

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 prudence, de diligence et de compétence 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.....	239
I. Nature et portée des devoirs	240
A. Le devoir de compétence	240
B. Les devoirs de diligence et de prudence.....	244
1. Fautes de gestion – le « <i>business judgment rule</i> ».....	244
2. Assiduité aux réunions	259
3. Devoir de se renseigner	262
4. Devoir de supervision.....	267
5. Les règles de régie d'entreprise	278
C. La responsabilité extracontractuelle – l'arrêt <i>Peoples</i> ...	282
II. La codification fédérale des devoirs de prudence	287
III. La codification québécoise des devoirs de prudence et de diligence	294
A. Avant 1994.....	294
B. Le <i>Code civil du Québec</i>	296
IV. Comparaison entre les normes fédérale et provinciale	303
Conclusion	308

Introduction

L'article 122(1)(b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* se lit :

Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir [...] avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

Il s'agit là d'une codification des devoirs de diligence, de soin et de compétence (*care and skill*) des administrateurs et des dirigeants qui, tel que recommandé en 1971 par le groupe de travail présidé par M^e Robert W. V. Dickerson, représente « une tentative de hausser le standard de conduite » jusqu'alors exigé d'eux par la common law¹.

Cette disposition, pour ce qui concerne les administrateurs et les dirigeants des sociétés par actions ayant leur siège social au Québec, doit être mise en parallèle avec les articles 322 et 2138 du *Code civil du Québec*, qui depuis 1994 soumettent respectivement les administrateurs de personnes morales et les mandataires (ce que sont généralement les dirigeants) au devoir beaucoup plus laconique d'agir « avec prudence et diligence ».

La présente étude a pour but de comparer les normes fédérale et provinciale établies par les dispositions précitées en matière de devoirs de compétence, de diligence et de prudence des administrateurs et dirigeants, et de déterminer si il y a harmonisation entre elles, et, le cas échéant de recommander quelles mesures devraient être adoptées pour assurer cette harmonisation.

Pour ce faire, nous examinerons d'abord la nature et l'étendue, telles que décrites par la jurisprudence et la doctrine, des devoirs susmentionnés. Nous traiterons ensuite des codifications de ces devoirs, d'abord au niveau fédéral et en second lieu au Québec, pour enfin les comparer et tirer nos conclusions.

¹ Robert W.V. DICKERSON, John L. HOWARD et Leon GETZ, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, vol. 1, Ottawa, Information Canada, 1971, n° 242, p. 92 (« Rapport Dickerson »).

I. Nature et portée des devoirs

Nous allons examiner en premier lieu le devoir de compétence puis en second, le devoir de diligence et de prudence.

A. Le devoir de compétence

L'article 122(1)(b) de la loi fédérale impose aux administrateurs et dirigeants un devoir de « compétence » (*skill*).

Le droit antérieur n'avait certes pas été exigeant à leur endroit à cet égard, ainsi qu'en témoignent les passages d'arrêts suivants :

[A director] is, I think, not bound to bring any special qualifications to his office. He may undertake the management of a rubber company in complete ignorance of everything connected with rubber, without incurring responsibility for the mistakes which may result from such ignorance.²

A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience. A director of a life insurance company, for instance, does not guarantee that he has the skill of an actuary or of a physician.³

Une explication possible à cette attitude laxiste des tribunaux anglais est qu'à l'époque de ces jugements les administrateurs étaient des dirigeants à temps partiel, des « *figureheads and adornments to the company Christmas tree* », bien souvent des gens de la noblesse avec du temps libre que les tribunaux considéraient comme des « *pleasant, if incompetent, amateurs* »⁴.

On n'attendait pas d'un administrateur qu'il fasse preuve d'une habileté qu'il n'avait pas. Il aurait d'ailleurs été illusoire de s'attendre à cela d'un administrateur naïf, ignorant ou incompetent, et injuste de lui tenir rigueur d'une telle lacune. On ne demandait pas à l'administrateur d'être un expert, à moins qu'il n'ait été choisi justement parce qu'il en était un, ou qu'il avait prétendu en être un. Si,

² *In Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425 (C.A.) (J. Neville).

³ *In Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, [1925] 1 Ch. 407, 428 (C.A.) (J. Romer).

⁴ *Dixon c. Deacon Morgan McEwen Easson*, (1989) 41 B.C.L.R. (2d) 180, 193 (S.C.), citant *Farrar on Company Law*, 1985, p. 317.

dans les faits, il était un expert dans un champ donné, il devait faire bénéficier la société de cette science.⁵

L'adoption de la norme de compétence de l'article 122(1)(b) de la loi, qui doit être celle « dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne (raisonnablement) prudente », n'a probablement pas changé grand-chose à ces principes.

John L. Howard, en commentant la nouvelle norme de diligence et de compétence lors de son entrée en vigueur, a dit qu'elle était essentiellement « *declaratory of the common law standard* », et précise :

*Each director or officer, although he is not required to bring to his office a predetermined level of skill, must exercise reasonably on behalf of the corporation the specialized skills he has. For example, a lawyer is expected to be more sensitive to prospectus disclosure requirements and an accountant is expected to be more critical of a proposed audit program.*⁶

Il ajoute que

*The term skill was expressly used to legitimate distinctions between inside and outside directors and between business generalists and professionals.*⁷

La Cour d'appel fédérale a, dans l'arrêt *Soper c. Canada*⁸, établi une différence d'intensité des devoirs de prudence et de diligence des administrateurs « internes » et des administrateurs « externes », et déclaré :

[...] un administrateur est censé exercer ses fonctions avec soin en agissant raisonnablement en fonction des connaissances et de l'expérience qu'il possède effectivement [...] Par conséquent, dans le cas où la personne prudente est inexpérimentée [...], la loi requiert uniquement que

⁵ *In Re Brazilian Rubber Plantation & Estates Ltd.*, précité, note 2.

⁶ John L. HOWARD, « Directors and Officers in the Context of the Canada Business Corporations Act », (1975) *Mer. Mem. Lect.*, 297. Voir notamment les arrêts *Lassonde c. Canada*, [1996] A.C.I. (Quicklaw) n° 1792 et *Edison c. Canada*, [2000] D.T.C. (Quicklaw) n° 6230, imposant un devoir plus intense à un administrateur avocat.

⁷ J.L. HOWARD, *loc. cit.*, note 6, 298.

⁸ [1998] 1 C.F. 124, par. 33 et 40 (C.A.), de même que dans les arrêts *Cadrin c. Canada*, 99 D.T.C. 5079 (C.A.F.) et *Smith c. Canada*, (2001) 198 D.L.R. (4th) 257 (C.A.F.).

cette personne agisse avec le degré de soin qui est proportionné à son niveau de compétence. C'est de cette façon que la compétence et le soin sont visiblement liés entre eux. Cela dit, il importe de souligner qu'il ne suffit pas qu'un administrateur affirme simplement qu'il a fait de son mieux si, eu égard à son niveau de compétence et à sa pratique des affaires, il n'a pas agi avec prudence.

[...] La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi [de l'impôt sur le revenu] est fondamentalement souple. Au lieu de traiter les administrateurs comme un groupe homogène de professionnels dont la conduite est régie par une seule norme immuable, cette disposition comporte un élément subjectif qui tient compte des connaissances personnelles et de l'expérience de l'administrateur, ainsi que du contexte de la société visée, notamment son organisation, ses ressources, ses usages et sa conduite. Ainsi, on attend plus des personnes qui possèdent des compétences supérieures à la moyenne (p. ex. les gens d'affaires chevronnés).

Bruce Welling opine que la norme de compétence de l'article 122 (1) (b) n'est pas plus exigeante que sous la common law :

The skill requirement appears to be no different from the common law test. A director or officer is now required to «exercise the [...] skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances». It would seem arguable, indeed intuitively obvious, that a reasonably prudent person might be utterly unskilled, particularly where matters of corporate management are concerned. The argument is the same as at common law; there are no educational requirements or diplomas or other formal prerequisites to be a corporate manager, as there are for plumbers and paediatricians; so there is no method of preselecting skilful managers. The legal standard reflects this by requiring only the exercise of a certain skill, but qualifies that by relating the test to «comparable circumstances». The level of skill possessed by the particular manager in question is part of the circumstances. Furthermore, the standard is clearly not that of a reasonably skillful person. The test is phrased in terms of the reasonably prudent person and, as already pointed out, there is no obvious relationship between reasonable prudence and managerial skill.⁹

Yves Lauzon est du même avis :

Ce mélange ne semble pas avoir eu pour effet d'élever la norme de façon appréciable en ce qui concerne le soin et la compétence puisque la per-

⁹ Bruce WELLING, *Corporate Law in Canada – The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991, p. 333.

*sonne prudente peut n'avoir aucune compétence ni faire preuve de soin, ce qui aura pour effet qu'en pareilles circonstances, elle ne fera preuve que du degré de compétence et de soin qu'elle possède déjà, sans plus. Ce résultat est aussi teinté de subjectivisme qu'en vertu des règles établies par la jurisprudence classique.*¹⁰

Il est exact que le critère de la « personne prudente » n'implique aucune exigence de compétence particulière. Il en aurait été autrement si le législateur avait choisi de suivre la recommandation du « *prudent director* » du Rapport Lawrence, dont nous traiterons plus loin. La norme de compétence aurait, dans ce cas, été sensiblement haussée.

Kevin McGuinness est moins catégorique, se contentant de déclarer :

*Given the history of the case law in this area, and the prevailing standards of competence displayed in commerce generally, it is quite clear that directors were not expected at common law to have any particular business skill or judgment. It is far from clear that either the OBCA or the CBCA depart from the general approach, and impose a requirement to possess a degree of skill. Until this question is squarely addressed by the courts, it must remain open, although recent case law in this area does indicate that there has been no radical departure from earlier case law with respect to the skill and knowledge required of directors.*¹¹

Chose certaine, les exigences relatives à la compétence des administrateurs des sociétés faisant appel public à l'épargne ont été resserrées par les lignes directrices de régie d'entreprise des Bourses. Non seulement est-il suggéré que les administrateurs possèdent un éventail suffisant de compétences, mais en plus tous ceux d'entre eux qui siègent au comité de vérification doivent posséder une expertise financière.

¹⁰ Yves LAUZON, « La perception judiciaire des devoirs des administrateurs de personnes morales : quel progrès ? », dans *Développements récents en droit commercial* (1998), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 228. Voir aussi, dans le même sens : Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 458 et suiv.

¹¹ Kevin Patrick MCGUINNESS, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*, Toronto, Butterworths, 1999, p. 776.

B. Les devoirs de diligence et de prudence

Les devoirs de diligence et de prudence des administrateurs peuvent être examinés sous cinq rubriques : les fautes de gestion, l'assiduité aux réunions, le devoir de se renseigner et le devoir de supervision et les nouvelles règles de régie d'entreprise (*corporate governance*).

1. Fautes de gestion – le « *business judgment rule* »

Les tribunaux anglo-canadiens considèrent qu'il serait irréaliste de tenir les administrateurs responsables d'erreurs de jugement. Ils ont constamment suivi une politique non interventionniste, en refusant de s'ingérer dans les affaires internes des sociétés et de substituer leur jugement à celui des administrateurs.

Dans un jugement représentatif de 1869¹², un tribunal anglais a déclaré que si ridicule et si absurde que puisse paraître la conduite des administrateurs, la société n'a qu'à s'en prendre à elle-même si elle a fait confiance à des gens si peu sages.

Avant qu'on taxe l'administrateur d'avoir manqué à ses devoirs en se trompant, il fallait qu'on soit en présence d'une faute lourde ou grossière¹³. Le test à appliquer a été exprimé en ces termes :

*Whether or not the directors exceeded the powers entrusted to them, or whether if they did not so exceed their powers they were cognisant of circumstances of such a character, so plain, so manifest, and so simple of appreciation, that no men with any ordinary degree of prudence, acting on their own behalf, would have entered into such a transaction as they entered into.*¹⁴

« *Directors are not liable for mere errors of judgment* », a tranché le juge Romer dans l'arrêt clé *In Re City Equitable Fire Insurance Company Limited*¹⁵.

¹² *Turquand v. Marshall*, [1869] L.R. Ch. App. 376.

¹³ *In Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd.*, précité, note 2 ; au Canada : *Crevier c. Paquin*, [1975] C.S. 250, 265.

¹⁴ *Overend & Gurney Co. v. Gibb*, [1872] L.R. 5 (H.L.) 480, 486, cité avec approbation dans l'arrêt *In Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, précité, note 3, 425, 428.

¹⁵ Précité, note 3, 429.

Cette réticence ou retenue judiciaire s'expliquait par le fait que les tribunaux ne se reconnaissaient pas de compétence de gestionnaires, leur permettant de juger à l'à-propos des décisions des administrateurs, et qu'ils ne voulaient ni se voir submerger de requêtes pour ce faire, ni décourager les gens d'agir comme administrateurs par la menace d'être tenus responsables de toute décision ayant mal tourné¹⁶.

La formulation des devoirs de prudence et diligence des administrateurs à l'article 122(1)(b) de la loi fédérale n'a selon toute apparence pas modifié la donne en matière de fautes de gestion. Ainsi que l'explique John L. Howard, l'un des artisans de la réforme de 1975 :

*The Courts have therefore been understandably reluctant to adjudge in retrospect that a policy error, even if it turned out to be an egregious blunder, entitled the affected corporation or its shareholders to seek compensation for the resulting financial loss. By indirection the CBCA continues this policy, expressly declaring duty of care standards but at the same time preserving the common law defences and setting out a number of provisions that go far to relieve directors and officers of the intolerable burden of being accountable for honest errors of business judgment.*¹⁷

Par conséquent, les décisions d'affaires des administrateurs prises légalement, de bonne foi et en-deça de leurs pouvoirs, ne sont pas sujettes à un examen microscopique par la Cour et seront respectées même si le tribunal les juge peu sages en l'occurrence¹⁸. C'est ce que la jurisprudence américaine appelle le « *business judgment rule* », et que les tribunaux canadiens appliquent de plus en plus systématiquement¹⁹.

¹⁶ *Howard Smith Ltd. c. Ampol Petroleum Ltd.*, [1974] A.C. 821, 832 (P.C.):

It would be wrong for the court to substitute its opinion for that of management or indeed to question the correctness of the management's decision [...] if bone fide arrived at. There is no appeal on the merits from management decisions to courts of law: nor will courts of law assume to act as a kind of supervisory board over decisions within the powers of management honestly arrived at.

¹⁷ John L. HOWARD, *loc. cit.*, note 6, 303.

¹⁸ *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*, (1987) 37 B.L.R. 65, 99 (Ont. H.C.), *conf.* (1991) 3 O.R. (3d) 289 (C.A.).

¹⁹ *Re 347883 Alberta Ltd. & Producers Pipelines Inc.*, (1991) 4 W.W.R. 577 (Sask. C.A.); *Schafer c. International Capital Corp.*, (1997) 5 W.W.R. 98 (Sask. Q.B.), (1997) 152 Sask. R. 273 (C.A.); *Re Themadel Foundation c. Third Canadian General Investment Trust Ltd.*, (1998) 38 O.R. (3d) 749 (C.A.); *Main c. Delcan Group Inc.*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 1961 (S.C.); *UPM-Kymmene Corporation c.*

En droit américain, cette règle a été résumée en ces termes :

*A board of directors enjoys a presumption of sound business judgment and its decisions will not be disturbed if they can be attributed to any rational business purpose. A court under such circumstances will not substitute its own notions of what is or is not sound business judgment.*²⁰

*[...] directors' decisions are presumed to have been made on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company.*²¹

Pour surmonter cette présomption, le plaignant a le fardeau de démontrer que les administrateurs ont agi frauduleusement ou de mauvaise foi, qu'ils ont abusé de leur discrétion ou qu'ils se sont procurés un bénéfice personnel au détriment de la société.

*[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.*²²

John L. Howard a bien expliqué la portée en droit canadien du « *business judgment rule* », et l'immunité quasi systématique des administrateurs pour leurs fautes de gestion :

Basically, the business judgment rule is that, if there is no question of breach of fiduciary duty, directors and officers must be given wide latitude to exercise their judgment to make policy decisions concerning management of the business and affairs of the corporation. As a result, if a plaintiff cannot characterize the impugned misconduct as tantamount to a breach of fiduciary duty, it is highly unlikely that the plaintiff will overcome the defendant's plea that the error was only a mistake of business judgment.

UPM-Kymmene Miramichi Inc., (2002) 214 D.L.R. (4th) 496 (Ont. S.C.), conf. (2004) 42 B.L.R. (3d) 34 (Ont. C.A.); *Radtke c. Machel*, [2000] O.J. (Quicklaw) n° 3019, par. 164 (S.C.).

²⁰ *Sinclair Oil Corp. v. Levine*, 280A 2d 717, 720 (Del Sup. Ct. 1971).

²¹ *Ivanhoe Partner v. Newmont Mining Corp.*, 535A 2d 1334, 1341 (Del. Sup. Ct. 1987).

²² *Aronson v. Lewis*, (1984) 473A 2d 805, 812 (Del. S.C.).

[...] where the action is based on breach of a duty of care, the plaintiff faces a formidable task, for as in an ordinary action for negligence, the plaintiff has the burden of proving, first, a breach by a director or officer of a duty of care owed to the corporation – which implies refuting any business judgment defence; second, an actual, quantifiable loss suffered by the corporation, and third, a causal connection between the directors of officers breach of duty and the loss.²³

Un autre auteur a précisé :

[...] it is difficult to say precisely to what depths one must sink in order to be liable in negligence. Conduct unbecoming a director would seem to include deliberately ignoring the affairs of the corporation, and also transfer of control to persons whom one knows to be dishonest or irresponsible. Lesser sins are likely to be forgiven on the basis of the “business judgment rule” provided that the individual responsible can plausibly claim to have acted in good faith.²⁴

On trouve une bonne formulation de la retenue judiciaire dans l'arrêt ontarien *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*²⁵ portant sur un « recours pour oppression » :

There can be no doubt that on an application under s. 234 the trial judge is required to consider the nature of the impugned acts and the method in which they were carried out. That does not mean that the trial judge should substitute his own business judgment for that of managers, directors, or a committee such as the one involved in assessing this transaction. Indeed, it would generally be impossible for him to do so, regardless of the amount of evidence before him. He is dealing with the matter at a different time and place; it is unlikely that he will have the background knowledge and expertise of the individuals involved; he could have little or no knowledge of the background and skills of the persons who would be carrying out any proposed plan; and it is unlikely that he would have any knowledge of the specialized market in which the corporation operated. In short, he does not know enough to make the business decision required.

²³ J.L. HOWARD, *loc. cit.*, note 6, 300 et 302.

²⁴ John I.S. NICHOLL, « Directors' and Officers' Liability Insurance », dans LAZAR SARNA, *Corporate Structure Finance and Operations*, vol. 4, Toronto, Carswell, 1986, p. 1, à la page 7, cité dans *Dixon c. Deacon Morgan McEwen Easson*, précité, note 4, 180, 196.

²⁵ Précité, note 18, 320 (C.A.).

L'arrêt *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*²⁶, portant sur une offre publique d'achat, traite le « *business judgment rule* » comme une tendance généralisée au Canada, affirmant catégoriquement ce qui suit :

In assessing whether or not directors have met their fiduciary and statutory obligations, [...], Canadian courts have generally approached the subject on the basis of what has become known as the "business judgment rule". This rule is an extension of the fundamental principle that the business and affairs of a corporation are managed by or under the director of its board of directors. It operates to shield from court intervention business decisions which have been made honestly, prudently, in good faith and on reasonable grounds. In such cases, the board's decisions will not be subject to microscopic examination and the Court will be reluctant to interfere and to usurp the board of director's function in managing the corporation. [...]

The directors' actions are not to be judged against the perfect vision of hindsight, and should be measured against the facts as they existed at the time the impugned decision was made. In addition, the court should be reluctant to substitute its own opinion for that of the directors where the business decision was made in reasonable and informed reliance on the advice of financial and legal advisors appropriately retained and consulted in the circumstances. [...]

*That is, where business decisions have been made honestly, prudently, in good faith and on reasonable and rational grounds, the Court will be reluctant to interfere and to usurp the board of director's function in managing the corporation. In such cases, the Board's decisions will not be subject to microscopic examination.*²⁷

²⁶ (1998) 160 D.L.R. (4th) 131 (Ont. Gen. Div.), référant à *Re Olympia & York Enterprises*, (1986) 2 B.C.L.R. (2d) 244 (S.C.); *Rogers Communication Inc. c. Maclean Hunter Ltd.*, (1994) 2 C.C.L.S. 233 (Ont. Gen. Div.); *347883 Alberta Ltd. c. Producers Pipeline Inc.*, (1991) 4 W.W.R. 577, 594 (Sask. C.A.). L'arrêt *CW Shareholdings* a été suivi dans *McAskill c. TransAtlantic Petroleum Corp.*, [2002] A.J. (Quicklaw) n° 1580 (Q.B.), où le tribunal a déclaré « *I should be cautious in applying hindsight to the business judgment of company directors* » et rejeté le recours contre les administrateurs : « *Directors are not liable for making a "bad deal"* », dit-il (par. 64). Voir aussi : *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, (2000) 8 B.L.R. (3d) 81 (Ont. S.C.), où le tribunal a jugé que les administrateurs et le comité spécial chargé d'examiner une offre publique d'achat ont exercé leur « *reasonable business judgment* » et rejeté le recours pour oppression de l'offrant.

²⁷ *CW Shareholdings Inc. c. WIC Western International Communications Ltd.*, précité, note 26, 150, 152 et 153 (j. Blair).

La Cour d'appel de l'Ontario s'est largement inspirée de la jurisprudence américaine pour rendre sa décision relative aux devoirs des administrateurs lors d'une offre publique d'achat, dans l'affaire *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*²⁸:

*The law as it has evolved in Ontario and Delaware has the common requirements that the court must be satisfied that the directors have acted reasonably and fairly. The court looks to see that the directors made a reasonable decision not a perfect decision. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute "its opinion for that of the board even through subsequent events may have cast doubt on the board's determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board's decision [...]. This formulation of deference to the decision of the Board is known as the "business judgment rule". The fact that alternative transactions were rejected by the directors is irrelevant unless it can be shown that a particular alternative was definitely available and clearly more beneficial to the company than the chosen transaction [...].*²⁹

Le « *business judgment rule* » protège les administrateurs désintéressés seulement. Pour les administrateurs intéressés dans la mesure concernée, le fardeau de la preuve est renversé : c'est à eux de démontrer que malgré leur intérêt ils ont rempli leurs devoirs envers la société³⁰. C'est pourquoi s'est développée la pratique consistant à créer, au sein du conseil d'administration, des "comités spéciaux" composés d'administrateurs désintéressés par rapport à la mesure envisagée et de les charger d'examiner cette mesure, assistés de cas échéant de conseillers juridiques et financiers indépendants de la société, et de faire des recommandations sur elle au conseil d'administration. En adoptant ce « *process* », et en suivant la recommandation du comité indépendant, il demeure possible pour le conseil d'administration de bénéficier de la protection de la règle^{30a}. C'est ce que se produit, notamment, en matière d'offre

²⁸ (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.), conf. (1998) 40 B.L.R. (2d) 244 (Ont. Gen. Div.).

²⁹ *Id.*, par. 36.

³⁰ Dans l'arrêt *Henry c. 609897 Saskatchewan Ltd.*, (2003) 31 B.L.R. (3d) 36 (Sask. Q.B.), les administrateurs ont été jugés ne pas bénéficier de la protection du « *business judgment rule* » car ils avaient agi en fonction de leurs intérêts personnels dans une compagnie actionnaire de la société plutôt que dans celui de la société : la Cour a autorisé une action dérivée contre eux.

^{30a} Voir, par exemple : *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*, précité, note 18 ; *General Accident Assurance Co. of Canada c. Lornex Mining Corp.*, (1988) 40 B.L.R.

publique d'achat (les deux derniers arrêts précités³¹ démontrent l'influence positive du « *process* » du comité indépendant sur l'appréciation par le tribunal de la prudence et de la diligence des administrateurs), et, conformément à des règles expressément établies par les autorités en valeurs mobilières, les opérations de fermeture (« *going-private transactions* ») et les opérations avec des personnes reliées (« *related party transactions* ») visant des sociétés ayant fait appel public à l'épargne³².

Étant donné la perméabilité du droit canadien au droit américain en cette matière, on peut citer deux arrêts récents de la Cour Suprême du Delaware pour expliquer la réserve judiciaire en matière de fautes de gestion^{32a}. Tout d'abord, dans l'arrêt *Gagliardi v.*

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.*, (1999) 1 B.L.R. (3d) 198 (Ont. S.C.) et *Golden Star Resources Ltd. c. IAMGold Corporation*, [2004] O.J. (Quicklaw) n° 2869 (C.S.), où l'absence de comité a joué contre la société. Dans *Scion Capital c. Bolivar Gold Corp.*, 2006 YKSC 17, conf. 2006 Carswell Yukon 16 (Y.T.C.A.), l'arrangement a été jugé « *fair* » même si le comité indépendant avait été constitué tard dans le processus. Dans *Greenlight Capital Inc. c. Stronach*, [2006] O.J. (Quicklaw) n° 4353 (S.C.), la présence et le mode de fonctionnement du « comité spécial » ont été déterminants pour que le tribunal applique le « *business judgement rule* » et rejette le « recours pour oppression » d'un actionnaire. Dans cette décision, la Cour a déclaré : « *The creation of a special committee of independent directors has been accepted by the courts as a mechanism to minimize actual or perceived conflicts of interest in considering transactions that are not at arm's length. Shareholders may reasonably expect that the corporation would establish such a special committee.* » (par. 33).

³¹ De même que les arrêts *Gazit*, précité, note 26, *Armstrong World Industries Inc. c. Arcand*, (1997) 36 B.L.R. (2d) 171 (Ont. Gen. Div.) et *Golden Star Resources Ltd. c. IamGold Corporation*, précité, note 30a.

³² Norme 61-501 de la Commission des valeurs mobilières d'Ontario et Règlement général 9-27 de l'Autorité des marchés financiers du Québec. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, réfère aux normes provinciales en matière d'opérations de fermeture à son nouvel article 193. L'arrêt *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*, précité, note 18 (C.A.) fournit un bon exemple d'approbation judiciaire du travail d'un comité indépendant et de l'exonération corrélatrice des administrateurs.

^{32a} Pour des exemples plus récents et probants d'exonération des administrateurs grâce à l'application du « *business judgment rule* », voir : *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 2006 Del. Lexis 307 (Supr. Ct.) (rémunération excessive d'un dirigeant) ; *In re Toys "R" Us Inc. Shareholders Litigation*, 2005 Del. Ch. Lexis 90 (octroi de *deal protection* à un acheteur potentiel).

*Trifoods International Inc.*³³ le tribunal a déclaré après avoir énoncé le « principe élémentaire » à l'effet qu'en l'absence de faits démontrant une transaction intéressée (*self-dealing*) ou un « *improper purpose* », un administrateur ou dirigeant n'est pas responsable des pertes subies par la société résultant d'une décision prise de bonne foi, que :

The rule could rationally be no different. Shareholders can diversify the risks of their corporate investments. Thus, it is in their economic interest for the corporation to accept in rank order all positive net present value investment projects available to the corporation, starting with the highest risk adjusted rate of return first. Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse. Shareholders' investment interests, across the full range of their diversifiable equity investments, will be maximized if corporate directors and managers honestly assess risk and reward and accept for the corporation the highest risk adjusted returns available that are above the firm's cost of capital.

But directors will tend to deviate from this rational acceptance of corporate risk if in authorizing the corporation to undertake a risky investment, the directors must assume some degree of personal risk relating to ex post facto claims of derivative liability for any resulting corporate loss.

Corporate directors of public companies typically have a very small proportionate ownership interest in their corporations and little or no incentive compensation. Thus, they enjoy (as residual owners) only a very small proportion of any "upside" gains earned by the corporation of risky investment projects. If, however, corporate directors were to be found liable for a corporate loss from a risky project on the ground that the investment was too risky (foolishly risky! stupidly risky! egregiously risky! – you supply the adverb), their liability would be joint and several for the whole loss [...]. Given the scale of operation of modern public corporations, this stupefying disjunction between risk and reward for corporate directors threatens undesirable effects. Given this disjunction, only a very small probability of director liability based on "negligence", "inattention", "waste", etc., could induce a board to avoid authorizing risky investment projects to any extent! Obviously, it is in the shareholders' economic interest to offer sufficient protection to directors from liability for negligence, etc., to allow directors to conclude that, as a practical matter, there is no risk that, if they act in good faith and meet minimal proceduralist standards of attention, they can face liability as a result of a business loss.

C'est pourquoi, a conclu la Cour, le fait qu'un actionnaire considère qu'une décision du conseil d'administration soit imprudente,

³³ 683 A.2d 1049, 1996 Del. Ch. Lexis 87.

insensée ou même stupide dans les circonstances n'a pas d'importance juridique, pas davantage que par la suite d'autres personnes puissent elles aussi conclure à la stupidité de cette décision.

En second lieu, la Cour a déclaré, deux mois plus tard, dans l'arrêt *Re Caremark International Inc. Derivative Legislation*³⁴ :

[...] whether a judge or jury considering the matter after the fact, believes a decision substantively wrong, or degrees of wrong extending through "stupid" to "egregious" or "irrational", provides no ground for director liability, so long as the court determines that the process employed was either rational or employed in a good faith effort to advance corporate interests. To employ a different rule – one that permitted an "objective" evaluation of the decision – would expose directors to substantive second guessing by ill-equipped judges or juries, which would, in the long-run, be injurious to investor interests. [...]

Indeed, one wonders on what moral basis might shareholders attack a good faith business decision of a director as "unreasonable" or "irrational". Where a director in fact exercises a good faith effort to be informed and to exercise appropriate judgment, he or she should be deemed to satisfy fully the duty of attention. If the shareholders thought themselves entitled to some other quality of judgment than such a director produces in the good faith exercise of the powers of office, then the shareholders should have elected other directors.

On a vu tout récemment, en droit canadien, un cas où la réserve judiciaire s'est exercée spectaculairement par rapport à une faute de gestion. Il s'agit de l'arrêt *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*³⁵.

Dans cette retentissante affaire, les administrateurs de la faillite Peoples, les frères Wise, ont initialement été condamnés à verser 4,4 millions de dollars au syndic à la faillite de la société. Le juge Greenberg de la Cour supérieure de Montréal³⁶ avait jugé que les frères Wise, en implantant un système d'achat commun de marchandises pour Peoples et sa compagnie mère à 100 % Wise Stores Inc. en vertu duquel Peoples achetait et payait les marchandises pour les deux compagnies et ne se faisait pas rembourser au fur et

³⁴ 1996 Del. Ch. Lexis 125.

³⁵ *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, [2003] R.J.Q. 796 (C.A.), [2004] 3 R.C.S. 461.

³⁶ J.E. 99-318 (C.S.).

à mesure par Wise Stores, laissant s'accumuler une créance inter-compagnies excédant 4 millions de dollars, avaient manqué à leurs devoirs envers Peoples tels qu'établis à l'article 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (prudence et diligence, honnêteté et loyauté). Même si l'article 44(2) de cette loi, alors en vigueur, les autorisait expressément à octroyer à Wise Stores, société mère à part entière, une aide financière qui rendait insolvable Peoples, le juge Greenberg a statué que les administrateurs étaient néanmoins liés par leurs devoirs généraux sous 122(1) envers Peoples et retenu leur responsabilité personnelle sous l'autorité de cette disposition, ainsi que de l'article 100(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

La Cour d'appel du Québec a toutefois renversé cette décision³⁷, et abordé en ces termes les devoirs de diligence et prudence des administrateurs :

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

*Dans l'application des règles qui en découlent, les tribunaux ont traditionnellement reconnu les difficultés que pose l'analyse à posteriori des décisions prises par les administrateurs dans le feu de l'action. C'est ainsi qu'on leur a reconnu le droit de se tromper.*³⁸

En l'occurrence, a jugé la Cour, les frères Wise n'avaient pas violé leur devoir de gestion compétente :

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

En ce qui concerne le devoir de gestion compétente, [...] l'analyse a posteriori qui donne lieu aux reproches que le premier juge et le syndic leur

³⁷ Précité, note 35.

³⁸ Le tribunal réfère sur ce point à l'arrêt *Crevier c. Paquin*, précité, note 13, citant le passage de la page 265.

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

À mon avis, en tenant pour les fins de la discussion qu'un examen à posteriori a démontré que ce nouveau système ne constituait pas une solution valable aux difficultés éprouvées, j'estime que son adoption à l'époque satisfaisait aux normes à la fois objectives et subjectives de gestion compétente telles que définies dans l'arrêt Soper³⁹.

Selon moi, les frères ont agi dans ce que, de bonne foi, ils croyaient être la poursuite des objets de la société et ils n'ont pas fait preuve d'incompétence coupable. [par. 83 et suiv.]

La Cour suprême du Canada⁴⁰ a confirmé l'exonération des frères Wise, et officiellement consacré, en droit corporatif canadien, le « *business judgment rule* » à l'américaine, déclarant :

En ce qui concerne les mesures prises pour assurer le respect de l'obligation de diligence, les tribunaux canadiens, tout comme ceux des États-Unis, du Royaume-Uni, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, ont eu tendance à tenir compte du fait que les administrateurs et les dirigeants ont souvent, en matière commerciale, des connaissances que ne possèdent pas les tribunaux. De nombreuses décisions prises dans le cours des activités d'une entreprise sont raisonnables et justifiables au moment où elles sont prises, même si elles ont éventuellement conduit à un échec. Les décisions d'affaires doivent parfois être prises dans un contexte où les renseignements sont incomplets, les enjeux sont élevés et la situation est pressante. On pourrait être tenté de considérer à la lumière de renseignements qui deviennent disponibles ultérieurement que des décisions d'affaires qui n'ont pas abouti étaient déraisonnables ou imprudentes. En raison de ce risque d'examen a posteriori, les tribunaux canadiens ont élaboré à l'égard des décisions d'affaires une règle de retenue appelée, suivant la terminologie employée aux États-Unis, la « règle de l'appréciation commerciale. »⁴¹ (par. 64)

³⁹ Soper c. Canada, précité, note 8.

⁴⁰ Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise, précité, note 35.

⁴¹ En anglais, « *business judgment rule* ».

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la L.c.s.a. s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient⁴². Les décisions prises doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence, il convient de répéter que l'on n'exige pas d'eux la perfection. Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. (par. 67)

Il est remarquable que le « *business judgment rule* » ait servi à protéger, dans cette affaire, des administrateurs intéressés : les frères Wise étaient en effet administrateurs et uniques actionnaires de la société mère Wise Stores Inc., bénéficiaire de l'aide financière consentie par Peoples.

La jurisprudence en matière de fautes de gestion des administrateurs est singulièrement anémique. Cela s'explique par le fait que peu de procureurs incitent leurs clients à intenter des poursuites sur ce chef, sachant que le fardeau de preuve à assumer est quasi insurmontable.

Depuis l'institution du « recours pour oppression » de l'article 241 de la loi fédérale, il arrive plus fréquemment que les tribunaux se penchent sur la conduite des administrateurs à la lumière du « *business judgment rule* ». Certains jugements ont en effet établi que le fait que cette conduite ne soit pas protégée par cette règle est l'un des critères de l'oppression justifiant l'intervention du tribunal⁴³. Si elle

⁴² En anglais, « *on a reasonably informed basis* », ce qui correspond à la règle américaine.

⁴³ Dans *Main c. Delcan Group Inc.*, précité, note 19, 206, le juge Lederman a identifié les critères justifiant l'intervention du tribunal comme suit : « *Was the impugned conduct outside the range of reasonable business judgment? Was the impugned conduct inconsistent with the reasonable expectations of the complainants, and did the impugned conduct cause prejudice to the complainant?* ». Ces critères ont été appliqués dans l'arrêt *Schwabe (Litigation Guardian of) c. Heilborn*, (2002) 28 B.L.R. (3d) 309 (Ont. S.C.) et *Krynen c. Duracap International Inc.*, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 1209 (S.C.).

l'est, le recours est généralement rejeté⁴⁴. Si elle ne l'est pas, le remède recherché par les plaignants et accordé par le tribunal n'est généralement pas une condamnation personnelle des administrateurs, mais plutôt d'empêcher le comportement contesté (art. 241(3)(a)) en l'annulant ou en l'interdisant⁴⁵, ou d'ordonner l'achat des actions du plaignant par la société (art. 241(3)(f)). Cela n'a rien d'étonnant, puisque pour obtenir la condamnation personnelle des administrateurs pour manquement à leurs devoirs de diligence et de prudence un plaignant devrait plutôt tenter une « action dérivée » sous l'article 239, pour et au nom de la société à qui ces devoirs s'adressent⁴⁶.

On n'a pas encore vu, en droit canadien, de cas où des administrateurs ont été condamnés à indemniser la société pour leurs fautes de gestion commises de bonne foi et sans conflit d'intérêts.

L'arrêt *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*⁴⁷ aurait pu en constituer un. Dans cette affaire, les administrateurs de la société Repap Inc. avaient précipitamment approuvé la signature d'un contrat accordant à un dirigeant, M. Berg, une rémunération exorbitante. Ils s'étaient pour ce faire fondés sur le rapport insatisfaisant d'un consultant externe en rémunération. Le tribunal, tant en première instance qu'en appel, a jugé qu'ils avaient manqué à leur devoir de prudence et de diligence, et qu'ils ne pouvaient se prévaloir de la protection du « *business judgment rule* » :

However, directors are only protected to the extent that their actions actually evidence their business judgment. The principle of deference presupposes that directors are scrupulous in their deliberations and demonstrate diligence in arriving at decisions. Courts are entitled to consider the content of their decision and the extent of the information on which it was based and to measure this against the facts as they existed

⁴⁴ Les arrêts *Maple Leaf Foods*, précité, note 28 et *CW Shareholdings*, précité, note 26 sont de bons exemples. De même, les arrêts *Gazit (1997) Inc. c. Centrefund Realty Corp.*, précité, note 26, *Brant Investments c. KeepRite Inc.* précité, note 18 (C.A.) et *Krynen c. Duracap International Inc.*, précité, note 43.

⁴⁵ Un bon exemple est l'affaire *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, précitée, note 19, mettant en cause la société Repap, où le tribunal a jugé que les administrateurs avaient manqué à leurs devoirs, mais simplement annulé le contrat qu'ils avaient conclu.

⁴⁶ Voir, par exemple : *First Edmonton Place Ltd. c. 315888 Alberta Ltd.*, (1988) 60 Alta. L.R. (2d) 122 (Q.B.) (permission accordée) ; *McAskill c. TransAtlantic Petroleum Corp.*, précité, note 26 (action rejetée).

⁴⁷ Précité, note 19.

*at the time the impugned decision was made. Although Board decisions are not subject to microscopic examination with the perfect vision of hindsight, they are subject to examination.*⁴⁸

La table était bien mise pour engager la responsabilité des administrateurs. Heureusement pour eux, le tribunal a plutôt annulé le contrat de M. Berg⁴⁹ sous l'autorité des articles 120 et 121 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Un autre dossier digne d'attention est celui de la société Dylex Ltd., où le syndic à la faillite de la société a intenté une poursuite en dommages contre ses administrateurs pour avoir manqué à leur devoirs de prudence et de diligence en ne faisant pas enquête sur les antécédents et l'honnêteté de Hardof Wolf Group Inc., l'acquéreur de ses actions. La requête en irrecevabilité de ce recours ayant été rejetée en mars 2003⁵⁰, il sera intéressant de suivre le déroulement de cette affaire.

Enfin, il convient de traiter ici de l'arrêt *Ford Motor Company of Canada Ltd. c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*⁵¹, où l'établissement par la compagnie-mère à 94 % de Ford Canada d'une politique de transfert de prix qui désavantageait la filiale a été jugé oppressif envers les actionnaires minoritaires de cette dernière. L'oppression, dit la Cour, émanait aussi de la filiale elle-même car ses administrateurs étaient demeurés dociles et inertes devant cette politique néfaste de la société-mère. En n'exigeant pas de modification à cette politique pendant des années, ils avaient manqué à leurs devoirs envers Ford Canada et opprimé ses actionnaires minoritaires. La Cour d'appel d'Ontario a fait dans cette affaire référence

⁴⁸ *Id.*, par. 153. C'est sur la base de la première phrase de cette citation que la Cour d'appel d'Ontario a confirmé, dans l'arrêt *Ford Motor Company of Canada Ltd. c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2006 Can LII 15 (ON C.A.), que les administrateurs de Ford Canada ne pouvaient bénéficier de la protection du « *business judgment rule* » car ils avaient accepté sans discussion ni compréhension le système de transfert de prix mis en place par la société mère.

⁴⁹ La même chose s'est produite dans les arrêts *Cannaday c. Sun Peaks Resort Corp.*, (1995) 25 B.L.R. (2d) 75 (B.C.S.C.) et *Rooney c. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 3077 (Gen. Div.), où des contrats accordant des « parachutes dorés » excessifs ont été annulés.

⁵⁰ *Dylex Ltd. (Trustee of) c. Anderson*, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 883 (Sup. Ct.), (J. Lederman).

⁵¹ Précité, note 48.

à l'arrêt *Peoples* et au « *business judgment rule* »⁵². L'inaction totale des administrateurs leur avait fait perdre la protection du « *business judgement rule* » :

The significant impediment to Ford Canada's reliance on the business judgment rule lies in the evidence accepted by the trial judge that the Ford Canada board brought little judgment to bear on the transfer pricing system.

The evidence shows that Ford Canada's board had little understanding of the transfer pricing system and its impact on the profitability of Ford Canada's operations. There was little discussion of the system at the board level and Ford Canada did not conduct any independent review of the system. The evidence suggests that Ford Canada simply accepted the system that was put in place by Ford U.S., the majority shareholder. (par 55 et suiv.)

On this record, it was open to the trial judge to find that the board did not act on reasonable grounds and therefore was disentitled to the deference ordinarily accorded by the operation of the business judgment rule. As Lax J. said in UPM-Kymmene Corp. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc., (2002), 214 D.L.R. (4th) 496 (Ont. S.C.), aff'd 2004 CanLII 9479 (ON C.A.), (2004), 42 B.L.R. (3d) 34 (Ont. C.A.) at para. 153, "directors are only protected to the extent that their actions actually evidence their business judgment". (par. 59)

Le recours pour oppression dans cet arrêt n'en était pas un en dommages contre les administrateurs envers la société, mais plutôt en indemnisation contre la société, sous la forme de l'augmentation de la « juste valeur » des actions des demandeurs ayant exercé leur droit de dissidence sous l'autorité de l'article 190 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Les tribunaux québécois ont quant à eux fait bon accueil au « *business judgment rule* », même depuis 1994.

Dans l'arrêt *Alcar Holdings inc. c. Naimer*⁵³, la Cour d'appel du Québec a déclaré :

Les tribunaux ne doivent toutefois pas s'ingérer dans les affaires internes d'une société par actions ni substituer leur jugement à celui des

⁵² Id., par. 94 : « *Despite the breadth of the oppression remedy, the broad notion of oppression must somehow be reconciled with the business judgment rule and the reasonable expectations of the minority shareholders* ».

⁵³ J.E. 2000-1908 (C.A.).

*administrateurs. Il ne doit pas s'agir de simples erreurs de jugement ou de mauvaises décisions d'affaires mais d'actes que les administrateurs devraient savoir impropres et de nature à procurer des avantages aux unes au détriment des autres.*⁵⁴

Dans cette affaire, les agissements des administrateurs (défaut de réclamer une créance importante, paiement de salaires excessifs et injustifiés) ont été jugés constituer des violations à leurs devoirs de prudence et de diligence ainsi qu'à leurs devoirs de loyauté et entraîné leur condamnation à verser plus de 3 millions de dollars à la compagnie.

Dans l'arrêt *Forget c. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*⁵⁵, les administrateurs étaient accusés d'avoir accordé des indemnités excessives du type « parachute doré » à certains hauts dirigeants. Les indemnités ont été jugées valides en vertu du « *business judgment rule* » : la preuve n'avait pas démontré qu'ils avaient agi frauduleusement, de mauvaise foi ou qu'ils avaient abusé de leur discrétion ou qu'ils s'étaient procuré un bénéfice personnel au détriment de la compagnie. Il faut préciser que dans cette affaire, aucune poursuite personnelle n'a été intentée contre les administrateurs, mais que seule la validité de l'indemnité a été contestée. Il ne s'agit donc pas d'un jugement véritablement révélateur en matière de responsabilité des administrateurs pour manquement à leurs devoirs.

2. Assiduité aux réunions⁵⁶

La position des tribunaux anglais relativement au devoir d'assiduité des administrateurs a été ainsi exprimée, dans l'arrêt-clé *In Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*⁵⁷:

⁵⁴ *Id.*, par. 44 (J. Philippon).

⁵⁵ J.E. 99-422 (C.S.). Voir aussi : *Turgeon c. Carboneau*, J.E. 2002-198 (C.S.) (allocation de retraite).

⁵⁶ Franklin W. WEGENAST, *Law of Canadian Companies*, Toronto, Burroughs, 1931, p. 261 et suiv. ; J.-M. WAINBERG, *Duties & Responsibilities of Directors in Canada*, 6^e éd., Don Mills, CCH, 1987, p. 14 et suiv. ; Marc GIGUÈRE, *Les devoirs des dirigeants de sociétés par actions*, Sainte-Foy, P.U.L., 1967, p. 56 et suiv. ; R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 10, p. 466 et suiv. ; Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, [feuilles mobiles], Montréal, Wilson & Lafleur Martel ltée, par. 23-42.

⁵⁷ Précité, note 3, 407, 429.

A director is not bound to give continuous attention to the affairs of his company. His duties are of an intermittent nature to be performed at periodical board meetings, and at meetings of any committee of the board upon which he happens to be placed. He is not, however, bound to attend all such meetings, though he ought to attend whenever, in the circumstances, he is reasonably able to do so.

C'est aussi celle qui a été adoptée par la doctrine et la jurisprudence canadiennes.

Le défaut régulier pour l'administrateur d'assister aux réunions du conseil d'administration et de se tenir raisonnablement au courant des affaires de la compagnie peut finir par équivaloir à une négligence de sa part. Mais encore faut-il démontrer que cette négligence a été la cause directe et déterminante de la perte pour laquelle on veut tenir cet administrateur responsable. Et ceci est très difficile à prouver. À témoin, l'arrêt célèbre *Re Cardiff Savings Bank*⁵⁸ où le Marquis de Butes n'avait assisté (fortuitement) qu'à une seule réunion en 38 ans, et où il a été exonéré de la faillite de la Banque. Ou encore l'arrêt *Re Denham & Co.*⁵⁹, où l'administrateur absent des réunions pendant quatre ans ne fut pas tenu responsable des états financiers frauduleux préparés par ses collègues.

Dans l'arrêt québécois *Alcar Holdings Inc. c. Naimer*⁶⁰, des administrateurs absents aux réunions du conseil ont été exonérés, à défaut de preuve du lien de causalité entre leur faute et le dommage⁶¹.

Toutefois, dans l'arrêt anglais *Dorchester Finance Co. v. Stebbing*⁶², deux administrateurs inactifs (comptables de leur profession), en négligeant d'assister aux réunions du conseil et en signant des

⁵⁸ (1892) 2 Ch. 100.

⁵⁹ (1883) 25 Ch. D. 752. B. WELLING, *op. cit.*, note 9, p. 331, conclut de cette décision : « *As with many other areas of common law, ignorance may be no defence, but stupidity nearly always is* »; K.P. McGUINNESS, *op. cit.*, note 11, p. 777, note 734, doute de la représentativité de ces deux arrêts, en raison de leur faits trop inusités.

⁶⁰ Précité, note 53.

⁶¹ *Id.*, par. 86 (J. Philippon) : « En l'espèce la preuve ne démontre pas que selon toute probabilité, la faute s'il en fut, a été la cause directe et déterminante du dommage. Il n'y a pas de probabilité établie que la présence ou l'action de ces personnes aurait changé quoique (sic) ce soit. »

⁶² [1989] B.C.L.C. 498 (Ch. D.).

chèques en blanc, avaient laissé la voie libre aux fraudes du troisième administrateur. Leur conduite fut jugée constituer une violation de leurs devoirs de prudence et de diligence et entraîner leur responsabilité personnelle.

Pour les sociétés fédérales, l'article 123(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* vise à empêcher les administrateurs d'adopter la « politique de l'autruche », en créant la présomption que l'administrateur absent lors d'une réunion au cours de laquelle une résolution est adoptée est réputé y avoir acquiescé, à moins qu'il n'utilise dans les sept jours de la connaissance acquise par lui de cette résolution une procédure particulière d'exonération⁶³.

De plus, la Cour d'appel fédérale a récemment fait la déclaration suivante dans l'arrêt *Soper c. Canada*⁶⁴ :

[...] il serait absurde de prétendre que la common law resterait figée et permettrait aux administrateurs de se conformer à une norme de passivité et d'irresponsabilité totales. Au risque d'anticiper sur ce qui vient, je tiens à faire remarquer à ce moment-ci qu'on ne peut guère dire que le droit de nos jours pose en principe que moins un administrateur en fait, moins il en sait ou moins il se montre prudent, moins il risque d'être tenu responsable. Par ailleurs, la norme de prudence d'origine législative sera sûrement interprétée et appliquée d'une manière propre à encourager la responsabilité. Par conséquent, l'administrateur qui agit de façon irresponsable, par exemple, en n'assistant pas à toutes les réunions du conseil le fait maintenant à ses risques et périls [...].

L'administrateur n'est certes pas forcé d'assister à toutes les assemblées, et il n'existe aucun jugement autorisant un *mandamus* contre un administrateur pour le forcer à assister à une réunion, ou tenant un administrateur responsable de dommages résultant de son absence à une réunion particulière.

On pourrait peut-être à la rigueur reprocher à un administrateur de ne pas avoir posé un acte relevant de ses devoirs lors d'une assemblée, mais non pas de ne pas avoir assisté à la réunion en question.

⁶³ Comparer à l'article 123.86 de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38, à l'effet contraire.

⁶⁴ Précité, note 8, par. 26.

Un facteur dont on tiendra compte pour établir la responsabilité (ou la non-responsabilité) de l'administrateur pour cause d'absentéisme, c'est le nombre d'administrateurs composant le conseil d'administration. Il est bien évident que l'absence d'un administrateur aura plus de chances d'avoir contribué au dommage si ce nombre est très restreint.

Si l'absence de l'administrateur a pour effet de paralyser la compagnie, pour cause par exemple de quorum non atteint, le manquement de l'administrateur à son devoir de diligence peut se voir jumelé à un manquement à son devoir de loyauté et justifier l'intervention du tribunal^{64a}.

De toute façon, l'élément essentiel qui ressort du droit actuel est la nécessité de démontrer un rapport de causalité entre la négligence de l'administrateur et le dommage; ce rapport de causalité, répétons-le, est presque impossible à prouver. Il y aurait lieu de s'inspirer, dans ce domaine, du droit français qui renverse le fardeau de la preuve en établissant une présomption de faute contre l'administrateur absent. Celui-ci ne pourra alors s'exonérer qu'en démontrant qu'il avait des raisons de manquer à son devoir de diligence: âge, maladie, éloignement, etc.

3. Devoir de se renseigner⁶⁵

La prudence la plus élémentaire dicte à l'administrateur, aussi compétent qu'il soit, de se renseigner suffisamment avant d'agir, pour que ses décisions soient éclairées et qu'il minimise les risques d'erreur. D'autre part, l'administrateur qui se sait insuffisamment compétent dans un domaine doit, pour s'acquitter de son devoir de prudence, soit confier l'initiative des décisions dans ce domaine à une personne compétente, ou encore, s'il veut prendre lui-même ces décisions, demander conseil à une personne compétente. Il fera appel à des banquiers ou des conseillers financiers pour des problèmes financiers, à des ingénieurs pour des problèmes techniques, à des avocats pour des problèmes juridiques, etc. Quand les cir-

^{64a} Voir: *Gyro-Trac Côte O Jest inc. c. 9007-7983 Québec inc.*, J.E. 2006-2285 (C.S.) (ordonnance de tenue et de validité de réunion en l'absence de l'administrateur).

⁶⁵ Ce passage provient en majeure partie de M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 56, par. 23-55.

constances l'exigent, les administrateurs doivent cependant s'assurer raisonnablement que la personne qu'ils consultent est dûment qualifiée pour donner des conseils.

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* invite expressément les administrateurs (et non les dirigeants, remarquons le bien)⁶⁶ à consulter des experts, en établissant aux paragraphes 123(4) et (5) la présomption qu'ils ont rempli leurs devoirs de diligence et de soin s'ils se fondent de bonne foi sur leurs rapports, ou encore sur des états financiers présentés par un dirigeant ou le vérificateur comme reflétant équitablement la situation financière de la société.

Les administrateurs ne sont pas obligés de faire des recherches approfondies sur tous les rapports qui leur sont donnés par leurs conseillers ; ils ont le droit de se fier à ces rapports. Le simple fait de se fonder sur ces rapports suffit à exonérer les administrateurs de multiples responsabilités statutaires. Si le rapport s'avère faux ou inexact, cela n'engage pas en principe leur responsabilité puisqu'ils n'ont manqué à aucun devoir et donc pas commis de faute⁶⁷. La jurisprudence a tendance à ne pas tenir les administrateurs responsables des dommages causés à la compagnie ou aux actionnaires par suite de faux renseignements⁶⁸.

Le recours aux rapports et opinions d'experts a toutefois ses limites comme moyen d'exonération des administrateurs, si ceux-ci ne sont pas de bonne foi⁶⁹. Il faut, notamment, qu'ils aient fourni

⁶⁶ B. WELLING, *op. cit.*, note 9, p. 335, dit : « *This seems odd and may be just an oversight.* »

⁶⁷ Voir : *O'Connor c. Winchester Oil & Gas Inc.*, [1986] 2 W.W.R. 737 (B.C.S.C.); *Benson c. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1993) 14 O.R. (3d) 493 (Gen. Div.); *Blair c. Consolidated Enfield Corp.*, (1993) 106 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), conf. (1995) 4 R.C.S. 5; *Armstrong World Industries Inc. c. Arcand*, précité, note 31; *Raffo c. Teknor Ordinateurs Industriels inc.*, REJB 2000-17421 (C.S.). Voir toutefois : *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, précité, note 19, où les administrateurs ont été blâmés d'avoir manqué à leurs devoirs de diligence en se fiant à une opinion d'expert *prima facie* déficiente.

⁶⁸ *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477; *Huckerby v. Elliott*, (1970) 1 All E.R. 189.

⁶⁹ Ou que leur acte excède les pouvoirs de la compagnie : *Angus c. R. Angus Alberta Ltd.*, (1988) 39 B.L.R. 1, 16 (Alta. C.A.). Dans l'arrêt *Standal's Patents Ltd. c. 160088 Canada Inc.*, [1993] A.Q. (Quicklaw) n° 2223 (C.S.), deux des administrateurs étaient des professionnels (avocat et comptable) qui étaient au courant de l'insolvabilité de la compagnie : ils n'ont pu se disculper en invoquant le fait de s'être basés sur des états financiers.

aux experts tous les renseignements en leur possession pour que le rapport ait sa pleine valeur curative⁷⁰. Il faut aussi que le rapport porte directement sur le sujet pertinent⁷¹

Un arrêt récent⁷² a établi que lorsque les administrateurs allèguent en défense l'opinion juridique reçue d'un procureur, ils renoncent de ce fait à la protection du secret professionnel relativement à cette opinion.

On peut se demander si les « experts » en question doivent nécessairement être des professionnels au plein sens du terme. Les paragraphes 123(4)(b) et 12(5)(b) parlent clairement d'une « *professional person* » exerçant une « profession » et dans sa version initiale ce dernier paragraphe référerait expressément aux « avocats, comptables, ingénieurs ou estimateurs »⁷³. Bruce Welling, après avoir fait la boutade que les professionnels sont les « *lawyers, prostitutes and other similar groups* », opine que le mot « profession » « *simply means business, calling, or whatever the advisor does in exchange for money* »⁷⁴. La Cour d'appel du Québec a, quant à elle, dans l'arrêt récent *Peoples Department Stores Inc. (Syndic de)*⁷⁵, considéré que le rapport d'un simple employé de la société « dont le baccalauréat en commerce et les états de service dans le domaine de l'administration et de la finance pendant près de 15 ans permettait d'accorder foi à ses déclarations »⁷⁶ se qualifiait comme un rapport de professionnel exonérant les administrateurs d'une lourde faute de gestion. La Cour suprême du Canada n'a pas vu les choses de la même manière, déclarant :

Même si M. Clément était titulaire d'un baccalauréat en commerce et qu'il avait 15 ans d'expérience en administration et en finance chez Wise, cette expérience ne correspond pas au degré de professionnalisme requis pour que les administrateurs puissent invoquer les conseils reçus

⁷⁰ *Westfair Foods Ltd. c. Watt*, précité, note 30a. Dans *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miranichi Inc.*, précité, note 19, le rapport a été jugé inadéquat parce que fondé sur des renseignements incomplets.

⁷¹ Voir : *Atilasoy c. Crown Trust Company*, [1974] C.A. 442.

⁷² *Refco Alberta Inc. c. Nipsco Energy Services Inc.*, [2002] A.J. (Quicklaw) n° 1507 (C.A.). Voir aussi : *FCMI Financial Corp. c. Curtis International Ltd.*, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 4713 (S.C.).

⁷³ L'amendement a été apporté par L.C. 2001, c. 14.

⁷⁴ B. WELLING, *op. cit.*, note 9, p. 335.

⁷⁵ Précité, note 35.

⁷⁶ *Id.*, par. 89.

de lui pour faire échec à une poursuite fondée sur l'obligation de diligence. Les groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)b) sont les avocats, les comptables, les ingénieurs et les estimateurs. Monsieur Clément n'était pas comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit à une police d'assurance-responsabilité professionnelle. On ne saurait conclure qu'en raison de son titre de vice-président aux finances, M. Clément était une personne « dont la profession permet d'accorder foi à [ses] déclarations ». Il convient de signaler que c'est le mot « profession » et non le mot « poste » qui est utilisé [...]⁷⁷

Il faut préciser que l'article 123(4)(b) a été amendé en 2001, après l'époque pertinente pour les fins de l'arrêt *Peoples*, pour en retirer les mots « notamment les avocats, comptables, ingénieurs ou estimateurs ». Peut-être pourrait-on en déduire que le mot « profession » (et « *professional person* ») peut maintenant recevoir un sens plus large, pour inclure des personnes possédant une expertise reconnue dans un domaine non réglementé par un ordre professionnel, comme par exemple des « *investment bankers* » donnant des « *fairness opinions* ».

Le fait pour un administrateur de signer des documents d'information circulés par la compagnie peut entraîner sa responsabilité envers les tiers qui se fient à ces informations, si celles-ci s'avèrent fausses. Le devoir de diligence et de soin de l'administrateur lui impose de se renseigner avant de signer le document : il ne peut s'exonérer en alléguant qu'il se fiait à ses collègues ou aux dirigeants au point de ne pas prêter attention aux affaires de la compagnie⁷⁸.

Ceci est devenu encore plus vrai avec l'entrée en vigueur, au début de 2005, du nouveau régime de responsabilité civile pour les informations fausses ou trompeuses contenues dans des documents diffusés sur le marché secondaire par les « émetteurs assujettis » au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières* d'Ontario⁷⁹.

⁷⁷ Précité, note 35, par. 78 (C.S.C.).

⁷⁸ Voir, par exemple : *Drincqbier c. Wood*, (1899) 1 Ch. 393, 406 : « *It should be understood that a director, consenting to be a director, has assumed a position involving duties which cannot be shirked by leaving everything to others* » ; *Knight's Mineral Exploration & Co. c. Corcoran & Co.*, [1995] B.C.J. (Quicklaw) n° 278, par. 140 et suiv.

⁷⁹ R.S.O. 1990, c. S.5, art. 138.1 et suiv.

En droit américain, l'arrêt clé *Smith v. Van Gorkom*⁸⁰ a établi qu'aux fins de la règle précitée du « *business judgment* » applicable aux décisions des administrateurs, il est nécessaire que ces décisions soient « informées », ce qui impose aux administrateurs un devoir positif de ne pas se contenter des représentations des dirigeants et de se procurer toute l'information pertinente qui leur est raisonnablement disponible. Il faut préciser toutefois que la Cour a sévi contre les administrateurs parce que leur décision de vendre l'entreprise de la compagnie à un prix inférieur à sa valeur marchande n'était fondée sur aucune documentation écrite et que, malgré son caractère fondamental, elle avait été prise précipitamment.

On peut tirer de cette décision la conclusion qu'au devoir de se renseigner se greffe celui de prendre le temps nécessaire pour ce faire et de ne pas agir avec précipitation tant que l'information pertinente n'est pas recueillie.

Dans l'arrêt *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*⁸¹, un des reproches formulés au conseil d'administration de Repap, composé presque entièrement de nouveaux administrateurs, fut d'avoir pris la décision préjudiciable avec trop de hâte :

There was no urgency and yet the entire process was the subject of haste and a rush to approval. In Hanson, the court rejected SCM's defence that it was a « working board » that was familiar with the corporation and therefore capable of making the swift decisions it did. This was not a « working » board. As a mostly new Board, the directors owed the shareholders a higher duty to go slowly and to educate itself thoroughly.⁸²

J'ai cité plus avant⁸³ le passage de cet arrêt où le tribunal a, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Smith c. Van Gorkom* insisté sur le devoir actif des administrateurs de se renseigner pour pouvoir se prévaloir de la protection de la règle du « *business judgment* ».

⁸⁰ 488 A.2d 858 (Del. Supr. 1985), référant à l'arrêt *Aronson v. Lewis*, 433 A. 2d 805 (Del. Supr. 1984).

⁸¹ Précité, note 19.

⁸² *Id.*, par. 146.

⁸³ *Supra*, p. 256.

4. Devoir de supervision

Il appartient aux administrateurs de nommer des dirigeants et de leur déléguer certaines fonctions⁸⁴. En nommant ces dirigeants, ils le font pour la société et c'est elle qui est leur mandant, et donc responsable envers les tiers de leurs actes.

La société peut-elle par la suite se retourner contre ses administrateurs et les blâmer d'avoir imprudemment choisi les dirigeants ou de ne pas avoir surveillé et contrôlé leurs agissements avec une diligence convenable?

Choix des dirigeants. En ce qui concerne le choix des dirigeants, il ne fait pas de doute qu'on pourra tenir rigueur aux administrateurs d'avoir nommé à un poste responsable une personne manifestement incompétente⁸⁵. Il faut toutefois que cette incompétence soit si criante, si évidente, et ce au moment même de la nomination (si elle ne se manifeste qu'après coup, on ne pourra rien reprocher aux administrateurs), qu'on puisse dire de cette nomination qu'elle constitue une faute de la part des administrateurs, c'est-à-dire un manquement à leurs devoirs de prudence et de diligence.

L'arrêt *Johnson c. Arcand*⁸⁶ fournit un exemple d'un tel manquement. Les administrateurs de Cogeco Radio-Télévision Inc. ont été jugés avoir commis une grave faute d'omission, qualifiée de « cas flagrant d'aveuglement volontaire », en embauchant l'animateur radiophonique André Arthur sachant qu'il avait été poursuivi antérieurement et qu'une surprime était exigée des assureurs à son égard, sans mettre en place des mesures de vérification et de contrôle pour éviter qu'il n'expose la compagnie à des poursuites éventuelles (ce qu'il a fait).

Surveillance. Quant à la surveillance et au contrôle des dirigeants, cet extrait de l'arrêt *In Re City Equitable Fire Insurance Company, Limited*⁸⁷ résume bien la position du droit anglo-canadien en la matière :

⁸⁴ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, précitée, note 32, art. 121.

⁸⁵ C.c.Q., art. 2141.

⁸⁶ J.E. 2002-1844 (C.S.).

⁸⁷ Précité, note 3, 407, 429.

In respect of all duties that, having regard to the exigencies of business, and the articles of association, may properly be left to some other official, a director is, in the absence of grounds for suspicion, justified in trusting that official to perform such duties honestly.

Cette décision réfèra à l'arrêt antérieur *Dovey v. Cory*⁸⁸, où il avait été déclaré au niveau de la Cour d'appel :

*Business cannot be carried on upon principles of distrust. Men in responsible positions must be trusted by those above them, as well as by those below them, until there is reason to distrust them. We agree that care and prudence do not involve distrust; but for a director acting honestly himself to be held legally liable for negligence, in trusting the officers under him not to conceal from him what they ought to report to him, appears to us to be laying too heavy a burden on honest business men.*⁸⁹

puis, à la Chambre des Lords :

*I think the respondent was bound to give his attention to and exercise his judgment as a man of business on the matters which were brought before the board at the meetings which he attended, and it is not proved that he did not do so. But I think he was entitled to rely upon the judgment, information and advice, of the chairman and general manager, as to whose integrity, skill and competence he had no reason for suspicion*⁹⁰.

On ne fixe pas à l'administrateur de devoir de surveillance proprement dit. Ce n'est que lorsqu'il a des « motifs de suspicion » qu'on lui demande d'enquêter et, le cas échéant, d'intervenir. S'il ne le fait pas, il commet alors une faute⁹¹.

Il ne peut invoquer comme prétexte pour ne pas faire enquête qu'il était convaincu que celle-ci serait futile ou que les réponses recueillies seraient fausses⁹².

⁸⁸ Précité, note 68.

⁸⁹ *In Re National Bank of Wales, Ltd.*, [1899] 2 Ch. 629, 673.

⁹⁰ Précité, note 68, 477, 492 (Lord Davey).

⁹¹ Voir : *Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union Ltd.*, (1987) 62 O.R. (2d) 225 ; *Richmond Raiders Football Club c. Richmond Savings Credit Union*, [1993] B.C.J. (Quicklaw) n° 449 (S.C.) (président – détournement de fonds).

⁹² *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, (1968) 2 All E.R. 1073, 1119 (Ch.).

Dans l'affaire *Re Standard Trustco Ltd*⁹³, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a trouvé les administrateurs de la société en défaut d'avoir rempli leur devoir de faire enquête, et déclaré :

Directors should not rely on management unquestioningly where they have reason to be concerned about the integrity or ability of management or where they have notice of a particular problem relating to management's activities.

Dans la décision *Association de la publicité par l'objet du Canada inc. c. Toronto Dominion Bank*⁹⁴, le défaut par les administrateurs d'une personne morale de vérifier les antécédents du contrôleur et de surveiller ses agissements a empêché la personne morale de poursuivre avec succès la Banque qui avait honoré les faux chèques qu'il avait tirés : la personne morale avait manqué à son devoir de surveillance énoncé dans la convention bancaire.

De même, dans l'affaire *Spécialistes en technologies de l'information Dotcom inc. c. Banque Toronto-Dominion*⁹⁵, le défaut par les administrateurs d'avoir mis en place un système de vérification interne visant à prévenir et détecter les fraudes relatives aux chèques de la compagnie a été jugé constituer un manquement à leurs devoirs de prudence et une contravention à la convention de services avec la Banque, exonérant cette dernière de toute responsabilité pour les pertes subies par la compagnie.

Dans le jugement *484887 Alberta Inc. c. Faract*⁹⁶, les administrateurs ont été jugés partiellement responsables des défalcatons de la comptable de la société, pour avoir manqué à leur devoir de la surveiller. Ces défalcatons, jugea la Cour, étaient « *very amateur in nature* » et « *could have been detected with only the slightest degree of scrutiny even by an impractised eye* »⁹⁷.

Dans la décision *699982 Ontario Ltd. c. Chu*⁹⁸, l'administrateur qui avait signé des chèques à l'ordre d'une autre compagnie à la

⁹³ (1992) 6 B.L.R. (2d) 241, 285 (Ont. S.C.).

⁹⁴ [2001] J.Q. (Quicklaw) n° 5231 (C.S.).

⁹⁵ [2005] J.Q. (Quicklaw) n° 16095 (C.A.).

⁹⁶ [2002] A.J. (Quicklaw) n° 522 (Q.B.).

⁹⁷ *Id.*, par. 38.

⁹⁸ 2000 Carswell Ont. 2184 (S.C.).

demande d'un autre administrateur a été jugé avoir manqué à ses devoirs de prudence et de diligence en obtempérant sans poser de questions et tenu responsable des sommes détournées.

Dans l'affaire *Centrap inc. c. Langlois*⁹⁹, le secrétaire-trésorier et administrateur d'une compagnie avait signé deux chèques d'avances au président sans que celles-ci n'aient été autorisées par le conseil d'administration. Le président ayant fait faillite sans avoir remboursé les avances, la compagnie a poursuivi le dirigeant en dommages, et le tribunal a jugé qu'il avait manqué à ses devoirs de prudence et de diligence énoncés à l'article 322 C.c.Q. Il avait « manqué de vigilance » en signant les chèques « sans pousser plus loin ses demandes »¹⁰⁰.

La Cour suprême du Canada a, aussi récemment qu'en 1995, dans l'arrêt *Blair c. Consolidated Enfield Corp.*¹⁰¹ réitéré ce principe de la confiance justifiée des administrateurs dans le travail des représentants de la société :

[Cette disposition] codifie les obligations de diligence que la common law imposait auparavant aux administrateurs, selon lesquelles l'administrateur était dégagé de toute responsabilité s'il s'en était remis au travail d'un représentant de la société (en l'occurrence, les avocats de la société) et si le travail en question avait été confié à juste titre à ce représentant; en l'absence de raisons de douter, l'administrateur est justifié de faire confiance à ce représentant quant à l'exécution de ce travail: Re City Equitable Fire Insurance Co., [...]. Par conséquent, les administrateurs ne seront tenus responsables des mauvaises actions de représentants de la société que s'ils ont personnellement fait preuve de négligence ou s'ils ont agi déraisonnablement en s'en remettant à un représentant alors qu'ils avaient une raison de douter de son intégrité ou de sa compétence.

Intensification. C'est là que nous en sommes au Canada. Certains éléments permettent toutefois de laisser croire que les devoirs de supervision, comme d'ailleurs de se renseigner qui peuvent y être associés, vont connaître une intensification substantielle.

⁹⁹ J.E. 2002-1811 (C.S.) (J. Jean-Roch Landry).

¹⁰⁰ En réalité, la faute en question était celle d'un dirigeant signataire de chèque plutôt que d'un administrateur et c'est l'article 2138 C.c.Q. et non l'article 322 qui était en jeu.

¹⁰¹ Précité, note 67, 5, 36.

En premier lieu, une décision judiciaire australienne de 1995, *Daniels v. Anderson*¹⁰², donnera peut-être le coup d'envoi à une sévérité accrue des tribunaux à l'égard de manques de diligence des administrateurs. Dans cette affaire, une compagnie de produits électroniques s'était mise à spéculer sur le change étranger (*hedging*) et semblait avoir réalisé des profits substantiels à ce jeu ; en réalité, des déficiences dans la tenue des registres comptables et dans les contrôles internes avaient masqué des pertes de l'ordre de 50 millions de dollars. La compagnie, une fois ce désastre découvert, poursuivit ses vérificateurs en dommages pour avoir fait défaut de détecter et de signaler ces déficiences. Les vérificateurs, en défense, alléguèrent faute contributrice de la compagnie et ses administrateurs et les appelèrent solidairement en garantie. La Cour condamna les vérificateurs pour leur négligence, mais retint aussi la responsabilité de la compagnie pour 20 % des dommages. Il incombait, dit-elle, à la haute direction de la compagnie de s'assurer que les bons mécanismes de contrôle interne soient mis en place et corrigés au besoin. Elle avait failli à cette tâche. La compagnie ne pouvait abdiquer toute responsabilité pour la gestion des aspects financiers de ses opérations et, en cas de perte, chercher à en rejeter tout le blâme sur les vérificateurs.

De plus, les administrateurs pouvaient être poursuivis par la compagnie pour négligence : ils étaient tenus à des devoirs de diligence et de soin, qu'ils n'avaient pas remplis en se fiant aveuglément à la haute direction de la compagnie. La nature et l'étendue de ces devoirs, dit la Cour, a évolué 70 ans après l'arrêt *Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.* : les administrateurs ne peuvent plus, comme alors, plaider ignorance ou inaction pour s'exonérer. Ils ont un devoir actif de se renseigner sur les affaires de la compagnie et aussi de prendre les mesures raisonnables pour se placer en position de guider et de surveiller (« *monitor* ») la gestion de la compagnie. Le tribunal s'est inspiré de la jurisprudence américaine à cet égard, en particulier de l'arrêt *Francis v. United Jersey Bank*¹⁰³, où il a été déclaré, notamment, que :

¹⁰² (1995) 13 A.C.L.C. 614 (S.C.N.S.W.). Cette décision fait écho, sans y faire référence, à celle rendue en 1992 aux États-Unis dans l'affaire *Brane v. Roth*, 590 N.E. 2d 587 (Ind. Ct. App. 1992) (responsabilité des administrateurs – « *hedging* » – défaut de supervision d'un gérant inexpérimenté).

¹⁰³ 432 A. 2d 814 (N.J. Sup. Ct. 1981).

As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the fundamentals of the business in which the corporation is engaged [...] If one feels that he has not sufficient business experience to qualify him to perform the duties of a director, he should either acquire the knowledge by inquiry, or refuse to act.

Directors are under a continuing obligation to keep informed about the activities of the corporation. Otherwise, they may not be able to participate in the overall management of corporate affairs [...] Directors may not shut their eyes to corporate misconduct and then claim that because they did not see the misconduct, they did not have a duty to look. The sentinel asleep at his post contributes nothing to the enterprise he is charged to protect [...]

A director is not an ornament, but an essential component of corporate governance. [...] dummy, figurehead and accommodation directors are anachronisms with no place in New Jersey law.¹⁰⁴

En l'occurrence, les administrateurs ne s'étaient pas acquittés de leur devoir. Ils avaient permis que la compagnie s'adonne à des activités risquées de spéculation, dans lesquelles ils ne possédaient aucune expertise, sans exercer de contrôle sur les dirigeants en charge de ces opérations.

L'arrêt *Francis*, il faut préciser, porte sur la responsabilité de l'administratrice d'une compagnie de réassurance qui avait succédé à son mari décédé et avait laissé ses deux fils, seuls autres administrateurs, piller littéralement la compagnie. Elle ne s'était nullement intéressée ou impliquée dans les affaires de la compagnie, et n'avait même pas pris connaissance de ses états financiers, où les détournements de fonds en faveur de ses fils apparaissaient clairement comme «prêts aux actionnaires». On était ici en présence d'une inaction totale et inexcusable de la part de l'administrateur, et aussi d'un détournement de fonds détenus «in trust» par la compagnie, situation à l'égard de laquelle les administrateurs ont des devoirs de soin et de prudence accrus.

Même si l'arrêt *Daniels* ne portait pas sur des faits comparables, cela n'a pas empêché le tribunal d'appliquer les mêmes principes. Ceux-ci, dit-il, exposent ce qui est requis des administrateurs,

¹⁰⁴ *Id.*, 821 et suiv.

non seulement aux États-Unis, mais aussi en Australie et ailleurs¹⁰⁵. Il restera à voir si ce « ailleurs » inclut aussi le Québec ou le Canada.

Il faut toutefois garder à l'esprit que le tribunal australien s'est inspiré, pour étendre de la sorte la portée des devoirs de soin et de diligence des administrateurs, sur le fait que la loi australienne a elle-même apporté une telle extension en adoptant des dispositions sur le « *insolvent trading* »¹⁰⁶. Celles-ci imposent une responsabilité personnelle aux administrateurs d'une société qu'ils savent ou devraient raisonnablement savoir insolvable, s'il permettent qu'elle encoure une dette. La loi permet à l'administrateur, outre une défense de diligence raisonnable, une défense fondée sur la croyance raisonnable à la solvabilité de la société¹⁰⁷. Une telle croyance ne peut être raisonnable, a-t-il été établi par la jurisprudence, que si elle se fonde sur des efforts réels de se renseigner sur les affaires de la société.

Or, le droit québécois et canadien, contrairement au droit australien (et aux droits anglais et néo-zélandais)¹⁰⁸, ne reconnaissent pas cette notion d'« *insolvent trading* » et par conséquent l'extension corrélative des devoirs de diligence et de soin des administrateurs. Peut-être s'agit-il là d'un motif justifiant la non-application des principes américains et australiens, tels qu'énoncés dans l'arrêt *Daniels*, aux administrateurs de sociétés canadiennes et québécoises.

Il faut dire, toutefois, qu'en Australie même l'arrêt *Daniels* a poussé le législateur à établir statutairement une règle du « *business judgment rule* » rendant plus difficilement attaquables les décisions d'affaires des administrateurs¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Daniels v. Anderson*, précité, note 102, 664.

¹⁰⁶ *Companies (New South Wales) Code*, art. 556, devenu l'article 588G et suivants du *Corporations Law*.

¹⁰⁷ *Id.*, art. 556(2)(b) et 588H(2).

¹⁰⁸ Voir l'article 214 du *Insolvency Act 1986* d'Angleterre, portant sur le « *wrongful trading* ». Voir aussi l'article 135 du *Companies Act 1993* de Nouvelle-Zélande, portant sur le « *reckless trading* ».

¹⁰⁹ L'article 180(2) du *Corporations Act 2001* se lit :

A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1), and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they : (a) make the judgment in good faith for a proper purpose ; and (b) do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment ; and (c) inform themselves about

En deuxième lieu, une décision américaine de 1996, *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*¹¹⁰, a donné un tour de vis supplémentaire au devoir de surveillance des administrateurs. Dans cette affaire, la Cour suprême du Delaware avait à considérer le règlement d'une action dérivée intentée contre les administrateurs d'une compagnie de produits pharmaceutiques condamnée au criminel pour certaines pratiques illégales commises par des employés. Elle fit référence à un arrêt de 1963¹¹¹, où les administrateurs d'une compagnie condamnée pour des infractions aux lois antitrust avaient été exonérés en vertu du principe qu'en l'absence de motifs de suspicion, les administrateurs n'ont aucun devoir d'instaurer et d'utiliser un « système d'espionnage corporatif » pour mettre à jour des méfaits dont ils n'ont pas de raison de soupçonner l'existence.

Cette décision, dit-elle, ne pouvait être suivie. Même s'il est exact que la plupart des décisions d'affaires courantes d'une compagnie sont prises par des dirigeants ou des employés sans que le conseil ne soit appelé à les approuver, ces décisions peuvent avoir un impact déterminant sur le bien-être de la compagnie si elles entraînent sa responsabilité pénale ou criminelle. En conséquence, le conseil d'administration a un devoir positif de mettre en place un mécanisme de suivi (*monitoring*) qui lui assure d'être informé adéquatement sur les faits pertinents. On ne s'attend pas à ce que ce système soit infaillible, mais à tout le moins le conseil doit-il, de bonne foi, veiller à sa mise en place.

Thus, I am of the view that a director's obligation includes a duty to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system, which the board concludes is adequate, exists, and that failure to do so under some circumstances may, in theory at least, render a director liable for losses caused by non-compliance with applicable legal standards.

Ce qui, en 1963, était qualifié d'« espionnage » des subalternes et repoussé avec indignation est devenu l'exigence minimale. Il est

the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and (d) rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation. The director's or officer's belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.

¹¹⁰ 1996 Del. Ch. Lexis 125.

¹¹¹ *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A. 2d 125 (Del. Supr. 1963).

vrai qu'aux États-Unis, à la suite de l'adoption en 1991 des « *Organisational Sentencing guidelines* », les amendes pour les infractions aux lois criminelles fédérales ont été sensiblement haussées pour les compagnies et qu'une réduction de ces amendes est prévue pour les compagnies qui ont mis en place un système interne permettant de détecter les infractions, de les divulguer et d'y remédier. Ce facteur a été cité par la Cour à l'appui de sa décision : il va de soi, dit-elle, qu'un conseil d'administration soit tenu de prendre les mesures nécessaires pour permettre à la compagnie de bénéficier de ce régime allégé de responsabilité pénale. Même si ce facteur n'est pas présent en droit canadien si ce n'est, depuis l'été 1997, dans le domaine de la concurrence¹¹² et qu'une distinction pourrait être faite sur cette base, l'arrêt *Caremark* risque d'avoir des répercussions chez nous.

La décision plus récente *Stone v. Ritter*^{112a} marque une certaine érosion des exigences en matière de devoir général de surveillance des employés. La Cour suprême du Delaware y a rejeté une action intentée contre les administrateurs de Am South Bancorporation fondée sur des amendes que la compagnie avait dû payer en raison de manquements d'employés. Les administrateurs, a-t-elle jugé, avaient rempli leur devoir de surveillance en mettant en place un système d'information et de dénonciation de transactions suspectes. Le fait que des employés n'aient pas effectué les divulgations requises ne suffisait pas à entraîner la responsabilité des administrateurs. C'est seulement un défaut soutenu et systématique de la part des administrateurs de superviser les employés, « *such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system* », qui établit le manque de bonne foi nécessaire à engager la responsabilité.

Cette générosité envers les administrateurs s'explique, au Delaware et dans la plupart des autres États américains, par l'omniprésence, autorisée par la loi, de clauses d'exonération (*raincoat provisions*)^{112b}, qui immunisent les administrateurs contre toute responsabilité personnelle fondée sur un manquement à leurs devoirs

¹¹² Voir *Les programmes de conformité des entreprises*, bulletin d'information du Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la concurrence.

^{112a} 911 A.2d 362 (Del Sup. Ct 2006).

^{112b} Voir l'article 102(B)7 du *Delaware General Corporation Law*.

de diligence et de prudence, sauf en cas de mauvaise foi. De telles clauses ne sont pas permises en droit corporatif canadien^{112c}.

En troisième lieu, un arrêt anglais de 1998, *Re Barings Plc* (No. 5)¹¹³, portant sur la disqualification de certains administrateurs de la Banque Barings sous l'autorité du *Company Directors Disqualification Act 1986*, a apporté des précisions aux devoirs de surveillance des administrateurs. Ces devoirs, dit la Companies Court du Chancery Division, peuvent s'exprimer ainsi :

(i) *Directors have, both collectively and individually, a continuing duty to acquire and maintain a sufficient knowledge and understanding of the company's business to enable them properly to discharge their duties as directors.*

(ii) *Whilst directors are entitled (subject to the articles of association of the company) to delegate particular functions to those below them in the management chain, and to trust their competence and integrity to a reasonable extent, the exercise of the power of delegation does not absolve a director from the duty to supervise the discharge of the delegated functions.*¹¹⁴

Le tribunal a précisé que l'un des facteurs pertinents est l'étendue de la rémunération reçue par l'administrateur : « *the higher the level of reward, the greater the responsibilities which may reasonably be expected (prima facie, at least) to go with it* »¹¹⁵.

Il a cité avec approbation l'arrêt *Daniels v. Anderson* susmentionné, déclarant que son analyse des devoirs de prudence et de soin des administrateurs reflétait bien l'état du droit en Angleterre. Le droit anglais a donc sensiblement évolué en matière de devoir de surveillance depuis l'arrêt *Re City Equitable Fire Insurance Co.*

Dans l'affaire *Barings Plc*, la banque avait subi des pertes spectaculaires et fatales du fait des transactions non autorisées du gérant de sa filiale de Singapour, laissé sans surveillance. Les administra-

^{112c} Loi canadienne sur les sociétés par actions, précitée, note 32, art. 122(3).

¹¹³ [1999] 1 BCLC 433 (Ch. D.) (J. Jonathan Parker)

¹¹⁴ Ce passage a été repris par le juge Evans-Lombe dans l'arrêt subséquent *Barings Plc v. Coopers & Lybrand*, [2003] EWHC 1319, par. 904 (Ch).

¹¹⁵ Référence fut faite à l'arrêt *Re Barings Plc, Secretary for the State for Trade and Industry c. Baker*, [1998] BCC 583, 586.

teurs de la Banque ont été jugés incompétents en raison de leur manquement graves à leurs devoirs, et disqualifiés.

Une évolution similaire peut être détectée en Nouvelle-Zélande. Là, l'arrêt de 1994 *Dairy Containers Ltd. v. NZI Bank Ltd.*¹¹⁶ a établi en ces termes les devoirs de surveillance des administrateurs :

*[...] The directors may delegate powers and functions, using that term in a broad sense, but they cannot delegate the management function itself. Executives in running the day-to-day business of the company are exercising delegated powers. It is to be borne in mind always that they are delegated, and not original, powers, and that they are therefore [*160] subject to the ultimate responsibility of the directors for the oversight of the company.*

[...] If a director negligently disregards the obligation to oversee the conduct of the company's business, he or she has manifestly failed to perform that function with reasonable care (ibid, (IV), §4.01, P. 155).

Dans cette affaire, les administrateurs avaient laissé l'un d'entre eux, un fraudeur, s'occuper seul et sans contrôle de tous les investissements de la compagnie. Ils avaient manqué à leurs devoirs de prudence et de soin, dit la Cour :

It was in this fundamental respect that the directors of DCL failed. They failed to provide any clear direction or supervision in respect of a major part of the company's business. [...] They effectively abdicated their fundamental responsibility to oversee or monitor a significant part of the company's business. I have no doubt that they thereby totally failed to exercise the care, diligence and skill which any reasonable director would have exercised in the same circumstances.

En cinquième lieu, le monde des affaires canadien et américain a été secoué depuis quelque temps par une succession de scandales financiers qui ont ébranlé la confiance des investisseurs dans tout le système capitaliste. De nombreuses mesures statutaires et réglementaires ont été mises en place en Amérique (*Loi Sarbanes-Oxley de 2002*, règles des Bourses et des autorités en valeurs mobilières en matière de régie d'entreprise (« *corporate governance* »)), qui vont sensiblement resserrer les devoirs de diligence, de compétence et de soin des administrateurs. Nous en traitons ci-après. Par ailleurs, les tribunaux vont être appelés à se prononcer sur la responsabilité des conseils d'administration de plusieurs grandes entreprises

¹¹⁶ [1995] 2 NZLR 8 (H.C.) (J. Thomas).

victimes des fraudes spectaculaires de leurs hauts dirigeants dont Enron, WorldCom, Adelphia et, au Canada, Bre-X, Castor Holding et Dylex. Il est plus que probable que dans un tel contexte la sollicitude traditionnelle des tribunaux envers les administrateurs qui remplissent mal leurs devoirs de prudence et de diligence va être tempérée et que tant dans ces dossiers-modèles que, par contagion, dans les autres, ces devoirs vont se trouver par la force des choses rehaussés.

5. Les règles de régie d'entreprise

Les administrateurs des sociétés dont les actions sont inscrites à la cote de Bourses voient leurs devoirs de diligence et de prudence, ainsi à certains égards que leurs devoirs de compétence, haussés par les « lignes directrices » en matière de régie d'entreprise (« *corporate governance* ») suggérées, ou selon le cas, imposées par ces Bourses.

Pour les sociétés inscrites à la Bourse de Toronto, ces lignes directrices étaient énoncées depuis 1995 aux articles 472 et suivants du *Toronto Stock Exchange Company Manual*. Sans caractère impératif ou contraignant, ces lignes directrices (*guidelines*) pouvaient ne pas être suivies par une société mais dans ce cas elle devait expliquer dans ses documents publics pourquoi elle ne les suit pas. La stratégie de la Bourse de Toronto, énoncée dans le rapport de 1994, de son comité intitulé « *Where were the directors?* » (« Rapport Dey »), consistait à compter sur l'effet incitatif d'entraînement plutôt que sur la contrainte pour faire respecter ses lignes directrices.

La simple présence de ces directives a indubitablement « haussé la barre » pour les administrateurs des sociétés inscrites à la cote et on ne peut pas douter que les tribunaux pouvaient s'inspirer de certaines de ces directives pour juger de la performance des conseils d'administration de sociétés fermées : pour la première fois, une liste précise de règles de conduite universellement acceptées (on trouve des règles similaires aux États-Unis, en Angleterre et dans plusieurs autres pays) a été officiellement dressée en noir sur blanc et présentée comme un ensemble des « pratiques adéquates » en vue d'une régie d'entreprise efficace.

On y trouvait entre autres, une description des tâches que le conseil d'administration doit assumer dans le cadre de sa responsabilité générale de gérance (planification stratégique, identification

et gestion des risques, intégrité des systèmes de contrôle interne et d'information de la gestion)¹¹⁷, ainsi que des directives relatives à l'orientation et la formation des administrateurs¹¹⁸, à l'évaluation objective de l'efficacité du conseil, de ses comités et de chaque administrateur¹¹⁹, à l'indépendance du conseil par rapport à la haute direction¹²⁰ et à la surveillance du système de contrôle interne par un comité de vérification non lié à la direction¹²¹.

Le conseil d'administration qui choisissait de ne pas se conformer à ces directives se rendait vulnérable à des reproches de manque de prudence et de diligence, si la société subissait un préjudice que le respect des directives aurait vraisemblablement permis d'éviter.

En juillet 2002, la *Loi Sarbanes-Oxley de 2002* a été adoptée aux États-Unis, en réaction aux scandales Enron et WorldCom. Son article 301, notamment, a modifié l'article 10A du *Securities Exchange Act of 1934* pour prévoir qu'un émetteur public ne pourra être inscrit auprès d'une Bourse américaine si son comité de vérification ne rencontre pas une série d'exigences quant à sa composition et son rôle. Tous les membres du comité doivent être « indépendants », c'est-à-dire ne recevoir aucune « *consulting, advisory or other compensatory fee* » de l'émetteur et ne pas être des personnes liées à l'émetteur ou ses filiales¹²². Au moins un des membres du comité doit être un « *financial expert* », au sens défini¹²³. Le comité de vérification doit être directement responsable de l'engagement, la rémunération et la surveillance du vérificateur externe, et il doit approuver d'avance tout service de vérification et tout autre type de service non interdit par la loi, rendu par le vérificateur¹²⁴. C'est à ce comité que le vérificateur doit faire rapport des politiques et pratiques comptables utilisées, des traitements alternatifs d'information financière

¹¹⁷ *Toronto Stock Exchange Company Manual*, art. 474 (1).

¹¹⁸ *Id.*, art. 474 (6).

¹¹⁹ *Id.*, art. 474 (4) et (5).

¹²⁰ *Id.*, art. 474 (2), (3) et (12).

¹²¹ *Id.*, art. 474 (13).

¹²² *Securities Exchange Act of 1934*, art. 10A(m)(3).

¹²³ *Loi Sarbanes-Oxley*, art. 407

¹²⁴ *Id.*, art. 10A(m)(2) et 10A(h) et (i), ajoutés par les articles 201, 202 et 301 du *Sarbanes - Oxley Act*.

qu'il a discutés avec les gestionnaires de l'émetteur, et des communications écrites entre lui et eux¹²⁵.

La Bourse de New York, à la suite de l'adoption de la *Loi Sarbanes-Oxley*, a adopté en 2003 des règles relatives à la « *Corporate Governance* » incluant des « listing standards » codifiés dans son *Listed Company Manual*¹²⁶. Ces critères, à caractère obligatoire, incluent notamment les exigences :

- que la majorité des administrateurs soient « indépendants », cette notion étant considérablement resserrée ;
- que les administrateurs autres que gestionnaires se réunissent régulièrement hors la présence des gestionnaires ;
- qu'un comité de nomination et de régie d'entreprise composé d'administrateurs indépendants, soit chargé de la sélection des administrateurs et de l'élaboration de principes de régie d'entreprise pour l'émetteur ;
- qu'un comité de compensation composé d'administrateurs indépendants soit chargé de réviser et d'approuver la rémunération du « Chief Executive Officer » et d'évaluer sa performance, et de faire des recommandations sur les programmes incitatifs de compensation ;
- qu'un comité de vérification composé d'administrateurs indépendants soit chargé notamment d'engager et révoquer le vérificateur externe, de vérifier les procédures internes de contrôle de la qualité et l'indépendance du vérificateur externe, de discuter avec les gestionnaires et le vérificateur externe des états financiers annuels et trimestriels, de discuter les politiques d'évaluation et de gestion des risques, et de réviser tout problème de vérification avec le vérificateur externe.

La Securities Exchange Commission, conformément au mandat que lui a conféré la loi *Sarbanes-Oxley* a adopté diverses règles relatives à la régie d'entreprise, dont, en 2003, la Rule 10A-3 sur l'indépendance des membres du comité de vérification.

Au Canada, les mesure américaines ont eu une certaine influence. On a assisté en 2004 à l'adoption, par les diverses autorités

¹²⁵ *Id.*, art. 10A(k), ajouté par l'article 204 du *Sarbanes-Oxley Act*.

¹²⁶ À l'article 303A.

des valeurs mobilières, des Instruments Multilatéraux 52-110 sur le comité de vérification et 58-101 sur la divulgation des pratiques de régie d'entreprise. Au Québec, ceux-ci ont pris la forme des Règlements 52-110 et 58-101. Ces Instruments ont remplacé les lignes directrices de la Bourse de Toronto : ils s'appliquent à tout « émetteur assujetti », coté en Bourse ou non. Le premier de ces Instruments requiert que le comité de vérification soit responsable du vérificateur externe (recommandation de nomination et de rémunération, supervision du travail, approbation de services autre que de vérification), de la revue de l'information financière et de sa divulgation publique, des plaintes et des dénonciations relatives à la comptabilité, et des politiques d'embauche par la société d'associés et d'employés du vérificateur externe. Ce comité doit être composé d'administrateurs indépendants et compétents en matière financière (*financially literate*). Le second Instrument traite, parmi les pratiques de régie d'entreprise à divulguer, de la composition du conseil d'administration (majorité d'indépendants tenant des réunions séparées) de la description des tâches, de l'orientation et de la formation continue, de l'adoption d'un code d'éthique, de comités de nomination ou de compensation composés d'administrateurs indépendants, et de l'évaluation du rendement des administrateurs. Ces pratiques de régie d'entreprise n'ont rien d'obligatoire, contrairement à celles de la Bourse de New York : si la société choisit de ne pas s'y conformer il lui suffit de le divulguer, en motivant sa décision.

Toujours est-il que ces Instruments vont avoir une incidence certaine sur les devoirs de diligence et de prudence des administrateurs. Au minimum, les administrateurs vont devoir créer les comités requis (comité de vérification et, pour les émetteurs inscrits aux Bourses américaines, comités de compensation et comité de nomination et de régie d'entreprise), y nommer des administrateurs indépendants et les laisser jouer leur rôle. À défaut de quoi, les administrateurs pourront être blâmés d'avoir violé leurs devoirs et tenus responsables du préjudice qui aurait pu être évité s'ils s'y étaient conformés.

De plus, le devoir de compétence de certains administrateurs sera haussé par l'exigence que tous ceux qui siègent sur le comité de vérification aient des « compétences financières » et, pour les émetteurs inscrits aux Bourses américaines, que l'un d'eux ait une « expertise financière ».

C. La responsabilité extracontractuelle – l'arrêt *Peoples*

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*¹²⁷, vient de sensiblement brouiller les cartes en matière de devoirs de diligence et de prudence des administrateurs. Selon elle, un manquement à ces devoirs peut constituer une source de responsabilité extracontractuelle des administrateurs envers les tiers.

Au Québec, les administrateurs sont tenus responsables envers les créanciers de leurs obligations contractuelles ou extracontractuelles. Il y a responsabilité contractuelle lorsque l'administrateur garantit personnellement une obligation contractuelle de la société. Sa responsabilité est aussi retenue lorsque l'administrateur agit personnellement de manière à engager sa responsabilité extracontractuelle. (par. 55)

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

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

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

[...] [Nous soulignons.]

*Trois éléments de l'art. 1457 du C.c.Q. sont pertinents à l'intégration, dans les principes de la responsabilité extracontractuelle, de l'obligation de diligence de l'administrateur : la personne à qui incombe l'obligation (toute personne), le bénéficiaire de l'obligation (autrui) et le manquement qui engage la responsabilité (règles de conduite). L'expression «[t]oute personne» englobe manifestement les administrateurs et les dirigeants. De même, le mot *autrui* peut comprendre les créanciers. L'article 1457 du C.c.Q. a une portée étendue et on lui a donné un sens large et inclusif. (par. 56)*

Il est possible d'intégrer harmonieusement cette interprétation au texte de la L.c.s.a.. En fait, contrairement à l'énoncé de l'obligation fiduciaire prévue par l'al. 122(1)a) de la L.c.s.a., qui précise que les administrateurs et les dirigeants doivent agir au mieux des intérêts de la société, l'énoncé de l'obligation de diligence figurant à l'al. 122(1)b) de la L.c.s.a. ne précise pas une personne identifiable qui serait bénéficiaire de l'obli-

¹²⁷ Précité, note 35.

gation. L'alinéa prévoit plutôt que «[l]es administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir [...] avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente». Ainsi, le bénéficiaire de l'obligation de diligence est identifié de façon beaucoup plus générale et il semble évident qu'il faut y inclure les créanciers. Cette solution est clairement conforme à l'interprétation que le droit civil donne au mot «autrui». Par conséquent, si un bris de l'obligation de diligence et les dommages sont établis, les créanciers peuvent avoir recours à l'art. 1457 pour faire valoir leurs droits. La seule question qu'il reste maintenant à examiner est donc celle des «règles de conduite» susceptibles de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle. Sur ce point, l'art. 1457 est clair.

Le premier paragraphe de l'art. 1457 n'énonce pas la norme de conduite. Il incorpore plutôt par renvoi l'al. 122(1)b) de la L.c.s.a.. L'obligation de diligence prévue par la loi est un «devoir de respecter [une règle] de conduite qui, suivant [...] la loi, s'impos[e] à [eux], de manière à ne pas causer de préjudice à autrui». Ainsi, pour déterminer si les frères Wise peuvent être tenus responsables, seule la L.C.S.A. est pertinente. Il est donc nécessaire de rappeler les exigences de l'obligation de diligence prévue à l'al. 122(1)b) de la L.c.s.a. (par. 57 et suiv.) (Nos soulignés)

Il semble, à la lecture de ce passage, que les créanciers d'une compagnie insolvable pourraient poursuivre ses administrateurs en dommages en invoquant que cette insolvabilité est due à leur négligence ou leur mauvaise gestion.

Cette position de la Cour suprême du Canada est difficilement conciliable avec les principes fondamentaux du droit corporatif et du droit de la faillite.

La Cour suprême du Canada semble avoir fait abstraction du fait que le devoir de prudence et de diligence des administrateurs, tout comme celui d'honnêteté et de bonne foi, a un bénéficiaire en droit civil québécois : la personne morale. En effet, les administrateurs sont considérés comme ses mandataires en vertu de l'article 321 C.c.Q., et l'article 2138 C.c.Q. impose ces deux séries de devoirs aux mandataires, dans la section «Des obligations du mandataire envers le mandant». Ces devoirs sont de nature contractuelle, et non extracontractuelle : ils s'adressent au mandant qu'est la personne morale, avec pour conséquence qu'elle seule peut s'en prévaloir ou encore un actionnaire ou un créancier en son nom, par action dérivée. Si les créanciers pouvaient réclamer des dommages directs aux administrateurs pour leurs manquements à leur devoir de prudence et de diligence, les administrateurs seraient tenus à

une double indemnisation : celle de la personne morale et celle de ses créanciers (en court-circuitant tout l'ordre de collocation des créanciers de la société établi dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*) et c'est sans parler ici des actionnaires, qui eux aussi peuvent entrer sous le vocable d'« autrui » de l'article 1457 du C.c.Q.^{127a}.

D'autre part, dans l'hypothèse où la Cour suprême avait raison d'appliquer l'article 1457 C.c.Q. au devoir de diligence des administrateurs, le succès d'un recours en dommages des créanciers de la société dépend du caractère direct de ces dommages (article 1607 C.c.Q.), ou de l'établissement du lien de causalité entre la faute des administrateurs et le préjudice causé aux créanciers. La version anglaise du jugement, elle, fait expressément état du lien de causalité (« *causation* ») : c'est par erreur de traduction que cet élément ne figure pas dans la version française. Or, le lien entre la faute et le préjudice est généralement indirect, en ce sens que le préjudice résulte du défaut de la société, cocontractant des créanciers, d'honorer leur créance. C'est la faute contractuelle de la société, entraînée par la faute de ses administrateurs, qui cause le préjudice aux créanciers. Or, les actes de la société n'engagent qu'elle-même¹²⁸.

Ceci ne signifie pas, cependant, que les administrateurs ne peuvent pas encourir de responsabilité extracontractuelle envers les créanciers. L'article 1457 C.c.Q. peut en effet les rendre responsables envers ces derniers d'agissements tels les fausses représentations, la fraude paulienne ou le fait de transiger avec des tiers en sachant qu'ils ne seront pas payés. Dans ces deux derniers cas, la faute extracontractuelle envers les créanciers directement affectés a plus de chances de provenir d'un manquement au devoir de loyauté des administrateurs (en privilégiant leurs propres intérêts à ceux de la société) qu'à un manquement à leur devoir de diligence. En ce sens, il n'est pas logique de restreindre l'application de l'article 1457 C.c.Q. à ce second devoir seulement.

Il serait possible de désamorcer quelque peu la partie de la position de la Cour suprême du Canada, en soutenant qu'elle doit être

^{127a} En droit américain, la Cour suprême du Delaware a récemment confirmé que les créanciers d'une compagnie insolvable n'ont pas de recours direct contre ses administrateurs, sur la base d'une violation de leurs devoirs « fiduciaires » : *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheevalla*, 2007 Del. Lexis 227 (Del. May 18, 2007).

¹²⁸ C.c.Q., art. 309.

considérée comme un *obiter dictum*. En effet, dans l'arrêt *Peoples* le recours sous examen était celui de la société, intenté en son nom et pour son bénéfice de même qu'à celui de ses créanciers par le syndic à sa faillite, et non un recours des créanciers. La partie du jugement de la Cour suprême portant sur la responsabilité des administrateurs envers les créanciers, et sur le recours de ces derniers, débordait le cadre des faits en jeu.

Par ailleurs, même dans l'hypothèse où il faudrait retenir la thèse de l'application de l'article 1457 C.c.Q. aux devoirs de diligence des administrateurs, la probabilité qu'un recours des créanciers intenté contre les administrateurs sur cette base soit couronné de succès est minime, compte tenu d'abord de la protection que leur apporte le « *business judgment rule* », et ensuite de l'absence de lien de causalité direct entre la faute des administrateurs et le préjudice subi par les créanciers.

Quoi qu'il en soit, au Québec cette partie de l'arrêt *Peoples* a de fortes chances d'avoir un effet limité. Elle pourrait fort bien être considérée comme ne visant pas les compagnies régies par la *Loi sur les compagnies*, auxquelles les articles 321 et 2138 du Code civil doivent nécessairement recevoir application, en l'absence de disposition dans la loi corporative provinciale correspondant à l'article 122 de la loi fédérale et en raison de la présence dans la *Loi sur les compagnies* de l'article 123.83, qui énonce expressément que les administrateurs sont des mandataires de la compagnie.

La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Méthot c. Banque Fédérale de développement du Canada*¹²⁹, a interprété l'arrêt *Peoples* comme établissant que « la responsabilité extracontractuelle des administrateurs peut être retenue lorsqu'il y a un manquement à leur devoir de diligence non seulement à l'égard des actionnaires mais aussi des tiers, en l'occurrence des créanciers »¹³⁰. Elle n'a aucunement mis ce principe en doute, se contentant, dans cette affaire impliquant des compagnies québécoises, de dire que « les dispositions de l'article 122(1)(b) de la L.c.s.a. ne s'appliquent pas au présent dossier »¹³¹, et que les décisions en cause ne constituaient pas des manquements aux devoirs de diligence de l'administrateur.

¹²⁹ [2006] J.Q. (Quicklaw) n° 4227 (C.A.).

¹³⁰ *Id.*, par. 70.

¹³¹ *Id.*, par. 73.

Dans les autres provinces, les tribunaux de common law pourront vraisemblablement traiter cette partie de l'arrêt *Peoples* comme visant des dispositions du *Code Civil du Québec* et donc comme ne s'appliquant qu'au Québec.

Dans *Alvi c. Misir*¹³², le tribunal a fait état de l'arrêt *Peoples*, mais n'en a pas moins déclaré que : « *The directors owe their statutory duty of care to the corporation and not to the shareholders* »¹³³, et « *In view of that the statutory duties of good faith, loyalty and care are owed to the corporation, the directors cannot have separate duties of the same nature owing to the shareholders. Such parallel duties would create untenable and unrealistic conflicts. They would render impossible the position of a director or officer of a corporation* »¹³⁴. Dans *Waiser c. Deahy Medical Assessments Inc.*¹³⁵, l'administrateur unique d'une société qui avait fait défaut de prendre les mesures nécessaires pour collecter ses compte à recevoir n'a pas été tenu responsable de sa faute, sous l'autorité de l'article 248 du *Business Corporations Act* d'Ontario, envers un créancier impayé, parce qu'il n'avait pas tiré un projet personnel de cette conduite de la société pourtant jugée « *oppressive* ». Bien que l'administrateur ait clairement manqué à ses devoirs de diligence, le tribunal n'a pas sévi contre lui sur la base de l'arrêt *Peoples*.

Toutefois, dans l'affaire *HSBC Bank Canada c. Dillon Holdings Ltd.*¹³⁶, le tribunal a appliqué l'arrêt *Peoples* aux devoirs de prudence de l'administrateur en vertu de l'article 134(1)(b) de la loi ontarienne, disant : « *The statutory duty of care in s. 134(1)(b) is owed to more than just the corporation. It is also owed to the creditors* » (par. 217). Le président de la société a été tenu personnellement responsable du prêt bancaire parce qu'il avait été négligent dans sa gestion des affaires de la société : il avait laissé le vice-président en charge des inventaires alors qu'il avait des motifs de douter de son honnêteté. Cette négligence avait permis que des états falsifiés soient remis à la Banque, ce qui avait amené celle-ci à consentir le prêt et à subir le préjudice.

¹³² (2004) 50 B.L.R. (3d) 175 (Ont. S.C.).

¹³³ *Id.*, par. 45.

¹³⁴ *Id.*, par. 57.

¹³⁵ [2006] O.J. (Quicklaw) n° 224 (S.C.).

¹³⁶ [2005] O.J. (Quicklaw) n° 2331 (S.C.).

Ce genre de décision n'est vraisemblablement pas étrangère au fait que le législateur ontarien ait décidé, en 2007, d'écarter explicitement l'arrêt *Peoples* par rapport aux devoirs des administrateurs et dirigeants. Il a en effet ajouté les mots « pour le compte de la société » (*to the corporation*) dans la description de ces devoirs, à l'article 134(1) de la loi ontarienne¹³⁷. Le législateur fédéral serait bien inspiré de suivre son exemple.

II. La codification fédérale des devoirs de prudence

En 1967, le rapport Lawrence¹³⁸ a suggéré au législateur de l'Ontario de codifier les devoirs de prudence et de diligence des administrateurs. Cette codification était nécessaire, dit-il, car sans elle « *even the honest well intentioned director is left to flounder in a sea of murky jurisprudence* »¹³⁹.

7.2.2. [...] *The Committee is of the opinion that the Act can and should contain a clear statement of that standard of behaviour owed by directors in performing their complex and multifarious duties. The standard should be plain enough to be acceptable and practised in the board room and to be enforceable in the courts. It follows, of course, that if the Committee's recommended legal standard is to develop into an accepted professional code of ethics, it must appeal to the fair minded director and be compatible with his role as a manager and risk-taker.*

7.2.3. *The Committee therefore recommends that the Ontario law be amended to include a provision substantially as follows:*

Every director of a company shall exercise the powers and discharge the duties of his office honestly, in good faith and in the best interests of the company, and in connection therewith shall exercise that degree of care, diligence and skill which a reasonably prudent director would exercise in comparable circumstances.

7.2.4. *This legal standard of conduct and care upgrades the existing standards as laid down in the decided cases and should satisfy the objectives expressed in paragraph 7.2.2. [...]*

¹³⁷ Ministry of Government Services Consumer Protection and Service Modernization Act, 2006, (Bill 152) annexe B, art. 24, entré en vigueur le 1^{er} août 2007, 2^e session, 38^e Parlement, Ontario.

¹³⁸ *Interim Report of the Select Committee on Company Law*, Ontario 1967 (aussi appelé « rapport Lawrence »).

¹³⁹ *Id.*, p. 53, par. 7.2.1.

La proposition du Comité Lawrence, donc était d'imposer aux administrateurs le standard de prudence, de diligence et de compétence de l'administrateur de compagnie raisonnablement prudent.

Cette proposition visait à introduire un solide élément d'objectivité dans le standard, par contraste avec la codification à caractère subjectif apportée trois ans plus tôt dans la *Loi des compagnies* du Manitoba, consistant à refléter la position jurisprudentielle traditionnelle¹⁴⁰. Elle s'apparentait davantage à certains précédents statutaires américains, dont les articles 408 du *Business Corporations Act* de Pennsylvanie¹⁴¹ et, 717 du *Business Corporations Act* de New York¹⁴².

Le législateur ontarien a suivi la recommandation du Rapport Lawrence à l'effet de codifier les devoirs des administrateurs, mais il n'a pas adopté le même critère que celui suggéré.

L'article 144 du *Business Corporations Act* d'Ontario¹⁴³, entré en vigueur en 1971, se lisait en effet :

Every director and officer of a corporation shall exercise the powers and discharge the duties of his office honestly, in good faith and in the best interests of the corporation, and in connection therewith shall exercise the degree of care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

¹⁴⁰ L'article 82(1) de la loi manitobaine (1964 S.M., c. 3, devenu l'article 83(1) de (1970) R.S.M., c. 160) se lisait : « *The directors and officers of a company shall, at all times, use reasonable diligence and act honestly in the discharge of the duties of their office.* »

¹⁴¹ Cet article, datant de 1933, se lisait : « *officers and directors [...] shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that diligence, care and skill which ordinarily prudent men should exercise under similar circumstances in their personal business affairs.* » Les mots « *in their personal business affairs* » ont été retranchés en 1968, vraisemblablement pour atténuer la rigueur du standard. Voir : Yves LAUZON, « L'article 144 du *Business Corporations Act* d'Ontario et l'évolution des devoirs de soin, compétence et habileté des administrateurs de compagnies », (1974) 5 R.G.D. 117.

¹⁴² Datant de 1963, cet article déclarait : « *Directors and officers shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that degree of diligence, care and skill which ordinarily prudent men would exercise under similar circumstances in like position.* »

¹⁴³ 1970 R.S.O., c. 53.

Au lieu de l'étalon du « *reasonably prudent director* », la loi ontarienne choisit celui, moins exigeant, de la « *reasonably prudent person* ».

La même année, le Rapport Dickerson a proposé d'insérer dans la loi fédérale une codification des devoirs des administrateurs. Cette démarche s'inscrivait dans la lancée des amendements ontariens.

Le texte statutaire proposé, en matière de devoirs de diligence et de soin, était le suivant :

9.19

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

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

Le Comité Dickerson a justifié cette proposition en ces termes :

La formulation de l'obligation de soin, de diligence et d'habileté à laquelle les administrateurs sont tenus, représente une tentative de hausser le standard de conduite présentement exigé d'eux. Le changement principal modifie la loi actuelle qui semble exiger que l'administrateur fasse preuve du degré de soin, de diligence et d'habileté auquel on pourrait raisonnablement s'attendre de lui, eu égard à la connaissance et à son expérience (Re City Equitable Fire Insurance Co. (1925) Ch. 425). L'article 9.19(1)b lui impose l'obligation de se comporter en homme raisonnablement prudent. L'expérience récente ayant démontré que le standard de conduite généralement reconnu par la loi pour des administrateurs est fort bas, nous avons songé à le rehausser considérablement. Nous sommes conscients du fait que hausser ces standards peut faire hésiter certaines personnes à accepter un poste d'administrateur. La justesse de cet argument n'a pas été démontrée et nous le croyons spécieux. L'obligation imposée par l'article 9.19(1)b est exactement la même que celle imposée par la common law à tout professionnel. Il n'y a pourtant pas de signes que cela a tari la source des avocats, comptables, architectes, chirurgiens ou autres. De plus c'est de toute façon un bien piètre réconfort pour un actionnaire de savoir qu'il existe un vaste réservoir de personnes de compétence très moyenne qui, d'après la loi actuelle, ont la charge de gérer son investissement.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Rapport Dickerson, *op. cit.*, note 1, par. 242.

Le standard proposé par le Rapport Dickerson était plus objectif que celui de l'Ontario, en ce qu'il n'était pas restreint par l'élément des « *comparable circumstances* ». Il correspondait sensiblement au standard du « bon père de famille » de l'article 1710 du *Code civil du Bas Canada* applicable au Québec, dont il est question plus loin.

Toutefois, lorsque le législateur fédéral a adopté, en 1975, la nouvelle *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*¹⁴⁵, il a choisi d'adopter le standard ontarien plutôt que celui recommandé par le Rapport Dickerson. L'article 117(1)(b) de cette loi imposait en effet aux administrateurs et dirigeants le devoir de :

*b) apporter à ses fonctions les soins, la diligence et la compétence dont une personne raisonnablement avisée ferait preuve dans des circonstances comparables.*¹⁴⁶

Le *Briefing Book* publié à l'occasion de l'adoption de la loi fédérale de 1975 révèle clairement la préoccupation du législateur de ne pas trop perturber la pratique en droit des compagnies en clarifiant « *and probably increasing* » les devoirs de common law de soin, compétence et diligence des administrateurs et dirigeants.

(3) Para. (1) (b) concerning duties of diligence, care, and skill effect greater changes but are less significant in practice:

(a) Diligence – a director will be required at least to attend corporate meetings and probably to read the pertinent documents.

(b) Skill – the focus of the standard is on a “reasonably prudent person”, whereas the common law considers the subjective experience of the individual. The phrase “in comparable circumstances” will permit a court to consider all aspects of a transaction – the kind of business, the extraordinary nature of the transaction, or the status of each director as a professional, an insider, or an outsider.

(c) Negligence – duty of care cases will continue to be rare, since courts are most reluctant to apply hindsight to impugn an act of directors made in a competitive environment.

En 1978, la version française de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, réintitulée à cette occasion *Loi sur les sociétés*

¹⁴⁵ S.C. 1974-75, c. C.33.

¹⁴⁶ En anglais, « *exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances* ».

commerciales canadiennes, a été remplacée¹⁴⁷, avec la collaboration de juristes du Québec par une version plus conforme en droit civil du Québec. L'article 117(1)(b) se lisait désormais :

avec soin, diligence et compétence, comme le ferait en pareilles circonstances un bon père de famille.

La notion de la « personne raisonnablement avisée » a été remplacée par celle du « bon père de famille » de l'article 1710 C.c.B.C., son équivalent.

Lorsqu'en 1994 le nouveau *Code civil du Québec* a remplacé le *Code civil du Bas Canada* et relégué le sexiste « bon père de famille » aux oubliettes, l'article 117(1)(b), devenu 122(1)(b) de la loi fédérale (devenue en français la *Loi sur les sociétés par actions*) a à nouveau été amendé¹⁴⁸, pour se lire :

avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

Le *Livre d'instructions* sur la réforme de 1994 explique à ce sujet que :

La terminologie du « bon père de famille » utilisée dans la version française de la LSA est basée sur une conduite prudente que l'on retrouve en droit civil et dans le Code civil du Bas Canada. Le Code civil utilise cette expression depuis 1866. L'expression « bon père de famille » est maintenant considérée comme désuète. La réforme du Code civil a remplacé cette expression par une beaucoup plus moderne et non-sexiste et qui fait référence à une « personne prudente et diligente ».

Ceci n'est pas tout à fait exact, car les devoirs imposés par le *Code civil du Québec* aux mandataires ainsi qu'aux administrateurs de personnes morales aux articles 2158 et 322 ne font référence à aucune personne, pas plus « prudente et diligente » que « bon père de famille ». Chose certaine, il n'y avait plus, à compter de 1994, de raison de conserver dans la loi fédérale une notion qui y avait été insérée dans le but exprès de l'harmoniser avec le droit civil québécois et que le *Code civil du Québec* avait délaissée.

En définitive, l'article 122(1)(b) de la loi fédérale a quelque peu resserré les devoirs de prudence et de diligence des administrateurs

¹⁴⁷ S.C. 1978-79, c. 9, art. 1 et 31.

¹⁴⁸ S.C. 1994 c. 24, art. 13.

et des dirigeants, en leur greffant l'élément objectif de la personne prudente. Ce resserrement a toutefois été mitigé par l'addition, non préconisée par le Rapport Dickerson, des mots « en pareilles circonstances » qui, à l'instar de la loi ontarienne, ramènent un élément subjectif.

La norme de conduite des administrateurs fédéraux a fait l'objet en 1997 d'une analyse poussée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Soper c. Canada*¹⁴⁹. Celle-ci a conclu que l'article 122(1)(b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, de même que l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ont créé un régime peut-être un peu plus exigeant que celui qui existait en vertu de la common law, mais conservant une bonne partie de sa nature subjective initiale, et a qualifié la norme de prudence dorénavant en vigueur de « norme objective subjective mixte ».

*La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi n'est donc pas purement objective. Elle n'est pas purement subjective non plus. Il ne suffit pas qu'un administrateur affirme qu'il a fait de son mieux, car il invoque ainsi la norme purement subjective. Il est également évident que l'intégrité ne suffit pas. Toutefois, la norme n'est pas une norme professionnelle. Ces situations ne sont pas régies non plus par la norme du droit de la négligence. La Loi contient plutôt des éléments objectifs, qui sont représentés par la notion de la personne raisonnable, et des éléments subjectifs, qui sont inhérents à des considérations individuelles comme la « compétence » et l'idée de « circonstances comparables ». Par conséquent, la norme peut à bon droit être qualifiée de norme « objective subjective ».*¹⁵⁰

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*¹⁵¹, a confirmé que la norme de prudence édictée à l'article 122(1)(b) est plus exigeante, par rapport à celle (« une norme subjective plutôt souple ») établie par la common law, depuis qu'elle est accentuée par la loi¹⁵² et elle a caractérisé cette norme d'« objective » :

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

¹⁴⁹ Précité, note 8.

¹⁵⁰ *Id.*, par. 37 et suiv.

¹⁵¹ Précité, note 35.

¹⁵² *Id.*, par. 59.

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

Dans l'arrêt *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124, par. 41, le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale a décrit la norme de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA comme étant une norme « objective subjective ». Même s'il portait sur l'interprétation d'une disposition de la Loi de l'impôt sur le revenu, cet arrêt est pertinent en l'espèce parce que le libellé de la disposition établissant la norme de diligence est identique à celui de l'al. 122(1)b) de la LCSA. Nous estimons pour notre part que le fait, pour le juge Robertson, de qualifier la norme par l'expression « objective subjective » peut semer la confusion. Nous préférons la décrire comme une norme objective. Ainsi, il devient évident que dans le cas de l'obligation de diligence prévue à l'al. 122(1)b), ce sont les éléments factuels du contexte dans lequel agissent l'administrateur ou le dirigeant qui sont importants, plutôt que les motifs subjectifs de ces derniers, qui sont l'objet essentiel de l'obligation fiduciaire prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA.¹⁵³

En niant tout élément subjectif relatif à la compétence de l'administrateur ou dirigeant, la Cour suprême du Canada vient d'en faire un élément objectif, haussant par le fait même considérablement le standard fédéral.

Un auteur¹⁵⁴ a suggéré que dans son appréciation du respect ou du non-respect du nouveau standard de conduite par l'administrateur, le tribunal tiendra probablement compte des facteurs subjectifs suivants : les qualifications de l'administrateur, l'importance de l'acte, l'information disponible à l'administrateur, le temps alloué pour prendre la décision, les alternatives ouvertes, et le fait que l'administrateur soit le représentant d'un groupe d'intérêt particulier (actionnaires, créanciers, employés) ou encore un conseiller de la société (avocat, comptable, ingénieur).

¹⁵³ *Id.*, par. 62 et suiv.

¹⁵⁴ J. M. WAINBERG, *op. cit.*, note 56, p. 27.

III. La codification québécoise des devoirs de prudence et de diligence

A. Avant 1994

J'ai relaté dans un article antérieur¹⁵⁵ l'évolution de la nature du rôle des administrateurs des personnes morales au Québec avant 1994. Un courant doctrinal et jurisprudentiel assimilait les administrateurs à des «quasi-fiduciaires» et s'inspirait de la common law anglaise pour déterminer leurs devoirs, tandis qu'un autre en faisait des mandataires de la compagnie, soumis aux devoirs énoncés aux dispositions du *Code civil du Bas Canada* sur le mandat, soit les articles 1701 à 1731.

Pour ce qui concerne les devoirs de compétence et de diligence des administrateurs, qualifiés de mandataires, ceux-ci étaient énoncés à l'article 1710 C.c.B.C., qui se lisait :

Le mandataire dans l'exécution du mandat, doit agir avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille,

ce qui en anglais se traduisait par

The mandatary is bound to exercise, in the execution of the mandate, reasonable skill and all the care of a prudent administrator.

En 1891 l'arrêt *McDonald c. Rankin*¹⁵⁶ avait établi que les devoirs d'habileté convenables des administrateurs tels qu'énoncés à l'article 1710 C.c.B.C. étaient ceux d'un «*prudent administrator*», traduction anglaise de «bon père de famille».

Cette affaire portant sur la responsabilité d'un directeur de banque qui n'avait pas rempli ses fonctions et s'était fié uniquement aux représentations de dirigeants, laissant s'accumuler une perte de plus de 3 millions de dollars en trois ans. Le juge Pagnuelo de la Cour supérieure avait dégagé diverses normes relatives aux devoirs d'«habileté convenable» d'un administrateur : l'acceptation de ses fonctions suppose les capacités et connaissances requises pour les remplir ; l'administrateur doit gérer, et non se réfugier derrière les

¹⁵⁵ Paul MARTEL, «Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du *Code civil du Québec*», (2001) 61 R. du B. 323, 333 et suiv. Voir aussi : M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 56, par. 22-8 et suiv.

¹⁵⁶ (1891) 7 M.L.R. 44 (C.S.).

employés ; l'ignorance, l'incapacité et la négligence sont assimilées à la faute lourde¹⁵⁷. L'antithèse, en somme, des principes énoncés par le célèbre arrêt *In re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.* !

Le critère retenu par la Cour était abstrait et objectif : l'administrateur doit apporter à ses fonctions les qualités et les soins d'un administrateur normal et prudent¹⁵⁸. Pour établir sa responsabilité, il n'est pas nécessaire de prouver sa fraude ou sa mauvaise foi, mais il suffit d'établir sa négligence ou son incurie¹⁵⁹.

Toutefois, ce critère objectif n'a pas subséquemment été retenu par les tribunaux, ceux-ci se laissant en cette matière influencer par la common law et son critère subjectif¹⁶⁰, et par le « *business judgment rule* » niant aux tribunaux la juridiction d'intervenir dans

¹⁵⁷ *Id.*, 71 et suiv. et 80.

¹⁵⁸ Yves Lauzon fait remarquer que le critère du « bon père de famille » applicable au mandataire a bien été exprimé dans l'arrêt *Œuvre des terrains de jeux du Québec c. Cannon*, (1940) 69 B.R. 112, à la page 114 : « Le plus sûr critère de la faute, dans des conditions données, c'est le défaut de cette prudence et de cette attention moyennes qui marquent la conduite d'un bon père de famille : en d'autres termes, c'est l'absence de soins ordinaires qu'un homme diligent devrait fournir dans les mêmes conditions » : Y. LAUZON, *loc. cit.*, note 141, 119, 161. Dans l'arrêt *A.-E. Dionne Inc. c. Castonguay*, [1979] C.A. 301, 302, la Cour d'appel du Québec a déclaré d'un courtier d'assurance que « *It was expected to display in the execution of the mandate that it had accepted the skill and diligence that might reasonably have been expected from one in its profession* » (nos non-italiques) ce qui démontre le caractère objectif du devoir du mandataire.

¹⁵⁹ Voir aussi : *Brochu c. Turgeon*, (1928) 45 B.R. 194, 201 et suiv.

¹⁶⁰ *Préfontaine c. Grenier*, (1905) 27 C.S. 307, (1906) 15 B.R. 143 (C.A.), (1906) 15 B.R. 503 (C.P.), critiqué par James SMITH dans « *The Duties of Care and Skill of Corporate Executives in the Company Law of the Province of Quebec* », (1974) 34 R. du B. 464, 466 et suiv. Dans cet arrêt portant sur une banque faillie, le Conseil Privé a approuvé le recours par la Cour du Banc du Roi à la jurisprudence anglaise pour exonérer le président à qui l'on reprochait de ne pas avoir surveillé le caissier qui avait laissé plusieurs comptes à découvert.

Their Lordships think that in the absence of any legislation in force in Quebec inconsistent with the law as acted upon in England, and in the absence of any evidence of custom and course of business to the contrary, the Court of King's Bench was right in accepting the English rulings, because they were based, not upon any special rule of English law, nor upon any circumstances of a local character, but upon the broadest considerations of the nature of the position, and the exigencies of business.

Voir aussi : Cally JORDAN, « *The New Morality in Quebec Company Law: Directors' Liability After the Civil Code of Quebec* », (1995) 25 *Can. Bus. L.J.* 216, 225.

la gestion interne de compagnies agissant en-deça de leurs pouvoirs¹⁶¹. L'arrêt *McDonald c. Rankin*, isolé, a été oublié pendant 80 ans, et ce sont les arrêts anglais *City Equitable* et compagnie qui ont été suivis.

Dans un arrêt représentatif de 1975, *Crevier c. Paquin*¹⁶² la Cour a rejeté une poursuite d'un actionnaire en responsabilité contre un dirigeant de la compagnie ayant fait des placements spéculatifs. Se fondant sur l'arrêt *In re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, elle a déclaré :

Il est inutile de rappeler la responsabilité assez restreinte que les tribunaux ont retenu contre les administrateurs. En effet, ils ne sont personnellement responsables des actes de la compagnie que s'il commettent une faute grossière. Il est acquis que les administrateurs doivent apporter une diligence juste et raisonnable à la gestion de la compagnie et agir honnêtement sans plus et il a été décidé qu'ils n'ont pas à avoir de connaissances particulières.

La situation au Québec a été résumée en ces termes par un auteur :

*[...] The influence exercised by common law precedents and in particular the better business judgment rule have left directors remarkably free in Quebec. The intervention of the courts with the management of the companies in Quebec is limited. Since they do not wish to question a director's business decisions, the courts have applied the civil law standards of care and skill with considerable leniency. The duty of care is satisfied provided merely that directors act intra vires the powers of the company, legally, without gross management or fraud and by exercising a sufficient degree of control over the officers and other corporate representatives to whom they delegated part of their responsibilities.*¹⁶³

B. Le Code civil du Québec

En 1987, l'article 356 C.c.Q. a été adopté, qui énonçait pour les administrateurs des personnes morales le devoir d'agir « avec soin,

¹⁶¹ *Lauzon c. Charbonneau*, [1946] C.S. 337, citant *Burland c. Earle*, [1902] A.C. 83; *Lagueux c. Phoenix Assurance Company Ltd.*, (1932) 53 B.R. 398; *Mark c. Dresser*, (1919) 25 R.L. (N.L.S.) 297 (C.R.); plus récemment : *Forget c. Société Financière Desjardins-Laurentienne inc.*, J.E. 99-422 (C.S.).

¹⁶² Précité, note 13.

¹⁶³ J. SMITH, *loc. cit.*, note 160, 472.

prudence et diligence, comme le ferait en pareilles circonstances une personne raisonnable ».

Cette disposition manifestement calquée sur l'article 122(1)(b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* n'a jamais été mise en vigueur. Elle a été remplacée dans le *Code civil du Québec*, qui a pris effet en 1994, par l'article 322, qui déclare laconiquement, « L'administrateur doit agir avec prudence et diligence ».

Les mots « comme le ferait en pareilles circonstances une personne raisonnable » ont disparu, de même que le mot « soin ». Par ailleurs, si on compare l'article 322 avec l'article 1710 du *Code civil du Bas Canada*, qui énonçait les devoirs du mandataire, on constate que, tout comme le nouvel article 2138 C.c.Q. (« le mandataire doit [...] agir avec prudence et diligence »), il a laissé tombé la notion d'« habileté convenable » et de « bon père de famille ».

Alors que l'article 1710 C.c.B.C. comportait un élément objectif, c'est-à-dire la référence à une personne – étalon, le « bon père de famille » (*prudent administrator*) et que l'article 356 du *Code civil du Québec* de 1987 renfermait l'élément objectif-subjectif de la « personne raisonnable en pareilles circonstances », les articles 322 et 2138 n'en renferment à première vue aucun, ce qui pourrait laisser croire que comme en common law le devoir de prudence et de diligence qu'ils énoncent est purement subjectif.

Il existe cependant des autorités qui considèrent que le standard québécois en matière de prudence et de diligence demeure objectif¹⁶⁴.

Le ministre de la Justice, dans ses *Commentaires sur le nouveau Code civil du Québec*¹⁶⁵ dit ceci au sujet des articles 322 et 2138 :

*Cet article [322] de droit nouveau reprend, pour l'administrateur d'une personne morale, la règle prévue à l'article 1309 du Code concernant l'administrateur du bien d'autrui. Le premier alinéa s'inspire de la règle énoncée en matière de mandat, à l'article 1710 Code civil du Bas-Canada.*¹⁶⁶

¹⁶⁴ C. JORDAN, *loc. cit.*, note 160, 229, écrit : « *This appears to be an objective test* » et exprime son incertitude quant à sa rigueur.

¹⁶⁵ QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 216.

Il (l'article 2138) précise le droit antérieur, en énonçant des obligations implicitement incluses dans l'obligation qu'avait le mandataire d'agir en bon père de famille, suivant l'article 1710 Code civil du Bas-Canada [...]

En matière d'administration du bien d'autrui, les articles 1309 et 1310 sont sensiblement au même effet.¹⁶⁷

Puisque ces commentaires réfèrent tous deux à l'article 1309, il convient de voir ce que le Ministre a eu à en dire. Cet article énonce que l'administrateur du bien d'autrui « doit agir avec prudence et diligence », donc comme le mandataire et l'administrateur de personne morale. Il remplace l'article 981k du *Code civil du Bas Canada*, qui imposait au fiduciaire le devoir de faire preuve d'un « habileté convenable » et d'« agir en bon père de famille ».

Cet article énonce d'abord, au premier alinéa, une règle de conduite que le droit antérieur réaffirmait et qui se trouve dans plusieurs autres lois, imposant à l'administrateur d'agir avec prudence et diligence.

*Il reprend dans une formulation nouvelle, mais dont le contenu demeure conforme au droit antérieur, la norme de conduite objective et abstraite de la personne normalement avisée, placée en semblables circonstances.*¹⁶⁸

Le Ministre considérait donc que la norme de prudence des articles 322, 2138 et 1309, est objective et abstraite », et fait appel à l'étalon de la « personne normalement avisée placée en semblables circonstances ». Cela fait bien des sous-entendus pour les simples mots « prudence et diligence » !

En réalité, ces sous-entendus révèlent une norme à la fois objective et subjective, tout comme sous la loi fédérale, telle qu'interprétée avant l'arrêt *Peoples*.

Madeleine Cantin Cumyn, dans son ouvrage *L'Administration du bien d'autrui*¹⁶⁹, fait la même lecture de l'article 1309 :

Aux termes de l'article 1309 C. civ., premier alinéa, l'administrateur doit agir avec prudence et diligence ». Son obligation consiste à prendre les moyens appropriés pour réaliser une bonne gestion. Le modèle abstrait du bon père de famille, qui était utilisé sous le Code civil du Bas

¹⁶⁷ *Id.*, p. 1344.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 785. (Nous soulignons).

¹⁶⁹ Madeleine CANTIN CUMYN, *L'Administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

Canada, est repris dans la notion de personne prudente et diligente du nouveau Code. Selon le droit commun, la conduite du débiteur de l'obligation de prudence et de diligence doit être comparée à celle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances.

[...]

Les juges se montrent généralement plutôt réticents à faire une appréciation qualitative de la conduite des administrateurs du bien d'autrui. Cette attitude est manifeste dans le cas des administrateurs de compagnies, ainsi que les auteurs ont maintes fois constaté. [...] Mais agissant d'apprécier l'action d'un administrateur en fonction du critère de diligence et de prudence du droit commun, les tribunaux ne s'y engagent pas volontiers, se limitant fréquemment à ne sanctionner que la mauvaise foi ou la faute lourde.

La politique judiciaire de non-intervention dans la conduite des affaires, qui jouit d'un large appui chez les auteurs, a pour effet d'entretenir une confusion fâcheuse entre l'autonomie dans la prise des décisions, dont un administrateur du bien d'autrui dispose incontestablement, puisqu'il est attributaire de pouvoirs, et un éventuel examen objectif des faits destiné à vérifier si, dans l'exercice de ses pouvoirs, l'administrateur a agi avec prudence et diligence. Face à l'énoncé général du premier alinéa de l'article 1309 C. civ., tout doute doit être dissipé quant à la compétence, voire le devoir, du tribunal de se prononcer sur le caractère prudent et diligent de la gestion d'un administrateur du bien d'autrui. Un administrateur commet une faute civile, non seulement lorsqu'il est de mauvaise foi, qu'une faute lourde peut lui être reprochée ou qu'il commet une fraude, mais aussi lorsque, plus simplement, il manque à l'obligation de prudence et de diligence. L'appréciation de la faute in abstracto, qui compare la conduite de l'administrateur à celle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, évite l'écueil d'une norme irréaliste, une préoccupation que l'on devine derrière la retenue des juges. En effet, ce procédé d'appréciation admet que l'administrateur du bien d'autrui puisse se tromper sans qu'il y ait faute civile si, à l'époque où il a pris la décision incriminée, un administrateur prudent et diligent aurait légitimement pu, dans les mêmes circonstances, faire la même erreur que le défendeur.¹⁷⁰

D'autres auteurs préconisent la non-subjectivité de la norme de prudence pour les administrateurs de compagnies :

L'administrateur est soumis aux normes des articles 322 et 2138 C.c.Q. qui l'obligent à agir avec prudence et diligence. Cette règle est dérivée et

¹⁷⁰ Id., p. 224 et suiv.

s'inspire de l'obligation du bon père de famille qui l'on retrouvait auparavant à l'article 1710 Code civil du Bas-Canada. La conduite de l'administrateur est donc analysée à partir d'un critère de nature essentiellement plus objective que les règles générales de la common law à ce sujet.

[...].

*L'administrateur prudent en droit québécois voit donc sa conduite analysée en fonction de celle de l'administrateur moyen et non pas en fonction des qualités personnelles qu'il peut par ailleurs posséder. Quant au degré de compétence et de soin, il sera ajusté suivant les circonstances auxquelles l'administrateur fait face.*¹⁷¹

*En droit civil, le devoir de prudence et diligence comporte à la fois des éléments objectifs et subjectifs [...] Ce devoir exige que l'administrateur ou le dirigeant se comporte comme une personne raisonnable qui exerce une telle fonction. La personne raisonnable doit toutefois être tirée de la catégorie de personnes à laquelle l'administrateur ou le dirigeant en cause appartient. Ainsi, lorsque ce dernier a une compétence particulière dans la gestion, la conduite de référence devrait être celle d'une personne d'affaires avisée. En revanche, lorsqu'il est dépourvu de connaissances et d'expérience en ce domaine, l'administrateur ou le dirigeant doit néanmoins agir comme une personne raisonnable qui connaît ses limites et s'adjoindre les services de personnes qui possèdent l'expertise nécessaire afin de remplir sa fonction. De plus, le comportement de l'administrateur ou du dirigeant doit être apprécié en tenant compte du contexte de la société dans laquelle il exerce ses activités, notamment son organisation, ses ressources et ses usages. Comme nous pouvons le constater, le Code civil édicte une obligation de prudence et diligence aux administrateurs et dirigeants des sociétés québécoises qui impose une norme de conduite s'apparentant à celle de la législation canadienne.*¹⁷²

J'ai pour ma part émis l'opinion que la norme de prudence établie par le Code civil du Québec semble être devenue moins objective qu'en vertu de l'article 1710 du Code civil du Bas Canada.

[...] il semble que les devoirs de prudence et de diligence imposés par le Code civil du Québec soient devenus plus subjectifs, c'est-à-dire s'appréciant en fonction de l'administrateur visé lui-même et de ses propres compétences et aptitudes, plutôt qu'à la lumière de l'étalon traditionnel et objectif du « bon père de famille » devenu, sexisme en moins, la « personne raisonnable » que conserve la loi fédérale.

[...]

¹⁷¹ Y. LAUZON, *op. cit.*, note 10, p. 151, aux pages 228 et suiv.

¹⁷² R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 10, p. 465 et suiv.

Est-ce que la nouvelle formulation des devoirs de diligence et de prudence, sans référence à cette « personne douée d'un degré ordinaire de prudence, agissant pour elle-même », à ce « bon père de famille », a intensifié ces devoirs ? Nous croyons que c'est le cas. Si l'administrateur est un expert ou particulièrement compétent, on lui demandera bien plus qu'à un simple « bon père de famille » et on lui pardonnera plus difficilement des fautes de jugement ou d'attention. Si, au contraire, il est particulièrement incompetent, on lui reprochera plus aisément de ne pas avoir délégué des actes à des personnes compétentes, ou de ne pas avoir demandé conseil à de telles personnes avant d'agir : la prudence la plus élémentaire dicte en effet de ne pas essayer de faire seul ce qui manifestement échappe à notre compétence.

Pour déterminer si l'imprudence ou l'erreur de l'administrateur constitue un manquement à ses devoirs de prudence et de diligence, donc une faute pouvant entraîner sa responsabilité, le tribunal pourra vraisemblablement choisir, comme point de référence, non pas la « personne raisonnable », mais plutôt l'« administrateur raisonnable », sachant que depuis cent ans le niveau général d'information et de compétence des administrateurs, dont un bon nombre sont des gestionnaires diplômés, a considérablement augmenté.¹⁷³

Il reste à voir si nos tribunaux vont donner aux mots « prudence et diligence » le même sens objectif-subjectif que celui que l'article 122(1)(b) commande bien plus clairement de donner aux devoirs qu'il énonce. Le retrait aux articles 322, 1309 et 2138 des termes de référence objectifs que renfermaient les articles 981 k et 1710 *Code civil du Bas Canada*, et la comparaison de l'article 322 avec sa version initiale de 1987 ainsi qu'avec l'article 122(1)(b) de la loi fédérale pourrait fort légitimement inciter un tribunal à être moins sévère à l'endroit des administrateurs. Si malgré les termes objectifs clairs de l'article 1710 C.c.B.C. nos tribunaux ont suivi jusqu'en 1994 la tendance non-interventionniste de la common law, ne se sentiront-ils pas encore plus justifiés de le faire avec les termes apparemment plus subjectifs des articles 322 et 2138 ?

On peut espérer qu'avant de traiter la norme de conduite de l'article 322 et 2138 comme purement subjective, et de juger les actes ou omissions d'un administrateur *in concreto* plutôt qu'*in abstracto*, nos tribunaux tiendront compte des avertissements suivants :

Critère du modèle concret – L'appréciation in concreto consiste à mettre en parallèle la conduite habituelle de l'auteur du préjudice et celle qu'on

¹⁷³ M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 56, par. 23-26 et suiv.

lui reproche d'avoir eue au moment où il a causé le dommage. Dans cette perspective, il y a faute si son comportement n'est pas conforme à celui qu'il a l'habitude d'avoir. Ce premier critère met donc un accent particulier sur la personnalité de l'individu, son mode de vie, ses habitudes, ses réflexes, son intelligence, ses qualités et ses défauts mais soulève des objections sérieuses. En effet, si l'agent a l'habitude de se conduire d'une manière imprudence, insouciance ou négligente, il ne commettra pas de faute lorsqu'une conduite semblable à celle qu'il a l'habitude cause préjudice à autrui, puisqu'il se sera comporté normalement. Inversement, celui qui a toujours montré la plus grande prudence sera responsable pour la plus légère entorse à sa conduite habituelle. L'utilisation de l'appréciation in concreto aboutit en fin de compte à l'évaluation de la responsabilité morale de l'individu. Elle ne peut être admise en droit puisque, essentiellement subjective, elle ne tient aucun compte de la dimension et de l'exigence sociales du comportement individuel, et élimine toute norme objective de conduite. Le problème, en effet, n'est pas de savoir si l'agent a contrevenu à sa propre norme de conduite, mais bien plus de déterminer s'il s'est conformé au standard généralement accepté dans la société.

Critère du modèle abstrait – L'appréciation in abstracto retenue par le droit civil permet, au contraire, de répondre à ces objections. La faute civile extracontractuelle est constituée par l'écart séparant le comportement de l'agent de celui du type abstrait et objectif de la personne raisonnable, prudente et diligente, du bon citoyen (du « bon père de famille », disant-on auparavant). Ce modèle abstrait n'exige pas une infaillibilité totale de la conduite humaine et donc le comportement d'une personne douée d'une intelligence supérieure et d'une habileté exceptionnelle, capable de tout prévoir et de tout savoir et agissant uniformément bien en toutes circonstances. Ce serait, en effet, paralyser toute activité humaine et faire peser sur chacun une responsabilité de tout instant.¹⁷⁴

C'est ce qu'a fait le juge Lussier de la Cour du Québec dans l'arrêt *Jobin c. Québec (sous-ministre du Revenu)*¹⁷⁵ en rejetant l'interprétation avancée par certains auteurs à l'effet que le législateur québécois, en adoptant l'article 24.0.2 de la *Loi sur le ministère du Revenu*¹⁷⁶ a voulu adopter un standard de responsabilité in concreto et en concluant :

¹⁷⁴ Jean Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 111 et suiv. (nos non-italiques).

¹⁷⁵ 2003 D.T.C. 5043.

¹⁷⁶ L.R.Q. c. M-31. Cet article permet à un administrateur de s'exonérer de la responsabilité pour les retenues à la source s'il « a agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances ».

*L'intention du législateur, puisque c'est ce dont il est question, est plutôt de l'avis du Tribunal d'utiliser un modèle mixte. En effet, si d'une part le Tribunal peut considérer la situation et les caractéristiques propres de l'administrateur visé, il doit d'autre part comparer la conduite de cette personne à un standard objectif afin d'éviter tout dérapage social.*¹⁷⁷

À l'inverse, l'absence de balises à ces articles pourrait mener à un excès contraire, si les tribunaux entreprennent de juger eux-mêmes du caractère imprudent ou négligent de la conduite des administrateurs *a posteriori* et sous l'influence du préjudice causé par cette conduite. C'est pour éviter ce risque que le législateur fédéral a eu recours aux critères de la « personne prudente » et des « circonstances comparables ».

IV. Comparaison entre les normes fédérale et provinciale

Jusqu'en 1994, les normes de compétence, de diligence et de prudence des administrateurs et dirigeants convergeaient, car l'article 1221)b) de la loi fédérale correspondait à l'article 1710 du *Code civil du Bas Canada*.

Mais ceci a changé avec l'adoption du *Code civil du Québec*. Alors que l'article 322 et 2138 du nouveau Code imposent respectivement aux administrateurs et aux dirigeants des sociétés par actions d'agir « avec prudence et diligence », l'article 122(1)b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* requiert d'eux qu'ils agissent « avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente ».

On peut souligner de multiples différences apparentes entre ces normes :

1. La norme fédérale réfère à une « personne prudente », ce qui lui confère un caractère objectif, alors que la norme provinciale ne le fait pas.
2. La norme fédérale précise que la conduite de la « personne prudente » doit s'apprécier à la lumière de « pareilles circonstances »,

¹⁷⁷ *Jobin c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, précité, note 175, 5046.

ce qui apparemment ajoute à la norme un caractère plus subjectif : ces mots ne figurent pas dans la norme provinciale.

3. La norme fédérale requiert un élément de « compétence », ce que ne fait pas la norme provinciale.
4. La norme fédérale utilise les termes « soin et diligence », tandis que la norme provinciale traite de « prudence et diligence ».
5. La norme fédérale est déclarée d'ordre public par l'article 122(3) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, alors qu'aucune disposition similaire ne figure dans le *Code civil du Québec*.
6. La norme provinciale établit un devoir qui s'adresse clairement à la personne morale, par l'effet des articles 321 du *Code civil du Québec* qui assimile l'administrateur à un mandataire de la personne morale, et 2138 qui place le devoir de prudence et de diligence dans les obligations du mandataire envers le mandant, première sous-division de la section II du chapitre 9 du Titre deuxième du Livre Cinquième, « Des Obligations ». L'article 122(1) de la loi fédérale ne précise pas aussi clairement que les devoirs des administrateurs et des dirigeants s'adressent à la société.
7. Les paragraphes 122(4) et(5) de la loi fédérale précisent que les devoirs énoncés à l'article 122(1)(b) sont remplis par un administrateur dès lors qu'il s'appuie de bonne foi sur « 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 », ou sur « les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations ». Aucune telle présomption n'apparaît dans le *Code civil du Québec*.

Reprenons ces différences l'une après l'autre :

- 1 et 2. **Caractère objectif ou subjectif.** – Nous avons vu que la norme provinciale, bien que totalement subjective à première vue, est considérée par toutes les autorités québécoises, à commencer par le ministre de la Justice, comme la norme de conduite objective et abstraite de la « personne normalement avisée, placée en semblables circonstances », ce qui correspond exactement à la norme « objective et subjective mixte » (arrêt *Soper*) de la loi fédérale, mais moins à la norme objective contextuelle retenue par la cour suprême du Canada dans l'arrêt *Peoples*. Dépendant de la position qu'adopteront les tribunaux québécois

relativement à la norme provinciale, il y aura ou non harmonisation.

3. **Compétence** – Nous avons vu que la norme fédérale, telle qu'interprétée avant l'arrêt *Peoples*, n'imposait en réalité aucun devoir concret de compétence aux administrateurs et aux dirigeants. La compétence, disait-on, fait partie des « pareilles circonstances » subjectives servant à appliquer la norme objective de la « personne prudente », avec pour conséquence que plus l'administrateur est compétent, plus il doit utiliser cette compétence dans l'exercice de ses fonctions, ce qui hausse de ce fait ses devoirs de soin et de diligence ; il ne peut en aucun cas lui être tenu rigueur de ne pas être compétent.

Dans cette perspective, il y aurait eu harmonisation complète entre la norme fédérale et la norme provinciale, malgré le silence de la loi provinciale quant à la compétence de l'administrateur¹⁷⁸.

Cependant, l'arrêt *Peoples* remet cette harmonisation en question, en niant que la compétence de l'administrateur constitue un élément subjectif de la norme, et en affirmant que les mots « en pareilles circonstances » ne visent que le contexte dans lequel une décision donnée est prise. La norme fédérale, d'après l'arrêt *Peoples*, comprend un devoir objectif de compétence.

Pour harmoniser les normes fédérale et provinciale, il faudrait retirer les mots « et la compétence » de l'article 122(1)(b).

4. **Soin, diligence et prudence** – Le dictionnaire¹⁷⁹ définit la diligence comme suit : « soin attentif, appliqué, activité empressée dans l'exécution d'une chose ». L'absence du mot « soin » dans la norme québécoise ne prête donc pas à conséquence, car il est inclus dans le mot « diligence ».

Le mot « prudence » est quant à lui défini comme la « sagesse », la « conduite raisonnable » et « l'attitude d'esprit de celui qui, réfléchissant à la portée et aux conséquences de ses actes, prend ses

¹⁷⁸ L'article 123.84 de la *Loi sur les compagnies* du Québec, précité, note 63, traite toujours de l'« habileté convenable » de l'administrateur, relent de l'article 1710 *Code civil du Bas Canada* sur lequel il était modelé. Cela n'a aucune incidence pour les sociétés fédérales, mais peut dénoter que pour les compagnies provinciales le législateur n'a pas renoncé à un certain devoir de compétence. Ceci renforce l'interprétation objective-subjective préconisée pour la norme provinciale.

¹⁷⁹ *Le Petit Robert*.

dispositions pour éviter des erreurs, des malheurs possibles, s'abstient de tout ce qu'il croit pouvoir être source de dommage ».

Alors que la norme provinciale requiert directement d'agir avec prudence, la norme fédérale arrive au même résultat en exigeant d'agir avec les mêmes soin, diligence et compétence que le ferait « une personne prudente ». La version anglaise précise « a reasonably prudent person », nuance perdue dans la version française qu'il y aurait peut-être lieu de rétablir¹⁸⁰. L'application par les tribunaux québécois de la norme provinciale préconisée par la doctrine de la « personne normalement avisée » assurera, encore une fois, une harmonisation complète entre les deux normes.

5. **Ordre public** – Il est exact que contrairement à la loi fédérale¹⁸¹ le *Code civil du Québec* ne précise pas que les devoirs de prudence et de diligence qu'il impose aux administrateurs de personnes morales sont d'ordre public, pas davantage que les lois corporatives provinciales, mais ces devoirs ont été déclarés tels dans le jugement récent *Enerchem Transport inc. c. Gravino*¹⁸². Une telle position semble logique compte tenu notamment des articles 323 et 2146 qui seuls permettent certaines renonciations ponctuelles aux devoirs des administrateurs et des mandataires¹⁸³. De toute manière, pour ce qui concerne les administrateurs et dirigeants des sociétés fédérales il est clair que l'article 123 (3) s'applique, en raison de l'article 300 du *Code civil du Québec*.

Il ne semble pas, jusqu'à nouvel ordre, qu'il y ait un écart entre les normes à cet égard.

6. **Devoirs envers la société** – Malgré le fait que l'article 122(1)(b) ne spécifie pas expressément que les devoirs de soin, compétence et diligence des administrateurs et des dirigeants s'adressent à la société, il ne devrait pas faire de doute que ce soit le cas

¹⁸⁰ Voir par comparaison le texte français des articles 117.1 (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5^e supp.), c. C-1 et 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15.

¹⁸¹ Voir: M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 56, par. 23-391.

¹⁸² [2005] J.Q. (Quicklaw) n° 11404 (C.S.), déclarant d'ordre public, notamment, les articles 322, 2138 et 2088 du *Code civil du Québec*.

¹⁸³ Comparer toutefois à l'article 102(b)(7) du *General Corporation Law* du Delaware, ajouté en 1986, qui permet de limiter ou même d'éliminer par statuts (clauses «raincoat») la responsabilité des administrateurs pour des manquements à leurs devoirs de soin («care»).

en réalité. Au Québec, l'article 321 du *Code civil du Québec* s'applique supplétivement aux sociétés fédérales par l'effet de l'article 300 du Code ainsi que de l'article 8.1 de la *Loi d'interprétation fédérale*¹⁸⁴, en raison du silence de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* sur le statut juridique des administrateurs ; ceux-ci sont donc considérés comme des mandataires de la société. De même, les dirigeants de la société en sont les mandataires pour la même raison, en vertu de l'article 312 du *Code civil du Québec* et du régime général du mandat¹⁸⁵. Les devoirs énoncés à l'article 122(1)(b) s'adressent donc à la société, tout comme ceux établis aux articles 321 et 2138 du *Code civil du Québec*¹⁸⁶.

L'arrêt *Peoples* affirme le contraire. Avec respect, c'est là sa grande faiblesse.

En common law, il est bien établi que les devoirs de diligence et de prudence des administrateurs s'adressent à la société, et l'arrêt *Peoples* sera vraisemblablement traité par les tribunaux des autres provinces que le Québec comme ne visant que les sociétés fédérales domiciliées au Québec. Au droit québécois, ce principe s'applique indubitablement aux administrateurs des compagnies régies par la *Loi sur les compagnies*, en vertu du jeu combiné des articles 123.83 de cette loi et 321, 322 et 2138 du *Code civil du Québec*.

La portée de l'arrêt *Peoples*, selon nous erronée, est donc limitée aux sociétés fédérales du Québec ; le problème d'harmonisation est intense pour elles. Il pourra nécessiter un amendement à l'article 122(1), de nature à préciser que tous les devoirs énoncés à ce paragraphe s'adressent à la société. L'exemple de l'amendement d'août 2007 à l'article 134(1) du *Business Corporations Act* d'Ontario pourrait être suivi.

7. **États financiers et rapports d'experts** – Le *Code civil du Québec* n'établit pas la même présomption que la loi fédérale¹⁸⁷, à l'effet que le devoir de diligence et de soin est rempli par le fait de

¹⁸⁴ L.R.C. (1985) c. I-21.

¹⁸⁵ Voir : R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 10, p. 455 et suiv.

¹⁸⁶ Voir : M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 56, par. 23-389.

¹⁸⁷ Et, notamment, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985) c. B-3, art. 101(2.1).

se fonder de bonne foi sur des états financiers ou des rapports d'expert. Pour les sociétés fédérales, cela n'entraîne aucune conséquence, puisque le *Code civil du Québec* n'empiète pas sur la présomption des paragraphes 122(4) et (5) qui a primauté conformément à l'article 300 du Code.

D'ailleurs, la situation n'est pas si différente pour les compagnies provinciales, puisque l'article 123.84 de la *Loi sur les compagnies* énonce que :

Un administrateur est présumé avoir agi avec l'habileté convenable et avec prudence et diligence s'il se fonde sur l'opinion ou le rapport d'un expert pour prendre une décision.

Même en l'absence d'une telle disposition, il serait extrêmement étonnant qu'un administrateur d'une compagnie provinciale soit considéré avoir manqué à ses devoirs de diligence et de prudence s'il démontre qu'il s'est fondé de bonne foi sur le rapport d'un expert ou sur des états financiers présentés comme fidèles pour prendre une décision. Il aurait un effet rempli ce devoir en se renseignant avant d'agir.

Il semble donc avoir harmonisation entre les deux normes.

Conclusion

Jusqu'à l'arrêt *Peoples*, il y avait harmonisation complète entre les normes fédérale et provinciale relatives aux devoirs de prudence, de diligence et de compétence des administrateurs et des dirigeants, en autant que les tribunaux suivent l'interprétation subjective-objective que la doctrine donnait à la seconde de ces normes.

Mais l'arrêt *Peoples*, nous l'avons vu, a changé la situation. Pour rétablir l'harmonisation, il pourra s'avérer nécessaire d'apporter des modifications au paragraphe 122(1)(b) de la loi fédérale, de nature à éliminer la référence au devoir de compétence, et à préciser (comme l'a fait en 2007 le législateur ontarien) que les devoirs énoncés à cette disposition s'adressent à la société.

Il serait bon, à tout événement, que le législateur harmonise mieux les versions anglaise et française du paragraphe 122(1)(b), en ajoutant le mot « raisonnablement » entre les mots « personne » et « prudente ».

Les mêmes précisions devraient être apportées dans les dispositions correspondantes des autres lois fédérales calquées sur la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

The Duties of Care, Diligence and Skill Owned by 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	237
I. Nature and scope of duties	238
A. Duty of skill.....	238
B. Duties of diligence and care	241
1. Management errors – The business judgment rule.....	242
2. Attendance at meetings.....	257
3. Duty to become informed	260
4. Duty of control.....	264
5. Corporate governance rules.....	275
C. Extracontractual liability – Decision in <i>Peoples</i>	278
II. Federal codification of duties of care	283
III. Quebec codification of duties of care and diligence	290
A. Before 1994	290
B. <i>Civil Code of Québec</i>	293
IV. Comparison between federal and provincial standards	300
Conclusion	305

Introduction

Paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act* reads:

“Every director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall ... exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.”

This is a codification of the duties of diligence, care and skill owed by directors and officers which, as recommended in 1971 by the working group chaired by lawyer Robert W.V. Dickerson, represents an attempt to “upgrade the standard” of conduct thus far required of them by the common law.¹

This provision, as it relates to directors and officers of business corporations whose head office is in Quebec, must be considered alongside articles 322 and 2138 of the *Civil Code of Québec*, which since 1994 have respectively made directors of corporations and mandataries (generally officers) subject to the much more succinct duty of acting “with prudence and diligence”.

This study compares the federal and provincial standards established by the above-mentioned provisions with respect to the duties of skill, diligence and care owed by directors and officers in order to determine whether there is harmonization among them and, if applicable, to recommend measures to be adopted to ensure such harmonization.

To that end, we will begin by examining the nature and the scope of the aforementioned duties as established by the case law and doctrine. We will then deal with the codification of those duties, first at the federal level and then in Quebec, and will finish by comparing them and drawing our conclusions.

¹ Robert W.V. Dickerson, John L. Howard & Leon Getz, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada* (Ottawa: Information Canada, 1971) vol. 1 at 92, para. 242 [*Dickerson Report*].

I. Nature and scope of duties

We will begin by examining the duty of skill, followed by the duty of diligence and care.

A. Duty of skill

Paragraph 122(1)(b) of the federal act imposes on directors and officers a duty of “skill” (*compétence*).

The previous law clearly did not demand much of them in that respect, as attested by the following passages:

“[A director] is, I think, not bound to bring any special qualifications to his office. He may undertake the management of a rubber company in complete ignorance of everything connected with rubber, without incurring responsibility for the mistakes which may result from such ignorance.”²

“A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience. A director of a life insurance company, for instance, does not guarantee that he has the skill of an actuary or of a physician.”³

One possible explanation for this lax attitude on the part of the English courts is that, when those judgments were made, directors were part-time officers, “figureheads and adornments to the company Christmas tree”, often members of the nobility with free time whom the courts considered “pleasant, if incompetent, amateurs.”⁴

Directors were not expected to demonstrate abilities they did not have. It would have been unreasonable to expect this of directors who were naive, ignorant or incompetent as well as unfair to hold such deficiencies against them. Directors were not asked to be experts unless they had been chosen specifically because that was what they were or had claimed to be. If they were in fact experts in

² *In Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425 at 425, Neville J. (C.A.).

³ *In Re City Equitable Fire Insurance Company Limited*, [1925] 1 Ch. 407 at 428, Romer J. (C.A.).

⁴ *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 at 193 (S.C.), citing *Farrar on Company Law* (1985), p. 317.

a particular field, they had to make sure that the corporation benefited from such expertise.⁵

The adoption under paragraph 122(1)(b) of the Act of the standard of skill, that which “a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances”, has probably not altered those principles in any significant way.

In commenting on the new standard of diligence and skill when it came into effect, John L. Howard indicated that it was essentially “declaratory of the common law standard”, stating as follows:

“Each director or officer, although he is not required to bring to his office a predetermined level of skill, must exercise reasonably on behalf of the corporation the specialized skills he has. For example, a lawyer is expected to be more sensitive to prospectus disclosure requirements and an accountant is expected to be more critical of a proposed audit program.”⁶

He added:

“The term skill was expressly used to legitimate distinctions between inside and outside directors and between business generalists and professionals.”⁷

In *Soper v. Canada*,⁸ the Federal Court of Appeal established a difference of intensity in the duties of care and diligence owed by “inside” and “outside” directors, and stated as follows:

“... a director is expected to fulfill his or her duties with care by acting reasonably according to the knowledge and experience that he or she actually possesses ... In the event that the reasonably prudent person is unskilled, the statute requires only the exercise of a degree of care which is commensurate with that person’s level of skill. In this manner

⁵ *In Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd.*, *supra* note 2.

⁶ John L. Howard, “Directors and Officers in the Context of the Canada Business Corporations Act” in *Meredith Memorial Lectures – Canada Business Corporations Act* (Toronto: Richard DeBoo, 1975) at 297. See, for example, *Lassonde v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1792 (Q.L) and *Edison v. Canada* [2000], D.T.C. 6230, which imposed a more exacting duty on a director who was a lawyer.

⁷ Howard, *ibid.* at 298.

⁸ [1998] 1 F.C. 124, as well as in *Cadrin v. Canada*, 99 D.T.C. 5079 (F.C.A.) and *Smith v. Canada* (2001), 198 D.L.R. (4th) 257 (F.C.A.).

skill and care are interconnected. It is insufficient for a director to simply assert that he did his best if, having regard to that individual's level of skill and business experience, he failed to act reasonably prudently."

"... The standard of care laid down in subsection 227.1(3) of the Act is inherently flexible. Rather than treating directors as a homogeneous group of professionals whose conduct is governed by a single, unchanging standard, that provision embraces a subjective element which takes into account the personal knowledge and background of the director, as well as his or her corporate circumstances in the form of, *inter alia*, the company's organization, resources, customs and conduct. Thus, for example, more is expected of individuals with superior qualifications (e.g. experienced business-persons)."

Bruce Welling agreed that the standard of skill under paragraph 122(1)(b) is no more demanding than under the common law:

"The skill requirement appears to be no different from the common law test. A director or officer is now required to "exercise the ... skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances". It would seem arguable, indeed intuitively obvious, that a reasonably prudent person might be utterly unskilled, particularly where matters of corporate management are concerned. The argument is the same as at common law; there are no educational requirements or diplomas or other formal prerequisites to be a corporate manager, as there are for plumbers and pediatricians; so there is no method of preselecting skillful managers. The legal standard reflects this by requiring only the *exercise* of a certain skill, but qualifies that by relating the test to "comparable circumstances". The level of skill possessed by the particular manager in question is part of the circumstances. Furthermore, the standard is clearly not that of a reasonably skillful person. The test is phrased in terms of the reasonably prudent person and, as already pointed out, there is no obvious relationship between reasonable prudence and managerial skill."⁹

Yves Lauzon holds the same view:

"This mixture does not seem to have significantly raised the standard with respect to *care and skill* since a prudent person may have no skill and may not demonstrate care, with the result that in comparable circumstances he will demonstrate only the level of skill and care that he

⁹ Bruce Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1991) at 333.

already has, but nothing more. This outcome is as subjective as under the rules established by traditional jurisprudence.”¹⁰

It is true that the test of the “reasonably prudent person” does not entail any specific requirement in terms of skill. This would have been different if Parliament had chosen to adopt the recommendation of the “prudent director” as set out in the Lawrence Report, which we will discuss later. In that case the standard of competence would have been significantly increased.

Kevin McGuinness is less categorical, simply stating,

“Given the history of the case law in this area, and the prevailing standards of competence displayed in commerce generally, it is quite clear that directors were not expected at common law to have any particular business skill or judgment. It is far from clear that either the OBCA or the CBCA depart from the general approach, and impose a requirement to possess a degree of skill. Until this question is squarely addressed by the courts, it must remain open, although recent case law in this area does indicate that there has been no radical departure from earlier case law with respect to the skill and knowledge required of directors”.¹¹

The skill requirements for directors of publicly held corporations were definitely tightened up by stock exchange corporate governance guidelines. Not only is it suggested that directors possess an adequate range of skills, but all those among them who serve on audit committees must possess financial expertise.

B. Duties of diligence and care

The duties of diligence and care owed by directors may be examined under five headings: management errors, attendance at meetings, the duty to become informed, the duty of control, and the new corporate governance rules.

¹⁰ 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 228. See also Raymonde Crête and Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions* (Montreal: Éditions Thémis, 2002) at 458ff.

¹¹ Kevin Patrick McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (Toronto: Butterworths, 1999) at 776.

1. Management errors – the business judgment rule

In the view of the courts in English Canada, it would be unrealistic to hold directors accountable for errors in judgment. They have continually followed a non-interventionist policy by refusing to interfere in corporations' internal affairs or to substitute their own judgment for that of directors.

In a representative judgment from 1869,¹² an English court stated that, however ridiculous and absurd the conduct of its directors might seem, a corporation has only itself to blame if it places its trust in such unwise persons.

Before a director could be accused of failing in his duties by having made a mistake, gross negligence had to be involved.¹³ The test to be applied was expressed as follows:

“Whether or not the directors exceeded the powers entrusted to them, or whether if they did not so exceed their powers they were cognisant of circumstances of such a character, so plain, so manifest, and so simple of appreciation, that no men with any ordinary degree of prudence, acting on their own behalf, would have entered into such a transaction as they entered into.”¹⁴

“Directors are not liable for mere errors of judgment”, ruled Romer J. in the landmark decision *In Re City Equitable Fire Insurance Company Limited*.¹⁵

This judicial reticence or restraint could be explained by the fact that the courts did not consider themselves as having the skill of managers, which would have allowed them to judge the appropriateness of directors' decisions, and did not want to be overwhelmed by motions to that effect or to discourage people from acting as directors by the threat of being held responsible for any decision that turned out badly.¹⁶

¹² *Turquand v. Marshall*, [1869] L.R. Ch. App. 376.

¹³ *In Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd.*, *supra* note 2; in Canada, *Crevier v. Paquin*, [1975] C.S. 250 at 265.

¹⁴ *Overend & Gurney Co. v. Gibb*, [1872] L.R. 5 H.L. 480 at 486, cited with approval in *In Re City Equitable Fire Insurance Company Limited*, *supra* note 3 at 428.

¹⁵ *Supra*, note 3 at 429.

¹⁶ *Howard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd.*, [1974] A.C. 821 at 832 (P.C.): “It would be wrong for the court to substitute its opinion for that of management or

The formulation of the duties of care and diligence of directors as set out in paragraph 122(1)(b) of the federal statute has apparently left the situation with respect to management errors unchanged. As explained by John L. Howard, one of those responsible for the 1975 reform,

“The Courts have therefore been understandably reluctant to adjudge in retrospect that a policy error, even if it turned out to be an egregious blunder, entitled the affected corporation or its shareholders to seek compensation for the resulting financial loss. By indirection the CBCA continues this policy, expressly declaring duty of care standards but at the same time preserving the common law defences and setting out a number of provisions that go far to relieve directors and officers of the intolerable burden of being accountable for honest errors of business judgment.”¹⁷

Accordingly, business decisions made by directors within the law, in good faith and within their authority are not subject to microscopic examination by the court and will be respected even if the latter finds them to be unwise in the circumstances.¹⁸ This is what the U.S. case law refers to as the “business judgment rule” and it is being applied more and more systematically by the Canadian courts.¹⁹

In U.S. law, this rule has been summarized as follows:

“A board of directors enjoys a presumption of sound business judgment and its decisions will not be disturbed if they can be attributed to any rational business purpose. A court under such circumstances will

indeed to question the correctness of the management’s decision ... if bone fide arrived at. There is no appeal on the merits from management decisions to courts of law: nor will courts of law assume to act as a kind of supervisory board over decisions within the powers of management honestly arrived at.”

¹⁷ Howard, *supra* note 6 at 303.

¹⁸ *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.* (1987), 37 B.L.R. 65 at 99 (Ont. H.C.), *aff’d* (1991), 3 O.R. (3d) 289 (C.A.).

¹⁹ *Re 347883 Alberta Ltd. & Producers Pipelines Inc.* (1991), 4 W.W.R. 577 (Sask. C.A.); *Schafer v. International Capital Corp.* (1997), 5 W.W.R. 98 (Sask. Q.B.), *aff’d* (1997), 152 Sask. R. 273 (C.A.); *Re Themadel Foundation v. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1998), 38 O.R. (3d) 749 (C.A.); *Main v. Delcan Group Inc.*, [1999] O.J. No. 1961 (Sup. Ct.) (Q.L.); *UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2002), 214 D.L.R. (4th) 496 (Ont. Sup. Ct.), *aff’d* (2004) 42 B.L.R. (3d) 34 (Ont. C.A.); *Radtke v. Machel*, [2000] O.J. No. 3019 at para. 164 (Sup. Ct.) (Q.L.).

not substitute its own notions of what is or is not sound business judgment."²⁰

"... directors' decisions are presumed to have been made on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company."²¹

To overcome this presumption, the burden rests with the complainant to demonstrate that the directors acted fraudulently or in bad faith, abused their discretion or procured a personal benefit for themselves to the detriment of the corporation.

"[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".²²

John L. Howard has clearly explained the scope of the business judgment rule in Canadian law and the almost systematic immunity of directors for their management errors:

"Basically, the business judgment rule is that, if there is no question of breach of fiduciary duty, directors and officers must be given wide latitude to exercise their judgment to make policy decisions concerning management of the business and affairs of the corporation. As a result, if a plaintiff cannot characterize the impugned misconduct as tantamount to a breach of fiduciary duty, it is highly unlikely that the plaintiff will overcome the defendant's plea that the error was only a mistake of business judgment.

... where the action is based on breach of a duty of care, the plaintiff faces a formidable task, for as in an ordinary action for negligence, the plaintiff has the burden of proving, first, a breach by a director or officer of a duty of care owed to the corporation – which implies refuting any business judgment defence; second, an actual, quantifiable loss suffered by the corporation, and third, a causal connection between the directors or officers breach of duty and the loss."²³

²⁰ *Sinclair Oil Corp. v. Levine*, 280A.2d 717 at 720 (Del. Sup. Ct. 1971).

²¹ *Ivanhoe Partner v. Newmont Mining Corp.*, 535A.2d 1334 at 1341 (Del. Sup. Ct. 1987).

²² *Aronson v. Lewis*, 473A.2d 805 at 812 (Del. Sup. Ct.).

²³ Howard, *supra* note 6 at 300, 302.

Another author has stated:

"... it is difficult to say precisely to what depths one must sink in order to be liable in negligence. Conduct unbecoming a director would seem to include deliberately ignoring the affairs of the corporation, and also transfer of control to persons whom one knows to be dishonest or irresponsible. Lesser sins are likely to be forgiven on the basis of the "business judgment rule" provided that the individual responsible can plausibly claim to have acted in good faith."²⁴

Judicial restraint is described clearly in the Ontario judgment *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.*,²⁵ which deals with an "oppression remedy":

"There can be no doubt that on an application under s. 234 the trial judge is required to consider the nature of the impugned acts and the method in which they were carried out. That does not mean that the trial judge should substitute his own business judgment for that of managers, directors, or a committee such as the one involved in assessing this transaction. Indeed, it would generally be impossible for him to do so, regardless of the amount of evidence before him. He is dealing with the matter at a different time and place; it is unlikely that he will have the background knowledge and expertise of the individuals involved; he could have little or no knowledge of the background and skills of the persons who would be carrying out any proposed plan; and it is unlikely that he would have any knowledge of the specialized market in which the corporation operated. In short, he does not know enough to make the business decision required."

In the decision in *CW Shareholdings Inc. v. WIC Western International Communications Ltd.*,²⁶ which deals with a takeover bid,

²⁴ John I.S. Nicholl, "Directors' and Officers' Liability Insurance" in Lazar Sarna, ed., *Corporate Structure Finance and Operations*, vol. 4 (Toronto: Carswell, 1986) 1 at 7, cited in *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson*, *supra* note 4 at 196 (S.C.).

²⁵ *Supra* note 18 at 320 (C.A.).

²⁶ (1998), 160 D.L.R. (4th) 131 (Ont. Gen. Div.), referring to *Olympia & York Enterprises* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 244 (S.C.); *Rogers Communication Inc. v. Maclean Hunter Ltd.* (1994), 2 C.C.L.S. 233 (Ont. Gen. Div.) and *347883 Alberta Ltd. v. Producers Pipeline Inc.* (1991), 4 W.W.R. 577 at 594 (Sask. C.A.). The decision in *CW Shareholdings* was referenced in *McAskill v. TransAtlantic Petroleum Corp.*, [2002] A.J. No. 1580 (Q.B.) (Q.L), in which the court stated, "I should be cautious in applying hindsight to the business judgment of company directors" and rejected recourse against the directors: "Directors are not liable for making a "bad deal"", (para. 64). See also *Gazit (1997) Inc. v. Centrefund Realty Corp.*

the business judgment rule is considered to be a widespread trend in Canada, with the following categorical statement:

"In assessing whether or not directors have met their fiduciary and statutory obligations, ... Canadian courts have generally approached the subject on the basis of what has become known as the "business judgment rule". This rule is an extension of the fundamental principle that the business and affairs of a corporation are managed by or under the director of its board of directors. It operates to shield from court intervention business decisions which have been made honestly, prudently, in good faith and on reasonable grounds. In such cases, the board's decisions will not be subject to microscopic examination and the Court will be reluctant to interfere and to usurp the board of director's [sic] function in managing the corporation ...

The directors' actions are not to be judged against the perfect vision of hindsight, and should be measured against the facts as they existed at the time the impugned decision was made. In addition, the court should be reluctant to substitute its own opinion for that of the directors where the business decision was made in reasonable and informed reliance on the advice of financial and legal advisors appropriately retained and consulted in the circumstances ...

That is, where business decisions have been made honestly, prudently, in good faith and on reasonable and rational grounds, the Court will be reluctant to interfere and to usurp the board of director's [sic] function in managing the corporation. In such cases, the Board's decisions will not be subject to microscopic examination."²⁷

In *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.*²⁸, the Ontario Court of Appeal relied largely on the U.S. case law in handing down its decision regarding the duties of directors when a takeover bid is made, stating as follows:

"The law as it has evolved in Ontario and Delaware has the common requirements that the court must be satisfied that the directors have acted reasonably and fairly. The court looks to see that the directors made a reasonable decision not a perfect decision. Provided the deci-

(2000), 8 B.L.R. (3d) 81 (Ont. Sup. Ct.), in which the court found that the directors and the special committee charged with examining a takeover bid exercised "reasonable business judgment" and ruled that the party making the bid was not entitled to an oppression remedy.

²⁷ *CW Shareholdings Inc. v. WIC Western International Communications Ltd.*, *ibid.* at 150, 152-153, Blair J.

²⁸ (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.) *aff'd* (1998), 40 B.L.R. (2d) 244 (Ont. Gen. Div.).

sion taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board's determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board's decision ... This formulation of deference to the decision of the Board is known as the "business judgment rule". The fact that alternative transactions were rejected by the directors is irrelevant unless it can be shown that a particular alternative was definitely available and clearly more beneficial to the company than the chosen transaction ..."²⁹

The business judgment rule protects disinterested directors only. For directors with an interest in the measure in question, the burden of proof is reversed: the onus is on them to demonstrate that they have fulfilled their duties toward the corporation despite their interest.³⁰ It was this that gave rise to the consistent practice of ensuring that boards of directors have "special committees" composed of directors who have no interest in the measure being contemplated, of charging them with examining the latter, assisted where applicable by legal and financial advisors independent of the corporation, and of making recommendations on the measure to the board of directors. In adopting such a process, and in following the independent committee's recommendation, it remains possible for the board of directors to avail itself of the protection afforded by the rule^{30a}. This is what occurs with respect to takeover bids, for

²⁹ *Ibid.* at para. 36.

³⁰ In *Henry v. 609897 Saskatchewan Ltd.* (2003), 31 B.L.R. (3d) 36 (Sask Q.B.), the directors were deemed not to enjoy the protection of the business judgment rule since they had acted on the basis of their personal interests in a shareholder company of the corporation rather than in that of the corporation: the court authorized a derivative action against them.

^{30a} See, for example, *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.*, *supra* note 18; *General Accident Assurance Co. of Canada v. Lornex Mining Corp.* (1988), 40 B.L.R. 299 (Ont. H.C.); compare with *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.), *aff'd* (1991), 79 D.L.R. (4th) 48 (Alta. C.A.); *Stern v. Imasco Ltd.* (1999), 1 B.L.R. (3d) 198 (Ont. Sup. Ct.) and *Golden Star Resources Ltd. v. IAMGold Corporation*, [2004] O.J. No. 2869 (Sup. Ct.) (Q.L), in which the lack of a committee worked to the corporation's disadvantage. In *Scion Capital v. Bolivar Gold Corp.*, 2006 YKSC 17 (S.C.), *aff'd* 2006 CarswellYukon 16 (Y.T.C.A.) (WLeC), the arrangement was considered to be "fair" even though the independent committee had been struck late in the process. In *Greenlight Capital Inc. v. Stronach*, [2006] O.J. No. 4353 (Sup. Ct.) (Q.L), the presence and operating method of the "special committee" were decisive in the Court's application of the "business

example (the last two judgments cited³¹ indicate the positive influence of the independent committee process on the court's assessment of the care and diligence exercised by directors), and, in accordance with rules specifically established by securities authorities, going-private transactions and related party transactions involving publicly held corporations.³²

Given the permeability of Canadian law in relation to U.S. law in this regard, two recent judgments by the Delaware Supreme Court can be cited to explain the reluctance of the courts with respect to management errors.^{32a} First, in *Gagliardi v. Trifoods International Inc.*,³³ after setting out the basic principle that, in the absence of facts demonstrating self-dealing or an improper purpose, a director or officer is not responsible for any losses incurred by the corporation as a result of a decision made in good faith, the court stated as follows:

"The rule could rationally be no different. Shareholders can diversify the risks of their corporate investments. Thus, it is in their economic interest for the corporation to accept in rank order all positive net present value investment projects available to the corporation, starting

judgement rule" and its dismissal of one shareholder's "oppression remedy". In this decision, the Court writes: "The creation of a special committee of independent directors has been accepted by the courts as a mechanism to minimize actual or perceived conflicts of interest in considering transactions that are not at arm's length. Shareholders may reasonably expect that the corporation would establish such a special committee." (para. 33).

³¹ As well as the decisions in *Gazit (1997) Inc. v. Centrefund Realty Corp.*, *supra* note 26, and *Armstrong World Industries Inc. v. Arcand* (1997), 36 B.L.R. (2d) 171 (Ont. Gen. Div.) and *Golden Star Resources Ltd. v. IAMGold Corporation*, *ibid.*

³² Rule 61-501 of the Ontario Securities Commission; Regulation Q-27 de l'Autorité des marchés financiers du Québec. The *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 [C.B.C.A.], refers to the provincial standards with respect to going-private transactions in its new section 193. *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.*, *supra* note 18 (C.A.) gives a good example of judicial approval of the work of an independent committee and the corresponding exoneration of the directors.

^{32a} For more recent and telling examples of directors being exonerated under the "business judgment rule", see *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 2006 Del. LEXIS 307 (Sup. Ct.) (excessive compensation to an officer) and *In re Toys "R" Us Inc. Shareholders Litigation*, 2005 Del. Ch. LEXIS 90 (granting of "deal protection" to a potential buyer).

³³ 683 A.2d 1049, 1996 Del. Ch. Lexis 87.

with the highest risk adjusted rate of return first. Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse. Shareholders' investment interests, across the full range of their diversifiable equity investments, will be maximized if corporate directors and managers honestly assess risk and reward and accept for the corporation the highest risk adjusted returns available that are above the firm's cost of capital.

But directors will tend to deviate from this rational acceptance of corporate risk if in authorizing the corporation to undertake a risky investment, the directors must assume some degree of personal risk relating to ex post facto claims of derivative liability for any resulting corporate loss.

Corporate directors of public companies typically have a very small proportionate ownership interest in their corporations and little or no incentive compensation. Thus, they enjoy (as residual owners) only a very small proportion of any "upside" gains earned by the corporation of risky investment projects. If, however, corporate directors were to be found liable for a corporate loss from a risky project on the ground that the investment was too risky (foolishly risky! stupidly risky! egregiously risky! – you supply the adverb), their liability would be joint and several for the whole loss ... Given the scale of operation of modern public corporations, this stupefying disjunction between risk and reward for corporate directors threatens undesirable effects. Given this disjunction, only a very small probability of director liability based on "negligence", "inattention", "waste", etc., could induce a board to avoid authorizing risky investment projects to any extent! Obviously, it is in the shareholders' economic interest to offer sufficient protection to directors from liability for negligence, etc., to allow directors to conclude that, as a practical matter, there is no risk that, if they act in good faith and meet minimal proceduralist standards of attention, they can face liability as a result of a business loss."

The Court accordingly found that the fact that a shareholder considers a decision by the board of directors to be imprudent, ridiculous or even stupid in the circumstances has no legal importance, even if other persons subsequently conclude that the decision was stupid.

The Court further determined two months later, in *Re Caremark International Inc. Derivative Legislation*:³⁴

"... whether a judge or jury considering the matter after the fact, believes a decision substantively wrong, or degrees of wrong extending

³⁴ 1996 Del. Ch. Lexis 125.

through “stupid” to “egregious” or “irrational”, provides no ground for director liability, so long as the court determines that the process employed was either rational or employed in a good faith effort to advance corporate interests. To employ a different rule – one that permitted an “objective” evaluation of the decision – would expose directors to substantive second guessing by ill-equipped judges or juries, which would, in the long-run, be injurious to investor interests ...

Indeed, one wonders on what moral basis might shareholders attack a good faith business decision of a director as “unreasonable” or “irrational”. Where a director in fact exercises a good faith effort to be informed and to exercise appropriate judgment, he or she should be deemed to satisfy fully the duty of attention. If the shareholders thought themselves entitled to some other quality of judgment than such a director produces in the good faith exercise of the powers of office, then the shareholders should have elected other directors.”

In Canadian law we recently saw a case in which judicial reticence was exercised in a spectacular way in relation to a management error, that is, *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of)*.³⁵

In this sensational case, the directors of the bankrupt Peoples, the Wise brothers, were initially ordered to pay \$4.4 million to the trustee in the corporation’s bankruptcy. In that instance, the Wise brothers had implemented a shared purchasing system for Peoples and its parent company Wise Stores Inc. (of which it was a wholly-owned subsidiary) under which Peoples purchased and paid for goods for both companies but was not repaid by Wise Stores as the goods were received, resulting in an intercompany debt in excess of \$4 million. Greenberg J. of the Superior Court of Montreal³⁶ found that the Wise brothers had failed in their duties towards Peoples as set out in subsection 122(1) of the *Canada Business Corporations Act* (care and diligence, honesty and loyalty). Although subsection 44(2) of the Act, which was in effect at that time, specifically authorized them to grant Wise Stores, the parent company, financial assistance that rendered Peoples insolvent, Greenberg J. ruled that the directors were nonetheless bound by their general duties under 122(1) towards Peoples and remained personally liable under that provision as well as under subsection 100(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

³⁵ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2003] R.J.Q. 796 (C.A.), [2004] 3 R.C.S. 461.

³⁶ (15 december 1998), Montreal 500-11-002695, J.E. 99-318 (Sup Ct.).

However, the Court of Appeal of Québec reversed that decision³⁷ and addressed the duties of diligence and care owed by directors as follows:

“Paragraph 122(1)(b) sets out the responsibility of directors in light of the quality of their decisions. The doctrine and case law often refer to the obligation that the legislature attributes to it as “*duty of care*” or “*devoir de gestion compétente*”.

In applying the rules arising therefrom, the courts have traditionally recognized the difficulties that arise when decisions made by directors in the heat of battle are analyzed after the fact. They have accordingly been granted the right to make mistakes.”³⁸ [Translation]

In the instant case, the Court found that the Wise brothers had not violated their duty of care:

“If we consider the matter from a traditional perspective that tends to bring together the corporation’s interests with those of shareholders in the pursuit of the objects for which the corporation was established, it must nonetheless be concluded that the brothers did not incur any liability under paragraph 122(1)(b) and that the adoption of the new common procurement system constituted at most an “honest error of business judgment”.

With respect to the duty of care, ... the subsequent analysis that gave rise to the criticism that the first judge and the trustee levied against them does not take into account the factual context in which the adoption of the new system took place. This analysis fails to take into account the real difficulties that both companies were facing, the relatively pressing need to come up with a solution, the apparent logic of that which was adopted, the fact that it had been suggested by a person whose qualifications and skills had previously been proven, and the fact that its implementation had been positively received by the purchasers, namely, the staff members most affected by the problem the brothers were attempting to resolve.

In my view, assuming for discussion purposes that an examination after the fact had indicated that this new system was not a valid solution to the difficulties encountered, I consider that its adoption at the time met the standards, both objective and subjective, of competent management as defined in *Soper*.³⁹

³⁷ *Supra* note 35.

³⁸ The court referred on this point to *Crevier v. Paquin*, *supra* note 13, citing the passage on page 265.

³⁹ *Soper v. Canada*, *supra* note 8.

In my view, the brothers acted in what they believed in good faith to be the pursuit of the objects of the corporation and they did not demonstrate culpable incompetence.” (paras. 83ff.) [Translation]

The Supreme Court of Canada⁴⁰ confirmed the exclusion of liability of the Wise brothers and officially entrenched in Canadian corporate law the American “business judgment rule”:

“The contextual approach dictated by s.122(1)(b) of the CBCA not only emphasizes the primary facts but also permits prevailing socio-economic conditions to be taken into consideration. The emergence of stricter standards puts pressure on corporations to improve the quality of board decisions. The establishment of good corporate governance rules should be a shield that protects directors from allegations that they have breached their duty of care. However, even with good corporate governance rules, directors’ decisions can still be open to criticism from outsiders. Canadian courts, like their counterparts in the United States, the United Kingdom, Australia and New Zealand, have tended to take an approach with respect to the enforcement of the duty of care that respects the fact that directors and officers often have business expertise that courts do not. Many decisions made in the course of business, although ultimately unsuccessful, are reasonable and defensible at the time they are made. Business decisions must sometimes be made, with high stakes and under considerable time pressure, in circumstances in which detailed information is not available. It might be tempting for some to see unsuccessful business decisions as unreasonable or imprudent in light of information that becomes available *ex post facto*. Because of this risk of hindsight bias, Canadian courts have developed a rule of deference to business decisions called the “business judgment rule”, adopting the American name for the rule.”⁴¹ (para. 64)

“Directors and officers will not be held to be in breach of the duty of care under s. 122(1)(b) of the CBCA if they act prudently and on a reasonably informed basis.”⁴² The decisions they make must be reasonable business decisions in light of all the circumstances about which the directors or officers knew or ought to have known. In determining whether directors have acted in a manner that breached the duty of care, it is worth repeating that perfection is not demanded. Courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are involved in corporate decision making, but they are capable, on the facts of any case, of

⁴⁰ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, *supra* note 35.

⁴¹ In French, “règle de l’appréciation commerciale.”

⁴² In French, “en s’appuyant sur les renseignements dont ils disposaient”.

determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision at the time it was made.” (para. 67)

It is remarkable that the business judgment rule served in this case to protect interested directors: the Wise brothers were in fact directors and sole shareholders of the parent company, Wise Stores Inc., which benefited from the financial assistance granted by Peoples.

The case law with respect to management errors by directors is singularly outdated. This can be explained by the fact that few lawyers encourage their clients to initiate legal action on this account, knowing that the burden of proof is almost insurmountable.

Since the introduction of the oppression remedy provided for under section 241 of the federal statute, it is happening more and more frequently that the courts are examining the conduct of directors in light of the business judgment rule. Some judgments have in fact established that the fact that such conduct is not protected by this rule is one of the tests of oppression that warrant intervention by the court.⁴³ If it is, the remedy is generally denied.⁴⁴ If it is not, the remedy sought by the complainants and granted by the court does not generally entail the directors being held accountable as individuals. Rather, the conduct complained of is rescinded (paragraph 241(3)(a)) by nullifying or prohibiting it⁴⁵ or the corporation is ordered to purchase the complainant’s shares (paragraph 241(3)(f)). There is nothing surprising about this, since for directors to be held

⁴³ In *Main v. Delcan Group Inc.*, *supra* note 19, Lederman J. identified the tests that warrant the court’s intervention as follows: “Was the impugned conduct outside the range of reasonable business judgment? Was the impugned conduct inconsistent with the reasonable expectations of the complainants, and did the impugned conduct cause prejudice to the complainant?” (page 206). These tests were applied in *Schwabe (Litigation Guardian of) v. Heilborn* (2002), 28 B.L.R. (3d) 309 (Ont. Sup. Ct.) and *Krynen v. Duracap International Inc.*, [2003] O.J. No. 1209 (Sup. Ct.) (Q.L.).

⁴⁴ The decisions in *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* and *CW Shareholdings Inc. v. WIC Western International Communications Ltd.*, *supra* notes 28 and 26, are good examples, as are the decisions in *Gazit (1997) Inc. v. Centrefund Realty Corp.*, *supra* note 26, *Brant Investments*, *supra* note 18 (C.A.) and *Krynen v. Duracap International Inc.*, *ibid.*

⁴⁵ A good example is *UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, *supra* note 19, in which the court found that the directors had failed in their duties but simply cancelled the contract they had signed.

accountable as individuals for breaching their duties of diligence and care a complainant would instead need to commence a derivative action under section 239 for and on behalf of the corporation to which such duties apply.⁴⁶

In Canadian law there have not yet been any cases in which directors have been ordered to compensate a corporation for their management errors committed in good faith and with no conflict of interest.

*UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*⁴⁷ could have constituted such a case. In that instance, the directors of Repap Inc. had hurriedly approved the signing of a contract granting exorbitant compensation to an officer, Mr. Berg. In doing so they had relied on an unsatisfactory report by an external compensation consultant. The court found that they had failed in their duty of care and diligence and could not avail themselves of the protection of the business judgment rule.

"However, directors are only protected to the extent that their actions actually evidence their business judgment. The principle of deference presupposes that directors are scrupulous in their deliberations and demonstrate diligence in arriving at decisions. Courts are entitled to consider the content of their decision and the extent of the information on which it was based and to measure this against the facts as they existed at the time the impugned decision was made. Although Board decisions are not subject to microscopic examination with the perfect vision of hindsight, they are subject to examination."⁴⁸

The groundwork had effectively been laid to hold the directors accountable. Fortunately for them, the court instead cancelled Mr.

⁴⁶ See, for example, *First Edmonton Place Ltd. v. 315888 Alberta Ltd.* (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 122 (Q.B.) (leave granted) and *McAskill v. TransAtlantic Petroleum Corp.*, *supra* note 26 (action dismissed).

⁴⁷ *Supra* note 19.

⁴⁸ *Ibid.* at para. 153. On the basis of the first sentence quoted here, in *Ford Motor Company of Canada Ltd. v. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2006 CanLII 15 (Ont. C.A.), the Ontario Court of Appeal upheld the position that the Ford Canada directors could not avail themselves of the protection of the "business judgment rule" because they had accepted without discussion or understanding the price transfer system set up by the parent company.

Berg's contract⁴⁹ under the authority of sections 120 and 121 of the *Canada Business Corporations Act*.

Another case worthy of attention is *Dylex Ltd.*, in which the trustee in the corporation's bankruptcy instituted an action for damages against its directors for breaching their duties of care and diligence by failing to investigate the past record and the honesty of Hardof Wolf Group Inc., the purchaser of its shares. A motion to dismiss such a remedy was dismissed in March 2003⁵⁰ and it will be interesting to monitor developments in this matter.

Finally, mention should be made at this point of *Ford Motor Company of Canada Ltd. v. Ontario Municipal Employees Retirement Board*.⁵¹ In this case, Ford Canada's parent company, which owned 94 percent of its shares, established a transfer pricing policy that disadvantaged the subsidiary and was held to be oppressive to its minority shareholders. According to the Court, the oppression also came from the subsidiary itself, since its directors had remained compliant and passive despite the parent company's detrimental policy. By failing for years to insist that the policy be changed, they had breached their duties to Ford Canada and oppressed its minority shareholders. In this case, the Ontario Court of Appeal referred to *Peoples* and the business judgment rule.⁵² The total inaction of the directors had cost them the protection of that rule:

"The significant impediment to Ford Canada's reliance on the business judgment rule lies in the evidence accepted by the trial judge that the Ford Canada board brought little judgment to bear on the transfer pricing system.

The evidence shows that Ford Canada's board had little understanding of the transfer pricing system and its impact on the profitability of Ford Canada's operations. There was little discussion of the system at the board level and Ford Canada did not conduct any independent review

⁴⁹ The same thing occurred in *Cannaday v. Sun Peaks Resort Corp.* (1995), 25 B.L.R. (2d) 75 (B.C.S.C.) and *Rooney v. Cree Lake Resources Corp.*, [1998] O.J. No. 3077 (Gen. Div.) (Q.L), in which contracts awarding excessive "golden parachutes" were cancelled.

⁵⁰ *Dylex Ltd. (Trustee of) v. Anderson*, [2003] O.J. No. 883 (Sup. Ct.) (Q.L), Lederman J.

⁵¹ *Supra* note 48.

⁵² "Despite the breadth of the oppression remedy, the broad notion of oppression must somehow be reconciled with the business judgment rule and the reasonable expectations of the minority shareholders." (para. 94)

of the system. The evidence suggests that Ford Canada simply accepted the system that was put in place by Ford U.S., the majority shareholder.” (paras. 55ff.)

“On this record, it was open to the trial judge to find that the board did not act on reasonable grounds and therefore was disentitled to the deference ordinarily accorded by the operation of the business judgment rule. As Lax J. said in *UPM-Kymmene Corp. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, (2002), 214 D.L.R. (4th) 496 (Ont. S.C.), aff’d 2004 CanLII 9479 (Ont. C.A.), (2004), 42 B.L.R. (3d) 34 (Ont. C.A.) at para. 153, “directors are only protected to the extent that their actions actually evidence their business judgment”.” (para. 59)

The oppression action in this case was not an action against the directors seeking damages for the corporation but rather an action against the corporation for compensation in the form of an increase in the “fair value” of the shares of the plaintiffs who had exercised their right to dissent under section 190 of the *Canada Business Corporations Act*.

The Quebec courts have responded positively to the business judgment rule, even since 1994.

In *Alcar Holdings inc. v. Naimer*,⁵³ the Court of Appeal of Québec stated as follows:

“However, the courts must not intrude in a corporation’s internal affairs or substitute their own judgment for that of the directors. It must not be a matter of mere errors in judgment or bad business decisions but of acts that the directors should have known were improper and that would have procured benefits for some to the detriment of others.”⁵⁴ [Translation]

In this case, the directors’ actions (failure to seek recovery of a substantial debt, payment of excessive and unwarranted salaries) were deemed to constitute violations of their duties of care and diligence and their duties of loyalty and resulted in their being ordered to pay over \$3 million to the company.

⁵³ (10 October 2000), Montreal 500-09-007004-989, J.E. 2000-1908 (C.A.).

⁵⁴ *Ibid.* at para. 44, Philippon J.

In *Forget v. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*,⁵⁵ the directors were accused of having awarded excessive “golden parachute” type compensation to a number of senior officers. The compensation was deemed valid under the business judgment rule in that the evidence had not demonstrated that they had acted fraudulently or in bad faith or had abused their discretion or procured a personal benefit to the company’s detriment. It must be stated that in this case no action was instituted against the directors as individuals but that only the validity of the compensation was contested. Accordingly, this judgment did not shed much light on the issue of the liability of directors for breaching their duties.

2. Attendance at meetings⁵⁶

The position of the English courts with respect to the duty of directors to attend meetings regularly was expressed in the landmark decision *In Re City Equitable Life Insurance Company, Limited*.⁵⁷

“A director is not bound to give continuous attention to the affairs of his company. His duties are of an intermittent nature to be performed at periodical board meetings, and at meetings of any committee of the board upon which he happens to be placed. He is not, however, bound to attend all such meetings, though he ought to attend whenever, in the circumstances, he is reasonably able to do so.”

This was also the position adopted through Canadian doctrine and case law.

Regular failure by a director to attend board of directors meetings and to keep reasonably up to date on the company’s business

⁵⁵ (21 January 1999), Montreal 500-05-006845-943, J.E. 99-422 (Sup. Ct.) . See also *Turgeon v. Carbonneau* (7 December 2001), Quebec 200-05-010440-985, J.E. 2002-198 (Sup. Ct.) (retirement allowance).

⁵⁶ Franklin W. Wegenast, *Law of Canadian Companies* (Toronto: Burroughs, 1931) at 261ff.; J.-M. Wainberg, *Duties & Responsibilities of Directors in Canada*, 6th ed. (Don Mills, Ont.: CCH Canadian, 1987) at 14ff.; Marc Giguère, *Les devoirs des dirigeants de sociétés par actions* (Sainte-Foy, Qc: Presses de l’Université Laval, 1967) at 56ff.; Crête & Rousseau, *supra* note 10 at 466ff.; Maurice & Paul Martel, *La compagnie au Québec*, vol. 1, *Les aspects juridiques*, looseleaf (Montreal: Wilson & Lafleur Martel, 2007) at para. 23-42. [Martel, *La compagnie au Québec*]

⁵⁷ *Supra* note 3 at 429, Romer J.

may ultimately amount to negligence on his part. However, it must also be shown that such negligence was the direct and determinative cause of the loss for which the director is to be held liable. And this is very difficult to prove. For example, in the well-known *Re Cardiff Savings Bank*⁵⁸ the Marquis de Butes had attended (fortuitously) only one meeting in 38 years and was exonerated of the Bank's bankruptcy. Another example is *Re Denham & Co.*,⁵⁹ in which a director who had not attended meetings for four years was not held responsible for the fraudulent financial statements prepared by his colleagues.

In the Quebec decision in *Alcar Holdings Inc. v. Naimier*,⁶⁰ directors who had not attended board meetings were exonerated failing any evidence of a causal link between their failure and the damage.⁶¹

However, in the English judgment *Dorchester Finance Co. v. Stebbing*,⁶² two inactive directors (accountants by profession), in failing to attend board meetings and in signing blank cheques, had left the way clear to the third director's frauds. Their conduct was deemed to constitute a violation of their duties of care and diligence and to incur their personal liability.

For federal corporations, subsection 123(3) of the *Canada Business Corporations Act* is intended to prevent directors from "burying their heads in the sand" by establishing the presumption that a director who is absent from a meeting during which a resolution is adopted is deemed to have consented to it, unless he uses a specific

⁵⁸ (1892), 2 Ch. 100.

⁵⁹ (1883), 25 Ch. D. 752. Welling, *supra* note 9 at 331, concluded from this decision: "As with many other areas of common law, ignorance may be no defence, but stupidity nearly always is." McGuinness *supra* note 11 at 777, note 734, doubts that these two judgments are representative because of the exceptional nature of their facts.

⁶⁰ *Supra* note 53.

⁶¹ *Ibid.* at para. 86: "In the instant case the evidence does not demonstrate that, on the balance of probabilities, the fault, if any, was the direct and determinative cause of the damage. The probability was not established that the presence or action of these persons would have changed anything." (Philippon J.). [Translation]

⁶² [1989] B.C.L.C. 498 (Ch. D.).

exoneration process within seven days of acquiring knowledge of such a resolution.⁶³

Moreover, the Federal Court of Appeal recently made the following determination in *Soper v. Canada*:⁶⁴

“... it would be silly to pretend that the common law would stand still and permit directors to adhere to a standard of total passivity and irresponsibility. At the risk of getting ahead of myself, it should be noted here that the law today can scarcely be said to embrace the principle that the less a director does or knows or cares, the less likely it is that he or she will be held liable. Further to this point, the statutory standard of care will surely be interpreted and applied in a manner which encourages responsibility. Accordingly, the director who acts irresponsibly, for example, by failing to attend all board meetings now does so at his own peril ...”

A director is clearly not forced to attend all meetings, and there is no judgment authorizing a writ of mandamus against a director to force him to attend a meeting or holding a director responsible for damages arising as a result of his absence from a particular meeting.

At most, a director could perhaps be blamed for failing to have acted in accordance with his duties at a meeting, but not for failing to have attended the meeting in question.

One factor to be taken into account in establishing whether or not a director is liable by reason of being absent is the number of directors that serve on the board. It is obvious that a director's absence will have a greater likelihood of contributing to the damage if that number is very small.

If a director's absence has the effect of paralysing the corporation, for example because a quorum is not achieved, that person may be guilty of breaching not only the duty of diligence but also the duty of loyalty, and legal proceedings may be justified.^{64a}

⁶³ Compare this with section 123.86 of the *Companies Act*, R.S.Q. c. C-38, which has the opposite effect.

⁶⁴ *Soper v. Canada*, *supra* note 8 at para. 23.

^{64a} See *Gyro-Trac Côte O Jest inc. v. 9007-7983 Québec inc.* (27 October 2006), Québec 200-17-007098-064, J.E. 2006-2285 (Sup. Ct.) (order with regard to the holding and the validity of a meeting in the absence of the director).

In any event, the essential element that emerges from the current law is the need to establish a causal link between a director's negligence and the damage, and once again such a link is almost impossible to prove. In this regard, it would be appropriate to turn to French law, which reverses the burden of proof by establishing a presumption of fault against an absent director. The latter may then exonerate himself only by demonstrating that he had reasons for failing in his duty of diligence: age, illness, distance, etc.

3. Duty to become informed⁶⁵

The most basic level of prudence dictates that, no matter how skilled, directors must obtain sufficient information before acting to ensure that their decisions are sound and to minimize the risk of error. As well, a director who knows he lacks sufficient skill in a particular area must, in order to fulfil his duty of prudence, either entrust the initiative for decisions in this area to a skilled person or, if he wishes to make such decisions himself, seek advice from such a person. This would entail calling on bankers or financial advisors for financial problems, engineers for technical problems, lawyers for legal problems, and so forth. Where circumstances warrant, directors must nonetheless obtain reasonable assurance that the person they consult is properly qualified to give advice.

The *Canada Business Corporations Act* specifically asks directors (and not officers, it will be noted)⁶⁶ to consult with experts by establishing in subsections 123(4) and (5) a presumption that they have met their duties of diligence and care if they rely in good faith on their reports or on financial statements represented by an officer or the auditor of the corporation fairly to reflect the financial condition of the corporation.

Directors are not required to thoroughly analyze all of the reports their advisors give to them; they have the right to trust such reports. The mere fact of having relied on such reports is sufficient to exonerate directors from statutory liability in numerous regards. If a report proves to be false or inaccurate, in principle this does not

⁶⁵ This passage comes mainly from Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 56 at para. 23-55.

⁶⁶ Welling, *supra* note 9 at 335, states: "This seems odd and may be just an oversight."

engage their liability since they have not breached any duty and have thus not committed an error.⁶⁷ The case law tends not to hold directors liable for damages caused to the company or to shareholders as a result of false information.⁶⁸

Reliance on expert opinions or reports nonetheless has its limits as a means of exoneration for directors if the latter are not in good faith.⁶⁹ For one thing, they must have provided the experts with all of the information in their possession for the report to have its full remedial value.⁷⁰ In addition, the report must pertain directly to the subject in question.⁷¹

One recent judgment⁷² established that, when directors argue in defence a legal opinion received from a lawyer, they then waive the protection of solicitor-client privilege with respect to that opinion.

It can be asked whether the “experts” in question must necessarily be professionals within the full meaning of the term. Paragraphs 123(4)(b) and 123(5)(b) clearly refer to a “professional person” practicing a “profession” and in its initial version the latter paragraph specifically referred to lawyers, accountants, engineers and

⁶⁷ See *O'Connor v. Winchester Oil & Gas Inc.*, [1986] 2 W.W.R. 737 (B.C.S.C.); *Benson v. Third Canadian General Investment Trust Ltd.* (1993), 14 O.R. (3d) 493 (Gen. Div.); *Blair v. Consolidated Enfield Corp.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), *aff'd* (1995), 4 S.C.R. 5; *Armstrong World Industries Inc. v. Arcand*, *supra* note 31; *Raffo v. Teknor Ordinateurs Industriels inc.*, REJB 2000-17421 (Sup. Ct.). See, however, *UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, *supra* note 19, in which the directors were blamed for failing in their duties of diligence by relying on an expert opinion that was deficient on its face.

⁶⁸ *Dovey v. Cory*, [1901] A.C. 477; *Huckerby v. Elliott* (1970), 1 All E.R. 189.

⁶⁹ Or that their actions exceed the company's powers: *Angus v. R. Angus Alberta Ltd.* (1988), 39 B.L.R. 1 at 16 (Alta. C.A.). In *Standal's Patents Ltd. v. 160088 Canada Inc.*, [1993] A.Q. No. 2223 (Sup. Ct.) (Q.L.), two of the directors were professionals (lawyer and accountant) and were aware that the company was insolvent; they were unable to exonerate themselves by stating that they had relied on financial statements.

⁷⁰ *Westfair Foods Ltd. v. Watt*, *supra* note 30a at 70. In *UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, *supra* note 19, the report was deemed inadequate because it was based on incomplete information.

⁷¹ See *Atillasoy v. Crown Trust Company*, [1974] C.A. 442.

⁷² *Refco Alberta Inc. v. Nipsco Energy Services Inc.*, [2002] A.J. No. 1507 (C.A.) (Q.L.). See also *FCMI Financial Corp. v. Curtis International Ltd.*, [2003] O.J. No. 4713 (Sup. Ct.) (Q.L.).

appraisers.⁷³ After joking that professionals are “lawyers, prostitutes and other similar groups”, Bruce Welling comments that the word “profession” “simply means business, calling, or whatever the advisor does in exchange for money”.⁷⁴ In the recent *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of)*,⁷⁵ the Court of Appeal of Québec found that a report by a mere employee of the corporation whose statements could be considered reliable because he held a Bachelor of Commerce degree and had served in the field of administration and finance for close to 15 years⁷⁶ could be considered a report by a professional, thus exonerating the directors of gross negligence in their management. The Supreme Court of Canada had a different point of view, stating that:

“Although Clément did have a bachelor’s degree in commerce and 15 years of experience in administration and finance with Wise, this experience does not correspond to the level of professionalism required to allow the directors to rely on his advice as a bar to a suit under the duty of care. The named professional groups in s. 123(4)(b) were lawyers, accountants, engineers, and appraisers. Clément was not an accountant, was not subject to the regulatory overview of any professional organization and did not carry independent insurance coverage for professional negligence. The title of vice-president of finance should not automatically lead to a conclusion that Clément was a person “whose profession lends credibility to a statement made by him”. It is noteworthy that the word “profession” is used, not “position” ...”⁷⁷

It should be noted that paragraph 123(4)(b) was amended in 2001, after the relevant period for *Peoples*, to remove the words “lawyer, accountant, engineer, appraiser or other”. Perhaps it can be inferred from this that the words “profession” and “professional person” can now be interpreted more broadly to include persons who have recognized expertise in a field not regulated by a professional corporation, such as investment bankers who provide fairness opinions.

The fact that a director has signed information documents circulated by the company may result in his being liable towards third

⁷³ The amendment was brought by S.C. 2001, c. 14.

⁷⁴ Welling, *supra* note 9 at 335.

⁷⁵ *Supra* note 35.

⁷⁶ *Ibid.* at para. 89.

⁷⁷ *Supra* note 35 at para. 78 (S.C.).

parties who rely on the information in question if the latter proves to be false. As part of their duty of diligence and care, directors must seek information before signing a document. They cannot exonerate themselves by arguing that they relied on their colleagues or on the officers to the point that they did not pay attention to the company's affairs.⁷⁸

This is all the more true since the coming into force, at the beginning of 2005, of the new rules of civil liability for misrepresentations made in documents released on the secondary market by "reporting issuers" within the meaning of the Ontario *Securities Act*.⁷⁹

In U.S. law, the landmark decision *Smith v. Van Gorkom*⁸⁰ established that, for the purposes of the above-mentioned business judgment rule applicable to directors' decisions, such decisions must be "informed". This imposes on directors a positive duty not to be content with officers' submissions and to obtain whatever relevant information is reasonably available to them. It must be stated nonetheless that the court dealt harshly with the directors in question because their decision to sell the company's operations at a price below market value was not founded on any written documentation and because, despite its fundamental nature, it had been made in haste.

It can be concluded from this decision that the duty to become informed goes hand-in-hand with that of taking the necessary time to that end and of not acting hastily when the necessary information has not yet been obtained.

In *UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*,⁸¹ one of the criticisms made against the Repap board of directors,

⁷⁸ See, for example, *Drincqhier v. Wood* (1899), 1 Ch. 393 at 406: "It should be understood that a director, consenting to be a director, has assumed a position involving duties which cannot be shirked by leaving everything to others"; *Knight's Mineral Exploration & Co. v. Corcoran & Co.*, [1995] B.C.J. No. 278 at paras. 140ff. (QL).

⁷⁹ R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 138.1ff.

⁸⁰ 488 A.2d 858 (Del. Sup. Ct. 1985), referring to *Aronson v. Lewis*, 433 A.2d 805 (Del. Sup. Ct. 1984).

⁸¹ *Supra* note 19.

composed almost solely of new directors, was that they had made the detrimental decision too hastily.

“There was no urgency and yet the entire process was the subject of haste and a rush to approval. In *Hanson*, the court rejected SCM’s defence that it was a “working board” that was familiar with the corporation and therefore capable of making the swift decisions it did. This was not a “working board”. As a mostly new Board, the directors owed the shareholders a higher duty to go slowly and to educate itself thoroughly.”⁸²

I cited earlier⁸³ a passage from this judgment in which the court, in accordance with the principles set out in *Smith v. Van Gorkom*, stressed the active duty of directors to become informed in order to avail themselves of the protection of the business judgment rule.

4. Duty of control

Directors may appoint officers and delegate certain duties to them.⁸⁴ In appointing these officers, they do so for the corporation and it is the latter that is their mandator, and thus liable towards third parties for their actions.

Can the corporation then turn against its directors and blame them for having chosen officers carelessly or for not having monitored and controlled their actions with due diligence?

Choice of officers. Regarding the choice of officers, there is no doubt that directors can be held accountable for appointing an obviously incompetent person to a responsible position.⁸⁵ However, such incompetence must be so glaringly obvious at the actual time of the appointment (if it becomes obvious only after the fact, the directors cannot be blamed in any way) that the appointment can be considered to constitute an error on the directors’ part, that is, a breach of their duties of care and diligence.

The decision in *Johnson v. Arcand*⁸⁶ provides an example of such a breach. The directors of Cogeco Radio-Télévision Inc. were found

⁸² *Ibid.* at para. 146.

⁸³ Above at page 254.

⁸⁴ C.B.C.A., *supra* note 32, s. 121.

⁸⁵ Art. 2141 C.C.Q.

to have committed a serious error of omission, deemed to be a flagrant case of wilful blindness, in hiring radio host André Arthur with the knowledge that legal action had been taken against him in the past and that the insurers were levying an additional premium to cover him, without putting in place audit and control measures to ensure that he would not expose the company to legal action (which he did).

Control. With respect to the monitoring and control of officers, the following extract from *In Re City Equitable Fire Insurance Company, Limited*⁸⁷ clearly summarizes the position of English Canadian law in this regard:

“In respect of all duties that, having regard to the exigencies of business, and the articles of association, may properly be left to some other official, a director is, in the absence of grounds for suspicion, justified in trusting that official to perform such duties honestly.”

That decision was in reference to the prior judgment *Covey v. Cory*,⁸⁸ in which the Court of Appeal had stated:

“Business cannot be carried on upon principles of distrust. Men in responsible positions must be trusted by those above them, as well as by those below them, until there is reason to distrust them. We agree that care and prudence do not involve distrust; but for a director acting honestly himself to be held legally liable for negligence, in trusting the officers under him not to conceal from him what they ought to report to him, appears to us to be laying too heavy a burden on honest business men.”⁸⁹

A subsequent decision by the House of Lords indicated as follows:

“I think the respondent was bound to give his attention to and exercise his judgment as a man of business on the matters which were brought before the board at the meetings which he attended, and it is not proved that he did not do so. But I think he was entitled to rely upon the judgment, information and advice, of the chairman and general

⁸⁶ (1 October 2002), Montreal 500-05-042565-984, J.E. 2002-1844 (Sup Ct.).

⁸⁷ *Supra* note 3 at 429.

⁸⁸ *Supra* note 68 at 477.

⁸⁹ *In Re National Bank of Wales, Ltd.*, [1899] 2 Ch. 629 at 673.

manager, as to whose integrity, skill and competence he had no reason for suspicion."⁹⁰

Directors are not attributed a duty of control as such. It is only when they have reason for suspicion that they are asked to investigate and, where appropriate, to intervene. If they do not do so, they are then committing an error.⁹¹

A director cannot claim as a reason for not investigating that he was convinced that doing so would be futile or that the answers obtained would be false.⁹²

In *Re Standard Trustco Ltd.*,⁹³ the Ontario Securities Commission found the corporation's directors to be in the wrong for having failed to fulfil their duty to investigate, stating as follows:

"Directors should not rely on management unquestioningly where they have reason to be concerned about the integrity or ability of management or where they have notice of a particular problem relating to management's activities."

In *Association de la publicité par l'objet du Canada inc. v. Toronto Dominion Bank*⁹⁴, as a result of the failure of the directors of a corporate entity to check the comptroller's experience and to monitor his actions, the corporation was unsuccessful in taking legal action against the bank that had honoured the forged cheques he had drawn: the corporation had breached its duty of control as set out in the banking agreement.

Likewise, in *Spécialistes en technologies de l'information Dotcom inc. v. Banque Toronto-Dominion*,⁹⁵ the failure of directors to establish an internal audit system to prevent and detect fraud in relation to the company's cheques was found to be a breach of their duty of

⁹⁰ *Supra* note 68 at 492, Lord Davey.

⁹¹ See *Distribulite Ltd. v. Toronto Board of Education Staff Credit Union Ltd.* (1987), 62 O.R. (2d) 225; *Richmond Raiders Football Club v. Richmond Savings Credit Union*, [1993] B.C.J. No. 449 (S.C.) (QL) (president – misappropriation of funds).

⁹² *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)* (1968), 2 All E. R. 1073 at 1119 (Ch.).

⁹³ (1992), 6 B.L.R. (2d) 241 at 285 (Ont. Sup. Ct.).

⁹⁴ [2001] J.Q. No. 5231 (Sup Ct.) (QL).

⁹⁵ [2005] J.Q. No. 16095 (C.A.) (QL).

care and a violation of the service agreement with the Bank, exonerating the Bank from any liability for the losses suffered by the company.

In *484887 Alberta Inc. v. Faraci*,⁹⁶ the directors were found partially liable for deductions made by the corporation's accountant because they had failed in their duty to monitor him. The Court found that the deductions in question were "very amateur in nature" and "could have been detected with only the slightest degree of scrutiny even by an impractised eye".⁹⁷

In *699982 Ontario Ltd. v. Chu*,⁹⁸ a director who had signed cheques made out to another company at the request of another director was found to have failed in his duties of care and diligence by complying without asking any questions and was held liable for the amounts that had been diverted.

In *Centrap inc. v. Langlois*,⁹⁹ a company's secretary-treasurer and director had signed two cheques advancing money to the president without the cheques having been authorized by the board of directors. After the president declared bankruptcy without repaying the advances, the company sued the officer for damages and the court held that he had failed in his duties of prudence and diligence as set out in article 322 C.C.Q. He was found to have displayed a lack of vigilance in signing the cheques without making any further inquiries.¹⁰⁰

As recently as 1995, in *Blair v. Consolidated Enfield Corp.*,¹⁰¹ the Supreme Court of Canada reiterated the principle that directors are justified in trusting the work of a corporation's representatives.

"[This provision] codifies the anterior common law director duties of care, in which a director would be absolved of liability if he or she relied

⁹⁶ [2002] A.J. No. 522 (Q.B.) (QL).

⁹⁷ *Ibid.* at para. 38.

⁹⁸ 2000 CarswellOnt. 2184 (Sup. Ct.) (WLeC).

⁹⁹ (5 September 2002), Rimouski 100-17-000164-014, J.E. 2002-1811 (Sup. Ct.), Jean-Roch Landry J.

¹⁰⁰ In reality, the error in question was that of an officer who had signed the cheques rather than a director and it was article 2138 C.C.Q. and not article 322 that applied.

¹⁰¹ *Supra* note 67 at 36.

upon the work of an official of the company (in the present appeal, corporate counsel) if such work is properly left to that official and, in the absence of grounds for suspicion, the director is justified in trusting that official to perform the duty: *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, ... Consequently, directors will be held liable for the misdeeds of officials of the company only if they have been personally negligent or if they have acted unreasonably in relying on an official whose honesty or competence they have reason to suspect.

Intensification. This is the situation in Canada. Certain elements nonetheless suggest that duties of control, like the duty to be informed that may be associated with it, will be significantly intensified.

First, a 1995 Australian court decision, *Daniels v. Anderson*,¹⁰² may have spurred a trend towards increased severity on the part of the courts towards breaches of diligence by directors. In that case, an electronics company had started speculating on foreign exchange rates (hedging) and seemed to have made substantial profits in doing so; in reality, deficiencies in the company's bookkeeping and internal controls had concealed losses in the order of \$50 million. Once this disaster had been discovered, the company sued its auditors for damages for failing to detect and report these deficiencies. The auditors argued in their defence that there was contributing fault on the part of the company and its directors and called them severally in guarantee. The Court found the auditors guilty of negligence but also held the company liable for 20% of the damages. The Court indicated that the onus was on the company's senior management to ensure that proper internal control mechanisms had been implemented and adjusted as required. It had failed in this responsibility. The company could not abdicate all responsibility for the management of the financial aspects of its operations and seek to cast the entire blame on the auditors in the event of a loss.

The company could also have taken legal action against the directors for negligence: they had a duty of diligence and care, which they had failed to fulfil in relying blindly on the company's senior management. The Court found that the nature and scope of those

¹⁰² (1995), 13 A.C.L.C. 614 (S.C.N.S.W.). This decision echoes, without referring to, the one rendered in the United States in 1992 in *Brane v. Roth*, 590 N.E. 2d 587 (Ind. Ct. App. 1992) (director's liability – hedging – failure to exercise supervision of an inexperienced manager).

duties had evolved in the 70 years since *Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*: directors could no longer plead ignorance or inaction to exonerate themselves, as they once could. They had an active duty to seek information about the company's affairs and to take reasonable measures to place themselves in a position to guide and monitor the company's management. The Court drew from U.S. case law in this regard, specifically *Francis v. United Jersey Bank*,¹⁰³ determining that:

"As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the fundamentals of the business in which the corporation is engaged ... If one feels that he has not sufficient business experience to qualify him to perform the duties of a director, he should either acquire the knowledge by inquiry, or refuse to act.

Directors are under a continuing obligation to keep informed about the activities of the corporation. Otherwise, they may not be able to participate in the overall management of corporate affairs ... Directors may not shut their eyes to corporate misconduct and then claim that because they did not see the misconduct, they did not have a duty to look. The sentinel asleep at his post contributes nothing to the enterprise he is charged to protect ...

A director is not an ornament, but an essential component of corporate governance. ... dummy, figurehead and accommodation directors are anachronisms with no place in New Jersey law."¹⁰⁴

In this case, the directors failed to perform their duty. They had allowed the company to engage in risky speculative activities, in which they had no expertise, without exercising any control over the officers in charge of those transactions.

It must be noted that *Francis* dealt with the responsibility of a director of a reinsurance company who had succeeded her deceased husband and had left her two sons, the only other directors, to literally pillage the company. She had no interest or involvement in the company's affairs and had not even reviewed its financial statements, in which the misappropriations of funds to her sons appeared

¹⁰³ 432 A.2d 814 (N.J. Sup. Ct. 1981).

¹⁰⁴ *Ibid.* at 821ff.

clearly as loans to shareholders. This was a case of total and inexcusable inaction on the director's part as well as misappropriation of funds held by the company in trust, a situation in respect of which directors have a heightened duty of care and prudence.

Although the decision in *Daniels* did not apply to comparable facts, this did not prevent the court from applying the same principles. It indicated that the latter set out what is required of directors, not only in the United States, but in Australia and elsewhere.¹⁰⁵ Whether or not this "elsewhere" includes Quebec or the rest of Canada remains to be seen.

However, it must be remembered that, in broadening the scope of the duty of care and diligence owed by directors in this way, the Australian court relied on the fact that the Australian legislation has itself brought about such an extension in adopting provisions on insolvent trading.¹⁰⁶ The latter attribute personal liability to the directors of a corporation that they knew or reasonably ought to have known was insolvent if they allow the company to incur a debt. The legislation allows directors, above and beyond a defence of due diligence, a defence based on a reasonable belief in the corporation's solvency.¹⁰⁷ The case law established that such a belief can be reasonable only if it is based on a genuine effort to become informed about the company's business.

In contrast with Australian law (as well as English and New Zealand law),¹⁰⁸ Quebec and Canadian law do not recognize this notion of "insolvent trading" and thus the consequential extension of the duties of diligence and care owed by directors. This may be a reason for not applying the U.S. and Australian principles, as set out in *Daniels*, to directors of Canadian and Quebec companies.

However, it should be said that in Australia, the decision in *Daniels* motivated the legislator to establish by statute a "business

¹⁰⁵ *Daniels v. Anderson*, *supra* note 102 at 664.

¹⁰⁶ *Companies (New South Wales) Code*, s. 556, now s. 588Gff. of the *Corporations Law*.

¹⁰⁷ *Ibid.*, ss. 556(2)(b), 588H(2).

¹⁰⁸ See section 214 of the English *Insolvency Act 1986*, which deals with "wrongful trading". See also section 135 of the New Zealand *Companies Act 1993*, which pertains to "reckless trading."

judgment rule” making it more difficult to impeach business decision of directors¹⁰⁹.

Second, a 1996 ruling in the U.S., *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*,¹¹⁰ went one step further in terms of the duty of control owed by directors. In this case, the Delaware Supreme Court had to consider the settlement of a derivative action brought against the directors of a pharmaceutical company found guilty of criminal acts for certain illegal practices committed by employees. It referred to a 1963 judgment¹¹¹ in which the directors of a company found guilty of violating anti-trust legislation had been exonerated under the principle that, in the absence of grounds for suspicion, directors have no duty to establish and use a system of corporate espionage to bring to light misdeeds that they have no reason to suspect exist.

The court indicated that this decision could not be applied. Although it is true that most of a company’s routine business decisions are made by officers or employees without the board being asked to approve them, such decisions can have a decisive impact on the company’s soundness if they invoke its criminal liability. Accordingly, the board of directors has an affirmative duty to put in place a monitoring mechanism that ensures it will be adequately informed of the relevant facts. Such a system is not expected to be infallible but at the very least the board must ensure in good faith that it is implemented.

“Thus, I am of the view that a director’s obligation includes a duty to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system, which the board concludes is adequate, exists, and that

¹⁰⁹ Section 180(2) of the *Corporations Act 2001* reads : “A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1), and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they: (a) make the judgment in good faith for a proper purpose; and (b) do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and (c) inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and (d) rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation. The director’s or officer’s belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.”

¹¹⁰ 1996 Del. Ch. LEXIS 125.

¹¹¹ *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. Sup. Ct. 1963).

failure to do so under some circumstances may, in theory at least, render a director liable for losses caused by non-compliance with applicable legal standards.”

What was described in 1963 as “espionage” by subordinates and indignantly rejected has now become a minimum requirement. In the United States, following the adoption of the Organizational Sentencing Guidelines in 1991, the fines levied against companies for violating federal criminal statutes were significantly increased and a reduction of such fines is provided for companies that have implemented an internal system for detecting, disclosing and rectifying infractions. This factor was cited by the Court in support of its decision, which stated that it goes without saying that a board of directors should be required to take the necessary measures to allow the company to benefit from such a system without criminal liability. Although this factor is not present in Canadian law other than since the summer of 1997 in the area of competition,¹¹² with the possibility that a distinction could be made on that basis, the decision in *Caremark* could have repercussions for us.

The more recent decision in *Stone v. Ritter*^{112a} indicates some erosion of the requirements of the general duty to supervise employees. In that decision, the Delaware Supreme Court dismissed an action brought against the directors of Am South Bancorporation on the basis of fines that company had been obliged to pay because of violations by employees. According to that Court, the directors had fulfilled their duty of supervision by setting up a suspicious transaction information and reporting system. The fact that employees did not make the required disclosures did not suffice to incur the directors’ liability. Only ongoing, systematic failure by directors to supervise employees “such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system” establishes the lack of good faith required to incur liability.

In Delaware and most other states of the United States, that generosity toward directors can be explained by widespread and lawful “raincoat provisions”,^{112b} which protect directors against any personal liability based on breach of their duty of diligence and pru-

¹¹² See *Corporate Compliance Programs*, Bulletin of the Director of Investigation and Research, Competition Bureau.

^{112a} 911 A.2d 362 (Del. Sup. Ct 2006).

^{112b} See section 102(B)7, *Delaware General Corporation Law*.

dence, except in instances of bad faith. Canadian corporations legislation does not allow such clauses.^{112c}

Third, a 1998 English ruling, *Re Barings Plc (No. 5)*,¹¹³ which deals with the disqualification of certain directors of the Barings Bank under the authority of the *Company Directors Disqualification Act 1986*, clarified the duty of control owed by directors. The Companies Court of the Chancery Division found that such duties can be stated as follows:

“(i) Directors have, both collectively and individually, a continuing duty to acquire and maintain a sufficient knowledge and understanding of the company’s business to enable them properly to discharge their duties as directors.

(ii) Whilst directors are entitled (subject to the articles of association of the company) to delegate particular functions to those below them in the management chain, and to trust their competence and integrity to a reasonable extent, the exercise of the power of delegation does not absolve a director from the duty to supervise the discharge of the delegated functions.”¹¹⁴

The Court indicated that one of the relevant factors is the amount of compensation a director receives: “the higher the level of reward, the greater the responsibilities which may reasonably be expected (*prima facie*, at least) to go with it.”¹¹⁵

It made positive reference to *Daniels v. Anderson*, *supra*, stating that its analysis of the duties of prudence and care owed by a director was a good reflection of the legal situation in England. English law has therefore evolved significantly with respect to the duty of control since *Re City Equitable Fire Insurance Co.*

In *Barings Plc*, the bank had suffered spectacular and fatal losses arising from unauthorized transactions by the manager of its Singapore subsidiary, who had been left without supervision. The

^{112c} C.B.C.A., *supra* note 32, s. 122(3).

¹¹³ [1999] 1 B.C.L.C. 433 (Ch. D.), Jonathan Parker J.

¹¹⁴ This passage was cited by Evans-Lombe J. in the subsequent decision in *Barings Plc v. Coopers & Lybrand*, [2003] EWHC 1319 at para. 904 (Ch).

¹¹⁵ Reference was made to *Re Barings Plc, Secretary for the State for Trade and Industry v. Baker*, [1998] BCC 583 at 586.

Bank's directors were found to be incompetent by reason of their serious breach of their duties and were disqualified.

A similar trend can be observed in New Zealand. The 1994 decision in *Dairy Containers Ltd. v. NZI Bank Ltd.*¹¹⁶ set out the duties of control owed by directors in the following terms:

"... The directors may delegate powers and functions, using that term in a broad sense, but they cannot delegate the management function itself. Executives in running the day-to-day business of the company are exercising delegated powers. It is to be borne in mind always that they are delegated, and not original, powers, and that they are therefore [*160] subject to the ultimate responsibility of the directors for the oversight of the company."

... If a director negligently disregards the obligation to oversee the conduct of the company's business, he or she has manifestly failed to perform that function with reasonable care (*ibid.*, (IV), §4.01, P. 155)."

In this case, the directors had left one director, a defrauder, to take care of the company's investments on his own and without any control. The Court found that they had breached their duties of prudence and care:

"It was in this fundamental respect that the directors of DCL failed. They failed to provide any clear direction or supervision in respect of a major part of the company's business. ... They effectively abdicated their fundamental responsibility to oversee or monitor a significant part of the company's business. I have no doubt that they thereby totally failed to exercise the care, diligence and skill which any reasonable director would have exercised in the same circumstances."

Fifth, the business world in Canada and the United States has recently been hit by a series of financial scandals that have shaken investor confidence in the entire capitalist system. Numerous statutory and regulatory measures that have been or are about to be implemented in the U.S. (*Sarbanes-Oxley Act of 2002*, corporate governance rules introduced by stock exchanges and securities authorities) greatly tighten up the duties of care, diligence and skill owed by directors. We will return to this point later. The courts have also been called upon to rule on the liability of the boards of directors of a number of major corporations that were the victims of

¹¹⁶ [1995] 2 NZLR 8 (H.C.), Thomas J.

spectacular frauds by their senior officers, including Enron, World-Com, Adelphia and, in Canada, Bre-X, Castor Holding and Dylex. It is more than likely that in such circumstances the solicitude that the courts have traditionally shown for directors who do a poor job of fulfilling their duties of care and diligence will be tempered and that, in these model cases as well as by contagion in others, these duties will of necessity be enhanced.

5. Corporate governance rules

Directors of corporations listed on the stock exchange are seeing their duties of diligence and care, as well as in some respects their duties of skill, heightened by corporate governance guidelines suggested, or as the case may be, imposed by these stock exchanges.

For corporations listed on the Toronto Stock Exchange, these guidelines are set out in Sections 472ff. of the *Toronto Stock Exchange Company Manual*. These guidelines are not mandatory or enforceable and not all corporations adhere to them (the 2002 survey of the Toronto Stock Exchange indicates that only 40% of listed corporations refer to all 14 guidelines, 69% to 12 or more guidelines, and 23% to 4 guidelines or fewer) but if a corporation is not adhering to them it must explain why in its public documents. The strategy of the Toronto Stock Exchange, set out in its 1994 committee report entitled "Where Were the Directors?" (Dey Report), relies on encouragement rather than constraint to ensure compliance with its guidelines.

The mere existence of these guidelines has clearly "raised the bar" for directors of listed corporations and there is no doubt that the courts could turn to some of them in judging the performance of boards of directors of private companies: for the first time, a detailed list of universally accepted rules of conduct (there are similar rules in the United States, England and several other countries) has been formally put down on paper and presented as a set of proper practices for effective corporate governance.

They include a description of the functions that a board of directors must assume in its overall responsibility for governance (strategic planning, risk identification and management, integrity of internal control and management information systems),¹¹⁷ as well

¹¹⁷ *Toronto Stock Exchange Company Manual*, s. 474(1).

as guidelines relating to the orientation and education of directors,¹¹⁸ objective assessment of the effectiveness of the board as a whole, its committees, and individual directors,¹¹⁹ the board's independence in relation to management¹²⁰ and oversight of the internal control system by an audit committee unrelated to management.¹²¹

A board of directors that chooses not to comply with these guidelines is leaving itself open to criticism for lack of care and diligence if the corporation suffers adverse effects that compliance with the guidelines likely could have prevented.

During the same period, the *Sarbanes-Oxley Act of 2002* was enacted in the United States in July 2002 in response to the Enron and WorldCom scandals. Its section 301 amended section 10A of the *Securities Exchange Act of 1934* to prohibit the listing on a U.S. stock exchange of any public issuer whose audit committee does not meet a set of requirements with respect to its composition and its role. All members of the committee must be independent, meaning that they must not be receiving any "consulting, advisory or other compensatory fee" from the issuer or its subsidiaries.¹²² At least one member of the committee must be a "financial expert" within the meaning set out therein.¹²³ The audit committee must be directly responsible for the appointment, compensation and oversight of the external auditor and must pre-approve any audit service and any other non-audit service not prohibited by law that is provided by the auditor.¹²⁴ It is to this committee that the auditor must report on the accounting policies and practices used, alternative treatments of financial information that have been discussed with the issuer's management, and written communications between them and himself.¹²⁵

¹¹⁸ *Ibid.*, s. 474(6).

¹¹⁹ *Ibid.*, ss. 474(4), (5).

¹²⁰ *Ibid.*, ss. 474(2)-(3), (12).

¹²¹ *Ibid.*, s. 474(13).

¹²² *Securities Exchange Act of 1934*, s. 10A(m)(3).

¹²³ *Sarbanes-Oxley Act*, s. 407

¹²⁴ *Ibid.*, ss. 10A(m)(2), 10A(h)-(i), along with sections 201, 202 and 301 of the *Sarbanes-Oxley Act*.

¹²⁵ *Ibid.* s. 10A(k), along with s. 204 of the *Sarbanes-Oxley Act*.

In the wake of the enactment of the *Sarbanes-Oxley Act*, in August 2002 the New York Stock Exchange submitted for approval to the Securities and Exchange Commission a series of proposals with respect to the Corporate Governance Rule, including a set of listing standards to be codified in its *Listed Company Manual*.¹²⁶ These mandatory criteria include the following requirements:

- that the majority of directors be “independent” according to a considerably more restrictive definition of that term.
- that non-management directors meet regularly without management;
- that a nominating/corporate governance committee composed of independent directors be charged with selecting directors and developing corporate governance principles for the issuer;
- that a compensation committee composed of independent directors be charged with reviewing and approving the Chief Executive Officer’s compensation level and evaluating the latter’s performance and with making recommendations on incentive-based compensation plans.
- that an audit committee composed of independent directors be responsible for engaging and revoking the external auditor, verifying internal quality-control procedures and the independence of the external auditor, discussing annual and quarterly financial statements with management and the external auditor, discussing policies with respect to risk assessment and risk management, and reviewing any audit problems with the external auditor.

The Securities and Exchange Commission, in accordance with the mandate conferred on it by the *Sarbanes-Oxley Act*, has adopted a series of corporate governance rules on such matters as the independence of audit committee members and the requirement that one of its members be a financial expert.

The American measures have had some influence in Canada. In 2004, the various securities authorities adopted Multilateral Instrument 52-110 on Audit Committees and Multilateral Instrument 58-101 on the Disclosure of Corporate Governance Practices. In Quebec, these multilateral instruments have been adopted as

¹²⁶ At s. 303A.

Regulations 52-110 and 58-101. They have replaced the Toronto Stock Exchange guidelines: they apply to any “reporting issuer”, whether listed or not. The first of these instruments makes the audit committee responsible for the external auditor (recommending appointment and compensation, overseeing work, approving non-audit services), for reviewing financial information and its public disclosure, for complaints and the submission of concerns regarding accounting and for the corporation’s hiring policies regarding partners and employees of the external auditor. The committee must be composed of independent, financially literate directors. In the second instrument, the corporate governance practices to be disclosed include the composition of the board of directors (majority of independent directors holding separate meetings), position descriptions, orientation and continuing education, adoption of a code of business conduct and ethics, nominating and compensation committees composed of independent directors, and assessments of the performance of directors. These practices are not mandatory, contrary to those of the New York Stock Exchange: if the corporation chooses not to comply with them, it simply has to disclose this and provide reasons for its decision.

The fact remains that these directives or guidelines will have a definite impact on the duties of diligence and prudence owed by directors. At a minimum, directors will be required to establish the necessary committees (audit committee and, for issuers listed on U.S. stock exchanges, compensation and nominating/corporate governance committees), appoint independent directors to them and let the latter play their role. Otherwise, directors could be accused of violating their duties and held liable for adverse effects that could have been avoided if they had complied with these guidelines.

Moreover, the duty of skill owed by some directors will be heightened by the requirement that all those who serve on the audit committee be financially literate and that one of them have accounting or financial expertise.

C. Extracontractual liability – Decision in *Peoples*

With its decision in *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*,¹²⁷ the Supreme Court of Canada has greatly confused mat-

¹²⁷ *Supra* note 35.

ters as regards the duties of diligence and care owed by directors. According to the Court, a breach of these duties may make directors extra-contractually liable to third parties.

"In Quebec, directors have been held liable to creditors in respect of either contractual or extra-contractual obligations. Contractual liability arises where the director personally guarantees a contractual obligation of the company. Liability also arises where the director personally acts in a manner that triggers his or her extra-contractual liability." (para. 55)

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

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

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

Three elements of art. 1457 C.C.Q. are relevant to the integration of the director's duty of care into the principles of extra-contractual liability: who has the duty ("every person"), to whom is the duty owed ("another") and what breach will trigger liability ("rules of conduct"). It is clear that directors and officers come within the expression "every person". It is equally clear that the word "another" can include the creditors. The reach of art. 1457 C.C.Q. is broad and it has been given an open and inclusive meaning." (par. 56)

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

thus remaining is the determination of the “rules of conduct” likely to trigger extracontractual liability. On this issue, art. 1457 is explicit.

The first paragraph of art. 1457 does not set the standard of conduct. Instead, it incorporates by reference s. 122(1)(b) of the CBCA. The statutory duty of care is a “duty to abide by [a] rul[e] of conduct which lie[s] upon [them], according to the . . . law, so as not to cause injury to another”. Thus, for the purpose of determining whether the Wise brothers can be held liable, only the CBCA is relevant. It is therefore necessary to outline the requirements of the duty of care embodied in s. 122(1)(b) of the CBCA.”(paras. 57ff.) [Emphasis added.]

Based on this passage, it seems that the creditors of an insolvent company could sue the company’s directors for damages on the ground that the insolvency is the result of their negligence or mismanagement.

This position taken by the Supreme Court of Canada is difficult to reconcile with basic corporate and bankruptcy law principles.

The Supreme Court seems to have overlooked the fact that the directors’ duty of care and diligence, like their duty of honesty and good faith, has a beneficiary in Quebec civil law, namely the legal person. Directors are considered to be mandataries of the legal person under article 321 C.C.Q., while article 2138 C.C.Q. imposes these two sets of duties on mandataries in the section entitled “Obligations of the mandatory towards the mandator”. These duties are contractual in nature, not extra-contractual: they exist in relation to the legal person as a mandator. This means that they provide a cause of action only for the legal person or for a shareholder or creditor acting on its behalf in a derivative action. If creditors can claim direct damages from directors for a breach of their duty of care and diligence, then directors will be liable for double compensation: compensation of the legal person and compensation of its creditors (completely bypassing the order of priority established for the corporation’s creditors by the *Bankruptcy and Insolvency Act*), and this is not to mention the shareholders, who may also come under the term “another” in article 1457 C.C.Q.^{127a}

^{127a} In United States law, the Delaware Supreme Court recently confirmed that the creditors of an insolvent company have no direct recourse against its directors on the basis of breach of their “fiduciary” duties: *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheevalla*, 2007 Del. LEXIS 227 (Del. Sup. Ct. 2007).

Moreover, assuming that the Supreme Court was correct in applying article 1457 C.C.Q. to the directors' duty of care, the success of an action for damages brought by a corporation's creditors depends on the directness of the damages (article 1607 C.C.Q.) or on establishing a causal connection between the directors' fault and the injury caused to the creditors. The judgment expressly refers to this causation requirement. However, the connection between fault and injury is generally indirect, since the injury results from the failure of the corporation, which contracted with the creditors, to honour the creditors' claim. It is the corporation's contractual fault, resulting from the fault of its directors, that causes injury to the creditors, and the acts of the corporation bind none but itself.¹²⁸

This does not mean, however, that directors cannot incur any extra-contractual liability toward creditors. They can be liable to creditors under article 1457 C.C.Q. for such things as misrepresentation, Paulian fraud or entering into transactions with third parties knowing they will not be paid. In the latter two cases, the extra-contractual fault in relation to the creditors who are directly affected is more likely to result from a breach of the directors' duty of loyalty (when they put their own interests ahead of those of the corporation) than from a breach of their duty of care. In this sense, it is not logical to limit the application of article 1457 C.C.Q. to this second duty.

It might be possible to neutralize the position taken by the Supreme Court of Canada to some extent by arguing that it must be considered an *obiter dictum*. The action in *Peoples* was that of the corporation. It was brought by its trustee in bankruptcy on its behalf and for its benefit, as well as for the benefit of its creditors. It was not an action brought by the creditors. The part of the Supreme Court's judgment dealing with the directors' liability toward creditors and the creditors' remedies went beyond the facts of the case.

Moreover, even assuming that we must accept the position that article 1457 C.C.Q. applies to the directors' duty of care, there is little likelihood that an action brought by creditors against directors on this basis would succeed in light of the protection that the business judgment rule provides to directors and the lack of direct causation between the directors' fault and the injury suffered by the creditors.

¹²⁸ Article 309 C.C.Q.

In any event, in Quebec this part of *Peoples* will very likely have a limited impact. It might very well be viewed as not applying to companies governed by the *Companies Act*, to which articles 321 and 2138 of the *Civil Code* necessarily apply, in the absence of a provision in the provincial corporate legislation corresponding to section 122 of the federal legislation and also because of section 123.83 of the *Companies Act*, which expressly states that directors are mandataries of the company.

In *Méthot v. Banque Fédérale de développement du Canada*,¹²⁹ the Quebec Court of Appeal interprets the decision in *Peoples* as establishing that directors' extracontractual liability may be incurred where there is a breach of their duty of diligence, not only toward shareholders but also toward third parties, in this case creditors.¹³⁰ In that case involving Quebec companies, that Court did not call this principle into question in any way, merely stating that paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act* did not apply to that case¹³¹ and that the decisions at issue did not constitute breaches of the directors' duty of diligence.

In the other provinces, the common-law courts may well treat this part of the decision in *Peoples* as being applicable to the provisions of the *Civil Code of Québec* and therefore as being applicable only in Quebec.

In *Alvi v. Misir*,¹³² the Court takes note of the decision in *Peoples* but nevertheless states, "The directors owe their statutory duty of care to the corporation and not to the shareholders",¹³³ and "The statutory duties of good faith, loyalty and care are owed to the corporation, and the directors cannot have separate duties of the same nature owing to the shareholders. Such parallel duties would create untenable and unrealistic conflicts. They would render impossible the position of a director or officer of a corporation."¹³⁴ In *Waiser v. Deahy Medical Assessments Inc.*,¹³⁵ under section 248 of Ontario's

¹²⁹ [2006] J.Q. No. 4227 (C.A.) (QL).

¹³⁰ *Ibid.* at para. 70.

¹³¹ *Ibid.* at para. 73.

¹³² (2004) 50 B.L.R. (3d) 175 (Ont. Sup. Ct.).

¹³³ *Ibid.* at para. 45.

¹³⁴ *Ibid.* at para. 57.

¹³⁵ [2006] O.J. No. 224 (Sup. Ct.) (QL).

Business Corporations Act the sole director of a corporation that failed to take the necessary steps to collect its accounts receivable was not held to be liable toward an unpaid creditor, because he had not personally benefited from this conduct, which the Court nevertheless described as “oppressive”. Although the director clearly breached his duty of diligence, on the basis of the decision in *Peoples* the Court did not hold him personally liable.

That said, in *HSBC Bank Canada v. Dillon Holdings Ltd.*,¹³⁶ the Court applied the decision in *Peoples* to the director’s duty of care under paragraph 134(1)(b) of the Ontario statute, stating, “The statutory duty of care in s. 134(1)(b) is owed to more than just the corporation. It is also owed to the creditors” (par. 217). The president of the corporation was held personally liable for the bank loan because he had been negligent in managing the corporation’s affairs: he had left the vice-president in charge of inventories even though he had reason to doubt that person’s honesty. That negligence had allowed falsified statements to be provided to the bank, which had been led to make the loan and suffer harm.

This type of decision is likely not unrelated to the fact that in 2007 the Ontario legislature decided expressly to set aside the decision in *Peoples* with regard to the duties of directors and officers. Indeed, it added the words “to the corporation” to the description of these duties, in subsection 134(1) of the Ontario statute.¹³⁷ Parliament would be well advised to follow Ontario’s example.

II. Federal codification of duties of care

In 1967, the *Lawrence Report*¹³⁸ suggested to the Ontario legislature that the duties of care and diligence owed by directors be codified. Such codification was deemed necessary because, without

¹³⁶ [2005] O.J. No. 2331 (Sup. Ct.) (Q.L).

¹³⁷ Bill 152, *Ministry of Government Services Consumer Protection and Service Modernization Act*, 2006, 2d sess., 38th Parl., Ontario, 2006, Schedule B, s. 24, came into force on August 1, 2007.

¹³⁸ *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (Ontario: 1967) [Lawrence Report] .

it, “even the honest well intentioned director is left to flounder in a sea of murky jurisprudence.”¹³⁹

“7.2.2. ... The Committee is of the opinion that the Act can and should contain a clear statement of that standard of behaviour owed by directors in performing their complex and multifarious duties. The standard should be plain enough to be acceptable and practised in the board room and to be enforceable in the courts. It follows, of course, that if the Committee’s recommended legal standard is to develop into an accepted professional code of ethics, it must appeal to the fair minded director and be compatible with his role as a manager and risk-taker.

7.2.3. The Committee therefore recommends that the Ontario law be amended to include a provision substantially as follows:

“Every director of a company shall exercise the powers and discharge the duties of his office honestly, in good faith and in the best interests of the company, and in connection therewith shall exercise that degree of care, diligence and skill which a reasonably prudent director would exercise in comparable circumstances.”

7.2.4. This legal standard of conduct and care upgrades the existing standards as laid down in the decided cases and should satisfy the objectives expressed in paragraph 7.2.2 ...”

The Lawrence Committee’s recommendation was therefore to impose on directors the standard of care, diligence and skill required of a reasonably prudent director of a company.

This recommendation was intended to incorporate a solid element of objectivity into the standard, in contrast with the subjective codification introduced three years earlier in the Manitoba *Companies Act*, which reflected the traditional position of the case law.¹⁴⁰ It had more in common with certain statutory precedents in the U.S.,

¹³⁹ *Ibid.* at para. 7.2.1.

¹⁴⁰ Subsection 82(1) of the Manitoba statute (S.M. 1964, c. 3, now subsection 83(1) of R.S.M. 1970, c. 160) read, “The directors and officers of a company shall, at all times, use reasonable diligence and act honestly in the discharge of the duties of their office.”

including section 408 of the Pennsylvania *Business Corporations Act*¹⁴¹ and section 717 of the New York *Business Corporations Act*.¹⁴²

The Ontario legislature adopted the recommendation in the Lawrence Report of codifying directors' duties but not the same test as the one suggested.

Section 144 of the Ontario *Business Corporations Act*,¹⁴³ which came into force in 1971, read as follows:

"Every director and officer of a corporation shall exercise the powers and discharge the duties of his office honestly, in good faith and in the best interests of the corporation, and in connection therewith shall exercise the degree of care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances."

Instead of the standard of the "reasonably prudent director", the Ontario statute opted for the less demanding one of the "reasonably prudent person".

That same year, in the wake of the Ontario amendments, the *Dickerson Report* proposed including a codification of directors' duties in the federal legislation.

The proposed statutory text relating to duties of diligence and care was as follows:

"9.19

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

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

¹⁴¹ This clause, which dates from 1933, read, "officers and directors ... shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that diligence, care and skill which ordinarily prudent men should exercise under similar circumstances in their personal business affairs." The words "in their personal business affairs" were deleted in 1968, likely to make the standard less stringent. See Yves Lauzon, "L'article 144 du *Business Corporations Act d'Ontario et l'évolution des devoirs de soin, compétence et habileté des administrateurs de compagnies*" (1974) 5 R.G.D. 117.

¹⁴² Dating from 1963, this provision stated, "Directors and officers shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that degree of diligence, care and skill which ordinarily prudent men would exercise under similar circumstances in like position."

¹⁴³ R.S.O. 1970, c. 53.

The Dickerson Committee justified this proposal as follows:

"The formulation of the duty of care, diligence and skill owed by directors represents an attempt to upgrade the standard presently required of them. The principal change here is that whereas at present the law seems to be that a director is only required to demonstrate the degree of care, skill and diligence that could reasonably be expected from him, having regard to his knowledge and experience – *Re City Equitable Fire Insurance Co.* (1925) Ch. 425 – under s. 9.19(1)(b) he is required to conform to the standard of a reasonably prudent man. Recent experience has demonstrated how low the prevailing legal standard of care for directors is, and we have sought to raise it significantly. We are aware of the argument that raising the standard of conduct for directors may deter people from accepting directorships. The truth of that argument has not been demonstrated and we think it is specious. The duty of care imposed by s. 9.19(1)(b) is exactly the same as that which the common law imposes on every professional person, for example, and there is no evidence that this has dried up the supply of lawyers, accountants, architects, surgeons or anyone else. It is in any event cold comfort to a shareholder to know that there is a steady supply of marginally competent people available under present law to manage his investment."¹⁴⁴

The standard proposed by the *Dickerson Report* was more objective than that of Ontario, in that it was not restricted by the element of "comparable circumstances". It essentially corresponded to the standard of the "bon père de famille" ("prudent administrator") of article 1710 of the *Civil Code of Lower Canada* applicable in Quebec, which will be addressed later.

However, when the federal Parliament enacted the new *Canada Business Corporations Act*¹⁴⁵ in 1975, it chose to adopt the Ontario standard rather than that recommended by the *Dickerson Report*. Paragraph 117(2)(b) of the Act required that directors and officers:

"(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances".¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Dickerson Report*, *supra* note 1 at para. 242.

¹⁴⁵ S.C. 1974-75, c. C.33.

¹⁴⁶ In French, "apporter à ses fonctions les soins, la diligence and la compétence dont une personne raisonnablement avisée ferait preuve in des circonstances comparables".

The *Briefing Book* published when the federal statute was enacted in 1975 clearly attests to Parliament's concern with not being overly disruptive of companies' lawful practices by clarifying "and probably increasing" the common law duties of care, skill and diligence of directors and officers.

"(3) Para. (1)(b) concerning duties of diligence, care, and skill effect greater changes but are less significant in practice:

(a) Diligence – a director will be required at least to attend corporate meetings and probably to read the pertinent documents.

(b) Skill – the focus of the standard is on a "reasonably prudent person", whereas the common law considers the subjective experience of the individual. The phrase "in comparable circumstances" will permit a court to consider all aspects of a transaction – the kind of business, the extraordinary nature of the transaction, or the status of each director as a professional, an insider, or an outsider.

(c) Negligence – duty of care cases will continue to be rare, since courts are most reluctant to apply hindsight to impugn an act of directors made in a competitive environment."

In 1978, the French version, the *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, the title of which was changed on that occasion to *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, was replaced,¹⁴⁷ with the collaboration of Quebec jurists, with a version that more closely reflected Quebec civil law. Paragraph 117(1)(b) of the French version then read:

"avec soin, diligence et compétence, comme le ferait en pareilles circonstances un bon père de famille".

The notion of the "personne raisonnablement avisée" ("reasonably prudent person") was replaced with that of the "bon père de famille" ("prudent administrator") as found in article 1710 of the *Civil Code of Lower Canada*, its equivalent.

When the new *Civil Code of Québec* replaced the *Civil Code of Lower Canada* in 1994 and cast the sexist French wording "bon père de famille" into oblivion, the French version of paragraph 117(1)(b), now 122(1)(b) of the federal statute (henceforth known in French as *Loi sur les sociétés par actions*) was amended once more¹⁴⁸ to read:

¹⁴⁷ S.C. 1978-79, c. 9, ss. 1, 31.

¹⁴⁸ S.C. 1994, c. 24, s. 13.

“avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.”

The *Briefing Book* on the 1994 reform offers the following explanation on this point:

“The terminology “bon père de famille” [literally, good father or good citizen] as used in the French version of the CBCA is based on that of the prudent person as found in the civil law and the *Civil Code of Lower Canada*. The Civil Code has used this expression since 1866. The expression “bon père de famille” is now considered to be antiquated. The *Civil Code* reform has replaced this expression with a much more modern and non-sexist version that refers to a “personne prudente et diligente” (“prudent and diligent person”). [Translation]

This is not entirely accurate, since the duties imposed by the *Civil Code of Québec* on mandataries and directors of legal persons under articles 2158 and 322 of the *Code* do not refer to any person, none more prudent and diligent than a “bon père de famille”. It is clear that after 1994 there was no longer any reason for the federal legislation to retain a notion that had been incorporated into it with the express purpose of harmonizing it with Québec civil law but which the *Civil Code of Québec* had since abandoned.

Paragraph 122(1)(b) of the federal legislation ultimately tightened up the duties of prudence and diligence owed by directors and officers by introducing the objective element of the prudent person. This change was nonetheless mitigated by the addition of the words “in comparable circumstances” (“en pareilles circonstances”), which had not been recommended by the Dickerson Report and which followed the Ontario lead in bringing in a subjective element.

The standard of conduct for federal directors was subjected to a thorough analysis by the Federal Court of Appeal in 1997 in *Soper v. Canada*.¹⁴⁹ The latter found that paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act*, as well as section 227.1 of the *Income Tax Act*, established a scheme that may have been somewhat more demanding than that which existed under the common law but that had largely retained its initial subjective nature, and deemed the standard of care henceforth in effect a hybrid “objective subjective” standard.

¹⁴⁹ *Supra* note 8.

"The standard of care set out in subsection 227.1(3) of the Act is, therefore, not purely objective. Nor is it purely subjective. It is not enough for a director to say he or she did his or her best, for that is an invocation of the purely subjective standard. Equally clear is that honesty is not enough. However, the standard is not a professional one. Nor is it the negligence law standard that governs these cases. Rather, the Act contains both objective elements – embodied in the reasonable person language – and subjective elements – inherent in individual considerations like "skill" and the idea of "comparable circumstances". Accordingly, the standard can be properly described as "objective subjective."¹⁵⁰

In *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*,¹⁵¹ the Supreme Court of Canada confirmed that the standard of care set out in paragraph 122(1)(b) has been reinforced by statute to become more demanding than the one ("a reasonably relaxed, subjective standard") established by the common law,¹⁵² and it characterized this standard as "objective":

"The statutory duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA emulates but does not replicate the language proposed by the Dickerson Report. The main difference is that the enacted version includes the words "in comparable circumstances", which modifies the statutory standard by requiring the context in which a given decision was made to be taken into account. This is not the introduction of a subjective element relating to the competence of the director, but rather the introduction of a contextual element into the statutory standard of care. It is clear that s. 122(1)(b) requires more of directors and officers than the traditional common law duty of care outlined in, for example, *Re City Equitable Fire Insurance*, *supra*.

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

¹⁵⁰ *Ibid.* at paras. 37ff.

¹⁵¹ *Supra* note 35.

¹⁵² *Ibid.* at para. 59.

important in the case of the s. 122(1)(b) duty of care, as opposed to the subjective motivation of the director or officer, which is the central focus of the statutory fiduciary duty of s. 122(1)(a) of the CBCA."¹⁵³

By denying that there is any subjective element relating to the competence of the director or officer, the Supreme Court of Canada has made this an objective element, thus significantly raising the federal standard.

One author¹⁵⁴ has suggested that, in assessing whether or not a director has complied with the new standard of conduct, the court will probably take into account the following subjective factors: the director's qualifications, the significance of the act, the data available to the director, the time within which the decision was to be made, the alternative decisions available, and whether or not the director represents a particular interest group (shareholders, creditors, employees) or is an advisor to the corporation (lawyer, accountant, engineer).

III. Quebec codification of duties of care and diligence

A. Before 1994

In a previous article¹⁵⁵ I discussed the changing role of directors of legal persons in Quebec prior to 1994. There was a tendency in the doctrine and the case law to consider directors to be "quasi-trustees" and to turn to English common law in determining their duties. Another trend, however, deemed them to be mandataries of the company, subject to the duties set out in the provisions of the *Civil Code of Lower Canada* on mandate, namely articles 1701 to 1731.

With respect to the duties of skill and diligence owed by directors, who were deemed to be mandataries, the latter were set out in

¹⁵³ *Ibid.* at paras. 62ff.

¹⁵⁴ Wainberg, *supra* note 56 at 27.

¹⁵⁵ Paul Martel, "Les devoirs de loyauté des administrateurs de sociétés par actions fédérales – impact du Code civil du Québec" (2001) 61 R. du B. 323 at 333ff. See also Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 56 at paras. 22-8ff.

article 1710 of the *Civil Code of Lower Canada*, which read as follows:

“The mandatary is bound to exercise, in the execution of the mandate, reasonable skill and all the care of a prudent administrator.”

The French version read, “Le mandataire dans l'exécution du mandat, doit agir avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille”.

In 1891, *McDonald v. Rankin*¹⁵⁶ had established that the duties of reasonable skill owed by directors as set out in article 1710 of the *Civil Code of Lower Canada* were those of a “prudent administrator” or “bon père de famille”.

This case, which dealt with the liability of a bank director who had failed to fulfil his responsibilities and had relied solely on the officers' representations, involved a loss of over \$3 million in three years. Pagnuelo J. of the Superior Court had elucidated different standards relating to the duties of “reasonable skill” owed by directors: the acceptance of his responsibilities presupposed the abilities and knowledge needed to fulfil them; a director had to manage, and not seek refuge behind the employees; and ignorance, incompetence and neglect were deemed to be gross negligence.¹⁵⁷ In short, these elements represent the antithesis of the principles set out in the well-known *In re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*!

The test used by the Court was abstract and objective: directors must bring to their responsibilities the qualities and the care of an ordinary and prudent administrator.¹⁵⁸ To establish a director's lia-

¹⁵⁶ (1891), 7 M.L.R. 44 (Sup. Ct.).

¹⁵⁷ *Ibid.* at 71ff., 80.

¹⁵⁸ Lauzon, *supra* note 141 at 161, notes that the test of the “prudent administrator” as applied to the mandatary was clearly expressed in *Oeuvre des terrains de jeux du Québec v. Cannon* (1940), 69 B.R. 112 at 114: “The surest test of fault in a given set of circumstances is the absence of such care and such moderate attention as characterize the conduct of the prudent administrator: in other words, it is the absence of ordinary care that a diligent man should provide in the same circumstances.” [Translation] In *A.-E. Dionne Inc. v. Castonguay*, [1979] C.A. 301 at 302, the Court of Appeal of Québec stated as follows with regard to an insurance broker: “It was expected to display in the execution of the mandate that it had accepted the skill and diligence that might reasonably have been expected from one in its profession.” [emphasis added], thus demonstrating the objective nature of the mandatary's duty.

bility, it was not necessary to prove fraud or bad faith, but merely negligence or carelessness.¹⁵⁹

However, this objective test was subsequently not upheld by the courts, which allowed themselves to be influenced in this regard by the common law and its subjective test¹⁶⁰ and by the business judgment rule, according to which the courts had no jurisdiction to intervene in the internal management of companies acting within their powers.¹⁶¹ *McDonald v. Rankin* stood alone and forgotten for 80 years and it was the English *City Equitable* that was applied.

In a representative decision from 1975, *Crevier v. Paquin*,¹⁶² the Court dismissed a civil suit brought by a shareholder against an officer of a company that had made speculative investments. Relying on *In re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, it determined as follows:

"There is no need to recall the fairly limited liability that the courts have attributed to directors, who are personally liable for the company's deeds only if they are guilty of gross negligence. It is established that directors must bring fair and reasonable diligence to the management of the company and act honestly, and nothing more, and it has been

¹⁵⁹ See also *Brochu v. Turgeon* (1928), 45 B.R. 194 at 201ff.

¹⁶⁰ *Préfontaine v. Grenier* (1905), 27 C.S. 307, (1906), 15 B.R. 143 (C.A.), (1906), 15 B.R. 503 (C.P.), criticized by James Smith in "The duties of care and skill of corporate executives in the company law of the province of Quebec" (1974) 34 R. du B. 464 at 466ff. In this decision dealing with a bank that had declared bankruptcy, the Privy Council agreed that the Court of King's Bench could rely on English jurisprudence to exonerate the president, who was blamed for not having monitored the teller who had left a number of accounts in overdraft. "Their Lordships think that in the absence of any legislation in force in Quebec inconsistent with the law as acted upon in England, and in the absence of any evidence of custom and course of business to the contrary, the Court of King's Bench was right in accepting the English rulings, because they were based, not upon any special rule of English law, nor upon any circumstances of a local character, but upon the broadest considerations of the nature of the position, and the exigencies of business." See also Cally Jordan, "The New Morality in Quebec Company Law: Directors' Liability After the Civil Code of Quebec" (1995) 25 Can. Bus. L. J. 216 at 225.

¹⁶¹ *Lauzon v. Charbonneau*, [1946] C.S. 337, citing *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Lagueux v. Phoenix Assurance Company Ltd.* (1932), 53 B.R. 398; *Mark v. Dresser* (1919), 25 R.L. (n.s.) 297 (C.R.); and more recently *Forget v. Société financière Desjardins-Laurentienne inc.*, *supra* note 55.

¹⁶² *Supra* note 13.

decided that they do not need to have any specific knowledge.” [Translation]

The situation in Quebec was summarized by one author as follows:

“... The influence exercised by common law precedents and in particular the better business judgment rule have left directors remarkably free in Quebec. The intervention of the courts with the management of the companies in Quebec is limited. Since they do not wish to question a director’s business decisions, the courts have applied the civil law standards of care and skill with considerable leniency. The duty of care is satisfied provided merely that directors act *intra vires* the powers of the company, legally, without gross management or fraud and by exercising a sufficient degree of control over the officers and other corporate representatives to whom they delegated part of their responsibilities.”¹⁶³

B. Civil Code of Québec

In 1987, article 356 of the *Civil Code of Québec* was enacted, setting out for directors of legal persons a duty to act “avec soin, prudence et diligence, comme le ferait en pareilles circonstances une personne raisonnable”, that is, with care, prudence and diligence, as a reasonable person would do in comparable circumstances.

That provision, which was clearly modelled on paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act*, never came into force. It was replaced in the *Civil Code of Québec*, which came into effect in 1994, with article 322, which states succinctly: “A director shall act with prudence and diligence.”

The words “comme le ferait en pareilles circonstances une personne raisonnable” (as a reasonable person would do in comparable circumstances) disappeared, as well as the word “soin” (care). Moreover, a comparison of article 322 with article 1710 of the *Civil Code of Lower Canada*, which set out the mandatory’s duties, reveals that, like the new article 2138 of the *Civil Code of Québec* (“A mandatory ... shall act with prudence and diligence”), it has abandoned the notions of “reasonable skill” and “prudent administrator”.

¹⁶³ Smith, *supra* note 160 at 472.

While article 1710 of the *Civil Code of Lower Canada* contained an objective element, namely reference to a person to be used as a standard, the “prudent administrator” (“bon père de famille”), and while article 356 of the 1987 *Civil Code of Québec* included the objective-subjective element of the “personne raisonnable en pareilles circonstances” (the reasonable person in comparable circumstances), it initially appears that articles 322 and 2138 do not include any such elements, which could suggest that, as in common law, the duty of care and diligence they set out is purely subjective.

Nonetheless, there are some authorities who consider that the Quebec standard with respect to care and diligence remains objective.¹⁶⁴

In his *Commentaires sur le nouveau Code civil du Québec*,¹⁶⁵ the Quebec Minister of Justice indicates as follows regarding articles 322 and 2138:

“This new article [322] of the law reiterates, for the director of a legal person, the rule set out in article 1309 of the Code with respect to administrators of the property of others. The first paragraph is based on the rule set out with respect to mandates, article 1710 *Civil Code of Lower Canada*.”¹⁶⁶

“It [article 2138] clarifies the previous law by setting out obligations implicitly included in the mandatary’s obligation to act as a prudent administrator under article 1710 *Civil Code of Lower Canada* ...

With respect to administration of the property of others, articles 1309 and 1310 essentially have the same effect.”¹⁶⁷ [Translation]

Since these comments both refer to article 1309, it is worth noting what the Minister had to say about it. This article provides that the administrator of the property of others “shall act with prudence and diligence”, like the mandatary and the director of a legal person. It replaces article 981k *Civil Code of Lower Canada*, under which trustees owed a duty of demonstrating reasonable skill and of acting as prudent administrators.

¹⁶⁴ Jordan, *supra* note 160 at 229 writes: “This appears to be an objective test” and expresses uncertainty as to its rigour.

¹⁶⁵ Quebec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, vol. 1 (Québec: Publications du Québec, 1993).

¹⁶⁶ *Ibid.* at 216.

¹⁶⁷ *Ibid.* at 1344.

"This article begins by setting out, in the first paragraph, a rule of conduct that the previous law reaffirmed and that is found in a number of other statutes, requiring that a director act with prudence and diligence.

It reiterates in a formulation that is new, but the content of which remains consistent with the previous law, a standard of objective and abstract conduct of the reasonably prudent person placed in similar circumstances."¹⁶⁸ [Translation]

The Minister thus considered that the standard of prudence set out in articles 322, 2138 and 1309 was objective and abstract and was based on the standard of the ordinarily sensible person placed in similar circumstances. The simple words "prudence and diligence" thus carry a great deal of meaning!

In reality, these implied meanings reveal a standard that is both objective and subjective, as under the federal legislation.

In her work *L'Administration du bien d'autrui*,¹⁶⁹ Madeleine Cantin Cumyn reads article 1309 in the same way:

Under article 1309 C.C.Q., first paragraph, "An administrator shall act with prudence and diligence." The latter's obligation consists in taking appropriate means to practice good management. The abstract model of the prudent administrator, as used under the *Civil Code of Lower Canada*, is reiterated in the notion of the prudent and diligent person in the new Code. According to common law, the conduct of the person who owes the obligation of prudence and diligence must be compared with that of a reasonable person placed in the same circumstances.

...

However, judges are generally reluctant to conduct a qualitative assessment of the conduct of administrators of the property of others. That attitude is obvious in the case of directors of companies, as authors have noted countless times ... Nonetheless, the courts have not been overly willing to assess a director's actions on the basis of the common law test of diligence and care, often limiting themselves to condemning only bad faith or gross negligence.

The policy of the courts not to intervene in the conduct of business, which has received broad support from authors, has had the effect of

¹⁶⁸ *Ibid.* at 785 (emphasis added).

¹⁶⁹ Madeleine Cantin Cumyn, *L'Administration du bien d'autrui* (Cowansville, QC: Éditions Yvon Blais, 2000).

maintaining an unfortunate confusion between autonomy in decision making, which an administrator of the property of others undeniably enjoys, since it flows with the powers, and a potential objective examination of the facts intended to verify whether, in the exercise of his powers, the administrator has acted with prudence and diligence. In the face of the general statement in the first paragraph of article 1309 C.C.Q., any doubt must be dispelled as to the jurisdiction, and even the duty, of the court to rule on whether the management of an administrator of the property of others was prudent and diligent. An administrator is guilty of civil fault, not only when he acts in bad faith, can be accused of gross negligence or commits fraud, but also when, more simply, he fails in his obligation of prudence and diligence. An assessment of fault *in abstracto*, which compares the administrator's conduct to that of a reasonable person placed in the same circumstances, avoids the pitfall of an unrealistic standard, a concern that can be thought to exist behind the reluctance of judges. Such assessment admits that an administrator of the property of others can make a mistake without civil fault having been incurred if, at the time when he made the decision that is called into question, a prudent and diligent administrator could legitimately have made the same mistake as the defendant in the same circumstances."¹⁷⁰ [Translation]

Other authors recommend that the standard of care be non-subjective for directors of companies:

"Directors are subject to the standards of articles 322 and 2138 C.C.Q., which require that they act with prudence and diligence. This rule is derived from and based on the obligation of the prudent administrator previously found in article 1710 *Civil Code of Lower Canada*. The director's conduct is thus analyzed on the basis of a test that is essentially more objective than the general rules of the common law on this subject.

...

A prudent administrator in Quebec law therefore sees his conduct analyzed in relation to that of the average administrator and not in relation to personal qualities that he may or may not possess. As to the *degree* of skill and care, it will be adjusted depending on the circumstances the administrator is dealing with."¹⁷¹

"In civil law, the duty of prudence and diligence entails both objective and subjective elements ... This duty requires that the director or

¹⁷⁰ *Ibid.* at 224ff.

¹⁷¹ Lauzon, *supra* note 10 at 228ff.

officer conduct himself as a reasonable person who is fulfilling such a responsibility. The reasonable person must nonetheless come from the category of persons to which the director or officer in question belongs. Accordingly, when the latter has specific skill in management, the benchmark conduct should be that of the reasonable business person. However, when he lacks knowledge and experience in this area, the director or officer must nonetheless act as a reasonable person who is aware of his limitations and enlist the services of persons who possess the necessary expertise in order to fulfil his responsibility. Moreover, the behaviour of the director or officer must be assessed in light of the context of the corporation in which he performs his activities, including its organization, its resources and its common practices. As we can see, the Civil Code sets out an obligation of prudence and diligence for directors and officers of Quebec corporations that imposes a standard of conduct similar to that of the Canadian legislation.”¹⁷² [Translation]

For my part, I have expressed the opinion that the standard of prudence set out in the *Civil Code of Québec* seems to have become less objective than under article 1710 *Civil Code of Lower Canada*.

“... it seems that the duties of prudence and diligence imposed by the *Civil Code of Québec* have become more subjective, that is, they are based on an assessment of the particular director himself and his own skills and competence, rather than on the traditional and objective standard of the “prudent administrator” or “bon père de famille”, which (the sexism having been eliminated in the French version) have become the “reasonably prudent person” retained in the federal legislation.

...

Has the new formulation of the duties of diligence and care, which makes no reference to the “personne douée d’un degré ordinaire de prudence, agissant pour elle-même” (person with an ordinary degree of prudence, acting on his own behalf) or to the “bon père de famille” (“prudent administrator”), intensified these duties? We believe that this is the case. If the director is an expert or is particularly skilled, much more will be asked of him than of a mere “prudent administrator” and it will be much more difficult to forgive him for errors of judgment or inattention. If, on the contrary, he is particularly incompetent, it will be easier to criticize him for not having delegated acts to competent persons or not having sought advice from such persons before acting: the most basic prudence in fact dictates not to try to do on our own something that is clearly beyond our competence.

¹⁷² Crête & Rousseau, *supra* note 10 at 465ff.

To determine whether the director's carelessness or error constitutes a breach of his duties of care and diligence, and thus a fault that could incur his liability, the court could likely choose, as a point of reference, not the "reasonable person" but rather the "reasonable administrator", knowing that for the past 100 years the general level of information and skill of administrators, a fair number of whom are qualified managers, has increased considerably."¹⁷³ [Translation]

It remains to be seen whether our courts will give the words "prudence and diligence" the same objective-subjective meaning as that which paragraph 122(1)(b) more clearly calls for with respect to the duties it sets out. The removal from articles 322, 1309 and 2138 of the objective terms of reference set out in articles 981*k* and 1710 *Civil Code of Lower Canada*, and a comparison of article 322 with its initial 1987 version and with paragraph 122(1)(b) of the federal statute, could quite legitimately cause a court to be less stringent towards directors. If, despite the clear objective terms of article 1710 *Civil Code of Lower Canada*, our courts followed the non-interventionist trend of the common law until 1994, will they not feel even more justified in doing so with the apparently more subjective terms of articles 322 and 2138?

It could be hoped that, before considering the standard of conduct of articles 322 and 2138 to be purely subjective, and judging acts or omissions by a director *in concreto* rather than *in abstracto*, our courts will take the following warnings into account:

"Test of concrete model – In concreto assessment consists in comparing the usual conduct of the party that committed the harm and that which the latter is accused of having had at the time when he caused the damage. From this perspective, there is fault only if his behaviour is not consistent with that which he normally has. The first test thus emphasizes the individual's personality, lifestyle, habits, reflexes, intelligence, qualities and faults but raises some serious objections. If the individual in question has the habit of conducting himself in an imprudent, carefree or negligent manner, he will not have committed an error when conduct in keeping with his usual habits has an adverse effect on another party, since he will have behaved *normally*. Conversely, someone who has always displayed the utmost caution will be responsible for the slightest departure from his usual conduct. *The use of in concreto assessment ultimately leads to an evaluation of the moral responsibility of the individual. It cannot be allowed in law since, essen-*

¹⁷³ Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 56 at paras. 23-26ff.

tially subjective, it does not give any consideration to the social dimension and requirement of individual behaviour, and rules out any objective standard of conduct. The problem is not to determine whether the individual violated his own standard of conduct, but whether he complied with the standard generally accepted in society.

Test of abstract model – On the other hand, the *in abstracto* assessment adopted by civil law addresses those objections. Extra-contractual civil fault is established by a discrepancy between the individual's conduct and the abstract and objective conduct of the reasonable, prudent and diligent person, of the good citizen (once referred to as the “bon père de famille”). This abstract model does not require that human conduct be completely infallible, the conduct of a person gifted with superior intelligence and exceptional skill, capable of anticipating and knowing everything and acting at a consistently high level in all circumstances. To do so would mean bringing all human activity to a halt and holding each of us accountable at all times.”¹⁷⁴ [Translation]

This is what Lasseonde J. of the Court of Québec did in *Jobin v. Québec (sous-ministre du Revenu)*¹⁷⁵ in rejecting the interpretation proposed by some authors that, in enacting section 24.0.2 of *An Act respecting the ministère du Revenu*,¹⁷⁶ the Québec legislature was attempting to adopt a standard of liability *in concreto*, and in finding as follows:”

“The legislature's intention, since that is what is at issue, is rather, in the Court's view, that a hybrid model be used. If on the one hand the Court may consider the status and the particular traits of the director concerned, it must on the other compare the conduct of this person against an objective standard in order to avoid negative consequences for society.”¹⁷⁷ [Translation]

Conversely, a lack of benchmarks for these articles could lead to an excess in the opposite direction if the courts take it upon themselves to determine the careless or negligent conduct of directors *a posteriori* and under the influence of the harm caused by such conduct. It is to avoid this risk that the federal Parliament has relied on

¹⁷⁴ Jean Louis Baudouin & Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 5th ed. (Cowansville, QC: Yvon Blais, 1998) at 111ff (emphasis added).

¹⁷⁵ 2003 D.T.C. 5043.

¹⁷⁶ R.S.Q., c. M-31. This section exonerates an administrator from liability for source deductions if he “acted with reasonable care, dispatch and skill under the circumstances.”

¹⁷⁷ *Jobin v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, *supra* note 175 at 5046.

the tests of the “reasonably prudent person” in “comparable circumstances”.

IV. Comparison between federal and provincial standards

Until 1994, the standards of skill, diligence and care for directors and officers converged, since paragraph 122(1)(b) of the federal statute corresponded with article 1710 *Civil Code of Lower Canada*.

However, this changed with the enactment of the *Civil Code of Québec*. Whereas articles 322 and 2138 of the new Code respectively impose on directors and officers of business corporations a duty to act “with prudence and diligence”, paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act* requires that they “exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.”

A number of apparent differences between these standards can be identified:

1. The federal standard refers to a “reasonably prudent person”, thus incorporating an element of objectivity, whereas the provincial standard does not.
2. The federal standard provides that the conduct of the “reasonably prudent person” must be assessed in light of “comparable circumstances”, thus conferring a more subjective character on the standard: these words do not appear in the provincial standard.
3. The federal standard requires an element of “skill”, which the provincial standard does not.
4. The federal standard uses the terms “care and diligence”, while the provincial standard refers to “prudence and diligence”.
5. The federal standard is determined to be a matter of public policy by subsection 122(3) of the *Canada Business Corporations Act*, whereas no similar provision appears in the *Civil Code of Québec*.

6. The provincial standard sets out a duty that is clearly aimed at the legal person, through the effect of articles 321 of the *Civil Code of Québec*, under which a director is deemed to be a mandatary of the legal person, and 2138, which makes the duty of prudence and diligence a part of the mandatary's obligations towards the mandator, first subdivision of Section II of Chapter IX of Title Two of Book Five, "Obligations". Subsection 122(1) of the federal statute sets out equally clearly only the duties of directors and officers with respect to the corporation.
7. Under subsections 123(4) and (5) of the federal statute, a director has fulfilled the duties set out in paragraph 122(1)(b) if he has relied in good faith on "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 on "a report of a person whose profession lends credibility to a statement made by the professional person." No such presumption appears in the *Civil Code of Québec*.

Let us go over these differences in turn:

- 1 and 2. **Objective or subjective nature** – We have seen that the provincial standard, although it initially seems to be totally subjective, is considered by all Quebec authorities, starting with the Minister of Justice, to be the objective and abstract standard of conduct of the "reasonably prudent person ... in comparable circumstances", which is fully consistent with the hybrid "objective and subjective" standard (*Soper*) of the federal legislation. To the extent that the Quebec courts side with this opinion, which remains to be seen, there will be complete harmonization between the two standards from this point of view.
3. **Skill** – We have seen that the federal standard in fact, as interpreted before the Supreme Court's decision in *Peoples*, imposed no concrete duty of skill on directors and officers. At that time, it was said that skill is part of the subjective "comparable circumstances" referred to in applying the objective standard of the "reasonably prudent person". The more skilled the director, the greater the onus on him to use this skill in exercising his duties, thereby heightening his duties of care and diligence; the fact that he is not skilled can never be held against him.

From this perspective, there appeared to be complete harmonization between the federal and provincial standards, despite the silence of the provincial legislation as regards the skill of directors.¹⁷⁸

However, *Peoples* casts doubt on this harmonization by denying that the skill of directors is a subjective element of the standard and by affirming that the words “in comparable circumstances” apply only to the context in which a given decision is made. According to *Peoples*, the federal standard includes an objective duty of skill.

To harmonize the federal and provincial standards, the words “and skill” would have to be removed from paragraph 122(1)(b).

4. **Care, diligence and prudence** – The dictionary¹⁷⁹ defines diligence as follows: “careful effort; the ability to work hard and steadily; industry”. The fact that the word “care” is not used in the Quebec standard is therefore of no consequence, since it is covered by the word “diligence”.

The word “prudence” is defined as “the exercising of careful thought before taking action”, “giving thought to one’s actions and their consequences.”

While the provincial standard directly requires acting with prudence, the French version of the federal standard arrives at the same outcome by imposing a duty to act with the same care, diligence and skill as “une personne prudente” would do. The English version refers to “a reasonably prudent person” [emphasis added], a nuance that has been lost in the French version but that should perhaps be restored.¹⁸⁰ The application by the

¹⁷⁸ Section 123.84 of the *Quebec Companies Act*, *supra* note 63, still refers to the “appropriate skill” of the director. In French, the term used is “habileté convenable”, just as in article 1710 of the *Civil Code of Lower Canada*, on which section 123.84 was modeled. This has no implications for federal corporations but may indicate that, for provincial companies, the legislature has not abandoned a certain duty of skill. This reinforces the objective-subjective interpretation recommended for the provincial standard.

¹⁷⁹ Dictionary of Canadian English, W.G. Gage Limited.

¹⁸⁰ By way of comparison, see the French wording of subsections 117.1(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th supp.), c. 1, and 323(3) of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15.

Quebec courts of the provincial standard established through the doctrine of the reasonably prudent person will once again ensure full harmonization between the two standards.

5. **Public policy** – It is accurate to state that, in contrast with the federal statute,¹⁸¹ the *Civil Code of Québec* does not indicate that the duties of prudence and diligence that it imposes on directors of legal persons are a matter of public policy any more than provincial corporate legislation, but these duties have been declared as such in the recent decision *Enerchem Transport inc. v. Gravino*¹⁸². Such a position seems logical, particularly in light of articles 323 and 2146, which alone permit these duties owed by directors and mandataries to be waived in certain specific circumstances.¹⁸³ In any event, it is clear that subsection 123(3) applies to directors and officers of federal business corporations by virtue of article 300 of the *Civil Code of Québec*.

There may be a discrepancy between the standards in this regard; it is still too soon to say.

6. **Duties towards the corporation** – Although paragraph 122(1)(b) does not specifically provide that the duties of care, skill and diligence owed by directors and officers apply to the corporation, there is no doubt that this is in fact the case. In Quebec, article 321 of the *Civil Code of Québec* applies in a suppletive manner to federal corporations through the effect of article 300 of the Code as well as section 8.1 of the federal *Interpretation Act*,¹⁸⁴ given that the *Canada Business Corporations Act* is silent on the legal status of directors; the latter are thus deemed to be mandataries of the corporation. Moreover, officers of the corporation are mandataries thereof for the same reason, under article 312 of the *Civil Code of Québec* and the general scheme of the mandate.¹⁸⁵ The duties set out in paragraph 122(1)(b) thus apply to

¹⁸¹ See Martel, *supra* note 56 at para. 23-391.

¹⁸² [2005] J.Q. No. 11404 (Sup. Ct.) (QL), stating of public policy articles 322, 2138 and 2088 of the *Civil Code of Québec*.

¹⁸³ Compare, however, section 102(b)(7) of the Delaware *General Corporation Law*, added in 1986, which limits or even eliminates by statute directors' liability for breaches of their duty of care.

¹⁸⁴ R.S.C. 1985, c. 1-21.

¹⁸⁵ See Crête & Rousseau, *supra*, note 10 at 455ff.

the corporation, like those established in articles 321 and 2138 of the *Civil Code of Québec*.¹⁸⁶

Peoples affirms the contrary. With all due respect, this is its major shortcoming.

In the common law, it is well established that the directors' duties of diligence and care are owed to the corporation, and *Peoples* will probably be treated by the courts in provinces other than Quebec as applying only to federal corporations domiciled in Quebec. In Quebec law, this principle undoubtedly applies to the directors of companies governed by the *Companies Act* because of the interplay between section 123.83 of that Act and articles 321, 322 and 2138 of the *Civil Code of Québec*.

Peoples, which we believe to be incorrect, therefore applies only to federal corporations in Quebec; for them, there is an acute harmonization problem. An amendment to subsection 122(1) may be necessary to specify that all the duties set out therein are owed to the corporation. The example of the August 2007 amendment of subsection 134(1) of Ontario's *Business Corporations Act* might be followed.

7. **Financial statements and expert reports** – The *Civil Code of Québec* does not set out the same presumption as the federal statute¹⁸⁷ to the effect that the duty of diligence and care is met by relying in good faith on financial statements or expert reports. This has no implications for federal corporations since the *Civil Code of Québec* does not encroach on the presumption of subsections 122(4) and (5), which takes precedence in accordance with article 300 of the *Code*.

The situation is not that different for provincial companies, since section 123.84 of the *Companies Act* provides that:

“A director is presumed to have acted with appropriate skill and with prudence and diligence if he relies on the opinion or report of an expert to take a decision.”

¹⁸⁶ See Martel, *La compagnie au Québec*, *supra* note 56 at para. 23-389.

¹⁸⁷ And, in particular, the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, at s. 101(2.1).

Even without such a provision, it would be extremely surprising for a director of a provincial company to be deemed to have failed in his duties of diligence and prudence if he were to demonstrate that he had relied on the report of an expert or on financial statements presented as accurate in making a decision. He would in fact have fulfilled this duty by seeking information before acting.

It therefore seems that there is harmonization between the two standards.

Conclusion

Until the decision in *Peoples*, there was full harmonization between the federal and provincial standards with respect to the duties of care, diligence and skill owed by directors and officers, to the extent that the courts adhere to the subjective-objective interpretation that the doctrine gave to the second of those standards.

However, as we have seen, *Peoples* has changed the situation. To harmonize the standards once again, it may be necessary to make amendments to paragraph 122(1)(b) of the federal statute to eliminate the reference to the duty of skill and specify (as did the Ontario legislature in 2007) that the duties set out therein are owed to the corporation.

It would nonetheless be good if Parliament were to better harmonize the English and French versions of paragraph 122(1)(b) by adding to the latter the word “raisonnablement” between the words “personne” and “prudente”. The same clarification should be made in the corresponding provisions of the other federal statutes based on the *Canada Business Corporations Act*.

