

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

151-11-CA
172-11-CA

SIMSON, CUMMING, WEBBER, a partnership,
CUMMING, WEBBER, FRANCOEUR, a
partnership, JOHN R. SIMSON, BRUCE C.
CUMMING, JOHN E. WEBBER, MARK D.
FRANCOEUR and TERRENCE L. THORNE

(Defendants) APPELLANTS

- and -

DALE BARTEAU, GLENNA BARTEAU,
CONSTANCE ROGERSON, GILBERT
STUART, ALLISON PENDLETON, WELDON
LAMBERT, ELIZABETH DARKE, LAURIE
PENDLETON, BRIAN YOUNG, BRYAN
BARTEAU, PHILIP MINER, GLENN COX,
EDWARD POWER, FLOYD RICHARDSON,
DANA CONLEY and BRIAN CALDER

(Third Parties) RESPONDENTS

- and -

DEER ISLAND CREDIT UNION LIMITED,
a body corporate

(Plaintiff) RESPONDENT

Simson et al. v. Deer Island Credit Union Limited
and Barteau et al. 2012 NBCA 92

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
November 30, 2011

SIMSON, CUMMING, WEBBER, société en nom
collectif, CUMMING, WEBBER, FRANCOEUR,
société en nom collectif, JOHN R. SIMSON,
BRUCE C. CUMMING, JOHN E. WEBBER,
MARK D. FRANCOEUR et TERRENCE L.
THORNE,

(Défendeurs) APPELANTS

- et -

DALE BARTEAU, GLENNA BARTEAU,
CONSTANCE ROGERSON, GILBERT
STUART, ALLISON PENDLETON, WELDON
LAMBERT, ELIZABETH DARKE, LAURIE
PENDLETON, BRIAN YOUNG, BRYAN
BARTEAU, PHILIP MINER, GLENN COX,
EDWARD POWER, FLOYD RICHARDSON,
DANA CONLEY et BRIAN CALDER,

(Mis en cause) INTIMÉS

- et -

DEER ISLAND CREDIT UNION LIMITED,
corps constitué,

(Demanderesse) INTIMÉE

Simson et autres c. Deer Island Credit Union
Limited et Barteau et autres, 2012 NBCA 92

CORAM :

L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 30 novembre 2011

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2011 NBQB 334

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 334

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal
[2011] N.B.J. No. 473 (QL)

Cour d'appel
[2011] A.N.-B. n° 473 (QL)

Court of Queen's Bench
2011 NBQB 276

Cour du Banc de la Reine
2011 NBBR 276

Appeal heard and judgment rendered:
March 22, 2012

Appel entendu et jugement rendu :
Le 22 mars 2012

Reasons delivered:
November 1, 2012

Motifs déposés :
Le 1^{er} novembre 2012

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants on Appeal Case 151-11-CA:
Sandra E. Dawe

Pour les appelants au dossier n° 151-11-CA :
Sandra E. Dawe

For the appellants on Appeal Case 172-11-CA:
John P. Barry, Q.C. and Nadia M. MacPhee

Pour les appelants au dossier n° 172-11-CA :
John P. Barry, c.r. et Nadia M. MacPhee

For the respondent,
Deer Island Credit Union Limited:
Mark A. Canty, Q.C.

Pour l'intimée,
Deer Island Credit Union Limited :
Mark A. Canty, c.r.

For the respondents (third parties):
Richard Bird, Q.C.

Pour les intimés (mis en cause) :
Richard Bird, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeals are allowed. The decision of the Court of Queen's Bench striking out the Third Party Claim is set aside. The appellants are entitled to costs against the applicant third parties in the amount of \$2,000 on the motion, and on appeal in the amount of \$5,000.

Accueille les appels. La décision de la Cour du Banc de la Reine radiant la mise en cause est annulée. Les appelants ont droit, pour la motion, à des dépens de 2 000 \$ de la part des mis en cause requérants, et droit à des dépens de 5 000 \$ pour l'appel.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction and Background

[1] Between September 25, 1995, and June 30, 2007, Wendy Earle, an employee of the Deer Island Credit Union, misappropriated \$1,849,576 from her employer. The Credit Union seeks to recover its losses by suing its auditors in breach of contract and negligence. The auditors filed a statement of defence and brought a third party claim against the directors of the credit union. In their third party claim, the auditors contend the directors negligently performed their duties by, *inter alia*, failing to follow recommendations made by the auditors, failing to follow recommendations made by the Brunswick Credit Union Stabilization Board and, generally, failing to perform their duties as set out in the *Credit Unions Act*, S.N.B. 1992, c. C-32.2. The auditors contend that, had the directors complied with the *Act* and followed their recommendations and those made by the Stabilization Board, the misappropriation would have been discovered, resulting in no loss to the Credit Union. The third parties filed a motion pursuant to Rules 23.01 and 27.09 of the *Rules of Court* requesting that the third party claim be struck.

[2] The motion judge heard oral argument over two days and received written submissions. On October 7, 2011, he delivered his decision in which he allowed the motion and struck the third party claim. In that decision he speculated as follows:

Although the Third Party Claim was issued on behalf of the auditors, I doubt that it was issued on their initiative. [...]
[para. 45] [Emphasis added.]

After apparently concluding, without any evidence, that the auditors were not providing instructions to counsel, the motion judge then observed as follows, before hearing any argument on the costs issue:

[...] [T]his is a rare and exceptional case in which it may be appropriate:

- a) to make an award of full solicitor and client costs in favour of the directors;
- b) to order that such costs be paid by the auditors' solicitor personally; and
- c) To “compel” payment by the judicious exercise of the power to imprison for contempt.

[para. 45] [Emphasis added.]

[3] The motion judge then heard two days of oral submissions on costs. On November 30, 2011 he delivered his decision, in which he compelled counsel, Sandra E. Dawe, to personally pay \$45,087.00 by “12:00 noon on Thursday December 15 [...]”. In a clear threat to imprison Ms. Dawe, the motion judge ordered that if the costs were not paid by the deadline, Ms. Dawe was to personally appear at an enforcement hearing to be held in Saint John at 12:30 p.m. on Friday December 16, 2011.

[4] In two separate appeals, the auditors appeal the order striking the third party claim, and both the award of solicitor and client costs and the order that Ms. Dawe personally pay those costs. On March 22, 2012, this Court allowed both appeals and advised the parties that reasons would follow. These are our reasons for allowing the appeals.

II. Appeal from decision on motion to Strike the Third Party Claim

[5] For convenience the Third Party Claim is attached to these reasons as Appendix “A”. We allowed the appeal from the dismissal of the Third Party Claim based upon the following errors by the motion judge.

A. *Misapplication of Rule 23.01*

[6] We state the obvious when we note that this matter did not come before the motion judge by way of a motion for summary judgment under Rule 22. Despite the fact the third parties drafted their motion to include claims under both Rule 23 and 27, it is evident from the pleadings and argument that they principally relied upon Rule 23.01(1) (b). The motion fell to be decided upon the very clear language of Chief Justice Drapeau in *Sewell v. ING Insurance Co. of Canada*, 2007 NBCA 42, 314 N.B.R. (2d) 330. In what we consider to be a judicial codification of the principles to be applied on such motions, Drapeau C.J.N.B. states:

The principles that inform the determination of a defendant's motion to strike under Rule 23.01(1)(b) are well settled and can be summarized as follows: (1) the only question for judicial resolution is whether it is plain and obvious that the Statement of Claim fails to disclose the essential elements of a cause of action tenable at law. That conclusion should be reached only in the clearest of cases; (2) correlatively, absent exceptional circumstances, the court must accept as proved all facts asserted in the Statement of Claim and abstain from looking beyond the pleading itself and any documents referred to therein (see *Hogan v. Doiron et al.* (2001), 243 N.B.R. (2d) 263, [2001] N.B.J. No. 382 (QL), 2001 NBCA 97, para. 38 and *Boisvert v. LeBlanc* (2005), 294 N.B.R. (2d) 325, [2005] N.B.J. No. 561 (QL), 2005 NBCA 115, para. 21). To expand the exercise beyond those limits would operate to morph the motion under Rule 23.01(1)(b) into an application for summary judgment under Rule 22, the appropriate vehicle to determine prior to trial whether there is factual merit to a claim; (3) the Statement of Claim is to be read generously to accommodate drafting deficiencies; and (4) where a generous reading of its provisions fails to breath life into a pleading, all suitable amendments should be allowed (see Rule 27.10(1) and *LeDrew et al. v. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). Those principles reflect the Legislature's injunction that the Rules be "liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits": Rule 1.03. [para. 26]

[7] Chief Justice Drapeau’s concern that a Rule 23 motion might be morphed into a Rule 22 motion for summary judgment is, in our view, precisely what occurred in this case. This is evident when the motion judge notes that he is to be guided by the principles set out by Drapeau J.A. (as he then was) in, and quotes from, the seminal Rule 22 case of *Cannon v. Lange* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (C.A.) (QL).

[8] The motion judge’s reliance upon the principles applicable to Rule 22 motions caused him to overlook the two foundational principles of Rule 23 motions, namely: (1) the court must accept as proved all the facts set out in the Statement of Claim; and, (2) the motion can only succeed if it is plain and obvious that the Statement of Claim (or, in this case, the Third Party Claim) fails to disclose the essential elements of a cause of action. The Third Party Claim contains assertions of fact, which, if proven, would constitute the essential elements of a negligence action against the directors. We are of the view there was no basis for allowing the motion under Rule 23 or any other Rule pleaded by the third parties.

B. *Misapplication of the law relating to the limited liability of a corporation*

[9] The motion judge relies extensively on the decision in *Piedra v. Copper Mesa Mining Corporation*, 2011 ONCA 191, [2011] O.J. No. 1041 (QL) to conclude “courts must protect directors from ill-founded litigation” (para. 21) and that the “common law generally protects directors of corporations from personal liability” (para. 35). In reaching these conclusions, we are of the view the motion judge misapplied *Piedra*. Furthermore, he misapplied the jurisprudence from the seminal case of *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, [1895-9] All E.R. 33 (H.L.).

[10] In *Piedra*, the plaintiffs opposed a proposed mining project in Ecuador, which was to be carried out by a subsidiary of Copper Mesa. The plaintiffs claimed they were subjected to a campaign of intimidation, harassment, threats and violence carried out by the security agents of the subsidiary. They sued the Toronto Stock Exchange, the

parent company, Copper Mesa, and two non-management directors. The directors were not sued in negligence. The claims against them alleged they had a legal duty to “avoid acts or omissions that caused or materially contributed” to the intentional torts committed against the plaintiffs. In sum, the action against the directors contended they were vicariously liable for the actions of the security personnel in Ecuador. Cronk J.A. described the claim in part as follows:

[...] although there are several facets to the plaintiffs’ claims against the Directors, the plaintiffs’ pleadings contain virtually no particulars of any personal wrongdoing said to have been committed by the Directors.

[...]

Tellingly, the plaintiffs also fail to allege that the torts at issue were carried out at the direction or on the instructions of, or with the approval or actual knowledge of the Directors. Aside from the alleged failure to join corporate social responsibility governance frameworks (a voluntary undertaking) and a general failure to investigate, the plaintiffs do not claim any connection between the harms alleged and the Directors’ conduct. [paras. 81-82]

[11] Cronk J.A. concluded that a corporate director has no established duty in law to be mindful of the interests of strangers to the corporation when discharging his or her duties as a director. Since the proposed duty of care was not recognized in law, the Court was required to apply what has become known as the *Cooper-Anns* test to determine whether the novel duty should be given legal recognition. That test derives from *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) and *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 as confirmed in *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562. The *Coopers-Ann* test consists of two stages: (1) the evaluation of whether a relationship is sufficiently proximate and direct that it is fair to require the defendant to be mindful of the legitimate interests of the plaintiff; and (2) presuming a *prima facie* duty of care exists, whether there are any policy reasons that militate against recognizing the novel duty (see *Williams v. Canada*

(A.G.), 2009 ONCA 378, [2009] O.J. No. 1819 (QL), leave to appeal refused, [2009] S.C.C.A. No. 298 (QL)).

[12] In *Piedra* the Court concluded the claims against the Directors were novel and that the first part of the *Cooper-Anns* test, proximity, was not met. As a result the pleadings were struck. In the present case the claims against the third parties are not novel. Because negligence claims against directors constitute part of the legal landscape in Canada, the issue which arose in *Piedra*, the application of the *Cooper-Anns* test, has no relevance to the real issues between the appellant and the third parties.

[13] Although the motion judge does not specifically mention *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, his preoccupation with the need to protect corporate directors appears to be based upon a flawed understanding of the principle flowing from *Salomon* that, once legally incorporated, a corporation must be treated like any other independent person, with rights and liabilities appropriate to itself. The “corporate veil” should not, in general, be lifted to make principals of the corporation liable for its obligations. However, the corporate veil is not lifted where a plaintiff or third party relies upon an independent cause of action against the principals of the company. The evolution of the jurisprudence in this regard, commencing with *Salomon*, is carefully and succinctly set out in *ADGA Systems International Ltd. v. Valcom Ltd et al*, [1999] O.J. No. 27 (C.A.) (QL), leave to appeal refused, [1999] S.C.C.A. No. 124 (QL).

[14] In *ADGA*, the plaintiff claimed the corporate defendant, its director and two employees raided the plaintiff’s employees and thereby caused economic loss. The question before the Court was whether the director and employees could be sued for their actions as individuals assuming those actions were genuinely directed to the best interests of the corporation. In concluding that independent actions could be maintained against the director and employees, Carthy J.A. for a unanimous Court stated:

The consistent line of authority in Canada holds simply that, in all events, officers, directors and employees of corporations are responsible for their tortious conduct even

though that conduct was directed in a *bona fide* manner to the best interests of the company, always subject to the *Said v. Butt* exception. [para. 18]

[15] We note parenthetically that the *Said v. Butt* exception originates from the decision which bears its name, reported at [1920] 3 K.B. 497. That exception holds that corporate directors and employees are not liable for inducing a breach of contract by their employer, so long as the breach was undertaken in good faith and for the protection of the employer's legitimate interests. (See *Walsh v. Nicholls*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203 at para. 66). The exception does not apply to other recognized heads of tortious wrong (see *ADGA* at pp. 4-5).

[16] The Court in *ADGA* adopted the reasons of this Court in *Sullivan v. Desrosiers* (1986), 76 N.B.R. (2d) 271, [1986] N.B.J. No. 156 (C.A.) (QL), leave to appeal refused, [1987] S.C.C.A. No. 201 (QL). In *Sullivan* the plaintiffs claimed their lands had been polluted by a manure lagoon and brought actions against the corporate defendant and the manager and principal employee, Mr. Sullivan. Hoyt J.A. stated:

The question here is whether Mr. Sullivan, who was the manager and principal employee of the company that committed the nuisance, may be responsible along with the company. I see no reason why, because of his involvement in creating and maintaining the nuisance, Mr. Sullivan should not also be responsible.

[...]

Nor am I attracted to the submission that Mr. Sullivan is protected by reason of the rule in *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22. The question here, as I have pointed out, is not whether Mr. Sullivan was acting on behalf of or even if he "was" the company, but whether a legal barrier, here a company, can be erected between a person found to be a wrongdoer and an injured party thereby relieving he wrongdoer of his liability. In my opinion, once it is determined that a person breaches a duty owed to neighbouring landowners not to interfere with their reasonable enjoyment of their property, liability may be imposed on him and he may not escape by saying that as

well as being a wrongdoer he is also a company manager or employee. [paras. 16-17]

See also *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, [1992] S.C.J. No. 84 (QL).

[17] Two distinct principles have emerged from *Salomon v. Salomon* and *Said v. Butt*. Tortious conduct of directors is independently actionable, with the exception of inducing breach of contract between the corporation and a third party. Even in contractual cases, an action can be maintained against the directors in the event of fraud, deceit, dishonesty or some other conduct that brings into question the *bona fides* of their conduct. The auditors limit their claim to negligence. They have every right to come before the courts for a determination of whether or not they are correct in asserting the directors' negligence caused the Credit Union's losses.

C. *Misapplication of the Contributory Negligence Act*

[18] The auditors plead the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-19, s. 1(1) which provides as follows:

1(1) Where by the fault of two or more persons damage or loss is caused to one or more of them, the liability to make good the damage or loss is in proportion to the degree in which each person was at fault but if, having regard to all the circumstances of the case, it is not possible to establish different degrees of fault, the liability shall be apportioned equally.

1(1) Lorsqu'un dommage ou une perte ont été causés par la faute de deux personnes ou plus à l'une d'entre elles ou plus, la responsabilité de réparer ce dommage ou cette perte se partage entre elles proportionnellement à l'importance de leurs fautes respectives, mais si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il n'est pas possible d'établir des différences d'importance entre leurs fautes, la responsabilité se partage entre elles à parts égales.

[19] The auditors' position is not complicated. They deny any negligence or breach of contract on their part. However, if they are in any way responsible for the

Credit Union's losses, they say fault, at least in part, rests with the directors for their negligence in not following their (the auditors) recommendations, the recommendations of the Stabilization Board, and the requirements of the *Credit Unions Act*. This is a classic contributory negligence claim. The motion judge, however, relying upon *Piedra*, which we have already opined has limited, if any, relevance to this dispute, curiously concluded as follows:

Against this background the broad words of the *Contributory Negligence Act* cannot be interpreted as overruling the common law that generally protects directors of corporations from personal liability. An individual director, officer or employee of a corporation in performing his or her duties honestly without committing a specific personal tort is not a "person" within the meaning of the *Contributory Negligence Act*. He or she is only an agent of that corporation; the corporation is the "person" for the purposes of that *Act*. [para. 35]

[20] In response to the motion judge's observations we would offer the following. We know of no common law principle, other than the very limited application of *Said v. Butt*, which "generally protects directors of corporations from personal liability". We would add that "person" as contemplated by the *Contributory Negligence Act*, includes corporate managers, directors and employees. The definition of "person" is not determined by the merit or lack thereof of the claim. Even in situations where *Said v. Butt* applies, the wrongfully named defendants or third parties, as the case may be, are still "persons" who would need to bring a Rule 23 motion or make the argument at trial that they cannot at law be a "person [...] at fault".

III. Appeal from Decision on Costs

[21] While much could be written about the motion judge's award of solicitor-client costs against Ms. Dawe personally, we will exercise restraint and state that since we allowed the appeal on the motion to strike, the appeal regarding the costs becomes moot. It is the auditors who are entitled to costs on the dismissal of the motion, which we would fix at \$2,000.

[22] We would add that, had we concluded the appeal on the motion decision should be dismissed, we would nevertheless have allowed the appeals from the decision to order solicitor-client costs and that Ms. Dawe personally pay them. In our view, there was simply no proper basis in law or on the facts of this case to order such costs.

IV. Costs on Appeal

[23] We would award one set of costs on the two appeals to the appellant auditors against the third parties, jointly and severally, in the amount of \$5,000.

LA COUR

I. Introduction et contexte

[1] Entre le 25 septembre 1995 et le 30 juin 2007, une employée de Deer Island Credit Union, Wendy Earle, a détourné la somme de 1 849 576 \$. La coopérative de crédit cherche à réparer ses pertes en poursuivant ses vérificateurs pour rupture de contrat et négligence. Les vérificateurs ont déposé un exposé de la défense et mis en cause les administrateurs de la coopérative de crédit. Il est avancé dans la mise en cause que les administrateurs ont exécuté négligemment leurs fonctions, du fait, entre autres, qu'ils n'ont pas suivi les recommandations des vérificateurs, qu'ils n'ont pas suivi les recommandations du Brunswick Credit Union Stabilization Board et, de façon générale, qu'ils n'ont pas exécuté leurs fonctions comme l'exige la *Loi sur les caisses populaires*, L.N.-B. 1992, ch. C-32.2. Les vérificateurs soutiennent que, si les administrateurs s'étaient conformés à la *Loi*, et s'ils avaient suivi leurs recommandations et celles de l'office de stabilisation, le détournement aurait été découvert et la coopérative de crédit n'aurait pas subi de perte. Les mis en cause ont déposé une motion, suivant les règles 23.01 et 27.09 des *Règles de procédure*, par laquelle ils demandaient la radiation de leur mise en cause.

[2] Le juge saisi de la motion, après un débat oral de deux jours, a reçu des observations écrites. Le 7 octobre 2011, il a rendu une décision où il accueillait la motion et radiait la mise en cause. Il a avancé, dans ses motifs, l'hypothèse suivante :

[TRADUCTION]

Bien que la mise en cause ait été déposée au nom des vérificateurs, je doute qu'elle l'ait été sur leur initiative.

[Par. 45.] [Nous soulignons.]

Après avoir apparemment conclu, sans preuve, que les vérificateurs n'avaient pas donné de directives à leur avocate, le juge saisi de la motion, avant même d'entendre les parties au chapitre des dépens, a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION]

[I]l s'agit en l'espèce d'un cas rare et exceptionnel dans lequel les mesures suivantes peuvent être indiquées :

- a) accorder la totalité des frais entre avocat et client aux administrateurs;
- b) ordonner que ces dépens soient personnellement supportés par l'avocate des vérificateurs;
- c) « forcer » le paiement par l'exercice judiciaire du pouvoir d'emprisonner une personne pour outrage.

[Par. 45.] [Nous soulignons.]

[3] Des observations orales sur les dépens ont suivi quelque temps après et ont duré deux jours. Le 30 novembre 2011, le juge saisi de la motion a rendu une décision par laquelle il forçait l'avocate, M^e Sandra E. Dawe, à verser à titre personnel la somme de 45 087 \$ au plus tard [TRADUCTION] « à midi le jeudi 15 décembre ». Pour le cas où les dépens ne seraient pas payés à l'échéance, il ordonnait à M^e Dawe, nettement menacée d'emprisonnement, de comparaître en personne à une audience qui porterait sur l'exécution forcée de la décision et qui devait avoir lieu à Saint John, à midi trente, le vendredi 16 décembre 2011.

[4] Par deux appels distincts, les vérificateurs se pourvoient de l'ordonnance de radiation de la mise en cause, et tant de la condamnation aux frais entre avocat et client que de l'ordonnance prescrivant à M^e Dawe d'acquitter ces frais personnellement. Le 22 mars 2012, notre Cour a accueilli les deux appels et indiqué aux parties que des motifs suivraient. Nous donnons aujourd'hui ces motifs.

II. Motion en radiation de la mise en cause – appel de la décision

[5] Par souci de commodité, la mise en cause accompagne les présents motifs (annexe A). Nous avons accueilli l'appel formé contre le rejet de la mise en cause, vu les erreurs énoncées ci-après que le juge saisi de la motion a commises.

A. *Application erronée de la règle 23.01*

[6] Nous ferons d'abord remarquer, encore que ce soit une évidence, que le juge n'était pas saisi d'une motion en jugement sommaire en application de la règle 22. Malgré que la motion se soit appuyée à la fois sur les règles 23 et 27, il ressort nettement des actes de procédure et du débat que les mis en cause invoquaient avant tout la règle 23.01(1)b). Il fallait donc statuer sur la motion d'après le texte éminemment clair donné par le juge en chef Drapeau dans *Sewell c. Compagnie d'assurance ING du Canada*, 2007 NBCA 42, 314 R.N.-B. (2^e) 330. Dans ce que nous considérons comme une codification judiciaire des principes à appliquer, le juge en chef Drapeau écrit :

Les principes qui orientent la décision à rendre sur la motion en radiation présentée par un défendeur en application de la règle 23.01(1)b) sont solidement établis et peuvent se résumer comme suit : (1) la seule question qu'aient à trancher les tribunaux est celle de savoir s'il est évident et manifeste que l'exposé de la demande ne révèle pas les éléments essentiels d'une cause d'action soutenable en droit, conclusion à laquelle ils n'arriveront que dans les cas les plus manifestes; (2) parallèlement, sauf circonstances exceptionnelles, les tribunaux doivent tenir pour prouvés tous les faits énoncés dans l'exposé de la demande et s'abstenir d'un examen qui déborderait la plaidoirie même et les documents auxquels elle renvoie (*Hogan c. Doiron et al.* (2001), 243 R.N.-B. (2^e) 263, [2001] A.N.-B. n^o 382 (QL), 2001 NBCA 97, par. 38, et *Boisvert c. LeBlanc* (2005), 294 R.N.-B. (2^e) 325, [2005] A.N.-B. n^o 561 (QL), 2005 NBCA 115, par. 21). Passer ces limites transmueraient une motion présentée en application de la règle 23.01(1)b) en une demande de jugement sommaire fondée sur la règle 22, cadre approprié pour déterminer avant le procès si une demande a un fondement factuel; (3) il y a lieu de donner une

interprétation généreuse de l'exposé de la demande pour faire montre de souplesse devant les lacunes de rédaction qu'il pourrait présenter; (4) lorsqu'une interprétation généreuse de ses dispositions ne rétablit pas la plaidoirie, il convient de permettre toute modification opportune (règle 27.10(1) et *LeDrew et al. c. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). Ces principes s'accordent avec les prescriptions du législateur, qui enjoint à donner des règles « une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » (règle 1.03). [Par. 26.]

[7] Nous sommes d'avis que s'est précisément produite, ici, la transmutation qu'évoquait le juge en chef Drapeau, par laquelle une motion présentée en application de la règle 23 devient une motion en jugement sommaire ressortissant à la règle 22. Cette dénaturation de la motion est révélée par les motifs du juge, qui a indiqué qu'il devait être guidé par les principes énoncés par le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121, [1998] A.N.-B. n^o 313 (C.A.) (QL), arrêt apériteur en matière d'application de la règle 22, et qui a cité cet arrêt.

[8] Le juge, parce qu'il s'est reposé sur les principes applicables aux motions ressortissant à la règle 22, a négligé les deux principes essentiels des motions présentées sous le régime de la règle 23, soit : (1) les tribunaux doivent tenir pour prouvés tous les faits de l'exposé de la demande; (2) la motion ne peut être reçue que s'il est évident et manifeste que l'exposé de la demande (ou, en l'espèce, la mise en cause) ne révèle pas les éléments essentiels d'une cause d'action. Or, la mise en cause contient des déclarations de fait qui, si elles étaient prouvées, constitueraient les éléments essentiels d'une action en négligence contre les administrateurs. Nous estimons que rien ne fondait à accueillir la motion, que ce soit sous le régime de la règle 23 ou sous le régime de toute autre règle plaidée par les mis en cause.

B. *Application erronée du droit relatif à la responsabilité limitée des personnes morales*

[9] Le juge saisi de la motion s'est appuyé largement sur *Piedra c. Copper Mesa Mining Corporation*, 2011 ONCA 191, [2011] O.J. No. 1041 (QL), pour conclure que [TRADUCTION] « les tribunaux doivent protéger les administrateurs contre les poursuites mal fondées » (par. 21) et que [TRADUCTION] « la common law protège généralement les administrateurs de sociétés contre la responsabilité personnelle » (par. 35). Nous sommes d'avis que le juge saisi de la motion a appliqué erronément *Piedra* pour arriver à ces conclusions. Il a aussi appliqué erronément la jurisprudence issue de *Salomon c. Salomon & Co. Ltd.*, [1895-9] All E.R. 33, arrêt apériteur prononcé par la Chambre des lords.

[10] Dans *Piedra*, les demandeurs s'opposaient au projet d'exploitation minière qu'une filiale de Copper Mesa devait réaliser en Équateur. Ils affirmaient être victimes d'une campagne d'intimidation, de harcèlement, de menaces et de violence orchestrée par les agents de sécurité de la filiale. Ils ont poursuivi la Bourse de Toronto, la société mère, Copper Mesa, et deux administrateurs qui n'étaient pas membres de la direction. Les administrateurs n'étaient pas poursuivis en négligence. La demande leur attribuait une obligation juridique [TRADUCTION] « d'éviter les actes ou omissions » qui avaient [TRADUCTION] « causé » les délits intentionnels perpétrés contre les demandeurs ou qui y avaient [TRADUCTION] « contribué appréciablement ». Bref, l'action intentée contre les administrateurs leur attribuait une responsabilité du fait d'autrui pour les actes du personnel de sécurité en Équateur. La juge d'appel Cronk s'est penchée sur la teneur de la demande :

[TRADUCTION]
[...] encore que la demande déposée contre les administrateurs présente diverses facettes, il n'est pratiquement fait état nulle part, dans les actes de procédure des demandeurs, d'agissements précis qui seraient personnellement imputables aux administrateurs.

[...]

Il est révélateur que la partie demanderesse n'avance pas, non plus, que les administrateurs ont ordonné, demandé ou autorisé la perpétration des délits en question, ou qu'ils en avaient réellement connaissance. Exception faite du défaut présumé d'adhérer à des systèmes de gouvernance axés sur la responsabilité sociale d'entreprise (démarche volontaire) et d'un défaut général de faire enquête, les demandeurs ne font rien valoir qui établirait un lien entre le préjudice qu'ils auraient subi et la conduite des administrateurs.

[Par. 81 et 82]

[11] La juge d'appel Cronk a conclu qu'un administrateur de société, dans l'exercice de ses fonctions, n'avait pas d'obligation établie, en droit, de se soucier des intérêts de personnes étrangères à la société. Parce que l'obligation de diligence avancée par les demandeurs n'était pas reconnue en droit, la Cour était tenue d'appliquer le critère des arrêts *Cooper* et *Anns* pour déterminer si l'obligation nouvelle devait recevoir une reconnaissance juridique. Ce critère est issu de l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (Ch. des lords) et de l'arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, confirmé dans *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562. Le critère de *Cooper* et *Anns* s'articule en deux étapes. La cour doit déterminer : (1) si un lien est suffisamment étroit et direct pour qu'ils soit équitable d'exiger du défendeur qu'il se soucie des intérêts légitimes du demandeur; (2) à supposer l'existence d'une obligation de diligence à première vue, si des considérations de politique militent contre la reconnaissance de l'obligation nouvelle (*Williams c. Ontario*, 2009 ONCA 378, [2009] O.J. No. 1819 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2009] C.S.C.R. n° 298 (QL)).

[12] Dans *Piedra*, la Cour a conclu que les obligations que les demandeurs attribuaient aux administrateurs étaient nouvelles et que la première étape du critère des arrêts *Cooper* et *Anns*, qui exige la proximité du lien, n'était pas franchie. Elle a donc radié les actes de procédure. En l'espèce, les allégations auxquelles doivent répondre les mis en cause ne font pas valoir d'obligation nouvelle. Parce que les allégations de négligence contre des administrateurs font partie du paysage juridique au Canada, la

question de l'application du critère des arrêts *Cooper* et *Anns*, pertinente dans *Piedra*, ne se pose pas dans le litige qui oppose ici la partie appelante aux mis en cause.

[13] Quoique le juge saisi de la motion ne fasse pas expressément mention de *Salomon c. Salomon & Co. Ltd.*, son souci de la nécessité de protéger les administrateurs de sociétés semble provenir d'une compréhension imparfaite du principe dérivé de l'arrêt *Salomon*, qui veut qu'une société, une fois légalement constituée, doive être traitée comme toute autre personne autonome, ayant des droits et des responsabilités qui lui sont propres. Le « voile de la personnalité morale » ne doit pas, en général, être levé pour faire porter aux dirigeants d'une société la responsabilité de ses obligations. Cela dit, le voile de la personnalité morale n'est pas levé lorsqu'un demandeur ou un mis en cause invoque, contre les dirigeants d'une société, une cause d'action indépendante. L'évolution de la jurisprudence sur ce point, depuis *Salomon*, est méticuleusement et succinctement retracée dans *ADGA Systems International Ltd. c. Valcom Ltd.*, [1999] O.J. No. 27 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1999] C.S.C.R. n° 124 (QL).

[14] Dans cette affaire, la société défenderesse, son administrateur et deux employés étaient accusés de maraude dans le personnel d'ADGA, qui soutenait qu'elle avait subi, de ce fait, une perte financière. La Cour devait déterminer si l'administrateur et les employés pouvaient être actionnés à titre particulier, en supposant que leurs actes visaient réellement à servir au mieux les intérêts de la société. Le juge d'appel Carthy a conclu que des actions indépendantes pouvaient être engagées contre l'administrateur et les employés. Auteur de l'arrêt unanime de la Cour, il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Au Canada, la tendance constante de la jurisprudence veut simplement que, en toutes circonstances, les dirigeants, administrateurs et employés de sociétés soient responsables de leur conduite délictueuse, même si cette conduite visait, de bonne foi, à servir au mieux les intérêts de la société, sous réserve toujours de l'exception définie par l'arrêt *Said c. Butt*. [Par. 18.]

[15] L'exception de l'arrêt *Said c. Butt* provient de l'arrêt du même nom, publié dans [1920] 3 K.B. 497. Elle prévoit que les administrateurs et les employés de sociétés ne sont pas responsables de l'incitation de leur employeur à une rupture de contrat, pourvu que la rupture ait été provoquée de bonne foi et dans le but de protéger les intérêts légitimes de l'employeur (*Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2^e) 203, par. 66). L'exception ne s'applique pas aux autres catégories reconnues de transgressions délictueuses (*ADGA*, p. 4 et 5).

[16] La Cour, dans *ADGA*, a adopté les motifs que notre Cour avait donnés dans *Sullivan and Sullivan Farms Ltd. c. Desrosiers et al.* (1986), 76 R.N.-B. (2^e) 271, [1986] A.N.-B. n^o 156 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1987] C.S.C.R. n^o 201 (QL). Dans *Sullivan*, les demandeurs soutenaient qu'un fossé d'oxydation avait pollué leurs biens-fonds et actionnaient la société défenderesse et M. Sullivan, son dirigeant et employé principal. Le juge d'appel Hoyt a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

La question ici est de savoir si M. Sullivan, qui était l'administrateur et l'employé principal de la compagnie qui a commis la nuisance, peut être responsable conjointement avec la compagnie. Je ne vois aucune raison pourquoi, eu égard à sa participation à la production et au maintien de la nuisance, M. Sullivan ne devrait pas également être responsable. [...]

Je ne suis pas non plus convaincu par l'observation selon laquelle la règle énoncée dans l'affaire *Salomon c. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22, protégerait M. Sullivan. La question en l'espèce, ainsi que je l'ai déjà dit, n'est pas de savoir si M. Sullivan agissait au nom de la compagnie ou même s'il « était » la compagnie, mais plutôt celle de savoir si une barrière juridique, en l'espèce une compagnie, pouvait être élevée entre une personne jugée fautive et une partie lésée, dégageant ainsi le fautif de sa responsabilité. À mon avis, une fois qu'il a été jugé qu'une personne avait manqué à son devoir envers les propriétaires [voisins] de ne pas [les] gêner [dans] la jouissance raisonnable de leur propriété, la responsabilité peut lui être imputée et il ne peut s'y dérober en disant que tout en étant fautif, il est également

l'administrateur de la compagnie ou un employé. [Par. 16 et 17.]

On pourra se reporter aussi à *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, [1992] A.C.S. n° 84 (QL).

[17] Deux principes distincts se dégagent de *Salomon c. Salomon* et de *Said c. Butt*. La conduite délictueuse d'administrateurs, hormis l'incitation à rupture de contrat entre la société et un tiers, est susceptible d'action indépendante. Même en matière contractuelle, une action peut être engagée contre les administrateurs pour fraude, pour dol, pour malhonnêteté ou pour quelque autre comportement mettant en doute la bonne foi de leur conduite. Les vérificateurs limitent leur mise en cause à des allégations de négligence. Ils sont tout à fait en droit de demander aux tribunaux de déterminer s'ils ont raison ou non d'affirmer que la négligence des administrateurs a causé les pertes de la coopérative de crédit.

C. *Application erronée de la Loi sur la négligence contributive*

[18] Les vérificateurs plaident la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-19, plus précisément son par. 1(1) :

1(1) Where by the fault of two or more persons damage or loss is caused to one or more of them, the liability to make good the damage or loss is in proportion to the degree in which each person was at fault but if, having regard to all the circumstances of the case, it is not possible to establish different degrees of fault, the liability shall be apportioned equally.

1(1) Lorsqu'un dommage ou une perte ont été causés par la faute de deux personnes ou plus à l'une d'entre elles ou plus, la responsabilité de réparer ce dommage ou cette perte se partage entre elles proportionnellement à l'importance de leurs fautes respectives, mais si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il n'est pas possible d'établir des différences d'importance entre leurs fautes, la responsabilité se partage entre elles à parts égales.

[19] Les prétentions des vérificateurs n'ont rien de compliqué. Ils nient qu'il y ait eu négligence ou rupture de contrat de leur part. Ils affirment cependant que, s'ils sont

responsables en quoi que ce soit des pertes de la coopérative de crédit, la faute en revient, du moins en partie, aux administrateurs en raison de la négligence dont ils ont fait montre en ne suivant pas les recommandations des vérificateurs et celles de l'office de stabilisation, de même qu'en ne respectant pas les exigences de la *Loi sur les caisses populaires*. Il s'agit là d'une demande classique en négligence concourante de la victime. Le juge saisi de la motion, toutefois, sur le fondement de *Piedra*, arrêt dont nous avons déjà indiqué qu'il était à notre avis d'une pertinence limitée ou nulle en l'espèce, est étonnamment arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Dans ce contexte, la large formulation de la *Loi sur la négligence contributive* ne peut être interprétée comme primant sur la common law, qui, en règle générale, protège les administrateurs de sociétés contre la responsabilité personnelle. L'administrateur, le dirigeant ou l'employé d'une société qui exécute ses fonctions honnêtement, sans commettre de délit particulier à titre personnel, n'est pas une « personne » au sens de la *Loi sur la négligence contributive*. Il n'est que mandataire de la société; la société est la « personne » sous le régime de cette *Loi*. [Par. 35.]

[20] Nous répondrions ceci aux observations du juge saisi de la motion. Nous n'avons connaissance d'aucun principe de common law, hormis l'exception d'application très restreinte de l'arrêt *Said c. Butt*, [TRADUCTION] « qui, en règle générale, protège les administrateurs de sociétés contre la responsabilité personnelle ». Nous ajouterions que « personne », au sens de la *Loi sur la négligence contributive*, s'entend des directeurs, administrateurs et employés d'une société. La définition de « personne » n'est pas déterminée par le fondement ou l'absence de fondement d'une demande. Même dans les situations où *Said c. Butt* s'applique, les parties qui sont à tort constituées défenderesses ou mises en cause, selon le cas, demeurent des « personnes » qui ont à présenter une motion en application de la règle 23 ou à argumenter au procès qu'elles ne peuvent être, en droit, des « personnes [ayant commis des] fautes ».

III. Dépens – appel de la décision

[21] Il serait possible de beaucoup écrire sur la condamnation personnelle de M^e Dawe aux frais entre avocat et client par le juge saisi de la motion, mais nous ferons preuve de modération et constaterons que, puisque nous avons accueilli l'appel interjeté de la motion en radiation, l'appel formé contre les dépens devient sans objet. Ce sont les vérificateurs qui ont droit aux dépens par suite du rejet de la motion. Nous sommes d'avis de les fixer à 2 000 \$.

[22] Nous ajouterions que, quand nous aurions conclu à la nécessité d'écarter l'appel interjeté de la décision rendue sur la motion, nous n'en aurions pas moins accueilli les appels formés contre la décision d'accorder des frais entre avocat et client et de condamner M^e Dawe à les acquitter personnellement. Nous estimons que rien en droit, ou dans les faits de l'espèce, ne fondait légitimement à condamner à de tels dépens.

IV. Dépens de l'appel

[23] Nous sommes d'avis d'accorder aux vérificateurs appelants une seule masse de dépens pour les deux appels, dépens que nous fixons à 5 000 \$ et auxquels les mis en cause sont conjointement et individuellement condamnés.