention de 0,5 % d'actions dans la compagnie cocontractante a suffi pour fonder un recours en annulation de la transaction. Voir aussi : *Motivex Ltd. c. Bulfield*, [1998] B.C.L.C. 99, [1986] B.C.C. 403.

¹⁹⁰ Voir toutefois : *Dimo Holdings Ltd. c. H. Jager Developments Inc.*, (1999) 43 B.L.R. (2d) 123, 126 (Alta. Q.B.).

¹⁹¹ Cette notion subjective de l'importance de l'intérêt est celle utilisée dans le *Model Business Corporation Act* américain (art. 8.60) ainsi, notamment, que dans l'arrêt *Cinerama Inc. v. Technicolor Inc.*, 663 A. 2d 1156, 1167 (Del. 1995), où la Cour suprême du Delaware a déclaré : « *Under such a test of materiality [it] would be required to determine not how or whether a reasonable person in the same or similar circumstances [...] would be affected by a financial interest of the same sort as present in the case, but whether this director in fact was or would likely be affected* ». Voir sur ce sujet de « *materiality* » les commentaires de K. McGUINNESS, *op. cit.*, note 116, p. 755.

L'administrateur intéressé ne doit pas participer au vote sur la résolution approuvant le projet de contrat¹⁹². Cette interdiction de voter est cependant sujette à certaines exceptions :

- s'il s'agit d'un contrat portant principalement sur sa rémunération par la société ou une personne morale de son groupe¹⁹³ ;
- s'il s'agit d'un contrat portant sur une indemnité ou une assurance-responsabilité en vertu de l'article 124¹⁹⁴ ;
- s'il s'agit d'un contrat conclu avec une personne morale du même groupe¹⁹⁵.

b. Sanction du défaut

Si l'administrateur intéressé ne se plie pas à son obligation de divulgation¹⁹⁶ ou d'abstention de vote, la société ou tout actionnaire

¹⁹² LCSA, précitée, note 163, art. 120(5). *Waden c. Kendrick*, (1905) 37 C.S. 32, 53 ; *Wedge c. McNeill*, précité, note 22 ; *Imperial Trust Co. c. Canbra Foods Ltd.*, (1987) 50 Alta. L.R. (2d) 375 (Q.B.). L'interdiction de voter n'entraîne pas celle d'assister à la réunion : *Grimwade c. The B.P.S. Syndicate Ltd.*, (1915) 31 T.L.R. 531 (Ch. D.).

¹⁹³ *Id.*, art. 120(5)(a). Cette exception vise aussi la rémunération payable à une compagnie détenue par l'administrateur : *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, précité, note 124.

¹⁹⁴ *Id.*, art. 120(5)(b).

¹⁹⁵ *Id.*, art. 120(5)(c). Voir : *Lindzon c. International Sterling Holdings Inc.*, (1990) 45 B.L.R. 57, 76 et suiv. (B.C. S.C.). Cette dispense est justifiable lorsque l'intérêt de l'administrateur se limite à agir comme administrateur ou dirigeant de la personne morale en question ; elle ne l'est pas s'il détient un « intérêt important », à titre notamment d'actionnaire ou de créancier, dans cette personne morale.

¹⁹⁶ Et, semble-t-il, à la lecture de certains arrêts, si les administrateurs ne sont pas déjà au courant de l'intérêt de l'administrateur : Dans l'arrêt *Millgate Financial Corp. c. BF Realty Holdings Ltd.*, (1995) 19 B.L.R. (2d) 271, 283 (Ont. C.J.), la Cour a exprimé un doute quant à la recevabilité d'une absence d'avis formel sous l'article 120 comme base d'un recours pour oppression (et non en nullité du contrat, sous 120(7) et (8)), si en fait le conseil est au courant des intérêts de chaque administrateur. Voir aussi, par analogie : *Brian Mountford & Associates Ltd. c. Lucero Resource Corp.*, [1991] B.C.J. (Quicklaw) n° 194 (S.C.) et *Gwembe Valley Development Co. Ltd. c. Koshy*, [1998] 2 B.C.L.C. 613 (Ch. D.), où apparaît cette même notion de connaissance de fait des administrateurs. « *Disclosure imports the concept of informing someone of something of which he would not otherwise be aware* », peut-on lire dans l'arrêt anglais *Motivex Ltd. c. Bulfield*, [1988] B.C.L.C. 99. Voir aussi, sur la nécessité ou la non-nécessité d'une divulgation formelle en cas de connaissance du conflit par les autres administrateurs : *Ward c. Guinness plc*, (1988) P.C.C. 270 (C.A.) ; *Lee Panavision Ltd. c. Lee*

peut demander à la Cour d'annuler le contrat, « selon les modalités qu'il estime indiquées », et enjoindre l'administrateur de rendre compte à la société du bénéfice qu'il en a tiré¹⁹⁷. D'autre part, si le contrat conclu avec la société n'est pas « équitable » pour celle-ci, il est vraisemblablement sujet à annulation à la demande de la société ou de tout « plaignant » en son nom par action oblique sous l'article 239 ou par « recours pour oppression » sous l'article 241, même si l'administrateur s'est conformé à ses obligations de divulgation et d'abstention de vote. Les paragraphes (7) et (7.1), que nous allons voir ci-après, ne rendent en effet inattaquable le contrat approuvé par les administrateurs ou ratifié par les actionnaires que s'il est « équitable » pour la société.

c. Exception

Par exception à la règle de common law que l'administrateur ne doit pas avoir d'intérêt dans un contrat avec la société et qu'il ne doit pas compter pour les fins du quorum, le paragraphe 120(7) énonce que le contrat n'est pas annulable et l'administrateur n'est pas redevable de ses profits sur celui-ci même s'il a assisté à la réunion et a permis d'en atteindre le quorum, à condition qu'il ait divulgué son intérêt, que le conseil ait approuvé le contrat et que le contrat, au moment de son approbation, était équitable pour la société¹⁹⁸.

Lighting Ltd., [1992] B.C.L.C. 22, 33; *Runciman c. Walter Runciman plc*, [1992] B.C.L.C. 1084, 1093; *Re Dominion International Group plc* (No. 2), [1996] 1 B.C.L.C. 572; *Buset Estate c. Buset Apartments Ltd.*, (2001) 16 B.L.R. (3d) 168 (Ont. S.C.). La jurisprudence est à l'effet que, si la divulgation n'est pas faite, le tribunal ne peut s'interroger sur la possibilité que la société aurait agi de la même manière que si elle l'avait été : *London Loans & Savings Co. of Canada c. Brickenden*, (1934) 3 D.L.R. 465, 469 (P.C.); *Creighton c. Roman*, [1960] R.C.S. 858, 809. Cependant, dans l'arrêt plus récent *Baranowski c. Binks Manufacturing Co.*, (2000) 49 C.C.E.L. (2d) 170 (Ont. S.C.), le tribunal a été très sensible au fait que les administrateurs auraient approuvé le contrat même si la divulgation avait été faite, car ils constituaient une « rubber-stamp brigade » des décisions du président.

¹⁹⁷ LCSA, précitée, note 163, art. 120(8). Le contrat n'est pas nul (LCSA, art. 16(3)), mais annulable. Voir : *Cannaday c. Sun Peaks Resort Corp.*, (1998) B.C.J. (Quick-law) n° 85 (C.A.) et la jurisprudence citée et commentée par Carol HANSELL, *op. cit.*, note 76, p. 10-10 et suiv.

¹⁹⁸ Voir : *Rhyolite Resources Inc. c. Can Quest Resource Corp.*, (1991) 50 B.L.R. 275 (B.C.S.C.); *PII Photovision International Inc. c. Thayer*, (1997) 30 B.L.R. (2d) 286 (B.C.S.C.); *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, précité, note 94. Au sujet du caractère « équitable » du contrat, voir l'arrêt *Cannaday c. Sun Peaks Resort*

La règle de common law est donc maintenue si l'administrateur ne fait pas la divulgation requise ou si le contrat n'est pas équitable pour la société.

Ajoutons à ce propos que le devoir général de l'administrateur d'agir de bonne foi dans l'intérêt de la société peut, dans certaines circonstances, lui commander de ne pas se contenter de divulguer son intérêt et de s'abstenir de voter : si le contrat n'est pas équitable pour la société, l'administrateur qui est dans une position de pouvoir et d'influence peut avoir le devoir positif d'utiliser cette position pour empêcher que le contrat soit conclu^{198a}. Par ailleurs, l'administrateur non « intéressé » au sens de l'article 120 demeure assujéti à ses devoirs généraux de l'article 122(1) et il peut être considéré comme violant ces devoirs s'il vote en faveur d'un contrat alors qu'il sait ou devrait savoir qu'il est inéquitable pour la société, surtout s'il n'est pas indépendant par rapport à l'administrateur ou le dirigeant intéressé qui la propose^{198b}.

Corp., précité, note 166, 801, où la Cour s'est inspirée du « *fairness test* » du droit américain et déclaré : « *the transaction must have the earmarks of an arm's length transaction [...]. Under all the circumstances the transaction would have recommended itself to an independent board of directors that was acting in good faith and had the best interests of the corporation in mind* ». En appel ([1998] B.C.J. n° 85, par. 32 et suiv. (C.A.)), la Cour a précisé que l'analyse du caractère équitable du contrat doit se faire en prenant en considération les faits et les circonstances entourant l'approbation du contrat ; elle a ajouté que même si le contrat n'est pas équitable, il n'est pas nul de ce fait : tout au plus est-il annulable, au choix de la société. Cet arrêt a été cité et suivi dans l'arrêt ontarien *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, précité, note 124. Dans *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, (2002) 27 B.L.R. (3d) 53, par. 187 (Ont. S.C.), conf. (2004) 42 B.L.R. (3d) 34 (Ont. C.A.) et *Catalyst Fund General Partner I Inc. c. Hollinger Inc.*, (2006) 20 B.L.R. (4th) 249, par. 33 et suiv. (Ont. S.C.), il a été jugé que la validité du contrat dépend du respect de trois conditions : la divulgation, l'approbation du conseil et le caractère juste et raisonnable du contrat.

^{198a} Voir, par analogie : *Duke Group Limited (In Liquidation) c. Pilmer*, (1999) 17 A.C.L.C. (S.C.S.A.), 1145a ; *Permanent Building Society c. McGee*, (1993) 11 ACSR 260, 289 ; *Fitzsimmons c. R.*, (1997) 3 ACSR 355, 358 ; *Re HIH Insurance Ltd.*, (2002) 41 ACSR 72.

^{198b} Voir, par analogie : *In re Emerging Communications Inc. Shareholders Litigation*, 2004 WL 1305745 (Del. Ch. Ct.).

d. Ratification par les actionnaires

Ajouté en 2001 et calqué sur la loi ontarienne, le paragraphe 120(7.1) prévoit que, si les actionnaires approuvent ou confirment le contrat par résolution spéciale, après que l'intérêt de l'administrateur ou du dirigeant leur ait été communiqué « de façon suffisamment claire pour en indiquer la nature et l'étendue¹⁹⁹ et que, si le contrat est équitable pour la société au moment de cette résolution, le contrat n'est pas annulable ni l'administrateur redevable de son profit à la société, du moment qu'il agit avec intégrité et de bonne foi et ce, même s'il ne s'est pas conformé à ses obligations de divulgation aux administrateurs. Un défaut délibéré de divulgation aux administrateurs semble *a priori* difficilement compatible avec le fait d'agir avec intégrité et de bonne foi. De plus, contrairement à la disposition ontarienne qui lui a servi de modèle, le paragraphe (7.1) ne semble pas s'appliquer au cas où l'administrateur a violé son devoir de ne pas participer au vote sur le contrat.

3. Le Code civil du Québec

En droit québécois, il n'existait, jusqu'en 1994, aucune règle précise condamnant, approuvant ou fixant des conditions aux contrats entre un administrateur et la compagnie.

À part les articles 1484 et 1706 C.c.B.C., qui interdisaient à l'administrateur de se porter acquéreur, directement ou par personne interposée, des biens qu'il est chargé de vendre²⁰⁰, aucune disposition statutaire pertinente n'existait. En l'absence de fraude, nos tribunaux ont reconnu la validité de contrats administrateur-compagnie²⁰¹.

Rien dans les lois provinciales ne permettait d'appliquer aux administrateurs de compagnies provinciales la règle de l'interdiction de voter sur des contrats dans lesquels ils étaient intéressés; le fait que diverses lois non applicables aux compagnies soumettaient

¹⁹⁹ Voir : *Kay c. Croydon Tramways Co.*, (1898) 1 Ch. 358 (C.A.); *Thiessen c. Henderson*, (1899) 1 Ch. 861 (Ch. Div.), où la divulgation fut jugée insuffisante.

²⁰⁰ Voir : *Good Loan Finance Limited c. James*, [1971] C.A. 276; *Jolicoeur c. Centrale d'Immeubles Ste-Foy Inc.*, [1966] R.C.S. 755.

²⁰¹ *Chassé & Fils Ltée c. Plante*, [1952] B.R. 233; *Pratte c. La Manufacture de Laine d'Yamachiche*, (1876) 2 Q.L.R. 65 (C.S.) (hypothèque).

les administrateurs de personnes morales à des devoirs de divulgation d'intérêt et d'abstention de voter²⁰² militait en faveur de l'inexistence de ces devoirs pour les administrateurs de compagnies.

Malgré cela, on trouve quelques décisions judiciaires québécoises qui ont qualifié de frauduleuse ou à tout le moins génératrice de recours la conduite de l'administrateur ne dévoilant pas son intérêt dans un contrat²⁰³; deux d'entre elles insistent même sur le devoir de l'administrateur intéressé de s'abstenir de voter²⁰⁴.

Les articles 325 et 326 du Code civil changent radicalement la situation. Ces dispositions sont, de l'aveu même du législateur, directement inspirées de l'article 120 LCSA.²⁰⁵

L'article 325 permet à l'administrateur d'acquérir « directement ou indirectement » des droits dans les biens de la compagnie ou de contracter avec elle (pas d'« indirectement » ici), à condition de signaler ce fait au conseil d'administration et aussi, « sauf nécessité », à condition de s'abstenir de délibérer et de voter sur la question. Cette règle ne s'applique cependant pas à la rémunération ou aux conditions de travail de l'administrateur.

La divulgation porte sur « la nature et la valeur des droits » acquis et doit être faite « aussitôt » que l'acquisition ou le contrat surviennent; elle doit être consignée au procès-verbal des délibérations du conseil d'administration. Elle s'ajoute à la divulgation plus générale relative à l'intérêt dans une autre entreprise qu'exige l'article 324 C.c.Q.

Lié à l'article 325, l'article 326 C.c.Q. prévoit un recours pour la personne morale ou un de ses membres en cas de défaut par l'administrateur de dénoncer « correctement et sans délai » une acquisition

²⁰² *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2, art. 357 et 361; *Loi sur les intermédiaires de marché*, L.R.Q., c. I-15.1, art. 75; *Loi sur les sociétés d'entraide économique*, L.R.Q., c. S-25.1, art. 77; *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4.1, art. 52.1 et 205 et suiv.; *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2, art. 106; etc.

²⁰³ *Pratte c. La Manufacture de Laine de Yamachiche*, précité, note 201; *Miller c. The Diamond Light & Heating Co. of Canada*, précité, note 36; *Ahana Mines c. Wall*, [1935] 58 B.R. 352.

²⁰⁴ *Barry c. Larocque*, (1934) 72 C.S. 70; *Lagacé c. Lagacé*, [1966] C.S. 489, 493. Voir aussi: *Cloutier c. Dion*, [1954] B.R. 595.

²⁰⁵ *Commentaires du ministre de la Justice*, *op. cit.*, note 142, p. 218 et suiv.

ou un contrat. Dans ce cas, le tribunal peut, « entre autres mesures », annuler l'acte ou ordonner à l'administrateur de rendre compte et de remettre à la personne morale le profit réalisé ou l'avantage reçu. L'action est sujette à une prescription d'un an à compter de la connaissance de l'acquisition du contrat.

Dans l'arrêt *Immeubles Dési Ltée c. Plaza D'Alma (1991) Ltée*²⁰⁶, il n'y avait pas eu consignation au procès-verbal de l'intérêt de deux des administrateurs dans un contrat. La Cour a jugé que la situation de conflit d'intérêts était, dans les faits, bien connue des administrateurs lorsqu'ils ont autorisé le contrat, et que la majorité des administrateurs qui avaient approuvé ce contrat n'avaient pas d'intérêt dans celui-ci. Elle a donc refusé d'annuler le contrat pour cause de conflit d'intérêts.

Dans l'arrêt *9000-7188 Québec inc. c. Tremblay*²⁰⁷, un administrateur n'avait pas dévoilé aux autres qu'il se faisait verser un montant supérieur à celui qu'ils recevaient pour la location de ses locaux à la compagnie. Le tribunal a ordonné qu'il remette à la compagnie la somme excédentaire, en vertu de l'article 326 C.c.Q.

Dans l'arrêt *2550-4366 Québec inc. c. GESRD inc.*²⁰⁸, un administrateur avait vendu des terrains de la compagnie à une autre compagnie lui appartenant sans en aviser les autres actionnaires. Le tribunal a annulé cette vente en vertu de l'article 326 C.c.Q.

Aucune sanction n'est donc rattachée à l'obligation de s'abstenir de voter : ce n'est que le défaut de dénonciation qui donne ouverture aux recours de l'article 326. En fait, tel que rédigé, l'article 326 mène apparemment au résultat suivant : dès que l'administrateur dévoile son intérêt dans le contrat ou l'acquisition aux autres administrateurs, ce contrat ou cette acquisition devient inattaquable, et l'administrateur peut conserver son profit ou avantage personnel et ce, même s'il a participé aux délibérations ou au vote et même si le contrat est préjudiciable pour la personne morale.

Si l'on compare le régime établi par le Code civil pour les contrats administrateur-compagnie avec celui de common law codifié

²⁰⁶ J.E. 95-1445 (C.S.) (en appel). Rapprocher de la jurisprudence de common law citée à la note 192, *supra*.

²⁰⁷ REJB 1999-15314 (C.Q.).

²⁰⁸ J.E. 2001-1248 (C.S.).

aux articles 120 et 122(1)(a) LCSA, on constate que le premier souffre apparemment de certaines lacunes :

- il n'est pas clair, dans le Code civil, si l'administrateur peut être en tout temps tenu de rendre son profit même s'il a dénoncé son intérêt et que le contrat n'est pas annulé ; nous croyons néanmoins que la règle générale relative à la remise du profit personnel, exprimée aux articles 323, 2146 et 2184, demeure entière même si l'article 326 ne peut s'appliquer ; l'article 2184, relatif à la remise des profits par le mandataire, ne joue cependant qu'à la fin du mandat et il pourrait être écarté sous prétexte que le profit réalisé grâce au contrat n'a pas été reçu « dans l'exécution de ses fonctions », mais bien en raison de sa position de cocontractant ;
- un administrateur ne devrait jamais pouvoir conserver un profit personnel sans l'autorisation des actionnaires (principe établi à l'article 323) ; cette autorisation n'est pas requise aux articles 324 et 326, dont les termes semblent au contraire exclure sa nécessité, voire sa pertinence ;
- un contrat devrait toujours être annulable s'il est préjudiciable pour la compagnie, peu importe la divulgation ou l'abstention de voter. La Loi est à cet effet, mais pas l'article 326 ;
- la règle de common law excluant les administrateurs intéressés du calcul des quorums écartée par l'article 120(7) de la loi fédérale à certaines conditions, ne l'est pas par l'article 325 : elle s'applique donc pour les administrateurs de compagnies provinciales^{208a}.

Les deux premières lacunes pourront probablement être dissuées par une interprétation judiciaire éclairée, mais la troisième nécessitera, croyons-nous, un amendement au texte statutaire. Il serait opportun que l'article 326 soit reformulé en suivant de plus près les paragraphes 120(7) et (7.1) de la loi fédérale, c'est-à-dire en tenant compte du caractère équitable du contrat pour la compagnie et de la ratification possible par les actionnaires. Quant à la quatrième lacune en attendant un rajustement statutaire, il est possible

^{208a} Voir, par analogie : *Ukrainian Cultural Heritage Village c. Lakusta*, (1983) 46 A.R. 191 (B.R.)

d'y pallier par une clause appropriée dans les règlements de la compagnie^{208b}.

Dans l'état actuel des choses, l'article 326 fait double emploi avec l'article 2146 en ce qui concerne le recours en remise de profit, mais il diffère de lui à au moins deux égards : il autorise expressément un actionnaire à intenter le recours, ce que ne fait pas l'article 2146, et il établit une prescription d'un an, alors que celle applicable à l'article 2146 est de trois ans²⁰⁹.

En ce qui concerne les administrateurs et dirigeants des sociétés fédérales, ces différences entre les articles 325 et 326 C.c.Q. et l'article 120 LCSA ne portent pas à conséquence, puisque les deux premiers ne leur sont pas applicables. Il n'y a en effet pas lieu, au sens de l'article 300 C.c.Q., de « compléter » par eux les dispositions de l'article 120, qui établissent un régime complet (encore plus complet que le leur) en matière d'intérêt dans un contrat.

Toutefois, on peut se demander si la courte prescription prévue à l'article 326 doit primer sur la prescription générale de trois ans de l'article 2925 applicable à l'article 120(8). Cela semble fort possible, compte tenu du fait que les articles 326 et 120(8) établissent le même recours.

D'autre part, les administrateurs des sociétés fédérales qui contreviennent aux dispositions de l'article 120 de façon répétée sont susceptibles de se faire interdire d'agir comme administrateurs de personnes morales par un tribunal, conformément aux articles 329 et 330 C.c.Q. : ils enfreignent en effet, au sens de ces dispositions, « les lois relatives aux personnes morales »²¹⁰.

^{208b} Lesquels peuvent régler le quorum aux réunions des administrateurs : L.c.Q. S.R.Q. C. c-38, art. 91(2)(e).

²⁰⁹ C.c.Q., art. 2925.

²¹⁰ L'arrêt *Nault c. Entreprises Forestières N.T. inc.*, J.E. 99-1057 (C.S.), a établi que les devoirs généraux énoncés à l'article 321 C.c.Q. font partie des « obligations d'administrateur » au sens de l'article 329. L'arrêt 2550-4366 *Québec inc. c. GESRD inc.*, précité, note 208, par. 135 (C.S.) a précisé que l'interdiction constitue « une mesure exceptionnelle que le tribunal doit prendre avec discernement et prudence dans des situations graves et précises », référant à l'arrêt *Lacombe c. Joseph*, J.E. 98-161 (C.S.) ; il a refusé de prononcer l'interdiction en l'absence de manquements répétés de la part des administrateurs.

F. Survie des devoirs

En common law, la règle est que les devoirs « fiduciaires » survivent à la terminaison du lien entre le fiduciaire et le bénéficiaire pendant un « délai raisonnable » d'au plus deux ans.

L'arrêt *Canadian Aero* donne un cas frappant de survie des devoirs « fiduciaires ».

Rien n'empêche les administrateurs, par contrat avec la compagnie ou par convention entre actionnaires, de s'imposer eux-mêmes des devoirs de confidentialité et de non-sollicitation des clients et du personnel de la compagnie, et de préciser la durée de ces devoirs après leur départ de la compagnie. Cette durée peut alors excéder deux ans.

En l'absence de telles clauses contractuelles, les devoirs d'honnêteté et de loyauté imposés aux administrateurs par le *Code civil du Québec* survivent-ils à leur démission ou leur destitution? Rien dans le Code civil ne l'affirme.

D'une part, l'article 1375, qui prévoit que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction », donne ouverture à la survie des devoirs. De l'autre, le fait que le devoir de loyauté du salarié, énoncé à l'article 2088, soit expressément précisé comme survivant « pendant un délai raisonnable après cessation du contrat », et qu'aucune disposition de ce genre ne caractérise les devoirs des administrateurs et des mandataires, pourrait être interprété comme un obstacle à la survie de l'obligation de loyauté, comme en common law.

J'estime, quant à moi, qu'il serait absurde de permettre aux administrateurs de se soustraire à leurs obligations en démissionnant, ce que la common law, arrêt *Canadian Aero* en tête, interdit clairement. La Cour suprême, dans l'affaire *Kuet Leong*, et la Cour d'appel, dans l'affaire *Excelsior*, toutes deux citées plus avant, ont expressément reconnu la survie de l'obligation de loyauté après la rupture des contrats de travail ou du mandat; les termes utilisés dans le nouveau Code civil ne devraient pas les faire changer d'idée²¹¹.

²¹¹ Voir: *Sextant Communications Inc. c. Couture*, précité, note 155, pour une confirmation de ceci. Dans *Publications Vivre dans les Laurentides c. Lalonde*, J.E.

La règle de common law devrait être reconnue comme implicite dans les nouvelles dispositions du Code civil.

G. Les dirigeants

Nous avons vu que la LCSA impose aux dirigeants les mêmes devoirs de loyauté qu'aux administrateurs : les articles 120 et 122(1) s'appliquent en effet tant aux premiers qu'aux seconds. En ce sens, la Loi va plus loin que l'arrêt *Canadian Aero*, qui avait déclaré les devoirs « fiduciaires » relatifs à l'usurpation d'une occasion d'affaires applicables aux « fonctionnaires » supérieurs d'une société. La notion de « dirigeant », telle que définie à l'article 2 (1) de la loi, englobe tous les dirigeants, « supérieurs » ou non.

Par ailleurs, la common law a étendu aux « employés-clés » (« *key employees* ») en position de contrôle et de confiance les mêmes devoirs fiduciaires, de manière à leur interdire, même après la fin de leur emploi, de solliciter les clients et le personnel de leur ex-employeur.

Au Québec, nous avons vu qu'avant 1994 les tribunaux ont appliqué les devoirs « fiduciaires » de common law aux dirigeants et employés de compagnies, d'abord comme implicitement compris dans leurs devoirs de mandataires en vertu de l'article 1710 C.c.B.C., puis, après l'arrêt *Kuet Leong*, comme découlant implicitement de la confiance que leur faisait l'employeur ou le mandant en leur donnant des responsabilités. Depuis 1994, le *Code civil du Québec* impose expressément des devoirs de loyauté (qu'il n'est plus nécessaire d'identifier aux devoirs « fiduciaires » de common law) aux dirigeants et aux employés, dont l'intensité et les modalités varient en fonction de la nature de leur lien juridique avec la compagnie : s'ils sont chargés de représenter la compagnie dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, ils sont soumis aux devoirs de loyauté du mandataire²¹² ; s'ils sont chargés d'administrer des biens de la compagnie, ils sont soumis aux devoirs d'un administrateur du bien d'autrui²¹³ ; s'ils se contentent d'effectuer, moyennant

97-2154 (C.S.), la Cour a sans hésiter appliqué la notion du « délai raisonnable » (en l'occurrence 8 mois) aux devoirs de loyauté des articles 322 et 324 ; toutefois, l'article 2088 était lui aussi applicable.

²¹² C.c.Q., art. 2130, 2138, 2143, 2146, 2147 et 2184.

²¹³ *Id.*, art. 1299, 1309-1314, 1317 et 1366.

rémunération, un travail sous la direction ou le contrôle de la compagnie, ils sont soumis aux devoirs de loyauté du salarié²¹⁴, sans distinction entre les « employés-clés » et les autres.

Les « dirigeants » des sociétés fédérales, selon leurs fonctions, peuvent être visés par les uns ou les autres de ces devoirs, sans que cela ne réduise ou ne hausse leurs devoirs de divulgation d'intérêt en vertu de l'article 120 (qui excèdent ceux des mandataires et salariés et rejoignent ceux des administrateurs du bien d'autrui), ou de loyauté en vertu de l'article 122(1).

En fait, le devoir de loyauté du dirigeant d'une société fédérale est plus élevé que celui d'un mandataire ou d'un administrateur du bien d'autrui, en ce qu'en l'absence de dénonciation d'intérêt il ne peut être autorisé à conserver son profit sur un contrat avec la société que par une résolution spéciale des actionnaires²¹⁵, alors que les deux autres peuvent se contenter d'une résolution des administrateurs de la personne morale mandante²¹⁶ ou bénéficiaire²¹⁷.

Par ailleurs, le devoir de loyauté de l'employé, par opposition au « devoir fiduciaire » de l'employé clé en common law, n'est pas balisé par le *Code civil du Québec*. L'article 2088 se contente d'énoncer que le salarié « doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail » et que ces devoirs « survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat ». Très fréquemment invoqué et sanctionné par les tribunaux depuis 1994²¹⁸, le

²¹⁴ *Id.*, art. 2085 et 2088.

²¹⁵ LCSA, précitée, note 163, art. 120(7.1).

²¹⁶ C.c.Q., art. 2146.

²¹⁷ *Id.*, art. 1312, 1314 et 1366.

²¹⁸ *Compagnie d'assurance Standard Life c. Rouleau*, [1995] R.J.Q. 1407; *L'Improthèque c. St. Gelais*, [1995] R.J.Q. 2469 (C.S.); *Oxygène Boucherville inc. c. Pépín*, [1996] R.R.A. 907 (C.Q.); *Panocontrôle inc. c. Hébert*, J.E. 96-1790 (C.S.); *Services d'entretien Serca c. Choquette*, J.E. 96-1239 (C.S.); *A. D. Bernier inc. c. Véronneau*, J.E. 97-83 (C.S.); *Ecolab ltée c. Robert*, J.E. 97-373 (C.S.); *Laboratoires Constant inc. c. Beauchamp*, J.E. 97-2170 (C.A.); *Publications Vivre dans les Laurentides inc. c. Lalonde*, J.E. 97-2154 (C.S.); *Aide à l'autonomie physique et professionnelle inc. c. Gagné*, J.E. 98-1980 (C.S.); *Aloette Cosmétiques de Québec inc. c. Corbeil*, J.E. 98-426 (C.S.); *Insta-Plan inc. c. Hébert*, J.E. 98-2412 (C.S.); *Jean-Jacques Verreault et Associés inc. c. Larrivée*, J.E. 98-1979 (C.S.); *Tévica inc. c. Joubert*, REJB 1998-09228 (C.S.); *Wittenborg A/S c. Unibrew inc.*,

devoir de loyauté de l'employé est interprété à la lumière de la jurisprudence de common law et de l'arrêt *Kuet Leong*, c'est-à-dire en lui donnant une intensité et une durée croissant avec l'importance des fonctions occupées ; il donne ouverture, en cas de violation, aux recours ordinaires en vertu de l'article 1590 C.c.Q., soit le recours en dommages et l'injonction mais non, comme ceux du mandataire de l'administrateur du bien d'autrui ou de l'administrateur de personne morale²¹⁹, à la remise du profit inspirée des devoirs « fiduciaires » de common law. Cela n'a toutefois pas empêché un tribunal québécois d'ordonner la remise du profit réalisé par un employé à la suite d'un détournement de clients, dans l'arrêt *L.N.S. Systems Inc. c. Allard*²²⁰, en invoquant la jurisprudence pré-1994 dont les arrêts *Canadian Aero* et *Kuet Leong*. Il faut dire que l'employé en question, un directeur du marketing international, agissait comme mandataire de la compagnie auprès des tiers avec lesquels il transigeait, car il était autorisé à négocier des contrats. C'est donc en sa qualité de mandataire plutôt que de salarié qu'il pouvait être tenu de remettre ses profits.

H. Défense de bonne foi

La common law enseigne que la bonne ou la mauvaise foi du fiduciaire n'entrent pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il a violé son obligation fiduciaire : il n'est pas nécessaire de prouver sa mauvaise foi et, quant à lui, il ne peut alléguer qu'il était

REJB 1998-09994 (C.S.) ; *Beaulieu, Gagné, Chiasson inc. c. Gauvreau*, J.E. 99-1530 (C.S.) ; *Entreprise J'Ose ltée c. Turcotte*, REJB 1999-15319 ; *Groupe conseil G.C.T.S. inc. c. Mission Environnement inc.*, J.E. 99-1429 (C.S.) ; *Laboratoire Rive-Sud inc. c. Rodriguez*, J.E. 99-407 (C.S.) ; *R.P.I. Informatique inc. c. Haddad*, J.E. 99-1569 (C.S.) ; *Spécialités industrielles Sherbrooke inc. c. Aubé*, REJB 1999-15320 (C.S.) ; *Transpotech Consultant inc. c. Rossignol*, J.E. 99-359 (C.S.) ; *D'Astous c. Sesno*, REJB 2000-22668 (C.Q. Ch. civ.) ; *Laliberté & Associés inc. c. Soeurs de Ste-Jeanne-d'Arc*, J.E. 2000-81 (C.S.) ; *Métrivis ltée c. Capano*, J.E. 2000-2093 (C.S.) ; *Thermo AES Canada Inc. c. Dubois*, REJB 2000-17668 (C.S.) ; *2552-5577 Québec inc. c. Stevens*, J.E. 2001-983 ; *Réfrigération Protec inc. c. Lewis*, REJB 2001-22788 (C.S.) ; *L.N.S. Systems inc. c. Allard*, précité, note 75 ; *Équipement L.C.G. Inc. c. Hébert*, J.E. 2001-2193 (C.S.) ; *Armanious c. Datex Bar Code Systems Inc.*, J.E. 2001-2159 (C.A.) ; *DK-Spec inc. c. Bouchard*, J.E. 2005-2247 (C.S.) ; *9102-8837 Québec inc. c. Simard*, J.E. 2005-1881 (C.S.) ; *Pro-Quai inc. c. Tanguay*, J.E. 2006-138 (C.A.).

²¹⁹ C.c.Q., art. 2146 et 2184 (mandataire), 1386 (administrateur du bien d'autrui) et 326, 2146 et 2184 (administrateur de personne morale).

²²⁰ Précité, note 75.

de bonne foi pour justifier le fait qu'il n'a pas agi au mieux des intérêts du bénéficiaire.

L'article 123(5) LCSA apporte apparemment une réserve à cette règle, en édictant que :

L'administrateur s'est acquitté de ses devoirs imposés en vertu du paragraphe 122(1) s'il s'appuie de bonne foi sur :

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

b) les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations.

Cette disposition qui, remarquons-le, ne s'applique qu'aux administrateurs et non aux dirigeants, permet à l'administrateur d'alléguer, en défense à une accusation qu'il a violé ses devoirs envers la société, de plaider qu'il s'est fié de bonne foi à des états financiers ou sur le rapport d'un expert. Il est facile de voir comment cette défense peut s'appliquer aux devoirs de prudence en vertu de l'article 122(1)(b), mais moins en ce qui a trait aux devoirs de loyauté. Les états financiers et les renseignements qu'ils contiennent ne peuvent pas justifier un détournement d'une occasion d'affaires ou un profit tiré d'un conflit d'intérêts. Le rapport d'un expert non plus, sauf peut-être à la limite l'opinion d'un avocat ou d'un notaire affirmant la légalité de ce détournement ou profit.

C'est pourquoi on peut douter de l'efficacité et même de la pertinence de la défense de l'article 123(5) relativement aux devoirs de loyauté de l'article 122(1)(a).

Le Code civil ne renferme pas de disposition similaire, ou à l'effet contraire. Il ne modifie en rien le régime de protection (*a priori* passablement illusoire) qu'offre l'article 123(5) aux administrateurs des sociétés par actions fédérales auxquels on reproche un manquement à leurs devoirs de loyauté.

I. Indemnisation

L'article 124(3)(a) LCSA interdit à la société d'indemniser un administrateur ou un dirigeant de ses frais et dépenses entraînés par la tenue d'une enquête ou des poursuites dans lesquelles il est impliqué à ce titre, s'il n'a pas « agi avec intégrité et de bonne foi au

mieux des intérêts de la société», donc s'il a manqué à ses devoirs de loyauté en vertu de l'article 122(1)(a). Il s'agit là d'une sanction additionnelle à ces devoirs.

Même la ratification prévue au paragraphe 120(7.1) d'un contrat dans lequel l'administrateur ou dirigeant est intéressé par résolution spéciale des actionnaires peut ne pas mitiger cette sanction, car elle n'a d'effet curatif qu'à l'égard de l'administrateur ou dirigeant «qui agit avec intégrité et de bonne foi», et seulement lorsque le contrat est équitable pour la société.

Le Code civil ne modifie pas cette règle, car son article 2154 énonce que «le mandant est tenu d'indemniser le mandataire qui n'a commis aucune faute, du préjudice que ce dernier a subi en raison de l'exécution du mandat». Or, le fait pour l'administrateur ou le dirigeant de manquer à son devoir de loyauté en vertu des articles 322 ou 2138 constitue à n'en pas douter une «faute» au sens de l'article 2154.

J. Recours pour oppression et devoirs «fiduciaires»

La violation des devoirs «fiduciaires» des administrateurs des sociétés fédérales peut donner ouverture, outre au recours en annulation de contrat et en remise de profit de l'article 120(8), au «recours pour oppression» de l'article 241 LCSA.

«Where a breach of fiduciary duty has occurred, the test for oppression has also been met» a dit le tribunal dans l'arrêt *Classic Organ Co. c. Artisan Organ Ltd.*²²¹ Il est arrivé fréquemment que le recours soit accordé à l'endroit d'administrateurs qui agissaient dans l'intérêt des actionnaires qu'ils étaient ou représentaient, au détriment de celui de la société et du plaignant²²². À l'inverse, comme

²²¹ [1997] O.J. (Quicklaw) n° 2161 (Gen. Div.), par. 29.

²²² Voir : *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada*, précité, note 81 ; *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, précité, note 81, 171 et suiv. ; *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. c. Meyer*, [1959] A.C. 324, 367 ; *Starcom International Optics Corporation c. Macdonald*, [1994] B.C.J. (Quicklaw) n° 548 (S.C.) ; *SCI Systems Inc. c. Gornitzki Thompson & Little Co.*, (1997) 147 D.L.R. (4th) 300 (Ont. Gen. Div.) ; *McFadden c. 481782 Ontario Ltd.*, (1984) 47 O.R. (2d) 134 (H.C.) ; *PCM Construction Control Consultants Ltd. c. Heeger*, (1989) W.W.R. 598 (Alta. Q.B.) ; *Calmont Leasing Ltd. c. Kredl*, (1993) 7 W.W.R. 428 (Alta. Q.B.), conf. (1995) 8 W.W.R. 179 (Alta. C.A.) ; *Re Petersen and Kanata Investment Ltd.*, (1975) 60

je l'ai dit plus avant²²³, le fait que les administrateurs remplissent leurs devoirs « fiduciaires » envers la société ne garantit pas que leurs actes ne seront pas attaqués par le biais du « recours pour oppression ». Si ces actes sont injustes envers un « plaignant », celui-ci bénéficiera du recours pour redresser cette injustice.

Le Code civil n'a aucune incidence en cette matière.

K. Code civil du Québec vs common law

La doctrine québécoise aspirait, avant 1994, à donner à l'obligation de loyauté un fondement civiliste plutôt que de s'en remettre aux « devoirs fiduciaires » de common law²²⁴. Nous avons vu que, jusqu'en 1989, ce fondement, plutôt boiteux, était les articles 1710 et 1713 C.c.B.C. établissant les devoirs du mandataire. En 1989, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Kuet Leong*, a libéré l'obligation de loyauté de ce carcan du mandat, en déclarant qu'une obligation générale de bonne foi et de loyauté faisait partie intégrante du droit civil québécois, indépendamment du lien mandat-mandataire. On pouvait dorénavant parler d'un devoir de loyauté particulier au

D.L.R. (3d) 527 (B.C.S.C.); *Redekop c. Robco Construction Ltd.*, (1978) 7 B.C.L.R. 268, (1978) 5 B.L.R. 58, (1978) 89 D.L.R. (3d) 507 (S.C.); *First Edmonton Place Limited c. 315888 Alberta Ltd.*, (1988) 60 Alta. L.R. (2d) 122, 147; *400280 Alberta Ltd. c. Franko's Heating & Air Conditioning (1992) Ltd.*, (1995) 4 W.W.R. 558 (Alta. Q.B.); *Neri c. Finch Hardware (1976) Ltd.*, (1995) 20 B.L.R. (2d) 216 (Ont. Ct.) (occasion d'affaires usurpée); *Woodley c. Edwards*, (2002) 32 B.L.R. (3d) 155 (Ont. S.C.) (occasion d'affaires détournée).

²²³ *Supra*, p. 185.

²²⁴ James SMITH, « Liability of Corporate Executives for Illegal Profits in the Company Law of the Province of Québec », (1973) 33 *R. du B.* 253; « Le statut juridique de l'administrateur et de l'officier au Québec », (1972-73) 75 *R. du N.* 530; « Transactions Involving Conflicts of Interest in the Company Law of the Province of Québec », (1972-73) 75 *R. du N.* 293; « Duties and Powers of Promoters in the Company Law of the Province of Québec » (1973-74) 76 *R. du N.* 207 et 269; « The Duties of Care and Skill of Corporate Executives in the Company Law of the Province of Québec » (1974) 34 *R. du B.* 464; *Corporate Executives in Québec*, Centre d'édition juridique (CEJ), 1978; Louise-Hélène RICHARD, « L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : une approche extra-contractuelle », (1990) 50 *R. du B.* 925; « Le devoir d'indemnisation de la compagnie québécoise : réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire », (1988) 48 *R. du B.* 785; Robert CHARLTON, « The Unwritten Obligations of a "Key Employee to a Former Employer" », dans *Relations avec les employés possédant des informations confidentielles*, Toronto, Canadian Institute, 1987, p. B1.

droit civil, qui se distinguait, tout en leur ressemblant, des devoirs « fiduciaires » de common law.

En 1994, le Code civil du Québec a officiellement consacré l'existence du devoir de loyauté et codifié ses caractéristiques et sa portée. Aux articles 1309 et suivants, il impose à l'administrateur du bien d'autrui, qui correspond davantage au « *trustee* » de common law que le fiduciaire ou le mandataire du *Code civil du Bas Canada*, ce devoir de loyauté.

Le ministre de la Justice a expliqué que « le devoir de loyauté, sans être imposé expressément par les textes, se déduisait néanmoins de l'obligation faite aux administrateurs de ne pas se placer dans une situation de conflit d'intérêts et d'agir en bon père de famille »²²⁵. Les manifestations de ce devoir énoncé en termes généraux à l'article 1309 consistent à éviter les conflits d'intérêts (art. 1310), dénoncer ses intérêts au bénéficiaire (art. 1311), ne pas acquérir les biens administrés sans l'autorisation du bénéficiaire (art. 1312), ne pas confondre les biens administrés avec les siens (art. 1313) et ne pas utiliser à son profit le bien administré ou l'information obtenue sans l'autorisation du bénéficiaire (art. 1314) et remettre ses profits au bénéficiaire (art. 1366).

On reconnaît là les mêmes principes que ceux des devoirs fiduciaires de common law. L'influence de la common law, bien que non avouée, est évidente.

Les devoirs de loyauté de l'administrateur de personne morale, aux articles 322 et suivants, constituent une reprise et une adaptation des devoirs de loyauté de l'administrateur du bien d'autrui²²⁶. Ces devoirs sont complétés par les devoirs de loyauté du mandataire²²⁷ décrits aux articles 2138 et suivants, car l'article 321 énonce que l'administrateur « est considéré comme mandataire de la per-

²²⁵ *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, note 142, p. 786.

²²⁶ *Id.*, p. 216.

²²⁷ Et non ceux de l'administrateur du bien d'autrui, en raison de l'exclusion établie à l'article 1299. « Certes, l'administrateur d'une personne morale ne peut, en raison des liens étroits qui l'unissent à la personne morale, être traité comme un administrateur du bien d'autrui... » : *Commentaires du ministre de la Justice, op. cit.*, note 142, p. 202. Voir toutefois : Caroline PRATTE, « Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du C.c.Q. », (1994) 38 *R.D. McGill* 1, qui souhaiterait appliquer aux administrateurs de personnes morales les obligations de l'administrateur du bien d'autrui.

sonne morale ». Les devoirs du mandataire correspondent eux aussi, pour l'essentiel, à ceux de l'administrateur du bien d'autrui.

Les devoirs de loyauté ont donc maintenant une assise précise dans le *Code civil du Québec*. Reste-t-il une place pour les devoirs « fiduciaires » de common law dans le droit québécois ?

Un auteur semble allergique à cette idée.

À notre avis, et avec beaucoup d'égards, l'obligation de loyauté et de fidélité des administrateurs de personnes morales va s'élaborer et prendre son ampleur naturelle en fonction des hauts principes de moralité et d'éthique rétablis dans notre droit par la Cour suprême et la Cour d'appel, dans le respect des principes fondamentaux du droit civil et voilà pourquoi nous ne pouvons partager le pessimisme ni les interrogations de certains commentateurs qui en sont encore à l'application de l'obligation fiduciaire aux administrateurs.²²⁸

Un autre, sans exclure complètement les sources de common law, suggère de se tourner plutôt vers le droit communautaire européen.

La notion de pouvoir de nature privée ne résulte pas d'un emprunt au droit anglais. La théorie du pouvoir en droit civil ne peut pas être liée au développement historique de la relation fiduciaire du droit anglais qui caractérise le rapport entre la corporation et ses dirigeants. Néanmoins, tant la théorie du pouvoir civil que la relation fiduciaire du droit anglais découlent d'une relation de confiance. Elles sont caractérisées par la confiance que le bénéficiaire place en la personne de l'administrateur du bien d'autrui ou du fiduciaire de droit anglais et par la prédominance que ceux-ci manifestent sur le bénéficiaire.

Certains pourraient craindre la redéfinition du cadre conceptuel de la société par actions au sein du droit civil ainsi que le renvoi aux sources civilistes européennes au détriment des sources issues du droit anglais telles qu'étudiées dans les juridictions nord-américaines.

Cependant, les réticences que l'on peut faire valoir à l'encontre de l'orientation prise par le C.c.Q. paraissent dépassées [...].

Cependant, malgré cette nouvelle orientation, on ressent toujours au Québec un besoin de vouloir garder le droit de la société par actions dans son état actuel. La conception étroite de la personnalité morale par le recours à la fiction et le renvoi au mandat pour qualifier l'administrateur de la personne morale en sont deux exemples frappants. Il en va de même du recours au contrat pour qualifier le rapport entre la personne

²²⁸ Y. LAUZON, loc. cit., note 29, 217.

morale et ses membres; cette approche conservatrice rappelle la notion de volonté contractuelle qui a été écartée en droit civil français par le recours à la notion d'organe, elle-même codifiée dans le C.c.Q.

*La réforme du C.c.Q. semble précéder volontairement celle tant attendue de la L.c.Q. Ayant replacé l'étude du droit de la société par actions au sein du droit civil, il pourra s'avérer fort utile pour l'avenir de se tourner vers le droit communautaire européen et le droit national de ses États membres plutôt que de s'inspirer uniquement des juridictions nord-américaines modelées sur le droit anglais.*²²⁹

J'ai, quant à moi, déjà exprimé ma nette sympathie à l'endroit du maintien d'une ouverture à la jurisprudence de common law en matière de devoirs de loyauté²³⁰.

Il est certain que, depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, les tribunaux québécois ne peuvent plus justifier l'importation dans le droit québécois des devoirs « fiduciaires » de common law sous prétexte du silence de la Loi.

Le préambule du Code civil énonce :

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger.

Les devoirs de loyauté sont énoncés en termes exprès par la lettre du Code civil. Le droit commun en cette matière est donc clairement établi par le Code civil, et non par la common law.

La volonté du législateur québécois de faire du Code civil le droit supplétif en matière de droit des personnes morales apparaît clairement à l'article 300 C.c.Q., qui se lit :

Les personnes morales [...] de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

²²⁹ C. PRATTE, *loc. cit.* note 227, 56 et suiv.

²³⁰ Voir : Paul MARTEL, « Les personnes morales », dans *La réforme du Code civil*, vol. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 216 et suiv. ; « La loyauté et la bonne foi des dirigeants des compagnies au Québec : l'éthique et l'équité gagnent du terrain », dans *La morale et le droit des affaires*, *op. cit.*, note 29, p. 97, à la page 137 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 28, par. 23-94.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent Code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec d'autres personnes.

Dans le cas des compagnies régies par la *Loi sur les compagnies*, il faut donc s'en remettre d'abord à cette loi et aux autres lois applicables à ces compagnies, telles la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, la *Loi sur la liquidation des compagnies* et la *Loi sur les valeurs mobilières*. Si ces lois ne permettent pas de solutionner la question posée, il faut ensuite chercher la réponse dans le *Code civil du Québec*, pour compléter ces lois.

Pour ce qui a trait aux « devoirs fiduciaires » des administrateurs et dirigeants des compagnies provinciales, la *Loi sur les compagnies* et les autres lois applicables sont totalement muettes, sauf pour l'article 123.83 de la première de ces lois qui énonce que les administrateurs et dirigeants sont des mandataires de la compagnie. Pour les administrateurs, il faut compléter les lois susmentionnées par les articles 321 à 326 et 2130 et suivants du Code civil ; pour les dirigeants, ce sont les articles 2130 et suivants qui sont applicables.

Or, les articles 321 à 326, de droit nouveau, codifient sommairement la plupart des aspects des devoirs fiduciaires de common law. On constate que l'article 322 reprend presque mot à mot l'article 122(1)(a) LCSA qui, comme on l'a dit, réfère à la jurisprudence de common law, et que les articles 324 à 326 sont inspirés de l'article 120 de cette loi, tandis que l'article 323 codifie directement des principes de common law en matière de devoirs fiduciaires.

Est-il permis, pour mieux appliquer les articles 322 et 323, de puiser dans la jurisprudence de common law qu'ils codifient indirectement et directement ? Est-il permis, pour mieux appliquer les articles 324 à 326, de s'inspirer de la jurisprudence de common law relative à l'article 120 de la loi fédérale ?

Il serait contre-productif de priver nos tribunaux d'une source aussi riche et précieuse et de les forcer à réinventer une roue que leurs confrères de common law ont mis plus d'un siècle à concevoir et raffiner. Les devoirs « fiduciaires » de common law et les devoirs de loyauté du Code civil ont non seulement le même fondement de principe, les seconds sont fraîchement et franchement inspirés des

premiers, en ce qui concerne les administrateurs de personnes morales, de même d'ailleurs que les administrateurs de bien d'autrui.

En common law, les devoirs fiduciaires prennent une ampleur croissante et sont jugés viser toutes sortes de relations juridiques. Au Québec, le législateur a choisi, malgré la porte qu'avait ouverte l'arrêt *Kuet Leong*, de restreindre les devoirs de loyauté à un nombre déterminé de relations juridiques et, en conséquence, c'est avec raison que la Cour d'appel du Québec a refusé, dans l'arrêt *Proviso Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*²³¹, d'étendre ces devoirs à un franchiseur à l'endroit de ses franchisés, préférant s'en remettre au devoir général de bonne foi dans l'exécution des contrats.

*L'éventuelle responsabilité de l'appelante ne saurait, en second lieu, être fondée sur une prétendue obligation fiduciaire (« fiduciary relationship ») de la common law. Pour intéressante que puisse être cette théorie de la common law analysée par la Cour suprême [...], elle n'a, comme dans bien d'autres domaines [...], aucune pertinence en droit civil. Il faut donc savoir gré à la juge de la Cour supérieure de l'avoir résolument écartée au profit de l'obligation de bonne foi et de loyauté du droit civil dans l'exécution des engagements.*²³²

Cependant, lorsque le législateur a délibérément entrepris de codifier les devoirs fiduciaires (ou, pour les puristes, de codifier des devoirs de loyauté calqués sur les devoirs fiduciaires) à l'égard de certains acteurs, tels les administrateurs de personnes morales, une telle réticence ne se justifie pas. Il ne s'agit pas ici de rendre applicables aux administrateurs des devoirs étrangers au Code civil, mais bien de leur appliquer des devoirs que le Code civil leur impose expressément. Dans de telles circonstances, la jurisprudence de common law devrait pouvoir être consultée, non pas pour contredire le Code civil, mais pour le compléter s'il est silencieux et si la jurisprudence québécoise ne comble pas ce silence.

Dans l'arrêt *Baxter Biotech Electronics Ltd.*²³³, une affaire impliquant des administrateurs ayant lésé des actionnaires d'une

²³¹ [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

²³² *Id.*, 58.

²³³ (1998) R.J.Q. 430 (C.A.). Dans l'arrêt *Fenêtres St-Jean inc. c. Banque Nationale du Canada*, (1990) R.J.Q. 632 (C.A.), le juge Baudouin avait reconnu « une incontestable autorité morale » à un précédent de common law traçant des règles analogues, mais pas nécessairement identiques, à celles applicables au Québec.

compagnie, la Cour d'appel n'a pas hésité à consulter la jurisprudence de common law :

Common law authorities must, of course, be examined with care on a question of Quebec civil law, and thus can only be relied upon where the principles of law are the same [...].

Given the dearth of Quebec jurisprudence on the proper application of the principle in cases of misrepresentation or concealment in securities transactions, I believe common law cases can usefully be consulted on the question.²³⁴

Elle a, par ailleurs, fait référence à l'arrêt de common law *Hodgkinson c. Simms*²³⁵, dans l'arrêt *Entreprises J.J.P. inc. c. Guertin*²³⁶, pour conclure à l'absence d'« obligation de fiduciaire » d'un dirigeant de compagnie.

Deux jugements de la Cour supérieure en matière de fiducie²³⁷ ont appliqué la jurisprudence de common law à l'obligation du fiduciaire, parce que la fiducie du Code civil était d'inspiration de common law et en raison des arrêts *Kuet Leong* et *Excelsior*.

Un très récent jugement de la Cour supérieure traitant des pouvoirs généraux d'intervention judiciaire en droit des compagnies fait appel à la théorie de l'attente légitime des actionnaires de common law, « indépendamment de la présence ou de l'absence d'un texte semblable à ceux que l'on retrouve aux articles 234 [lire 241] et suivants de la L.c.s.a. »²³⁸.

Il y a au moins deux avantages pratiques à résister à la tentation de l'isolationnisme juridique en matière de devoirs de loyauté des administrateurs. Tout d'abord, la jurisprudence en cette matière (comme d'ailleurs, généralement, en droit des compagnies) est et continuera vraisemblablement d'être beaucoup plus abondante dans les provinces de common law qu'au Québec et constitue une précieuse mine d'information dont il serait dommage pour nos tribunaux d'avoir à se priver. En second lieu, il est commercialement sain et préférable que les administrateurs des compagnies soient

²³⁴ *Id.*, 444.

²³⁵ [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 561 (C.A.).

²³⁶ Précité, note 9.

²³⁷ *Katz c. Naimer*, J.E. 98-1742 (C.S.); *Bastien c. Bastien*, J.E. 99-1544 (C.S.).

²³⁸ *Laurent c. Buanderie Villeray Limitée*, J.E. 2002-3 (C.S.), par. 21 (J. Lévesque).

soumis à un régime de devoirs le plus homogène possible tant à l'intérieur de la province (les sociétés par actions fédérales coexistent avec les compagnies provinciales) qu'à l'intérieur du Canada. Pour ne donner qu'un exemple, dans le domaine très important des fusions et acquisitions, les administrateurs des compagnies provinciales et des sociétés fédérales ayant fait appel au public qui font l'objet d'offres publiques d'achat modèlent leur conduite sur celle des administrateurs des sociétés des autres provinces et s'efforcent de maximiser la valeur des actions des actionnaires, tel que commandé par la jurisprudence de common law, fortement influencée par celle des États-Unis. Ils seraient décontenancés et désorientés si les tribunaux québécois s'interdisaient de s'inspirer de cette jurisprudence pour leur imposer des devoirs différents, fondés sur une interprétation stricte de l'article 322 C.c.Q.

Pour ce qui a trait aux administrateurs des sociétés par actions fédérales, l'exposé qui précède est tout à fait pertinent. Le régime qui leur est applicable, en vertu de l'article 300 C.c.Q., est d'abord celui établi par la LCSA, puis, s'il y a lieu de le compléter, celui du Code civil²³⁹. Or, les articles 120 et 122 de cette loi soumettent expressément les administrateurs et les dirigeants à des devoirs de loyauté. L'article 120, complet et détaillé, ne peut être « complété » par les articles 325 et 326, plus sommaires et de toute manière calqués sur lui. L'article 122(1), par contre, se borne à établir l'existence d'un devoir général de loyauté pour les administrateurs et dirigeants, sans nullement le décrire ou le définir. On sait que le but du législateur fédéral était d'ouvrir la porte en cette matière aux devoirs « fiduciaires » de common law. Avant l'adoption du *Code civil du Québec*, il n'était pas possible de trouver en droit québécois de régime susceptible de concurrencer ou de supplanter celui des devoirs « fiduciaires ». Non seulement ce dernier régime faisait-il autorité en droit des compagnies québécoises, mais en plus personne ne pouvait être sûr qu'il ne constituait pas lui-même le régime supplétif pour les sociétés fédérales. Depuis 1994, le Code civil établit un régime de devoirs de loyauté pour les administrateurs et mandataires des personnes morales, et il fait expressément de ce régime le

²³⁹ Au sujet du rôle supplétif du Code civil, voir également : *Nadeau c. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.); *Westburne c. American Home Assurance Co.*, 2000 Carswell Que 190 (C.S.); *Grace c. Martineau, Provencher & Associés ltée*, [2001] R.J.Q. 2414 à 2448 (C.A.), par. 262 (j. Philippon, dissident); C. PRATTE, *loc. cit.*, note 227.

droit supplétif pour toutes les personnes morales. Cela signifie donc que le régime des devoirs de loyauté tel qu'établi par le Code civil doit s'appliquer aux administrateurs et dirigeants des sociétés par actions fédérales, et non celui des devoirs « fiduciaires » de common law.

Les nouveaux articles 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation fédérale*²⁴⁰, tels qu'adoptés en 2001²⁴¹, confirment ceci. Ils se lisent :

8.1 *Le droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droit s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.*

8.2 *Sauf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.*

Toutefois, étant donné que les devoirs de loyauté du Code civil reproduisent quasi intégralement les devoirs « fiduciaires » de common law, leur application aux administrateurs et dirigeants des sociétés fédérales au Québec ne les soumet pas à un régime différent sensiblement de celui en vigueur dans les autres provinces. Si, à l'avenir, les tribunaux québécois continuent de s'inspirer, ce qu'ils peuvent choisir de faire comme nous venons de le voir, de la jurisprudence de common law, aucun écart ne se creusera entre les deux régimes.

L. Devoirs de loyauté vs devoirs « fiduciaires »

Pour mieux apprécier la correspondance entre les devoirs de loyauté du Code civil et les devoirs « fiduciaires » de common law, il convient maintenant de les mettre en parallèle, à la lumière de l'étude faite ci-devant, et en prenant pour point de départ l'exposé fait à la section I des grands principes des devoirs « fiduciaires ».

²⁴⁰ L.R.C. (1985), c. I-21.

²⁴¹ L.C. 2001, c. 4, art. 8.

- 1° La personne en position « fiduciaire » (en l'occurrence, l'administrateur ou le dirigeant) doit « agir de bonne foi au mieux des intérêts du bénéficiaire » (la société) pour tout ce qui est relié à son rôle.

Ce principe de base, exprimé à l'article 122(1)(a) LCSA a son pendant aux articles 322 et 2138 du Code civil, qui s'appliquent respectivement aux administrateurs et aux dirigeants de la société, dans la mesure où ces derniers jouent un rôle de mandataires.

La différence de terminologie (« avec intégrité et de bonne foi » à l'article 122(1)(a), et « avec honnêteté et loyauté » aux articles 322 et 2138) ne porte pas à conséquence, car ces dispositions visent la même réalité et poursuivent le même but. Il serait préférable, toutefois, que la version française de l'article 122(1)(a) soit harmonisée avec le Code civil pour mieux souligner cette convergence.

- 2° Cela signifie que le fiduciaire a l'obligation de faire en sorte que ses intérêts n'entrent pas en conflit avec ceux du bénéficiaire.

Ce principe de base est lui aussi expressément énoncé aux articles 324 et 2138 C.c.Q.

- 3° En particulier, le fiduciaire ne peut *contracter ou s'engager avec le bénéficiaire*, ni détenir un intérêt personnel direct ou indirect dans ces contrats et engagements, sous peine de nullité de ces contrats ou engagements, à moins que le bénéficiaire n'y consente expressément, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue.

Les articles 325 et 326 C.c.Q. comportent certaines lacunes par rapport à l'article 120 LCSA, dont ils sont le reflet, mais cela n'a aucune importance puisqu'ils ne s'appliquent pas aux administrateurs ou aux dirigeants des sociétés fédérales. Même remarque pour l'article 2147 par rapport aux dirigeants.

- 4° Cela signifie aussi que le fiduciaire ne peut réaliser aucun *gain personnel*, direct ou indirect, du fait de sa position. Tout profit ou gain personnel qu'il réalise appartient au bénéficiaire et doit lui être remis, sauf si le bénéficiaire l'autorise à le conserver, en pleine connaissance de tous les faits et sans influence indue.

Le principe général de la reddition de compte et de la remise des gains personnels est exprimé à l'article 2184 C.c.Q., qui s'applique

à tous les mandataires de la compagnie, administrateurs ou non, mais à la fin du mandat seulement.

Celui de l'interdiction de réaliser un profit direct ou indirect sans le consentement de la compagnie, est énoncé aux articles 323 (pour l'administrateur) et 2146 C.c.Q. (pour le mandataire, incluant l'administrateur). Ces deux dispositions traitent de profit réalisé grâce à l'utilisation des biens de la compagnie ou de l'information obtenue en raison des fonctions occupées, ce qui est plus restrictif que la règle de common law. Alors qu'en common law il suffit de prouver l'existence d'un profit, sous le Code civil il faut en plus démontrer qu'il a été réalisé grâce à des biens de la compagnie ou de l'information obtenue en raison des fonctions. Le consentement requis est celui des actionnaires dans le cas d'un administrateur, et de la compagnie, donc du conseil d'administration, dans le cas d'un autre dirigeant.

Ici encore, la règle de common law a été intégrée au Code civil quoique, avec quelques ajustements.

5° Pour se prévaloir de ce consentement ou de cette autorisation du bénéficiaire, le fiduciaire doit lui divulguer pleinement l'existence et la nature de tous ses conflits d'intérêts.

En ce qui concerne les administrateurs, l'article 324 C.c.Q. leur impose un devoir de divulgation de leurs intérêts « susceptibles de les placer en position de conflit d'intérêts », mais n'assortit ce devoir d'aucune sanction. L'article 325 exige par ailleurs de leur part une dénonciation de leur contrat avec la compagnie ou de leur acquisition directe ou indirecte de ses biens, sous peine de nullité de l'acte et de reddition de compte et de remise immédiate du profit.

Quant aux autres dirigeants de la compagnie, mandataires ou non, ils ne sont soumis à aucun devoir de dénonciation d'intérêt. Le mandataire désirant se soustraire aux recours prévus à l'article 2146 C.c.Q. aura néanmoins intérêt à procéder volontairement à cette divulgation, pour se prévaloir du consentement du mandant dont il y est question.

Le Code civil codifie donc la règle de common law en y apportant ses propres nuances.

En ce qui a trait aux contrats avec la société, ces nuances sont immatérielles car c'est l'article 120 LCSA, et non le Code civil, qui s'applique tant aux administrateurs qu'aux dirigeants.

Pour ce qui concerne les autres conflits d'intérêts, l'article 324 impose aux administrateurs un devoir de divulgation d'intérêt qui excède si possible celle prévue au paragraphe 120(6) de la loi fédérale. Il est difficile de prévoir des suites néfastes à cette divergence, puisqu'en l'absence de contrat conférant un profit personnel à l'administrateur (tel que prévu aux articles 325, 326 et 2146, la société n'aura aucun recours utile à intenter contre lui pour défaut de divulgation d'intérêt potentiel.

6° Le bénéficiaire dispose du mécanisme exceptionnel de la « fiducie par interprétation » (*constructive trust*) pour récupérer ses biens ou obtenir la remise du profit réalisé par le fiduciaire : il est réputé propriétaire de ces biens et profits, et son titre est opposable aux créanciers ordinaires du fiduciaire ; de plus, les personnes qui collaborent sciemment avec le fiduciaire qui viole ses devoirs sont réputées assumer les mêmes devoirs et la même responsabilité que lui.

Le Code civil diverge de la common law en ce qu'il ne connaît pas la « fiducie par interprétation ». Il permet néanmoins d'arriver à un résultat similaire, pour ce qui est des tiers qui participent à la violation d'une obligation de loyauté, par le biais de la responsabilité extracontractuelle sous l'article 1457 du tiers qui collabore à la violation d'une obligation contractuelle, ainsi que de l'article 317 dans le cas d'une personne morale alter ego du contrevenant. Toutefois, la responsabilité du tiers ne s'étend qu'à l'indemnisation pour le préjudice causé à la société et ne le rend pas redevable envers elle des profits qu'il a réalisés.

7° En matière d'obligation fiduciaire, on assiste à un exceptionnel renversement du fardeau de la preuve : le fiduciaire est sujet à une présomption automatique d'influence induite et c'est à lui qu'il incombe de la repousser.

On ne trouve pas de trace de cette règle dans le nouveau Code civil. L'article 2805, qui prévoit que « la bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver », semble bien énoncer la règle contraire, puisque l'obligation de loyauté est une manifestation du devoir général de bonne foi.

- 8° La bonne ou la mauvaise foi du fiduciaire n'entrent nullement en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer s'il a violé son obligation « fiduciaire » : il n'est pas nécessaire de prouver mauvaise foi de sa part ; quant à lui, alléguer qu'il était de bonne foi lorsqu'il n'a pas agi au mieux des intérêts du bénéficiaire ne constitue pas une défense valable.

Avant 1994, lorsque les devoirs « fiduciaires » étaient traités comme accessoires aux devoirs de diligence et de soin du mandataire, il fallait faire la preuve de la malhonnêteté, la mauvaise foi ou la faute lourde de l'administrateur pour qu'il soit tenu responsable. Les devoirs de loyauté sont dorénavant distincts des devoirs de prudence et diligence de l'article 322 et sont affranchis de cette limite. La formulation de ces devoirs reflète la règle de common law. Il est impossible d'alléguer la bonne foi comme défense à une violation d'un devoir de loyauté, qui fait lui-même partie du devoir général de bonne foi.

- 9° Ne peuvent non plus être allégués comme moyens de défense d'un fiduciaire qui a réalisé un profit personnel, le fait que le bénéficiaire n'a pas subi de dommage ou même qu'il a tiré profit de l'acte du fiduciaire ou le fait que le bénéficiaire aurait été incapable de conclure l'acte ou de réaliser le profit par lui-même.

Les termes utilisés à l'article 2146 C.c.Q. démontrent que le recours de la société-mandant n'est pas fondé uniquement sur le préjudice qu'elle a subi, mais aussi (et indépendamment) sur l'enrichissement réalisé par le mandataire. De même, l'article 326 fonde ses recours sur un défaut de divulgation d'intérêt, indépendamment de tout dommage causé à la société. Le Code civil donne implicitement ouverture à cette règle de common law.

- 10° L'obligation « fiduciaire » survit à la terminaison du lien entre le fiduciaire et le bénéficiaire, pendant un délai raisonnable. Le fiduciaire ne peut échapper à son obligation en mettant fin à ce lien ; le fait que ce soit le bénéficiaire qui mette fin à ce lien ne libère pas davantage le fiduciaire.

Cette règle n'est pas reflétée expressément dans le Code civil. D'une part, l'article 1375 C.c.Q., qui prévoit que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction », donne ouverture à la survie des devoirs. De l'autre, le fait que le

devoir de loyauté du salarié, énoncé à l'article 2088, soit expressément précisé comme survivant « pendant un délai raisonnable après cessation du contrat », et qu'aucune disposition de ce genre ne caractérise les devoirs des administrateurs et des mandataires, pourrait être interprété comme un obstacle à la règle de common law. Il est improbable que les tribunaux québécois nient la survie des devoirs de loyauté, alors qu'avant l'adoption du Code civil ils la reconnaissaient sans hésiter.

- 11^o Une des manifestations de l'obligation « fiduciaire » consiste dans l'interdiction pour l'administrateur ou fonctionnaire supérieur de s'emparer, pour son compte ou celui d'une autre personne, d'une « occasion d'affaires » (*corporate opportunity*) de la société dont il a eu connaissance ou qu'il a pu obtenir grâce à sa position dans la société, sauf si la société a expressément renoncé à cette occasion.

Cette règle est expressément codifiée aux articles 323 (pour l'administrateur) et 2146 C.c.Q. (pour le mandataire), quoique dans le second on ait négligé de référer au profit indirect.

- 12^o Cette interdiction relative au détournement des occasions d'affaires a été étendue par la jurisprudence à la sollicitation de la clientèle ou du personnel de la société; les personnes visées par cette interdiction sont non seulement les administrateurs et les membres de la haute direction de la société, mais aussi les simples employés qui s'associent à eux.

Les termes des articles 323 et 2146 C.c.Q. sont assez généraux pour englober la première partie de cette règle. Le mot « biens » peut en effet inclure l'achalandage de la société, et sa liste de clients, de prix, de fournisseurs, etc. Le mot « information » inclut celle relative aux clients et au personnel. Les tribunaux ont à maintes reprises jugé que le simple salarié est lui aussi visé par cette interdiction par son devoir de loyauté en vertu de l'article 2088.

Quant à l'extension des devoirs de loyauté aux simples employés qui s'associent aux administrateurs et dirigeants, voir ce qui est dit au paragraphe (6) au sujet de la non-reconnaissance au Québec de la « fiducie par interprétation » et de l'application des principes de responsabilité extracontractuelle.

Le Code civil ne déroge pas à la common law en cette matière, sauf pour ce qui est de l'exécution des recours.

IV. Harmonisation

On constate qu'il y a peu de différences significatives entre les « devoirs de loyauté » codifiées au Québec et les « *fiduciary duties* » de common law auxquels fait appel la LCSA. Cela n'a rien d'étonnant, puisque les premiers ont été calqués sur les seconds.

A. Énoncé des devoirs de loyauté

Les termes utilisés au paragraphe 122(1)(a) diffèrent de ceux du second alinéa de l'article 322 C.c.Q., en ce qu'ils sont délibérément conçus (« *with a view to the best interests of the corporation* ») pour favoriser le « *fiduciary duties approach* » au détriment de la « *proper purpose doctrine* ». Cette nuance n'apparaît pas à l'article 322 (« dans l'intérêt de la personne morale »). Je ne recommande pas pour autant de modifier l'article 122(1)(a) pour éliminer les mots « *with a view to* », car leur présence résulte d'un choix réfléchi de la part du législateur, bien reflété par la jurisprudence.

L'article 122(1)(a) a préséance sur l'article 322 en raison de l'article 300 C.c.Q., et il n'a donc pas à être harmonisé avec lui. De toute manière, rien n'indique pour l'instant que les tribunaux québécois donneront à l'article 322 une portée différente de celle donnée à l'article 122(1)(a), en rétablissant au Québec la doctrine stricte du « *proper purpose* ».

Il serait peut-être opportun, néanmoins, de réviser la version française du paragraphe 122(1)(a) pour autant que possible utiliser une terminologie similaire à celle de l'article 322, pour bien marquer la correspondance entre les devoirs « fiduciaires » de common law et les devoirs de loyauté du *Code civil du Québec*. Ainsi, le mot « intégrité » pourrait se lire « honnêteté ». Les mots « bonne foi » pourraient être remplacés par « loyauté ».

Il serait à tout événement approprié de mieux traduire l'idée exprimée par les mots « *with a view* » au paragraphe 122(1)(a), par exemple en adoptant l'expression « dans la perspective des meilleurs intérêts » suggérés à l'article 9.19(1) du projet de loi Dickerson.

B. Divulgence de conflits d'intérêts potentiels

L'article 324 C.c.Q. requiert de l'administrateur qu'il divulgue ses conflits d'intérêts potentiels, ce qui n'est pas requis par la LCSA

ou la common law. Ce devoir s'applique vraisemblablement aux administrateurs (et non aux dirigeants) des sociétés fédérales au Québec, en raison du caractère supplétif de l'article 324 et du silence à cet égard de la LCSA, à moins qu'on ne considère que la divulgation d'intérêt prévue à l'article 120 l'exclut implicitement. Si la première hypothèse est la bonne, aucune disposition d'harmonisation n'est requise dans la LCSA, puisque par son silence elle permet au Code civil de s'appliquer.

C. Renversement du fardeau

Le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas le renversement du fardeau de la preuve en matière de devoirs de loyauté, comme pour les devoirs « fiduciaires » de common law. Le régime normal de preuve en vertu du Code civil s'applique au Québec, sans qu'il soit nécessaire de le prévoir dans la LCSA.

D. Fiducie par interprétation

Le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas non plus le « *constructive trust* » de common law. Au Québec, c'est plutôt le régime de faute extracontractuelle sous l'art. 1457 C.c.Q. qui détermine la responsabilité des tiers qui aident l'administrateur ou le dirigeant à violer ses devoirs de loyauté. Cette responsabilité est de nature purement compensatoire et ne permet pas d'imposer aux tiers le même devoir de remise de profit. Il n'appartient pas à la LCSA de légiférer en cette matière de droit purement civil. L'harmonisation entre la common law et le droit civil en cette matière me semble à première vue impossible.

E. Contrats avec la société

Les régimes de l'article 120 LCSA et des articles 325 et 326 C.c.Q. en matière de contrats d'administrateur-société divergent à maints points de vue, en raison du caractère incomplet du second. Pour les sociétés fédérales, l'article 120 a préséance. Il faudrait le rendre incomplet pour l'harmoniser avec les articles 325 et 326, eux-mêmes imparfaitement calqués sur lui. Dans l'intérêt des sociétés et de leurs administrateurs et dirigeants, il serait préférable que toute l'harmonisation émane du législateur québécois, en haussant et en précisant ses standards, plutôt que du législateur fédéral. Il appartiendra également aux tribunaux québécois de tendre vers l'harmonisation

en s'inspirant du texte de l'article 120 pour interpréter les articles 325 et 326, notamment en ce qui concerne la validité de contrats équitables pour la personne morale et la valeur curative et les modalités d'une ratification par les actionnaires.

Il se pourrait que la prescription d'un an de l'article 326 soit appliquée au recours sous l'article 120(8). Aucune modification législative d'harmonisation n'est pertinente à cet égard, puisque la LCSA, en ne fixant pas de prescription relativement aux recours basés sur l'article 120 (comme d'ailleurs sous l'article 122), s'en remet à la juridiction provinciale. De toute manière, pour échapper à cette courte prescription, un plaignant peut choisir d'intenter son recours sous l'autorité des articles 239 (action dérivée) ou 241 (recours pour oppression), eux-mêmes soumis à la prescription triennale de l'article 2925 C.c.Q.

F. Interdiction

Les articles 329 et 330 C.c.Q. prévoient un recours en interdiction pour l'administrateur qui, de façon répétée, manque à ses devoirs d'administrateur, ce qui inclut ses devoirs de loyauté. Ce recours s'applique, à titre supplétif, aux administrateurs des sociétés fédérales qui contreviennent à leurs devoirs en vertu des articles 120 et 122(1) LCSA. Aucune modification d'harmonisation n'est requise pour permettre ceci.

Conclusion

Les devoirs de loyauté imposés par le Code civil aux administrateurs et mandataires des personnes morales sont, à quelques menues différences près, identiques aux devoirs « fiduciaires » de common law des administrateurs et dirigeants auxquels font référence les articles 120 et 122 LCSA. Rien d'étonnant à cela, puisque le législateur provincial s'est largement inspiré de ces devoirs « fiduciaires » pour codifier les devoirs de loyauté dans le Code civil.

En raison de cette grande similarité entre les deux régimes, aucun effort particulier n'est requis de la part du législateur fédéral pour harmoniser la LCSA avec eux. Dans la mesure où les tribunaux québécois, pour interpréter et appliquer les devoirs de loyauté, continuent comme par le passé à s'inspirer de la jurisprudence de common law, ce qui paraît légitime, ces régimes s'harmoniseront eux-mêmes sans que le législateur n'ait à intervenir.

The Duties of Loyalty of Directors of Federal Business Corporations: Impact of the *Civil Code of Québec**

Paul MARTEL**

* This study was prepared at the request of the Department of Justice Canada. The comments made herein do not constitute proposals for legislative amendments. The study was submitted in May 2007.

** Special Adviser with Blake, Cassels & Graydon L.L.P.

Outline

Introduction	151
I. Brief description of fiduciary duties	152
II. Development of fiduciary duties in Quebec	158
A. Before the <i>Civil Code of Québec</i>	158
1. Before 1985	159
2. From 1985 to 1989	160
3. From 1989 to 1994	162
4. <i>Civil Code of Québec</i>	166
III. Conflicts of interest	169
A. "With a view to the best interests of the corporation"...	170
B. Abuse of office	181
C. Disclosure of potential conflicts of interest	187
D. Personal profits	188
1. Common law principles	188
2. <i>Civil Code of Québec</i>	190
a. Use of property or information	191
b. Remuneration	193
c. Secret profits	195
d. Confirmation	196
E. Contracts with the corporation	197
1. Common law	197

2. Section 120 of the <i>Canada Business Corporations Act</i>	199
a. Disclosure of interest and prohibition on voting.....	199
b. Sanction for breach	202
c. Exception	203
d. Confirmation by shareholders	204
3. <i>Civil Code of Québec</i>	205
F. Continuation of duties	209
G. Officers.....	210
H. Good faith defence	213
I. Indemnification	214
J. Application to court concerning oppression and fiduciary duties.....	215
K. <i>Civil Code of Québec</i> compared with common law.....	216
L. Duties of loyalty compared with fiduciary duties	224
IV. Harmonization	229
A. Statement of duties of loyalty.....	230
B. Disclosure of potential conflicts of interest.....	230
C. Reversal of onus of proof.....	231
D. Constructive trust	231
E. Contracts with the corporation	231
F. Prohibition.....	232
Conclusion	232

Introduction

Section 122(1)(a) of the *Canada Business Corporations Act* (C.B.C.A.) reads as follows:

“Every director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall ... act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation.”

The origin of this provision dating from 1975¹ was clause 9.19(1) of the draft legislation proposed in the 1971 report by the working group chaired by lawyer Robert W.V. Dickerson². That clause 9.19 was “a general statutory formulation of the principles underlying the fiduciary relationship between corporations and their directors”.³ As one of its authors explained shortly after the *Dickerson Report* was published, the purposes of clause 9.19 were to reflect and to clarify the status of the common law where directors’ fiduciary duties were concerned.⁴

Section 122(1)(a) C.B.C.A. must therefore be considered the tip of an enormous iceberg, the iceberg itself being the corpus of common law case law on directors’ and officers’ fiduciary duties.

What is the extent of the fiduciary duties set out in section 122(1)(a) C.B.C.A. in the Province of Quebec, where these duties were recently codified in articles 321ff. of the *Civil Code of Québec*?

¹ *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 117.

² Robert W.V. Dickerson, John L. Howard & Leon Getz, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (Ottawa: Information Canada, 1971) vol. I at 90-91, paras. 236-237 [*Dickerson Report*].

³ *Ibid.* at 237: “In so far as the general duty of loyalty and good faith is concerned, this section is simply an attempt to distill the effect of a mass of case law illustrating the fiduciary principles governing the position of directors. Those principles have long since been accepted by courts in Canada: see, for example, *Sun Trust Co. v. Bégin*, [1937] S.C.R. 305; *Peso Silver Mines Ltd. v. Cropper*, (1966) 58 D.L.R. (2d) 1. Section 9.19 does not purport to answer in advance the manifold problems involved in assessing the facts of particular cases. Its purpose is simply, and perhaps gratuitously, to give statutory support to principles that are as difficult to apply as they are well understood.”

⁴ John L. Howard, “The Proposals for a New Business Corporations Act for Canada: Concepts and Policies” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1972: Corporate and Securities Law* (Toronto: Richard DeBoo, 1972) 17 at 44ff.

Can this iceberg navigate in Quebec waters, or is it destined to melt on contact with them?

In response to these questions, I shall begin by providing a brief description of the fiduciary duties under common law. I shall then provide a historical overview of the reception these duties have been given by Quebec courts and authorities, before and since the adoption of the C.C.Q. Next, I shall review the various aspects of these duties in light of civil law under the following headings: conflicts of interest, personal profits, contracts with the corporation, and continuation of duties. Lastly I shall consider officers, the good faith defence, indemnification, and application to the court concerning oppression.

At the conclusion of the paper, I shall offer a recapitulation and some conclusions.

I. Brief description of fiduciary duties

The concept of fiduciary duties or obligations flows from the English concept of equity, which is more than two centuries old. The categories of relationships among persons that give rise to these duties are not closed:⁵

“It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed.”⁶

These duties have been considered applicable not only to trustees as such, but also to partners, mandataries and directors of corporations and, for example, to “senior officers, “key employees”, financial intermediaries, an applicant for employment, a mortgage creditor exercising that person’s power of sale, a lawyer having a clandestine liaison with the spouse of a client,⁷ bankers and tax

⁵ *Guérin v. R.*, [1984] 2 S.C.R. 335 at 384; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99 at 134; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574 at 597.

⁶ *Guérin v. R.*, *ibid.* at 341.

⁷ See Peter D. Maddaugh, “Definition of Fiduciary Duty” in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1990* (Toronto: Richard De Boo, 1991) at 15.

accountants, thus creating an indistinct, fluid concept that has been described as “equity’s blunt tool”⁸ and as “a legal obligation in search of a principle.”⁹

The essential characteristics of a “fiduciary relationship” were set out as follows by Wilson J. in *Frame v. Smith*:¹⁰

“(1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.

(2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests.

(3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.”

Although Wilson J. dissented from this decision, this wording was endorsed by both the majority and the minority of Supreme Court of Canada Justices in *Lac Minerals* and in the subsequent decisions based on it.¹¹

Fiduciary duties can be summarized as follows: when a person (the fiduciary) holds a position or plays a role in which that person enjoys the confidence and trust of another person (the beneficiary), the fiduciary shall act toward the beneficiary with the utmost good faith (*uberrimae fides*), and shall not abuse that trust or exercise the fiduciary’s powers to the detriment of the beneficiary.

Among the categories of relationships among persons, the relationship between a corporation and a director has been recognized for a very long time¹² as giving rise to fiduciary duties, in both

⁸ Sopinka J., in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, *supra* note 5 at 596, referring to an article by Professor Ernest J. Weinrib, “The Fiduciary Obligation” (1975) 25 U.T.L.J. 1 at 4.

⁹ *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377 at para. 29. Maddaugh, *supra* note 7, humorously notes at page 16, “The term fiduciary is not one used by ordinary people. It is only used by lawyers. This in itself should arouse our suspicions.”

¹⁰ *Supra* note 5 at 136.

¹¹ *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, *supra* note 5 at 599, 646; *Canada Entreprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534 at 543; *M.(K.) v. M.(H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6 at paras. 63ff.; *Hodgkinson v. Simms*, *supra* note 9 at paras. 30, 119.

¹² At least since 1742, in *Charitable Corporation v. Sutton* (1742), 26 E.R. 642.

English¹³ and Canadian¹⁴ law. In 1974, in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*,¹⁵ the Supreme Court of Canada extended this category to include, in addition to corporations' directors, their "senior officers", that is, persons whose positions "charged them with initiatives and with responsibilities far removed from the obedient role of servants".

La Forest J., in *Lac Minerals*, referring to the fiduciary duty, stated, "it can be described as the fiduciary duty of loyalty and will most often include the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary".¹⁶ In *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, the Supreme Court of Canada defined the "fiduciary duty":

"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."¹⁷

These prohibitions of conflicts of interest and personal profits will form the subjects of the two main divisions of this paper.

In order to understand clearly the interaction between fiduciary duties and Quebec civil law, it is appropriate first to describe briefly the main characteristics of fiduciary duties, using the following statements.

¹³ See also, in particular, *Aberdeen Railway Company v. Blaikie Brothers* (1854), [1843-60] All E.R. Rep. 249 (H.L.), 1 Macq. 461 at 471 (cited to All E.R.); *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378 at 389 (Lord Russell of Killowen) and at 395 (Lord Porter).

¹⁴ To cite only the decisions by the Supreme Court of Canada, we note: *Sun Trust Co. v. Bégin*, *supra* note 3; *Zwicker v. Stanbury*, [1953] 2 S.C.R. 438; *Peso Silver Mines Ltd. v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Frame v. Smith*, *supra* note 5 at 134, 136; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, *supra* note 5 at 597; *McClurg v. The Queen*, [1990] 3 S.C.R. 1020 at 1040.

¹⁵ *Supra* note 14.

¹⁶ *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, *supra* note 5.

¹⁷ [2004] 3 S.C.R. 461 at para. 35.

- 1° The person in a fiduciary position (here, the director or officer) shall *act in good faith with a view to the best interests of the beneficiary* (the corporation) in performing all the duties related to the fiduciary's role.¹⁸
- 2° This statement means that the fiduciary has a duty to ensure that the fiduciary's interests are not in conflict with the beneficiary's interests.¹⁹
- 3° In particular, the fiduciary shall not *contract or enter into an undertaking with the beneficiary*, or have a direct or indirect personal interest in such contracts or undertakings, under penalty of nullity of the contracts or undertakings, unless the beneficiary expressly agrees with full knowledge of all the facts and without undue influence.²⁰
- 4° This statement also means that the fiduciary shall not realize any direct or indirect *personal profits* from the fiduciary's position. Any personal profits or gains the fiduciary realizes shall belong to the beneficiary and shall be returned to the beneficiary, unless the beneficiary authorizes the fiduciary to keep them with full knowledge of all the facts and without undue influence.²¹

¹⁸ *Re Smith and Fawcett Ltd.*, [1942] Ch. 304ff.; *Sun Trust*, *supra* note 3 at 307.

¹⁹ *Moffat v. Westein*, [1996] O.R. (3d) 371 at 390: "The fiduciary must not only avoid a direct conflict of interest but must also avoid the appearance of a possible or potential conflict".

²⁰ *Greenstreet v. Paris Hydraulic Co.* (1874), 21 Gr. 229 (Ont. Ch.); *Toronto v. Bowes* (1854), 4 Gr. 489, *aff'd* (1856), 6 Gr. 1, 11 Moo. P.C. 463; *Aberdeen Railway Company v. Blaikie Brothers*, *supra* note 13; *Imperial Mercantile Credit Association v. Coleman*, [1871] L.R. 6 Ch. App. 558; *Parker v. McKenna*, [1874] L.R. 10 Ch. App. 96; *Jacobus Marler Estates, Lim. v. Marler*, (1916) 85 L.J.P.C. 167; *Cape Breton Cold Storage Co. v. Rowlings*, [1929] S.C.R. 505; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, *supra* note 13; *Zwicker v. Stanbury*, *supra* note 14.

²¹ *Phipps v. Boardman*, [1967] 2 A.C. 46 at 123; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, *supra* note 13; *Jacobus Marler Estates, Lim. v. Marler*, *ibid.*; *Bray v. Ford*, [1896] A.C. 44 (H.L.). More recently, *Charles Baker Ltd. v. Baker*, [1954] O.R. 418 (C.A.); *Re Gordon Import Autos Ltd.* (1993), 12 B.L.R. (2d) 266 (B.C.S.C.); *Giannotti v. Wellington Enterprises Ltd.*, [1997] O.J. No. 574 (Gen. Div.) (QL); *Ramrakha v. Zinner* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 240 (C.A.).

- 5° In order to obtain this consent or authorization by the beneficiary, the fiduciary shall *fully disclose* to the beneficiary the existence and the nature of all the fiduciary's conflicts of interest.²²
- 6° The beneficiary has available the exceptional mechanism²³ of the constructive trust to recover the beneficiary's property or the profits realized by the fiduciary: the beneficiary is deemed to be the owner of this property or these profits, and the beneficiary's title may affect the fiduciary's unsecured creditors; as well, persons who knowingly co-operate with a fiduciary who is in breach of the fiduciary's duties are deemed to assume the same duties and liability as the fiduciary.²⁴
- 7° Where fiduciary duties are concerned, there is an exceptional *reversal of the onus of proof*: the fiduciary is subject to an automatic presumption of undue influence, and has the onus of establishing that this presumption is false.
- 8° Whether the fiduciary acts *in good or bad faith* has no bearing on whether the fiduciary is in breach of that person's fiduciary duties: bad faith by the fiduciary need not be proved, and an allegation of good faith by a fiduciary who has not acted in the best interests of the beneficiary is not a valid defence.²⁵

²² *Gluckstein v. Barnes*, [1990] A.C. 240 (H.L.); *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.* (1952), 3 D.L.R. 1 (Ont. P.C.); *Tiessen v. Henderson* (1899), 1 Ch. 861; *Wedge v. McNeill* (1981), 126 D.L.R. (3d) 596, rev'd (1982), 142 D.L.R. (3d) 133 (P.E.I.S.C.); *Victorov v. Davison* (1988), 20 C.P.R. (3d) 481 (Ont. H.C.); *Molchan v. Omega Oil & Gas Ltd.* (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 251 (C.A.) at 259; *Mackenzie v. Craig* (1998), 2 W.W.R. 106 (Alta. Q.B.).

²³ See (although these cases are not limited to breach of fiduciary duties) *Becker v. Pettikus*, [1980] S.C.R. 834; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, *supra* note 5; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217.

²⁴ *Alberts v. Mountjoy* (1977), 79 D.L.R. (3d) 108; *Canada Safeway Ltd. v. Thompson* (1951), 3 D.L.R. 295 (B.C.S.C.); *D'Amore v. McDonald* (1973), 1 O.R. 845 (H.C.); *Dominion High-Rise Ltd. v. Night Hawk Cleaning & Supply Co. Ltd.* (1982), 37 O.R. (2d) 148; *Gemologists International Inc. v. Gem Scan International Inc.* (1986), 9 C.P.R. (3d) 255; *57134 Manitoba Ltd. v. Palmer* (1985), 30 B.L.R. 121; *Profast (London) Ltd. v. Wright* (1986), 14 C.P.R. (3d) 118; *Kremlin Canada Inc. v. Turner*, L.W. 838-003; *Investors Syndicate Ltd. v. Real Securities of Canada Ltd.* (1985), 6 C.P.R. (3d) 431; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255; *Cranewood Financial Corp. v. Norisawa*, 2001 CarswellBC 1790 (S.C.) (WLeC).

²⁵ *Re National Funds Assurance Co.* (1878), 10 Ch.D. 118 (Eng. M.R.).

- 9° Nor can the fact that the beneficiary suffered no injury or even profited from the fiduciary's act, or the fact that the beneficiary would have been unable to perform the action or realize the profits alone, be claimed as a defence by a fiduciary who has realized personal profits.²⁶
- 10° Fiduciary duties *continue beyond termination of the relationship* between the fiduciary and the beneficiary for a reasonable period of time. The fiduciary cannot evade that person's duties by terminating the relationship, nor does the fact that it is the beneficiary who terminates the relationship release the fiduciary from these duties.
- 11° One manifestation of fiduciary duties is the prohibition imposed on directors and senior officers from diverting from the corporation, for themselves or for another person, a corporate opportunity of which they had knowledge or which they were able to obtain because of their position in the corporation, unless the corporation has expressly declined the corporate opportunity.²⁷

²⁶ *Keech v. Sandford* (1726), 25 E.R. 223; *Abbey Glen Property Corp. v. Stumborg* (1979), 4 B.L.R. 113 (Alta. S.C.); *Berkey Photo (Canada) Ltd. v. Ohlig* (1983), 43 O.R. (2d) 518 (H.C.J.) at 530; *Weber Feeds Ltd. v. Weber* (1978), 3 B.L.R. 107 (Ont. S.C.), (1980), 8 B.L.R. 71 (Ont. C.A.); *Gencor ACP Ltd. v. Dalby* (2000), 2 B.C.L.C. 734 (Ch. D.). Not even bankruptcy is a defence: *Roper v. Murdoch* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 385.

²⁷ *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra* note 14; *Industrial Development Consultants Limited v. Cooley*, [1972] 2 All E.R. 162; *Queensland Mines Ltd. v. Hudson*, [1978] 3 A.C.L.R. 176, 18 A.L.R. 1 (P.C.); *Abbey Glen Property Corp. v. Stumborg*, *ibid.*; *Weber Feeds Ltd. v. Weber*, *supra* note 26; *Moore International (Canada) Inc. v. Carter* (1982), 40 B.C.L.R. 322 (S.C.), *aff'd* (1984), 56 B.C.L.R. 207 (C.A.); *Hanson v. Clifford* (1995), 59 C.P.R. (3d) 465 (B.C.S.C.); *Three Point Oils Ltd. v. Glencrest Energy Ltd.* (1994), 23 Alta. L.R. (3d) 226 (Q.B.); *Fraser River Helicopters Inc. v. Pemberton Helicopter Services Ltd.*, [1994] B.C.J. No. 1229 (S.C.) (Q.L.); *Slate Ventures Inc. v. Hurley* (1996), 27 B.L.R. (2d) 41 (Nfld. S.C.), *aff'd* (1997) 37 B.L.R. (2d) 138 (Nfld. C.A.); *Global Fibres Inc. v. Alexander*, [1997] B.C.J. No. 31 (S.C.) (Q.L.); *Mackenzie v. Craig*, *supra* note 22; *Coulter v. E.L. Huckerby & Associates Inc.* (1998), 41 B.L.R. (2d) 264 (Ont. Gen. Div.); *Gencor ACP Ltd. v. Dalby* (2000), 2 B.C.L.C. 734 (Ch. D.); *Felker v. Cunningham* (2000), 191 D.L.R. (4th) 734 (Ont. C.A.); *C.I. Covington Fund Inc. v. White*, 2000 Carswell Ont. 4680 (Sup. Ct.) (WLeC); *Cranewood Financial Corp. v. Norisawa*, *supra* note 24.

- 12^o This prohibition of diversion of corporate opportunities has been extended by the case law to include *solicitation of the corporation's customers or employees*; persons subject to this prohibition include not only the corporation's directors and senior officers, but also (by constructive trust) ordinary employees associated with them.²⁸

II. Development of fiduciary duties in Quebec²⁹

In Quebec, where common law and civil law converge in corporate matters, fiduciary duties were long given equivocal treatment. The adoption of the C.C.Q. radically changed that situation. We shall consider first the period before the adoption of the C.C.Q., then see what occurred when the C.C.Q. was adopted, and next what has happened since.

A. Before the *Civil Code of Québec*

Under the *Civil Code of Lower Canada* (C.C.L.C.), fiduciary duties were not applicable to directors of companies, because the C.C.L.C. recognized only two types of trusts: those created by gifts; and those created by wills. The C.C.L.C. was also silent about the exact nature of fiduciaries' duties in these two cases. Nor did its title on corporations give any indication about the duties of directors or officers.

²⁸ *Alberts Ltd. v. Mountjoy* (1977), 2 B.L.R. 178 (Ont. H.C.); *W.J. Christie & Co. v. Greer* (1981), 121 D.L.R. (3d) 472, 14 B.L.R. 146 (Man. C.A.); *White Oaks Welding Supplies v. Tapp* (1983), 42 O.R. (2d) 445 (H.C.); *Wallace Welding Supplies Ltd. v. Wallace* (1986), 9 C.P.R. (3d) 514 (Ont. H.C.); *Waffle's Electric Limited v. Davis* (1988), 70 C.B.R. (n.s.) 316 (Ont. H.C.); *Tree Savers International Ltd. v. Savoy* (1992), 40 C.P.R. (3d) 173 (Alta. C.A.); *Anderson, Smyth & Kelly Customs Brokers Ltd. v. World Wide Custom Brokers Ltd.* (1996), 7 W.W.R. 736 (Alta. C.A.); *Clarke v. Rossburger* (1999), 50 B.L.R. (2d) 73 (Alta. Q.B.), aff'd 2001 CarswellAlta 1317 (C.A.) (WLeC) (no breach if no solicitation); and other decisions cited in Maurice & Paul Martel, *La compagnie au Québec*, vol. 1, *Les aspects juridiques*, looseleaf (Montréal: Wilson & Lafleur Martel, 2007) at 25-35, note 147 [Martel, *La compagnie au Québec*].

²⁹ See Paul Martel, "La loyauté et la bonne foi des dirigeants des compagnies au Québec : l'éthique et l'équité gagnent du terrain" in *La morale et le droit des affaires* (Montréal: Éditions Thémis, 1994) at 97; Yves Lauzon, "La perception judiciaire des devoirs des administrateurs de personnes morales : quel progrès?" in *Développements récents en droit commercial 1998* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1998) at 151.

The only provision available under the C.C.L.C. was its title on mandates. By analogy, directors could be considered as mandataries of the company, and the duties of mandataries could be considered applicable to them. Those duties had little in common with the common law fiduciary duties: they were summarized in the duty to act with “reasonable skill and all the care of a prudent administrator” (art. 1710 C.C.L.C.) and, upon termination of the mandate, to render an account of all the mandatary had received in the execution of the mandate (art. 1713 C.C.L.C.).

1. Before 1985

Before 1985, there were two opposing trends.

The first or common law trend was to apply unhesitatingly the fiduciary duties of English Canadian law to directors of Quebec companies: these directors were described as “fiduciaries” or “quasi-fiduciaries”, and were obliged to act in the company’s interests and to render to the company an account of their profits.³⁰ This trend was all the more powerful because it was supported by the Supreme Court of Canada itself, first in 1927 in *Smith v. Comtois*,³¹ then in 1937 in *Sun Trust Co. v. Bégin*,³² and next in 1960 in *Bergeron v. Ringuet*.³³

The second or civil law trend was to refuse to import common law and to apply only the C.C.L.C., here, the provisions on the duties of mandataries: either article 1710 (the duty to act with “reasonable skill and all the care of a prudent administrator”) or article 1713 (the duty to render an account of all that is received under the authority of the mandate). Although this trend could not claim support from the Supreme Court of Canada,³⁴ it dated from at least 1890³⁵ and was expressed in a substantial number of court deci-

³⁰ See, in particular, *Tanguay v. Royal Papers Mills Co.* (1907), 31 S.C. 397; *Hart v. Felsen* (1924), 30 R.L. (n.s.) 109 (Sup. Ct.); *Barry v. Larocque* (1934), 72 S.C. 70; *Abana Mines Ltd. v. Wall* (1935), 58 Q.B. 352 and, more recently, *Brimarière Inc. v. Laplante* (24 November 1983), Saint-Hyacinthe 750-05-000323-81, J.E. 84-78 (Sup. Ct.).

³¹ [1927] S.C.R. 590 at 594ff.

³² *Supra* note 14 at 307ff.

³³ [1960] S.C.R. 672, Fauteux & Taschereau JJ.

³⁴ Except perhaps the *obiter* remark by Abbott J. in *Ghimpelman v. Bercovici*, [1957] S.C.R. 128 at 140; but see the statement by Rand J. at 137: “We are ...

sions.³⁶ This trend gathered strength starting in the 1970s, and can be said to have been dominant in the 1980s (when, increasingly, Quebec presented itself as a “distinct society”). The strength of this trend was demonstrated by the more recent decisions in *Cie des Attractions de Montréal Ltée v. Godbout* in 1977,³⁷ *Agfor Inc. v. Laliberté* in 1985,³⁸ and *Depanago Inc. v. Houde* in 1986,³⁹ in which Quebec courts expressly set aside the common law fiduciary duties as being foreign to Quebec law.

In 1979,⁴⁰ Quebec’s *Companies Act* was amended by adding new Part IA, closely modelled on the C.B.C.A. Article 123.83 of Quebec’s amended *Companies Act* unequivocally states, “Directors ... are mandataries of the company.” This amendment was concrete evidence of the victory of the civil law trend for provincial companies governed by Part IA, but resolved nothing for other corporations including federal business corporations.

2. From 1985 to 1989

The years 1985 and 1986 mark the official meeting of the common law and the civil law trends, with the first court decisions making official the convergence of the concepts of fiduciary duties and mandate.

This new principle was applied for the first time in *In re Entreprises Rock Ltée*,⁴¹ dealing with the diversion of a corporate opportunity by the director of a company governed by Part IA of Quebec’s *Companies Act*.

dealing with corporate conceptions as they are embodied in modern legislation, and no special principle or feature of the civil law is involved.”

³⁵ *McDonald v. Rankin* (1890), 7 M.L.R. 44 (Sup. Ct.).

³⁶ We cite, in particular, *McDonald v. Bulmer* (1897), 12 S.C. 424; *Thérien v. Brodie* (1893), 4 S.C. 23; *Upton v. Hutchison* (1899), 8 Q.B. 505; *Miller v. Diamond Light & Heating Co. of Canada* (1913), 22 Q.B. 411; *Giguère v. Colas* (1915), 48 S.C. 198.

³⁷ [1977] S.C. 365.

³⁸ J.E. 86-242 (Sup. Ct.).

³⁹ (23 January 1986), Quebec 200-05-002367-857, J.E. 86-317 (Sup. Ct.).

⁴⁰ S.Q. 1979, c. 31.

⁴¹ [1986] R.J.Q. 2671 (Sup. Ct.).

In this decision, Dugas J. stated that, if Entreprises Rock had been set up in a province where common law rules govern the behaviour of directors of corporations, a reference to *Canadian Aero* would have sufficed to censure the conduct of Sauvé and Sauvé's company. However, since Rock was a provincial company, its directors had to be considered mandataries within the meaning of the *Civil code*. Nonetheless, continued Dugas J., the fiduciary duties referred to in *Canadian Aero* had their place in Quebec civil law, as a corollary to a mandatary's duties as a "prudent administrator":

"A prudent administrator would not have allowed C.J.C. to divert property, or profit on the resale of property, belonging to Rock. A prudent administrator does not divert for that person's benefit, or for the benefit of a company that person controls, proceeds from the property that person is administering for another. A prudent administrator behaves in accordance with the rule set out in *O'Malley*.

Requiring from an administrator of the property of another an ethic as strict as the one imposed under common law on directors administering the property of corporations does not introduce common law into our civil law system. Article 1484 of the *Civil code* has formally recognized that an administrator shall not divert the property that person administers for another. The rule set out in *O'Malley* has its place in our civil law, because it includes in the law governing companies a moral rule that is necessary to protect companies' property from directors' and officers' greed.

... I consider that the statement in *O'Malley*, even though it is based on common law, is a principle of conduct that also forms part of civil law, as is demonstrated by article 1484 of the *Civil code*.⁴² [Translation]

The same approach was taken in *N.F.B.C. National Finance Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Limited*, a decision handed down in 1985 by the Quebec Superior Court⁴³ and upheld in 1986 by the Quebec Court of Appeal,⁴⁴ concerning solicitation of customers:

"In *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, the Supreme Court of Canada solidly established the principle that an employee or mandatary in a key position has a duty of loyalty that has been referred to as a "fiduciary duty" ... It has not been established

⁴² *Ibid.* at 2673.

⁴³ [1985] J.Q. No. 543 (Q.L.).

⁴⁴ [1986] R.J.Q. 164 (C.A.).

before me that this rule of ethics is incompatible with provisions of Quebec law on employment or the mandate ... In fact, the *Civil code of Québec* requires of a mandatary the care exercised by a prudent administrator (article 1710 of the C.c.Q.). Does this duty not implicitly include a duty of loyalty, and is that duty not in proportion to the degree of trust implied by the nature and the extent of the mandate (article 1704 of the C.c.Q.)? Does it not continue beyond the mandate (article 1709 of the C.c.Q.)?"⁴⁵ [translation]

These decisions, in addition to three others handed down by the Quebec Court of Appeal in subsequent years,⁴⁶ established that the common law fiduciary duties, including the duty to render an account of personal profits, were applicable in Quebec to persons acting as mandataries.

3. From 1989 to 1994

The Supreme Court of Canada decision in *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*⁴⁷ shuffled the cards, by establishing that the obligation to render an account of profits realized in breach of a duty of good faith attaches, not to the mandate alone, but to any persons, including employees if applicable, in a position of trust and control over the affairs of another.

"... Under these circumstances, the principle set forth in art. 1713 C.C.L.C., whereby the mandatary is bound to render an account of his administration and to deliver and pay over all that he has received under the authority of the mandate, even if it were not due, must be given effect to. This obligation, while expressly imposed by art. 1713 dealing with the contract of mandate, and obviously applicable to this contract, attaches rather to the underlying function and relationship between the parties to the contract. It indeed gives effect to a much broader policy of the civil law for the protection of honesty and good faith in the execution of contracts...

⁴⁵ *Supra* note 43.

⁴⁶ *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32 (C.A.); *Picard & Johnson v. Higgins Willis Faber Ltée*, [1988] R.J.Q. 235 (C.A.); *Banque de Montréal v. Kuet Leong Ng*, [1987] R.L. 160 (C.A.). See the many Quebec Superior Court decisions on solicitation of customers and diversion of corporate opportunities cited by Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 28 at 25-37, note 152.

⁴⁷ [1989] 2 S.C.R. 429.

...

... However, Quebec jurisprudence has long held that in the case of senior officers and directors a breach of the obligation of loyalty entails the responsibility to disgorge gains made as a result of that breach. As early as 1890, and thus long before the elaboration of directors' and officers' fiduciary duties under the common law in this Court's decision in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, ... the Quebec courts have considered that senior officers and directors are mandataries of the company which employs them and are therefore bound by the provisions of arts. 1701 to 1731 C.C.L.C. ... The equation of the obligations of a mandatory to mandator with the obligations of director or senior officer to the company still forms part of Quebec law ...

...

The obligation of mandataries, and by analogy, of directors and senior officers, to turn over all that they have gained through their position, even though ill-gotten, rests, at least in part, on the simple moral principle that "the perpetrator of a wrongful act should not profit thereby, as that would encourage wrongdoing" ... But the principle that one should not profit from one's own bad faith or wrongdoing is not exclusive to the contract of mandate. The principle appears elsewhere in the *Civil Code*: it is, after all, a fundamental moral precept ...

The fact that there is no express provision in the *Civil Code* to the effect that an employee who profits from the breach of his obligation of good faith to his employer must turn over those profits to the employer does not necessarily indicate that such a rule is no part of the law of Quebec. There is no express provision requiring the directors and senior officers of a company to turn over profits they have gained through the abuse of their position, but that did not prevent the courts from achieving that very result by recognizing the similarity in the relationship between the director or senior officer and corporation and between mandator and mandatory, even though directors and senior officers are not true mandataries of a corporation ...

The obligations of directors and senior officers are imposed upon them not because they are true mandataries of their corporation or of the shareholders, but because of the nature of the control they exercise over the affairs of the corporation. This control resembles in many aspects the control a mandatory may have over the affairs of his mandator, and thus the responsibilities and obligations imposed on senior officers and directors correspond to those fixed by the *Civil Code* for mandataries...

...

... If good faith is the foundation of every contract of employment, it requires that to each measure of trust and authority placed in the employee correspond a like measure of responsibility and obligation. An employee, such as the respondent, who enjoys control over large sums of the employer's money must be held accountable for his disposition of those funds and is required to turn over to the employer profits made through the abuse of his position. Without such accountability, the respondent's commitment to execute in good faith his obligations under the contract of employment is without substance, just as the mandatary's obligation to exercise the skill and care of a prudent administrator would be empty without the obligation to render an account of his administration, or the director's obligation to act in the best interests of the corporation would be meaningless if the director was not required to disgorge profits gained in breach of that obligation.

The principle underlying both arts. 411 and 1713 of the *Civil Code* which are but an expression of the common saying "ill-gotten goods seldom prosper" ("bien mal acquis ne profite pas") is applicable and must be given effect to."⁴⁸

According to the Supreme Court of Canada, returning personal profits, a fundamental aspect of fiduciary duties, does not attach to the mandate alone, but exudes from the entire *Civil Code*. Thus the basis for this requirement is not the nature of the position occupied or the implied legal relationship, but a fundamental moral principle: "ill-gotten goods seldom prosper" or "let no one profit from wrongdoing". The duties of loyalty are imposed on a person not because the person is a director, officer, mandatary or employee, but because the person occupies a position of trust and authority.

Here we find, expressed with reference to the *Civil Code*, the same statement as in *Guérin v. R.* (*supra*) concerning the common law fiduciary duties: the duty of loyalty flows from the nature of the relationship, not from the specific category of the actor. In effect, the Supreme Court of Canada extricated Quebec civil law from the learned legal distinctions in which fiduciary duties had been mired. More relevantly for the purposes of this paper, it also expressly upheld the Quebec case law that had made applicable to directors and officers of corporations the common law duty to return profits realized in breach of these persons' duty of loyalty.

⁴⁸ *Ibid.* at 436ff.

The decision in *Kuet Leong* forms part of the current of equity reasoning expressed, for example, in *Canadian National Bank v. Houle*⁴⁹ and *Bank of Montreal v. Bail Ltée*,⁵⁰ in which the rules of the game concerning abuse of rights and disclosure requirements were changed on the basis of the implicit fundamental principles of loyalty and good faith.

Emboldened by these decisions, in *Excelsior, compagnie d'assurance-vie v. Mutuelle du Canada compagnie d'assurance-vie*⁵¹ the Quebec Court of Appeal undertook to put fiduciary duties back into a Quebec context by stressing the need to use the appropriate vocabulary and concepts:

"We can see ... in the case law, greater prominence given to the duty of loyalty or the fiduciary duty ...

It appears legally more accurate to refer to a duty of loyalty than to a fiduciary duty in the strict sense, a term that refers to a legal concept of which not all the terms, conditions and consequences are included in Quebec civil law ...

In this regard, Quebec case law has found that the principles set out by the Supreme Court of Canada in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* had equivalents in Quebec law. In the above-noted decisions our Court clearly accepted these principles as valid, although in *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng* Gonthier J. pointed out the need to use the vocabulary and concepts appropriate to the Quebec civil law context. It would nevertheless be surprising if the Quebec civil law system did not recognize the existence of a duty of loyal performance of employment contracts or mandates, and did not concede that this duty could have certain effects following a breach of those contracts or mandates ...

We may consider that the Supreme Court of Canada and our Court have confirmed the existence of this duty of loyalty in civil law. This duty has been applied quite often in Quebec law. The issue of the legal basis for the duty of loyalty is still subject to discussion. According to some commentaries, this duty flows from the general principles of liability in tort. Others consider this duty an instance of contractual liability. In a case like the one before us, we find an instance of continuation of a duty that flows from the relationship of the mandate and is necessary for the mandate to be performed properly. Thus, ultimately, this duty would retain a contractual basis ...

⁴⁹ [1990] 3 S.C.R. 122.

⁵⁰ [1992] 2 S.C.R. 554.

⁵¹ [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

The existence and the extent of the duty of loyalty, as well as its continuation, depend on the actual content of the duties performed."⁵² [Translation]

Just prior to the adoption of the C.C.Q., then, it was established that directors and officers, and in some circumstances employees, of companies were subject to duties of loyalty similar to the common law fiduciary duties set out in *Canadian Aero*, with no need to place these duties in the context of a relationship between a mandator and a mandatory.⁵³

4. Civil Code of Québec

In 1994, the adoption of the new C.C.Q. completely changed the picture where fiduciary duties were concerned.

First of all, articles 6, 7 and 1375 C.C.Q. expressly set out the concept of good faith as a fundamental underlying principle. As well, in order to establish that this good faith is to govern the conduct of parties, the C.C.Q. makes the following, repeated provisions for duties of "loyalty" and "honesty", the nature and extent of which depend on the legal relationship:

- **The administrator of the property of another** (which includes, in particular, the liquidator of a succession, tutor, curator, trustee, sequestrator and manager of co-ownership) shall act honestly and faithfully,⁵⁴ shall act in the best interest of the

⁵² *Ibid.* at 2681ff., LeBel J.

⁵³ See, in particular, *Unisac inc. v. Verret* (28 October 1992), Quebec 200-05-003406-928, J.E. 92-1820 (Sup. Ct.); *Lebel v. Prosig Informatique inc.* (5 January 1995), Quebec 200-09-000444-908, J.E. 95-140 (C.A.); *Voyages Robillard inc. v. Consultour/Club Voyages inc.*, [1994] R.D.J. 178 (Qc. C.A.); *Soniplastics inc. v. Chagnon* (11 July 1995), Montreal 500-05-006872-954, J.E. 95-1673 (Sup. Ct.), (14 February 1996), Montreal 500-09-001223-957, J.E. 96-540 (C.A.); *Voyages Routair inc. v. Hanna* (20 May 1994), Montreal 500-05-003402-948, J.E. 94-1012 (Sup. Ct.); *Bâtiments J.D.L. inc. v. Lamoureux* (25 September 1995), Drummond 405-05-000292-912, J.E. 95-2171 (Sup. Ct.); *Groupe d'assurance Locas inc. v. Locas*, [1999] A.Q. No. 3908 (Sup. Ct.) (QL); *Constructions Denys Garant inc. v. Friolet*, [2001] J.Q. No. 909 (Sup. Ct.) (QL); *Frank White Enterprises Inc. v. 130541 Canada Inc.* (29 May 1995), Montreal 500-09-000047-902, J.E. 95-1233 (C.A.); *Groupe financier Assbec Ltée v. Dion* (12 December 1994), Quebec 200-09-000531-944, J.E. 95-181 (C.A.); *Bergeron v. Roy* (19 June 1995), Quebec 200-05-000927-959, J.E. 95-1405 (Sup. Ct.); and other cases.

⁵⁴ Art. 1309 C.C.Q.

beneficiary,⁵⁵ shall avoid conflicts of interest,⁵⁶ shall declare any actual or potential conflicts of interest,⁵⁷ shall not be party to a contract affecting the property administered or acquire any right in that property,⁵⁸ shall not mingle the property administered with the administrator's own property,⁵⁹ shall not use for the administrator's own benefit the property administered or information obtained from administering the property except with the consent of the beneficiary,⁶⁰ shall be accountable to the beneficiary for all personal profits and benefits, and shall compensate the beneficiary if the administrator uses property without authorization.⁶¹ Here we recognize nearly all the aspects of the common law fiduciary duties;

- **The mandatary**, too, shall act honestly and faithfully,⁶² but is subject to less extensive duties. The mandatary shall act in the best interests of the mandator and avoid conflicts of interest,⁶³ shall not use any property the mandatary is charged with receiving or any information the mandatary obtains for the mandatary's benefit except with the consent of the mandator,⁶⁴ shall not be a party to an act the mandatary agrees to perform for the mandator unless the mandator authorizes it or is aware that the mandatary is a contracting party,⁶⁵ and upon termination of the mandate shall render an account of "everything he has received in the performance of his duties";⁶⁶
- **The partner** is not *a priori* required to act honestly and faithfully, unless the partner acts as a mandatary or administrator of the property of another. That said, the partner shall not compete with the partnership or participate in an activity that deprives

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, art. 1310.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 1311.

⁵⁸ *Ibid.*, art. 1312.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 1313.

⁶⁰ *Ibid.*, art. 1314.

⁶¹ *Ibid.*, art. 1366.

⁶² *Ibid.*, art. 2138.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, art. 2146.

⁶⁵ *Ibid.*, art. 2147.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 2184.

the partnership of property the partner is bound to contribute to it.⁶⁷ In a limited partnership, however, the general partners are bound by the same duties of honesty and loyalty as those binding an administrator of the property of another;⁶⁸

- **The contractor and the provider of services** shall act “in the best interests of their client”,⁶⁹ although the C.C.Q. is silent about their duty of loyalty or honesty. That said, they do have a duty to provide information about the nature of the task and the property and time required,⁷⁰ as well as a duty to give reasons for any price increase;⁷¹
- **The employee** is subject to a duty of loyalty (but, in the French version, no duty of honesty!) and a duty not to use confidential information obtained; these duties continue “for a reasonable time after cessation of the contract”;⁷²
- **The director of an association** is subject to the above-mentioned duties of the mandatary;⁷³ and
- **The director of a corporation (or legal person)** is in the same position⁷⁴ but is, in addition, subject to special duties of honesty and loyalty, which will be examined below.

We can see that the C.C.Q. reintroduced into Quebec law the compartmentalization of the duties of loyalty and good faith according to legal relationship from which the Supreme Court of Canada had just extricated it in *Kuet Leong*. With the adoption of the C.C.Q., it is now necessary to determine whether a person is an “employee”, a “mandatary” or a “director”, for example, in order to ascertain the exact extent of that person’s duties because, as we have just seen, these duties vary with each of these positions.⁷⁵

⁶⁷ *Ibid.*, art. 2204.

⁶⁸ *Ibid.*, art. 2238.

⁶⁹ *Ibid.*, art. 2100.

⁷⁰ *Ibid.*, art. 2102.

⁷¹ *Ibid.*, art. 2107.

⁷² *Ibid.*, art. 2088.

⁷³ *Ibid.*, art. 2270.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 321.

⁷⁵ In *L.N.S. Systems Inc. v. Allard* (4 June 2001), Montreal 500-17-004106-988, J.E. 2001-1277 (Sup. Ct.), however, the Court ignored these distinctions: given an employee’s breach of the duty of loyalty set out in art. 2088 C.C.Q., and relying

Directors of companies are now undoubtedly subject to a dual set of duties of honesty and loyalty: the duties of a “mandatary” and the duties of a “director of a legal person”.

III. Conflicts of interest

Section 122(1)(a) C.B.C.A. requires directors and officers to act “honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation”.

By comparison, article 322 C.C.Q. requires that the director act “with honesty and loyalty in the best interest of the legal person”.

The French words “intégrité” (used in the French version of section 122(1)(a) C.B.C.A.) and “honnêteté” (used in the French version of article 322 C.C.Q.) are synonyms. At first glance, the word “loyalty” appears more demanding than the expression “good faith”, but since the expression “good faith” is linked to the words “with a view to the best interests of the corporation” and since we know that it refers to the common law fiduciary duties, this expression and the word “loyalty” are to the same effect. Indeed, it is impossible for a person required to act in good faith in the best interests of a corporation not to be loyal to it.

The expression “with a view to the best interests of the corporation” appears somewhat more demanding than the expression “in the best interest of the legal person”. This distinction is more pronounced in the English version of section 122(1)(a) C.B.C.A., in which, as we shall see, the words “with a view to” give the duty of loyalty a more subjective connotation that has not been rendered in the French version.⁷⁶

In any case, even if there were a significant distinction between section 122(1)(a) C.B.C.A. and article 322 C.C.Q., it would be of no

on *Kuet Leong*, it required the employee to repay to the employer the profit realized from a competitive activity, a requirement that under the C.C.Q. can be imposed only on a mandatary or a director.

⁷⁶ Carol Hansell, *Directors and Officers in Canada: Law and Practice*, looseleaf (Toronto: Carswell, 1999) vol. 2 at 9-16, emphasizes that the inclusion of the words “with a view to” in the C.B.C.A., as compared with the 1970 Ontario legislation, is of no consequence.

consequence since, under article 300 C.C.Q., article 322 is not applicable to federal business corporations.

Article 324 C.C.Q., which is applicable to federal business corporations, provides, "A director shall avoid placing himself in any situation where his personal interest would be in conflict with his obligations as a director." It codifies the first fundamental principle of fiduciary duties, that is, the prohibition on conflicts of interest (the second fundamental principle being the prohibition on realizing profits).

In Quebec law on companies, this principle is not new.⁷⁷ Quebec courts have unhesitatingly applied this principle to directors of federal business corporations.⁷⁸

A. "With a view to the best interests of the corporation"

A person subject to fiduciary duties shall always act in good faith with a view to the best interests of the beneficiary in performing all the duties related to the fiduciary's role.⁷⁹ The beneficiary of the duties of directors and officers is the corporation itself.

The director shall therefore act with the sole objective of the interests of the corporation, which is a separate legal person, without taking into account the interests of any other person, group or entity.⁸⁰

⁷⁷ *Lagacé v. Lagacé*, [1966] S.C. 489 at 493: "A member of the board of directors shall not act as a director if there is a conflict between the overall interests of the corporation and the personal interest of the director" [translation].

⁷⁸ *Placements Lecomont ltée v. Goulet* (3 September 1996), Montreal 500-09-001005-925, J.E. 96-1833 at 7, Chamberland J. (C.A.): "Of course, the director shall avoid conflicts of interest, when the director's personal interests may run counter to the company's interests" [translation]. What is more strongly prohibited is conflict of interest. Directors shall never place themselves in conflict of interest. The interest of the company is the only interest directors shall protect. Both the federal legislation (*supra*) and article 324 C.C.Q. set out this rule, as is pointed out in *3396541 Canada Inc. v. Placements Mirok inc.*, REJB 2000-17313 at para. 70 (Sup. Ct.).

⁷⁹ *Supra* note 18.

⁸⁰ See Marcel Lizée, "Le principe du meilleur intérêt de la société commerciale en droit anglais et comparé" (1989) 34 McGill L.J. 653.

The director shall not defend either the interests of the group of shareholders who specifically nominated the director, or the interests of the majority of shareholders who elected the director.⁸¹ Indeed, directors are not mandataries of the shareholders: in Quebec, article 321 C.C.Q., which is applicable to federal business corporations, expressly provides that the director is considered the mandatary of the legal person. This point means that the director need not take instructions from shareholders. However, the director may take instructions from a shareholder who nominated the director, if in so doing the director acts in the best interests of the corporation.⁸²

The decision in *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd.*⁸³ established directors' duty to act in good faith in the best interests of "the company as a whole". This expression was subsequently interpreted to mean not a business entity separate from the shareholders, but the shareholders as a comprehensive group.⁸⁴ As an Ontario court affirmed,⁸⁵ the existence of the corporation as a separate entity does not prohibit directors from taking action to promote the personal interests of shareholders as a group.

In an Ontario decision, *Ford Motor Company of Canada Ltd. v. Ontario Municipal Employees Retirement Board*,⁸⁶ the directors of Ford Canada, a subsidiary of Ford U.S., which owned 94% of the shares of Ford Canada, were held to have breached their duty to the

⁸¹ *Spicer v. Volkswagen Canada Ltd.*, [1978] N.S.R. (2d) 496 at 521; 8200099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1992), 3 B.L.R. (2d) 113 at 171ff. (Ont. Gen. Div.); *Balestreri v. Robert* (30 March 1992), Monteval 500-09-001142-850, J.E. 92-533 (C.A.); *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada* (1992), 98 D.L.R. (4th) 509 (Ont. Gen. Div.).

⁸² 8200099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, *ibid.* at 171; *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada*, *ibid.* at 524; *PWA Corp. v. Gemini Group Automatic Distribution Systems Inc.* (1993), 8 B.L.R. (2d) 221 (Ont. Gen. Div.), *aff'd* (1993), 15 O.R. (3d) 730 (C.A.).

⁸³ (1900), 1 Ch. 656 at 671. See also *Clarkson v. Davies* (1923), 1 D.L.R. (n.s.) 113 (P.C.), which states at page 120 that the fiduciary relationship exists between the directors and the corporation, not between the directors and the shareholders.

⁸⁴ *Greenhalgh v. Ardene Cinemas Ltd.* (1951), Ch. 286, (1950) 2 All E.R. 1120.

⁸⁵ *Palmer v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.* (1989), 41 B.L.R. 128 at 138 (Ont. H.C.): "“company as a whole” means ... all of the shareholders, taking no one sectional interest to prevail over the others”.

⁸⁶ 2006 CanLII 15, 79 O.R. (3d) 81 (C.A.).

subsidiary company because they had allowed the parent company, without protest, to put in place and apply for years a transfer pricing system that disproportionately benefited the parent company to the subsidiary's detriment.

There is no rule prohibiting a person from occupying positions as a director of two separate or even competing corporations.⁸⁷ But a director in this position shall avoid using the position in one corporation to promote the other unduly, since the director would then be in breach of the duties of loyalty to the injured corporation and possibly subject to prosecution by that corporation's shareholders.⁸⁸

A priori, directors do not have fiduciary duties toward shareholders.⁸⁹

That said, under common law a director may be held liable for breach of a fiduciary duty toward a shareholder if the director sets up with the shareholder a relationship that meets the criteria set

⁸⁷ *Bell v. Lever Brothers Ltd.*, [1932] A.C. 161; *Atkins & Durbrow Ltd. v. Bell* (1957), 10 D.L.R. (2d) 484; *Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd. (No. 1 & 2)*, [1947] O.R. 928 and 994 (C.A.); *Galea v. Khosravi*, 2000 CarswellOnt 2396 (Sup. Ct.) (WLeC).

⁸⁸ See, for example, *Scottish Co-operative Wholesale Society v. Meyer*, [1959] A.C. 324 at 368; *Re Stewarts (Brixton) Ltd.*, [1985] B.C.L.C. 4 (Ch. D.); *Redekop v. Robco Construction Ltd.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 507; *Westcoast Transmission Co. v. Cullen Detroit Diesel Allison Ltd.* (1991), 45 B.C.L.R. (2d) 296, 48 B.L.R. 17 (B.C.C.A.); *Fraser River Helicopters Inc. v. Pemberton Helicopter Services Ltd.*, *supra* note 27; *Global Fibres Inc. v. Alexander*, *supra* note 27; *Re Brenfield Squash Racquets Club Ltd.* (1996), 2 B.C.L.R. 184 (Ch. D.); *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de) v. Wise* (15 December 1998), Montreal 500-11-002695-944, J.E. 99-318 (Sup. Ct.); *Re Sports Villas Resort Inc.* (1998), 84 A.C.W.S. (3d) 77 (Nfld. S.C.); 3396541 *Canada Inc. v. Placements Mirok inc.*, *supra* note 78.

⁸⁹ See *Percival v. Wright* (1902), 2 Ch. 421; *Allen v. Hyatt* (1914), 17 D.L.R. 7 (P.C.); *Western Ontario Natural Gas Company Limited v. Aikens*, [1946] O.R. 661; *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Bell v. Source Data Control Ltd.* (1988), 66 O.R. (2d) 78 (C.A.); *Trimac Limited v. C.I.L. Inc.*, (1989), 69 Alta L.R. (2d) 113 (Q.B.); *Brant Investments Ltd. v. Keep Rite Inc.* (1991), 3 O.R. (3d) 289 at 301 (C.A.); *Budd v. Gentra Inc.*, [1996] O.J. No. 3515 (Gen. Div.) (QL), *aff'd* [1998] O.J. No. 3109 (C.A.) (QL); *Re Chez Nico (Restaurants) Ltd.* (1992), B.C.L.C. 192 (Ch. D.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Cockwell*, [1997] O.J. No. 4616 (Gen. Div.) (QL); *Stern v. Imasco Inc.*, 1999 CarswellOnt 3546 at paras. 100ff. (Sup. Ct.) (WLeC); *Hovsepian v. Westfair Foods Ltd.*, 2001 CarswellAlta 1113 (Q.B.) (WLeC); *Malcolm v. Transtech Holding Ltd.* (2001), 12 B.L.R. (3d) 66 (B.C.C.A.).

out at the beginning of this paper, by leading the shareholder to buy or sell shares or by misleading the shareholder.⁹⁰

Under Quebec law, a director as such does not have a duty of loyalty toward a shareholder, but may incur such a duty if the director acts as the shareholder's mandatary;⁹¹ a director may also be liable for any extracontractual breach of a duty toward the shareholder, including abuse of rights, fraud,⁹² and breach of the duty of information included in the general duty of good faith.⁹³ Quebec law therefore achieves the same results as common law.

In the specific context of a takeover bid, when it has become obvious that a change of control is imminent and that the corporation is "in play" or "up for sale", United States case law, imitated in this respect by Canadian case law, has established that directors' duties are no longer limited to the corporation, but extend to all the corporation's shareholders: these duties are to maximize the value of the shares by aiming for the most advantageous transaction possible.⁹⁴

⁹⁰ *Gadsden v. Benetto* (1913), 9 D.L.R. 719 (Man. C.A.); *Western Finance Co. Ltd. v. Tasker Enterprises Ltd.* (1980), 106 D.L.R. (3d) 81 (Man. C.A.); *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1 (C.A.); *Coleman v. Myers* (1977), 2 N.Z.L.R. 225; *Vladi Private Islands Ltd. v. Haase* (1990), 96 N.S.R. (2d) 323 (N.S.S.C.); *Re Chez Nico (Restaurants) Ltd.*, *supra* note 89 at 208; *Tongue v. Vencap Equities Alberta Ltd.*, [1994] 5 W.W.R. 674, 14 B.L.R. (2d) 50 (Alta Q.B.); *Maxwell v. MLG Ventures Ltd.* (1995), 40 P.C. (3d) 304 (Ont. Gen. Div.); *MacRae v. Brodeur* (1999), 45 B.L.R. (2d) 126 (Alta Q.B.) (exemption); *Platt v. Platt* (1999), 2 B.C.L.C. 745 (Ch.D.); *Brunninghausen v. Glavanics* (1996), 19 A.C.S.R. 204, (1999), 32 A.C.S.R. 194; *Peskin v. Anderson* (2000), 2 B.C.L.C. 1 (Ch. D.) by analogy; *Private Equity Management Company v. Vianet Technologies Inc.* (2000), 48 O.R. (3d) 294 (Sup. Ct.); *Knight v. Huntingdon* (1999), 4 B.L.R. (3d) 95 (Sask. Q.B.) (existing duty but no breach). See also *Colborne Capital Corp. v. 542775 Alberta Ltd.* (1999), 45 B.L.R. (2d) 21 (Alta. C.A.).

⁹¹ Art. 2138 C.C.Q.

⁹² One good example is *Baxter v. Biotech Electronics Ltd.* (1998), R.J.Q. 430 (C.A.).

⁹³ Art. 6-7 & 1375 C.C.Q.; *Canadian National Bank v. Houle*, *supra* note 49; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, *supra* note 50.

⁹⁴ *Re Olympia & York Enterprises Ltd. v. Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *Rogers Communications Inc. v. MacLean Hunter Ltd.*, [1994] O.J. No. 408 (Gen. Div.) (Q.L.); *Benson v. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1993), 13 B.L.R. (2d) 265 (Ont. C.J.); *Armstrong World Industries Inc. v. Arcan* (1998), 36 B.L.R. (2d) 171 (Ont. Gen. Div.); *CW Shareholdings Inc. v. WIC Western International Communications Ltd.* (1998), 160 D.L.R. (4th) 131 (Ont. Gen. Div.); *Pente Investment Management Ltd. v. Schneider Corp.* (1998), 40

Directors' fiduciary duties are to the corporation, not to the corporation's creditors.⁹⁵ The corporation's creditors have no direct remedy against directors in case of breach of these duties.⁹⁶ At most, the corporation's creditors have available a derived remedy on behalf of the corporation; however, if the corporation declares bankruptcy, the trustee who takes control of its operations may prosecute the directors at fault on the corporation's behalf, either on the basis of their fiduciary duties or under section 100 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* (reviewable transactions between the bankrupt and related persons during the 12 months preceding the bankruptcy).⁹⁷ Canadian and Quebec law are distinguished from the laws of Com-

B.L.R. (2d) 244 (Ont. Gen. Div.), aff'd (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.) as *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.*; *Gazit (1997) Inc. v. Centrefund Realty Corp.* (2000), 8 B.L.R. (3d) 81 (Ont. Sup. Ct.); *Sepp's Gourmet Foods Ltd. (Re)*, 2002 CarswellBC 22 (C.A.) (WLeC).

⁹⁵ *Clarkson v. Davies* (1923), A.C. 100, 3 W.W.R. 913 (P.C.); *Poole, Jackson & White's Case* (1978), 9 Ch. D. 322 (C.A.); *Re Wincham Shipbuilding Boiler and Salt Co.* (1878), 9 Ch. D. 322 (C.A.) at 328; *Wilson v. Bury* (1880), 5 Q.B.D. 518 (C.A.); *Ferguson v. Wilson* (1866), L.R. 2 Ch. App. 77; *A.G. Canada v. Standard Trust* (1911), A.C. 498; *Bath v. Standard Land Co. Ltd.* (1911), 1 Ch. 618 (C.A.); *Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.* (1980), 270 R. (2d) 352; *Multinational Gas and Petrochemical Co. v. Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd.* (1983), 2 All E.R. 563; *Kuwait Asia Bank v. National Mutual Life Nominees Ltd.* (1990), 3 All E.R. 404 (P.C.) at 420. See, however, *Re Trizec Corp.* (1995), 20 B.L.R. (2d) 202 (Alta Q.B.) at 214, and *Re London, New York & Paris Association of Fashions Ltd.* (1982), 40 C.Q.B. (n.s.) 127 (Nfld. T.D.) at 131, in which the court appears to recognize some duty toward creditors in case of insolvency.

⁹⁶ *Bank of Toronto v. Cobourg Ry* (1885), 10 O.R. 376 (C.A.); *Western Finance Company Ltd. v. Tasker Enterprises Ltd.*, [1980] 1 W.W.R. 323, 106 D.L.R. (3d) 81 (Man. C.A.). See, however, the recent case law allowing an unpaid creditor to use "application to the court concerning oppression" to obtain compensation from directors when the directors knowingly allowed payments to related persons (usually themselves), thus rendering the corporation unable to pay its debts: *Prime Computer of Canada Ltd. v. Jeffrey* (1992), 6 O.R. (3d) 733; *Fogal Legwear of Switzerland, Inc. v. Garoneli*, [1995] O.J. No. 3022 (Gen. Div.) (QL); *Heap Noseworthy Ltd. v. Didham* (1997), 29 B.L.R. (2d) 279 (Nfld. S.C.); *Sidaplex-Plastic Suppliers Inc. v. Elta Group* (1996), 131 D.L.R. (4th) 399, aff'd (1998), 162 D.L.R. (4th) 367 (Ont. C.A.) and, most importantly, *SCI Systems, Inc. v. Gornitzki, Thompson & Little Co.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 300 (Ont. Gen. Div.) and *Gignac, Sutts and Woodhall Construction Co. v. Harris* (1998), 36 B.L.R. (2d) 210 (Ont. Gen. Div.).

⁹⁷ *Weber Feeds Ltd. v. Weber*, *supra* note 26; *Clarkson Company Limited v. White* (1980), 32 C.Q.B. (n.s.) 25 (N.S.S.C.); *Peoples*, *supra* note 88. See below.

monwealth countries⁹⁸ and United States law,⁹⁹ which impose fiduciary duties to creditors on directors of insolvent corporations.¹⁰⁰

There is a school of thought in English Canadian law calling for corporations and their officers to take responsibility for the interests not only of the corporation itself, but also of other stakeholders whose fate is closely related to that of the corporation, such as employees, creditors, customers, suppliers, and the community as a whole.¹⁰¹ This school of thought reflects a debate in United States law that has led to the adoption by certain states of “constituency legislation” expressly recognizing the interests of stakeholders other than shareholders. This concept, although attractive in many ways, is not at present reflected in Quebec or Canadian legislation or case law¹⁰² on directors’ duties and liabilities.

⁹⁸ *Walker v. Wimbourne* (1976), 50 A.J.L.R. 446, 137 C.L.R. 1; *Multinational Gas v. Multinational Services* (1983), Ch. 258 (C.A.); *Nicholson v. Permakraft (N.Z.) Ltd.* (1985), N.Z.L.R. 242; *Hilton International Ltd. v. Hilton*, [1989] 1 N.Z.L.R. 442 (H.C.); *Kinsella v. Russell Kinsella Pty* (1986), 4 A.C.L.C. 215, 4 N.S.W.L.R. 722; *Lonhro Ltd. v. Shell Petroleum* (1980), 1 W.L.R. 627; *Re Horsley and Weight Ltd.* (1982), Ch. 442, 3 All E.R. 1045 (C.A.); *Winkworth v. Edward Baron Developments Co. Ltd.* (1986), 1 W.L.R. 1512 (H.L.); *West Mercia Safetywear Ltd. v. Dodd*, [1988] B.C.L.C. 250; *Brady v. Brady*, [1988] B.C.L.C. 20 at 40; *Facia Footwear Ltd. v. Hinchliffe*, [1998] 1 B.C.L.C. 218; *Colin Guryer & Associates Ltd. v. London Wharf (Limehouse) Ltd.*, [2003] 2 B.C.L.C. 153 (Ch. D.). See, however, *Yukong Line of Korea v. Rendsburg Investments Corp. of Liberia* (1998), 4 All E.R. 82, and *Spies v. R.* (2000), 173 A.L.R. 529 at S54 (H.C.), *contra*.

⁹⁹ *Simons v. Cogan*, 549 A.2d 300 (Del. Ch. 1988); *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Communications Corp.*, 1991 Del. Ch. LEXIS 215 C.A. 12150; *Geyer v. Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784 (Del. Ch. 1995). See Royce de R. Barondes, “Fiduciary Duties of Officers and Directors of Distressed Corporations” (1998) 7 Geo. Mason L. Rev. 45.

¹⁰⁰ See David Thomson, “Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty Not to Oppress?” (2000) 58 U.T. Fac. L. Rev. 31, calling for this type of fiduciary duty to be rejected.

¹⁰¹ See, in particular, the symposium on the “Corporate Stakeholder Debate” (1993) 43 U.T.L.J. 297; and Janis Sarra, “Corporate Governance Reform: Recognition of Workers’ Equitable Investments in the Firm” (1999) 32 Can. Bus. L.J. 384.

¹⁰² Possible exceptions are a passage favouring taking employees’ interests into account in *Teck Corporation Ltd. v. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288 at 313 (B.C.S.C.) [*Teck Corporation*]; and a passage on the interests of the public, in the very specific case of corporations holding privileges from the Crown, in *Saratoga Utilities v. Long*, [1998] B.C.J. No. 772 (S.C.) (Q.L.). The *Dickerson Report*, *supra* note 2 at para. 241 recommended that no legislative amendments on this point be made, and that defining the concept of the best interests of society be left to the courts.

The recent decision in *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of)*,¹⁰³ in which the Wise brothers were ordered to pay \$6 million to Peoples' trustee in bankruptcy on the combined basis of section 100(2) of the *Bankruptcy Act* and section 122 C.B.C.A., is a turning point where this concept is concerned: in this decision, the Court expressly endorses the concept of creditors as stakeholders in the corporation, as has been developed in the case law of England, Australia and New Zealand.¹⁰⁴

This position, which was in fact in the nature of an *obiter*, was immediately held to be questionable and undesirable. As an Ontario judge put it:

"Where corporate assets are converted for improper purposes, the corporation has a cause of action against the wrongdoer for the value of those assets. The amount recovered would then be applied to secured and unsecured creditors in accordance with the various priorities to which each was entitled ...

To permit an unsecured creditor to sue a director personally for breach of fiduciary duty in these circumstances enables that creditor to leap in the queue and ignore the competing claims which would otherwise attach to a recovery that in reality belongs to the corporation. It would be undesirable for a plaintiff to recover dramatically different amounts, depending on whether he started a derivative action on behalf of the corporation or sued a director for breach of trust."¹⁰⁵

¹⁰³ (15 December 1998), Montreal 500-11-002695-944, J.E. 99-318 (Sup. Ct.), [2003] R.J.Q. 766 (C.A.), [2004] 3 S.C.R. 461, commented on by Stéphane Rousseau, (2000) 102 R. du N. 7 and (2004) 39 Can. Bus. L.J. 368, and by Thomson, *supra* note 100; Edward M. Iacobucci, (2002) 36 Can. Bus. L.J. 337 et (2004) 39 Can. Bus. L.J. 398; Wayne D. Gray, (2003) 39 Can. Bus. L.J. 242; Brian Morgan & Harry Underwood, (2004) 39 Can. Bus. L.J. 336 ; Janis P. Sarra, Stéphane Rousseau et Jacob S. Ziegel, in *Annual Review of Insolvency Law 2003* (Toronto: Carswell, 2004) at 67, 121 & 133 and other authors in "Symposium on the Supreme Court's judgment in the Peoples Department Stores case" (2004) 41 Can. Bus. L.J. 167.

¹⁰⁴ At paragraph 200, the Court stated, "We agree with the thrust of those judgments and find that Canadian Corporate Law should evolve in that direction." This decision is discussed in *Canbrook Distribution Corp. v. Borins* (1999), 45 O.R. (3d) 565 (Ont. Sup. Ct.), in *Comeault v. Bird* (2002), 27 B.L.R. (3d) 154 (Ont. Sup. Ct.) and also by Christopher C. Nicholls in "Liability of Corporate Officers and Directors to Third Parties" (2001) Can. Bus. L.J. 1 at 30.

¹⁰⁵ *Comeault v. Bird* (2002), *supra* note 104, at 159ff, Pardu J.

It was overturned by the Quebec Court of Appeal, which wrote:

“... I believe that, by advocating the extension of this doctrine to Canadian law, the trial judge is invading Parliament’s area of intervention since the doctrine establishes a regime of general liability of directors that favours third parties adversely affected by the directors’ acts of management. I am not inclined to follow his approach.

In 1976, the federal statute was thoroughly revised without an explicit acceptance by Parliament of the principle of directors’ general liability to third parties. I say apparently, because such a departure from traditional thinking would, in my opinion, have required express and clear wording. Nothing of the sort is to be found in the legislation passed by Parliament.

It is true that in recent decades the courts’ role has evolved and that judges are sometimes given a role similar to the one that our democratic system has traditionally given to its elected officials. This is the case with the fundamental rights entrenched in the Canadian Charter of Rights and Freedoms. It must not be forgotten, however, that it is only by exception that the courts are called on to shape and, indeed, create law, since their basic role is rather to apply the law and sanction the intent expressed in the law.

In the case at bar, I am therefore of the view that it is not for the courts to decide whether to make changes to corporate law that Parliament did not see fit to introduce in its reform.”¹⁰⁶ [Translation]

The Court of Appeal rejected the theory that impending bankruptcy can be the basis for the creation of an interest of the creditors in the management of the company:

“I feel a great reluctance to associate the creditors’ rights with those of the shareholders, even in the case of an impending bankruptcy. I note in passing that the company’s assets do not belong to the shareholders, even from a practical point of view, and I find it hard to see why they would belong to the creditors more just because a bankruptcy is in sight. The affirmation in this extract¹⁰⁷ I find, at first view, excessively

¹⁰⁶ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of)*, [2003] R.J.Q. 796 at paras. 93ff. (C.A.).

¹⁰⁷ The court refers to the following passage from a United Kingdom decision *West Mercia Safetywear Ltd. (Liquidator of) v. Dodd* (1988), 4 B.C.C. 30 at 33 (C.A.): “But where a company is insolvent the interests of the creditors intrude. They become prospectively entitled, through the mechanism of liquidation, to displace the power of the shareholders and directors to deal with the company’s assets. It is in a practical sense their assets and not the shareholders’ assets

over broad in Canadian law, even though I can imagine that the creditors' interest in how the directors are managing the company might intensify with the imminence of a bankruptcy."¹⁰⁸ [Translation]

The decision of the Court of Appeal does not appear to have closed the matter in Canada with respect to directors' duty to the creditors of an insolvent company. In the Ontario decision in *Dylex Ltd. (Trustee of) v. Anderson*,¹⁰⁹ the Court stated:

"Although the Quebec Court of Appeal recently overturned the decision in *Peoples Department Stores* ..., it remains to be seen whether it will be followed in other jurisdiction or whether other Canadian courts will follow the lead of the British, Australian and New Zealand courts."

The Ontario case of *Millgate Financial Corp v. BCED Holdings Ltd.*¹¹⁰ considered the issue at length and concluded that in a conflict of interest situation the directors' duty is owed to the company and not to its shareholders or creditors directly. Both the latter, the Court noted, have a derivative action available to them in the event that these duties are breached.¹¹¹

The Supreme Court of Canada, in *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*,¹¹² sought to finally resolve the "stakeholder debate", stating:

"... 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: ... However, the courts have long recognized that various other factors may be relevant in determining

that, through the medium of the company are under the management of the directors pending either liquidation, return to solvency, or the imposition of some alternative administration."

¹⁰⁸ *Peoples*, *supra* note 106 at 811.

¹⁰⁹ (2003), 32 B.L.R. (3d) 295 at 303, 63 O.R. (3d) 659 at 667, Lederman J. (Ont. Sup. Ct.).

¹¹⁰ (2004), 47 C.B.R. (4th) 278 (Ont. Sup. Ct.).

¹¹¹ *Ibid.* at 305. For comments on this extension of "interests of the corporation", see Wayne D. Gray, "A Solicitor's Perspective on *Peoples v. Wise*" (2004) 41 Can. Bus. L.J. 184; Ian B. Lee, *Peoples Department Stores v. Wise* and the "Best Interests of the Corporation" (2004) 41 Can. Bus. L.J. 212.

¹¹² *Supra* note 17.

what directors should consider in soundly managing with a view to the best interests of the corporation ...

... 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."¹¹³

The Supreme Court of Canada clearly established that the directors' duty of loyalty does not extend to the creditors of the company, at least as far as federal business corporations are concerned: creditors of these companies have extensive remedies under the *Canada Business Corporations Act*, the main one being the "oppression remedy" in section 241.

"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 remedy undermines any perceived need to extend the fiduciary duty imposed on directors by s. 122(1)(a) of the CBCA to include creditors."¹¹⁴

The fact that a company is "in the vicinity of insolvency" does not alter the directors' duty of loyalty, according to the Court:

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

¹¹³ *Ibid.* at para. 42. The court refers to *Teck Corp. v. Millar* (1972), 33 D.L.R. (3d) 288 at 314 (B.C.S.C.) and *Re Olympia & York Enterprises Ltd. v. Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 at 271 (H.C.).

¹¹⁴ *Peoples*, *supra* note 17 at para. 51. See also paragraph 53. The American law which recognizes this principle makes the following limitation: "A board may have regard for various constituencies in discharging its responsibilities, provided there are rationally related benefits accruing to the stockholders": *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings*, 506 A.2d 173 at 182 (Del. Sup. Ct. 1985). Canadian corporate law as well as American law remains governed by the "shareholder primacy model". See Jeffrey G. MacIntosh, "The End of Corporate Existence: Should Boards Act as Mediating Hierarchs? A comment on Yealder" in *Queen's Annual Business Law Symposium 2002* (Kingston: Queen's University Publishing, 2004) at 37ff.

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."¹¹⁵

However, this does not mean, the Court said, that directors cannot incur liability to the creditors. As seen in the part of this study that dealt with the directors' duties of prudence and diligence, the Supreme Court of Canada thinks that a breach by the directors of their duty of diligence can make them extracontractually liable to the creditors, based on article 1347 *Civil Code of Québec*.

Although directors do not have duties toward stakeholders that, if breached, can make directors liable, nothing prevents directors from taking stakeholders' interests into account in making their decisions, assuming the stakeholders' interests are compatible with the corporation's interests. The study we shall now undertake of the doctrine of proper purpose and the rejection of that doctrine in favour of the "fiduciary duty approach" shows that directors do exercise

¹¹⁵ *Peoples*, *supra* note 17 at paras. 43-46.

this latitude and that it is not necessary to amend the legislation in order to give it to them.

B. Abuse of office

Directors' duty to act "in good faith with a view to the best interests of the corporation" requires them to resist the temptation to use the considerable powers vouchsafed to them under the legislation to obtain advantages for themselves personally or for persons other than the corporation.

The legal authorities and the case law on the exercise of directors' powers, and specifically directors' power to issue shares, have developed the doctrine of "proper purpose",¹¹⁶ according to which an action by directors that exceeds their powers may be rescinded if the purpose or intent behind that allegedly legal action was not to serve the interests of the corporation.

This doctrine has found varying and sometimes conflicting expressions, a situation that has led one judge to describe this field of law as "a morass of conflicts and inconsistencies".¹¹⁷

A first group of authorities holds that directors shall act solely in the best interests of the corporation, and that any decision the main purpose of which is to influence control of the corporation is in pursuit of an improper purpose and shall be rescinded even if the directors believed in good faith that the decision was in the best interests of the corporation. Any purpose incompatible with the corporation's interests (a collateral purpose) taints the decision and makes it vulnerable to attack. These authorities' approach is exemplified in *Hogg v. Cramphorn Ltd.*,¹¹⁸ *Exco Corporation v. Nova Scotia*

¹¹⁶ See Hansell, *supra* note 76 at 9-27ff.; Bruce Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1991) at 336ff.; H.R. Nathan & M.E. Voore, *Corporate Meetings* (Toronto: Carswell, 1992) at 6-6; Kevin Patrick McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (Toronto: Butterworths, 1999) at 691ff.

¹¹⁷ *Exco Corporation v. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149 (N.S.S.C.), Richard J. at 255: "A morass of conflicts and inconsistencies".

¹¹⁸ [1967] Ch. 254, recently cited with approval in England in *Regentcrest PLC v. Cohen*, [2001] 2 B.C.L.C. 80 (Ch. D.).

Savings & Loan Co.,¹¹⁹ and *Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd.*¹²⁰

The *Dickerson Report* proposed that the draft legislation includes the words “with a view to the best interests of the corporation”, with the express purpose of eliminating this doctrine of proper purpose.¹²¹

By contrast, a second group of authorities considers that directors may exercise their powers with any purpose they consider appropriate, provided that the thrust of the purpose is to serve the interests of the corporation. Carol Hansell¹²² calls this view the “fiduciary duty approach”; it corresponds to what was sought in the *Dickerson Report*. This approach takes as its starting point *Teck Corporation Ltd. v. Millar*,¹²³ in which issuing shares in order to favour a contracting third party at the expense of another with a less solid reputation was considered not to be based on an improper purpose. The Court stated that a purpose is improper only if its thrust is not to serve the interests of the corporation. This broader approach to the doctrine of proper purpose has been adopted in a number of subsequent decisions,¹²⁴ including two decisions by Quebec courts.¹²⁵

A better approach than trying to determine whether, objectively speaking, an action is “with a view to the best interests of the cor-

¹¹⁹ *Supra* note 117.

¹²⁰ (1974), A.C. 821.

¹²¹ *Supra* note 2 at paras. 238ff.

¹²² *Supra* note 76.

¹²³ (1973), 2 W.W.R. 385, 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.)

¹²⁴ See, in particular, *Re Royal Trustco Ltd. (No. 3)* (1981), 14 B.L.R. 307 (Ont. H.C.); *Northern & Central Gas Corporation Ltd. v. Hillcrest Collieries Ltd.* (1976), 1 W.W.R. 481 (Alta. Sup. Ct.); *Stevens v. Home Oil Co. Ltd.* (1980), 28 A.R. 331 (Q.B.); *Olson v. Phoenix Industrial Supply Ltd.* (1984), 26 B.L.R. 183 (Man. C.A.); *Re Goldstream Resources Ltd.* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 244 (Sup. Ct.); *Re Olympia & York Enterprises Ltd. v. Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254; *8200099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, *supra* note 81; *Starcom International Optics Corporation v. Macdonald*, [1994] B.C.J. No. 548 (B.C.S.C.) (Q.L); *Mutual Life Insurance of New York v. Rank Organization Ltd.*, [1985] B.C.L.C. 11; *Re ASI Holdings Inc.* (1997), 28 B.L.R. (2d) 74 at 80 (Nfld. S.C.); *Oppenheimer & Co. v. United Grain Growers Ltd.* (1998), 2 W.W.R. 9 (Man. Q.B.); *Rooney v. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. No. 3077 (Gen. Div.) (Q.L).

¹²⁵ *Forget v. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.* (21 January 1999), Montreal 500-05-006845-943, J.E. 99-422 (Sup. Ct.); and *Turgeon v. Carboneau* (7 December 2001), Quebec 200-05-010440-985, J.E. 2002-198 (Sup. Ct.), aff'd [2003] J.Q. No. 16319 (Q.L), considered at page 195 below.

poration” and not in the interests of any other person (the doctrine of proper purpose) is to try to determine whether, subjectively speaking, in the minds of the directors the action is primarily in the best interests of the corporation (the fiduciary duty approach), regardless of whether the action is also in the interests of another person.

On the basis of this approach, the proper use of directors’ powers prohibits them from using these powers to issue shares to themselves or their friends at a discount or on terms more favourable than those granted to other shareholders, to gain or retain control of the votes, or to give votes to selected persons. Nor may directors refuse to transfer shares in order to serve particular interests such as their own interests: it must be possible to justify such a refusal in the best interests of the corporation.¹²⁶

Exercising power in the best interests of the corporation does not guarantee that a decision will not be vulnerable to attack; such a decision may be vulnerable to remedy under section 241 C.B.C.A. (“application to the court concerning oppression”) if it harms or is unfair to a “complainant”.¹²⁷

An additional factor that may play a role in the courts’ treatment of challenges to directors’ acts on the ground that the purpose of the acts was incompatible in part with the directors’ fiduciary duties is the emergence in Canadian law of a trend to apply the “business judgment rule” of United States law. Under this rule, directors are presumed to have acted in good faith and in the honest belief that their acts are in the best interests of the corporation, and the courts will not intervene unless the complainant provides sufficient evidence to rebut this presumption.

[The business judgment rule] is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the

¹²⁶ *In re Smith & Fawcett Ltd.*, [1942] 1 Ch. 304 (C.A.); *Teck Corporation*, *supra* note 102; and the case law cited in Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 28 at 16-5, note 14. In Quebec, see *Brosseau (Syndic de)* (28 March 1990), Montreal 500-09-001547-868, J.E. 90-618 (C.A.) and the recent decision in *Nardone v. Raichle Sport Holding, AG* (7 November 2001), Montreal 500-22-044376, J.E. 2001-2203 (C.Q.).

¹²⁷ *Brant Investments Ltd. v. Keep Rite Inc.*, *supra* note 89 at 301ff.; *8200099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, *supra* note 81 at 178, 181; *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 at 190ff. (C.A.).

best interests of the company. Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.”¹²⁸

Recent case law shows that Canadian and Quebec courts have given a cordial reception to this United States approach,¹²⁹ which leaves little room for the doctrine of proper purpose.

As indicated in the part of this study concerning directors’ duty of prudence and diligence, the Supreme Court of Canada, in *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*,¹³⁰ gave an official accolade to the American-style “business judgment rule”.

It must be clearly understood that the “business judgment rule” is used in the United States to protect directors from allegations that they have breached their duties of prudence and diligence rather than their duty of loyalty. The proof of this is that, if it is shown that the directors have an interest in a transaction (“self-dealing” or “being on both sides”, as the Americans say), the presumption in their favour is rebutted and the transaction is subject to the “entire fairness standard”.¹³¹ The directors then have the burden of proving that they are acting in the best interests of the company and that the transaction is equitable from two aspects: “fair dealing” and “fair price”.¹³² However, in two scenarios, the burden of proof can be shifted to the plaintiff:¹³³ if the transaction is approved by an independent and

¹²⁸ *Aronson v. Lewis* (1984), 473A.2d 805 at 812 (Del. Super. Ct., 1984).

¹²⁹ *Re 347883 Alberta Ltd. and Producers Pipeline Inc.* (1991), 4 W.W.R. 577 at 594 (Sask. C.A.); *Schafer v. International Capital Corp.* (1997), 5 W.W.R. 98 at 105 (Sask. Q.B.); *Main v. Delcan Group Inc.*, [1999] O.J. No. 1961 (Sup. Ct.) (Q.L); *Stern v. Imasco Ltd.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 198 at para. 54 (Ont. Sup. Ct.); *CW Shareholdings Inc. v. WIC Western International Communications Ltd.*, *supra* note 94; *Maple Leaf*, *supra* note 127; *Gazit (1997) Inc. v. Centrefund Realty Corp.*, *supra* note 94; *Renegade Capital Corp. v. Schwalz* (2003), 36 B.L.R. (3d) 294 (Ont. Sup. Ct.); *Golden Star Resources Ltd. v. IAMGold Corporation*, [2004] O.J. No. 2869 (Sup. Ct.) (Q.L); *McEwen c. Goldcorp. Inc.*, [2006] O.J. No. 4265 (Sup. Ct.) (Q.L). In Quebec, *Forget v. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*, *supra* note 125 and *Turgeon v. Carboneau*, *supra* note 125.

¹³⁰ 2004 CSC 68.

¹³¹ *Cinérâma Inc. v. Technicolor Inc.*, 663 A.2d 1156 at 1162-64 (Del Sup. Ct. 1995); *In re Tri-Star Pictures Inc. Litigation*, 634 A.2d 319 at 333 (Del. Sup. Ct. 1993).

¹³² *Kahn v. Lynch Communication Systems Inc.*, 638 A.2d 1110 at 1115 (Del. Sup. Ct. 1994); *Weinberger v. UOP Inc.*, 457 A.2d 701 at 710 (Del. Sup. Ct. 1983).

¹³³ *Emerald Partners v. Berlin*, 726 A.2d 1215 (Del. Sup. Ct. 1999).

fully informed committee of directors with real power to negotiate and freedom to negotiate at arm's length¹³⁴ or if it is approved by a fully informed vote of the "majority of the minority" of the shareholders.¹³⁵

To benefit from the protection of the "business judgment rule", directors systematically rely on the "process" to constitute a committee of independent directors when they have to decide on transactions where they could be charged with conflict of interest.

This "process" has already found an echo in Canadian law. Not only is it expressly imposed by securities authorities on Canadian issuers making "going private transactions" and "related party transactions",¹³⁶ but it is also commonly used, with the blessing of the courts, in mergers and acquisitions. The fact that the directors used an independent committee will prompt a court to more easily find that a transaction is fair and disinterested.¹³⁷

In *Peoples*, it is striking and even surprising that the "business judgment rule" was used to exonerate the Wise brothers, the directors who were sued, when they were also the directors and, indirectly, shareholders of the parent company that was a party to the transaction. Their interest in the transaction could, in light of the above-mentioned principles, very well have cost them the benefit of the "business judgment rule" and imposed the burden on them to demonstrate that the transaction under review (and, in particular, the fact that they continued to deliver goods without payment) was in *Peoples'* interest.

The Supreme Court of Canada in that regard held that the fact that the directors and officers received personal benefits was not

¹³⁴ *Weinberger v. UOP Inc.*, *supra* note 132; *Kahn v. Tremont Corp.*, 694 A.2d 422 at 428 (Del Sup. Ct. 1997).

¹³⁵ *Rosenblatt v. Getty Oil Co.*, 493 A.2d 929 at 937 (Del. Sup. Ct. 1985).

¹³⁶ Rule 61-501 of the Ontario Securities Commission; Regulation Q-27 de l'Autorité des marchés financiers du Québec.

¹³⁷ See for example *Brant Investments Ltd. v. Keep Rite Inc.*, *supra* note 89; *General Accident Assurance Co. of Canada v. Lornex Mining Corp.* (1988), 40 B.L.R. 299 (Ont. H.C.); compare to *Palmer v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.* (1989), 41 B.L.R. 120 (Ont. Div. Ct.); *Westfair Foods Ltd. v. Watt* (1990), 48 B.L.R. 43 (Alta. Q.B.), 79 D.L.R. (4th) 48 (Alta. C.A.); *Stern v. Imasco Ltd.*, *supra* note 129 and *Golden Star*, *supra* note 129, where the absence of a committee has weighted against the corporation.

necessarily a sign that they had breached their “fiduciary” duties, stating:

“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.” (para. 39)

In this passage confirms the Supreme Court’s rejection of the “proper purpose” doctrine according to which an act that benefits the directors, even incidentally, constitutes a breach of their fiduciary duty.

As shareholders of the parent company, the Wise brothers had drawn an indirect benefit from their shares, but no direct personal benefit. This was not enough to find that they had breached their duty of loyalty.

“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.” (para. 40)

“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.” (para. 41).

In Quebec, as we have seen, article 322 C.C.Q. imposes on directors the duty to act “in the best interest of the legal person”. Although at first glance the wording of this article is more compatible with the doctrine of proper purpose than with the fiduciary duty approach, Quebec courts are unlikely to favour a doctrine that

Canadian common law has abandoned.¹³⁸ Nor, in any case, may they apply that doctrine to federal business corporations, concerning which section 122(1)(a) C.B.C.A. takes precedence.

C. Disclosure of potential conflicts of interest

Under the common law rule, a fiduciary wishing to keep personal profits obtained from the fiduciary's position or wishing to hold interests in contracts with the beneficiary shall fully disclose to the beneficiary the existence and the nature of the profits or interests for the beneficiary's authorization, absent which the fiduciary shall return the profits to the beneficiary or the beneficiary shall set aside the contract.

The C.B.C.A. addresses disclosure of directors' and officers' interests only in section 120, dealing with contracts with the corporation. The C.B.C.A. does not expressly require disclosure of interest in other circumstances, and does not require disclosure of potential conflicts of interest.

In Quebec, article 325 C.C.Q., like section 120 C.B.C.A., requires a director with an interest in a contract to disclose that interest; these two provisions are examined below. However, article 324 C.C.Q. goes farther, requiring a director to disclose to the legal person "any interest¹³⁹ he has in an enterprise or association that may place him in a situation of conflict of interest and of any right¹⁴⁰ he may set up against it, indicating their nature and value, where applicable".¹⁴¹ Article 324 adds that this declaration shall be recorded in the minutes of the proceedings of the board of directors.

To the extent that article 324 C.C.Q. is applicable to federal business corporations in completing the C.B.C.A., something that seems possible given the silence of the C.B.C.A. on this point, we may consider that article 324 adds to the duties of federal business corporations' directors (although not to those of their officers).

¹³⁸ See, for example, the decisions cited *supra* note 125.

¹³⁹ For example, shares, or a contract for services.

¹⁴⁰ For example, a debt, or an option.

¹⁴¹ See, by analogy, *Griffin v. Rexfor* (10 September 1993), Quebec 200-05-000664-917, J.E. 93-1794 (Sup. Ct.); *Bélanger v. Brosseau*, [1997] R.J.Q. 450 (Sup. Ct.) (interest not necessarily pecuniary).

A director who fails to disclose to the board of directors that person's potential conflicts of interest as required by article 324 C.C.Q. may incur the sanction provided for in article 329, which appears to apply to directors of federal business corporations: possible prohibition by the court from holding office as a director for up to five years. However, this sanction for having "failed to fulfil his obligations as a director" is applicable only if the breach occurred "repeatedly". The C.C.Q. provides for no additional sanctions.¹⁴²

D. Personal profits

1. Common law principles

Under common law, the fiduciary shall not realize any direct or indirect personal profits from the fiduciary's position. Any personal profits or gains the fiduciary realizes shall belong to the beneficiary and shall be returned to the beneficiary, unless the beneficiary authorizes the fiduciary to keep them with full knowledge of all the facts and without undue influence.¹⁴³

Returning profits is not compensatory and has nothing to do with injury suffered by the fiduciary. Returning profits requires the fiduciary to return to the beneficiary all profits (after deduction of reasonable expenditures)¹⁴⁴ the fiduciary is deemed to have realized on behalf of the beneficiary.

¹⁴² Quebec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – le Code civil du Québec*, vol. 1 (Quebec : Publications du Québec, 1993) at 219 [*Commentaires du ministre de la Justice*]; Quebec's Minister of Justice states that article 326 "establishes the possible sanctions for breach of the duties set out in articles 323 to 325" [translation]. The actual wording of article 326 concerning disclosure of "an acquisition or a contract" does not permit such a broad interpretation and is applicable only to a breach of article 325. In *Gauvin v. Centre de vacances familiales de Frampton inc.* (28 September 1998), Beauce 350-05-000018-968, J.E. 98-2318 (Sup. Ct.), the Court rightly stated at page 6, "... article 324 of the C.C.Q. does not make it possible to invoke a breach on the basis of any conflict of interest" [translation].

¹⁴³ See *supra* note 21.

¹⁴⁴ In corporate law, see, for example, *China Software Corporation v. Leimbigler* (1989), 27 C.P.R. (3d) 215 (B.C.S.C.); *Slate Ventures Inc. v. Hurley* (1996), 27 B.L.R. (2d) 41 (Nfld. S.C.), *aff'd* (1997), 37 B.L.R. (2d) 138 (Nfld. C.A.).

The beneficiary has available the mechanism of the constructive trust to recover the beneficiary's property or the profits realized by the fiduciary: the beneficiary is deemed to be the owner of this property or these profits, and the beneficiary's title may affect the fiduciary's unsecured creditors; as well, persons who knowingly cooperate with a fiduciary who is in breach of the fiduciary's duties are deemed to assume the same duties and liability as the fiduciary.

These principles are applicable even if it is established that the beneficiary could not have realized the profits alone, or incurred no losses.¹⁴⁵

In corporate law, *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*¹⁴⁶ showed that a corporation may obtain a return of profits from its directors if it establishes that the profits resulted from a transaction made possible by the directors' favoured position and their access to certain information.¹⁴⁷ Must not the issues of whether there was fraud or bad faith, whether the corporation was injured, and whether the return of the profits provided shareholders with a windfall also be taken into account?¹⁴⁸

"The rule of equity which insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account for that profit, in no way depends on fraud, or absence of bona fides; or upon such questions or considerations as whether the profit would or should otherwise have gone to the plaintiff, or whether the profiteer was under a duty to obtain the source of profit for the plaintiff, or whether he took a risk or acted as he did for the benefit of the plaintiff, or whether the plaintiff has in fact been damaged or benefited by his action. The liability arises from the mere fact of a profit having, in the stated circumstances, been made. The profiteer, however honest and well-intentioned, cannot escape the risk of being called upon to account." (Emphasis added.)

¹⁴⁵ *Keech v. Sanford* (1726), 25 E.R. 223; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra* note 14; *Weber Feeds Ltd. v. Weber*, *supra* note 26; *Roper v. Murdoch* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 385 (S.C.) (bankruptcy of corporation).

¹⁴⁶ *Supra* note 13.

¹⁴⁷ In *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, and *Peso Silver Mines Ltd. v. Cropper*, *supra* note 14, for example, the link between the profits and the director's favoured position was not established and the return of the profits was disallowed.

¹⁴⁸ The decisions in *Abbey Glen Property Corp. v. Stumborg*, *supra* note 26, and *Balaban v. Bryndon Ventures Inc.*, [1994] 1 W.W.R. 398 (Alta Q.B.), provide examples of windfalls. That said, *Hoffman Products Ltd. v. Karr* (1989), 70 O.R. (2d) 789 (H.C.), *aff'd* 71 O.R. (2d) 734, provides an example in which the windfall was disallowed.

The decision in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*¹⁴⁹ specified that the return of profits had to do with the diversion, even indirect, of a corporate opportunity sought by the corporation,¹⁵⁰ by a director or a senior officer having knowledge of the corporate opportunity because of that person's position, notwithstanding that person's prior resignation.¹⁵¹

The decision in *Alberts Ltd. v. Mountjoy*¹⁵² extended the prohibition on diversion of corporate opportunities to solicitation of the corporation's customers and employees for a reasonable period of time following the departure of the director or senior officer.¹⁵³

2. Civil Code of Québec

The C.C.Q. codified the common law rule on personal profits by directors in the following articles:

- article 2146, which prohibits a mandatary from using for the mandatary's profit information that person obtains or property that person is charged with receiving or administering in carrying out the mandate, "unless the mandator consents to such use"; this article sets out the sanctions related to this prohibition: remedy in damages and return of the corresponding profits;
- article 323, which prohibits a director of a legal person from using, for the director's profit or that of a third person, the property of the legal person or the information the director obtains by reason of that person's duties, "unless he is authorized to do so by the members of the legal person";
- article 2184, which requires a mandatary, upon termination of the mandate, to render an account and return to the mandator

¹⁴⁹ *Supra* note 14.

¹⁵⁰ This rule is not applicable to a corporate opportunity that the corporation has renounced: *Peso Silver Mines Ltd. v. Cropper*, *supra* note 14; *Martin v. Columbia Metals Corporation Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 72 (Ont. H.C.); *Three Point Oils Ltd. v. Glencrest Energy Ltd.* (1994), 23 Alta L.R. (3d) 226; *Hoffman Products Ltd. v. Karr*, *supra* note 148.

¹⁵¹ See the decisions cited *supra* note 27.

¹⁵² (1977), 2 B.L.R. 178 (Ont. H.C.).

¹⁵³ See the decisions cited *supra* note 28 and in Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 28 at para. 25-141, n. 159.

“everything he has received in the performance of his duties, even if what he has received was not due to the mandatory”. This article already existed in the C.C.L.C.; while it is not specific to the common law duties of honesty and loyalty, it forms part of the same current;

- article 326, which deals with the return of profits realized from a contract with the company, which will be examined in the part of this paper entitled “Contracts With the Corporation”;
- article 316, which, in case of fraud against the company, allows an interested person to hold the directors who have realized personal profits from the wrongful act liable for the injury suffered by the company.

a. Use of property or information

Article 323 C.C.Q. prohibits a director from mingling the property of the legal person with the director’s property. A director shall not use, for the director’s own profit or that of a third person, the legal person’s property or the information the director obtains by reason of that person’s duties. Under article 2146 C.C.Q., a director who so uses this property or information may be required to pay damages to the legal person or to compensate the legal person by paying, in the case of information, “an amount equal to the enrichment he obtains” or, in the case of property, “an appropriate rent or the interest on the sums used”.¹⁵⁴

The words “property” and “information” are broad enough to cover a legal person’s corporate opportunities as defined in *Canadian Aero* and as extended to customers and employees in *Alberts Ltd. v. Mountjoy*. In this regard, articles 323 and 2146 C.C.Q. do not revolutionize Quebec law, which, as we have seen in the history of the duties of loyalty in Quebec before 1994, already set out sanctions for diversion of corporate opportunities and solicitation of customers.¹⁵⁵ If the decision in *In re Entreprises Rock Ltée* had been

¹⁵⁴ As well, the amounts diverted may be included in the director’s income for the purposes of income tax assessment: *Cléroux v. Québec (sous-ministre du Revenu)*, REJB 2001-25613 (C.Q.).

¹⁵⁵ See also *Lebel v. Prosig Informatique inc.*, *supra* note 53; *Bâtiments J.D.L. v. Lamoureux*, [1995] R.R.A. 1067 (Sup. Ct.) (remedy disallowed); *Sextant Communications inc. v. Couture* (5 June 1995), Montreal 500-05-001312-956, J.E. 95-1439 (Sup. Ct.). The decisions in *Boston Shoe Co. Ltd. v. Frank* (1925), 48 S.C.

rendered in light of the new C.C.Q., it would have provided a classic example of the application of articles 323 and 2146.

As is the case in common law,¹⁵⁶ diversion of money and directors' responsibility for returning that money plus interest are addressed, as are occupation of premises belonging to the corporation without payment of appropriate rent¹⁵⁷ and use for personal purposes of equipment purchased by the corporation.¹⁵⁸

There will be some difficulty applying the remedies set out in article 2146 C.C.Q. if a director uses the property (or information) not for the director's profit but for the profit of a third person: article 2146 does not provide for this situation, and the method of determining compensation it does set out (the amount of the director's enrichment) may not be relevant if the enrichment is indirect. Article 323 C.C.Q., which does provide for this situation, offers no solution.

Under common law, *a priori* the mechanism of the constructive trust provides a solution to this type of problem by imposing the same duties on third parties as it does on fiduciaries. Under Quebec law, third parties may be held responsible under the extracontractual liability of a third person who is an accessory to a breach of

66; *Cie des Attractions de Montréal Ltée v. Godbout*, *supra* note 37; and *Central Dynamics Ltd. v. Tremblay* (24 August 1990), Montreal 500-05-005232-903, J.E. 90-1337 (Sup. Ct.) addressed the issue of renunciation of a corporate opportunity.

¹⁵⁶ See *Rogers Hardware v. Rogers* (1913), 10 D.L.R. 541; *Bottoms v. Brent Petroleum Industries Ltd.*, [1984] B.C.J. No. 1151 (S.C.) (QL) (interest on amounts diverted); *Calmont Leasing Ltd. v. Kredl* (1995), 8 W.W.R. 179 (Alta. C.A.) (return of amounts diverted plus compound interest); *Beechwood Cemetery Co. v. Graham* (1996), 2 C.C.L.S. 197 (Ont. Gen. Div.) [*Beechwood Cemetery*].

¹⁵⁷ See, by analogy, *Miller v. Diamond Light & Heating Co. of Canada*, *supra* note 36. In 3396541 *Canada Inc. v. Placements Mirok inc.*, *supra* note 78, the Court cancelled a lease with the director's own company, signed by the director on behalf of the corporation, because it unduly benefited the lessee.

¹⁵⁸ In *RDS Diagnostics Ltd. v. Stronell*, [1999] O.J. No. 2619 (Sup. Ct.) (QL), the directors had formed a company in order to develop technology related to the corporation's technology, and had spent over half their time and used the corporation's employees and equipment for the profit of this other company. They were ordered, jointly and severally with their company, to pay the corporation \$845,000 in compensation for salaries and rent. Since their company made no profits, no order was issued to render an account to the corporation on profits made.

contractual duties,¹⁵⁹ but this liability is compensatory in nature and shall not exceed the injury suffered by the company.¹⁶⁰

In addition to the remedies set out in article 2146 C.C.Q., in certain circumstances a corporation may also apply for an injunction.¹⁶¹

In *Brospec inc. v. Brown*,¹⁶² unbeknownst to the other director, a director had transferred a division of the corporation to that person's own company. By injunction and on the basis of breach of the director's duties of loyalty and the existence of an accessory to that breach, the Court ordered the return of the division to the corporation. The Court added that this remedy was valid for the future and that, for the past, rendering an account and paying damages were the appropriate remedies.

In this regard, civil law does not differ from common law, which also recognizes the right to apply for an injunction to put a stop to a breach of fiduciary duties.

b. Remuneration

Directors of a corporation have the power to pay themselves remuneration out of the property of the corporation.¹⁶³ In this regard, they are in flagrant conflict of interest.

Both the C.C.Q. and the C.B.C.A. recognize that having a director set that person's own remuneration is an exception to the director's duty not to contract with that person's own corporation, a point we shall examine below. Neither of these statutes requires

¹⁵⁹ Art. 1457 C.C.Q.; *Trudel v. Clairol Inc. of Canada* [1975], 2 S.C.R. 236. See, more recently, *Marque d'Or inc. v. Clayman*, [1988] R.J.Q. 706 (Sup. Ct.); *Brospec inc. v. Brown* (16 March 2000), Beauharnois 760-05-002954-996, J.E. 2000-859 (Sup. Ct.).

¹⁶⁰ *Dostie v. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.); *L.N.S. Systems Inc. v. Allard*, *supra* note 75.

¹⁶¹ See, for example, *Marque d'Or inc. v. Clayman*, *supra* note 159.

¹⁶² *Brospec inc. v. Brown*, *supra* note 159.

¹⁶³ C.B.C.A., R.S.C. 1985, c. C-44, s. 125. This power is subject to the articles, the by-laws or any unanimous shareholder agreement.

directors to disclose their interest or to abstain from voting in this regard.¹⁶⁴

This situation does not mean, however, that directors have been given *carte blanche* to skin the corporation; they remain bound by their duties to act in the corporation's best interests and not to abuse their office. As a result, the remuneration directors set for themselves and persons related to them (including salaries, bonuses, and management costs) shall be reasonable, given the corporation's financial situation and the nature, quantity and quality of the services rendered; excessive remuneration will be considered fraudulent and will justify application by a shareholder to the courts.¹⁶⁵

This rule is applicable to the "golden parachutes" granted by directors to senior officers of many corporations that have appealed to the public.¹⁶⁶

Recently, in *Blain v. Cayouette*,¹⁶⁷ a Quebec court considered the "golden parachute", equivalent to three years' salary, that the president, chief executive officer, and main shareholder in two private-sector provincial companies had granted himself in his employment contract. When the officer sued the liquidator of companies in order to claim this separation allowance, the Court disallowed the payment, referring to the relevant common law and Quebec case law.

¹⁶⁴ Art. 325 C.C.Q., last sentence; C.B.C.A., s. 120(5)(a). It should be noted that this exception applies only to remuneration of directors themselves, not to remuneration of persons related to directors. However, since directors hold no "interest" in these persons within the meaning of section 120(1), the actual prohibition is inapplicable.

¹⁶⁵ Under Quebec law, see *Mark v. Dresser* (1919), 25 R.L. (n.s.) 297; *Giguère v. Colas* (1915), 48 S.C. 198; *Barry v. Larocque* (1934), 72 S.C. 70; 9000-7188 *Québec inc. v. Tremblay* (6 July 1999), Alma 160-22-000045-977, J.E. 99-2148 (C.Q.). Under common law, see *Nolan v. Parsons*, [1942] O.R. 358; and *National Building Maintenance Ltd. v. Dove*, [1972] W.W.R. 410.

¹⁶⁶ 347883 *Alberta Ltd. v. Producers Pipeline Inc.*, [1991], 4 W.W.R. 577, 3 B.L.R. (2d) 237 (Sask. C.A.); *Hamelin v. Seven Mile High Group Inc.*, [1994] 89 B.C.L.R. (2d) 298 (B.C.C.A.); *Cannaday v. Sun Peaks Resorts Corp.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 75 (B.C.S.C.), aff'd [1998] B.C.J. No. 85 (B.C.C.A.) (Q.L); *Rooney v. Cree Lake Resources Corp.*, *supra* note 124.

¹⁶⁷ [2001] J.Q. No. 4194 (Sup. Ct.) (Q.L).

Still more recently, in *Turgeon v. Carbonneau*,¹⁶⁸ the Court refused to disallow a resolution by directors giving a retirement allowance to two of their number at the time the company was liquidated, ruling that the directors had acted for a proper purpose (to remunerate key directors for services rendered) and that there had been no bad faith or abuse of rights. The Court wrote, “This action is legitimate, even it has the incidental effect of benefiting the directors.”¹⁶⁹ [translation]

Since the reform, loans or financial assistance that directors wish to grant to themselves or related persons are no longer subject to statutory limitations: section 44 C.B.C.A. was repealed and, in this regard, Parliament decided to rely on directors’ general duties under section 122(1). Directors’ fiduciary duties will require them to resist the temptation to give themselves financial assistance that is incompatible with the interests of the corporation.

In this regard, civil law has no special effect.

c. Secret profits

Under common law, the fiduciary is required to return to the beneficiary all profits realized as a result of the fiduciary’s position, unless the beneficiary expressly authorizes the fiduciary to keep them, with full knowledge of all the facts and without undue influence.

In corporate law, the case law on “secret profits”, that is, profits realized without the shareholders’ consent, reflects this principle.¹⁷⁰

¹⁶⁸ *Turgeon v. Carbonneau*, *supra* note 125.

¹⁶⁹ *Ibid.* at para. 78: “In adopting that resolution, the company’s board of directors acted within its prerogatives and merely acknowledged the plaintiffs’ contribution ... to the growth of the business over the past 24 years” [translation].

¹⁷⁰ *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, *supra* note 13 at 393. See, in particular, *Grant v. Gold Exploration & Development Syndicate Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 233; *Gadsden v. Bennetto* (1913), 9 D.L.R. 719; *Eden v. Ridsdales Ry Lamp & Lighting Co. Ltd.*, [1889] Q.B. 368; *Pure Canadian Silver Black Fox Co. v. Morrison* (1915), 24 D.L.R. 915; *Sigurdson v. Langridge* (1977), 26 C.B.R. (n.s.) 44 (Alta. S.C.).

Under Quebec law, the principle is essentially the same, dealing specifically with bribes and kickbacks.¹⁷¹

Article 2184 C.C.Q., which takes over article 1713 C.C.L.C., requires a mandatary to return to the mandator everything the mandatary has received in the performance of that person's duties, even if what the mandatary received was not due to the mandator, plus interest. However, this rendering of account occurs only upon termination of the mandate, which means in practice that a demand for an account to be rendered is accompanied by removal of the director or officer.

In this regard, the C.C.Q. is more restrictive than common law, which allows for a request that profits be returned at any time.

d. Confirmation

We have seen that a beneficiary may authorize a fiduciary to keep personal profits.

In corporate law, the case law has established that this authorization shall be given by the shareholders,¹⁷² with full knowledge of all the facts and without undue influence.¹⁷³ However, if directors who have an interest in a matter take part in a vote confirming their own breach of fiduciary duties, the remedial effect of confirmation may be eliminated.¹⁷⁴ We shall see below that, under new section 120(7.1) C.B.C.A., a contract in which a director has an interest

¹⁷¹ *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 Q.B. 455; *La Compagnie de Pulpe de Metabetchouan v. Paquet* (1906), 29 S.C. 211. See also, by analogy, *Québec (P.G.) v. Brunet*, [1993] R.J.Q. 2862 (Sup. Ct.), aff'd [1994] R.J.Q. 337 (C.A.) (bonus points).

¹⁷² *Regal (Hastings)*, supra note 13 at 389; *Canada Safeway Ltd. v. Thompson*, supra note 24 at 321 (B.C.S.C.); *Earle v. Burland* (1900), 27 O.A.R. 540 at 561; *North-West Transportation Co. v. Beatty* (1887), 12 A.C. 589. Some of these decisions require a unanimous vote by shareholders.

¹⁷³ See, in particular, *Jacobus Marler Estates, Lim. v. Marler*, supra note 20; *Pacific Coast Coal Mines Ltd. v. Arbuthnot* (1917), 36 D.L.R. 564 (P.C.); *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, supra note 14 at 607; *Wedge v. McNeill*, supra note 22; *Safarik v. Ocean Fisheries Ltd.* (1994), 10 B.L.R. (2d) 246 at 300 (B.C.S.C.); *Re Gordon Import Autos Ltd.* (1993), 12 B.L.R. (2d) 266 (B.C.S.C.); *Mackenzie v. Graig*, supra note 22 at 120.

¹⁷⁴ *Cook v. Deeks*, [1916] A.C. 554; *Garvie v. Axmith*, [1962] O.R. 65 (H.C.) (shareholders with an interest in the matter excluded from the vote).

shall be confirmed by special resolution, that is, by two-thirds of the votes of shareholders present.

Article 323 C.C.Q. prohibits a director from realizing profits by using the legal person's property or information "unless he is authorized to do so by the members of the legal person". Article 2146 C.C.Q. requires the mandator's consent for the mandatory to realize profits by using property or information belonging to the mandator. Article 323 therefore agrees with the common law provisions, although it does not specify a requirement that shareholders' consent be given with full knowledge of all the facts (which implies full disclosure to the shareholders, something for which the C.C.Q. makes no provision) and without undue influence, or the majority of votes required, or a requirement that a director with an interest in a matter shall not vote. We can expect that the courts will be called upon to clarify these points, an exercise in which the common law provisions should be a good source of inspiration.

E. Contracts with the corporation

1. Common law

Under common law, the rule is that any contract between the fiduciary and the beneficiary is prohibited under penalty of nullity of the contracts, unless the beneficiary expressly agrees with full knowledge of all the facts and without undue influence.

"... it is a rule of universal application that no one having such duties (of a fiduciary character) to discharge shall be allowed to enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting or which possibly may conflict with the interests of those whom he is bound to protect. So strictly is this principle adhered to that no question is allowed to be raised as to the fairness or unfairness of a contract so entered into."¹⁷⁵

In corporate law, this rule may be formulated as follows: any agreement between the corporation and one of its directors, whether reasonable and fair or not and whether profitable for the corporation or not, may be set aside at the corporation's request, and the

¹⁷⁵ *Aberdeen Railway Company v. Blaikie Brothers*, *supra* note 13 at 252. See also *Greenstreet v. Paris Hydraulic Co.* (1874), 21 Gr. 229 (Ont. Ch.).

director shall render an account of the profits the director has realized from the contract.¹⁷⁶ This rule is also applicable when there is an agreement between the corporation and another legal person of which one of the corporation's directors is a shareholder, director or creditor.¹⁷⁷

The rule is also that a director with an interest in a contract shall not be counted as part of a quorum at the board meeting where the contract is being considered.¹⁷⁸

However, common law imposed no legal limits on agreements by parties in corporations' articles of incorporation. Early in the last century, "safe harbour" clauses, recognized as being valid, began to be inserted in corporations' articles of incorporation, setting aside directors' duty to disclose their interest, allowing them to vote on contracts in which they had an interest, and completely exonerating them from the duty to render an account of profits realized by reason of these contracts.¹⁷⁹ The proliferation of these clauses led to the 1929 passage of what became section 1999 of the *United Kingdom Companies Act, 1948*, which served as a model for section 98 of the former *Canada Corporations Act* and, in 1975, for what has become section 120 C.B.C.A.

¹⁷⁶ *North-West Transportation Co. v. Beatty* (1887), 12 A.C. 589; *Bray v. Ford*, [1896] A.C. 44 at 50; *Denman v. Clover Bar Coal Co. Ltd.* (1912), 7 D.L.R. 96 (Alta. S.C.); *Transvaal Lands Co. v. New Belgium (Transvaal) Land & Dev. Co.*, [1914] 2 Ch. 488.

¹⁷⁷ *Todd v. Robinson* (1884), 14 Q.B.D. 739; *Garvie v. Axmith*, *supra* note 174 at 70; *Patton v. Yukon Consolidated Gold. Corp.*, [1934] O.W.N. 321 (C.A.); *Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1948] 1 D.L.R. 74 (Ont. C.A.); *Re Little Billy's Restaurant* (1977) Ltd. (1983), 21 B.L.R. 246; *Bishopsgate Investment Management Ltd. v. Maxwell (No. 2)* (1994), 1 All E.R. 261 (C.A.); *Knight v. Frost* (1999), 1 B.C.L.C. 364 (Ch. D.).

¹⁷⁸ *Garvie v. Axmith*, *ibid.*; *D'Amore v. McDonald*, *supra* note 24 at 859; *Re Geymouth Point Elizabeth Railway & Coal Co. Ltd.* (1904), 1 Ch. 32 (Ch. Div.); *Victors v. Lingard* (1927), 1 Ch. 323 (Ch.D.).

¹⁷⁹ *Imperial Mercantile Credit Association (Liquidators of) v. Coleman* (1873), L.R. 6 H.L. 189; *Costa Rica Railway Co. v. Forwood*, [1900] 1 Ch. 756 (H.C.), *aff'd* [1901] 1 Ch. 746 (C.A.); *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, *supra* note 22; *Boulting v. Assn. of Cinematograph, Television & Allied Technicians* (1963), All E.R. 716 (C.A.) at 729. See paragraph 226 of the *Dickerson Report*, *supra* note 2.

2. Section 120 of the Canada Business Corporations Act

As amended in 2001, section 120 C.B.C.A. sets out criteria that directors and officers shall respect if they validly wish not to follow the common law rule prohibiting them from having an interest in a contract with the corporation and to keep personal profits realized by reason of the contract. These criteria are public policy: the corporation shall not derogate from them by means of its articles, its by-laws, or a contract.¹⁸⁰

a. Disclosure of interest and prohibition on voting

A director shall disclose the director's interest to the board of directors when the proposed contract is discussed for the first time. If the director acquires an interest in the contract only subsequently, the director shall disclose the interest at the first meeting after the interest arises.¹⁸¹

An interest consists in being a party to the contract, being a director or officer of a party to the contract, or having a "material interest" in a party to the contract.

The legislation requires a director with an interest in a contract to disclose "the nature and extent of any interest he or she has";¹⁸² however, "continuing disclosure", that is, stating that one is a director of or a shareholder in a company with which the corporation

¹⁸⁰ C.B.C.A., *supra* note 163, s. 122(3).

¹⁸¹ If the interest arises after the contract has been signed, there is no duty to disclose the interest or to render an account of profits: *Placements Lecomont ltée v. Goulet* (3 September 1996), Montreal 500-09-001005-925, J.E. 96-1833 (C.A.). Compare with *Baker v. Palm Bay Island Resort Pty Ltd. (No. 2)* (1970), Qd. R. 210.

¹⁸² C.B.C.A., *supra* note 163, s. 120(1). *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, *supra* note 22 at 14: "The amount of detail required must depend in each case upon the nature of the contract ... proposed and the context in which it arises. It can rarely be enough for a director to say "I must remind you that I am interested" and leave it at that ... His declaration must make his colleagues "fully informed of the real state of things" ... If it is material to their judgment that they should know not merely that he has an interest, but what it is and how far it goes, then he must see to it that they are informed"; *Imperial Mercantile*, *supra* note 179 at 205: "A man declares his interest not when he states that he has an interest, but when he states what his interest is".

must deal, is allowed.¹⁸³ Disclosure is required of information about the contract, but there is no need to pass on to the board “every piece of paper and every detail”. As one court recently pointed out, “the duty ... is a question of substance, not form”.¹⁸⁴

A director’s duty to disclose is limited to the nature and extent of that person’s interest: the director is not required to tell the other directors about risks inherent in the transaction, or to play the devil’s advocate by suggesting alternate transactions to them.¹⁸⁵

Disclosure is required to the board of directors, not to individual directors or officers or to the auditor.¹⁸⁶ There is no requirement for disclosure to shareholders.¹⁸⁷ This situation constitutes an exception to the principle that shareholders shall not have access to minutes of board meetings. We note that the legislation does not authorize shareholders to read minutes in which disclosure is not recorded.

That said, as an exception to the general principle that shareholders shall not have access to minutes of board meetings, section 120(6.1) C.B.C.A., added in 2001,¹⁸⁸ allows shareholders to consult any part of minutes of board meetings in which disclosure of a director’s or an officer’s interest is recorded.

We emphasize that section 120 C.B.C.A. is applicable only to “material” contracts with the corporation, and requires disclosure only of “material” interest in a party to these contracts. This concept of a “material” interest or contract, which is new law,¹⁸⁹ is not

¹⁸³ C.B.C.A., *ibid.*, s. 120(6).

¹⁸⁴ *Jackson v. Trimac Industries Ltd.*, [1994] 8 W.W.R. 237 at 243 (Alta. C.A.).

¹⁸⁵ *Ibid.* at paras. 61-64.

¹⁸⁶ *Beechwood Cemetery*, *supra* note 156.

¹⁸⁷ *Centofanti v. Eekmitor Pty Ltd.* (1995), 13 A.C.L.C. 315 (S.C.S.A.).

¹⁸⁸ C.B.C.A., *supra* note 163, ss. 20(2), 20(4), 21(1).

¹⁸⁹ The former legislation (common law and section 98 of the *Canada Corporations Act*) required disclosure of any interest in any contract, whether material or not. The concept of a material contract did not appear in either the *Dickerson Report* or the former English or United States legislation used as models. The concept of a material interest comes from a suspect application of the decision in *Gray v. New Augarita Porcupine Mines Ltd.*, *supra* note 22, in which the concept of “material” had to do with aspects of the disclosure of interests, not with the interest itself. In *Transvaal Lands Co. v. New Belgium (Transvaal) Land & Dev. Co.*, *supra* note 176, holding 0.5% of the shares in the co-contracting company sufficed to justify proceedings to set aside the transaction. See also *Motivex Ltd. v. Bulfield*, [1998] B.C.L.C. 99, [1986] B.C.C. 403.

clarified in either legislation or case law.¹⁹⁰ Where loyalty and honesty are concerned, we cannot be content with half measures: just as it is impossible to be “a little bit pregnant”, it is unacceptable to be partly disloyal. For this reasons, any contract that is other than insignificant should be considered material, as should any interest that may have the least influence on a director who is called upon to make a decision.¹⁹¹

A director who has an interest in a contract shall not vote on a resolution to approve the proposed contract.¹⁹² However, there are certain exceptions to this prohibition on voting:

- a contract relating primarily to the director’s remuneration by the corporation or by an affiliate;¹⁹³
- a contract for indemnity or insurance under section 124 C.B.C.A.;¹⁹⁴
- a contract with an affiliate.¹⁹⁵

¹⁹⁰ See, however, *Dimo Holdings Ltd. v. H. Jager Developments Inc.* (1999), 43 B.L.R. (2d) 123 at 126 (Alta. Q.B.).

¹⁹¹ This subjective concept of whether an interest is material is the one used in the United States *Model Business Corporation Act* (s. 8.60) and, in particular, in *Cinerama Inc. v. Technicolor Inc.*, 663 A.2d 1156 (Del. S.C. 1995), in which the Supreme Court of Delaware stated at page 1167, “Under such a test of materiality [it] would be required to determine not how or whether a reasonable person in the same or similar circumstances ... would be affected by a financial interest of the same sort as present in the case, but whether this director in fact was or would likely be affected”. See, concerning the concept of materiality, the comments by McGuinness, *supra* note 116 at 755.

¹⁹² C.B.C.A., *supra* note 163 s. 120(5); *Waden v. Kendrick* (1905), 37 S.C. 32 at 53; *Wedge v. McNeil*, *supra* note 22; *Imperial Trust Co. v. Canbra Foods Ltd.* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 375 (Q.B.). The prohibition on voting does not imply a prohibition on being present at the meeting; *Grimwade v. The B.P.S. Syndicate Ltd.* (1915), 31 T.L.R. 531 (Ch. D.).

¹⁹³ C.B.C.A., *ibid.*, s. 120(5)(a). This exception is also applicable to the remuneration payable to a company held by the director: *Rooney v. Cree Lake Resources Corp.*, *supra* note 124.

¹⁹⁴ C.B.C.A., *ibid.*, s. 120(5)(b).

¹⁹⁵ C.B.C.A., *ibid.*, s. 120(5)(c). See *Lindzon v. International Sterling Holdings Inc.* (1990), 45 B.L.R. 57 at 76ff. (B.C.S.C.). This exception can be justified when the director’s interest is limited to acting as a director or officer of the affiliate concerned; it is not justified if the director holds a “material interest”, in particular as a shareholder or creditor, in that affiliate.

b. Sanction for breach

If a director with an interest in a contract is in breach of the duty to disclose that person's interest¹⁹⁶ or the duty to abstain from voting, the corporation or any shareholder may apply to a court to set aside the contract "on any terms that it thinks fit", or to require the director to account to the corporation for any profits realized on the contract.¹⁹⁷ As well, it appears that if the contract reached with the corporation is not "reasonable and fair" to the corporation, it may be set aside at the request of the corporation or any complainant on the corporation's behalf by derivative action under section 239 C.B.C.A. or by application to the court concerning oppression under section 241, even if the director complied with the duties to disclose that person's interest and to abstain from voting. Indeed, sections 120(7) and 120(7.1) C.B.C.A., which we shall examine

¹⁹⁶ And, it appears from reading certain decisions, if the directors are not already aware of the director's interest: in *Millgate Financial Corp. v. BF Realty Holdings Ltd.* (1995), 19 B.L.R. (2d) 271 at 283 (Ont. C.J.), the Court expressed doubt about whether absence of formal disclosure under section 120 is acceptable as the basis for an application to the court concerning oppression (not for invalidating or setting aside the contract under sections 120(7) and 120(8)), if the board is indeed aware of each director's interests. See also, by analogy, *Brian Mountford & Associates Ltd. v. Lucero Resource Corp.*, [1991] B.C.J. No. 194 (S.C.) (QL); and *Gwembe Valley Development Co. Ltd. v. Koshy*, [1998] 2 B.C.L.C. 613 (Ch. D.), in which this concept of actual knowledge by the board of directors appears. "Disclosure imports the concept of informing someone of something of which he would not otherwise be aware", reads in part the English decision in *Motivex Ltd. v. Bulfield*, [1988] B.C.L.C. 99. See also, on whether formal disclosure is required if a conflict of interest is known to the other directors, *Ward v. Guinness plc* (1988), P.C.C. 270 (C.A); *Lee Panavision Ltd. v. Lee Lighting Ltd.*, [1992] B.C.L.C. 22 at 33; *Runciman v. Walter Runciman plc*, [1992] B.C.L.C. 1084 at 1093; *Re Dominion International Group plc (No. 2)*, [1996] 1 B.C.L.C. 572; *Buset Estate v. Buset Apartments Ltd.* (2001), 16 B.L.R. (3d) 168 (Ont. Sup. Ct.). According to the case law, if disclosure is not made, the court cannot wonder whether the corporation would have acted in the same way as if disclosure had been made: *London Loans & Savings Co. of Canada v. Brickenden* (1934), 3 D.L.R. 465 at 469 (P.C.); *Creighton v. Roman*, [1960] S.C.R. 858 at 809. More recently, however, in *Baranowski v. Binks Manufacturing Co.* (2000), 49 C.C.E.L. (2d) 170 (Ont. Sup. Ct.), the Court was very much aware of the fact that the directors would have approved the contract even if disclosure had been made, since they were a "rubber-stamp brigade" for decisions by the chair.

¹⁹⁷ C.B.C.A., *supra* note 163, s. 120(8). The contract is not invalid (C.B.C.A. s. 16(3)) but may be set aside: see *Cannaday v. Sun Peaks Resort Corp.*, (1998) B.C.J. No. 85 (C.A.) (QL) and the case law cited and commented on by Hansell, *supra* note 76 at 10-10ff.

below, make a contract approved by the board or ratified by the shareholders invulnerable to attack only if the contract is reasonable and fair to the corporation.

c. Exception

As an exception to the common law rule that a director shall not have an interest in a contract with the corporation and shall not be counted as part of a quorum, section 120(7) C.B.C.A. provides that a contract is not invalid and a director is not accountable for any profits realized under the contract, even if the director was present at the meeting and counted as part of the quorum there, provided the director has disclosed that person's interest, the board has approved the contract, and the contract, when approved, was reasonable and fair to the corporation.¹⁹⁸ The common law rule therefore remains applicable if the director does not make the required disclosure or if the contract is not reasonable and fair to the corporation.

In this regard, we add that in certain circumstances directors' general duty to act in good faith in the corporation's interest may require that they not merely disclose their interest and refrain from voting: if the contract is not fair to the corporation, directors in a

¹⁹⁸ See *Rhyolite Resources Inc. v. Can Quest Resource Corp.* (1991), 50 B.L.R. 275 (B.C.S.C.); *PII Photovision International Inc. v. Thayer* (1997), 30 B.L.R. (2d) 286 (B.C.S.C.); and *Gazit (1997) Inc. v. Centrefund Realty Corp.*, *supra* note 94. Concerning whether a contract is reasonable and fair, see *Cannaday v. Sun Peaks Resorts Corp.*, *supra* note 166, in which the Court, basing its findings on the "fairness test" in United States law, stated at page 80, "the transaction must have the earmarks of an arm's length transaction ... Under all the circumstances the transaction would have recommended itself to an independent board of directors that was acting in good faith and had the best interests of the corporation in mind". On appeal, the Court specified at paragraphs 32ff. that the fairness of a contract must be analysed taking into consideration the facts and circumstances surrounding approval of the contract, adding that even an unfair contract is not invalidated for that reason: at most, it can be set aside if the corporation so chooses. This decision was cited and followed in the Ontario decision *Rooney v. Cree Lake Resources Corp.*, *supra* note 124. In *UPM-Kymmene Corp. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2002), 27 B.L.R. (3d) 53 at para. 187 (Ont. Sup.Ct.), *aff'd.* (2004), 42 B.L.R. (3d) 34 (Ont. C.A.) and *Catalyst Fund General Partner I Inc. v. Hollinger Inc.* (2006), 20 B.L.R. (4th) 249 at paras. 33ff. (Ont. Sup. Ct.), it has been decided that the validity of the contract depends on the compliance with three conditions: the disclosure, the approval by the board and the fairness and reasonableness of the contract.

position of power and influence may have the positive duty to use their position to prevent the corporation from entering into the contract.^{198a} As well, directors who are not “interested” within the meaning of section 120 C.B.C.A. remain subject to the general duties set out in subsection 122(1) and may be considered to have breached these duties if they vote for a contract when they know or ought to have known that the contract was not fair to the corporation, particularly if the contract is not independent of the director or officer proposing it.^{198b}

d. Confirmation by shareholders

Section 120(7.1) C.B.C.A., added in 2001 and modelled on Ontario legislation, provides that, if the shareholders approve or confirm a contract by special resolution after a director’s or officer’s interest was disclosed to the shareholders “in a manner sufficient to indicate its nature”¹⁹⁹ and if the contract was reasonable and fair to the corporation at the time of the special resolution, the contract shall not be invalid and the director shall not be accountable to the corporation for any profits realized from the contract, provided the director acted honestly and in good faith, even if the director did not comply with the duty to disclose that person’s interest to the board. *A priori*, a deliberate breach of the duty to disclose to the board a director’s interest appears incompatible with acting honestly and in good faith. As well, unlike the Ontario legislation used as a model for this section, section 120(7.1) does not appear applicable to cases in which a director is in breach of the duty not to vote on the contract.

^{198a} See, by analogy, *Duke Group Limited (In Liquidation) v. Pilmer* (1999), 17 A.C.L.C. 1145a (S.C.S.A.); *Permanent Building Society v. McGee* (1993), 11 A.C.S.R. 260 at 289; *Fitzsimmons v. R.* (1997), 3 A.C.S.R. 355 at 358; *Re HIH Insurance Ltd.* (2002), 41 A.C.S.R. 72.

^{198b} See, by analogy, *In re Emerging Communications Inc. Shareholders Litigation*, 2004 WL 1305745 (Del. Ch. Ct.).

¹⁹⁹ See *Kay v. Croydon Tramways Co.* (1898), 1 Ch. 358 (C.A.); *Thiessen v. Henderson* (1899), 1 Ch. 861 (Ch. Div.), in which the disclosure was ruled insufficient.

3. Civil Code of Québec

In Quebec law prior to 1994, there was no specific rule prohibiting, approving or setting out conditions of contracts between a director and a company.

Except for articles 1484 and 1706 C.C.L.C. prohibiting a director from acquiring, directly or through an intermediary, the property that the director was charged with selling,²⁰⁰ no statutory provision addressed the issue of contracts between a director and a company; and, absent fraud, Quebec courts recognized the validity of such contracts.²⁰¹

Nothing in Quebec legislation made it possible to apply the rule prohibiting directors from voting on contracts in which they had an interest to directors of provincial companies; the fact that various statutes not applicable to companies imposed on directors of legal persons duties of disclosure of interest and abstention from voting²⁰² constituted an argument that no such duties were applicable to directors of companies.

Nevertheless, some decisions by Quebec courts described as fraudulent, or at the very least actionable, conduct by directors who do not disclose their interest in a contract;²⁰³ indeed, two Quebec decisions emphasized the duty of directors with an interest in a contract to abstain from voting.²⁰⁴

²⁰⁰ See *Good Loan Finance Limited v. James*, [1971] C.A. 276; *Jolicoeur v. Centrale d'Immeubles Ste-Foy Inc.*, [1966] S.C.R. 755.

²⁰¹ *Chassé & Fils Ltée v. Plante*, [1952] Q.B. 233; *Pratte v. La Manufacture de Laine d'Yamachiche* (1876), 2 Q.L.R. 65 (Sup. Ct.) (mortgage).

²⁰² *An Act respecting elections and referendums in municipalities*, R.S.Q., c. E-2.2, arts. 357, 361; *An Act respecting market intermediaries*, R.S.Q., c. I-15.1, art. 75; *An Act respecting the sociétés d'entraide économique*, R.S.Q., c. S-25.1, art. 77; *Savings and Credit Unions Act*, R.S.Q., c. C-4.1, arts. 52.1, 205ff.; *Cooperatives Act*, R.S.Q., c. C-67.2, art. 106, and others.

²⁰³ *Pratte v. La Manufacture de Laine d'Yamachiche*, *supra* note 201; *Miller v. Diamond Light & Heating Co. of Canada*, *supra* note 36; *Ahana Mines v. Wall*, [1935] 58 Q.B. 352.

²⁰⁴ *Barry v. Larocque* (1934), 72 S.C. 70; *Lagacé v. Lagacé*, [1966] S.C. 489 at 493. See also *Cloutier v. Dion*, [1954] Q.B. 595.

Articles 325 and 326 C.C.Q. radically changed that situation. As the Quebec National Assembly itself indicated, these articles are directly based on section 120 C.B.C.A.²⁰⁵

Article 325 C.C.Q. allows a director to acquire “directly or indirectly” rights in the property of the company, or to contract with that legal person (there is no mention of “indirectly” here), provided the director informs the board of directors of this fact and, “except if required”, provided the director abstains from discussion and voting on the purchase or contract. However, this rule is not applicable to the director’s remuneration or conditions of employment.

Information on “the nature and value of the rights” the director acquires shall be indicated “immediately” following the acquisition or contract, and shall be recorded in the minutes of proceedings of the board of directors. This information is in addition to the more general disclosure of interest in another enterprise required under article 324 C.C.Q.

Article 326 C.C.Q., which is related to article 325, provides a remedy for the legal person or a member of the legal person in case of failure by a director to give information “correctly and immediately” about an acquisition or a contract. In this case, a court may, “among other measures”, annul the act or order the director to render an account and to remit the profit or benefit realized to the legal person. The action is subject to a limitation period of one year after knowledge is gained of the acquisition or the contract.

In *Immeubles Dési ltée v. Plaza D’Alma (1991) ltée*,²⁰⁶ the interest of two directors in a contract was not recorded in the minutes. The Court considered that, in fact, the conflict of interest situation was well known by the board when it authorized the contract, and that a majority of the board members who had approved the contract had no interest in it. The Court therefore refused to annul the contract on the ground of conflict of interest.

In *9000-7188 Québec inc. v. Tremblay*,²⁰⁷ a director had not disclosed to the other board members that this director was being paid

²⁰⁵ *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 142 at 218ff.

²⁰⁶ (21 June 1995), Alma 160-05-000151-945, J.E. 95-1445 (Sup. Ct.) (being appealed). Compare with the common law case law cited *supra* note 192.

²⁰⁷ REJB 1999-15314 (C.Q.).

more than they were, in order to rent premises to the company. Under article 326 C.C.Q., the Court ordered the director to remit the extra money to the company.

In *2550-4366 Québec inc. v. GESRD inc.*,²⁰⁸ a director had sold parcels of land belonging to the company to another company belonging to the director, without informing the other shareholders. Under article 326 C.C.Q., the Court annul the sale.

Thus no sanction is attached to the duty to abstain from voting: only failure to give information is a ground for remedy under article 326 C.C.Q. In fact, as worded, article 326 appears to have the following effect: as soon as a director declares the director's interest in an acquisition or a contract to the other board members, the acquisition or contract becomes invulnerable to attack and the director may keep the personal benefit or profit realized even if the director has taken part in discussion and voting and even if the contract is harmful to the legal person.

If we compare this civil law system governing contracts between a director and a company with the common law system codified in sections 120 and 122(1)(a) C.B.C.A., we see that the civil law system appears to have the following shortcomings:

- under the C.C.Q., it is not clear whether a director may be required to return the profit realized at any time, even if the director has declared that person's interest and the contract is not annulled. We nevertheless consider that the general rule on returning personal profits set out in articles 323, 2146 and 2184 C.C.Q. remains applicable even if article 326 C.C.Q. is not; that said, article 2184 on returning profits realized by a mandatary takes effect only upon termination of the mandate, and could be ignored on the pretext that the profits realized from the contract were received by reason of the director's position as a co-contractor, not "in the performance of his duties";
- a director should never be able to keep personal profits without the shareholders' authorization (a principle set out in article 323 C.C.Q.); however, this authorization is not required under articles 324 and 326, which, as worded, appear not to consider shareholders' authorization necessary or even relevant;

²⁰⁸ (17 May 2001), Joliette 705-05-005267-003, J.E. 2001-1248 (Sup. Ct.).

- it should always be possible to annul a contract if it is harmful to the company, regardless of whether a director discloses information or abstains from voting. The C.B.C.A. is to this effect, but not article 326 C.C.Q.;
- the common-law rule excluding interested directors from being counted as part of quorums, which under certain conditions is set aside by subsection 120(7) C.B.C.A., is not set aside by article 325 C.C.Q. and therefore applies to directors of Quebec provincial corporations.^{208a}

The first two shortcomings can probably be addressed by means of enlightened judicial interpretations but, in our view, the third calls for amendment of the C.C.Q. It would be appropriate to amend article 326 C.C.Q. so that its wording follows that of sections 120(7) and 120(7.1) C.B.C.A. more closely, by including references to whether the contract is reasonable and fair and possible confirmation by the shareholders.

With regard to the fourth shortcoming, pending legislative amendment this situation can be alleviated by means of an appropriate clause in the corporation's by-laws.^{208b}

As things now stand, article 326 C.C.Q. duplicates article 2146 C.C.Q. where action to ensure return of profits is concerned, but differs from it in at least two ways: it expressly authorizes a shareholder to bring action, which article 2146 does not; and it makes the action subject to a one-year limitation period, while the limitation period applicable under article 2146 is three years.²⁰⁹

These differences between articles 325 and 326 C.C.Q. and section 120 C.B.C.A. are of no consequence to directors and officers of federal business corporations, to whom these articles of the C.C.Q. are not applicable. Indeed, there is no need for section 120 C.B.C.A. to be "complemented" within the meaning of article 300 C.C.Q. by articles 325 and 326 C.C.Q. since, where interest in contracts is concerned, section 120 C.B.C.A. sets out a system that is complete

^{208a} See, by analogy, *Ukrainian Cultural Heritage Village v. Lakusta* (1983), 46 A.R. 191 (Q.B.)

^{208b} Such clauses may be used to set the quorum at directors' meetings: *Companies Act*, R.S.Q. c. C-38, s. 91(2)(e).

²⁰⁹ Art. 2925 C.C.Q..

(in fact, much more complete than the system set out by articles 325 and 326 C.C.Q.).

That said, we may wonder whether the short limitation period set out in article 326 C.C.Q. is to take precedence over the general three-year limitation period set out in article 2925 C.C.Q. that is applicable to section 120(8) C.B.C.A. That possibility appears quite strong, given that article 326 and section 120(8) provide for the same remedy.

As well, under articles 329 and 330 C.C.Q., directors of federal business corporations who are repeatedly in breach of section 120 C.B.C.A. may be prohibited by a court from acting as directors of legal persons: within the meaning of articles 329 and 330 C.C.Q., these directors are violating “the Acts relating to legal persons”.²¹⁰

F. Continuation of duties

Under common law, the rule is that fiduciary duties continue for a “reasonable period of time”, not exceeding two years, after termination of the relationship between the fiduciary and the beneficiary.

The decision in *Canadian Aero* provides a striking example of continuation of fiduciary duties.

Nothing prevents directors from using a contract with the company or a shareholder agreement to impose upon themselves duties of confidentiality and non-solicitation of the company’s customers and employees, or from specifying the duration of these duties after they leave the company; in such circumstances the duration of these duties may exceed two years.

²¹⁰ The decision in *Nault v. Perron* (19 April 1999), Alma 160-05-00021-999, J.E. 99-1057 (Sup. Ct.), established that the general duties set out in article 321 of the C.C.Q. are part of the “obligations as a director” within the meaning of article 329. The decision in *2550-4366 Québec inc. v. GESRD inc.*, *supra* note 208, referring to *Lacombe v. Joseph*, (29 October 1997), Montreal 500-05-021601-966, J.E. 98-161 (Sup. Ct.), specified at paragraph 135 that prohibition constitutes “an exceptional measure that the Court is to take with discernment and prudence in specific, serious situations” [translation] and, in the absence of repeated breaches by the directors, refused to order prohibition.

If there are no such contractual clauses, do the duties of honesty and loyalty imposed on directors by the C.C.Q. continue after directors' resignation or dismissal? Nothing in the C.C.Q. so states.

On the one hand, article 1375 C.C.Q., which provides, "The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished", provides an opening for the continuation of these duties. On the other hand, the express provision in article 2088 C.C.Q. that an employee's duty of loyalty shall continue "for a reasonable time after cessation of the contract" and the absence of similar provisions describing the duties of directors and mandataries could be interpreted as a bar to continuation of the duty of loyalty provided for under common law.

It is my personal view that it would be absurd to allow directors to evade their duties by resigning, something that common law, most clearly in *Canadian Aero*, manifestly prohibits. The Supreme Court of Canada in *Kuet Leong* and the Quebec Court of Appeal in *Excelsior* (both *supra*) expressly recognized continuation of the duty of loyalty after termination of the contract of service or the mandate; the wording of the new C.C.Q. is unlikely to make these Courts change their view.²¹¹ The common law rule should be recognized as implicit in the new provisions of the C.C.Q.

G. Officers

We have seen that the C.B.C.A. imposes the same duties of loyalty on officers as on directors: sections 120 and 122(1) are applicable to both these categories of persons. In this regard, the C.B.C.A. goes farther than *Canadian Aero*, which had established that the fiduciary duties regarding diversion of a corporate opportunity were applicable to the "senior officers" of a corporation. The concept of "officer", as defined in section 2(1) C.B.C.A., includes all officers, whether senior or not.

²¹¹ See *Sextant Communications inc. v. Couture*, *supra* note 155, for confirmation of this point. In *Publications Vivre dans les Laurentides v. Lalonde* (3 October 1997), Terrebonne 700-05-005205-970, J.E. 97-2154 (Sup. Ct.), the Court unhesitatingly applied the concept of "reasonable time" (in this case, eight months) to the duties of loyalty under articles 322 and 324; that said, article 2088 was also applicable.

Elsewhere, common law has extended these fiduciary duties to “key employees” in positions of trust and control, in order to prohibit them from soliciting their former employers’ customers and employees, even after their own employment has ended.

In Quebec before 1994, as we have seen, the courts made the common law fiduciary duties applicable to officers and employees of companies, first as implicitly understood in their duties under article 1710 C.C.L.C. and then, following *Kuet Leong*, as implicitly flowing from the trust placed in them by the employer or the mandator in entrusting them with responsibilities. Since 1994, the C.C.Q. has expressly imposed on officers and employees duties of loyalty (which no longer need to be identified with the common law fiduciary duties) of which the intensity, terms and conditions depend on the nature of these persons’ legal relationship with the company: if these persons are empowered to represent the company in the performance of a juridical act with a third person, they are subject to the duties of loyalty of a mandatary;²¹² if they are charged with administering the property of the company, they are subject to the duties of an administrator of the property of another;²¹³ if they simply perform work for pay under the direction or control of the company, they are subject to the duties of loyalty of an employee,²¹⁴ no distinction being made between key employees and other employees.

One or more of these duties may be applicable to “officers” of federal business corporations, depending on their duties; this fact does not alter these officers’ duties to disclose their interest under section 120 C.B.C.A. (duties that extend beyond the duties of mandataries and employees and correspond to the duties of administrators of the property of others), or their duty of loyalty under section 122(1).

In fact, the duty of loyalty of an officer of a federal business corporation is more demanding than that of a mandatary or an administrator of the property of another: in the absence of disclosure of interest, an officer of a federal business corporation shall be authorized to keep the profits realized under a contract with the corporation

²¹² Arts. 2130, 2138, 2143, 2146, 2147, 2184 C.C.Q.

²¹³ *Ibid.* arts. 1299, 1309-1314, 1317, 1366.

²¹⁴ *Ibid.* arts. 2085, 2088.

only by special resolution of the shareholders²¹⁵ while, in the case of a mandatary or an administrator of the property of another, a simple resolution by the directors of the mandator legal person²¹⁶ or the beneficiary²¹⁷ may suffice.

As well, an employee's duty of loyalty, as opposed to the common law fiduciary duties of key employees, is not defined in the C.C.Q. Article 2088 C.C.Q. simply states that an employee "is bound to act faithfully and honestly and not to use any confidential information he may obtain in carrying on or in the course of his work" and that these duties "continue for a reasonable time after cessation of the contract". Very frequently cited and affirmed by the courts since 1994,²¹⁸ this employee duty of loyalty has been inter-

²¹⁵ C.B.C.A., *supra* note 163, s. 120(7.1).

²¹⁶ Art. 2146 C.C.Q..

²¹⁷ *Ibid.* arts. 1312, 1314, 1366.

²¹⁸ *Compagnie d'assurance Standard Life v. Rouleau*, [1995] R.J.Q. 1407; *L'Improthèque v. St. Gelais*, [1995] R.J.Q. 2469 (Sup. Ct.); *Oxygène Boucherville inc. v. Pépin*, [1996] R.R.A. 907 (C.Q.); *Panocontrôle inc. v. Hébert* (31 July 1996), Quebec 200-05-004704, J.E. 96-1790 (Sup. Ct.); *Services d'entretien Serca v. Choquette* (8 May 1996), Montreal 500-05-008245-951, J.E. 96-1239 (Sup. Ct.); *A.D. Bernier inc. v. Véronneau* (25 September 1996), Saint-François 450-05-001170-964, J.E. 97-83 (Sup. Ct.); *Ecolab ltée v. Robert* (13 December 1996), Montreal 500-05-025173-962, J.E. 97-373 (Sup. Ct.); *Laboratoires Constant inc. v. Beauchamp* (11 November 1997), Montreal 500-09-004735-973, J.E. 97-2170 (C.A.); *Publications Vivre dans les Laurentides inc. v. Lalonde* (3 October 1997), Terrebonne 700-05-005205-970, J.E. 97-2154 (Sup. Ct.); *Aide à l'autonomie physique et professionnelle inc. v. Gagné* (8 September 1998), Montreal 500-05-042098-986, J.E. 98-1980 (Sup. Ct.); *Aloette Cosmétiques de Québec inc. v. Corbeil* (19 December 1997), Quebec 200-05-008095, J.E. 98-426 (Sup. Ct.); *Insta-Plan inc. v. Hébert* (21 October 1998), Montreal 500-05-042817-980, J.E. 98-2412 (Sup. Ct.); *Jean-Jacques Verreault et Associés inc. v. Larrivée* (4 September 1998), Quebec 200-05-009825-980, J.E. 98-1979 (Sup. Ct.); *Tévia inc. v. Joubert*, REJB 1998-09228 (Aup. Ct.); *Wittenborg A/S v. Unibrew inc.*, REJB 1998-09994 (Sup. Ct.); *Beaulieu, Gagné, Chiasson inc. v. Gauvreau* (7 June 1999), Montreal 500-17-002561-978, J.E. 99-1530 (Sup. Ct.); *Entreprise J'Ose ltée v. Turcotte*, REJB 1999-15319 (Sup. Ct.); *Groupe conseil G.C.T.S. inc. v. Mission Environnement inc.* (31 May 1999), Quebec 200-05-011252-991, J.E. 99-1429 (Sup. Ct.); *Laboratoire Rive-Sud inc. v. Rodriguez* (25 November 1998), Longueuil 500-05-001018-958, J.E. 99-407 (Sup. Ct.); *RPI Informatique inc. v. Haddad* (29 June 1999), Montreal 500-05-045639-984, J.E. 99-1569 (Sup. Ct.); *Spécialités industrielles Sherbrooke inc. v. Aubé*, REJB 1999-15320 (Sup. Ct.); *Transpotech Consultant inc. v. Rossignol* (25 November 1998), Terrebonne 700-17-000105-972, J.E. 99-359 (Sup. Ct.); *D'Astous v. Sesno*, REJB 2000-22668 (C.Q.); *Laliberté & Associés*

preted in light of the common law case law and *Kuet Leong*: the greater the importance of the employee's duties, the greater the intensity and duration that have been attached to this duty. In case of breach, this duty provides the right to ordinary remedies under article 1590 C.C.Q. (damages and injunction) but not (as do the duties of a mandatary, the administrator of the property of another, or the director of a legal person) ²¹⁹ to the return of profits based on the common law fiduciary duties. However, this point did not prevent a Quebec court, in *L.N.S. Systems Inc. v. Allard*,²²⁰ from ordering the return of profits realized by an employee following diversion of customers, citing pre-1994 case law including *Canadian Aero* and *Kuet Leong*. It should be noted that the employee concerned, an international marketing director, was authorized to negotiate contracts and therefore acted as the company's mandatary in its dealings with third persons. Thus it was possible to require the international marketing director to return the profits in that person's capacity as a mandatary, not as an employee.

H. Good faith defence

Under common law, whether the fiduciary acts in good or bad faith has no bearing on whether the fiduciary is in breach of respect that person's fiduciary duties: bad faith by the fiduciary need not be proved, and an allegation of good faith by a fiduciary who has not acted in the best interests of the beneficiary is not a valid defence.

inc. v. Soeurs de Ste-Jeanne-d'Arc (23 November 1999), Quebec 200-05-012298-993, J.E. 2000-81 (Sup. Ct.); *Métrivis ltée v. Capano* (20 October 2000), Quebec 200-05-009159-984, J.E. 2000-2093 (Sup. Ct.); *Thermo AES Canada Inc. v. Dubois*, REJB 2000-17668 (Sup. Ct.); 2552-5577 *Québec inc. v. Stevens* (4 April 2001), Quebec 200-05-014552-017, J.E. 2001-983 (Sup. Ct.); *Réfrigération Protec inc. v. Lewis*, REJB 2001-22788 (Sup. Ct.); *L.N.S. Systems Inc. v. Allard*, *supra* note 75; *Équipement L.C.G. Inc. v. Hébert* (12 November 2001), Montreal 500-17-009295, J.E. 2001-2193 (Sup. Ct.); *Armanious v. Datex Bar Code Systems inc.* (9 November 2001), Montreal 500-09-011118-015, J.E. 2001-2159 (C.A.); *DK-Spec inc. v. Bouchard* (22 November 2005), Roberval 155-17-000032-058, J.E. 2005-2247 (Sup. Ct.) ; 9102-8837 *Québec inc. v. Simard* (3 October 2005), Alma 160-05-000055-021, J.E. 2005-1881 (Sup. Ct.) ; *Pro-Quai inc. v. Tanguay* (12 December 2005), Montreal 500-09-014131-049, J.E. 2006-138 (C.A.).

²¹⁹ Arts. 2146, 2184 (mandatary), 1386 (administrator of the property of another), 326, 2146 and 2184 (director of a legal person) C.C.Q.

²²⁰ *Supra* note 75.

Section 123(5) C.B.C.A. appears to add a reservation to this rule, by providing as follows:

“A director has complied with his or her duties under subsection 122(1) if the director relied in good faith on

(a) financial statements of the corporation represented to the director 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 person whose profession lends credibility to a statement made by the professional person.”

This provision (which, we note, is applicable only to directors and not to officers) allows a director to argue, as a defence against an accusation of breach of that person’s duties toward the corporation, that the director relied in good faith on financial statements or an expert report. We can readily see that this defence is applicable to the duties of prudence under section 122(1)(b) C.B.C.A., but its applicability to the duties of loyalty is less clear. Financial statements and the information they contain cannot justify diversion of a corporate opportunity or profits realized from conflicts of interest. Nor can an expert report do so, except perhaps, at the outside, advice from a lawyer or notary confirming the legality of the diversion or the profits.

For this reason, we may doubt the effectiveness and even the relevance of the defence under section 123(5) C.B.C.A. regarding the duties of loyalty under section 122(1)(a).

The C.C.Q. contains no similar, or contrary, provisions. It does nothing to alter the (*a priori* rather illusory) system of protection that section 123(5) C.B.C.A. offers directors of federal business corporations accused of breach of their duties of loyalty.

I. Indemnification

Section 124(3)(a) C.B.C.A. prohibits a corporation from indemnifying directors or officers for costs, charges and expenses they incur in the course of an investigation or proceedings in which they are involved in their capacity as directors or officers, if they have not “acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation”, that is, if they are in breach of the duties of loyalty

under section 122(1)(a). This provision is an additional sanction attached to these duties.

Even confirmation by special resolution of the shareholders, under section 120(7.1) C.B.C.A., of a contract in which a director or officer has an interest cannot mitigate this sanction, since its remedial effect is limited to directors and officers who are “acting honestly and in good faith”, and then only when the contract is reasonable and fair to the corporation.

The C.C.Q. does not change this rule: article 2154 provides: “Where the mandatary is not at fault, the mandator is bound to compensate him for any injury he has suffered by reason of the performance of the mandate.” There is no doubt that directors and officers in breach of their duty of loyalty under article 322 or article 2138 C.C.Q. are “at fault” within the meaning of article 2154.

J. Application to court concerning oppression and fiduciary duties

In addition to the remedies of setting aside of a contract and return of profits under section 120(8) C.B.C.A., breach of the fiduciary duties of directors of federal business corporations may give rise to the remedy of “application to the court concerning oppression” under section 241.

According to the decision in *Classic Organ Co. v. Artisan Organ Ltd.*²²¹ “Where a breach of fiduciary duty has occurred, the test for oppression has also been met”. Remedies have often been granted against directors who acted in the interests of themselves as shareholders or shareholders they represented, at the expense of the corporation and a complainant.²²² On the other hand, as noted

²²¹ [1997] O.J. No. 2161 at para. 29 (Gen. Div.) (QL).

²²² See *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada*, *supra* note 81; *8200099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, *supra* note 81 at 171ff.; *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v. Meyer*, [1959] A.C. 324 at 367; *Starcom International Optics Corporation v. Macdonald*, [1994] B.C.J. No. 548 (Sup. Ct.) (QL); *SCI Systems Inc. v. Gornitzki Thompson & Little Co.* (1997), 147 D.L.R. (4th) 300 (Ont. Gen. Div.); *McFadden v. 481782 Ontario Ltd.* (1984), 47 O.R. (2d) 134 (H.C.); *PCM Construction Control Consultants Ltd. v. Heeger* (1989), W.W.R. 598 (Alta. Q.B.); *Calmont Leasing Ltd. v. Kredl* (1993), 7 W.W.R. 428 (Alta. Q.B.), *aff'd* [1995] 8 W.W.R. 179 (Alta. C.A.); *Re Petersen and Kanata Investment Ltd.* (1975), 60 D.L.R. (3d) 527

above,²²³ observance by directors of their fiduciary duties toward the corporation does not guarantee that their actions are invulnerable to attack in the form of “application to the court concerning oppression”. If these actions are unfair to a complainant, the complainant will have the benefit of this remedy in order to rectify the unfairness.

The C.C.Q. contains no similar provision.

K. Civil Code of Québec compared with common law

Before 1994, the aspiration of Quebec authorities was to give the duty of loyalty a basis in civil law, instead of relying on the common law fiduciary duties.²²⁴ As we have seen, before 1989 a rather awkward such basis was found in articles 1710 and 1713 C.C.L.C., which set out the duties of a mandatary. In 1989, in *Kuet Leong*, the Supreme Court of Canada freed the duty of loyalty from the strait-jacket of the mandate, ruling that a general duty of good faith and loyalty formed an integral part of Quebec civil law, independently of the relationship between the mandator and the mandatary. From that time onward it was possible to refer to a specific duty of loyalty

(B.C.S.C.); *Redekop v. Robco Construction Ltd.* (1978), 7 B.C.L.R. 268, 5 B.L.R. 58, 89 D.L.R. (3d) 507 (B.C.S.C.); *First Edmonton Place Limited v. 315888 Alberta Ltd.* (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 122 at 147; 400280 *Alberta Ltd. v. Franko's Heating & Air Conditioning (1992) Ltd.* (1995), 4 W.W.R. 558 (Alta. Q.B.); *Neri v. Finch Hardware (1976) Ltd.* (1995), 20 B.L.R. (2d) 216 (Ont. Ct.) (diversion of corporate opportunity), *Woodley v. Edwards* (2003), 32 B.L.R. (3d) 155 (Ont. Sup. Ct.)

²²³ Page 183 above.

²²⁴ James Smith, “Liability of corporate executives for illegal profits in the company law of the Province of Quebec” (1973) 33 R. du B. 253; “Le statut juridique de l’administrateur et de l’officier au Québec” (1972-73) 75 R. du N. 530; “Transactions Involving Conflicts of Interest in the Company Law of the Province of Quebec” (1972-73) 75 R. du N. 293; “Duties and Powers of Promoters in the Company Law of the Province of Quebec” (1973-74) 76 R. du N. 207, 269; “The duties of care and skill of corporate executives in the company law of the Province of Quebec” (1974) 34 R. du B. 464; *Corporate executives in Quebec* (Montreal: Centre d’édition juridique, 1978); Louise-Hélène Richard, “L’obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : une approche extracontractuelle” (1990) 50 R. du B. 925; “Le devoir d’indemnisation de la compagnie québécoise : réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire” (1988) 48 R. du B. 785; Robert Charlton, “The Unwritten Obligations of a “Key Employee” to a Former Employer” in *Relations avec les employés possédant des informations confidentielles* (Toronto: Canadian Institute, 1987) at B1.

under civil law, similar to but distinct from the common law fiduciary duties.

In 1994, the C.C.Q. made the existence of the duty of loyalty official, and codified its nature and extent. In articles 1309ff., it imposes this duty of loyalty on an administrator of the property of another, a position that corresponds more closely to the position of “trustee” under common law than to the position of fiduciary or mandatary under the C.C.L.C.

Quebec’s Minister of Justice explained, “The duty of loyalty, while not expressly imposed by these articles, was nevertheless deduced from administrators’ duty not to place themselves in a situation of conflict of interest and to act with “all the care of a prudent administrator”.²²⁵ [Translation] The specific manifestations of this duty, set out in general terms in article 1309 C.C.Q., are to avoid conflicts of interest (article 1310), to declare the administrator’s interests to the beneficiary (article 1311), not to acquire the property administered without authorization by the beneficiary (article 1312), not to mingle the property administered with the administrator’s own property (article 1313), not to use the property administered or information obtained for the administrator’s benefit without authorization by the beneficiary (article 1314), and to return the administrator’s profits to the beneficiary (article 1366).

We recognize here the same principles that underlie the common law fiduciary duties. The common law influence, while not explicit, is clear.

The duties of loyalty of a director of a legal person, set out in articles 322ff. C.C.Q., reiterate and adapt the duties of loyalty of an administrator of the property of another.²²⁶ These duties are complemented by the duties of loyalty of a mandatary,²²⁷ set out in articles

²²⁵ *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 142 at 786.

²²⁶ *Ibid.* at 216.

²²⁷ And not the duties of an administrator of the property of another, because of the exclusion set out in article 1299. *Ibid.* at 202: “Certainly, a director of a legal person shall not, because of the close relationships between the director and the legal person, be treated as an administrator of the property of another...” [translation]. See, however, Caroline Pratte, “Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du C.c.Q.” (1994) 38 R.D. McGill 1, who would like to apply to directors of legal persons the duties of administrators of the property of others.

2138ff. C.C.Q.: article 321 provides that a director "is considered to be the mandatary of the legal person". The duties of a mandatary, too, essentially correspond to the duties of an administrator of the property of another.

Thus the duties of loyalty now have a specific basis in the C.C.Q. Is there still room in Quebec law for the common law fiduciary duties?

One author appears to have an allergic reaction to this idea:

"In our opinion, and with great respect, the duty of loyalty and faithfulness of directors of legal persons will develop and reach its natural extent on the basis of the high moral and ethical principles re-established in our law by the Supreme Court and the Court of Appeal, with respect for the fundamental principles of civil law; for this reason we cannot share the pessimism or the questions of some observers, who are still at the stage of applying the fiduciary duty to directors."²²⁸ [Translation]

Another author, while not ruling out common law sources, suggests that consideration of European Community law might be more helpful:

"The concept of private authority is not a borrowing from English law. The theory of authority in civil law cannot be linked to the historical development of the position of fiduciary characterizing the relationship between a corporation and its officers in English law. That said, both the theory of authority in civil law and the fiduciary relationship in English law flow from a relationship of trust. They are characterized by the trust the beneficiary places in the person of the administrator of the property of another, or the fiduciary in English law, and by the predominance these persons exercise over the beneficiary.

Some observers might be apprehensive about redefining the civil law conceptual framework for the business corporation and referring to European civil law sources at the expense of the English law sources considered in North American jurisdictions.

However, hesitation one might express about the direction taken by the C.c.Q. appears outdated ...

Still, despite this new direction, in Quebec a need is still felt to keep business corporations law as it stands. The narrow concept of legal personality by means of a fiction of law, and the reference to the man-

²²⁸ Lauzon, *supra* note 29 at 217.

date to describe a director of a legal person, are two striking examples of this law as it stands, as is the use of the concept of contract to describe the relationship between the legal person and its members. This conservative approach is reminiscent of the concept of contractual volition, which was set aside in French civil law in favour of the concept of organ, which is itself codified in the *C.c.Q.*

The reform of the *C.c.Q.* appears intended to precede the long-awaited revision of Quebec's Companies Act. Having put the consideration of business corporations law back into civil law, we may find it quite helpful in future to consider the law of the European Community and its member countries, rather than using as a sole basis the law of North American jurisdictions, modelled on English law."²²⁹ [Translation]

Personally, where duties of loyalty are concerned, I have expressed clear sympathy with maintaining openness to the common law case law.²³⁰

Certainly, since the adoption of the *C.C.Q.*, Quebec courts can no longer justify importing the common law fiduciary duties into Quebec law on the pretext that Quebec law is silent on this point.

The preamble to the *C.C.Q.* reads as follows:

"The *Civil Code* comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the *Code* is the foundation of all other laws, although other laws may complement the *Code* or make exceptions to it."

The duties of loyalty are expressly set out in the letter of the *C.C.Q.* The customary law governing the duties of loyalty is therefore clearly established under the *C.C.Q.*, not under common law.

The Quebec National Assembly's intent to make the *C.C.Q.* the supplementary law governing legal persons is clear from article 300 *C.C.Q.*, which reads as follows:

"Legal persons ... established for a private interest are primarily governed by the Acts applicable to their particular type.

²²⁹ Pratte, *supra* note 227 at 56ff.

²³⁰ See Paul Martel, "Les personnes morales" in *La réforme du Code civil – Personnes, successions, biens* (Sainte-Foy, Qc : Presses de l'Université Laval, 1993) 187 at 216ff.; "La loyauté et la bonne foi des dirigeants des compagnies au Québec", *supra* note 29 at 137; Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 2, at 23-94.

Both kinds of legal persons are also governed by this Code where the provisions of such Acts require to be complemented, particularly with regard to *their status as legal persons, their property or their relations with other persons.*"

In the case of companies governed by Quebec's *Companies Act*, therefore, reference must first be made to that *Act* and to the other Quebec statutes applicable to these companies, such as the *Act respecting the legal publicity of sole proprietorships, partnerships and legal persons*, the *Winding-up Act*, and the *Securities Act*. If an issue cannot be resolved by reference to these statutes, the solution must then be sought in the C.C.Q., as a complement to these statutes.

Where the fiduciary duties of directors and officers of provincial companies are concerned, Quebec's *Companies Act* and the other applicable Quebec statutes are completely silent, with the exception of article 123.83 of Quebec's *Companies Act* providing that directors and officers are mandataries of the company. The above-mentioned statutes must be complemented by articles 321 through 326 and 2130ff. C.C.Q. in the case of directors, and by articles 2130ff. in the case of officers.

Articles 321 through 326 C.C.Q., which are new law, briefly codify most aspects of the common law fiduciary duties. We can see that article 322 reiterates practically word for word section 122(1)(a) of the C.B.C.A., which, as has been said, refers to the common law case law, that articles 324 through 326 are based on section 120 C.B.C.A., and that article 323 directly codifies the common law principles regarding fiduciary duties.

In order better to apply articles 322 and 323 C.C.Q., is it permissible to draw on the common law case law that these articles directly and indirectly codify? In order better to apply articles 324 through 326, is it permissible to use the common law case law on section 120 C.B.C.A.?

It would be counterproductive to deprive our courts of such a rich and valuable source and to force them to reinvent a wheel that their common law colleagues have spent over a century designing and refining. The duties of loyalty under the C.C.Q. not only have the same basis in principle as the common law fiduciary duties, but also are recently and obviously based on those fiduciary duties,

where directors of legal persons and even administrators of the property of another are concerned.

Under common law, fiduciary duties are broader in extent and are considered applicable to all sorts of legal relationships. Although an opening was provided by *Kuet Leong*, the Québec National Assembly chose to limit the duties of loyalty to a certain number of legal relationships; as a result, in *Provigo Distribution Inc. v. Supermarché A.R.G. Inc.*,²³¹ the Québec Court of Appeal rightly refused to extend these duties to the relationship between a franchiser and its franchisees, referring instead to the general duty of good faith in the performance of contracts:

“Secondly, the appellant’s possible liability cannot be based on an alleged common law fiduciary relationship. However interesting that common law theory analysed by the Supreme Court may be ..., as is the case in many other fields, it has ... no relevance to civil law. We must therefore be grateful to the Superior Court Justice who resolutely set it aside in favour of the civil law duty of good faith and loyalty in fulfilling commitments.”²³² [Translation]

However, this hesitation is not justified regarding the Québec National Assembly’s deliberate codification of the fiduciary duties (or, as purists would have it, the duties of loyalty modelled on fiduciary duties) of persons in certain positions. The point here is to make applicable to directors, not duties foreign to the C.C.Q., but duties that the C.C.Q. expressly imposes on them. In these circumstances, it should be possible to consult the common law case law, not in order to contradict the C.C.Q., but in order to complement it if both it and Québec case law are silent.

In *Baxter Biotech Electronics Ltd.*,²³³ a case involving directors who had harmed shareholders in a corporation, the Québec Court of Appeal did not hesitate to consult the common law case law:

“Common law authorities must, of course, be examined with care on a question of Québec civil law, and thus can only be relied upon where the principles of law are the same ...

²³¹ [1998] R.J.Q. 47 (C.A.).

²³² *Ibid.* at 58.

²³³ (1998) R.J.Q. 430 (C.A.) [*Baxter*]. In *Fenêtres St-Jean inc. v. Banque Nationale du Canada* (1990), R.J.Q. 632 (C.A.), Baudouin J. had recognized “an unquestionable moral authority” [translation] for a common law precedent indicating rules analogous but not necessarily identical to those applicable in Québec.

Given the dearth of Quebec jurisprudence on the proper application of the principle in cases of misrepresentation or concealment in securities transactions, I believe common law cases can usefully be consulted on the question."²³⁴

In *Entreprises J.J.P. inc. v. Guertin*,²³⁵ the Quebec Court of Appeal also referred to the common law decision in *Hodgkinson v. Simms*,²³⁶ concluding that an officer of a company had no duties as a trustee.

Two Quebec Superior Court decisions regarding trusts²³⁷ applied the common law case law to the duty of a trustee, citing a C.C.Q. basis in common law and the decisions in *Kuet Leong* and *Excelsior*.

One very recent Quebec Superior Court decision on companies' general authority to take legal action relies on the common law theory of shareholders' legitimate expectations, "regardless of the existence of a legislative provision like those found in sections 234 [read 241]ff. C.B.C.A."²³⁸

There are at least two good reasons to resist the temptation of legal isolationism where directors' duties of loyalty are concerned. First of all, there is and will likely continue to be much more abundant case law in this regard (and regarding companies generally) in the common law provinces than in Quebec, and it would be regrettable if our courts had to deprive themselves of this valuable mine of information. Secondly, it is commercially sound and preferable to make directors of companies subject to a system of duties that is as homogeneous as possible, both in the Province of Quebec (where federal business corporations coexist with provincial companies) and in Canada. To give only one example, in the very important area of mergers and acquisitions, directors of provincial companies and federal corporations with publicly traded shares that are subject to public offers to purchase, following the example of directors of corporations in the other provinces, endeavour to maximize the value

²³⁴ *Baxter, ibid.* at 444.

²³⁵ [1998] A.Q. No. 561 (C.A.) (Q.L.).

²³⁶ *Supra* note 9.

²³⁷ *Katz v. Naimar* (24 July 1998), Montreal 500-05-010030-946, J.E. 98-1742 (Sup. Ct.) and *Bastien v. Bastien* (30 June 1999), Montreal 500-05-026261-964, J.E. 99-1544 (Sup. Ct.).

²³⁸ *Laurent v. Buanderie Villeray Limitée* (15 November 2001), Montreal 500-05-065381-012, J.E. 2002-3 at para. 21, Denis Lévesque J. (Sup. Ct.) .

of shareholders' shares, as indeed the common-law case law, strongly influenced by United States case law, requires. These directors would be disconcerted and disoriented if Quebec court decisions were to impose on them different duties based, not on that case law, but on a strict interpretation of article 322 C.C.Q.

Where directors of federal business corporations are concerned, the preceding analysis is entirely relevant. The system applicable to them under article 300 C.C.Q. is as follows: first the system established by the C.B.C.A.; and then, if there is a need to complement that system, the system established by the C.C.Q.²³⁹ Sections 120 and 122 C.B.C.A. expressly subject directors and officers to duties of loyalty. Section 120 C.B.C.A., which is complete and detailed, cannot be complemented by articles 325 and 326 C.C.Q., which are briefer and are modelled on section 120 C.B.C.A. in any case. On the other hand, section 122(1) simply establishes the existence of a general duty of loyalty by directors and officers, without describing or defining this duty in any way. We know that Parliament's intent was to provide an opening where the common law fiduciary duties are concerned. Before the C.C.Q. was adopted, there was no system in Quebec law that could compete with or supplant the system of fiduciary duties. Not only was the system of fiduciary duties authoritative in law for Quebec companies; as well, no one could be sure that that system was not the supplementary law applicable to federal business corporations. Starting in 1994, the C.C.Q. established a system of duties of loyalty for directors and mandataries of legal persons, and expressly made this system the supplementary law applicable to all legal persons. In other words, the system of duties of loyalty established by the C.C.Q., not the system of common law fiduciary duties, is applicable to directors and officers of federal business corporations.

New sections 8.1 and 8.2 of the federal *Interpretation Act*,²⁴⁰ as passed in 2001,²⁴¹ confirm this point; they read as follows:

²³⁹ Concerning the supplementary role of the C.C.Q., see also *Nadeau v. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.); *Westburne v. American Home Assurance Co.*, 2000 CarswellQue 190 (Sup. Ct.) (WLeC); *Grace v. Martineau, Provencher & Associés ltée*, [2001] R.J.Q. 2414 at para. 262 (C.A.), Philippon J., dissenting; Pratte, *supra* note 227.

²⁴⁰ R.S.C. 1985, ch. I-21.

²⁴¹ S.C. 2001, ch. 4, s. 8.

8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

8.2 Unless otherwise provided by law, when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

However, since the duties of loyalty under the C.C.Q. reiterate practically word for word the common law fiduciary duties, the fact that they are applicable to directors and officers of federal business corporations in Quebec subjects those persons to a system not greatly different from the system in force in the other provinces. If Quebec courts continue in future to base their decisions on the common law case law, something that, as we have seen, they may choose to do, no gap between the two systems will develop.

L. Duties of loyalty compared with fiduciary duties

In order better to appreciate the correspondence between the duties of loyalty under the C.C.Q. and the fiduciary duties under common law, it is now appropriate to compare them in light of the above analysis, and taking as a starting point the statements in part one of this paper on the main characteristics of fiduciary duties.

- 1^o The person in a fiduciary position (here, the director or officer) shall "act in good faith with a view to the best interests of the beneficiary" (the corporation) in performing all the duties related to the fiduciary's role.

This basic principle, expressed in section 122(1)(a) C.B.C.A. corresponds to articles 322 and 2138 C.C.Q., which are applicable respectively to directors and officers of the corporation, to the extent that they act as mandataries.

The difference in terminology (“honestly and in good faith” in section 122(1)(a) C.B.C.A., and “with honesty and loyalty” in articles 322 and 2138 C.C.Q.) is of no consequence since these provisions deal with the same reality and are to the same purpose. That said, it would be preferable if the wording of the French version of section 122(1)(a) C.B.C.A. were harmonized with that of the C.C.Q., in order better to highlight this similarity.

- 2° This statement means that the fiduciary has a duty to ensure that the fiduciary’s interests are not in conflict with the beneficiary’s interests.

This basic principle, too, is expressly set out in articles 324 and 2138 C.C.Q.

- 3° In particular, the fiduciary shall not *contract or enter into an undertaking with the beneficiary*, or have a direct or indirect personal interest in such contracts or undertakings, under penalty of nullity of the contracts or undertakings, unless the beneficiary expressly agrees with full knowledge of all the facts and without undue influence.

The shortcomings that articles 325 and 326 C.C.Q. show in comparison with section 120 C.B.C.A., which they reflect, are of no consequence since these articles are not applicable to directors or officers of federal business corporations. The same is true of article 2147 C.C.Q. regarding officers.

- 4° This statement also means that the fiduciary shall not realize any direct or indirect *personal profits* from the fiduciary’s position. Any personal profits or gains the fiduciary realizes shall belong to the beneficiary and shall be returned to the beneficiary, unless the beneficiary authorizes the fiduciary to keep them with full knowledge of all the facts and without undue influence.

The general principles of rendering an account and returning personal profits are expressed in article 2184 C.C.Q., which applies to all mandataries of the company, whether directors or not, but only upon termination of the mandate.

The general principle prohibiting a fiduciary from realizing direct or indirect personal profits from the fiduciary’s position without the

consent of the company is expressed in article 323 C.C.Q. (regarding a director) and article 2146 C.C.Q. (regarding a mandatary, which includes a director). These two articles deal with profit realized from the use of property of the company or information obtained by reason of the position occupied, and are thus more restrictive than the common law rule. While, under common law, it suffices to establish the existence of profits, under the C.C.Q. it must further be established that the profits have been realized from the use of the property of the company or information obtained by reason of the position occupied. Consent is required from the shareholders in the case of a director, and from the company, and thus from the board of directors, in the case of another officer.

Here again, the common law rule has been made part of the C.C.Q., although with some adjustments.

5° In order to obtain this consent or authorization by the beneficiary, the fiduciary shall fully disclose to the beneficiary the existence and the nature of all the fiduciary's conflicts of interest.

Regarding a director, article 324 C.C.Q. imposes a duty to declare any interest "that may place him in a situation of conflict of interest", but does not provide any sanction for breach of this duty. Article 325 further requires a director to inform the company of a contract with the company or of a direct or indirect acquisition of the company's property, under penalty of annulment of the act and rendering of an account and immediate remission of the profit.

Regarding the company's other officers, whether mandataries or not, these persons are not subject to any duty to declare interest. Nevertheless, it is in the interest of a mandatary wishing to be exempted from the remedies provided for in article 2146 C.C.Q. to declare any such interest voluntarily, in order to obtain the consent of the mandator referred to in this article.

The C.C.Q. therefore codifies the common law rule and adds its own nuances.

Where contracts with the corporation are concerned, these nuances are immaterial since section 120 C.B.C.A., and not the C.C.Q., is applicable to both directors and officers.

Where other conflicts of interest are concerned, article 324 C.C.Q. imposes on directors a duty of disclosure of interest that goes farther, if such a thing is possible, than the duty set out in section 120(6) C.B.C.A. It is difficult to foresee any harmful consequences of this divergence since, in the absence of a contract generating personal profits for a director (as provided for in articles 325, 326 and 2146), a corporation has no useful remedy to invoke against the director for breach of the duty to disclose potential interest.

6° The beneficiary has available the exceptional mechanism of the constructive trust to recover the beneficiary's property or the profits realized by the fiduciary: the beneficiary is deemed to be the owner of this property or these profits, and the beneficiary's title may affect the fiduciary's unsecured creditors; as well, persons who knowingly co-operate with a fiduciary who is in breach of the fiduciary's duties are deemed to assume the same duties and liability as the fiduciary.

The C.C.Q. diverges from common law, in that it does not recognize the constructive trust. It nevertheless makes possible a similar result in the case of third persons participating in a breach of a duty of loyalty, by means of article 1457 C.C.Q. providing for the extracontractual liability of a third person who co-operates in a breach of a contractual duty, and by means of article 317 C.C.Q. regarding a legal person that is an alter ego of the person in breach. That said, the third person's liability does not extend to compensation for the injury suffered by the corporation, and does not make the third person liable to the corporation for the profits that person has realized.

7° Where fiduciary duties are concerned, there is an exceptional reversal of the onus of proof: the fiduciary is subject to an automatic presumption of undue influence, and has the onus of establishing that this presumption is false.

There is no trace of this rule in the new C.C.Q. article 2805, which provides, "Good faith is always presumed, unless the law expressly requires that it be proved," appears clearly to set out the opposite rule since the duty of loyalty is an expression of the general duty of good faith.

8° Whether the fiduciary acts in good or bad faith has no bearing on whether the fiduciary is in breach of that person's fiduciary

duties: bad faith by the fiduciary need not be proved, and an allegation of good faith by a fiduciary who has not acted in the best interests of the beneficiary is not a valid defence.

Before 1994, when fiduciary duties were treated as adjuncts to a mandatory's duties of skill and care, a director's dishonesty, bad faith or gross negligence had to be proved for that person to be held liable. Now, the duties of loyalty are distinct from the duties of prudence and diligence set out in article 322 C.C.Q., and are no longer subject to that limitation. The wording of these duties reflects the common law rule. An allegation of good faith cannot justify a breach of a duty of loyalty, which itself is included in the general duty of good faith.

- 9° Nor can the fact that the beneficiary suffered no injury or even profited from the fiduciary's act, or the fact that the beneficiary would have been unable to perform the action or realize the profits alone, be claimed as a defence by a fiduciary who has realized personal profits.

The wording of article 2146 C.C.Q. shows that the remedy available to the mandator corporation is based, not only on the injury suffered by the company, but also (and independently) on the enrichment obtained by the mandatory. Similarly, the basis for the remedy provided for in article 326 C.C.Q. is failure to provide information about an interest, independently of any injury suffered by the corporation. The C.C.Q. implicitly provides an opening to this common law rule.

- 10° Fiduciary duties continue beyond termination of the relationship between the fiduciary and the beneficiary for a reasonable period of time. The fiduciary cannot evade that person's duties by terminating the relationship, nor does the fact that it is the beneficiary who terminates the relationship release the fiduciary from these duties.

This rule is not expressly reflected in the C.C.Q. On the one hand, article 1375 C.C.Q., which provides, "The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation is created and at the time it is performed or extinguished," provides an opening for the continuation of these duties. On the other hand, the express provision in article 2088 C.C.Q. that an employee's duty of loyalty shall continue "for a reasonable time after cessation of the contract" and the absence of similar provisions describing the

duties of directors and mandataries could be interpreted as a bar to the common law rule. The Quebec courts are unlikely to deny continuation of the duties of loyalty, which they unhesitatingly recognized before the adoption of the C.C.Q.

- 11^o One manifestation of fiduciary duties is the prohibition imposed on directors and senior officers from diverting from the corporation, for themselves or for another person, a corporate opportunity of which they had knowledge or which they were able to obtain because of their position in the corporation, unless the corporation has expressly declined the corporate opportunity.

This rule is expressly codified in article 323 C.C.Q. (regarding a director) and article 2146 C.C.Q. (regarding a mandatary), although article 2146 contains no reference to indirect profit.

- 12^o This prohibition of diversion of corporate opportunities was extended by the case law to include solicitation of the corporation's customers or employees; persons subject to this prohibition include not only the corporation's directors and senior officers, but also ordinary employees associated with them.

The wording of articles 323 and 2146 C.C.Q. is general enough to encompass the first part of this rule: the word "property" can include, for example, a corporation's goodwill and listings of customers, prices and suppliers; and the word "information" includes information about customers and employees. The courts have repeatedly ruled that the duty of loyalty under article 2088 C.C.Q. also applies to ordinary employees.

Regarding extension of the duties of loyalty to ordinary employees associated with directors and officers, see paragraph (6) above on the non-recognition in Quebec of the constructive trust and the application of the principle of extracontractual liability.

In this regard, the C.C.Q. does not derogate from common law, except concerning the application of remedies.

IV. Harmonization

We can see that there are few significant differences between the duties of loyalty codified in Quebec law and the common law fiduciary duties referred to by the C.B.C.A. This fact is not surprising

since the duties of loyalty set out in the C.C.Q. were modelled on the fiduciary duties set out in the C.B.C.A.

A. Statement of duties of loyalty

The wording of section 122(1)(a) C.B.C.A. differs from that of the second part of article 322 C.C.Q.: it is deliberately designed (“with a view to the best interests of the corporation”) to favour the fiduciary duties approach over the doctrine of proper purpose. This nuance is not brought out by article 322 C.C.Q. (“in the best interest of the legal person”). That said, I do not recommend amending section 122(1)(a) in order to eliminate the words “with a view to”, since their inclusion is the result of a thoughtful choice by Parliament that has clearly been reflected in the case law.

Because article 300 C.C.Q. gives section 122(1)(a) C.B.C.A. precedence over article 322 C.C.Q., there is no need to harmonize section 122(1)(a) with article 322. In any case, there is no indication at the moment that the Quebec courts are applying article 322 differently than section 122(1)(a) in order to re-establish in Quebec the strict doctrine of proper purpose.

That said, it might be appropriate to amend the terminology used in the French version of section 122(1)(a) C.B.C.A. to make it as similar as possible to that used in the French version of article 322 C.C.Q., so that the correspondence between the common law fiduciary duties and the duties of loyalty under the C.C.Q. is clearly delineated. For example, the French word “intégrité” could be replaced by the word “honnêteté”; and the French words “bonne foi” could be replaced by the word “loyauté”.

In any case, in section 122(1)(a) C.B.C.A. it would be appropriate to provide a better translation into French of the idea conveyed by the expression “with a view to”, for example by using the French expression “dans la perspective des meilleurs intérêts” found in clause 9.19(1) of the draft legislation proposed in the *Dickerson Report*.

B. Disclosure of potential conflicts of interest

Article 324 C.C.Q. requires a director to declare potential conflicts of interest, something that is not required under either the C.B.C.A. or common law. This duty is apparently applicable to direc-

tors (but not officers) of federal business corporations in Quebec, by reason of the supplementary nature of article 324 and the fact that the C.B.C.A. is silent on this point (unless we consider that the disclosure of interest set out in section 120 C.B.C.A. implicitly excludes the requirement to declare potential conflicts of interest). If the former theory is correct, no harmonization of the C.B.C.A. is required since the fact that it is silent makes the C.C.Q. applicable.

C. Reversal of onus of proof

As is the case for the common law fiduciary duties, the C.C.Q. does not recognize the reversal of the onus of proof for duties of loyalty. The normal requirements of evidence under the C.C.Q. are applicable in Quebec, and there is no need so to provide in the C.B.C.A.

D. Constructive trust

The C.C.Q. does not recognize the common law constructive trust either. Instead, in Quebec the principle of extracontractual liability set out in article 1457 C.C.Q. is applicable, making a third person who is an accessory to breach of a director's or officer's duties of loyalty liable as well. This liability is purely compensatory in nature and cannot impose on a third person the duty to return profits. The C.B.C.A. is not designed to govern this purely civil law matter. In this regard, *a priori*, harmonization between common law and civil law appears impossible in my opinion.

E. Contracts with the corporation

Where contracts between a director and the corporation are concerned, the systems set out in section 120 C.B.C.A. and articles 325 and 326 C.C.Q. differ in many regards because of the incompleteness of the system under the C.C.Q. For federal business corporations, section 120 takes precedence. Harmonization of section 120 with articles 325 and 326 (already imperfectly modelled on section 120) would make section 120 incomplete. In the interest of corporations and their directors and officers, it would be preferable for any harmonization not to come from Parliament, but to be an initiative of the Quebec National Assembly in order to enhance and clarify its standards. As well, it will be the responsibility of the Quebec courts to tend toward harmonization by relying on the wording of

section 120 in interpreting articles 325 and 326, particularly regarding the validity of contracts that are reasonable and fair to the legal person and the remedial value and terms and conditions of confirmation by shareholders.

The limitation period set out in article 326 C.C.Q. could be applied to the remedy under section 120(8) C.B.C.A. In this regard, legislative amendments for the purpose of harmonization are not relevant: by not setting a limitation period for remedies on the basis of section 120 (or section 122), the C.B.C.A. relies on the C.C.Q. In any case, in order to ensure that this short limitation period is not applicable, a complainant can choose to initiate proceedings under section 239 C.B.C.A. (derivative action) or section 241 (application to the court concerning oppression), which are subject to the three-year limitation period under article 2925 C.C.Q.

F. Prohibition

Articles 329 and 330 C.C.Q. provide a remedy of prohibition against a director who is repeatedly in breach of that person's duties as a director, which include the duties of loyalty. As supplementary law, this remedy is applicable to directors of federal business corporations in breach of their duties under sections 120 and 122(1) C.B.C.A. No amendment for the purpose of harmonisation is required to make this remedy applicable.

Conclusion

Apart from a few minor differences, the duties of loyalty imposed on directors and mandataries by the C.C.Q. are identical to the common law fiduciary duties required of directors and officers by sections 120 and 122 C.B.C.A. This fact is not surprising since, in codifying the duties of loyalty in the C.C.Q., the Quebec National Assembly relied largely on the common law fiduciary duties.

Given the marked similarity between the two systems, no special initiative by Parliament is required to harmonize the C.B.C.A. with the duties of loyalty under the C.C.Q. To the extent that the Quebec courts, as they have done in the past and as appears legitimate, continue to rely on the common law case law in interpreting and applying the duties of loyalty, these systems will harmonize themselves, with no need for Parliament to intervene.