COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

136-08-CA

SABIAN LTD., SABIAN INC., PERCUSSION LIMITED, ZED CO. LTD. ROBERT ZILDJIAN, MARGARET WILLIAMINA ZILDJIAN, SALLY ANNE TEAGUE and ARMAND ALEXANDER ZILDJIAN

(Defendants) APPELLANTS

- and -

WILSON McTAVISH ZILDJIAN

(Plaintiff) RESPONDENT

Sabian Ltd. et al. v. Zildjian, 2009 NBCA 43

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson

Appeal from decisions
of the Court of Queen's Bench:
December 11, 2008 and January 15, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 407

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal of New Brunswick
[2009] N.B.J. No. 15

Appeal heard:
May 14, 2009

Judgment rendered:
July 2, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

SABIAN LTD., SABIAN INC., PERCUSSION LIMITED, ZED CO. LTD., ROBERT ZILDJIAN, MARGARET WILLIAMINA ZILDJIAN, SALLY ANNE TEAGUE et ARMAND ALEXANDER ZILDJIAN

(Défendeurs) APPELANTS

- et -

WILSON McTAVISH ZILDJIAN

(Demandeur) INTIMÉ

Sabian Ltd. et autres c. Zildjian, 2009 NBCA 43

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson

Appel des décisions
de la Cour du Banc de la Reine
Le 11 décembre 2008 et le 15 janvier 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 407

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick
[2009] A.N.-B. n° 15

Appel entendu :
Le 14 mai 2009

Jugement rendu :
Le 2 juillet 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee

Counsel at hearing:

For the appellants:
Charles D. Whelly, Q.C., for Robert Zildjian, Margaret Williamina Zildjian, Sally Anne Teague and Armand Alexander Zildjian

Peter E. Crocco, Q.C.
for Sabian Ltd. and Sabian Inc.

For the respondent:
David Duncan Young

THE COURT

The appeal is dismissed. The respondent is entitled to one set of costs from the appellants in the amount of $3,500. With respect to the preliminary motion for leave to appeal and for a stay of judgment, the respondent is entitled to one set of costs in the amount of $1,500.

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Charles D. Whelly, c.r., pour Robert Zildjian, Margaret Williamina Zildjian, Sally Anne Teague et Armand Alexander Zildjian

Peter E. Crocco, c.r.,
pour Sabian Ltd. et Sabian Inc.

Pour l'intimé :
David Duncan Young

LA COUR

Rejette l'appel. L'intimé a droit à une masse de dépens s'établissant à 3 500 $ que les appelants devront lui verser. En ce qui concerne la motion préliminaire en autorisation d'appel et en suspension du jugement, l'intimé a droit à une masse de dépens, lesquels sont fixés à 1 500 $.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

[1] The ultimate issue to be decided is whether the motion judge erred in granting summary judgment against the appellant (defendant), Sabian Ltd, with respect to one of several claims set out in the Statement of Claim. The legal dispute revolves around the right of the respondent (plaintiff), Wilson McTavish Zildjian (Bill), to dividends with respect to his Class B shares issued by Sabian Ltd. In my view, the motion judge did not err.

[2] With respect to the other appellants, Robert and Margaret Zildjian are Bill's parents. The appellants Sally Teague and Armand Zildjian (Andy) are Bill's siblings. The appellant, Percussion Limited, is a Bermuda corporation. In turn, the shares of Percussion Limited are owned by a Bermuda trust and the appellant, Zed Co. Ltd. In turn, Zed Co. Ltd. is owned by another Bermuda trust. For purposes of deciding this appeal, it is accepted that it is Robert who effectively controls Percussion Limited. The remaining appellant, Sabian Inc., is an American corporation and an affiliate of the other corporate parties. Sabian Inc. carries on business as a distributor of cymbals throughout the United States on behalf of Sabian Ltd.

[3] Sabian Ltd. is a New Brunswick corporation. Its Letters Patent provide that the holders of Class B shares "shall be entitled to share in the dividends equally" with holders of Class A shares. There are 2000 outstanding Class B shares. Bill owns 667 1/3. His sister Sally and his brother Andy each own 666 1/3 Class B shares. There are also 2003 outstanding Class A shares in Sabian Ltd. Percussion Limited holds 2000. Robert owns the remaining three in his own right.

[4] Of significance to this appeal, is the manner in which Bill, his father and Bill's two siblings acquired their shares in Sabian Ltd. The Avedis Zildjian Co. was an American company incorporated in 1929 by Avedis Zildjian (Robert's father and Bill's

grandfather). The company was the leading manufacturer of high quality cymbals and drum sticks throughout the world. At that time the manufacturing plant was located in Massachusetts. Sabian Ltd. (originally Azco Ltd.) was one of a group of companies owned by the Avedis Zildjian family. It was incorporated in New Brunswick in 1967 to carry on part of the manufacturing process in the small community of Meductic. From 1967 onwards the company was operated by Avedis Zildjian and his two sons: Robert and Armand. Over time, all three men gifted shares in the various corporations to the respective children of Robert and Armand. In 1979, Avedis Zildjian died. Following his death Robert and his brother Armand became involved in a bitter dispute. In 1981, the brothers resolved their differences in the following manner. Robert and his children gave up their interests in Avedis Zildjian Company and Armand and his children gave up their interests in Sabian Ltd. As a result of that reorganization, Robert continued to manufacture cymbals in New Brunswick under the trade name Sabian Cymbals. Armand continued to manufacture cymbals in the United States under the trade name Zildjian Cymbals. The two corporations still compete directly with one another. It is because of the corporate reorganization that the parties to this appeal became shareholders in Sabian Ltd.

[5] Between 2002 and 2005 inclusive, Sabian Ltd. declared and paid a total of $1,522,280 in dividends to the Class A shareholders. However, no dividend was paid or declared with respect to the Class B shares. Beginning in 2000, Robert and his wife made annual gifts to each of their three children. Bill received in US dollars: $20,000 in both 2000 and 2001; another $30,000 in 2002; $50,000 in both 2003 and 2004; and $60,000 in both 2005 and 2006. In brief, Bill received gifts totalling $290,000 during the period 2000-2006. For the dividend years in question (2002-2005) Bill received gifts totalling $190,000. The appellants argued the cash gifts were in substitution of dividends payable to Class B shareholders and that Bill had “acquiesced” in the arrangement. Bill maintained that he knew nothing about the fact that as a child he owned shares in Avedis Zildjian Co. (held in trust by his father) and that as part of the 1981 corporate reorganization he became the owner of Class B shares in Sabian Ltd., which shares entitled him to share equally in the dividends with Class A shareholders. In his affidavit,

Bill states that he did not learn that he was the owner of Class B shares until 2006 and not until 2007 did he learn of his right to share in dividends with Class A holders.

[6] Examining the documentary record and, in particular, the affidavits of Bill, Robert and Andy, the motion judge rejected the appellants' acquiescence argument. She reviewed the jurisprudence dealing with acquiescence and concluded for such a plea to succeed it must be established that the person acquiesced with full knowledge of his or her rights and material facts. The relevant principle is conveniently stated in *Sutherland, Moore and D & R Sutherland Ltd. v. Peat Moss Plant Foods Ltd. and Hitchcock* (1983), 43 N.B.R. (2d) 671 (C.A.), [1983] N.B.J. No. 38 (QL), para. 33.

[7] Based on the affidavit evidence, the motion judge concluded that Bill was unaware that dividends were being paid to Class A shareholders and, more importantly, was unaware Class B shareholders were entitled to share equally with Class A holders. As to Bill's receipt of annual gifts from his parents, the motion judge noted that the gifts commenced prior to the declaration of payment of dividends to Class A shareholders, in 2002, and continued on after the declaration of dividends ended in 2005. Moreover, the motion judge noted that had Bill been paid dividends in 2002 he would have received approximately $167,000 (Can) as compared to the $30,000 (US) gift in fact received. In other words, the motion judge recognized that there was no correlation between the amount of the annual gift and the dividends that should have been paid to Bill during the years in question. Finally, the motion judge did not find Robert's "vague" assertion that he had discussed the payment of dividends with each of his children to be compelling in that there is nothing to suggest that they "understood and waived" their rights. Together these observations, inferences and facts lead the motion judge to conclude: "The gifts were not a manner of paying dividends."

[8] Applying the decision of this Court in *Cannon v. Lange et al.* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 313 (QL), the motion judge ruled that Bill was entitled to summary judgment with respect to dividends that should have been paid to Class B shareholders during the period in question. The amount awarded was $517,575

plus interest of 5% from the date the Class A shareholders were paid in each year. This amount was calculated on the understanding Bill held 34% of the Class B shares. At a subsequent hearing held under the "Slip Rule", the amount was revised to reflect the fact Bill held only 33.367% of the Class B shares. Hence, the judgment was amended to declare the amount owing as $507,929, plus interest.

[9] The appellants subsequently applied for leave to appeal the summary judgment decision and for a stay of judgment pending the disposition of the impugned judgment. While the motion judge ruled that leave was not required, she refused to grant a stay order. The motion judge left the matter of costs to the panel hearing the present appeal.

[10] The appellants raise three grounds of appeal which I have reformulated to reflect the arguments actually advanced before the Court: (1) the motion judge granted summary judgment even though other triable and non-severable issues remained to be decided; (2) the motion judge misapprehended key evidence surrounding the intention of the Board of Directors with respect to the payment of dividends; and (3) the motion judge incorrectly calculated the amount owing to Bill under the summary judgment. The latter issue hinges on the interpretation of the term "to share in the dividends equally" as found in the Letters Patent of Sabian Ltd.

[11] In my view, there is no merit to the "severability" argument. In his Amended Statement of Claim, Bill makes three distinct claims. The first is for an order of liquidation and dissolution under s. 141 of the *Business Corporations Act*, S.N.B. 1981, c. B-9.1. The second is for relief with respect to conduct that is oppressive, unfairly prejudicial or unfairly disregards Bill's interests as provided for under s. 166 of the *Act*. Finally, Bill applied for a compliance order, under s. 72, directing the payment of dividends according to the Letters Patent of Sabian Ltd. As is evident, there is no direct or indirect correlation between the granting of relief under the third heading and the first two. Evidence surrounding the non-payment of dividends to Class B shareholders may be viewed as relevant to the oppression and liquidation orders being sought, but an order

directing compliance with the Letters Patent does not prejudice any of the parties to the underlying litigation. In brief, the circumstances surrounding the payment of dividends remain a relevant consideration when dealing with the other claims for relief. The fact Bill is owed money because of a failure to pay dividends in accordance with the Letters Patent does not detract from that reality.

[12] The appellants also argue that the motion judge misapprehended key evidence surrounding the payment of dividends. In truth, the argument being advanced does not appear to have been pursued before the motion judge which may explain why it was not dealt with in her reasons. As the argument is alluded to in the affidavit evidence, I am prepared to deal with it.

[13] At first blush, the appellants' "misapprehension" argument is confusing because it involves an abandonment of the "acquiescence" defence discussed above and the introduction of a new defence: "mistake". Let me explain. The appellants have abandoned their argument that Bill acquiesced to the arrangement that dividends to Class B shareholders would come in the form of annual gifts paid by his father out of the dividends paid to him directly or indirectly as a Class A shareholder. As stated above, the motion judge ruled against the appellants on this issue, principally because there is no correlation between the amount of the gift and the dividend payable as of right to Class B shareholders. Instead, the appellants have reformulated their argument as follows. The Board of Directors of Sabian Ltd. never intended that both Class A and B shareholders would each receive $1.5 million in dividends ($3 million in total). Rather, the Directors intended that dividends totalling $1.5 million be distributed. The corollary of the argument is to the effect that had the dividends been divided equally between the Class A and B shareholders Bill would be entitled to approximately $250,000 and not the $500,000 awarded by the motion judge. The appellants' argument ends with the following premise: if too much had been paid to Class A shareholders, those amounts could be recovered and the appropriate portion paid to Bill.

[14] The validity of the above argument hinges initially on the persuasiveness of the evidence in support. In this respect, there are only subtle differences between the affidavits of Robert and Andy. Andy states that he was a member of the Board of Directors of Sabian Ltd. throughout 2002-2006. Both Andy and Robert state that the Directors of Sabian Ltd. intended the total amount of dividends payable to all Class A and B shareholders for 2002-2005 inclusive would be $1.5 million. Paragraph 40 of Robert's affidavit and paragraph 23 of Andy's affidavit concludes: "The Board of Directors, in my view, would never have approved payment of an additional $1.5 million in dividends." Accepting that the Class A shareholders were overpaid by approximately 50%, the appellants insist the overpayment may be recovered from these shareholders (Percussion Limited and Robert) in which case Bill would be entitled to one half of what the motion judge held to be owing.

[15] In my view, the appellants' argument is not persuasive. There is no compelling evidence to support the notion that the Directors of Sabian Ltd. laboured under the mistaken belief that the dividends declared payable to Class A shareholders were to be shared equally with Class B shareholders. The motion judge was not provided with any evidence of facts surrounding the declaration of dividends, and except for Andy, the record does not identify those who were Directors of Sabian Ltd. at the relevant times. Moreover, there is no evidence suggesting that Sabian Ltd. has taken any corporate action to recover any overpayment from the Class A shareholders. In effect, the appellants are arguing the Board of Directors was ignorant of the right of Class B shareholders to share equally with Class A shareholders when it came to the payment of dividends. In my view, the argument lacks plausibility when measured against the documentary record. After all, we are dealing with a multi-million dollar corporation that operates through a series of off-shore family trusts and holding corporations which take advice from Canadian, Bermudian and American lawyers. Bluntly stated, Sabian Cymbals is not a mom-and-pop business operation. To boot, the appellants' argument is not even supported by an affidavit from the company secretary. Finally one cannot help but note the incompatibility of the appellants' "acquiescence" and "mistake" defences to Bill's claim for dividends. The first defence (acquiescence) is premised on the fact that

Bill's father (Robert) knew of the dividend rights attached to the Class B shares. The second defence (mistake) is premised on the understanding that Bill's father and the Board of Directors failed to appreciate that Class B shareholders possessed a right to dividends once Class A shareholders became entitled to dividends. For these cumulative reasons, I cannot accept the appellants' defence of mistake.

[16] I am left with the argument the motion judge incorrectly calculated the amount owing to Bill with respect to his Class B shares because she misinterpreted the Letters Patent. From the outset, the motion judge interpreted the phrase "shall be entitled to share in the dividends equally" to mean that for every $1 in dividends received by the Class A shareholders, those with Class B shares were entitled to $1. As Bill owned 33.367% of the Class B shares he was entitled to that percentage of the dividends that should have been paid to him based on the amount of dividends actually paid to the Class A shareholders (33.367% x $1,555,280 = $507,939). While this approach seems perfectly reasonable, it is problematic in the following situation. Assume there are 2,000 Class A shares and 10 Class B shares. Assume also that a dividend of $1 per Class A share is declared for a total of $2,000. According to the motion judge's method of calculation, the holders of Class B shares would also be entitled to $2,000 and, hence, each Class B shareholder would receive a dividend of $200 per share. Counsel for Bill argues this result makes no sense in that Class B shareholders receive 20 times more per share in dividends than Class A holders. To rectify this perceived inequity, counsel argues the Letters Patent must be read so that the dividends are calculated on a per share basis. Thus, in the above example, the Class B shareholder would be entitled to $1 per share and not $20 as is payable under the motion judge's approach to the calculation of dividends.

[17] In the present case, it just happens that the number of Class A and B shares is nearly identical (2003 versus 2000) and, hence, the interpretative approach does not lead to a large or significant discrepancy between the amount the motion judge declared to be owing and what counsel for the appellants contends is the proper amount. The difference is shy of $800 in favour of Sabian Ltd. ($507,929 versus $507,137). On reflection, it is best that this Court not decide the interpretative issue posed for this

reason. It was not raised by the parties at the motion hearing. While the appellants attempted to raise the issue at the hearing of the “slip motion” I can understand why the motion judge refused to entertain any argument with respect to the method of calculating the amount owing to Bill based on the interpretation of the Letters Patent. Too frequently, counsel look upon slip motions as an opportunity to revisit issues that have been already decided or should have been dealt with at the initial hearing. As the method of calculating the amount owing to Bill was not in issue on the original motion and as the calculation issue, as raised by the appellants, involved competing interpretations of the Letters Patent and an understanding of other corporate issues, it is understandable the motion judge would have refused to entertain a new argument. Accordingly, I am prepared to uphold the motion judge’s decision with respect to the amount owing but for purposes of deciding this appeal only. I leave it to another day or court to rule on the interpretative issue outlined above.

[18] I would dismiss the appeal and grant the respondent one set of costs in the amount of $3,500. With respect to the preliminary motion for leave to appeal and for a stay of judgment, I would grant the respondent one set of costs in the amount of $1,500.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE ROBERTSON

[1] La question ultime qu'il nous faut trancher consiste à savoir si la juge qui a entendu la motion a commis une erreur en rendant un jugement sommaire contre la défenderesse appelante Sabian Ltd., en ce qui concerne une des nombreuses prétentions énoncées dans l'exposé de la demande. Le différend juridique concerne le droit du demandeur intimé, Wilson McTavish Zildjian (Bill), à des dividendes relativement aux actions de la Classe B émises par Sabian Ltd. qu'il détient. J'estime que la juge saisie de la motion n'a pas commis d'erreur.

[2] En ce qui concerne les autres appelants, Robert et Margaret Zildjian sont les parents de Bill. Les appelants Sally Teague et Armand Zildjian (Andy) sont la sœur et le frère de Bill. L'appelante Percussion Limited est une société des Bermudes. Les actions de Percussion Limited appartiennent à une fiducie des Bermudes et à l'appelante Zed Co. Ltd. Cette dernière société appartient quant à elle à une autre fiducie des Bermudes. Pour les fins de la décision du présent appel, il est entendu que c'est Robert qui contrôle effectivement Percussion Limited. L'appelante restante, Sabian Inc., est une société américaine et elle est une filiale des autres sociétés qui sont parties à l'instance. Sabian Inc. est une entreprise qui distribue des cymbales partout aux États-Unis pour le compte de Sabian Ltd.

[3] Sabian Ltd. est une société du Nouveau-Brunswick. Ses lettres patentes précisent que les détenteurs d'actions de la classe B [TRADUCTION] « ont droit d'avoir part aux dividendes au même titre » que les détenteurs d'actions de la classe A. Il y a 2 000 actions de la classe B en circulation. Bill est propriétaire de 667 actions 1/3. Sa soeur Sally et son frère Andy sont chacun propriétaires de 666 actions 1/3 de la classe B. Il y a aussi 2 003 actions de la classe A de Sabian Ltd. en circulation. Percussion Limited détient 2 000 de ces actions. Robert est personnellement propriétaire des trois actions restantes.

[4] Ce qui est important pour les fins du présent appel, c'est la manière dont Bill, son père, son frère et sa sœur ont acquis leurs actions dans Sabian Ltd. La société Avedis Zildjian Co. était une compagnie américaine qu'Avedis Zildjian (père de Robert et grand-père de Bill) avait constituée en corporation en 1929. Cette compagnie était la principale fabricante mondiale de cymbales et de baguettes de tambour de haute qualité. À l'époque, l'usine de fabrication était située au Massachusetts. Sabian Ltd. (dont le nom était à l'origine Azco Ltd.) faisait partie d'un groupe d'entreprises qui appartenaient à la famille d'Avedis Zildjian. Elle a été constituée en corporation au Nouveau-Brunswick en 1967 afin d'effectuer une partie de la production dans la petite collectivité de Meductic. À partir de 1967, la compagnie a été exploitée par Avedis Zildjian et ses deux fils, Robert et Armand. Au fil du temps, les trois hommes ont tous fait don d'actions des différentes sociétés aux enfants respectifs de Robert et d'Armand. En 1979, Avedis Zildjian est décédé. À la suite de son décès, Robert et son frère Armand se sont engagés dans un âpre conflit. En 1981, les frères ont réglé leur différend de la manière suivante. Robert et ses enfants ont renoncé à leurs intérêts dans la société Avedis Zildjian Company et Armand et ses enfants ont renoncé à leurs intérêts dans Sabian Ltd. Par suite de cette réorganisation, Robert a continué à fabriquer des cymbales au Nouveau-Brunswick sous le nom commercial de Sabian Cymbals. Armand a continué à fabriquer des cymbales aux États-Unis sous le nom commercial de Zildjian Cymbals. Les deux sociétés se livrent toujours une concurrence directe. C'est en raison de la réorganisation des sociétés que les parties au présent appel sont devenues actionnaires de Sabian Ltd.

[5] Entre 2002 et 2005 inclusivement, Sabian Ltd. a déclaré et servi des dividendes totalisant 1 522 280 $ aux actionnaires de la classe A. Toutefois, aucun dividende n'a été servi ou déclaré en ce qui concerne les actions de la classe B. À compter de l'an 2000, Robert et son épouse ont fait des dons annuels à chacun de leurs trois enfants. Bill a reçu en dollars des États-Unis : 20 000 $ à la fois en l'an 2000 et en 2001; 30 000$ de plus en 2002; 50 000 $ à la fois en 2003 et 2004; et 60 000 $ à la fois en 2005 et en 2006. En résumé, Bill a reçu des dons s'établissant au total à 290 000 $ pendant la période de l'an 2000 à 2006. Pendant les années en question où des dividendes ont été versés (soit de 2002 à 2005), Bill a reçu des dons totalisant 190 000 $. Les

appelants prétendent que les dons en espèces ont été faits en remplacement des dividendes payables aux actionnaires de la classe B et que Bill avait [TRADUCTION] « acquiescé » à cet arrangement. Bill a soutenu qu'il ne savait rien à propos du fait qu'enfant, il était propriétaire d'actions de la société Avedis Zildjian Co. (que son père détenait en fiducie) et que dans le cadre de la réorganisation des sociétés effectuée en 1981, il est devenu propriétaire d'actions de la classe B de Sabian Ltd., actions qui lui donnaient droit d'avoir part aux dividendes au même titre que les actionnaires de la classe A. Dans son affidavit, Bill déclare que ce n'est qu'en 2006 qu'il a appris qu'il était propriétaire d'actions de la classe B et que ce n'est qu'en 2007 qu'il a su qu'il avait le droit d'avoir part aux dividendes au même titre que les détenteurs d'actions de la classe A.

[6] Après avoir examiné la preuve produite et tout particulièrement les affidavits de Bill, Robert et Andy, la juge saisie de la motion a rejeté l'argument des appelants voulant qu'il y ait eu acquiescement. Elle a examiné la jurisprudence relative à l'acquiescement et a conclu que pour que ce moyen de défense soit accueilli, il fallait établir que la personne en question avait acquiescé en étant parfaitement au courant de ses droits et des faits substantiels. Le principe pertinent est bien exposé dans l'arrêt *Sutherland, Moore and D & R Sutherland Ltd. c. Peat Moss Plant Foods Ltd. and Hitchcock* (1983), 43 R.N.-B. (2e) 671 (C.A.), [1983] A.N.-B. no 38 (QL), au par. 33.

[7] La juge saisie de la motion a conclu, en s'appuyant sur la preuve par affidavit, que Bill ne savait pas que des dividendes étaient versés aux actionnaires de la classe A et, fait plus important, ne savait pas que les actionnaires de la classe B avaient droit d'avoir part aux dividendes au même titre que les détenteurs d'actions de la classe A. En ce qui concerne le fait que Bill avait reçu des dons annuels de ses parents, la juge saisie de la motion a souligné que les dons avaient commencé à être faits avant la déclaration de versement de dividendes aux actionnaires de la classe A, en 2002, et avaient continué de l'être après que la déclaration de dividendes eut cessé en 2005. De plus, la juge saisie de la motion a souligné que si Bill avait touché des dividendes en 2002, il aurait reçu environ 167 000 $ (CAN) par opposition au don de 30 000 $ (USD)

qu'il a en fait reçu. Autrement dit, la juge saisie de la motion a reconnu qu'il n'y avait aucune corrélation entre le montant du don annuel et les dividendes qui auraient dû être servis à Bill au cours des années en question. Finalement, la juge saisie de la motion n'a pas trouvé convaincante l'assertion [TRADUCTION] « vague » de Robert selon laquelle il avait discuté du versement de dividendes avec chacun de ses enfants étant donné que rien ne donnait à penser que ceux-ci avaient [TRADUCTION] « compris [leurs droits] et y avaient renoncé ». Ensemble, ces observations, ces inférences et ces faits ont amené la juge saisie de la motion à conclure que [TRADUCTION] « les dons n'étaient pas assimilables au versement de dividendes ».

[8] La juge saisie de la motion a appliqué la décision de notre Cour dans l'affaire *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2e) 121 (C.A.), [1998] A.N.-B. no 313 (QL) et a statué que Bill avait droit à un jugement sommaire en ce qui concernait les dividendes qui auraient dû être versés aux actionnaires de la classe B pendant la période en question. Le montant accordé s'est établi à 517 575 $ majoré d'intérêts calculés au taux de 5% à compter de la date à laquelle les actionnaires de la classe A avaient reçu des dividendes chaque année. Ce calcul était fondé sur la prémisse que Bill détenait 34% des actions de la classe B. Lors d'une audience subséquente tenue en vertu de la règle dite du « lapsus », ce montant a été révisé pour tenir compte du fait que Bill ne détenait que 33,367% des actions de la classe B. Le jugement a donc été modifié aux fins de déclarer que le montant exigible s'établissait à 507 929 $, plus les intérêts.

[9] Les appelants ont subséquemment sollicité l'autorisation d'interjeter appel de la décision d'accorder le jugement sommaire, de même que la suspension de l'exécution de ce jugement jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le jugement contesté. Bien que la juge saisie de la motion ait statué que l'autorisation n'était pas obligatoire, elle a refusé d'ordonner la suspension de l'exécution. La juge saisie de la motion a laissé à la formation qui a entendu le présent appel le soin de trancher la question des dépens.

[10] Les appelants soulèvent trois moyens d'appel que j'ai reformulés afin qu'ils reflètent les arguments réellement invoqués devant la Cour : (1) la juge saisie de la motion a rendu un jugement sommaire malgré le fait qu'il restait d'autres questions justiciables et indissociables à trancher; (2) la juge saisie de la motion a mal interprété certains éléments de preuve fondamentaux relatifs à l'intention du conseil d'administration en ce qui concernait le versement de dividendes; (3) la juge saisie de la motion a calculé de façon inexacte le montant devant être payé à Bill en vertu du jugement sommaire. Cette dernière question dépend de l'interprétation de l'expression [TRADUCTION] « avoir part aux dividendes au même titre » que les détenteurs d'actions de la classe A, que l'on trouve dans les lettres patentes de Sabian Ltd.

[11] J'estime que l'argument ressortissant à la « dissociabilité » est sans fondement. Dans l'exposé de sa demande modifié, Bill formule trois prétentions distinctes. La première vise à obtenir une ordonnance de liquidation et de dissolution en vertu de l'art. 141 de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1. La seconde vise l'obtention d'une mesure réparatoire relativement à une conduite qui abuse des droits de Bill, porte atteinte à ses intérêts ou n'en tient pas compte, comme le prévoit l'art. 166 de la *Loi*. Finalement, Bill a sollicité, sous le régime de l'art. 172, une ordonnance d'exécution prescrivant le versement des dividendes en conformité avec les lettres patentes de Sabian Ltd. Il est évident qu'il n'y a pas de corrélation directe ou indirecte entre le fait d'accorder la réparation demandée au troisième chef et celles visées dans le cadre des deux premiers. La preuve relative au non-paiement des dividendes aux actionnaires de la classe B peut être considérée comme pertinente en ce qui concerne les ordonnances qui sont demandées au titre de l'abus des droits et de la liquidation, mais une ordonnance prescrivant la conformité avec les lettres patentes ne porte préjudice à aucune des parties au litige sous-jacent. En somme, les circonstances du versement des dividendes demeurent une considération pertinente aux fins de l'examen des autres mesures réparatoires sollicitées. Le fait que l'on doive de l'argent à Bill en raison d'un défaut de servir des dividendes conformément aux lettres patentes ne change rien à cette réalité.

[12] Les appelants prétendent également que la juge saisie de la motion a mal interprété certains éléments de preuve fondamentaux concernant le versement des dividendes. À vrai dire, l'argument ainsi invoqué ne semble pas avoir été débattu devant la juge saisie de la motion, ce qui explique sans doute pourquoi elle n'en a pas fait état dans ses motifs. Puisqu'il est fait allusion à cet argument dans l'affidavit, je suis disposé à l'examiner.

[13] À première vue, l'argument des appelants voulant qu'il y ait eu « interprétation erronée » prête à confusion parce qu'il suppose une renonciation au moyen de défense fondé sur l'« acquiescement » dont nous avons fait état ci-dessus et l'introduction d'une nouveau moyen de défense : celui fondé sur l'« erreur». Je m'explique. Les appelants ont renoncé à leur argument selon lequel Bill a acquiescé à l'arrangement portant que les dividendes payables aux actionnaires de la classe B prendraient la forme de dons annuels faits par son père et prélevés sur les dividendes qui étaient directement ou indirectement versés à ce dernier en sa qualité d'actionnaire de la classe A. Comme nous l'avons vu, la juge saisie de la motion a rendu une décision défavorable aux appelants sur cette question en raison, principalement, de l'absence de corrélation entre le montant du don et le dividende payable de plein droit aux actionnaires de la classe B. Les appelants ont plutôt reformulé leur argument de la façon suivante. Le conseil d'administration de Sabian Ltd. n'a jamais eu l'intention qu'à la fois les actionnaires de la classe A et ceux de la classe B reçoivent chacun des dividendes de 1,5 millions de dollars (soit 3 millions de dollars au total). L'intention des administrateurs était plutôt de faire distribuer des dividendes s'établissant au total à 1,5 millions de dollars. Cet argument a pour corollaire qu'à supposer que les dividendes eussent été répartis également entre les actionnaires des classes A et B, Bill aurait droit à environ 250 000 $ et non aux 500 000 $ que lui a accordés la juge saisie de la motion. L'argumentation des appelants prend fin sur la prémisse suivante : si une trop grosse somme avait été versée aux actionnaires de la classe A, ces montants auraient pu être recouvrés et la partie appropriée versée à Bill.

[14] La validité de l'argumentation susmentionnée dépend initialement de la question de savoir si la preuve produite à l'appui est convaincante. À cet égard, il n'y a que de subtiles différences entre l'affidavit de Robert et celui d'Andy. Andy déclare qu'il a été membre du conseil d'administration de Sabian Ltd. pendant toute la période de 2002 à 2006. Andy et Robert déclarent tous deux que les administrateurs de Sabian Ltd. avaient l'intention que les dividendes payables à l'ensemble des actionnaires des classes A et B pour les années 2002 à 2005 inclusivement s'établissent au total à 1,5 millions de dollars. Le paragraphe 40 de l'affidavit de Robert et le paragraphe 23 de l'affidavit d'Andy se terminent sur la phrase suivante : [TRADUCTION] « J'estime que le conseil d'administration n'aurait jamais approuvé le versement de dividendes additionnels de 1,5 millions de dollars ». Si l'on reconnaît que les actionnaires de la classe A ont un trop-payé d'environ 50 %, les appelants insistent sur le fait que ce trop-payé peut être recouvré auprès des actionnaires en question (Percussion Limited et Robert) auquel cas Bill aurait droit à la moitié du montant que la juge saisie de la motion a jugé lui être dû.

[15] À mon avis, l'argument des appelants n'est pas convaincant. Il n'existe aucun élément de preuve solide à l'appui de la notion selon laquelle les administrateurs de Sabian Ltd. auraient agi en croyant à tort que les dividendes déclarés payables aux actionnaires de la classe A devaient être partagés à parts égales avec les actionnaires de la classe B. On n'a présenté à la juge saisie de la motion aucun élément de preuve établissant les faits de la déclaration de dividendes et sauf pour ce qui concerne Andy, le dossier ne précise pas qui étaient les administrateurs de Sabian Ltd. à l'époque pertinente. De plus, il n'y a aucun élément de preuve qui donne à penser que Sabian Ltd. a pris, en sa qualité de personne morale, une quelconque mesure en vue de recouvrer un trop-payé auprès des actionnaires de la classe A. En fait, les appelants se trouvent à prétendre que le conseil d'administration n'était pas au courant du droit des actionnaires de la classe B à une part égale à celle des actionnaires de la classe A pour ce qui concernait le versement des dividendes. J'estime que cet argument n'est pas plausible lorsqu'on l'apprécie au regard de la preuve documentaire. Après tout, il s'agit d'une société multimillionnaire exploitée par l'intermédiaire d'une série de fiducies familiales extraterritoriales et de

holdings qui prennent conseil auprès d'avocats canadiens, bermudiens et américains. Pour parler franchement, Sabian Cymbals n'est pas une petite entreprise familiale. De plus, l'argumentation des appelants n'est même pas étayée par un affidavit du ou de la secrétaire de la société. Finalement, on ne peut s'empêcher de souligner l'incompatibilité des moyens de défense des appelants fondés sur « l'acquiescement » et l'« erreur » avec la prétention de Bill aux dividendes. Le premier moyen de défense (l'acquiescement) a pour prémisse le fait que le père de Bill (Robert) était au courant des droits à des dividendes dont s'accompagnaient les actions de la classe B. Le deuxième moyen de défense (l'erreur) est fondé sur la prémisse que le père de Bill et le conseil d'administration ne se sont pas rendu compte que les actionnaires de la classe B étaient en droit d'obtenir des dividendes dès lors que les actionnaires de la classe A avaient droit à des dividendes. Pour l'ensemble de ces motifs, je ne puis souscrire à la défense des appelants fondée sur l'erreur.

[16] Il me reste à examiner l'argument selon lequel la juge saisie de la motion a mal calculé le montant dû à Bill au titre de ses actions de la classe B parce qu'elle a interprété les lettres patentes d'une façon erronée. D'entrée de jeu, la juge saisie de la motion a précisé que l'expression [TRADUCTION] « ont droit d'avoir part aux dividendes au même titre [que les détenteurs d'actions de la classe A] » signifiait que chaque fois qu'un dividende de 1 $ était versé aux actionnaires de la classe A, les personnes qui détenaient des actions de la classe B avaient droit à 1 $. Puisque 33,367% des actions de la classe B appartenaient à Bill, celui-ci avait droit au pourcentage des dividendes qui aurait dû lui être versé en proportion du montant des dividendes effectivement versés aux actionnaires de la classe A (33,367% x 1 555 280 $ = 507 939 $). Bien que cette méthode semble parfaitement raisonnable, elle est problématique dans la situation suivante. Supposons qu'il y ait 2 000 actions de la classe A et 10 actions de la classe B. Supposons également qu'un dividende de 1 $ par action de la classe A soit déclaré, ce qui donne un montant total de 2 000 $. Selon la méthode de calcul qu'a employée la juge saisie de la motion, les détenteurs d'actions de la classe B auraient eux aussi droit aux 2 000 $ et par conséquent, chaque actionnaire de la classe B recevrait un dividende de 200 $ l'action. L'avocat de Bill prétend que ce résultat est

illogique en ce sens que les actionnaires de la classe B reçoivent pour chaque action un dividende vingt fois plus élevé que celui que reçoivent les détenteurs d'actions de la classe A. Pour remédier à cette injustice apparente, l'avocat prétend que les lettres patentes doivent être interprétées de façon que les dividendes soient calculés au prorata de chaque action. Ainsi, dans l'exemple précédent, l'actionnaire de la classe B aurait droit à 1 $ l'action et non à 20 $ comme le veut la méthode de calcul des dividendes qu'a retenue la juge saisie de la motion.

[17] En l'espèce, il se trouve que le nombre des actions de la classe A et de la classe B est presque identique (2 003 et 2 000 respectivement) et, par conséquent, l'interprétation retenue ne donne pas lieu à une différence considérable ou importante entre le montant que la juge saisie de la motion a déclaré exigible et le montant que l'avocat des appelants prétend être le montant indiqué. La différence s'établit à un peu moins de 800 $ en faveur de Sabian Ltd. (507 929 $ plutôt que 507 137 $). À bien y penser, il est préférable que notre Cour ne tranche pas la question d'interprétation qui se pose et ce, pour la raison qu'elle n'a pas été soulevée par les parties lors de l'audition de la motion. Bien que les appelants aient tenté de soulever cette question lors de l'audition de la « motion relative au lapsus », je peux comprendre pourquoi la juge saisie de la motion a refusé d'entendre quelque argument que ce soit concernant la méthode de calcul du montant payable à Bill qui fut fondé sur l'interprétation des lettres patentes. Trop souvent, les avocats considèrent les motions relatives à un lapsus comme une occasion de revenir sur des questions qui ont déjà été tranchées ou qui auraient dû être examinées à l'audience initiale. Puisque la méthode de calcul du montant payable à Bill n'était pas en litige dans le cadre de la motion initiale et puisque la question du calcul, lorsqu'elle a été soulevée par les appelants, faisait intervenir des interprétations divergentes des lettres patentes et supposait la compréhension d'autres questions ressortissant aux sociétés, on peut comprendre que la juge saisie de la motion ait refusé d'entendre une nouvelle argumentation. Par conséquent, je suis disposé à confirmer la décision de la juge saisie de la motion en ce qui concerne le montant exigible mais seulement pour les fins de la décision du présent appel. Je reporte à un autre jour l'examen de la question

d’interprétation exposée ci-dessus ou je laisse le soin à un autre tribunal de statuer sur cette question.

[18] Je suis d’avis de rejeter l’appel et d’accorder à l’intimé une seule masse de dépens s’établissant à 3 500 $. En ce qui concerne la motion préliminaire en autorisation d’appel et en suspension du jugement, je suis d’avis d’accorder à l’intimé une seule masse de dépens que je fixe à 1 500 $.