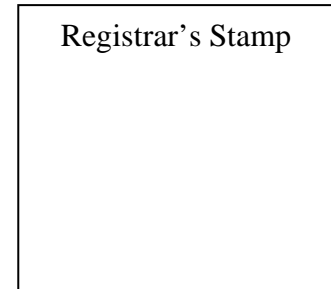


COURT FILE NUMBER 1601-12571
COURT Court of Queen's Bench of Alberta
JUDICIAL CENTRE Calgary



Applicant IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS*
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, as
amended

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE
OR ARRANGEMENT OF LIGHTSTREAM
RESOURCES LTD, 1863359 ALBERTA LTD, LTS
RESOURCES PARTNERSHIP, 186330 ALBERTA LTD
AND BAKKEN RESOURCES PARTNERSHIP

DOCUMENT **REPLY BENCH BRIEF OF APOLLO MANAGEMENT,
L.P. AND GSO CAPITAL PARTNERS**

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT
INFORMATION OF PARTY FILING THIS
DOCUMENT **GOODMANS LLP**
Barristers & Solicitors
333 Bay Street, Suite 3400
Toronto, ON M5H 2S7
Fax: 416.979.1234

Brendan O'Neill
Tel: 416.849.6017
Fax: 416.979.1234
boneill@goodmans.ca

David D. Conklin
Tel: 416.597.5164
Fax: 416.979.1234
dconklin@goodmans.ca

Jason Wadden
Tel: 416.597.5165
Fax: 416.979.1234
jwadden@goodmans.ca

Lawyers for Apollo Management, L.P. and GSO Capital Partners

Date: November 15 and 16, 2016
Time: 10:00am

TABLE OF CONTENTS

I.	OVERVIEW	1
II.	DISCUSSION	1
A.	THE PLAINTIFFS’ CHRONOLOGY OF THE FACTS DEMONSTRATES THAT A COURT WOULD NOT ORDER A PARTICIPATION REMEDY	2
	(i) <i>There is no claim against the Secured Noteholders</i>	2
	(ii) <i>The Plaintiffs’ conduct was not consistent with any expectation that the Transaction would not be entered into.....</i>	2
B.	THE PLAINTIFFS’ ARGUMENT THAT THE INDENTURE WAS BREACHED IS MISGUIDED, INCORRECT AND DEMONSTRATES THAT THE CASE IS ONE OF BREACH OF CONTRACT AND NOT OPPRESSION	3
C.	THE PLAINTIFFS’ ARGUMENT REGARDING THE ALLEGED MISREPRESENTATIONS IS ALSO MISGUIDED AND DEMONSTRATES THAT THE CASE IS ONE OF MISREPRESENTATION AND NOT OPPRESSION.	4
D.	THE PLAINTIFFS’ CONFLATE “EQUITY” AND “EQUALITY”	6
E.	THE COURT WILL NOT ISSUE SECURITIES UNDER SECTION 242(3)(E) OF THE ABCA	7

I. OVERVIEW

1. Apollo Management, L.P. and GSO Capital Partners (together, the “**Secured Noteholders**”) file this Reply Bench Brief in response to the responding Bench Brief (the “**Plaintiffs’ Bench Brief**”) filed by Mudrick Capital Management (“**Mudrick**”) and FrontFour Capital Corp. and FrontFour Capital Group LLC (“**FrontFour**”) (together, the “**Plaintiffs**”) in their opposition of the “**Threshold Motion**” brought by Lightstream Resources Ltd. (“**Lightstream**” or the “**Company**”). Capitalized terms not defined herein have the meaning ascribed to them in the Secured Noteholders’ Bench Brief filed on October 28, 2016.

II. DISCUSSION

2. The Secured Lenders make the following submissions in reply to the Plaintiffs’ Bench Brief:
 - (a) the Plaintiffs’ chronology of the facts demonstrates their own version of the facts would not support the Participation Remedy;
 - (b) the Plaintiffs’ argument that the Indenture was breached is misguided, incorrect and demonstrates that the case is one of breach of contract and not oppression;
 - (c) the Plaintiffs’ argument regarding the alleged misrepresentations is also misguided and demonstrates that the case is one of misrepresentation and not oppression;
 - (d) the Plaintiffs conflate the concepts of “equality” and “equity”; and

(e) courts have only ordered the issuance of new securities where there was a pre-existing right to have the securities issued.

A. The Plaintiffs' chronology of the facts demonstrates that a Court would not order a Participation Remedy

3. The Plaintiffs' chronology of the facts demonstrates that: (i) there is no claim against the Secured Noteholders; and (ii) the Plaintiffs' conduct was not consistent with any expectation that the Transaction would not be entered into.

(i) There is no claim against the Secured Noteholders

4. The Plaintiffs at paragraph 40(d) admit that there is no cause of action against the Secured Noteholders, and that if the Plaintiffs had joined them in the action, such a claim would have been subject to being struck. The choice of the appropriate remedy must be informed by the Plaintiffs' admission that the Secured Noteholders did no actionable wrong. The fact that the Participation Remedy prejudices the Secured Noteholders has to be weighed against the admission and fact that the Secured Noteholders committed no actionable wrong.

(ii) The Plaintiffs' conduct was not consistent with any expectation that the Transaction would not be entered into

5. The Plaintiffs' description of their conduct in the chart following paragraph 12 is not consistent with the conduct of a sophisticated noteholder who actually believed that the Company could not enter into the Transaction. There is no evidence that the Plaintiffs took any step to formally or even informally memorialize the alleged representations they claim to have relied on. If the representations were made and were as significant as the Plaintiffs' claim to shaping or informing their behaviour, one would expect that such

representations made in private in an informal way would be confirmed in some form. The Plaintiffs also tried to have themselves inserted into the Transactions – something that they would not have done if they genuinely believed at that time that the Transaction was oppressive or not permitted under the terms of the Indenture.¹

B. The Plaintiffs’ argument that the Indenture was breached is misguided, incorrect and demonstrates that the case is one of breach of contract and not oppression

6. At paragraphs 13(h)(i)-(iv) of the Plaintiffs’ Bench Brief, the Plaintiffs argue that the Transaction breached the Indenture. For the reasons described by the Company in its reply Bench Brief, the Plaintiffs’ position is incorrect. The Indenture specifically contemplates in section 4.06(b)(i) that additional secured financing could be placed ahead of the Unsecured Notes. That provision not only confirms the Transaction was consistent with the Indenture, it also confirms the Unsecured Noteholders must have reasonably expected that the Company might rely on that provision to issue the Secured Notes. In fact, the Plaintiffs concern that a transaction like the Transaction might be entered into reveals they understood that the Indenture and section 4.06(b)(i) permitted and provided for the possibility of the Transaction.
7. Even if the Indenture was breached, the Alberta Court of Appeal has recently reiterated the well-established principle that a breached contract is not a basis for an oppression remedy: “[o]ppression remedies are not intended to be a substitute for an action in

¹ See Statement of Claim of Mudrick Capital Management, L.P. at para.6, Record for Hearing of the “Threshold Issue” of Apollo Management, L.P. [Record for Hearing] Tab 1; Affidavit of David Kirsch sworn September 23, 2016 at para. 16(k), Record for Hearing Tab 3; Originating Application para. 16, Exhibit C to Affidavit of David Kirsch, Record for Hearing Tab 3(C); Affidavit of David Kirsch sworn July 29, 2015 at para. 32, Record for Hearing Tab 6; E-mail from Kirsch to Scott July 6, 2015, Record for Hearing Tab 6(H) p.276; Affidavit of Stephen Loukas sworn June, 2016 at para. 11(g), Record for Hearing Tab 7.

contract, tort or misrepresentation.”² The Plaintiffs’ heavy reliance on the alleged breach of the Indenture clearly demonstrates that their claim is, at its core, a breach of contract claim. Therefore, the remedies a Court might award are only those that follow a breach of contract, and not an extraordinarily crafted oppression remedy.

8. The emphasis on the breach of contract allegations is such that even if cast as being oppressive, the nature of the alleged wrong would be remedied by an award of damages and not the remedy sought, which would be inconsistent with a finding that the Indenture had been breached.
9. If there was a breach of the Indenture, the Participation Remedy would itself be a further breach of the Indenture by causing the issuance of more of the allegedly “oppressive” Secured Notes. A Court would not make an order requiring a party to engage in conduct that was held to violate the Indenture and was oppressive. Even assuming that the Transaction breached the Indenture, the Participation Remedy is simply not an order that would be made in equity or under the oppression remedy.

C. The Plaintiffs’ argument regarding the alleged misrepresentations is also misguided and demonstrates that the case is one of misrepresentation and not oppression.

10. At the chart following paragraph 12 of the Plaintiffs’ Bench Brief, the Plaintiffs set out the basis of their misrepresentation claims with reference to the evidence they rely on to support those claims. It is clear from these submissions that their evidence falls squarely into two categories: (i) statements made to the “public”; and (ii) statements allegedly

² *Shefsky v. California Gold Mining Inc.*, 2016 ABCA 103 at para. 22; Book of Authorities of Apollo Management, L.P. and GSO Capital Partners [Secured Noteholders’ Book of Authorities], Tab 18.

made to them privately. The stark contrast in the two types of evidence is important to note.

11. First, the alleged “public” statements only deal with the Company’s then-current views on its liquidity and the fact that they have received – and considered – various financing proposals. There is no commitment made by the Company that management’s views on liquidity will not change, nor is there a commitment to not enter into an exchange transaction. Second, the alleged “private” statements are the only ones in which the Company allegedly stated that they expected to offer all Unsecured Noteholders a chance to participate in any additional financing transaction (although they did not provide any details on how that would work).
12. The evidence in the second category is specifically tied to the Plaintiffs’ own interests – there is no evidence these alleged statements were made to others, and therefore cannot be a basis for the reasonable expectation of the Unsecured Noteholders. This highlights the fact that the Plaintiffs’ complaint is not based on oppression to the Unsecured Noteholders but rather on alleged misrepresentations made solely to the Plaintiffs. As the Alberta Court of Appeal again recently reaffirmed in *Shefsky*, oppression cases are not intended to be a substitute for breach of contract, tort or misrepresentation cases, and thus the appropriate remedy is an award of damages.³
13. Moreover, this evidence underscores the inequity and prejudice that would be caused if the Court granted the Participation Remedy. The Plaintiffs’ conduct (even as they

³ *Shefsky v. California Gold Mining Inc.*, 2016 ABCA 103 at para. 22; Secured Noteholders’ Book of Authorities, Tab 18.

described it) was always focused on their self-interest – they sought private meetings and private information, did not confirm the information in any formal or written manner with the Company, and later sought to have themselves included in the Transaction without regard to the other Unsecured Noteholders.⁴ This is not a situation in which equity requires the Court to fashion a unique remedy that would prejudice the Secured Noteholders and Unsecured Noteholders. Nor is this a situation requiring the fashioning of a remedy that would see the Court imposing a new contract on the Company it does not want, and that rewrites the terms of the financing to the prejudice of innocent parties. It would be inequitable to make such an order to remedy an alleged misrepresentation where the normal and proper remedy is an award of damages.

D. The Plaintiffs’ conflate “equity” and “equality”

14. At paragraph 27, the Plaintiffs conflate the concepts of “equity” and “equality”. The Supreme Court of Canada held in *Re BCE Inc.* that the oppression remedy is concerned with ensuring “fairness” and “equity” among stakeholders.⁵ Courts have recognized that “equality” does not necessarily equal “equity”. In *Re Canadian Airlines Corp.*, the Alberta Queen’s Bench considered an oppression case in the context of a CCAA proceeding and held that equity did not require equal treatment of stakeholders.⁶

⁴ See Statement of Claim of Mudrick Capital Management, L.P. at para.6, Record for Hearing of the “Threshold Issue” of Apollo Management, L.P. [Record for Hearing] Tab 1; Affidavit of David Kirsch sworn September 23, 2016 at para. 16(k), Record for Hearing Tab 3; Originating Application para. 16, Exhibit C to Affidavit of David Kirsch, Record for Hearing Tab 3(C); Affidavit of David Kirsch sworn July 29, 2015 at para. 32, Record for Hearing Tab 6; E-mail from Kirsch to Scott July 6, 2015, Record for Hearing Tab 6(H) p.276; Affidavit of Stephen Loukas sworn June, 2016 at para. 11(g), Record for Hearing Tab 7.

⁵ *Re BCE Inc.*, 2008 SCC 69 at paras, 58-59; Secured Noteholders’ Book of Authorities, Tab 8.

⁶ *Re Canadian Airlines Corp.*, 2000 ABQB 442 at paras. 179-180; leave to appeal ref’d 2000 ABCA 238, Tab 1. See also *Re Sammi Atlas Inc.*, [1998] OJ No 1089 at para 4, Tab 2. The position of creditors such as the Unsecured Noteholders are different than the position of other stakeholders, such as shareholders of a same class, who have a

E. The Court will not issue securities under section 242(3)(e) of the ABCA

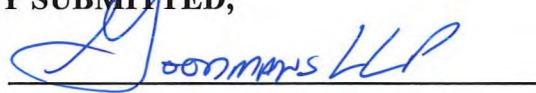
15. The Plaintiffs argue at paragraph 23 that the Court has the jurisdiction to issue new securities pursuant to section 242(3)(e) of the *Alberta Business Corporations Act*. However, they cite no authorities discussing how Courts have exercised that power.
16. Where a Court has exercised the power under section 242(3)(e) or an analogous provision under another statute to remedy oppression caused to a complainant, it has done so only where there was a pre-existing right to have a security issued (such as under a warrant, option or pre-existing contract) and that right was found to have been oppressively denied or taken away.⁷ In no case has the Court issued securities where there was no pre-existing right to the securities to be issued or circumstances where the effect of ordering the issuance of new securities would be to provide a complainant with rights they did not have before the oppressive conduct occurred.

statutory right to be treated equally (see, for example, *Alberta Business Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. B-9 s.26(3),(5) [ABCA] and *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 s.24(3)). The Indenture does not guarantee equal treatment in all circumstances, and instead defines and establishes the limits of the rights attached to the Unsecured Notes. As previously noted, the Plaintiffs had no right under the Indenture to participate in the Transaction. Moreover, even in cases where there is a statutory *prima facie* “right” to be treated equally, this right is not absolute and courts have dismissed oppression applications premised on unequal treatment where there was justification for not treating the shareholders of a same class equally.(see, for example, *O’Connor v Winchester Oil & Gas Inc.*, [1986] 2 W.W.R. 737 (B.C.S.C.) at paras. 34-37, 51-52, Tab 3) Accordingly, the Plaintiffs incorrectly equate “equality” with “equity”, and their reliance on the decision in *Alharayeri v Black*, 2014 QCCS 180, Oppression Claimants’ Book of Authorities, Tab 8 for this proposition is misguided.

⁷ See, for example: *McGovern-Burke v Martineau*, 2016 ABQB 514 at paras. 84-85, Tab 4, where the respondent was ordered to issue shares to the applicant sufficient to make her a 50% shareholder, in accordance with the parties’ pre-existing agreement and understanding (even though shares were never technically issued and the respondent changed the corporate records to show herself as the only shareholder); *Premier Tech Ltee c. Dollo*, 2013 QCCS 6100 at paras. 364-367; aff’d 2015 QCCA 1159 at paras. 59-60, 187-189; application for leave to appeal to S.C.C. submitted, Tab 5, where the beneficiary of stock options whose options were not honoured in a manner found to be oppressive was allowed to exercise the options and was issued shares thereunder; and *Working Ventures Canadian Fund Inc. v. Angoss Software Corp.*, [2000] O.J. No. 4537 (ONSC) at para. 95; aff’d [2001] O.J. No. 2950 (O.N.C.A.), Tab 6 where a company was ordered to honour the exercise of a warrant allowing the creditor to acquire common shares at a given price. In each of these cases, the court’s power was used to effect an issuance of shares that the company had already agreed to.

17. In this case, the Plaintiffs did not have a pre-existing right to convert their Unsecured Notes for secured notes that was denied. Accordingly, this is not the type of case in which a Court would make an order under section 242(3)(e) of the *Alberta Business Corporations Act*.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED,



Goodmans LLP
Lawyers for Apollo Management, L.P. and
GSO Capital Partners.

INDEX

TABLE OF AUTHORITIES

Jurisprudence

TAB	DESCRIPTION
1	<i>Re Canadian Airlines Corp.</i> , 2000 ABQB 442; leave to appeal ref'd 2000 ABCA 238
2	<i>Re Sammi Atlas Inc.</i> , [1998] OJ No 1089 (Ont. Gen. Div.)
3	<i>O'Connor v Winchester Oil & Gas Inc.</i> , [1986] 2 W.W.R. 737 (B.C.S.C.)
4	<i>McGovern-Burke v Martineau</i> , 2016 ABQB 514
5	<i>Premier Tech Ltee c. Dollo</i> , 2013 QCCS 6100; aff'd 2015 QCCA 1159
6	<i>Working Ventures Canadian Fund Inc. v. Angoss Software Corp.</i> , [2000] O.J. No. 4537 (O.N.S.C.); aff'd [2001] O.J. No. 2950 (O.N.C.A.)

1

2000 ABQB 442
Alberta Court of Queen's Bench

Canadian Airlines Corp., Re

2000 CarswellAlta 662, 2000 ABQB 442, [2000] 10 W.W.R. 269, [2000] A.W.L.D. 654, [2000] A.J.
No. 771, 20 C.B.R. (4th) 1, 265 A.R. 201, 84 Alta. L.R. (3d) 9, 98 A.C.W.S. (3d) 334, 9 B.L.R. (3d) 41

**In the Matter of the Companies' Creditors
Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, as Amended**

In the Matter of the Business Corporations Act (Alberta) S.A. 1981, c. B-15, as Amended, Section 185

In the Matter of Canadian Airlines Corporation and Canadian Airlines International Ltd.

Paperny J.

Heard: June 5-19, 2000

Judgment: June 27, 2000 *

Docket: Calgary 0001-05071

Counsel: *A.L. Friend, Q.C., H.M. Kay, Q.C., R.B. Low, Q.C., and L. Goldbach*, for Petitioners.

S.F. Dunphy, P. O'Kelly, and E. Kolers, for Air Canada and 853350 Alberta Ltd.

D.R. Haigh, Q.C., D.N. Nishimura, A.Z.A. Campbell and D. Tay, for Resurgence Asset Management LLC.

L.R. Duncan, Q.C., and G. McCue, for Neil Baker, Michael Salter, Hal Metheral, and Roger Midity.

F.R. Foran, Q.C., and P.T. McCarthy, Q.C., for Monitor, PwC.

G.B. Morawetz, R.J. Chadwick and A. McConnell, for Senior Secured Noteholders and the Bank of Nova Scotia Trust Co.

C.J. Shaw, Q.C., for Unionized Employees.

T. Mallett and C. Feasby, for Amex Bank of Canada.

E.W. Halt, for J. Stephens Allan, Claims Officer.

M. Hollins, for Pacific Costal Airlines.

P. Pastewka, for JHHD Aircraft Leasing No. 1 and No. 2.

J. Thom, for Royal Bank of Canada.

J. Medhurst-Tivadar, for Canada Customs and Revenue Agency.

R. Wilkins, Q.C., for Calgary and Edmonton Airport Authority.

Subject: Corporate and Commercial; Insolvency

APPLICATION by airline for approval of plan of arrangement; COUNTER-APPLICATION by investment corporation for declaration that plan constituted merger or transfer of airline's assets to AC Corp., that plan would not affect investment corporation, and directing repurchase of notes pursuant to trust indenture, and that actions of airline and AC Corp. in formulating plan were oppressive and unfairly prejudicial; COUNTER-APPLICATION by minority shareholders.

Paperny J.:

I. Introduction

1 After a decade of searching for a permanent solution to its ongoing, significant financial problems, Canadian Airlines Corporation ("CAC") and Canadian Airlines International Ltd. ("CAIL") seek the court's sanction to a plan of

arrangement filed under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") and sponsored by its historic rival, Air Canada Corporation ("Air Canada"). To Canadian, this represents its last choice and its only chance for survival. To Air Canada, it is an opportunity to lead the restructuring of the Canadian airline industry, an exercise many suggest is long overdue. To over 16,000 employees of Canadian, it means continued employment. Canadian Airlines will operate as a separate entity and continue to provide domestic and international air service to Canadians. Tickets of the flying public will be honoured and their frequent flyer points maintained. Long term business relationships with trade creditors and suppliers will continue.

2 The proposed restructuring comes at a cost. Secured and unsecured creditors are being asked to accept significant compromises and shareholders of CAC are being asked to accept that their shares have no value. Certain unsecured creditors oppose the plan, alleging it is oppressive and unfair. They assert that Air Canada has appropriated the key assets of Canadian to itself. Minority shareholders of CAC, on the other hand, argue that Air Canada's financial support to Canadian, before and during this restructuring process, has increased the value of Canadian and in turn their shares. These two positions are irreconcilable, but do reflect the perception by some that this plan asks them to sacrifice too much.

3 Canadian has asked this court to sanction its plan under s. 6 of the CCAA. The court's role on a sanction hearing is to consider whether the plan fairly balances the interests of all the stakeholders. Faced with an insolvent organization, its role is to look forward and ask: does this plan represent a fair and reasonable compromise that will permit a viable commercial entity to emerge? It is also an exercise in assessing current reality by comparing available commercial alternatives to what is offered in the proposed plan.

II. Background

Canadian Airlines and its Subsidiaries

4 CAC and CAIL are corporations incorporated or continued under the *Business Corporations Act* of Alberta, S.A. 1981, c. B-15 ("ABCA"). 82% of CAC's shares are held by 853350 Alberta Ltd. ("853350") and the remaining 18% are held publicly. CAC, directly or indirectly, owns the majority of voting shares in and controls the other Petitioner, CAIL and these shares represent CAC's principal asset. CAIL owns or has an interest in a number of other corporations directly engaged in the airline industry or other businesses related to the airline industry, including Canadian Regional Airlines Limited ("CRAL"). Where the context requires, I will refer to CAC and CAIL jointly as "Canadian" in these reasons.

5 In the past fifteen years, CAIL has grown from a regional carrier operating under the name Pacific Western Airlines ("PWA") to one of Canada's two major airlines. By mid-1986, Canadian Pacific Air Lines Limited ("CP Air"), had acquired the regional carriers Nordair Inc. ("Nordair") and Eastern Provincial Airways ("Eastern"). In February, 1987, PWA completed its purchase of CP Air from Canadian Pacific Limited. PWA then merged the four predecessor carriers (CP Air, Eastern, Nordair, and PWA) to form one airline, "Canadian Airlines International Ltd.", which was launched in April, 1987.

6 By April, 1989, CAIL had acquired substantially all of the common shares of Wardair Inc. and completed the integration of CAIL and Wardair Inc. in 1990.

7 CAIL and its subsidiaries provide international and domestic scheduled and charter air transportation for passengers and cargo. CAIL provides scheduled services to approximately 30 destinations in 11 countries. Its subsidiary, Canadian Regional Airlines (1998) Ltd. ("CRAL 98") provides scheduled services to approximately 35 destinations in Canada and the United States. Through code share agreements and marketing alliances with leading carriers, CAIL and its subsidiaries provide service to approximately 225 destinations worldwide. CAIL is also engaged in charter and cargo services and the provision of services to third parties, including aircraft overhaul and maintenance, passenger and cargo handling, flight simulator and equipment rentals, employee training programs and the sale of Canadian Plus frequent flyer points. As at December 31, 1999, CAIL operated approximately 79 aircraft.

8 CAIL directly and indirectly employs over 16,000 persons, substantially all of whom are located in Canada. The balance of the employees are located in the United States, Europe, Asia, Australia, South America and Mexico. Approximately 88% of the active employees of CAIL are subject to collective bargaining agreements.

Events Leading up to the CCAA Proceedings

9 Canadian's financial difficulties significantly predate these proceedings.

10 In the early 1990s, Canadian experienced significant losses from operations and deteriorating liquidity. It completed a financial restructuring in 1994 (the "1994 Restructuring") which involved employees contributing \$200,000,000 in new equity in return for receipt of entitlements to common shares. In addition, Aurora Airline Investments, Inc. ("Aurora"), a subsidiary of AMR Corporation ("AMR"), subscribed for \$246,000,000 in preferred shares of CAIL. Other AMR subsidiaries entered into comprehensive services and marketing arrangements with CAIL. The governments of Canada, British Columbia and Alberta provided an aggregate of \$120,000,000 in loan guarantees. Senior creditors, junior creditors and shareholders of CAC and CAIL and its subsidiaries converted approximately \$712,000,000 of obligations into common shares of CAC or convertible notes issued jointly by CAC and CAIL and/or received warrants entitling the holder to purchase common shares.

11 In the latter half of 1994, Canadian built on the improved balance sheet provided by the 1994 Restructuring, focussing on strict cost controls, capacity management and aircraft utilization. The initial results were encouraging. However, a number of factors including higher than expected fuel costs, rising interest rates, decline of the Canadian dollar, a strike by pilots of Time Air and the temporary grounding of Inter-Canadien's ATR-42 fleet undermined this improved operational performance. In 1995, in response to additional capacity added by emerging charter carriers and Air Canada on key transcontinental routes, CAIL added additional aircraft to its fleet in an effort to regain market share. However, the addition of capacity coincided with the slow-down in the Canadian economy leading to traffic levels that were significantly below expectations. Additionally, key international routes of CAIL failed to produce anticipated results. The cumulative losses of CAIL from 1994 to 1999 totalled \$771 million and from January 31, 1995 to August 12, 1999, the day prior to the issuance by the Government of Canada of an Order under Section 47 of the *Canada Transportation Act* (relaxing certain rules under the *Competition Act* to facilitate a restructuring of the airline industry and described further below), the trading price of Canadian's common shares declined from \$7.90 to \$1.55.

12 Canadian's losses incurred since the 1994 Restructuring severely eroded its liquidity position. In 1996, Canadian faced an environment where the domestic air travel market saw increased capacity and aggressive price competition by two new discount carriers based in western Canada. While Canadian's traffic and load factor increased indicating a positive response to Canadian's post-restructuring business plan, yields declined. Attempts by Canadian to reduce domestic capacity were offset by additional capacity being introduced by the new discount carriers and Air Canada.

13 The continued lack of sufficient funds from operations made it evident by late fall of 1996 that Canadian needed to take action to avoid a cash shortfall in the spring of 1997. In November 1996, Canadian announced an operational restructuring plan (the "1996 Restructuring") aimed at returning Canadian to profitability and subsequently implemented a payment deferral plan which involved a temporary moratorium on payments to certain lenders and aircraft operating lessors to provide a cash bridge until the benefits of the operational restructuring were fully implemented. Canadian was able successfully to obtain the support of its lenders and operating lessors such that the moratorium and payment deferral plan was able to proceed on a consensual basis without the requirement for any court proceedings.

14 The objective of the 1996 Restructuring was to transform Canadian into a sustainable entity by focussing on controllable factors which targeted earnings improvements over four years. Three major initiatives were adopted: network enhancements, wage concessions as supplemented by fuel tax reductions/rebates, and overhead cost reductions.

15 The benefits of the 1996 Restructuring were reflected in Canadian's 1997 financial results when Canadian and its subsidiaries reported a consolidated net income of \$5.4 million, the best results in 9 years.

16 In early 1998, building on its 1997 results, Canadian took advantage of a strong market for U.S. public debt financing in the first half of 1998 by issuing U.S. \$175,000,000 of senior secured notes in April, 1998 ("Senior Secured Notes") and U.S. \$100,000,000 of unsecured notes in August, 1998 ("Unsecured Notes").

17 The benefits of the 1996 Restructuring continued in 1998 but were not sufficient to offset a number of new factors which had a significant negative impact on financial performance, particularly in the fourth quarter. Canadian's eroded capital base gave it limited capacity to withstand negative effects on traffic and revenue. These factors included lower than expected operating revenues resulting from a continued weakness of the Asian economies, vigorous competition in Canadian's key western Canada and the western U.S. transborder markets, significant price discounting in most domestic markets following a labour disruption at Air Canada and CAIL's temporary loss of the ability to code-share with American Airlines on certain transborder flights due to a pilot dispute at American Airlines. Canadian also had increased operating expenses primarily due to the deterioration of the value of the Canadian dollar and additional airport and navigational fees imposed by NAV Canada which were not recoverable by Canadian through fare increases because of competitive pressures. This resulted in Canadian and its subsidiaries reporting a consolidated loss of \$137.6 million for 1998.

18 As a result of these continuing weak financial results, Canadian undertook a number of additional strategic initiatives including entering the *oneworld*TM Alliance, the introduction of its new "Proud Wings" corporate image, a restructuring of CAIL's Vancouver hub, the sale and leaseback of certain aircraft, expanded code sharing arrangements and the implementation of a service charge in an effort to recover a portion of the costs relating to NAV Canada fees.

19 Beginning in late 1998 and continuing into 1999, Canadian tried to access equity markets to strengthen its balance sheet. In January, 1999, the Board of Directors of CAC determined that while Canadian needed to obtain additional equity capital, an equity infusion alone would not address the fundamental structural problems in the domestic air transportation market.

20 Canadian believes that its financial performance was and is reflective of structural problems in the Canadian airline industry, most significantly, over capacity in the domestic air transportation market. It is the view of Canadian and Air Canada that Canada's relatively small population and the geographic distribution of that population is unable to support the overlapping networks of two full service national carriers. As described further below, the Government of Canada has recognized this fundamental problem and has been instrumental in attempts to develop a solution.

Initial Discussions with Air Canada

21 Accordingly, in January, 1999, CAC's Board of Directors directed management to explore all strategic alternatives available to Canadian, including discussions regarding a possible merger or other transaction involving Air Canada.

22 Canadian had discussions with Air Canada in early 1999. AMR also participated in those discussions. While several alternative merger transactions were considered in the course of these discussions, Canadian, AMR and Air Canada were unable to reach agreement.

23 Following the termination of merger discussions between Canadian and Air Canada, senior management of Canadian, at the direction of the Board and with the support of AMR, renewed its efforts to secure financial partners with the objective of obtaining either an equity investment and support for an eventual merger with Air Canada or immediate financial support for a merger with Air Canada.

Offer by Onex

24 In early May, the discussions with Air Canada having failed, Canadian focussed its efforts on discussions with Onex Corporation ("Onex") and AMR concerning the basis upon which a merger of Canadian and Air Canada could be accomplished.

25 On August 23, 1999, Canadian entered into an Arrangement Agreement with Onex, AMR and Airline Industry Revitalization Co. Inc. ("AirCo") (a company owned jointly by Onex and AMR and controlled by Onex). The Arrangement Agreement set out the terms of a Plan of Arrangement providing for the purchase by AirCo of all of the outstanding common and non-voting shares of CAC. The Arrangement Agreement was conditional upon, among other things, the successful completion of a simultaneous offer by AirCo for all of the voting and non-voting shares of Air Canada. On August 24, 1999, AirCo announced its offers to purchase the shares of both CAC and Air Canada and to subsequently merge the operations of the two airlines to create one international carrier in Canada.

26 On or about September 20, 1999 the Board of Directors of Air Canada recommended against the AirCo offer. On or about October 19, 1999, Air Canada announced its own proposal to its shareholders to repurchase shares of Air Canada. Air Canada's announcement also indicated Air Canada's intention to make a bid for CAC and to proceed to complete a merger with Canadian subject to a restructuring of Canadian's debt.

27 There were several rounds of offers and counter-offers between AirCo and Air Canada. On November 5, 1999, the Quebec Superior Court ruled that the AirCo offer for Air Canada violated the provisions of the *Air Canada Public Participation Act*. AirCo immediately withdrew its offers. At that time, Air Canada indicated its intention to proceed with its offer for CAC.

28 Following the withdrawal of the AirCo offer to purchase CAC, and notwithstanding Air Canada's stated intention to proceed with its offer, there was a renewed uncertainty about Canadian's future which adversely affected operations. As described further below, Canadian lost significant forward bookings which further reduced the company's remaining liquidity.

Offer by 853350

29 On November 11, 1999, 853350 (a corporation financed by Air Canada and owned as to 10% by Air Canada) made a formal offer for all of the common and non-voting shares of CAC. Air Canada indicated that the involvement of 853350 in the take-over bid was necessary in order to protect Air Canada from the potential adverse effects of a restructuring of Canadian's debt and that Air Canada would only complete a merger with Canadian after the completion of a debt restructuring transaction. The offer by 853350 was conditional upon, among other things, a satisfactory resolution of AMR's claims in respect of Canadian and a satisfactory resolution of certain regulatory issues arising from the announcement made on October 26, 1999 by the Government of Canada regarding its intentions to alter the regime governing the airline industry.

30 As noted above, AMR and its subsidiaries and affiliates had certain agreements with Canadian arising from AMR's investment (through its wholly owned subsidiary, Aurora Airline Investments, Inc.) in CAIL during the 1994 Restructuring. In particular, the Services Agreement by which AMR and its subsidiaries and affiliates provided certain reservations, scheduling and other airline related services to Canadian provided for a termination fee of approximately \$500 million (as at December 31, 1999) while the terms governing the preferred shares issued to Aurora provided for exchange rights which were only retractable by Canadian upon payment of a redemption fee in excess of \$500 million (as at December 31, 1999). Unless such provisions were amended or waived, it was practically impossible for Canadian to complete a merger with Air Canada since the cost of proceeding without AMR's consent was simply too high.

31 Canadian had continued its efforts to seek out all possible solutions to its structural problems following the withdrawal of the AirCo offer on November 5, 1999. While AMR indicated its willingness to provide a measure of support by allowing a deferral of some of the fees payable to AMR under the Services Agreement, Canadian was unable to find any investor willing to provide the liquidity necessary to keep Canadian operating while alternative solutions were sought.

32 After 853350 made its offer, 853350 and Air Canada entered into discussions with AMR regarding the purchase by 853350 of AMR's shareholding in CAIL as well as other matters regarding code sharing agreements and various services

provided to Canadian by AMR and its subsidiaries and affiliates. The parties reached an agreement on November 22, 1999 pursuant to which AMR agreed to reduce its potential damages claim for termination of the Services Agreement by approximately 88%.

33 On December 4, 1999, CAC's Board recommended acceptance of 853350's offer to its shareholders and on December 21, 1999, two days before the offer closed, 853350 received approval for the offer from the Competition Bureau as well as clarification from the Government of Canada on the proposed regulatory framework for the Canadian airline industry.

34 As noted above, Canadian's financial condition deteriorated further after the collapse of the AirCo Arrangement transaction. In particular:

- a) the doubts which were publicly raised as to Canadian's ability to survive made Canadian's efforts to secure additional financing through various sale-leaseback transactions more difficult;
- b) sales for future air travel were down by approximately 10% compared to 1998;
- c) CAIL's liquidity position, which stood at approximately \$84 million (consolidated cash and available credit) as at September 30, 1999, reached a critical point in late December, 1999 when it was about to go negative.

35 In late December, 1999, Air Canada agreed to enter into certain transactions designed to ensure that Canadian would have enough liquidity to continue operating until the scheduled completion of the 853350 take-over bid on January 4, 2000. Air Canada agreed to purchase rights to the Toronto-Tokyo route for \$25 million and to a sale-leaseback arrangement involving certain unencumbered aircraft and a flight simulator for total proceeds of approximately \$20 million. These transactions gave Canadian sufficient liquidity to continue operations through the holiday period.

36 If Air Canada had not provided the approximate \$45 million injection in December 1999, Canadian would likely have had to file for bankruptcy and cease all operations before the end of the holiday travel season.

37 On January 4, 2000, with all conditions of its offer having been satisfied or waived, 853350 purchased approximately 82% of the outstanding shares of CAC. On January 5, 1999, 853350 completed the purchase of the preferred shares of CAIL owned by Aurora. In connection with that acquisition, Canadian agreed to certain amendments to the Services Agreement reducing the amounts payable to AMR in the event of a termination of such agreement and, in addition, the unanimous shareholders agreement which gave AMR the right to require Canadian to purchase the CAIL preferred shares under certain circumstances was terminated. These arrangements had the effect of substantially reducing the obstacles to a restructuring of Canadian's debt and lease obligations and also significantly reduced the claims that AMR would be entitled to advance in such a restructuring.

38 Despite the \$45 million provided by Air Canada, Canadian's liquidity position remained poor. With January being a traditionally slow month in the airline industry, further bridge financing was required in order to ensure that Canadian would be able to operate while a debt restructuring transaction was being negotiated with creditors. Air Canada negotiated an arrangement with the Royal Bank of Canada ("Royal Bank") to purchase a participation interest in the operating credit facility made available to Canadian. As a result of this agreement, Royal Bank agreed to extend Canadian's operating credit facility from \$70 million to \$120 million in January, 2000 and then to \$145 million in March, 2000. Canadian agreed to supplement the assignment of accounts receivable security originally securing Royal's \$70 million facility with a further Security Agreement securing certain unencumbered assets of Canadian in consideration for this increased credit availability. Without the support of Air Canada or another financially sound entity, this increase in credit would not have been possible.

39 Air Canada has stated publicly that it ultimately wishes to merge the operations of Canadian and Air Canada, subject to Canadian completing a financial restructuring so as to permit Air Canada to complete the acquisition on a financially sound basis. This pre-condition has been emphasized by Air Canada since the fall of 1999.

40 Prior to the acquisition of majority control of CAC by 853350, Canadian's management, Board of Directors and financial advisors had considered every possible alternative for restoring Canadian to a sound financial footing. Based upon Canadian's extensive efforts over the past year in particular, but also the efforts since 1992 described above, Canadian came to the conclusion that it must complete a debt restructuring to permit the completion of a full merger between Canadian and Air Canada.

41 On February 1, 2000, Canadian announced a moratorium on payments to lessors and lenders. As a result of this moratorium Canadian defaulted on the payments due under its various credit facilities and aircraft leases. Absent the assistance provided by this moratorium, in addition to Air Canada's support, Canadian would not have had sufficient liquidity to continue operating until the completion of a debt restructuring.

42 Following implementation of the moratorium, Canadian with Air Canada embarked on efforts to restructure significant obligations by consent. The further damage to public confidence which a CCAA filing could produce required Canadian to secure a substantial measure of creditor support in advance of any public filing for court protection.

43 Before the Petitioners started these CCAA proceedings, Air Canada, CAIL and lessors of 59 aircraft in its fleet had reached agreement in principle on the restructuring plan.

44 Canadian and Air Canada have also been able to reach agreement with the remaining affected secured creditors, being the holders of the U.S. \$175 million Senior Secured Notes, due 2005, (the "Senior Secured Noteholders") and with several major unsecured creditors in addition to AMR, such as Loyalty Management Group Canada Inc.

45 On March 24, 2000, faced with threatened proceedings by secured creditors, Canadian petitioned under the CCAA and obtained a stay of proceedings and related interim relief by Order of the Honourable Chief Justice Moore on that same date. Pursuant to that Order, PricewaterhouseCoopers, Inc. was appointed as the Monitor, and companion proceedings in the United States were authorized to be commenced.

46 Since that time, due to the assistance of Air Canada, Canadian has been able to complete the restructuring of the remaining financial obligations governing all aircraft to be retained by Canadian for future operations. These arrangements were approved by this Honourable Court in its Orders dated April 14, 2000 and May 10, 2000, as described in further detail below under the heading "The Restructuring Plan".

47 On April 7, 2000, this court granted an Order giving directions with respect to the filing of the plan, the calling and holding of meetings of affected creditors and related matters.

48 On April 25, 2000 in accordance with the said Order, Canadian filed and served the plan (in its original form) and the related notices and materials.

49 The plan was amended, in accordance with its terms, on several occasions, the form of Plan voted upon at the Creditors' Meetings on May 26, 2000 having been filed and served on May 25, 2000 (the "Plan").

The Restructuring Plan

50 The Plan has three principal aims described by Canadian:

- (a) provide near term liquidity so that Canadian can sustain operations;
- (b) allow for the return of aircraft not required by Canadian; and
- (c) permanently adjust Canadian's debt structure and lease facilities to reflect the current market for asset values and carrying costs in return for Air Canada providing a guarantee of the restructured obligations.

51 The proposed treatment of stakeholders is as follows:

1. Unaffected Secured Creditors- Royal Bank, CAIL's operating lender, is an unaffected creditor with respect to its operating credit facility. Royal Bank holds security over CAIL's accounts receivable and most of CAIL's operating assets not specifically secured by aircraft financiers or the Senior Secured Noteholders. As noted above, arrangements entered into between Air Canada and Royal Bank have provided CAIL with liquidity necessary for it to continue operations since January 2000.

Also unaffected by the Plan are those aircraft lessors, conditional vendors and secured creditors holding security over CAIL's aircraft who have entered into agreements with CAIL and/or Air Canada with respect to the restructuring of CAIL's obligations. A number of such agreements, which were initially contained in the form of letters of intent ("LOIs"), were entered into prior to the commencement of the CCAA proceedings, while a total of 17 LOIs were completed after that date. In its Second and Fourth Reports the Monitor reported to the court on these agreements. The LOIs entered into after the proceedings commenced were reviewed and approved by the court on April 14, 2000 and May 10, 2000.

The basis of the LOIs with aircraft lessors was that the operating lease rates were reduced to fair market lease rates or less, and the obligations of CAIL under the leases were either assumed or guaranteed by Air Canada. Where the aircraft was subject to conditional sale agreements or other secured indebtedness, the value of the secured debt was reduced to the fair market value of the aircraft, and the interest rate payable was reduced to current market rates reflecting Air Canada's credit. CAIL's obligations under those agreements have also been assumed or guaranteed by Air Canada. The claims of these creditors for reduced principal and interest amounts, or reduced lease payments, are Affected Unsecured Claims under the Plan. In a number of cases these claims have been assigned to Air Canada and Air Canada disclosed that it would vote those claims in favour of the Plan.

2. Affected Secured Creditors- The Affected Secured Creditors under the Plan are the Senior Secured Noteholders with a claim in the amount of US\$175,000,000. The Senior Secured Noteholders are secured by a diverse package of Canadian's assets, including its inventory of aircraft spare parts, ground equipment, spare engines, flight simulators, leasehold interests at Toronto, Vancouver and Calgary airports, the shares in CRAL 98 and a \$53 million note payable by CRAL to CAIL.

The Plan offers the Senior Secured Noteholders payment of 97 cents on the dollar. The deficiency is included in the Affected Unsecured Creditor class and the Senior Secured Noteholders advised the court they would be voting the deficiency in favour of the Plan.

3. Unaffected Unsecured Creditors-In the circular accompanying the November 11, 1999 853350 offer it was stated that:

The Offeror intends to conduct the Debt Restructuring in such a manner as to seek to ensure that the unionized employees of Canadian, the suppliers of new credit (including trade credit) and the members of the flying public are left unaffected.

The Offeror is of the view that the pursuit of these three principles is essential in order to ensure that the long term value of Canadian is preserved.

Canadian's employees, customers and suppliers of goods and services are unaffected by the CCAA Order and Plan.

Also unaffected are parties to those contracts or agreements with Canadian which are not being terminated by Canadian pursuant to the terms of the March 24, 2000 Order.

4. Affected Unsecured Creditors- CAIL has identified unsecured creditors who do not fall into the above three groups and listed these as Affected Unsecured Creditors under the Plan. They are offered 14 cents on the dollar on their claims. Air Canada would fund this payment.

The Affected Unsecured Creditors fall into the following categories:

- a. Claims of holders of or related to the Unsecured Notes (the "Unsecured Noteholders");
- b. Claims in respect of certain outstanding or threatened litigation involving Canadian;
- c. Claims arising from the termination, breach or repudiation of certain contracts, leases or agreements to which Canadian is a party other than aircraft financing or lease arrangements;
- d. Claims in respect of deficiencies arising from the termination or re-negotiation of aircraft financing or lease arrangements;
- e. Claims of tax authorities against Canadian; and
- f. Claims in respect of the under-secured or unsecured portion of amounts due to the Senior Secured Noteholders.

52 There are over \$700 million of proven unsecured claims. Some unsecured creditors have disputed the amounts of their claims for distribution purposes. These are in the process of determination by the court-appointed Claims Officer and subject to further appeal to the court. If the Claims Officer were to allow all of the disputed claims in full and this were confirmed by the court, the aggregate of unsecured claims would be approximately \$1.059 million.

53 The Monitor has concluded that if the Plan is not approved and implemented, Canadian will not be able to continue as a going concern and in that event, the only foreseeable alternative would be a liquidation of Canadian's assets by a receiver and/or a trustee in bankruptcy. Under the Plan, Canadian's obligations to parties essential to ongoing operations, including employees, customers, travel agents, fuel, maintenance and equipment suppliers, and airport authorities are in most cases to be treated as unaffected and paid in full. In the event of a liquidation, those parties would not, in most cases, be paid in full and, except for specific lien rights and statutory priorities, would rank as ordinary unsecured creditors. The Monitor estimates that the additional unsecured claims which would arise if Canadian were to cease operations as a going concern and be forced into liquidation would be in excess of \$1.1 billion.

54 In connection with its assessment of the Plan, the Monitor performed a liquidation analysis of CAIL as at March 31, 2000 in order to estimate the amounts that might be recovered by CAIL's creditors and shareholders in the event of disposition of CAIL's assets by a receiver or trustee. The Monitor concluded that a liquidation would result in a shortfall to certain secured creditors, including the Senior Secured Noteholders, a recovery by ordinary unsecured creditors of between one cent and three cents on the dollar, and no recovery by shareholders.

55 There are two vociferous opponents of the Plan, Resurgence Asset Management LLC ("Resurgence") who acts on behalf of its and/or its affiliate client accounts and four shareholders of CAC. Resurgence is incorporated pursuant to the laws of New York, U.S.A. and has its head office in White Plains, New York. It conducts an investment business specializing in high yield distressed debt. Through a series of purchases of the Unsecured Notes commencing in April 1999, Resurgence clients hold \$58,200,000 of the face value of or 58.2% of the notes issued. Resurgence purchased 7.9 million units in April 1999. From November 3, 1999 to December 9, 1999 it purchased an additional 20,850,000 units. From January 4, 2000 to February 3, 2000 Resurgence purchased an additional 29,450,000 units.

56 Resurgence seeks declarations that: the actions of Canadian, Air Canada and 853350 constitute an amalgamation, consolidation or merger with or into Air Canada or a conveyance or transfer of all or substantially all of Canadian's assets to Air Canada; that any plan of arrangement involving Canadian will not affect Resurgence and directing the

repurchase of their notes pursuant to the provisions of their trust indenture and that the actions of Canadian, Air Canada and 853350 are oppressive and unfairly prejudicial to it pursuant to section 234 of the Business Corporations Act.

57 Four shareholders of CAC also oppose the plan. Neil Baker, a Toronto resident, acquired 132,500 common shares at a cost of \$83,475.00 on or about May 5, 2000. Mr. Baker sought to commence proceedings to "remedy an injustice to the minority holders of the common shares". Roger Midiaty, Michael Salter and Hal Metheral are individual shareholders who were added as parties at their request during the proceedings. Mr. Midiaty resides in Calgary, Alberta and holds 827 CAC shares which he has held since 1994. Mr. Metheral is also a Calgary resident and holds approximately 14,900 CAC shares in his RRSP and has held them since approximately 1994 or 1995. Mr. Salter is a resident of Scottsdale, Arizona and is the beneficial owner of 250 shares of CAC and is a joint beneficial owner of 250 shares with his wife. These shareholders will be referred in the Decision throughout as the "Minority Shareholders".

58 The Minority Shareholders oppose the portion of the Plan that relates to the reorganization of CAIL, pursuant to section 185 of the *Alberta Business Corporations Act* ("ABCA"). They characterize the transaction as a cancellation of issued shares unauthorized by section 167 of the ABCA or alternatively is a violation of section 183 of the ABCA. They submit the application for the order of reorganization should be denied as being unlawful, unfair and not supported by the evidence.

III. Analysis

59 Section 6 of the CCAA provides that:

6. Where a majority in number representing two-thirds in value of the creditors, or class of creditors, as the case may be, present and voting either in person or by proxy at the meeting or meetings thereof respectively held pursuant to sections 4 and 5, or either of those sections, agree to any compromise or arrangement either as proposed or as altered or modified at the meeting or meetings, the compromise or arrangement may be sanctioned by the court, and if so sanctioned is binding

(a) on all the creditors or the class of creditors, as the case may be, and on any trustee for any such class of creditors, whether secured or unsecured, as the case may be, and on the company; and

(b) in the case of a company that has made an authorized assignment or against which a receiving order has been made under the Bankruptcy and Insolvency Act or is in the course of being wound up under the Winding-up and Restructuring Act, on the trustee in bankruptcy or liquidator and contributories of the company.

60 Prior to sanctioning a plan under the CCAA, the court must be satisfied in regard to each of the following criteria:

(1) there must be compliance with all statutory requirements;

(2) all material filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the CCAA; and

(3) the plan must be fair and reasonable.

61 A leading articulation of this three-part test appears in *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C. S.C.) at 182-3, aff'd (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C. C.A.) and has been regularly followed, see for example *Re Sammi Atlas Inc.* (1998), 3 C.B.R. (4th) 171 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) at 172 and *Re T. Eaton Co.* (1999), 15 C.B.R. (4th) 311 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) at paragraph 7. Each of these criteria are reviewed in turn below.

1. Statutory Requirements

62 Some of the matters that may be considered by the court on an application for approval of a plan of compromise and arrangement include:

- (a) the applicant comes within the definition of "debtor company" in section 2 of the CCAA;
- (b) the applicant or affiliated debtor companies have total claims within the meaning of section 12 of the CCAA in excess of \$5,000,000;
- (c) the notice calling the meeting was sent in accordance with the order of the court;
- (d) the creditors were properly classified;
- (e) the meetings of creditors were properly constituted;
- (f) the voting was properly carried out; and
- (g) the plan was approved by the requisite double majority or majorities.

63 I find that the Petitioners have complied with all applicable statutory requirements. Specifically:

- (a) CAC and CAIL are insolvent and thus each is a "debtor company" within the meaning of section 2 of the CCAA. This was established in the affidavit evidence of Douglas Carty, Senior Vice President and Chief Financial Officer of Canadian, and so declared in the March 24, 2000 Order in these proceedings and confirmed in the testimony given by Mr. Carty at this hearing.
- (b) CAC and CAIL have total claims that would be claims provable in bankruptcy within the meaning of section 12 of the CCAA in excess of \$5,000,000.
- (c) In accordance with the April 7, 2000 Order of this court, a Notice of Meeting and a disclosure statement (which included copies of the Plan and the March 24th and April 7th Orders of this court) were sent to the Affected Creditors, the directors and officers of the Petitioners, the Monitor and persons who had served a Notice of Appearance, on April 25, 2000.
- (d) As confirmed by the May 12, 2000 ruling of this court (leave to appeal denied May 29, 2000), the creditors have been properly classified.
- (e) Further, as detailed in the Monitor's Fifth Report to the Court and confirmed by the June 14, 2000 decision of this court in respect of a challenge by Resurgence Asset Management LLC ("Resurgence"), the meetings of creditors were properly constituted, the voting was properly carried out and the Plan was approved by the requisite double majorities in each class. The composition of the majority of the unsecured creditor class is addressed below under the heading "Fair and Reasonable".

2. Matters Unauthorized

64 This criterion has not been widely discussed in the reported cases. As recognized by Blair J. in *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 17 C.B.R. (3d) 1 (Ont. Gen. Div.) and Farley J. in *Re Cadillac Fairview Inc.* (February 6, 1995), Doc. B348/94 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]), within the CCAA process the court must rely on the reports of the Monitor as well as the parties in ensuring nothing contrary to the CCAA has occurred or is contemplated by the plan.

65 In this proceeding, the dissenting groups have raised two matters which in their view are unauthorized by the CCAA: firstly, the Minority Shareholders of CAC suggested the proposed share capital reorganization of CAIL is illegal under the ABCA and Ontario Securities Commission Policy 9.1, and as such cannot be authorized under the CCAA and secondly, certain unsecured creditors suggested that the form of release contained in the Plan goes beyond the scope of release permitted under the CCAA.

a. Legality of proposed share capital reorganization

66 Subsection 185(2) of the ABCA provides:

(2) If a corporation is subject to an order for reorganization, its articles may be amended by the order to effect any change that might lawfully be made by an amendment under section 167.

67 Sections 6.1(2)(d) and (e) and Schedule "D" of the Plan contemplate that:

a. All CAIL common shares held by CAC will be converted into a single retractable share, which will then be retracted by CAIL for \$1.00; and

b. All CAIL preferred shares held by 853350 will be converted into CAIL common shares.

68 The Articles of Reorganization in Schedule "D" to the Plan provide for the following amendments to CAIL's Articles of Incorporation to effect the proposed reorganization:

(a) consolidating all of the issued and outstanding common shares into one common share;

(b) redesignating the existing common shares as "Retractable Shares" and changing the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the Retractable Shares so that the Retractable Shares shall have attached thereto the rights, privileges, restrictions and conditions as set out in the Schedule of Share Capital;

(c) cancelling the Non-Voting Shares in the capital of the corporation, none of which are currently issued and outstanding, so that the corporation is no longer authorized to issue Non-Voting Shares;

(d) changing all of the issued and outstanding Class B Preferred Shares of the corporation into Class A Preferred Shares, on the basis of one (1) Class A Preferred Share for each one (1) Class B Preferred Share presently issued and outstanding;

(e) redesignating the existing Class A Preferred Shares as "Common Shares" and changing the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the Common Shares so that the Common Shares shall have attached thereto the rights, privileges, restrictions and conditions as set out in the Schedule of Share Capital; and

(f) cancelling the Class B Preferred Shares in the capital of the corporation, none of which are issued and outstanding after the change in paragraph (d) above, so that the corporation is no longer authorized to issue Class B Preferred Shares;

Section 167 of the ABCA

69 Reorganizations under section 185 of the ABCA are subject to two preconditions:

a. The corporation must be "subject to an order for re-organization"; and

b. The proposed amendments must otherwise be permitted under section 167 of the ABCA.

70 The parties agreed that an order of this court sanctioning the Plan would satisfy the first condition.

71 The relevant portions of section 167 provide as follows:

167(1) Subject to sections 170 and 171, the articles of a corporation may by special resolution be amended to

(e) change the designation of all or any of its shares, and add, change or remove any rights, privileges, restrictions and conditions, including rights to accrued dividends, in respect of all or any of its shares, whether issued or unissued,

(f) change the shares of any class or series, whether issued or unissued, into a different number of shares of the same class or series into the same or a different number of shares of other classes or series,

(g.1) cancel a class or series of shares where there are no issued or outstanding shares of that class or series,

72 Each change in the proposed CAIL Articles of Reorganization corresponds to changes permitted under s. 167(1) of the ABCA, as follows:

Proposed Amendment in Schedule "D"

- (a) — consolidation of Common Shares
- (b) — change of designation and rights
- (c) — cancellation
- (d) — change in shares
- (e) — change of designation and rights
- (f) — cancellation

Subsection 167(1), ABCA

- 167(1)(f)
- 167(1)(e)
- 167(1)(g.1)
- 167(1)(f)
- 167(1)(e)
- 167(1)(g.1)

73 The Minority Shareholders suggested that the proposed reorganization effectively cancels their shares in CAC. As the above review of the proposed reorganization demonstrates, that is not the case. Rather, the shares of CAIL are being consolidated, altered and then retracted, as permitted under section 167 of the ABCA. I find the proposed reorganization of CAIL's share capital under the Plan does not violate section 167.

74 In R. Dickerson et al, *Proposals for a New Business Corporation Law for Canada*, Vol.1: Commentary (the "Dickerson Report") regarding the then proposed Canada Business Corporations Act, the identical section to section 185 is described as having been inserted with the object of enabling the "court to effect any necessary amendment of the articles of the corporation in order to achieve the objective of the reorganization without having to comply with the formalities of the Draft Act, particularly shareholder approval of the proposed amendment".

75 The architects of the business corporation act model which the ABCA follows, expressly contemplated reorganizations in which the insolvent corporation would eliminate the interest of common shareholders. The example given in the Dickerson Report of a reorganization is very similar to that proposed in the Plan:

For example, the reorganization of an insolvent corporation may require the following steps: first, reduction or even elimination of the interest of the common shareholders; second, relegation of the preferred shareholders to the status of common shareholders; and third, relegation of the secured debenture holders to the status of either unsecured Noteholders or preferred shareholders.

76 The rationale for allowing such a reorganization appears plain; the corporation is insolvent, which means that on liquidation the shareholders would get nothing. In those circumstances, as described further below under the heading "Fair and Reasonable", there is nothing unfair or unreasonable in the court effecting changes in such situations without shareholder approval. Indeed, it would be unfair to the creditors and other stakeholders to permit the shareholders (whose interest has the lowest priority) to have any ability to block a reorganization.

77 The Petitioners were unable to provide any case law addressing the use of section 185 as proposed under the Plan. They relied upon the decisions of *Re Royal Oak Mines Inc.* (1999), 14 C.B.R. (4th) 279 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) and *T. Eaton Co.*, *supra* in which Farley J. of the Ontario Superior Court of Justice emphasized that shareholders are at the bottom of the hierarchy of interests in liquidation or liquidation related scenarios.

78 Section 185 provides for amendment to articles by court order. I see no requirement in that section for a meeting or vote of shareholders of CAIL, quite apart from shareholders of CAC. Further, dissent and appraisal rights are expressly removed in subsection (7). To require a meeting and vote of shareholders and to grant dissent and appraisal rights in circumstances of insolvency would frustrate the object of section 185 as described in the Dickerson Report.

79 In the circumstances of this case, where the majority shareholder holds 82% of the shares, the requirement of a special resolution is meaningless. To require a vote suggests the shares have value. They do not. The formalities of the ABCA serve no useful purpose other than to frustrate the reorganization to the detriment of all stakeholders, contrary to the CCAA.

Section 183 of the ABCA

80 The Minority Shareholders argued in the alternative that if the proposed share reorganization of CAIL were not a cancellation of their shares in CAC and therefore allowed under section 167 of the ABCA, it constituted a "sale, lease, or exchange of substantially all the property" of CAC and thus required the approval of CAC shareholders pursuant to section 183 of the ABCA. The Minority Shareholders suggested that the common shares in CAIL were substantially all of the assets of CAC and that all of those shares were being "exchanged" for \$1.00.

81 I disagree with this creative characterization. The proposed transaction is a reorganization as contemplated by section 185 of the ABCA. As recognized in *Savage v. Amoco Acquisition Co.* (1988), 68 C.B.R. (N.S.) 154 (Alta. C.A.) aff'd (1988), 70 C.B.R. (N.S.) xxxii (S.C.C.), the fact that the same end might be achieved under another section does not exclude the section to be relied on. A statute may well offer several alternatives to achieve a similar end.

Ontario Securities Commission Policy 9.1

82 The Minority Shareholders also submitted the proposed reorganization constitutes a "related party transaction" under Policy 9.1 of the Ontario Securities Commission. Under the Policy, transactions are subject to disclosure, minority approval and formal valuation requirements which have not been followed here. The Minority Shareholders suggested that the Petitioners were therefore in breach of the Policy unless and until such time as the court is advised of the relevant requirements of the Policy and grants its approval as provided by the Policy.

83 These shareholders asserted that in the absence of evidence of the going concern value of CAIL so as to determine whether that value exceeds the rights of the Preferred Shares of CAIL, the Court should not waive compliance with the Policy.

84 To the extent that this reorganization can be considered a "related party transaction", I have found, for the reasons discussed below under the heading "Fair and Reasonable", that the Plan, including the proposed reorganization, is fair and reasonable and accordingly I would waive the requirements of Policy 9.1.

b. Release

85 Resurgence argued that the release of directors and other third parties contained in the Plan does not comply with the provisions of the CCAA.

86 The release is contained in section 6.2(2)(ii) of the Plan and states as follows:

As of the Effective Date, each of the Affected Creditors will be deemed to forever release, waive and discharge all claims, obligations, suits, judgments, damages, demands, debts, rights, causes of action and liabilities...that are based in whole or in part on any act, omission, transaction, event or other occurrence taking place on or prior to the Effective Date in any way relating to the Applicants and Subsidiaries, the CCAA Proceedings, or the Plan against: (i) The Applicants and Subsidiaries; (ii) The Directors, Officers and employees of the Applicants or Subsidiaries in each case as of the date of filing (and in addition, those who became Officers and/or Directors thereafter but prior

to the Effective Date); (iii) The former Directors, Officers and employees of the Applicants or Subsidiaries, or (iv) the respective current and former professionals of the entities in subclauses (1) to (3) of this s.6.2(2) (including, for greater certainty, the Monitor, its counsel and its current Officers and Directors, and current and former Officers, Directors, employees, shareholders and professionals of the released parties) acting in such capacity.

87 Prior to 1997, the CCAA did not provide for compromises of claims against anyone other than the petitioning company. In 1997, section 5.1 was added to the CCAA. Section 5.1 states:

5.1 (1) A compromise or arrangement made in respect of a debtor company may include in its terms provision for the compromise of claims against directors of the company that arose before the commencement of proceedings under this Act and relate to the obligations of the company where the directors are by law liable in their capacity as directors for the payment of such obligations.

(2) A provision for the compromise of claims against directors may not include claims that:

(a) relate to contractual rights of one or more creditors; or

(b) are based on allegations of misrepresentations made by directors to creditors or of wrongful or oppressive conduct by directors.

(3) The Court may declare that a claim against directors shall not be compromised if it is satisfied that the compromise would not be fair and reasonable in the circumstances.

88 Resurgence argued that the form of release does not comply with section 5.1 of the CCAA insofar as it applies to individuals beyond directors and to a broad spectrum of claims beyond obligations of the Petitioners for which their directors are "by law liable". Resurgence submitted that the addition of section 5.1 to the CCAA constituted an exception to a long standing principle and urged the court to therefore interpret s. 5.1 cautiously, if not narrowly. Resurgence relied on *Crabtree (Succession de) c. Barrette*, [1993] 1 S.C.R. 1027 (S.C.C.) at 1044 and *Bruce Agra Foods Inc. v. Everfresh Beverages Inc. (Receiver of)* (1996), 45 C.B.R. (3d) 169 (Ont. Gen. Div.) at para. 5 in this regard.

89 With respect to Resurgence's complaint regarding the breadth of the claims covered by the release, the Petitioners asserted that the release is not intended to override section 5.1(2). Canadian suggested this can be expressly incorporated into the form of release by adding the words "*excluding the claims excepted by s. 5.1(2) of the CCAA*" immediately prior to subsection (iii) and clarifying the language in Section 5.1 of the Plan. Canadian also acknowledged, in response to a concern raised by Canada Customs and Revenue Agency, that in accordance with s. 5.1(1) of the CCAA, directors of CAC and CAIL could only be released from liability arising before March 24, 2000, the date these proceedings commenced. Canadian suggested this was also addressed in the proposed amendment. Canadian did not address the propriety of including individuals in addition to directors in the form of release.

90 In my view it is appropriate to amend the proposed release to expressly comply with section 5.1(2) of the CCAA and to clarify Section 5.1 of the Plan as Canadian suggested in its brief. The additional language suggested by Canadian to achieve this result shall be included in the form of order. Canada Customs and Revenue Agency is apparently satisfied with the Petitioners' acknowledgement that claims against directors can only be released to the date of commencement of proceedings under the CCAA, having appeared at this hearing to strongly support the sanctioning of the Plan, so I will not address this concern further.

91 Resurgence argued that its claims fell within the categories of excepted claims in section 5.1(2) of the CCAA and accordingly, its concern in this regard is removed by this amendment. Unsecured creditors JHHD Aircraft Leasing No. 1 and No. 2 suggested there may be possible wrongdoing in the acts of the directors during the restructuring process which should not be immune from scrutiny and in my view this complaint would also be caught by the exception captured in the amendment.

92 While it is true that section 5.2 of the CCAA does not authorize a release of claims against third parties other than directors, it does not prohibit such releases either. The amended terms of the release will not prevent claims from which the CCAA expressly prohibits release. Aside from the complaints of Resurgence, which by their own submissions are addressed in the amendment I have directed, and the complaints of JHHD Aircraft Leasing No. 1 and No. 2, which would also be addressed in the amendment, the terms of the release have been accepted by the requisite majority of creditors and I am loathe to further disturb the terms of the Plan, with one exception.

93 Amex Bank of Canada submitted that the form of release appeared overly broad and might compromise unaffected claims of affected creditors. For further clarification, Amex Bank of Canada's potential claim for defamation is unaffected by the Plan and I am prepared to order Section 6.2(2)(ii) be amended to reflect this specific exception.

3. Fair and Reasonable

94 In determining whether to sanction a plan of arrangement under the CCAA, the court is guided by two fundamental concepts: "fairness" and "reasonableness". While these concepts are always at the heart of the court's exercise of its discretion, their meanings are necessarily shaped by the unique circumstances of each case, within the context of the Act and accordingly can be difficult to distill and challenging to apply. Blair J. described these concepts in *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.*, *supra*, at page 9:

"Fairness" and "reasonableness" are, in my opinion, the two keynote concepts underscoring the philosophy and workings of the Companies' Creditors Arrangement Act. Fairness is the quintessential expression of the court's equitable jurisdiction — although the jurisdiction is statutory, the broad discretionary powers given to the judiciary by the legislation which make its exercise an exercise in equity — and "reasonableness" is what lends objectivity to the process.

95 The legislation, while conferring broad discretion on the court, offers little guidance. However, the court is assisted in the exercise of its discretion by the purpose of the CCAA: to facilitate the reorganization of a debtor company for the benefit of the company, its creditors, shareholders, employees and, in many instances, a much broader constituency of affected persons. Parliament has recognized that reorganization, if commercially feasible, is in most cases preferable, economically and socially, to liquidation: *Norcen Energy Resources Ltd. v. Oakwood Petroleums Ltd.* (1988), [1989] 2 W.W.R. 566 (Alta. Q.B.) at 574; *Northland Properties Ltd. v. Excelsior Life Insurance Co. of Canada*, [1989] 3 W.W.R. 363 (B.C. C.A.) at 368.

96 The sanction of the court of a creditor-approved plan is not to be considered as a rubber stamp process. Although the majority vote that brings the plan to a sanction hearing plays a significant role in the court's assessment, the court will consider other matters as are appropriate in light of its discretion. In the unique circumstances of this case, it is appropriate to consider a number of additional matters:

- a. The composition of the unsecured vote;
- b. What creditors would receive on liquidation or bankruptcy as compared to the Plan;
- c. Alternatives available to the Plan and bankruptcy;
- d. Oppression;
- e. Unfairness to Shareholders of CAC; and
- f. The public interest.

a. Composition of the unsecured vote

97 As noted above, an important measure of whether a plan is fair and reasonable is the parties' approval and the degree to which it has been given. Creditor support creates an inference that the plan is fair and reasonable because the assenting creditors believe that their interests are treated equitably under the plan. Moreover, it creates an inference that the arrangement is economically feasible and therefore reasonable because the creditors are in a better position than the courts to gauge business risk. As stated by Blair J. at page 11 of *Olympia & York Developments Ltd.*, *supra*:

As other courts have done, I observe that it is not my function to second guess the business people with respect to the "business" aspect of the Plan or descending into the negotiating arena or substituting my own view of what is a fair and reasonable compromise or arrangement for that of the business judgment of the participants. The parties themselves know best what is in their interests in those areas.

98 However, given the manner of voting under the CCAA, the court must be cognizant of the treatment of minorities within a class: see for example *Re Quintette Coal Ltd.* (1992), 13 C.B.R. (3d) 146 (B.C. S.C.) and *Re Alabama, New Orleans, Texas & Pacific Junction Railway* (1890), 60 L.J. Ch. 221 (Eng. C.A.). The court can address this by ensuring creditors' claims are properly classified. As well, it is sometimes appropriate to tabulate the vote of a particular class so the results can be assessed from a fairness perspective. In this case, the classification was challenged by Resurgence and I dismissed that application. The vote was also tabulated in this case and the results demonstrate that the votes of Air Canada and the Senior Secured Noteholders, who voted their deficiency in the unsecured class, were decisive.

99 The results of the unsecured vote, as reported by the Monitor, are:

1. For the resolution to approve the Plan: 73 votes (65% in number) representing \$494,762,304 in claims (76% in value);
2. Against the resolution: 39 votes (35% in number) representing \$156,360,363 in claims (24% in value); and
3. Abstentions: 15 representing \$968,036 in value.

100 The voting results as reported by the Monitor were challenged by Resurgence. That application was dismissed.

101 The members of each class that vote in favour of a plan must do so in good faith and the majority within a class must act without coercion in their conduct toward the minority. When asked to assess fairness of an approved plan, the court will not countenance secret agreements to vote in favour of a plan secured by advantages to the creditor: see for example, *Hochberger v. Rittenberg* (1916), 36 D.L.R. 450 (S.C.C.)

102 In *Re Northland Properties Ltd.* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C. S.C.) at 192-3 *aff'd* (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C. C.A.), dissenting priority mortgagees argued the plan violated the principle of equality due to an agreement between the debtor company and another priority mortgagee which essentially amounted to a preference in exchange for voting in favour of the plan. Trainor J. found that the agreement was freely disclosed and commercially reasonable and went on to approve the plan, using the three part test. The British Columbia Court of Appeal upheld this result and in commenting on the minority complaint McEachern J.A. stated at page 206:

In my view, the obvious benefits of settling rights and keeping the enterprise together as a going concern far outweigh the deprivation of the appellants' wholly illusory rights. In this connection, the learned chambers judge said at p.29:

I turn to the question of the right to hold the property after an order absolute and whether or not this is a denial of something of that significance that it should affect these proceedings. There is in the material before me some evidence of values. There are the principles to which I have referred, as well as to the rights of majorities and the rights of minorities.

Certainly, those minority rights are there, but it would seem to me that in view of the overall plan, in view of the speculative nature of holding property in the light of appraisals which have been given as to value, that this right is something which should be subsumed to the benefit of the majority.

103 Resurgence submitted that Air Canada manipulated the indebtedness of CAIL to assure itself of an affirmative vote. I disagree. I previously ruled on the validity of the deficiency when approving the LOIs and found the deficiency to be valid. I found there was consideration for the assignment of the deficiency claims of the various aircraft financiers to Air Canada, namely the provision of an Air Canada guarantee which would otherwise not have been available until plan sanction. The Monitor reviewed the calculations of the deficiencies and determined they were calculated in a reasonable manner. As such, the court approved those transactions. If the deficiency had instead remained with the aircraft financiers, it is reasonable to assume those claims would have been voted in favour of the plan. Further, it would have been entirely appropriate under the circumstances for the aircraft financiers to have retained the deficiency and agreed to vote in favour of the Plan, with the same result to Resurgence. That the financiers did not choose this method was explained by the testimony of Mr. Carty and Robert Peterson, Chief Financial Officer for Air Canada; quite simply it amounted to a desire on behalf of these creditors to shift the "deal risk" associated with the Plan to Air Canada. The agreement reached with the Senior Secured Noteholders was also disclosed and the challenge by Resurgence regarding their vote in the unsecured class was dismissed. There is nothing inappropriate in the voting of the deficiency claims of Air Canada or the Senior Secured Noteholders in the unsecured class. There is no evidence of secret vote buying such as discussed in *Re Northland Properties Ltd.*

104 If the Plan is approved, Air Canada stands to profit in its operation. I do not accept that the deficiency claims were devised to dominate the vote of the unsecured creditor class, however, Air Canada, as funder of the Plan is more motivated than Resurgence to support it. This divergence of views on its own does not amount to bad faith on the part of Air Canada. Resurgence submitted that only the Unsecured Noteholders received 14 cents on the dollar. That is not accurate, as demonstrated by the list of affected unsecured creditors included earlier in these Reasons. The Senior Secured Noteholders did receive other consideration under the Plan, but to suggest they were differently motivated suggests that those creditors did not ascribe any value to their unsecured claims. There is no evidence to support this submission.

105 The good faith of Resurgence in its vote must also be considered. Resurgence acquired a substantial amount of its claim after the failure of the Onex bid, when it was aware that Canadian's financial condition was rapidly deteriorating. Thereafter, Resurgence continued to purchase a substantial amount of this highly distressed debt. While Mr. Symington maintained that he bought because he thought the bonds were a good investment, he also acknowledged that one basis for purchasing was the hope of obtaining a blocking position sufficient to veto a plan in the proposed debt restructuring. This was an obvious ploy for leverage with the Plan proponents

106 The authorities which address minority creditors' complaints speak of "substantial injustice" (*Re Keddy Motor Inns Ltd.* (1992), 13 C.B.R. (3d) 245 (N.S. C.A.), "confiscation" of rights (*Re Campeau Corp.* (1992), 10 C.B.R. (3d) 104 (Ont. Gen. Div.); *Re SkyDome Corp.* (March 21, 1999), Doc. 98-CL-3179 (Ont. Gen. Div. [Commercial List])) and majorities "feasting upon" the rights of the minority (*Re Quintette Coal Ltd.* (1992), 13 C.B.R. (3d) 146 (B.C. S.C.)). Although it cannot be disputed that the group of Unsecured Noteholders represented by Resurgence are being asked to accept a significant reduction of their claims, as are all of the affected unsecured creditors, I do not see a "substantial injustice", nor view their rights as having been "confiscated" or "feasted upon" by being required to succumb to the wishes of the majority in their class. No bad faith has been demonstrated in this case. Rather, the treatment of Resurgence, along with all other affected unsecured creditors, represents a reasonable balancing of interests. While the court is directed to consider whether there is an injustice being worked within a class, it must also determine whether there is an injustice with respect the stakeholders as a whole. Even if a plan might at first blush appear to have that effect, when viewed in relation to all other parties, it may nonetheless be considered appropriate and be approved: *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (1992), 11 C.B.R. (3d) 1 (Ont. Gen. Div.) and *Re Northland Properties Ltd.*, *supra* at 9.

107 Further, to the extent that greater or discrete motivation to support a Plan may be seen as a conflict, the Court should take this same approach and look at the creditors as a whole and to the objecting creditors specifically and determine if their rights are compromised in an attempt to balance interests and have the pain of compromise borne equally.

108 Resurgence represents 58.2% of the Unsecured Noteholders or \$96 million in claims. The total claim of the Unsecured Noteholders ranges from \$146 million to \$161 million. The affected unsecured class, excluding aircraft financing, tax claims, the noteholders and claims under \$50,000, ranges from \$116.3 million to \$449.7 million depending on the resolutions of certain claims by the Claims Officer. Resurgence represents between 15.7% - 35% of that portion of the class.

109 The total affected unsecured claims, excluding tax claims, but including aircraft financing and noteholder claims including the unsecured portion of the Senior Secured Notes, ranges from \$673 million to \$1,007 million. Resurgence represents between 9.5% - 14.3% of the total affected unsecured creditor pool. These percentages indicate that at its very highest in a class excluding Air Canada's assigned claims and Senior Secured's deficiency, Resurgence would only represent a maximum of 35% of the class. In the larger class of affected unsecured it is significantly less. Viewed in relation to the class as a whole, there is no injustice being worked against Resurgence.

110 The thrust of the Resurgence submissions suggests a mistaken belief that they will get more than 14 cents on liquidation. This is not borne out by the evidence and is not reasonable in the context of the overall Plan.

b. Receipts on liquidation or bankruptcy

111 As noted above, the Monitor prepared and circulated a report on the Plan which contained a summary of a liquidation analysis outlining the Monitor's projected realizations upon a liquidation of CAIL ("Liquidation Analysis").

112 The Liquidation Analysis was based on: (1) the draft unaudited financial statements of Canadian at March 31, 2000; (2) the distress values reported in independent appraisals of aircraft and aircraft related assets obtained by CAIL in January, 2000; (3) a review of CAIL's aircraft leasing and financing documents; and (4) discussions with CAIL Management.

113 Prior to and during the application for sanction, the Monitor responded to various requests for information by parties involved. In particular, the Monitor provided a copy of the Liquidation Analysis to those who requested it. Certain of the parties involved requested the opportunity to question the Monitor further, particularly in respect to the Liquidation Analysis and this court directed a process for the posing of those questions.

114 While there were numerous questions to which the Monitor was asked to respond, there were several areas in which Resurgence and the Minority Shareholders took particular issue: pension plan surplus, CRAL, international routes and tax pools. The dissenting groups asserted that these assets represented overlooked value to the company on a liquidation basis or on a going concern basis.

Pension Plan Surplus

115 The Monitor did not attribute any value to pension plan surplus when it prepared the Liquidation Analysis, for the following reasons:

- 1) The summaries of the solvency surplus/deficit positions indicated a cumulative net deficit position for the seven registered plans, after consideration of contingent liabilities;
- 2) The possibility, based on the previous splitting out of the seven plans from a single plan in 1988, that the plans could be held to be consolidated for financial purposes, which would remove any potential solvency surplus since the total estimated contingent liabilities exceeded the total estimated solvency surplus;

3) The actual calculations were prepared by CAIL's actuaries and actuaries representing the unions could conclude liabilities were greater; and

4) CAIL did not have a legal opinion confirming that surpluses belonged to CAIL.

116 The Monitor concluded that the entitlement question would most probably have to be settled by negotiation and/or litigation by the parties. For those reasons, the Monitor took a conservative view and did not attribute an asset value to pension plans in the Liquidation Analysis. The Monitor also did not include in the Liquidation Analysis any amount in respect of the claim that could be made by members of the plan where there is an apparent deficit after deducting contingent liabilities.

117 The issues in connection with possible pension surplus are: (1) the true amount of any of the available surplus; and (2) the entitlement of Canadian to any such amount.

118 It is acknowledged that surplus prior to termination can be accessed through employer contribution holidays, which Canadian has taken to the full extent permitted. However, there is no basis that has been established for any surplus being available to be withdrawn from an ongoing pension plan. On a pension plan termination, the amount available as a solvency surplus would first have to be further reduced by various amounts to determine whether there was in fact any true surplus available for distribution. Such reductions include contingent benefits payable in accordance with the provisions of each respective pension plan, any extraordinary plan wind up cost, the amounts of any contribution holidays taken which have not been reflected, and any litigation costs.

119 Counsel for all of Canadian's unionized employees confirmed on the record that the respective union representatives can be expected to dispute all of these calculations as well as to dispute entitlement.

120 There is a suggestion that there might be a total of \$40 million of surplus remaining from all pension plans after such reductions are taken into account. Apart from the issue of entitlement, this assumes that the plans can be treated separately, that a surplus could in fact be realized on liquidation and that the Towers Perrin calculations are not challenged. With total pension plan assets of over \$2 billion, a surplus of \$40 million could quickly disappear with relatively minor changes in the market value of the securities held or calculation of liabilities. In the circumstances, given all the variables, I find that the existence of any surplus is doubtful at best and I am satisfied that the Monitor's Liquidation Analysis ascribing it zero value is reasonable in this circumstances.

CRAL

121 The Monitor's liquidation analysis as at March 31, 2000 of CRAL determined that in a distress situation, after payments were made to its creditors, there would be a deficiency of approximately \$30 million to pay Canadian Regional's unsecured creditors, which include a claim of approximately \$56.5 million due to Canadian. In arriving at this conclusion, the Monitor reviewed internally prepared unaudited financial statements of CRAL as of March 31, 2000, the Houlihan Lokey Howard and Zukin, distress valuation dated January 21, 2000 and the Simat Helliesen and Eichner valuation of selected CAIL assets dated January 31, 2000 for certain aircraft related materials and engines, rotables and spares. The Avitas Inc., and Avmark Inc. reports were used for the distress values on CRAL's aircraft and the CRAL aircraft lease documentation. The Monitor also performed its own analysis of CRAL's liquidation value, which involved analysis of the reports provided and details of its analysis were outlined in the Liquidation Analysis.

122 For the purpose of the Liquidation Analysis, the Monitor did not consider other airlines as comparable for evaluation purposes, as the Monitor's valuation was performed on a distressed sale basis. The Monitor further assumed that without CAIL's national and international network to feed traffic into and a source of standby financing, and considering the inevitable negative publicity which a failure of CAIL would produce, CRAL would immediately stop operations as well.

123 Mr. Peterson testified that CRAL was worth \$260 million to Air Canada, based on Air Canada being a special buyer who could integrate CRAL, on a going concern basis, into its network. The Liquidation Analysis assumed the windup of each of CRAL and CAIL, a completely different scenario.

124 There is no evidence that there was a potential purchaser for CRAL who would be prepared to acquire CRAL or the operations of CRAL 98 for any significant sum or at all. CRAL has value to CAIL, and in turn, could provide value to Air Canada, but this value is attributable to its ability to feed traffic to and take traffic from the national and international service operated by CAIL. In my view, the Monitor was aware of these features and properly considered these factors in assessing the value of CRAL on a liquidation of CAIL.

125 If CAIL were to cease operations, the evidence is clear that CRAL would be obliged to do so as well immediately. The travelling public, shippers, trade suppliers, and others would make no distinction between CAIL and CRAL and there would be no going concern for Air Canada to acquire.

International Routes

126 The Monitor ascribed no value to Canadian's international routes in the Liquidation Analysis. In discussions with CAIL management and experts available in its aviation group, the Monitor was advised that international routes are unassignable licenses and not property rights. They do not appear as assets in CAIL's financials. Mr. Carty and Mr. Peterson explained that routes and slots are *not* treated as assets by airlines, but rather as rights in the control of the Government of Canada. In the event of bankruptcy/receivership of CAIL, CAIL's trustee/receiver could not sell them and accordingly they are of no value to CAIL.

127 Evidence was led that on June 23, 1999 Air Canada made an offer to purchase CAIL's international routes for \$400 million cash plus \$125 million for aircraft spares and inventory, along with the assumption of certain debt and lease obligations for the aircraft required for the international routes. CAIL evaluated the Air Canada offer and concluded that the proposed purchase price was insufficient to permit it to continue carrying on business in the absence of its international routes. Mr. Carty testified that something in the range of \$2 billion would be required.

128 CAIL was in desperate need of cash in mid December, 1999. CAIL agreed to sell its Toronto — Tokyo route for \$25 million. The evidence, however, indicated that the price for the Toronto — Tokyo route was not derived from a valuation, but rather was what CAIL asked for, based on its then-current cash flow requirements. Air Canada and CAIL obtained Government approval for the transfer on December 21, 2000.

129 Resurgence complained that despite this evidence of offers for purchase and actual sales of international routes and other evidence of sales of slots, the Monitor did not include Canadian's international routes in the Liquidation Analysis and only attributed a total of \$66 million for all intangibles of Canadian. There is some evidence that slots at some foreign airports may be bought or sold in some fashion. However, there is insufficient evidence to attribute any value to other slots which CAIL has at foreign airports. It would appear given the regulation of the airline industry, in particular, the *Aeronautics Act* and the *Canada Transportation Act*, that international routes for a Canadian air carrier only have full value to the extent of federal government support for the transfer or sale, and its preparedness to allow the then-current license holder to sell rather than act unilaterally to change the designation. The federal government was prepared to allow CAIL to sell its Toronto — Tokyo route to Air Canada in light of CAIL's severe financial difficulty and the certainty of cessation of operations during the Christmas holiday season in the absence of such a sale.

130 Further, statements made by CAIL in mid-1999 as to the value of its international routes and operations in response to an offer by Air Canada, reflected the amount CAIL needed to sustain liquidity without its international routes and was not a representation of market value of what could realistically be obtained from an arms length purchaser. The Monitor concluded on its investigation that CAIL's Narita and Heathrow slots had a realizable value of \$66 million, which it included in the Liquidation Analysis. I find that this conclusion is supportable and that the Monitor properly concluded that there were no other rights which ought to have been assigned value.

Tax Pools

131 There are four tax pools identified by Resurgence and the Minority Shareholders that are material: capital losses at the CAC level, undepreciated capital cost pools, operating losses incurred by Canadian and potential for losses to be reinstated upon repayment of fuel tax rebates by CAIL.

Capital Loss Pools

132 The capital loss pools at CAC will not be available to Air Canada since CAC is to be left out of the corporate reorganization and will be severed from CAIL. Those capital losses can essentially only be used to absorb a portion of the debt forgiveness liability associated with the restructuring. CAC, who has virtually all of its senior debt compromised in the plan, receives compensation for this small advantage, which cost them nothing.

Undepreciated capital cost ("UCC")

133 There is no benefit to Air Canada in the pools of UCC unless it were established that the UCC pools are in excess of the fair market value of the relevant assets, since Air Canada could create the same pools by simply buying the assets on a liquidation at fair market value. Mr. Peterson understood this pool of UCC to be approximately \$700 million. There is no evidence that the UCC pool, however, could be considered to be a source of benefit. There is no evidence that this amount is any greater than fair market value.

Operating Losses

134 The third tax pool complained of is the operating losses. The debt forgiven as a result of the Plan will erase any operating losses from prior years to the extent of such forgiven debt.

Fuel tax rebates

135 The fourth tax pool relates to the fuel tax rebates system taken advantage of by CAIL in past years. The evidence is that on a consolidated basis the total potential amount of this pool is \$297 million. According to Mr. Carty's testimony, CAIL has not been taxable in his ten years as Chief Financial Officer. The losses which it has generated for tax purposes have been sold on a 10 - 1 basis to the government in order to receive rebates of excise tax paid for fuel. The losses can be restored retroactively if the rebates are repaid, but the losses can only be carried forward for a maximum of seven years. The evidence of Mr. Peterson indicates that Air Canada has no plan to use those alleged losses and in order for them to be useful to Air Canada, Air Canada would have to complete a legal merger with CAIL, which is not provided for in the plan and is not contemplated by Air Canada until some uncertain future date. In my view, the Monitor's conclusion that there was no value to any tax pools in the Liquidation Analysis is sound.

136 Those opposed to the Plan have raised the spectre that there may be value unaccounted for in this liquidation analysis or otherwise. Given the findings above, this is merely speculation and is unsupported by any concrete evidence.

c. Alternatives to the Plan

137 When presented with a plan, affected stakeholders must weigh their options in the light of commercial reality. Those options are typically liquidation measured against the plan proposed. If not put forward, a hope for a different or more favourable plan is not an option and no basis upon which to assess fairness. On a purposive approach to the CCAA, what is fair and reasonable must be assessed against the effect of the Plan on the creditors and their various claims, in the context of their response to the plan. Stakeholders are expected to decide their fate based on realistic, commercially viable alternatives (generally seen as the prime motivating factor in any business decision) and not on speculative desires or hope for the future. As Farley J. stated in *T. Eaton Co.* (1999), 15 C.B.R. (4th) 311 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) at paragraph 6:

One has to be cognizant of the function of a balancing of their prejudices. Positions must be realistically assessed and weighed, all in the light of what an alternative to a successful plan would be. Wishes are not a firm foundation on which to build a plan; nor are ransom demands.

138 The evidence is overwhelming that all other options have been exhausted and have resulted in failure. The concern of those opposed suggests that there is a better plan that Air Canada can put forward. I note that significant enhancements were made to the plan during the process. In any case, this is the Plan that has been voted on. The evidence makes it clear that there is not another plan forthcoming. As noted by Farley J. in *T. Eaton Co., supra*, "no one presented an alternative plan for the interested parties to vote on" (para. 8).

d. Oppression

Oppression and the CCAA

139 Resurgence and the Minority Shareholders originally claimed that the Plan proponents, CAC and CAIL and the Plan supporters 853350 and Air Canada had oppressed, unfairly disregarded or unfairly prejudiced their interests, under Section 234 of the ABCA. The Minority Shareholders (for reasons that will appear obvious) have abandoned that position.

140 Section 234 gives the court wide discretion to remedy corporate conduct that is unfair. As remedial legislation, it attempts to balance the interests of shareholders, creditors and management to ensure adequate investor protection and maximum management flexibility. The Act requires the court to judge the conduct of the company and the majority in the context of equity and fairness: *First Edmonton Place Ltd. v. 315888 Alberta Ltd.* (1988), 40 B.L.R. 28 (Alta. Q.B.). Equity and fairness are measured against or considered in the context of the rights, interests or reasonable expectations of the complainants: *Diligenti v. RWMD Operations Kelowna Ltd.* (1976), 1 B.C.L.R. 36 (B.C. S.C.).

141 The starting point in any determination of oppression requires an understanding as to what the rights, interests, and reasonable expectations are and what the damaging or detrimental effect is on them. MacDonald J. stated in *First Edmonton Place, supra* at 57:

In deciding what is unfair, the history and nature of the corporation, the essential nature of the relationship between the corporation and the creditor, the type of rights affected in general commercial practice should all be material. More concretely, the test of unfair prejudice or unfair disregard should encompass the following considerations: The protection of the underlying expectation of a creditor in the arrangement with the corporation, the extent to which the acts complained of were unforeseeable where the creditor could not reasonably have protected itself from such acts and the detriment to the interests of the creditor.

142 While expectations vary considerably with the size, structure, and value of the corporation, all expectations must be reasonably and objectively assessed: *Pente Investment Management Ltd. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (Ont. C.A.).

143 Where a company is insolvent, only the creditors maintain a meaningful stake in its assets. Through the mechanism of liquidation or insolvency legislation, the interests of shareholders are pushed to the bottom rung of the priority ladder. The expectations of creditors and shareholders must be viewed and measured against an altered financial and legal landscape. Shareholders cannot reasonably expect to maintain a financial interest in an insolvent company where creditors' claims are not being paid in full. It is through the lens of insolvency that the court must consider whether the acts of the company are in fact oppressive, unfairly prejudicial or unfairly disregarded. CCAA proceedings have recognized that shareholders may not have "a true interest to be protected" because there is no reasonable prospect of economic value to be realized by the shareholders given the existing financial misfortunes of the company: *Royal Oak Mines Ltd., supra*, para. 4., *Re Cadillac Fairview Inc.* (March 7, 1995), Doc. B28/95 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]), and *T. Eaton Company, supra*.

144 To avail itself of the protection of the CCAA, a company must be insolvent. The CCAA considers the hierarchy of interests and assesses fairness and reasonableness in that context. The court's mandate not to sanction a plan in the absence of fairness necessitates the determination as to whether the complaints of dissenting creditors and shareholders are legitimate, bearing in mind the company's financial state. The articulated purpose of the Act and the jurisprudence interpreting it, "widens the lens" to balance a broader range of interests that includes creditors and shareholders and beyond to the company, the employees and the public, and tests the fairness of the plan with reference to its impact on all of the constituents.

145 It is through the lens of insolvency legislation that the rights and interests of both shareholders and creditors must be considered. The reduction or elimination of rights of both groups is a function of the insolvency and not of oppressive conduct in the operation of the CCAA. The antithesis of oppression is fairness, the guiding test for judicial sanction. If a plan unfairly disregards or is unfairly prejudicial it will not be approved. However, the court retains the power to compromise or prejudice rights to effect a broader purpose, the restructuring of an insolvent company, provided that the plan does so in a fair manner.

Oppression allegations by Resurgence

146 Resurgence alleges that it has been oppressed or had its rights disregarded because the Petitioners and Air Canada disregarded the specific provisions of their trust indenture, that Air Canada and 853350 dealt with other creditors outside of the CCAA, refusing to negotiate with Resurgence and that they are generally being treated inequitably under the Plan.

147 The trust indenture under which the Unsecured Notes were issued required that upon a "change of control", 101% of the principal owing thereunder, plus interest would be immediately due and payable. Resurgence alleges that Air Canada, through 853350, caused CAC and CAIL to purposely fail to honour this term. Canadian acknowledges that the trust indenture was breached. On February 1, 2000, Canadian announced a moratorium on payments to lessors and lenders, including the Unsecured Noteholders. As a result of this moratorium, Canadian defaulted on the payments due under its various credit facilities and aircraft leases.

148 The moratorium was not directed solely at the Unsecured Noteholders. It had the same impact on other creditors, secured and unsecured. Canadian, as a result of the moratorium, breached other contractual relationships with various creditors. The breach of contract is not sufficient to found a claim for oppression in this case. Given Canadian's insolvency, which Resurgence recognized, it cannot be said that there was a reasonable expectation that it would be paid in full under the terms of the trust indenture, particularly when Canadian had ceased making payments to other creditors as well.

149 It is asserted that because the Plan proponents engaged in a restructuring of Canadian's debt before the filing under the CCAA, that its use of the Act for only a small group of creditors, which includes Resurgence is somehow oppressive.

150 At the outset, it cannot be overlooked that the CCAA does not require that a compromise be proposed to *all* creditors of an insolvent company. The CCAA is a flexible, remedial statute which recognizes the unique circumstances that lead to and away from insolvency.

151 Next, Air Canada made it clear beginning in the fall of 1999 that Canadian would have to complete a financial restructuring so as to permit Air Canada to acquire CAIL on a financially sound basis and as a wholly owned subsidiary. Following the implementation of the moratorium, absent which Canadian could not have continued to operate, Canadian and Air Canada commenced efforts to restructure significant obligations by consent. They perceived that further damage to public confidence that a CCAA filing could produce, required Canadian to secure a substantial measure of creditor support in advance of any public filing for court protection. Before the Petitioners started the CCAA proceedings on March 24, 2000, Air Canada, CAIL and lessors of 59 aircraft in its fleet had reached agreement in principle on the restructuring plan.

152 The purpose of the CCAA is to create an environment for negotiations and compromise. Often it is the stay of proceedings that creates the necessary stability for that process to unfold. Negotiations with certain key creditors in advance of the CCAA filing, rather than being oppressive or conspiratorial, are to be encouraged as a matter of principle if their impact is to provide a firm foundation for a restructuring. Certainly in this case, they were of critical importance, staving off liquidation, preserving cash flow and allowing the Plan to proceed. Rather than being detrimental or prejudicial to the interests of the other stakeholders, including Resurgence, it was beneficial to Canadian and all of its stakeholders.

153 Resurgence complained that certain transfers of assets to Air Canada and its actions in consolidating the operations of the two entities prior to the initiation of the CCAA proceedings were unfairly prejudicial to it.

154 The evidence demonstrates that the sales of the Toronto — Tokyo route, the Dash 8s and the simulators were at the suggestion of Canadian, who was in desperate need of operating cash. Air Canada paid what Canadian asked, based on its cash flow requirements. The evidence established that absent the injection of cash at that critical juncture, Canadian would have ceased operations. It is for that reason that the Government of Canada willingly provided the approval for the transfer on December 21, 2000.

155 Similarly, the renegotiation of CAIL's aircraft leases to reflect market rates supported by Air Canada covenant or guarantee has been previously dealt with by this court and found to have been in the best interest of Canadian, not to its detriment. The evidence establishes that the financial support and corporate integration that has been provided by Air Canada was not only in Canadian's best interest, but its only option for survival. The suggestion that the renegotiations of these leases, various sales and the operational realignment represents an assumption of a benefit by Air Canada to the detriment of Canadian is not supported by the evidence.

156 I find the transactions predating the CCAA proceedings, were in fact Canadian's life blood in ensuring some degree of liquidity and stability within which to conduct an orderly restructuring of its debt. There was no detriment to Canadian or to its creditors, including its unsecured creditors. That Air Canada and Canadian were so successful in negotiating agreements with their major creditors, including aircraft financiers, without resorting to a stay under the CCAA underscores the serious distress Canadian was in and its lenders recognition of the viability of the proposed Plan.

157 Resurgence complained that other significant groups held negotiations with Canadian. The evidence indicates that a meeting was held with Mr. Symington, Managing Director of Resurgence, in Toronto in March 2000. It was made clear to Resurgence that the pool of unsecured creditors would be somewhere between \$500 and \$700 million and that Resurgence would be included within that class. To the extent that the versions of this meeting differ, I prefer and accept the evidence of Mr. Carty. Resurgence wished to play a significant role in the debt restructuring and indicated it was prepared to utilize the litigation process to achieve a satisfactory result for itself. It is therefore understandable that no further negotiations took place. Nevertheless, the original offer to affected unsecured creditors has been enhanced since the filing of the plan on April 25, 2000. The enhancements to unsecured claims involved the removal of the cap on the unsecured pool and an increase from 12 to 14 cents on the dollar.

158 The findings of the Commissioner of Competition establishes beyond doubt that absent the financial support provided by Air Canada, Canadian would have failed in December 1999. I am unable to find on the evidence that Resurgence has been oppressed. The complaint that Air Canada has plundered Canadian and robbed it of its assets is not supported but contradicted by the evidence. As described above, the alternative is liquidation and in that event the Unsecured Noteholders would receive between one and three cents on the dollar. The Monitor's conclusions in this regard are supportable and I accept them.

e. Unfairness to Shareholders

159 The Minority Shareholders essentially complained that they were being unfairly stripped of their only asset in CAC — the shares of CAIL. They suggested they were being squeezed out by the new CAC majority shareholder 853350,

without any compensation or any vote. When the reorganization is completed as contemplated by the Plan, their shares will remain in CAC but CAC will be a bare shell.

160 They further submitted that Air Canada's cash infusion, the covenants and guarantees it has offered to aircraft financiers, and the operational changes (including integration of schedules, "quick win" strategies, and code sharing) have all added significant value to CAIL to the benefit of its stakeholders, including the Minority Shareholders. They argued that they should be entitled to continue to participate into the future and that such an expectation is legitimate and consistent with the statements and actions of Air Canada in regard to integration. By acting to realign the airlines before a corporate reorganization, the Minority Shareholders asserted that Air Canada has created the expectation that it is prepared to consolidate the airlines with the participation of a minority. The Minority Shareholders take no position with respect to the debt restructuring under the CCAA, but ask the court to sever the corporate reorganization provisions contained in the Plan.

161 Finally, they asserted that CAIL has increased in value due to Air Canada's financial contributions and operational changes and that accordingly, before authorizing the transfer of the CAIL shares to 853350, the current holders of the CAIL Preferred Shares, the court must have evidence before it to justify a transfer of 100% of the equity of CAIL to the Preferred Shares.

162 That CAC will have its shareholding in CAIL extinguished and emerge a bare shell is acknowledged. However, the evidence makes it abundantly clear that those shares, CAC's "only asset", have no value. That the Minority Shareholders are content to have the debt restructuring proceed suggests by implication that they do not dispute the insolvency of both Petitioners, CAC and CAIL.

163 The Minority Shareholders base their expectation to remain as shareholders on the actions of Air Canada in acquiring only 82% of the CAC shares before integrating certain of the airlines' operations. Mr. Baker (who purchased *after* the Plan was filed with the Court and almost six months after the take over bid by Air Canada) suggested that the contents of the bid circular misrepresented Air Canada's future intentions to its shareholders. The two dollar price offered and paid per share in the bid must be viewed somewhat skeptically and in the context in which the bid arose. It does not support the speculative view that some shareholders hold, that somehow, despite insolvency, their shares have some value on a going concern basis. In any event, any claim for misrepresentation that Minority Shareholders might have arising from the take over bid circular against Air Canada or 853350, if any, is unaffected by the Plan and may be pursued after the stay is lifted.

164 In considering Resurgence's claim of oppression I have already found that the financial support of Air Canada during this restructuring period has benefited Canadian and its stakeholders. Air Canada's financial support and the integration of the two airlines has been critical to keeping Canadian afloat. The evidence makes it abundantly clear that without this support Canadian would have ceased operations. However it has not transformed CAIL or CAC into solvent companies.

165 The Minority Shareholders raise concerns about assets that are ascribed limited or no value in the Monitor's report as does Resurgence (although to support an opposite proposition). Considerable argument was directed to the future operational savings and profitability forecasted for Air Canada, its subsidiaries and CAIL and its subsidiaries. Mr. Peterson estimated it to be in the order of \$650 to \$800 million on an annual basis, commencing in 2001. The Minority Shareholders point to the tax pools of a restructured company that they submit will be of great value once CAIL becomes profitable as anticipated. They point to a pension surplus that at the very least has value by virtue of the contribution holidays that it affords. They also look to the value of the compromised claims of the restructuring itself which they submit are in the order of \$449 million. They submit these cumulative benefits add value, currently or at least realizable in the future. In sharp contrast to the Resurgence position that these acts constitute oppressive behaviour, the Minority Shareholders view them as enhancing the value of their shares. They go so far as to suggest that there may well be a current going concern value of the CAC shares that has been conveniently ignored or unquantified and that the Petitioners must put evidence before the court as to what that value is.

166 These arguments overlook several important facts, the most significant being that CAC and CAIL are insolvent and will remain insolvent until the debt restructuring is fully implemented. These companies are not just technically or temporarily insolvent, they are massively insolvent. Air Canada will have invested upward of \$3 billion to complete the restructuring, while the Minority Shareholders have contributed nothing. Further, it was a fundamental condition of Air Canada's support of this Plan that it become the sole owner of CAIL. It has been suggested by some that Air Canada's share purchase at two dollars per share in December 1999 was unfairly prejudicial to CAC and CAIL's creditors. Objectively, any expectation by Minority Shareholders that they should be able to participate in a restructured CAIL is not reasonable.

167 The Minority Shareholders asserted the plan is unfair because the effect of the reorganization is to extinguish the common shares of CAIL held by CAC and to convert the voting and non-voting Preferred Shares of CAIL into common shares of CAIL. They submit there is no expert valuation or other evidence to justify the transfer of CAIL's equity to the Preferred Shares. There is no equity in the CAIL shares to transfer. The year end financials show CAIL's shareholder equity at a deficit of \$790 million. The Preferred Shares have a liquidation preference of \$347 million. There is no evidence to suggest that Air Canada's interim support has rendered either of these companies solvent, it has simply permitted operations to continue. In fact, the unaudited consolidated financial statements of CAC for the quarter ended March 31, 2000 show total shareholders equity went from a deficit of \$790 million to a deficit of \$1.214 million, an erosion of \$424 million.

168 The Minority Shareholders' submission attempts to compare and contrast the rights and expectations of the CAIL preferred shares as against the CAC common shares. This is not a meaningful exercise; the Petitioners are not submitting that the Preferred Shares have value and the evidence demonstrates unequivocally that they do not. The Preferred Shares are merely being utilized as a corporate vehicle to allow CAIL to become a wholly owned subsidiary of Air Canada. For example, the same result could have been achieved by issuing new shares rather than changing the designation of 853350's Preferred Shares in CAIL.

169 The Minority Shareholders have asked the court to sever the reorganization from the debt restructuring, to permit them to participate in whatever future benefit might be derived from the restructured CAIL. However, a fundamental condition of this Plan and the expressed intention of Air Canada on numerous occasions is that CAIL become a wholly owned subsidiary. To suggest the court ought to sever this reorganization from the debt restructuring fails to account for the fact that it is not two plans but an integral part of a single plan. To accede to this request would create an injustice to creditors whose claims are being seriously compromised, and doom the entire Plan to failure. Quite simply, the Plan's funder will not support a severed plan.

170 Finally, the future profits to be derived by Air Canada are not a relevant consideration. While the object of any plan under the CCAA is to create a viable emerging entity, the germane issue is what a prospective purchaser is prepared to pay in the circumstances. Here, we have the one and only offer on the table, Canadian's last and only chance. The evidence demonstrates this offer is preferable to those who have a remaining interest to a liquidation. Where secured creditors have compromised their claims and unsecured creditors are accepting 14 cents on the dollar in a potential pool of unsecured claims totalling possibly in excess of \$1 billion, it is not unfair that shareholders receive nothing.

e. The Public Interest

171 In this case, the court cannot limit its assessment of fairness to how the Plan affects the direct participants. The business of the Petitioners as a national and international airline employing over 16,000 people must be taken into account.

172 In his often cited article, *Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act (1947)*, 25 Can.Bar R.ev. 587 at 593 Stanley Edwards stated:

Another reason which is usually operative in favour of reorganization is the interest of the public in the continuation of the enterprise, particularly if the company supplies commodities or services that are necessary or desirable to large numbers of consumers, or if it employs large numbers of workers who would be thrown out of employment by its liquidation. This public interest may be reflected in the decisions of the creditors and shareholders of the company and is undoubtedly a factor which a court would wish to consider in deciding whether to sanction an arrangement under the C.C.A.A.

173 In *Re Repap British Columbia Inc.* (1998), 1 C.B.R. (4th) 49 (B.C. S.C.) the court noted that the fairness of the plan must be measured against the overall economic and business environment and against the interests of the citizens of British Columbia who are affected as "shareholders" of the company, and creditors, of suppliers, employees and competitors of the company. The court approved the plan even though it was unable to conclude that it was necessarily fair and reasonable. In *Re Quintette Coal Ltd.*, *supra*, Thackray J. acknowledged the significance of the coal mine to the British Columbia economy, its importance to the people who lived and worked in the region and to the employees of the company and their families. Other cases in which the court considered the public interest in determining whether to sanction a plan under the CCAA include *Re Canadian Red Cross Society / Société Canadienne de la Croix-Rouge* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) and *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (April 16, 1992), Doc. Toronto B62/91-A (Ont. Gen. Div.)

174 The economic and social impacts of a plan are important and legitimate considerations. Even in insolvency, companies are more than just assets and liabilities. The fate of a company is inextricably tied to those who depend on it in various ways. It is difficult to imagine a case where the economic and social impacts of a liquidation could be more catastrophic. It would undoubtedly be felt by Canadian air travellers across the country. The effect would not be a mere ripple, but more akin to a tidal wave from coast to coast that would result in chaos to the Canadian transportation system.

175 More than sixteen thousand unionized employees of CAIL and CRAL appeared through counsel. The unions and their membership strongly support the Plan. The unions represented included the Airline Pilots Association International, the International Association of Machinists and Aerospace Workers, Transportation District 104, Canadian Union of Public Employees, and the Canadian Auto Workers Union. They represent pilots, ground workers and cabin personnel. The unions submit that it is essential that the employee protections arising from the current restructuring of Canadian not be jeopardized by a bankruptcy, receivership or other liquidation. Liquidation would be devastating to the employees and also to the local and national economies. The unions emphasize that the Plan safeguards the employment and job dignity protection negotiated by the unions for their members. Further, the court was reminded that the unions and their members have played a key role over the last fifteen years or more in working with Canadian and responsible governments to ensure that Canadian survived and jobs were maintained.

176 The Calgary and Edmonton Airport authorities, which are not for profit corporations, also supported the Plan. CAIL's obligations to the airport authorities are not being compromised under the Plan. However, in a liquidation scenario, the airport authorities submitted that a liquidation would have severe financial consequences to them and have potential for severe disruption in the operation of the airports.

177 The representations of the Government of Canada are also compelling. Approximately one year ago, CAIL approached the Transport Department to inquire as to what solution could be found to salvage their ailing company. The Government saw fit to issue an order in council, pursuant to section 47 of the *Transportation Act*, which allowed an opportunity for CAIL to approach other entities to see if a permanent solution could be found. A standing committee in the House of Commons reviewed a framework for the restructuring of the airline industry, recommendations were made and undertakings were given by Air Canada. The Government was driven by a mandate to protect consumers and promote competition. It submitted that the Plan is a major component of the industry restructuring. Bill C-26, which addresses the restructuring of the industry, has passed through the House of Commons and is presently before the Senate. The Competition Bureau has accepted that Air Canada has the only offer on the table and has worked very closely with the parties to ensure that the interests of consumers, employees, small carriers, and smaller communities will be protected.

178 In summary, in assessing whether a plan is fair and reasonable, courts have emphasized that perfection is not required: see for example *Re Wandlyn Inns Ltd.* (1992), 15 C.B.R. (3d) 316 (N.B. Q.B.), *Quintette Coal, supra* and *Repap, supra*. Rather, various rights and remedies must be sacrificed to varying degrees to result in a reasonable, viable compromise for all concerned. The court is required to view the "big picture" of the plan and assess its impact as a whole. I return to *Algoma Steel v. Royal Bank, supra* at 9 in which Farley J. endorsed this approach:

What might appear on the surface to be unfair to one party when viewed in relation to all other parties may be considered to be quite appropriate.

179 Fairness and reasonableness are not abstract notions, but must be measured against the available commercial alternatives. The triggering of the statute, namely insolvency, recognizes a fundamental flaw within the company. In these imperfect circumstances there can never be a perfect plan, but rather only one that is supportable. As stated in *Re Sammi Atlas Inc.* (1998), 3 C.B.R. (4th) 171 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) at 173:

A plan under the CCAA is a compromise; it cannot be expected to be perfect. It should be approved if it is fair, reasonable and equitable. Equitable treatment is not necessarily equal treatment. Equal treatment may be contrary to equitable treatment.

180 I find that in all the circumstances, the Plan is fair and reasonable.

IV. Conclusion

181 The Plan has obtained the support of many affected creditors, including virtually all aircraft financiers, holders of executory contracts, AMR, Loyalty Group and the Senior Secured Noteholders.

182 Use of these proceedings has avoided triggering more than \$1.2 billion of incremental claims. These include claims of passengers with pre-paid tickets, employees, landlords and other parties with ongoing executory contracts, trade creditors and suppliers.

183 This Plan represents a solid chance for the continued existence of Canadian. It preserves CAIL as a business entity. It maintains over 16,000 jobs. Suppliers and trade creditors are kept whole. It protects consumers and preserves the integrity of our national transportation system while we move towards a new regulatory framework. The extensive efforts by Canadian and Air Canada, the compromises made by stakeholders both within and without the proceedings and the commitment of the Government of Canada inspire confidence in a positive result.

184 I agree with the opposing parties that the Plan is not perfect, but it is neither illegal nor oppressive. Beyond its fair and reasonable balancing of interests, the Plan is a result of bona fide efforts by all concerned and indeed is the only alternative to bankruptcy as ten years of struggle and creative attempts at restructuring by Canadian clearly demonstrate. This Plan is one step toward a new era of airline profitability that hopefully will protect consumers by promoting affordable and accessible air travel to all Canadians.

185 The Plan deserves the sanction of this court and it is hereby granted. The application pursuant to section 185 of the ABCA is granted. The application for declarations sought by Resurgence are dismissed. The application of the Minority Shareholders is dismissed.

Application granted; counter-applications dismissed.

Footnotes

* Leave to appeal refused 84 Alta. L.R. (3d) 52, 9 B.L.R. (3d) 86, [2000] 10 W.W.R. 314, 2000 ABCA 238, 20 C.B.R. (4th) 46 (Alta. C.A. [In Chambers]).

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

2000 ABCA 238
Alberta Court of Appeal [In Chambers]

Canadian Airlines Corp., Re

2000 CarswellAlta 919, 2000 ABCA 238, [2000] 10 W.W.R. 314, [2000] A.W.L.D. 655, [2000] A.J. No. 1028,
20 C.B.R. (4th) 46, 228 W.A.C. 131, 266 A.R. 131, 84 Alta. L.R. (3d) 52, 99 A.C.W.S. (3d) 533, 9 B.L.R. (3d) 86

**In the Matter of the Companies' Creditors
Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended;**

And In the Matter of the Business Corporations Act (Alberta) S.A. 1981, c. B-15, as amended, Section 185;

And In the Matter of Canadian Airlines Corporation and Canadian Airlines
International Ltd.; Resurgence Asset Management LLC (Applicant) and Canadian
Airlines Corporation and Canadian Airlines International Ltd. (Respondents)

Wittmann J.A.

Heard: August 3, 2000

Judgment: August 29, 2000

Docket: Calgary Appeal 00-08901

Proceedings: refused leave to appeal *Canadian Airlines Corp., Re* (2000), 2000 CarswellAlta 662, 2000 ABQB 442, [2000] 10 W.W.R. 269, 20 C.B.R. (4th) 1, 84 Alta. L.R. (3d) 9, 9 B.L.R. (3d) 41, 265 A.R. 201 (Alta. Q.B.); affirmed (2000), 2000 CarswellAlta 1556, 2001 ABCA 9, [2001] 3 W.W.R. 1 (Alta. C.A.)

Counsel: *D.R. Haigh, Q.C.*, *D.S. Nishimura*, and *A.Z.A. Campbell*, for Applicant.

H.M. Kay, Q.C., *A.L. Friend, Q.C.*, and *L.A. Goldbach*, for Respondents.

S.F. Dunphy, for Air Canada.

F.R. Foran, Q.C., for Monitor, Pricewaterhouse Coopers.

Subject: Corporate and Commercial; Civil Practice and Procedure; Insolvency

APPLICATION by investment corporation for leave to appeal from judgment reported at 84 Alta. L.R. (3d) 9, 9 B.L.R. (3d) 41, [2000] 10 W.W.R. 269, 2000 ABQB 442, 20 C.B.R. (4th) 1 (Alta. Q.B.), approving airline's plan of arrangement under *Companies' Creditors Arrangement Act*.

Wittmann J.A. [In Chambers]:

INTRODUCTION

1 This is an application by Resurgence Asset Management LLC ("Resurgence") for leave to appeal the order of Paperny, J., dated June 27, 2000, [reported 84 Alta. L.R. (3d) 9, [2000] 10 W.W.R. 269 (Alta. Q.B.)] pursuant to proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, as amended, ("*CCAA*"). The order sanctioned a plan of compromise and arrangement ("the Plan") proposed by Canadian Airlines Corporation ("CAC") and Canadian Airlines International Ltd. ("CAIL") (together, "Canadian") and dismissed an application by Resurgence for a declaration that Resurgence was an unaffected creditor under the Plan.

BACKGROUND

2 Resurgence was the holder of 58.2 per cent of \$100,000,000.00 (U.S.) of the unsecured notes issued by CAC.

3 CAC was a publicly traded Alberta corporation which, prior to the June 27 order of Paperny, J., owned 100 per cent of the common shares of CAIL, the operating company of Canadian Airlines.

4 Air Canada is a publicly traded Canadian corporation. Air Canada owned 10 per cent of the shares of 853350 Alberta Ltd. ("853350"), which prior to the June 27 order of Paperny, J., owned all the preferred shares of CAIL.

5 As described in detail by the learned chambers judge in her reasons, Canadian had been searching for a decade for a solution to its ongoing, significant financial difficulties. By December 1999, it was on the brink of bankruptcy. In a series of transactions including 853350's acquisition of the preferred shares of CAIL, Air Canada infused capital into Canadian and assisted in debt restructuring.

6 Canadian came to the conclusion that it must conclude its debt restructuring to permit the completion of a full merger between Canadian and Air Canada. On February 1, 2000, to secure liquidity to continue operating until debt restructuring was achieved, Canadian announced a moratorium on payments to lessors and lenders. CAIL, Air Canada and lessors of 59 aircraft reached an agreement in principle on a restructuring plan. They also reached agreement with other secured creditors and several major unsecured creditors with respect to restructuring.

7 Canadian still faced threats of proceedings by secured creditors. It commenced proceedings under the *CCAA* on March 24, 2000. Pricewaterhouse Coopers Inc. was appointed as Monitor by court order.

8 Arrangements with various aircraft lessors, lenders and conditional vendors which would benefit Canadian by reducing rates and other terms were approved by court orders dated April 14, 2000 and May 10, 2000.

9 On April 25, 2000, in accordance with the March 24 court order, Canadian filed the Plan which was described as having three principal objectives:

- (a) To provide near term liquidity so that Canadian can sustain operations;
- (b) To allow for the return of aircraft not required by Canadian; and
- (c) To permanently adjust Canadian's debt structure and lease facilities to reflect the current market for asset value and carrying costs in return for Air Canada providing a guarantee of the restructured obligations.

10 The Plan generally provided for stakeholders by category as follows:

- (a) Affected unsecured creditors, which included unsecured noteholders, aircraft claimants, executory contract claimants, tax claimants and various litigation claimants, would receive 12 cents per dollar (later changed to 14 cents per dollar) of approved claims;
- (b) Affected secured creditors, the senior secured noteholders, would receive 97 per cent of the principal amount of their claim plus interest and costs in respect of their secured claim, and a deficiency claim as unsecured creditors for the remainder;
- (c) Unaffected unsecured creditors, which included Canadian's employees, customers and suppliers of goods and services, would be unaffected by the Plan;
- (d) Unaffected secured creditor, the Royal Bank, CAIL's operating lender, would not be affected by the Plan.

11 The Plan also proposed share capital reorganization by having all CAIL common shares held by CAC converted into a single retractable share, which would then be retracted by CAIL for \$1.00, and all CAIL preferred shares held by 853350 converted into CAIL common shares. The Plan provided for amendments to CAIL's articles of incorporation to effect the proposed reorganization.

12 On May 26, 2000, in accordance with the orders and directions of the court, two classes of creditors, the senior secured noteholders and the affected unsecured creditors voted on the Plan as amended. Both classes approved the Plan by the majorities required by ss. 4 and 5 of the *CCAA*.

13 On May 29, 2000, by notice of motion, Canadian sought court sanction of the Plan under s. 6 of the *CCAA* and an order for reorganization pursuant to s. 185 of the *Business Corporations Act* (Alberta), S.A. 1981, c. B-15 as amended ("*ABCA*"). Resurgence was among those who opposed the Plan. Its application, along with that of four shareholders of CAC, was ordered to be tried during a hearing to consider the fairness and reasonableness of the Plan ("the fairness hearing").

14 Resurgence sought declarations that the actions of Canadian, Air Canada and 853350 constitute an amalgamation, consolidation or merger with or into Air Canada or a conveyance or transfer of all or substantially all of Canadian's assets to Air Canada; that any plan of arrangement involving Canadian will not affect Resurgence and directing the repurchase of their notes pursuant to provisions of their trust indenture and that the actions of Canadian, Air Canada and 853350 were oppressive and unfairly prejudicial to it pursuant to s. 234 of the *ABCA*.

15 The fairness hearing lasted two weeks during which *viva voce* evidence of six witnesses was heard, including testimony of the chief financial officers of Canadian and Air Canada. Submissions by counsel were made on behalf of the federal government, the Calgary and Edmonton airport authorities, unions representing employees of Canadian and various creditors of Canadian. The court also received two special reports from the Monitor.

16 As part of assessing the fairness of the Plan, the learned chambers judge received a liquidation analysis of CAIL, prepared by the Monitor, in order to estimate the amounts that might be recovered by CAIL's creditors and shareholders in the event that CAIL's assets were disposed of by a receiver or trustee. The Monitor concluded that liquidation would result in a shortfall to certain secured creditors, that recovery by unsecured creditors would be between one and three cents on the dollar, and that there would be no recovery by shareholders.

17 The learned chambers judge stated that she agreed with the parties opposing the Plan that it was not perfect, but it was neither illegal, nor oppressive, and therefore, dismissed the requested declarations and relief sought by Resurgence. Further, she held that the Plan was the only alternative to bankruptcy as ten years of struggle and failed creative attempts at restructuring clearly demonstrated. She ruled that the Plan was fair and reasonable and deserving of the sanction of the court. She granted the order sanctioning the Plan, and the application pursuant to s. 185 of the *ABCA* to reorganize the corporation.

LEAVE TO APPEAL UNDER THE *CCAA*

18 The *CCAA* provides for appeals to this Court as follows:

13. Except in the Yukon Territory, any person dissatisfied with an order or a decision made under this Act may appeal therefrom on obtaining leave of the judge appealed from or of the court or a judge or the court to which the appeal lies and on such terms as to security and in other respects as the judge or court directs.

19 As set out in *Re Canadian Airlines Corp.*, 2000 ABCA 149 (Alta. C.A. [In Chambers]) ("*Resurgence No. 1*"), a decision on a leave application sought earlier in this action, and as conceded by all the parties to this application, the criterion to be applied in an application for leave to appeal is that there must be serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties. This criterion subsumes four factors to be considered by the court:

- (1) whether the point on appeal is of significance to the practice;
- (2) whether the point raised is of significance to the action itself;
- (3) whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and

(4) whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

20 The respondents argue that apart from the test for leave, mootness is an additional overriding factor in the present case which is dispositive against the granting of leave to appeal.

MOOTNESS

21 In *Galcor Hotel Managers Ltd. v. Imperial Financial Services Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 142 (B.C. C.A.), an order authorizing the distribution of substantially all the assets of a limited partnership had been fully performed. The appellants appealed, seeking to have the order vacated. The appellants had unsuccessfully applied for a stay of the order. In deciding whether to allow the appeal to be presented, Gibbs, J.A., for the court, said there was no merit, substance or prospective benefit that could accrue to the appellants, and that the appeal was therefore moot.

22 In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (S.C.C.), Sopinka, J. for the court, held that where there is no longer a live controversy or concrete dispute, an appeal is moot.

23 No stay of the June 27 order was obtained or even sought. In reliance on that order, most of the transactions contemplated by the Plan have been completed. According to the Affidavit of Paul Brotto, sworn July 6, 2000, filed July 7, 2000, the following occurred:

5. The transactions contemplated by the Plan have been completed in reliance upon the Sanction Order. The completion of the transactions has involved, among other things, the following steps:

(a) Effective July 4, 2000, all of the depreciable property of CAIL was transferred to a wholly-owned subsidiary of CAIL and leased back from such subsidiary by CAIL;

(b) Articles of Reorganization of CAIL, being Schedule "D" to the Plan (which is Exhibit "A" to the Sanction Order), were filed and a Certificate of Amendment and Registration of Restated Articles was issued by the Registrar of Corporations pursuant to the Sanction Order, and in accordance with sections 185 and 255 of the Business Corporations Act (Alberta) (the "Certificate") on July 5, 2000. Pursuant to the Articles of Reorganization, the common shares of CAIL formerly held by CAC were converted to retractable preferred shares and the same were retracted. All preferred shares of CAIL held by 853350 Alberta Ltd. ("853350") were converted into CAIL common shares;

(c) The "Section 80.04 Agreement" referred to in the Plan between CAIL and CAC, pursuant to which certain forgiveness of debt obligations under s.80 of the Income Tax Act were transferred from CAIL to CAC, has been entered into as of July 5, 2000;

(d) Payment of \$185,973,411 (US funds) has been made to the Trustee on behalf of all holders of Senior Secured Notes as provided for in the Plan and 853350 has acquired the Amended Secured Intercompany Note; and

(e) Payments have been made to Affected Unsecured Creditors holding Unsecured Proven Claims and further payments will be made upon the resolution of disputed claims by the Claims officer; and

(f) It is expected that payment will be made within several days of the date of this Affidavit to the Trustee, on behalf of the Unsecured Notes, in the amount 14 percent of approximately \$160,000,000.

24 In *Norcan Oils Ltd. v. Fogler* (1964), [1965] S.C.R. 36 (S.C.C.), it was held that the Alberta Supreme Court Appellate Division could not set aside or revoke a certificate of amalgamation after the registrar of companies had issued the certificate in accordance with a valid court order and the corporations legislation. A notice appealing the order had been served but no stay had been obtained. Absent express legislative authority to reverse the process once the certificate had

been issued, the majority of the Supreme Court of Canada held the amalgamation could not be unwound and therefore, an appellate court ought not to make an order which could have no effect.

25 Courts following *Norcan Oils Ltd.* have recognized that any right to appeal will be lost if a party does not obtain a stay of the filing of an amalgamation approval order: *Harris v. Universal Explorations Ltd.* (1982), 35 A.R. 71 (Alta. T.D.) and *Gibbex Mines Ltd. v. International Video Cassettes Ltd.*, [1975] 2 W.W.R. 10 (B.C. S.C.).

26 *Norcan* applies to bind this Court in the present action where CAIL's articles of reorganization were filed with the Registrar of Corporations on July 5, 2000 and pursuant to the provisions of the *ABCA*, a certificate amending the articles was issued. The certificate cannot now be rescinded. There is no provision in the *ABCA* for reversing a reorganization.

27 The respondents point out that there are other irreversible changes which have occurred since the date of the June 27, 2000 order. They include changes in share structure, changes in management personnel, implementation of a restructuring plan that included a repayment agreement with its principal lender and other creditors and payments to third parties. [Affidavit of Paul Brotto, paras. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12.]

28 The applicant relies on *Re Blue Range Resource Corp.* (1999), 244 A.R. 103 (Alta. C.A.), to argue that leave to appeal can be granted after a *CCAA* plan has been implemented. In that case, as noted by Fruman, J.A. at 106, a plan was in place and an appeal of the issues which were before her would not unduly hinder the progress of restructuring.

29 In this case, however, the proposed appeal by Resurgence would interfere with the restructuring since the remedies it seeks requires that the Plan be set aside. One proposed ground of appeal attacks the fairness and reasonableness of the Plan itself when the Plan has been almost fully implemented. It cannot be said that the proposed appeal would not unduly hinder the progress of restructuring.

30 If the proposed appeal were allowed, this Court cannot rewrite the Plan; nor could it remit the matter back to the *CCAA* supervising judge for such purpose. It must either uphold or set aside the approval of the Plan granted by the court below. In effect, if Resurgence succeeded on appeal, the Plan would be vacated. However, that remedy is no longer possible, at minimum, because the certificate issued by the Registrar cannot be revoked. As stated in *Norcan Oils Ltd.*, an appellate court cannot order a remedy which could have no effect. This Court cannot order that the Plan be undone in its entirety.

31 Similarly, the other ground of Resurgence's proposed appeal, oppression under s. 234 of the *ABCA*, cannot be allowed since that remedy must be granted within the context of the *CCAA* proceedings. As recognized by the learned chambers judge, allegations of oppression were considered in the test for fairness when seeking judicial sanction of the Plan. As she discussed at paragraphs 140-145 of her reasons, the starting point in any determination of oppression under the *ABCA* requires an understanding of the rights, interests and reasonable expectations which must be objectively assessed. In this action, the rights, interests and reasonable expectations of both shareholders and creditors must be considered through the lens of *CCAA* insolvency legislation. The complaints of Resurgence, that its rights under its trust indenture have been ignored or eliminated, are to be seen as the function of the insolvency, and not of oppressive conduct. As a consequence, even if Resurgence were to successfully appeal on the ground of oppression, the remedy would not be to give effect to the terms of the trust indenture. This Court could only hold that the fairness test for the court's sanction was not met and therefore, the approval of the Plan should be set aside. Again, as explained above, reversing the Plan is no longer possible.

32 The applicant was unable to point to any issue where this Court could grant a remedy and yet leave the Plan unaffected. It proposed on appeal to seek a declaration that it be declared an unaffected unsecured creditor. That is not a ground of appeal but is rather a remedy. As the respondents argued, the designation of Resurgence as an affected unsecured creditor was part of the Plan. To declare it an unaffected unsecured creditor requires vacating the Plan. On every ground proposed by the applicant, it appears that the response of this Court can only be to either uphold or set aside the approval of the court below. Setting aside the approval is no longer possible since essential elements of the

Plan have been implemented and are now irreversible. Thus, the applicant cannot be granted the remedy it seeks. No prospective benefit can accrue to the applicant even if it succeeded on appeal. The appeal, therefore, is moot.

DISCRETION TO HEAR MOOT APPEALS

33 Even if an appeal could provide no benefit to the applicants, should leave be granted?

34 In *Borowski*, *supra*, Sopinka, J. described the doctrine of mootness at 353. He said that, as an aspect of a general policy or practice, a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract questions and will apply the doctrine when the decision of the court will have no practical effect of resolving some controversy affecting the rights of parties.

35 After discussing the principles involved in deciding whether an issue was moot, Sopinka, J. continued at 358 to describe the second stage of the analysis by examining the basis upon which a court should exercise its discretion either to hear or decline to hear a moot appeal. He examined three underlying factors in the rationale for the exercise of discretion in departing from the usual practice. The first is the requirement of an adversarial context which helps guarantee that issues are well and fully argued when resolving legal disputes. He suggested the presence of collateral consequences may provide the necessary adversarial context. Second is the concern for judicial economy which requires that special circumstances exist in a case to make it worthwhile to apply scarce judicial resources to resolve it. Third is the need for the court to demonstrate a measure of awareness of its proper law-making function as the adjudicative branch in the political framework. Judgments in the absence of a dispute may be viewed as intruding into the role of the legislative branch. He concluded at 363:

In exercising its discretion in an appeal which is moot, the court should consider the extent to which each of the three basic rationalia for enforcement of the mootness doctrine is present. This is not to suggest that it is a mechanical process. The principles identified above may not all support the same conclusion. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third and vice versa.

36 The third factor underlying the rationale does not apply in this case. As for the first criterion, the circumstances of this case do not reveal any collateral consequences, although, it may be assumed that the necessary adversarial context could be present. However, there are no special circumstances making it worthwhile for this Court to ration scarce judicial resources to the resolution of this dispute. This outweighs the other two factors in concluding that the mootness doctrine should be enforced.

37 On the ground of mootness, leave to appeal should not be granted.

38 I am supported in this conclusion by similar cases before the British Columbia Court of Appeal, *Sparling v. Northwest Digital Ltd.* (1991), 47 C.P.C. (2d) 124 (B.C. C.A.) and *Galcor*, *supra*.

39 In *Sparling*, a company sought to restructure its financial basis and called a special meeting of shareholders. A court order permitted the voting of certain shares at the shareholders' meeting. A director sought to appeal that order. On the basis of the initial order, the meeting was held, the shares were voted and some significant changes to the company occurred as a result. Hollinrake, J.A. for the court described these as substantial changes which are irreversible. He found that the appeal was moot because there was no longer a live controversy. After considering *Borowski*, he also concluded that the court should not exercise its discretion to depart from the usual practice of declining to hear moot appeals.

40 In *Galcor*, as stated earlier, an order authorizing the distribution of certain monies to limited partners was appealed. A stay was sought but the application was dismissed. An injunction to restrain the distribution of monies was also sought and refused. The monies were distributed. The B.C. Court of Appeal held there was no merit, no substance and no prospective benefit to the appellants nor could they find any merit in the argument that there would be a collateral advantage if the appeal were heard and allowed. None of the criteria in *Borowski* were of assistance as there was no issue

of public importance and no precedent value to other cases. Gibbs, J.A. was of the opinion it would not be prudent to use judicial time to hear a moot case as the rationing of scarce judicial resources was of importance and concern to the court.

APPLICATION OF THE CRITERIA FOR LEAVE

41 In any event, consideration of the usual factors in granting leave to appeal does not result in the granting of leave.

42 In particular, the applicant has not established *prima facie* meritorious grounds. The issue in the proposed appeal must be whether the learned chambers judge erred in determining that the Plan was fair and reasonable. As discussed in *Resurgence No. 1*, regard must be given to the standard of review this Court would apply on appeal when considering a leave application. The applicant has been unable to point to an error on a question of law, or an overriding and palpable error in the findings of fact, or an error in the learned chambers judge's exercise of discretion.

43 Resurgence submits that serious and arguable grounds surround the following issues: (a) Should Resurgence be treated as an unaffected creditor under the Plan? and (b) Should the Plan have been sanctioned under s. 6 of the *CCAA*? The applicant cannot show that either issue is based on an appealable error.

44 On the second issue, the main argument of the applicant is that the learned chambers judge failed to appreciate that the vote in favour of the Plan was not fair. At bottom, most of the submissions Resurgence made on this issue are directed at the learned chambers judge's conclusion that shareholders and creditors of Canadian would not be better off in bankruptcy than under the Plan. To appeal this conclusion, based on the findings of fact and exercise of discretion, Resurgence must establish that it has a *prima facie* meritorious argument that the learned chambers judge's error was overriding and palpable, or created an unreasonable result. This, it has not done.

45 Resurgence also argues that the acceptance of the valuations given by the Monitor to certain assets, in particular, Canadian Regional Airlines Limited ("CRAL"), the pension surplus and the international routes was in error. The Monitor did not attribute value to these assets when it prepared the liquidation analysis. Resurgence argued that the learned chambers judge erred when she held that the Monitor was justified in making these omissions.

46 Resurgence argued that CRAL was worth as much as \$260 million to Air Canada. The Monitor valued CRAL on a distressed sale basis. It assumed that without CAIL's national and international network to feed traffic and considering the negative publicity which the failure of CAIL would cause, CRAL would immediately stop operations.

47 The learned chambers judge found that there was no evidence of a potential purchaser for CRAL. She held that CRAL had a value to CAIL and could provide value of Air Canada, but this was attributable to CRAL's ability to feed traffic to and take traffic from the national and international service of CAIL. She held that the Monitor properly considered these factors. The \$260 million dollar value was based on CRAL as a going concern which was a completely different scenario than a liquidation analysis. She accepted the liquidation analysis on the basis that if CAIL were to cease operations, CRAL would be obliged to do so as well and that would leave no going concern for Air Canada to acquire.

48 CRAL may have some value, but even assuming that, Resurgence has not shown that it has a *prima facie* meritorious argument that the learned chambers judge committed an overriding and palpable error in finding that the Monitor was justified in concluding CRAL would not have any value assuming a windup of CAIL. She found that there was no evidence of a market for CRAL as a going concern. Her preference for the liquidation analysis was a proper exercise of her discretion and cannot be said to have been unreasonable.

49 Resurgence also argued that the pension plan surplus must be given value and included in the liquidation analysis because the surplus may revert to the company depending upon the terms of the plan. There was some evidence that in the two pension plans, with assets over \$2 billion, there may be a surplus of \$40 million. The Monitor attributed no value because of concerns about contingent liabilities which made the true amount of any available surplus indefinite and also because of the uncertainty of the entitlement of Canadian to any such amount.

50 The learned chambers judge found that no basis had been established for any surplus being available to be withdrawn from an ongoing pension plan. She also found that the evidence showed the potential for significant contingencies. Upon termination of the plan, further reductions for contingent benefits payable in accordance with the plans, any wind up costs, contribution holidays and litigation costs would affect a determination of whether there was a true surplus. The evidence before the learned chambers judge included that of the unionized employees who expected to dispute all the calculations of the pension plan surplus and the entitlement to the surplus. The learned chambers judge observed also that the surplus could quickly disappear with relatively minor changes in the market value of the securities held or in the calculation of liabilities. She concluded that given all variables, the existence of any surplus was doubtful at best and held that ascribing a zero value was reasonable in the circumstances.

51 In addition to the evidence upon which the learned chambers judge based her conclusion, she is also supported by the case law which demonstrates that even if a pension surplus existed and was accessible, entitlement is a complex question: *Schmidt v. Air Products of Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611 (S.C.C.).

52 Resurgence argued that the international routes of Canadian should have been treated as valuable assets. The Monitor took the position that the international routes were unassignable licences in control of the Government of Canada and not property rights to be treated as assets by the airlines. Resurgence argues that the Monitor's conclusion was wrong because there was evidence that the international routes had value. In December 1999, CAIL sold its Toronto - Tokyo route to Air Canada for \$25 million. Resurgence also pointed to statements made by Canadian's former president and CEO in mid-1999 that the value of its international routes was \$2 billion. It further noted that in the United States, where the government similarly grants licences to airlines for international routes, many are bought and sold.

53 The learned chambers judge found the evidence indicated that the \$25 million paid for the Toronto-Tokyo route was not an amount derived from a valuation but was the amount CAIL needed for its cash flow requirements at the time of the transaction in order to survive. She found that the statements that CAIL's international routes were worth \$2 billion reflected the amount CAIL needed to sustain liquidity without its international routes and was not the market value of what could realistically be obtained from an arm's length purchaser. She found there was no evidence of the existence of an arm's length purchaser. As the respondents pointed out, the Canadian market cannot be compared to the United States. Here in Canada, there is no other airline which would purchase international routes, except Air Canada. Air Canada argued that it is pure speculation to suggest it would have paid for the routes when it could have obtained the routes in any event if Canadian went into liquidation.

54 Even accepting Resurgence's argument that those assets should have been given some value, the applicant has not established a *prima facie* meritorious argument that the learned chambers judge was unreasonable to have accepted the valuations based on a liquidation analysis rather than a market value or going concern analysis nor that she lacked any evidence upon which to base her conclusions. She found that the evidence was overwhelming that all other options had been exhausted and have resulted in failure. As described above, she had evidence upon which to accept the Monitor's valuations of the disputed assets. It is not the role of this Court to review the evidence and substitute its opinion for that of the learned chambers judge. She properly exercised her discretion and she had evidence upon which to support her conclusions. The applicant, therefore, has not established that its appeal is *prima facie* meritorious.

55 On the first issue, Resurgence argues that it should be an unaffected creditor to pursue its oppression remedy. As discussed above, the oppression remedy cannot be considered outside the context of the *CCAA* proceedings. The learned chambers judge concluded that the complaints of Resurgence were the result of the insolvency of Canadian and not from any oppressive conduct. The applicant has not established any *prima facie* error committed by the learned chambers judge in reaching that conclusion.

56 Thus, were this appeal not moot, leave would not be granted as the applicant has not met the threshold for leave to appeal.

CONCLUSION

57 The application for leave to appeal is dismissed because it is moot, and in any event, no serious and arguable grounds have been established upon which to found the basis for granting leave.

Application dismissed.

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

2

1998 CarswellOnt 1145
Ontario Court of Justice, General Division [Commercial List]

Sammi Atlas Inc., Re

1998 CarswellOnt 1145, [1998] O.J. No. 1089, 3 C.B.R. (4th) 171, 59 O.T.C. 153, 78 A.C.W.S. (3d) 10

In The Matter of the Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c.C-36

In The Matter of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c.C.43

In The Matter of a Plan of Compromise or Arrangement of Sammi Atlas Inc.

Farley J.

Heard: February 27, 1998
Judgment: February 27, 1998
Docket: 97-BK-000219, B230/97

Counsel: *Norman J. Emblem*, for the applicant, Sammi Atlas Inc.

James Grout, for Agro Partners, Inc.

Thomas Matz, for the Bank of Nova Scotia.

Jay Carfagnini and *Ben Zarnett*, for Investors' Committee.

Geoffrey Morawetz, for the Trade Creditors' committee.

Clifton Prophet, for Duk Lee.

Subject: Insolvency; Corporate and Commercial

MOTION for approval and sanctioning of plan of compromise and arrangement under *Companies' Creditors Arrangement Act*; MOTION by creditor for amendment of plan.

Farley J.:

1 This endorsement deals with two of the motions before me today:

1) Applicant's motion for an order approving and sanctioning the Applicant's Plan of Compromise and Arrangement, as amended and approved by the Applicant's unsecured creditors on February 25, 1998; and

2) A motion by Argo Partners, Inc. ("Argo"), a creditor by way of assignment, for an order directing that the Plan be amended to provide that a person who, on the record date, held unsecured claims shall be entitled to elect treatment with respect to each unsecured claim held by it on a claim by claim basis (and not on an aggregate basis as provided for in the Plan).

2 As to the Applicant's sanction motion, the general principles to be applied in the exercise of the court's discretion are:

1) there must be strict compliance with all statutory requirements and adherence to the previous orders of the court;

2) all materials filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"); and

3) the Plan must be fair and reasonable.

See *Northland Properties Ltd., Re* (1988), 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C. S.C.); affirmed (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 195 (B.C. C.A.) at p.201; *Olympia & York Developments Ltd. v. Royal Trust Co.* (1993), 12 O.R. (3d) 500 (Ont. Gen. Div.) at p.506.

3 I am satisfied on the material before me that the Applicant was held to be a corporation as to which the CCAA applies, that the Plan was filed with the court in accordance with the previous orders, that notices were appropriately given and published as to claims and meetings, that the meetings were held in accordance with the directions of the court and that the Plan was approved by the requisite majority (in fact it was approved 98.74% in number of the proven claims of creditors voting and by 96.79% dollar value, with Argo abstaining). Thus it would appear that items one and two are met.

4 What of item 3 - is the Plan fair and reasonable? A Plan under the CCAA is a compromise; it cannot be expected to be perfect. It should be approved if it is fair, reasonable and equitable. Equitable treatment is not necessarily equal treatment. Equal treatment may be contrary to equitable treatment. One must look at the creditors as a whole (i.e. generally) and to the objecting creditors (specifically) and see if rights are compromised in an attempt to balance interests (and have the pain of the compromise equitably shared) as opposed to a confiscation of rights: see *Campeau Corp., Re* (1992), 10 C.B.R. (3d) 104 (Ont. Gen. Div.) at p.109. It is recognized that the CCAA contemplates that a minority of creditors is bound by the Plan which a majority have approved - subject only to the court determining that the Plan is fair and reasonable: see *Northland Properties Ltd.* at p.201; *Olympia & York Developments Ltd.* at p.509. In the present case no one appeared today to oppose the Plan being sanctioned: Argo merely wished that the Plan be amended to accommodate its particular concerns. Of course, to the extent that Argo would be benefited by such an amendment, the other creditors would in effect be disadvantaged since the pot in this case is based on a zero sum game.

5 Those voting on the Plan (and I note there was a very significant "quorum" present at the meeting) do so on a business basis. As Blair J. said at p.510 of *Olympia & York Developments Ltd.*:

As the other courts have done, I observe that it is not my function to second guess the business people with respect to the "business" aspects of the Plan, descending into the negotiating arena and substituting my own view of what is a fair and reasonable compromise or arrangement for that of the business judgment of the participants. The parties themselves know best what is in their interests in those areas.

The court should be appropriately reluctant to interfere with the business decisions of creditors reached as a body. There was no suggestion that these creditors were unsophisticated or unable to look out for their own best interests. The vote in the present case is even higher than in *Central Guaranty Trustco Ltd., Re* (1993), 21 C.B.R. (3d) 139 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) where I observed at p.141:

... This on either basis is well beyond the specific majority requirement of CCAA. Clearly there is a very heavy burden on parties seeking to upset a plan that the required majority have found that they could vote for; given the overwhelming majority this burden is no lighter. This vote by sophisticated lenders speaks volumes as to fairness and reasonableness.

The Courts should not second guess business people who have gone along with the Plan....

6 Argo's motion is to amend the Plan - after it has been voted on. However I do not see any exceptional circumstances which would support such a motion being brought now. In *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (1992), 11 C.B.R. (3d) 11 (Ont. C.A.) the Court of Appeal observed at p.15 that the court's jurisdiction to amend a plan should "be exercised sparingly and in exceptional circumstances only" even if the amendment were merely technical and did not prejudice the interests of the corporation or its creditors and then only where there is jurisdiction under the CCAA to make the amendment requested, I was advised that Argo had considered bringing the motion on earlier but had not done so in the face of "veto" opposition from the major creditors. I am puzzled by this since the creditor or any other appropriate party can always move in court before the Plan is voted on to amend the Plan; voting does not have anything to do with the court granting or dismissing the motion. The court can always determine a matter which may impinge directly and

materially upon the fairness and reasonableness of a plan. I note in passing that it would be inappropriate to attempt to obtain a preview of the court's views as to sanctioning by bringing on such a motion. See my views in *Central Guaranty Trustco Ltd., Re* at p.143:

... In *Algoma Steel Corp. v. Royal Bank* (1992), 8 O.R. (3d) 449, the Court of Appeal determined that there were exceptional circumstances (unrelated to the Plan) which allowed it to adjust *where no interest was adversely affected*. The same cannot be said here. FSTQ aside from s.11(c) of the CCAA also raised s.7. I am of the view that s.7 allows an amendment after an adjournment - *but not after a vote has been taken*. (emphasis in original)

What Argo wants is a substantive change; I do not see the jurisdiction to grant same under the CCAA.

7 In the subject Plan creditors are to be dealt with on a sliding scale for distribution purposes only: with this scale being on an aggregate basis of all claims held by one claimant:

- i) \$7,500 or less to receive cash of 95% of the proven claim;
- ii) \$7,501 - \$100,000 to receive cash of 90% of the first \$7,500 and 55% of balance; and;
- iii) in excess of \$100,000 to receive shares on a formula basis (subject to creditor agreeing to limit claims to \$100,000 so as to obtain cash as per the previous formula).

Such a sliding scale arrangement has been present in many proposals over the years. Argo has not been singled out for special treatment; others who acquired claims by assignment have also been affected. Argo has acquired 40 claims; all under \$100,000 but in the aggregate well over \$100,000. Argo submitted that it could have achieved the result that it wished if it had kept the individual claims it acquired separate by having them held by a different "person"; this is true under the Plan as worded. Conceivably if this type of separation in the face of an aggregation provision were perceived to be inappropriate by a CCAA applicant, then I suppose the language of such a plan could be "tightened" to eliminate what the applicant perceived as a loophole. I appreciate Argo's position that by buying up the small claims it was providing the original creditors with liquidity but this should not be a determinative factor. I would note that the sliding scale provided here does recognize (albeit imperfectly) that small claims may be equated with small creditors who would more likely wish cash as opposed to non-board lots of shares which would not be as liquidate as cash; the high percentage cash for those proven claims of \$7,500 or under illustrates the desire not to have the "little person" hurt - at least any more than is necessary. The question will come down to balance - the plan must be efficient and attractive enough for it to be brought forward by an applicant with the realistic chance of its succeeding (and perhaps in that regard be "sponsored" by significant creditors) and while not being too generous so that the future of the applicant on an ongoing basis would be in jeopardy: at the same time it must gain enough support amongst the creditor body for it to gain the requisite majority. New creditors by assignment may provide not only liquidity but also a benefit in providing a block of support for a plan which may not have been forthcoming as a small creditor may not think it important to do so. Argo of course has not claimed it is a "little person" in the context of this CCAA proceeding.

8 In my view Argo is being treated fairly and reasonably as a creditor as are all the unsecured creditors. An aggregation clause is not inherently unfair and the sliding scale provisions would appear to me to be aimed at "protecting (or helping out) the little guy" which would appear to be a reasonable policy.

9 The Plan is sanctioned and approved; Argo's aggregation motion is dismissed.

Addendum:

10 I reviewed with the insolvency practitioners (legal counsel and accountants) the aspect that industrial and commercial concerns in a CCAA setting should be distinguished from "bricks and mortgage" corporations. In their reorganization it is important to maintain the goodwill attributable to employee experience and customer (and supplier) loyalty; this may very quickly erode with uncertainty. Therefore it would, to my mind be desirable to get down to

brass tacks as quickly as possible and perhaps a reasonable target (subject to adjustment up or down according to the circumstances including complexity) would be for a six month period from application to Plan sanction.

Motion for approval granted; motion for amendment dismissed.

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

3

1986 CarswellBC 224
British Columbia Supreme Court

O'Connor v. Winchester Oil & Gas Inc.

1986 CarswellBC 224, [1986] 2 W.W.R. 737, [1986] B.C.W.L.D. 772, 37 A.C.W.S. (2d) 99, 69 B.C.L.R. 330

O'CONNOR v. WINCHESTER OIL & GAS INC. et al.

Legg J.

Heard: October 15 and November 8, 1985

Judgment: January 27, 1986

Docket: Vancouver No. A832449

Counsel: *J. F. Tollestrup* and *R. J. Bennett*, for petitioner.

W. S. Berardino, *Q.C.* and *M. Andrews* (*articled student*), for respondents.

Subject: Corporate and Commercial

Petition for order pursuant to Company Act, s. 224 requiring respondents to purchase shares of minority shareholder.

Legg J.:

1 The petitioner is a minority shareholder of Winchester Oil & Gas Inc. ("Winchester"). He applies for an order under s. 224 of the Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, directing that the respondents Winchester, Independence Petroleum Inc. ("Independence") and Howard Cadinha ("Cadinha") and the other personal respondents purchase the petitioner's 50,000 shares in Winchester. He claims that the acts of Cadinha and the other directors of Winchester in December 1981 were oppressive and unfairly prejudicial to the rights of the petitioner as a minority shareholder. The petitioner also claims damages against Cadinha for breach of fiduciary duty. The petitioner's claims are based upon his being excluded from a share exchange offer made by Independence to all Winchester shareholders except those resident in the United States.

Background

2 The personal defendants are and were at all times material directors of Winchester. Cadinha was and is president and chief executive officer of Winchester.

3 The petitioner is a petroleum geologist. He formed an association with a Dr. Webb in exploring and developing gas and oil properties in the United States. Both were at all material times residents of Texas. In February 1980 they met with some of the personal respondents in Vancouver and discussed the development of certain oil and gas prospects located in the state of Kentucky, known as the Bluegrass Prospect. Winchester was incorporated on 4th February 1980 for the purpose of exploring for and producing oil and gas in the United States. The petitioner and Dr. Webb sold leases of acreage in Kentucky to Winchester. They acquired shares in Winchester shortly after its incorporation. Each acquired 75,000 shares at 25 cents per share and 25,000 shares at 50 cents per share.

4 Both the petitioner and Webb were salaried employees of Winchester. Webb was a director and vice-president and the petitioner was also a director. Cadinha became the president of Winchester on 6th November 1980. In February 1981 the petitioner left the employ of Winchester because of a dispute with Dr. Webb. He then ceased to be a director. In July 1981 Cadinha terminated Dr. Webb's employment on the ground that Webb had breached his contract of employment with Winchester. Webb ceased to be a director. Webb then instituted legal proceedings against Winchester in Texas and Winchester instituted legal proceedings against Webb. These legal proceedings were ongoing on 30th November

1981 when Independence issued the share-exchange offer to the shareholders of Winchester which gives rise to these proceedings.

5 Winchester was and is a reporting British Columbia company. It was involved through its wholly owned American subsidiary Lancaster Exploration Inc., in oil and gas exploration in the United States. Winchester shares have never been listed or traded on a recognized stock exchange.

6 Independence was and is a reporting British Columbia company. Its common shares trade publicly on the Vancouver Stock Exchange. It also is engaged in oil and gas exploration in the United States.

7 Winchester owned about 12 percent of the common shares of Independence and was its largest single shareholder. Winchester's directors personally owned directly or indirectly approximately 3 percent of Independence's shares and 45 percent of Winchester's shares.

8 When the petitioner left the employ of Winchester in February 1981, he sold 50,000 of his shares to Cadinha at a price of \$1 (U.S.) per share. The sale price was negotiated privately between them.

9 By a takeover bid circular dated 30th November 1981, sent with a circular of the directors of Winchester dated 11th December 1981, Independence made an offer to purchase all of the outstanding common shares of Winchester exclusive of those shares held by residents of the United States. In reality the so-called "takeover" offer by Independence was a takeover in reverse because its primary object was to allow Winchester shareholders resident in Canada to exchange their unlisted Winchester shares for listed, publicly trading shares of Independence.

10 The terms of the offer were that for each Winchester share, Independence would issue one newly created restricted convertible share with two exchange warrants attached. Each restricted share of Independence was convertible at the option of the holder into one fully paid common share of Independence until 30th December 1983. On 31st December 1983 each restricted share then outstanding would be converted into a common share of Independence. Upon conversion of a restricted share prior to 31st December 1983, any warrants not then exchangeable would be cancelled. Each of the two exchange warrants would entitle the holder of a restricted share to one additional fully paid common share of Independence if the shareholder held the restricted share at the time each one became exchangeable. The first warrant was exchangeable on and after 31st October 1982 and the second warrant was exchangeable on and after 31st October 1983. Each warrant outstanding on 31st December 1983 was deemed on that date to have been exchanged for a common share of Independence. The restricted shares were not listed for trading on any stock exchange.

11 The offer was open for acceptance until 4:30 p.m. local time at the place of tender on 7th January 1982.

12 At the time of the share exchange offer, approximately 94 percent of the issued and outstanding shares of Winchester were owned by Canadian residents. The remaining 6 percent were owned by five American residents, one of whom was the petitioner. Another was Dr. Webb.

13 It was a term of the takeover offer that upon completion of the takeover Cadinha would become a director, president and chief executive officer of Independence. He in fact became president and a director of Independence on 29th December 1981.

14 The directors of Winchester recommended to their shareholders that the exchange offer be accepted in the directors' circular dated 11th December 1981. The shareholders of Independence, including Winchester, approved the offer at an extraordinary general meeting called for that purpose.

15 All shareholders of Winchester resident in Canada, including Cadinha, tendered their shares pursuant to the exchange offer.

16 In the result the Canadian shareholders, including Mr. Cadinha, exchanged their unlisted shares of Winchester for the right to acquire in the future up to three listed shares of Independence publicly trading on the Vancouver Stock

Exchange. By contrast the American shareholders, including the petitioner, were left with approximately 6 percent of the issued and outstanding shares of Winchester which were unlisted and which they could sell only by negotiating privately with a potential purchaser.

17 Mr. Cadinha wrote to the American shareholders on 17th December 1981 as president of Winchester.

18 That letter stated in part:

As the Restricted Convertible shares being offered under the terms of the share exchange offer are not registered under the U.S. Securities Act of 1933, the offer cannot lawfully be extended to or accepted by Winchester shareholders whose registered address is in the United States. As it is the intent of Independence to obtain 100 percent control of Winchester you will be contacted separately as to the means by which you may sell or otherwise dispose of your shares in Winchester.

19 On 7th January 1982, the day that the exchange offer expired, Mr. Cadinha telephoned the petitioner in Texas and personally offered to purchase the petitioner's shares for \$1.50 (U.S.) per share, a price which was less than the price at which the common shares of Independence were trading that day on the Vancouver Stock Exchange. The trade price was \$3 to \$3.05 (Canadian). The petitioner refused to accept this offer.

20 The petitioner heard nothing further from Mr. Cadinha or Winchester until 30th December 1982 when Mr. Cadinha, on behalf of Winchester, again wrote to the American shareholders and advised them that Independence had no plan to acquire their shares "at this time". There has been no attempt by Independence or Winchester to acquire or purchase the petitioner's shares since that date.

21 The petitioner claims that the decision of Cadinha and his co-directors in Winchester to exclude shareholders of Winchester resident in the United States from the exchange offer was oppressive and unfairly prejudicial to the petitioner's rights as a shareholder.

22 The respondents deny this. They say that the share exchange offer was negotiated by Cadinha and accepted by Winchester because it was of benefit to Winchester and therefore to all of its shareholders. Winchester was a private company with unproven oil and gas interests: Independence was a company which had access to public capital markets and had proven producing oil and gas properties. The resulting relationship between Winchester and Independence provided Winchester with access to a means of raising money for development of its oil and gas properties through Independence's listing on the Vancouver Stock Exchange. This was a direct benefit to Winchester and to its shareholders.

23 The respondents further say that the reason the petitioner and shareholders of Winchester resident in the United States were excluded from the offer was that if it had been made to such shareholders, it would have had to comply with United States federal and state legislation regulating corporate takeovers. In the United States, unlike Canada, a takeover bid by way of a share exchange offer had to be cleared and the shares registered with the securities regulatory authorities at the federal and state level unlike a cash bid in which no such clearance or registration was necessary. Mr. Cadinha deposed that he was advised by his solicitor that this procedure was extremely time-consuming and costly and that it was uncertain when the offer would be cleared. He also deposed that he was advised that once the takeover bid had been completed it would be possible to avoid the procedure of clearance and registration and take advantage of the "private placement" exemption available under s. 4(2) of the United States Securities Act of 1933 and R. 146 of the United States Securities and Exchange Commission by effecting a share exchange by private agreement between Independence and each of the five United States shareholders. In such a transaction both Independence and the United States shareholders would require separate representation by United States counsel and in addition shareholders might require independent investment advice and valuation of both companies by independent petroleum engineers might have to be obtained. It was likely that those costs would have to be borne by Independence. Cadinha stated that he was advised by his counsel, Mr. Stafford, that in light of the foregoing it was common practice that public takeover bids by one Canadian company for another Canadian company on a share exchange basis was confined to Canadian shareholders.

24 Put more summarily, the respondents say that the applicability of United States security laws to those shareholders in Winchester who were United States residents was a valid and bona fide reason for treating them differently from the Canadian shareholders in Winchester. The directors of Winchester recommended to Independence that its share offer be extended only to Winchester's Canadian shareholders based upon reasonable legal advice given to Winchester by its corporate solicitor, Mr. Stafford. This advice was based upon the opinion of Mr. Stafford, which was bona fide, honestly held, reasonable and correct.

Whether the petitioner is entitled to succeed under s. 224 of the Company Act

25 In considering this question, I have examined a number of basic principles.

26 I start with the provisions of the section and cite a summary of what the plaintiff must prove from *Johnston v. West Fraser Timber Co.* (1981), 29 B.C.L.R. 379 at 381, 17 B.L.R. 16, approved on this point by the Court of Appeal (37 B.C.L.R. 360 at 386, 19 B.L.R. 193, 140 D.L.R. (3d) 574):

1. The affairs of the company are being conducted in a manner oppressive to one of the members (s. 224(1)(a)); or
2. The powers of the directors are being exercised in a manner oppressive to one of the members (s. 224(1)(a)); or
3. Some act of the company has been done that is unfairly prejudicial to one of the members (s. 224(1)(b)).

27 "Oppressive" in this context means conduct that is burdensome, harsh or wrongful or which lacks probity or fair dealing: *Scottish Co-op. Wholesale Soc. Ltd. v. Meyer*, [1959] A.C. 324 at 342, [1958] 3 W.L.R. 404, [1958] 3 All E.R. 66 (H.L.).

28 Unfairly prejudicial means acts that are unjustly or inequitably detrimental: *Diligenti v. RWMD Operations Kelowna Ltd.* (1976), 1 B.C.L.R. 36 at 45 (S.C.).

29 Although the share exchange offer was made by Independence, the evidence shows that Cadinha, as president of Winchester, approached Kettleton, the president of Independence in the summer of 1981 with a proposal that Independence should make the share exchange offer to the shareholders of Winchester.

30 The question of whether the affairs of Winchester were conducted in a manner oppressive to the petitioner or whether the powers of the directors of Winchester were exercised in a manner oppressive to the petitioner or whether an act of Winchester was done that was unfairly prejudicial to the petitioner must be considered in the context that Winchester, through Cadinha and other directors of Winchester, initiated the proposed share transfer and later approved it. As Cadinha stated in his affidavit:

... the directors of Winchester decided to recommend acceptance of the offer notwithstanding the fact that it was made to Canadian shareholders only, because it would provide the holders of over 90% of the shares of Winchester with the opportunity of acquiring a listed security in the form of Independence shares ...

31 The oppressive or unfairly prejudicial conduct must affect the petitioner's legal or equitable rights as a shareholder: see *Johnston v. West Fraser Timber Co.*, supra, at p. 383, approved by the British Columbia Court of Appeal, 37 B.C.L.R. 360 at 386.

32 In considering whether a remedy is available under s. 224, the court is entitled to consider whether a member's equitable rights are detrimentally affected by oppressive conduct of the affairs of the company or by oppressive exercise of the directors' powers or by unfairly prejudicial acts of the company: see *Johnston v. West Fraser Timber Co.*, p. 383.

33 Equitable considerations entitle the court to consider the fairness of the conduct of the directors towards the minority shareholders. The court is not limited to the narrow question of whether there has been a breach of the Company

Act or the articles of association of the company: see Macfarlane J., *O'Neill v. Dunsmuir Hldg. Ltd.*, B.C.S.C., Vancouver No. A790662, 20th February 1980 (unreported), cited with approval in *Johnston v. West Fraser Timber Co.*

34 Moreover, the petitioner has a prima facie right to be treated equally with all other holders of shares of the same class.

35 In *Br. & Amer. Trustee & Fin. Corp. v. Couper*, [1948] A.C. 399 at 406 (H.L.), Lord Herschell L.C. stated:

There can be no doubt that any scheme which does not provide for uniform treatment of shareholders whose rights are similar, would be most narrowly scrutinised by the Court, and that no such scheme ought to be confirmed unless the Court be satisfied that it will not work unjustly or inequitably.

36 In *Galloway v. Hallé Concerts Soc.*, [1915] 2 Ch. 233 at 239, it was held that prima facie it was entirely improper for directors to make a call on some members of a class of shareholders who stand in the same relation to the company as other members of the class without making a similar call on all other members of that class.

37 My first impression when considering these principles and applying them to the results which faced the American resident shareholders was that the powers of the directors of Winchester had indeed been used unfairly because the result was apparently unfair. But after anxious consideration, I have concluded that the directors of Winchester and the company have justified their decision to exempt the American resident shareholders from the share exchange offer.

38 There are several grounds for my reaching this conclusion and, because the petitioner is faced with a result that may seem to him unfair, I set these out in detail.

39 I turn first to the advice given Winchester by its Canadian solicitor, Mr. Stafford. He testified that he advised Cadinha on whether Independence should include United States resident shareholders in the share exchange offer and whether the offer could legally be extended to them without the necessity of complying with the securities laws and regulations of the United States and various state jurisdictions. In Stafford's experience an exemption was not available. He considered whether a private placement of the shares (i.e., an exchange of shares negotiated with the United States shareholders of Winchester) might be effected under R. 146 of the United States Securities and Exchange Commission Regulations but concluded that it would not be appropriate and that it would not be practical to proceed under that rule. He testified that there was a risk that the offer by Independence to the Canadian shareholders would be regarded as integrated with the offer to the American shareholders and that therefore the whole of the offer by Independence would be subjected to United States securities regulations. If a private placement was attempted, resale restrictions on the stock might be imposed by "lettering" of the stock. A further difficulty lay in the fact that if an attempt was made to offer the shares to United States shareholders under the procedure provided by R. 146, the purchaser of the stock would have to be represented by a lawyer to negotiate the purchase of the stock. Documents additional to the share exchange offer would have to be prepared to enable the share exchange to be effected with the five American shareholders under the appropriate regulations. The idea of registering the proposed share exchange under the Securities and Exchange Commission Rules was impractical. Share exchange offers are a rarity in the United States because a prospectus is required, whereas in Canadian jurisdictions this is not required. Stafford considered that "lettered" stock could not be traded on the Vancouver Stock Exchange. If the United States securities regulations were ignored, the directors of Winchester and Independence would have been exposed to the sanctions of the Securities and Exchange Commission.

40 Stafford checked out only one part of these conclusions with United States attorneys. He telephoned a Mr. Snow, an attorney in Texas who advised him to contact a Mr. Bachmann of Vincent and Ellis of Houston. Stafford did not personally speak to Mr. Bachmann. He delegated that inquiry to Mrs. Bayley, an articulated law student who had been articulated with his firm for approximately six months. Mrs. Bayley had some extensive experience in securities practice and was familiar with the subject about which she was inquiring. She inquired whether it was possible to obtain an exemption so that the share exchange offer could be made to the United States shareholders. She was advised to contact another attorney who was more familiar with this problem, a Mr. Bader. She was unable to contact him immediately but spoke

to him on 2nd November. He advised her that an exemption could not be obtained in Texas and that, in view of the public tender offer in Canada, it was not possible to use a private placement. Independence would have to register in that state. This would not be easy. A licensed dealer would be required to complete the transaction. Mr. Bader felt that the same conditions would apply to other states where the American shareholders resided.

41 Stafford advised Winchester and Cadinha that the share exchange offer could not be made to United States residents without meeting the United States registration requirements. Mr. Cadinha testified that on the advice of Stafford, the exchange offer made by Independence was not extended to the petitioner and other shareholders of Winchester resident in the United States.

42 Petitioner's counsel attacked the advice given by Mr. Stafford as cursory, inadequate and based upon inappropriate experience. No written opinion was obtained from American counsel regarding the applicability of United States securities legislation and regulations. The solicitor had had no experience in dealing with small Canadian companies with few American shareholders. He did not personally speak to American counsel, Mr. Bader.

43 There is much force to those criticisms. If the test of whether the directors acted oppressively rested entirely on the adequacy of Mr. Stafford's inquiries, I would have found those arguments persuasive. But what must be tested here are the actions of the directors of Winchester. They sought legal advice on whether the share exchange offer could be made to the United States resident shareholders. They excluded the American resident shareholders because Stafford advised them that an exemption from registration of the transaction would not be available. They therefore had reason to believe that it was not in the best interests of Winchester to invite Independence to make the offer to the American resident shareholders. They had a business reason, albeit a legal reason, for the exclusion of the American shareholders.

44 But my basis for concluding that no remedy is available to the petitioner under s. 224 rests as well upon my conclusions drawn from the evidence of the two American securities experts, both United States attorneys, who testified.

45 Mr. Berns was of the opinion that if the share exchange offer had been extended to the United States residents it would have been treated as a tender offer under United States federal securities laws. Because Winchester shareholders were not registered under the United States legislation, the tender offer would have been subject to Reg. 14(e) of the Securities and Exchange Act. Furthermore, the rules promulgated under 1934 legislation might have prohibited Independence from offering to purchase for cash shares from the United States residents at the same time as the exchange offer was taking place in Canada. If the United States resident shareholders had been included in the tender offer without an appropriate exemption from registration, the restricted convertible shares would have had to be registered under the Securities Act, 1933 unless exempted. Mr. Berns thought it extremely unlikely that an exemption would have been available under the regulations. Even if an exemption had been available, Independence would have had to prepare an offering circular which was subject to Securities and Exchange Commission approval. It might have been possible to issue restricted convertible shares under an exemption from registration under R. 146 provided the United States residents to whom the shares had been sold had, together with an offeree representative, such knowledge and experience in financial and business matters that they were capable of evaluating the risks of the prospective investment and the offeree was able to bear the economic risk of the investment. A private placement under the rule would have necessitated the preparation of an offering document. Shares issued pursuant to R. 146 would have had to be held for a period of at least two years before they could be sold. The cost of preparing this document and of having the share offering registered would involve legal fees ranging between \$30,000 (U.S.) and \$75,000 (U.S.) The time necessary for preparing and having the Securities and Exchange Commission declare effective a registration statement might take as long as six months.

46 Mr. Berns thought it would have been improper for Winchester American resident shareholders to transfer their shares to nominees in Canada for the purpose of accepting the offer. If Independence had registered the restricted convertible shares, it would have faced ongoing reporting requirements. Annual legal fees could have run as high as \$15,000 to \$30,000 (U.S.). Although it would be possible now for Independence to issue securities to the United States shareholders of Winchester, that procedure would be elaborate and costly.

47 The evidence of Mr. Diercks, an American attorney, who practised in the state of Washington in securities practice, conflicted with the evidence of Mr. Berns. Mr. Diercks considered that it was highly likely that a R. 146 exemption would have been available and that Independence could legally have offered the shares to the United States shareholders. He considered that Independence could have reasonably satisfied itself of the financial suitability of the United States shareholders and that the requirements under R. 146 requiring that the offerees or their representatives be shown to have sufficient knowledge and expertise to evaluate the merits and risks of the prospective investment and were individually able to bear the economic risk of the investment could have been supplied by the petitioner.

48 Neither Mr. Diercks nor Mr. Berns gave evidence *viva voce*. Both gave written opinions and were then examined on commission. The task of assessing the conflicts in their evidence is difficult. I have examined those conflicts and found that the weight of the evidence favours my accepting Mr. Berns' testimony, at least to the extent of concluding that the directors of Winchester and Independence would have been faced with a number of complex problems and some very significant expenses if Independence had made the share offer to the American resident shareholders.

49 In comparing the opinion letters of Mr. Berns and Mr. Diercks, I find Mr. Berns' comprehensive references to the share exchange offer and to a large number of the sections and regulations of the United States securities legislation and regulations more helpful than the briefer opinion of Mr. Diercks. Mr. Diercks' opinion does not examine as extensively as does Mr. Berns' opinion, the requirements for registration. Rather his opinion focuses upon his view that there would have been a high probability of obtaining a R. 146 exemption.

50 I have compared the evidence on cross-examination of Mr. Diercks and Mr. Berns and have concluded that Mr. Diercks made a number of admissions on cross-examination which support the position taken by Mr. Berns and adopted by the respondents. On cross-examination Mr. Diercks admitted:

1. That if there was a failure to comply with the requirements of Rule 146 insofar as one American shareholder was concerned, the entire offering was invalid under U.S. law (p. 32, l. 5-18) and that there was a risk that the U.S. shareholders would attempt to rescind the transaction (p. 33, l. 24-p. 34, l. 1).

2. In order to apply for a Rule 146 exemption, it would have been necessary for Independence to obtain an opinion of legal counsel on the validity of the registration in the particular state where the U.S. shareholder was resident (p. 34-36).

3. If Independence had used the procedure under Rule 146 to obtain an exemption, Independence would have had to make a determination regarding the financial suitability of each of the 5 American resident shareholders (p. 39-41). If any of these proved unable to bear the economic risk of the investment, the procedure under Rule 146 would not have been available (p. 41). This requirement that Independence should make this determination was not mentioned in his opinion letter (p. 41-43).

4. To ensure that the S.E.C. would not integrate the share exchange offer with the offer to U.S. resident shareholders, steps would have to be taken to ensure that the shares offered to the Canadian shareholders would not ultimately find their way back to the U.S. market (p. 46-47-50).

5. With respect to a private placement in the United States, the U.S. shareholders would be restricted in making transfers of any shares under Rule 146 by a legend being placed on their certificates (p. 53-54). This restriction required the U.S. shareholder to hold the share for a significant period of time. The share could not have been freely sold to U.S. residents (p. 55-57). Shares transferred under Rule 146 procedure would be restricted from transfer in the United States.

6. Shares issued to U.S. resident shareholders if Rule 146 was complied with would have been "lettered" and a Rule 146 legend placed on the certificate issued to the U.S. shareholder (p. 58, l. 8-15).

7. His estimate of \$3,000 expense for complying with a Rule 146 exemption did not include the cost of checking to enable a counsel acting for Independence to give an opinion. The cost would be substantially higher if an opinion was required.

51 For the foregoing reasons I have concluded that the exclusion of the petitioner and the other American resident shareholders, although on first analysis apparently unfair, was not the result of oppressive or unfair conduct on the part of the directors of Winchester. Rather, it was the result of the securities legislation and regulations of the United States preventing the directors of Winchester from including these shareholders in the offer made to the Canadian shareholders without severely prejudicing the effectiveness of that share exchange offer and with the probability of Independence incurring significant legal costs which could only be avoided if the American resident shareholders were excluded.

52 Under these circumstances the petitioner has been unable to establish that the exclusion of the American shareholders was conduct that was oppressive or was an oppressive exercise of the powers of the directors of Winchester or was an act of Winchester that was unfairly prejudicial. The petitioner fails on this ground.

53 I turn therefore to the claim by the petitioner that Cadinha has acted in breach of his fiduciary duty.

54 Counsel submitted that Mr. Cadinha had made a representation about "the legal impossibility" of extending the takeover over to American shareholders and that the petitioner relied upon that representation. Mr. Cadinha's statement in the letter of 17th December 1981 was that the offer could not lawfully be made. The evidence was that that letter was written on legal advice. Although the words might have been expanded upon by giving a fuller explanation of the solicitor's advice, the statement was essentially correct. Stafford had advised that the share exchange offer could not be made without registering in the United States. Cadinha acted on this advice and wrote the letter based upon this advice. I am unable to find that these words were intended to mislead or were stated in bad faith or were a breach of any fiduciary obligation which Cadinha owed to the petitioner.

55 Then it is argued that Cadinha was in breach of his fiduciary duty to the petitioner when he signed the letter of 17th December 1981 and sent it to the American shareholders because he had not formed any plan of how their shares would be acquired. But again the answer to this argument is that what was stated was not in breach of any fiduciary obligation. Mr. Cadinha was advised that the securities legislation and regulations of the United States prevented Independence from making the offer to the American resident shareholders.

56 The statement in the letter that the American shareholders would be contacted separately as to the means by which the shareholder might sell or otherwise dispose of his shares in Winchester was not made unconscionably or with a view to obtaining any personal benefit at the expense of the American shareholder. The standard of conduct required from a director in dealing with a shareholder will differ according to the surrounding circumstances and the nature of his responsibility: see *Coleman v. Myers*, [1977] 2 N.Z.L.R. 225 at 324 (S.C.), per Woodhouse J., applied in *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1 (C.A.).

57 Mr. Cadinha's explanation for writing the letter was that he understood he could not make an offer to the American shareholders without registering the offer under the United States legislation and regulations. His intention was to buy out all the American shareholders at the one time. But he was unable to implement this intention when that letter was written because there was no cash available to implement it and because the Webb litigation was proceeding. Again there was no breach of duty by Cadinha under these circumstances.

58 Then it is argued that Cadinha's failure to disclose that the decision to exclude American shareholders was influenced by Winchester's dispute with Dr. Webb and was reached before Cahinha had obtained American legal advice. But the short answer to those contentions is that Cadinha did obtain legal advice from Winchester's solicitor and acted upon it. His conduct was therefore bona fide not in breach of a fiduciary duty owed to the petitioner.

59 Counsel further submitted that Cadinha breached his fiduciary duty as a director of Winchester in recommending to the shareholders of Winchester that they accept the exchange offer. Again, that contention is not supported by any evidence. The evidence shows that Cadinha acted in the honest belief that this was for the benefit of the shareholders of Winchester.

60 It was also argued that Cadinha advised the American shareholders of Winchester on 30th December 1982 that Independence had at that time no plans to acquire the remaining minority interest of Winchester and that this was in breach of some duty owed to the petitioner. I do not agree with that submission. Under the circumstances I am unable to find that there was a duty on Winchester to acquire the petitioner's shares. As I have earlier stated, the exclusion of the American resident shareholders was the result of the securities legislation and regulations preventing for all practical purposes the directors of Winchester from inviting Independence to include those shareholders in the offer.

61 Finally it is argued that Mr. Cadinha breached his fiduciary duty when he personally offered to purchase the petitioner's shares on the final day of the exchange offer at a price substantially below that at which the Independence shares were trading that day on the Vancouver Stock Exchange. Counsel argues that his timing suggests a conscious plan to pressure the petitioner into selling his shares on the last day on which for all practical purposes any market existed for them.

62 The evidence shows that Mr. Cadinha made this offer in his personal capacity, not on behalf of Winchester. He testified that he had no intention of tendering those shares pursuant to the share exchange offer or of making a profit on those shares. Mr. Cadinha testified that he did not think it would have been practically possible for him to tender the shares pursuant to the share exchange offer in view of the time limitation. I accept that explanation.

63 I accept also the submission of the respondents' counsel that the making of the offer for the petitioner's shares at a price of \$1.50 (U.S.) (\$1.78 Canadian) per share was a bona fide offer which the petitioner could have accepted or rejected. It does not give rise to any cause of action.

64 When the offer was made the petitioner had been advised by the letter of 17th December 1981 that the share exchange offer could not lawfully be extended to or accepted by Winchester shareholders resident in the United States. That position stated by Mr. Cadinha in that letter was a statement which Cadinha believed to be accurate. It was based upon legal advice. Mr. Cadinha therefore knew that there was no market for the petitioner's shares. He was not under a fiduciary duty to make an offer to the petitioner equal to the trading price for Independence shares on the Vancouver Stock Exchange.

65 I have accordingly reached the conclusion that the petitioner's application must be dismissed with costs.

Petition dismissed.

4

2016 ABQB 514
Alberta Court of Queen's Bench

McGovern-Burke v. Martineau

2016 CarswellAlta 1819, 2016 ABQB 514, [2016] A.W.L.D. 4200, [2016] A.W.L.D. 4201, [2016] A.W.L.D. 4202, [2016] A.W.L.D. 4215, 270 A.C.W.S. (3d) 759

Shawna McGovern-Burke (Applicant) and Alanna Martineau and Wine-Ohs Inc (Respondent)

Shawna McGovern-Burke (Plaintiff) and Wine-Ohs Inc (Defendant)

McGovern-Burke Enterprises Ltd (Plaintiff) and Wine-Ohs Inc (Defendant)

K.D. Yamauchi J.

Heard: June 20, 2016; June 21, 2016; June 22, 2016

Judgment: September 15, 2016

Docket: Calgary 1301-05701; 1401-02859; 1301-09223

Counsel: Jeff W. Moroz, Chris Jones, for Applicant / Plaintiffs
C. Michael Smith, for Respondents / Defendants

Subject: Civil Practice and Procedure; Contracts; Corporate and Commercial

ACTIONS by shareholder for relief under oppressino remedy and recovery of loan and by company for breach of contract.

K.D. Yamauchi J.:

I. Introduction

1 These reasons deal with 3 separate actions involving related parties, the trials of which this Court heard over 3 days. The 3 actions, in general terms, are as follows:

(a) an action that the Applicant / Plaintiff Shawna McGovern-Burke commenced against the Respondents Alanna Martineau and Wine-Ohs Inc pursuant to section 242 of the *Business Corporations Act*, RSA 2000, c B-9 [BCA];

(b) an action that Ms. McGovern-Burke commenced against the Defendant Wine-Ohs Inc ("Wine-Ohs"), in which she seeks to recover shareholder loans that she allegedly made to Wine-Ohs, and expenses that she allegedly incurred on Wine-Ohs' behalf; and

(c) an action that McGovern-Burke Enterprises Ltd ("M-B Ltd") commenced against Wine-Ohs in which M-B Ltd seeks to recover payments for materials and services that M-B Ltd allegedly provided to Wine-Ohs.

II. Background

2 Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau met each other in the Fall of 2011, while they worked at Talisman Energy Inc. Ms. McGovern-Burke was interested in doing something outside of her work for Talisman Energy Inc, and in or around December of 2011, she discussed this with Ms. Martineau. Ms. Martineau told Ms. McGovern-Burke that she had prepared a business plan for a wine bar and bistro. Ms. McGovern Burke thought Ms. Martineau's idea was

interesting, so they met for lunch. Ms. Martineau asked Ms. McGovern-Burke to sign a non-disclosure agreement before showing her the business plan, which Ms. McGovern-Burke signed. When Ms. McGovern-Burke asked Ms. Martineau whether she wanted an investor or a partner, Ms. Martineau said that she would be open to either.

3 Ms. Martineau's plan was to open a wine bar and bistro in the East Village in Calgary 2 or 3 years "down the road," but each would "keep their eyes open" for potential opportunities. In March of 2012, while at a dinner, Ms. McGovern-Burke learned that the space occupied by Piq Niq and Beat Niq in downtown Calgary was for sale (the "premises"). Ms. McGovern-Burke immediately contacted Ms. Martineau to advise her of the opportunity. They, along with Ms. McGovern-Burke's husband, Ron McGovern-Burke, went to look at the premises 2 days later. The main floor of the premises would meet their needs, but the basement required considerable work. Mr. McGovern-Burke is a designer and musician, who wanted to look at the premises to determine if the basement area would work as a wine bar and musical performance venue.

4 Ms. McGovern-Burke left for a vacation shortly thereafter. The parties began costing the business and premises and, as well, explored other places in which they might be interested. Ms. McGovern-Burke was gone for 2 weeks, but she and Ms. Martineau kept in touch throughout that time via email.

5 When Ms. McGovern-Burke returned from her vacation, the parties again went to the premises. Before they made the offer to purchase the premises, they discussed how they would structure the business. Ms. Martineau had incorporated Wine-Ohs on April 28, 2009. She had done some minor things with Wine-Ohs, as she had intended on using it to open and operate her new business. Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau met with Ms. Martineau's accountant to determine how Ms. McGovern-Burke could become a shareholder in Wine-Ohs. The accountant advised them that he had not created a minute book for Wine-Ohs and Wine-Ohs had not yet filed income tax returns. Ms. Martineau was Wine-Ohs' only shareholder, although Wine-Ohs had neither created nor issued shares or share certificates to her.

6 On April 16, 2012, Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau, on Wine-Ohs' behalf, offered to purchase the premises. They both signed the offer, as they thought they were, at this time, equal shareholders. The purchase price was \$125,000. Ms. McGovern-Burke provided a \$10,000 personal cheque that accompanied the offer as its deposit, as Wine-Ohs had not yet created a bank account. The closing date was scheduled to be May 22, 2012.

7 Ms. Martineau effected a change on April 24, 2012, with the Alberta Registrar of Corporations by filing Wine-Ohs' annual return (the "Annual Return"), which showed Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke as Wine-Ohs' directors. The Annual Return also showed each of them holding fifty percent of the voting shares. Wine-Ohs still had no minute book, although Ms. Martineau testified that they intended that she and Ms. McGovern-Burke would be equal shareholders.

8 Wine-Ohs had to obtain a liquor license to operate the business. Part of the application process required Wine-Ohs to complete a form "Particulars of Incorporation of Company" that Alberta Gaming and Liquor Commission had created. On May 1, 2012, Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke met with a lawyer from Fraser Milner Casgrain (as it was then known) to complete the form. Ms. McGovern-Burke filled out the form, and certified it as correct, as did the lawyer. It, like the Annual Return, showed Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau as directors and that each held fifty shares in Wine-Ohs. Ms. Martineau did not object to the substance contained in this form. Alberta Gaming and Liquor Commission issued the liquor license. Interestingly, the lawyer certified this document without ever seeing a minute book for Wine-Ohs. In fact, at the time they went to see the lawyer, no minute book had been prepared. All the lawyer had was the confirmation from the Alberta Registrar of Corporations that showed Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke as equal shareholders and that they were both directors. Ms. McGovern-Burke does not know whether Ms. Martineau has submitted a new form the Alberta Gaming and Liquor Commission.

9 To Ms. McGovern's mind, the parties were operating the business as though they were equal shareholders. Each had put in about \$80,000 to purchase the premises and as initial cash-flow. The bank statement that was made an exhibit in these proceedings confirmed this. Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke decided that they did not want to

finance their business. Ms. Martineau eventually put in a further \$25,000 for renovations to the premises, which made her contribution \$105,000. Ms. Martineau acknowledges that Ms. McGovern-Burke put in the additional \$25,000. There was never any discussion of the due date for repayment or interest that would accrue. Ms. McGovern-Burke vehemently denied that she would have contributed this amount had she not been a shareholder in Wine-Ohs. She felt that Wine-Ohs would repay her quickly. To her mind, the idea was that Wine-Ohs would first pay expenses, including those the shareholders had paid on its behalf. It would then repay the loans that the shareholders had made to it. It was only then that the shareholders would receive any dividends or salary. Ms. McGovern-Burke testified that there was no agreement that Wine-Ohs would pay the loans back when it decided so to do. Ms. Martineau, on the other hand, testified that there was no agreement of when the loans and expenses would be paid back

10 Despite all this, there were never any directors' resolutions issuing or transferring shares to Ms. McGovern-Burke. She did not know whether she would be receiving shares from Ms. Martineau or whether the shares would be issued from treasury. All that she knew was that she was a fifty percent shareholder in Wine-Ohs, along with Ms. Martineau.

11 After Wine-Ohs purchased the premises, the parties discussed entering into a unanimous shareholder agreement. Drafts were exchanged but it was never signed.

12 The transaction to purchase the premises closed on May 22, 2012. The business was a "turn-key" operation, so it continued to operate as it had before the closing, but Wine-Ohs had to get its own licenses. Ms. McGovern-Burke testified that she was taking care of the business's finances, including payroll, accounts payable, purchasing supplies, arranging private bookings, and hiring and firing staff. Ms. Martineau was in charge of branding, booking music, designing the basement and ordering wine. Neither of them was paid for these services, as they felt this was their "sweat equity" that was necessary to make the business a success.

13 With their initial monetary contributions, the business had sufficient cash-flow for food, liquor and other expenses. It was doing well. As for ongoing expenses, both Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau used their personal credit cards to pay suppliers and other vendors. They tried to share these expenses. Ms. McGovern-Burke testified that she would give her back-up receipts to the bookkeeper. She does not know what has happened to those receipts as they were out of her hands. They would submit their expense reports and sign off on the expense reports of the other. Although Wine-Ohs repaid some of these expenses, the parties wanted to build their bank account to pay for the renovations they were intending to undertake in August of 2012.

14 Ms. McGovern-Burke provided this Court with a number of her expense reports, and cross-referenced these to her credit card statements. She testified that she had incurred all these expenses on behalf of Wine-Ohs. Ms. McGovern-Burke also provided this Court with a spreadsheet that Ms. Martineau had requested, which shows the expenses that each of them had incurred on Wine-Ohs' behalf and amounts that Wine-Ohs had paid to each of them to cover these expenses. This spreadsheet shows that Wine-Ohs still owes Ms. McGovern-Burke \$38,213.76.

15 When Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau first looked at the premises, they decided that the basement required extensive renovations. Ms. McGovern-Burke suggested that Mr. McGovern-Burke could assist with the renovations, both as a designer and general contractor. This would save them money. Mr. McGovern-Burke's role was to oversee the renovations. He would hire the tradespeople who would do the actual work. He would also do some of the work himself, although he does not hold any journeyman's tickets. He would keep Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau apprised of the progress of the renovations.

16 Ms. Martineau testified that she did not feel they were going to pay Mr. McGovern-Burke for his services. There was certainly no discussion about making him a shareholder. Despite this, Ms. Martineau acknowledged that Mr. McGovern-Burke did a fair amount of work during the renovations. When he completed his role in the renovations at end of August 2012, Mr. McGovern-Burke discussed his payment with Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke. He testified that he amassed about 500 hours of work, and the parties came up with a number of \$35,000 for his work. Instead of cash, they decided he would get 10% of Wine-Ohs' shares. Mr. McGovern-Burke was never issued his 10% of the

shares. Nor did he receive payment for his services. After he completed the renovations, Mr. McGovern-Burke became Wine-Ohs' handyman. He would complete whatever tasks were required of him. His services were required constantly to maintain the 100-year old building in which Wine-Ohs was located. He did not keep track of any hours for his work as a handyman, as, in his mind, he was now a shareholder, and whatever he did was for the betterment of the business. When the McGovern-Burkes no longer came to the premises, Ms. Martineau stated that there were still many things that had to be completed and there were defects that had to be resolved. She never advised Ms. McGovern-Burke of these additional tasks or of the defects.

17 In February of 2013, Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau decided that they simply could not work together. There were exchanges of emails that discussed how they would structure Ms. McGovern-Burke's buy-out. This Court will discuss details of the email exchanges later in these reasons.

18 The initial offer that Ms. McGovern-Burke made to Ms. Martineau was a "shotgun-type" arrangement, in which Ms. Martineau would buy-out Ms. McGovern-Burke, or Ms. McGovern-Burke would buy-out Ms. Martineau. It was eventually decided that Ms. Martineau would buy-out Ms. McGovern-Burke, and that Ms. McGovern-Burke would provide Ms. Martineau with time to pay. Ms. Martineau wanted a valuation of Wine-Oh's business, but this was never done.

19 Even though the buy-out deal had not yet closed, Ms. Martineau changed the locks to the premises so Ms. McGovern-Burke could not gain access to them. Ms. Martineau also removed Ms. McGovern-Burke's access and authority with Wine-Ohs' bank. In other words, Ms. Martineau was moving forward as though the buy-out deal had closed, but had not yet provided Ms. McGovern-Burke with the promissory note and security that Ms. McGovern-Burke had requested as part of the buy-out transaction. Ms. McGovern-Burke felt that Ms. Martineau was "changing the deal," in that she did not want to provide Ms. McGovern-Burke with any security for the amounts on which they had agreed, or that any security that Ms. Martineau provided to her would be postponed to any other security that Ms. Martineau wanted to grant to others.

20 The buy-out deal did not close. Despite this, on March 5, 2013, Ms. Martineau changed the corporate records with the Alberta Registrar of Corporations. It showed Ms. Martineau as the sole shareholder. Ms. McGovern-Burke had not authorized this change.

21 Part of the transaction on which Ms. McGovern-Burke had agreed involved Mr. McGovern-Burke, as he was allegedly a shareholder by this time. After the parties had their falling out, Mr. McGovern-Burke, at Ms. Martineau's request, sent Wine-Ohs an invoice on behalf of M-B Ltd for \$68,281, which represented the hours he had put into the renovations and other tasks, including those he completed before undertaking the renovations. He created this invoice using text messages, emails and his "memory." He did not keep records of the time he spent doing the various tasks. He sent this to Ms. Martineau on June 11, 2013. This included the \$35,000 he had initially been promised. Ms. Martineau was "shocked" when she received this, as they had never agreed to this, or that Mr. McGovern-Burke was even going to be paid an hourly rate. The hourly rate was high (\$65 per hour) and she cannot even determine how many hours he actually worked. These, she says, were created after-the-fact.

22 Ms. McGovern-Burke claims that she is still owed the balance of the expenses she incurred on Wine-Ohs' behalf, and her \$105,000 initial investment. Although she says that she issued a demand, no written demand was ever produced to this Court. She did, however, tell Ms. Martineau on several occasions what she felt she was owed and how much. The financial statements that were prepared for 2012 and 2013, do not properly reflect what is owed to her.

23 Mr. McGovern-Burke claims he is still owed something for the work he performed for Wine-Ohs.

III. Discussion

A. The "Without Prejudice" Correspondence

24 A preliminary matter with which this Court must deal concerns the correspondence that the parties had which involved Ms. McGovern-Burke's buy-out. Ms. Martineau argues that these correspondences were "without prejudice," as they were made in contemplation of litigation. Ms. McGovern-Burke argues that these correspondences merely reflected the parties' positions (and agreement) on how Ms. Martineau would buy her out.

25 Ms. Martineau presented this Court with the decision of Wachowich J, as he then was, in *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1990), 72 Alta. L.R. (2d) 330, 105 A.R. 4 (Alta. Q.B.), in support of the proposition that the content of "without prejudice" negotiations cannot be adduced as evidence during trial or examined for discovery. This Court agrees with the policy principle that Wachowich J puts forth at para 6 of his decision that "parties should be encouraged to settle their disputes without litigation; to expose admissions made during negotiations for settlement would undermine this policy." He was dealing, however, with a situation where the plaintiff had already commenced the action. Thereafter, the parties began their negotiations. Here, neither Ms. McGovern-Burke nor M-B Ltd had commenced their actions. In fact, when one reviews the correspondence, no legal proceedings were even contemplated until, as Ms. McGovern-Burke alleges, Ms. Martineau "changed the deal."

26 Ms. Martineau also provided this Court with the decision of Slatter J, as he then was, in *Hansraj v. Ao*, 2002 ABQB 385, [2002] 8 W.W.R. 725 (Alta. Q.B.) [*Hansraj*], rev'd on other grounds 2004 ABCA 223, [2005] 4 W.W.R. 669, 34 Alta. L.R. (4th) 199, 354 A.R. 91 (Alta. C.A.). Slatter J provides the 3 conditions that must exist for a party to be able to take advantage of the "without privilege" nature of communications They are as follows:

- (a) A litigious dispute must be in existence or within contemplation;
- (b) The communication must be made with the express or implied intention that it would not be disclosed to the Court in the event negotiations failed; and
- (c) The purpose of the communication must be to attempt to effect a settlement.

Hansraj at para 14 (citations excluded).

27 Slatter J went on to say "[t]he appropriate approach is to examine the correspondence as a whole, and in context, and to see whether the rationale for the privilege exists": *Hansraj* at para 20 (emphasis added). As mentioned earlier, there was no litigious dispute in existence or within contemplation at the time parties started their discussions and negotiation of Ms. McGovern-Burke's exit from Wine-Ohs. The parties were simply negotiating the terms of her exit. In fact, it appeared that the parties had negotiated those terms, and were simply awaiting the comments of Ms. Martineau's legal counsel concerning those terms. There was certainly a "dispute" inasmuch as Ms. McGovern-Burke wanted Ms. Martineau to buy her out of Wine-Ohs. However, they were nowhere nearing a "litigious dispute." The "dispute" only became "litigious" when Ms. Martineau said "technically, you don't have shares in the company" on March 12, 2013, after which Ms. McGovern-Burke said she is "about to call a lawyer and begin a lawsuit."

28 Because there was no "litigious dispute," there was nothing to settle. Even after the March 12, 2013, exchange between the parties, they were still working on how best to facilitate Ms. McGovern-Burke's buy-out. When they could not come to terms, Ms. McGovern-Burke commenced her litigation. As far as this Court is aware, no further efforts to "effect a settlement" were undertaken thereafter.

29 In any event, when this Court reviews the correspondence, it provides little more than the parties' testimony during the trial of this matter. The correspondence simply repeats what the parties provided to this Court as part of their *viva voce* evidence.

B. Ms. McGovern-Burke's "Standing"

30 As one can see from the foregoing exchange that took place between Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke on March 12, 2013, Ms. Martineau takes the position that Ms. McGovern-Burke was "technically" not a shareholder in

Wine-Ohs. Accordingly, she argues, this case should be one of specific performance to enforce the alleged share purchase agreement. Ms. McGovern-Burke did not complete a subscription for the purchase of her shares, the directors did not approve the issuance or transfer of shares into her name, and Wine-Ohs never issued a share certificate to her. In short, there was no offer, acceptance, or consideration for the purchase of the shares and the subject-matter was not even clear.

31 Ms. McGovern-Burke argues that the real key is the parties' words, on which they do not substantially disagree, and their actions following their initial meetings. From this, she argues, this Court may infer a consummated contract for the purchase of the shares.

32 It is clear that from the outset, the parties intended that they would be equal shareholders in Wine-Ohs. They testified to this fact. Ms. Martineau went further. She filed the Annual Return soon after they had their initial meetings, which showed Ms. McGovern-Burke as a fifty percent shareholder. Like the parties with whom Goss J was dealing in *Nowosad v. Boutillier*, 2015 ABQB 763 (Alta. Q.B.) [*Nowosad*], Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke were not sophisticated businesswomen. Goss J went on to say the following, which is very similar to what is before this Court:

Tyler and Jordy are not sophisticated businessmen. They launched HBII with little in the way of documentation. The evidence before the Court is that the intention of the parties was that 50% of the shares of HBII would be issued to the Nowosads and 50% to the Boutilliers. Jordy's Affidavit evidence, confirmed on questioning, is that it was ultimately decided that the shares would be held equally by Tyler and Jordy.

Nowosad at para 64.

33 Whether Wine-Ohs issued treasury shares to Ms. McGovern-Burke or Ms. Martineau was going to transfer one-half of her shares to Ms. McGovern-Burke matters not to this Court. The parties were *ad idem* on the structure of Wine-Ohs; Ms. Martineau would have fifty percent of the shares and Ms. McGovern-Burke would have fifty percent. There was little in Wine-Ohs at the time of the initial dealings between the parties. Ms. Martineau admitted as much. In any event, Ms. McGovern-Burke contributed the \$10,000 very soon after the parties' initial discussions as the down payment for the premises. Thereafter, each of the parties contributed an almost equal, substantial amount of money to facilitate the purchase of the premises and cash flow for Wine-Ohs. This Court is unclear how Ms. Martineau wants this Court to categorize these monies, but it is clear that the parties were treating each other as equal shareholders.

34 Ms. Martineau argues that Wine-Ohs did not issue a share certificate to Ms. McGovern-Burke or undertake the usual corporate formalities that would evidence the issuance of the shares to Ms. McGovern-Burke. Like the parties in *Nowosad* the parties "launched" into the business of Wine-Ohs with little in the way of documentation. They simply began carrying on the business *equally*. This Court agrees completely with Ground J in *Fund of Funds Ltd., Re* (2004), 2 C.B.R. (5th) 191 (Ont. S.C.J.) at para 8, when he said the following:

... With respect to the lack of share certificates, I think it is settled law that a share certificate is simply evidence of the ownership of the shares and that it is possible for a person to be a shareholder of a corporation without having a share certificate issued to him or her evidencing his or her ownership of the shares of the corporation.

See also *Lindsey Estate v. Strategic Metals Corp.*, 2009 ABQB 212 (Alta. Q.B.) at paras 19-22.

35 Of course, there must be evidence to show that the person is, indeed, a shareholder in the corporation. It would be ludicrous for a person to say that they own shares in a particular corporation, with no evidence on how or when they purchased the shares. In the case at bar, there is adequate evidence to show that Ms. McGovern-Burke acquired a share interest in Wine-Ohs.

36 In an email that Ms. Martineau sent to Ms. McGovern-Burke on February 14, 2013, she said "I'm still 50% owner [of Wine-Ohs]." When questioned who the other fifty percent owner was, she admitted that it was Ms. McGovern-Burke. Furthermore, Ms. Martineau filed the Annual Return which showed Ms. McGovern-Burke as a fifty percent

shareholder. No one forced her to do this. She did it of her own volition. This is the clearest evidence of the intention of the parties.

37 This Court has no hesitation in finding that Ms. McGovern-Burke was, and continues to be, a fifty percent shareholder in Wine-Ohs, with the other fifty percent shareholder being Ms. Martineau. As an aside, the parties also agreed that Ms. McGovern-Burke would be a director. This Court finds, for the same reasons, that Ms. McGovern-Burke was, and continues to be, a director of Wine-Ohs.

C. Expenses and Shareholder Loan

38 This Court is not entirely clear of the basis on which Ms. Martineau and Wine-Ohs is challenging the expense claims that Ms. McGovern-Burke paid on Wine-Oh's behalf. It is not so much that they challenge the expenses themselves. It is the timing of the payment of those expenses that they appear to be challenging.

39 Certainly, Ms. Martineau challenged some of the expenses that Ms. McGovern-Burke said that she had paid on Wine-Ohs' behalf. Ms. McGovern-Burke, however, justified those expenses and she was not challenged further.

40 Ms. McGovern-Burke provided this Court with print-outs showing her expenses and cross-referenced them to her Visa statements that she also provided. She seeks to be reimbursed for those expenses and asks this Court to render judgment against Wine-Ohs for them.

41 Throughout the discussions that Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke had concerning Ms. McGovern-Burke's buy-out, Ms. McGovern-Burke has always maintained that she wanted Wine-Ohs' to repay these expenses. It should come as no surprise to Ms. Martineau that Ms. McGovern-Burke has sued to have Wine-Ohs repay them. Ms. McGovern-Burke paid those amounts on Wine-Ohs' behalf, and has proved to this Court that there is a balance that remains due and owing. Ms. McGovern-Burke shall have judgment for the full amount of the expenses that remain due and owing, along with interest on that amount, calculated in accordance with the *Judgment Interest Act*, RSA 2000, c J-1 [*JI Act*], and the regulations promulgated under the *JI Act*.

42 Similarly, Ms. Martineau does not challenge the fact that Ms. McGovern-Burke paid \$105,000 to Wine-Ohs for the purchase of the premises and Wine-Ohs' initial cash-flow. Wine-Ohs argues that Ms. McGovern-Burke has not demanded payment of that amount, so there is no cause of action. Although it would have been helpful to have a written demand for payment, that is not the *sine qua non* for an amount to be due and owing. What is necessary is that the amounts were advanced and the creditor seeks payment of them. Besides, the Alberta Court of Appeal said following in *Canada Trustco Mortgage Co. v. 112293 Holdings Ltd.*, 1984 ABCA 102 (Alta. C.A.) at para 7:

Even if a demand were required to make the debt due in this case, and we do not so hold, the *Dwigans* decision [*Royal Bank of Canada v Dwigans*, [1983] 1 WWR 672 (Alta CA)] is also authority that the issuance of a statement of claim is the most emphatic means of making the required demand.

See also *Dushenski v. Lymer*, 2010 ABQB 605, 500 A.R. 48 (Alta. Q.B.) at paras 28-31, 34.

43 The Alberta Court of Appeal went on to say in para 8 that "[n]o action in this case may be described as precipitous." This Court finds the same in the case at bar. Again, Ms. Martineau and Wine-Ohs' was well-aware of Ms. McGovern's interest in having this amount paid. She commenced her action, but took no other steps to freeze Wine-Ohs' assets or otherwise seek any type of prejudgment relief. She simply let Wine-Ohs carry on its business.

44 Ms. McGovern-Burke has shown this Court that this advance was for Wine-Ohs' benefit inasmuch as Wine-Ohs was able to purchase the premises in which it is now operating, and received the necessary cash-flow to purchase inventory and undertake improvements.

45 Ms. McGovern-Burke shall have judgment for the \$105,000, plus interest in accordance with the *JI Act* and the regulations promulgated thereunder.

D. Renovation and Other "Handyman" Expenses

46 Mr. McGovern-Burke, Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke agreed that the value of Mr. McGovern-Burke's work on the renovations equated to \$35,000. This was exhibited in Ms. Martineau's email dated February 14, 2013, in which she said "Ron was to be issued 10% of shares or payment of \$35,000 not both." There was some uncertainty in exactly how Mr. McGovern-Burke (or M-B Ltd) would acquire the 10 percent shares. Would they be issued from treasury? Would each of Ms. McGovern-Burke and Ms. Martineau give up 5 percent of their shares? Would Ms. McGovern-Burke give up 10 percent of her shares? Ms. Martineau testified that she understood the arrangement to be the latter. The McGovern-Burkes thought that each of Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke would give up 5 percent of their shareholdings. Although this Court does not accept Ms. Martineau's understanding of the arrangement, it is still uncertain exactly how the parties proposed that the arrangement would unfold.

47 Ms. Martineau also argues that there was a lack of clarity concerning who exactly was doing the work. Was it Mr. McGovern-Burke or M-B Ltd? If it was the former, then the wrong party has sued Wine-Ohs. To this Court's mind, it matters not who the plaintiff in the action is. Mr. McGovern-Burke felt that it was M-B Ltd that was doing the work. Why should it matter to Ms. Martineau? She got the benefit of the work no matter who did it. It would be different if she were suing Mr. McGovern-Burke for unfinished work. In such a case, if he were to say, "it was not me, but M-B Ltd that was doing the work, and M-B Ltd is impecunious," there might be an issue of who exactly Ms. Martineau contracted with. Here, it is up to Mr. McGovern-Burke to determine who did the work. This Court finds that it was M-B Ltd who performed the renovations.

48 This Court gives M-B Ltd judgment for the agreed-upon \$35,000, plus interest in accordance with the *JJ Act* and the regulations promulgated thereunder.

49 M-B Ltd also seeks judgment for \$30,030, for work it undertook after it completed the renovations. As mentioned earlier, Mr. McGovern-Burke provided this Court with a copy of an invoice he sent to Ms. Martineau and Wine-Ohs. As mentioned earlier, Mr. McGovern-Burke has not satisfied this Court that he prepared this invoice on any principled basis. To this Court's mind, he simply pulled numbers out of the air and says "these are the hours I put into the premises as a handyman." He provided no details of the work he actually did. He did not even provide this Court with photographs of the work he did. Anything might have helped his claim. He provided nothing except the invoice.

50 Mr. McGovern-Burke argues that this Court should make an award based on *quantum meruit*. However, it is M-B Ltd's onus to show the work it did and provide this Court with *some evidence* to help it establish the reasonable amount for the goods and services it provided. For this Court to award M-B Ltd something for the work it did after the renovations would be to ask it to pull a number out of the air (much like it has found Mr. McGovern did in estimating the hours he worked). This Court bases its decisions on evidence, not speculation. Accordingly, it dismisses M-B Ltd's claim for the work it did post-renovation.

E. Oppression

51 This Court has found that Ms. McGovern-Burke is a fifty percent shareholder in Wine-Ohs. As well, based on her agreement with Ms. Martineau, the other fifty percent shareholder, Ms. McGovern-Burke was to be a director of Wine-Ohs. Finally, this Court has found that Wine-Ohs owes her money for her loan to it, as well as the unpaid expenses that she incurred on Wine-Ohs' behalf. In all these capacities, Ms. McGovern-Burke is a "complainant" as defined in the *BCA* s 239.

52 In such capacity, Ms. McGovern-Burke seeks a remedy under the so-called oppression sections of the *BCA*. *BCA* s 242 provides, in part, as follows:

242(1) A complainant may apply to the Court for an order under this section.

(2) If, on an application under subsection (1), the Court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates

(a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result,

(b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or

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

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the Court may make an order to rectify the matters complained of.

53 *BCA* s 242(3) then gives the court very broad discretion to "make any interim or final order it thinks fit," including a list of seventeen remedies specifically outlined. Here, Ms. McGovern-Burke wants this Court to reinstate her as a fifty percent shareholder and director of Wine-Ohs. It also asks this Court to restrain Ms. Martineau from causing Wine-Ohs to make any further payments, without Ms. McGovern's consent, and a full accounting from May 1, 2012. Finally she seeks to have this Court direct that Ms. Martineau purchase Ms. McGovern's shares in Wine-Ohs. As an alternative, she seeks the dissolution and winding-up of Wine-Ohs. These are all remedies that this Court might award under *BCA* s 242(3).

54 Of particular interest is the fact that this Court may, pursuant to *BCA* s 242(3)(g), require the corporation or any other person to purchase the securities of a security holder. This, it seems, gives this Court the discretion to resolve shareholder disputes through a compulsory purchase of shares.

55 In *J.S.M. Corp. (Ontario) Ltd. v. Brick Furniture Warehouse Ltd.* (2006), 16 B.L.R. (4th) 227 (Ont. S.C.J.) at para 67, Cumming J said the following:

Whether or not oppression has occurred is fact specific. However, our courts have provided some guidance as to the nature of the inquiry to be made. First, it is necessary for the complainant to establish the complainant's reasonable expectations in the relationship between the complainant, corporation and other stakeholders. ... [O]nce it has been determined what the reasonable expectations ... are, or could be as a matter of law, it is then necessary to determine if the defendant complied with them. The inquiry, therefore, is not focused on the intent of the potential oppressor. While a finding of bad faith or want of probity may indicate oppression, it is reasonable expectations, and not an intent to harm, that is at the heart of the inquiry ...

[Citations excluded].

56 A couple of things are important from this quotation. First, whether oppression, unfair prejudice or unfair disregarding has occurred is fact-specific. The parties in the case at bar have provided this Court with many cases to illustrate their arguments. Although helpful, they are only illustrations and this Court must do its own analysis to determine whether oppression, unfair prejudice or unfair disregarding has occurred.

57 Second, it is Ms. McGovern-Burke's onus to establish her "reasonable expectations," and then this Court must determine whether Ms. Martineau or Wine-Ohs has complied with or met those reasonable expectations.

58 Finally, it is important to note that this Court need not find bad faith or want of probity on Ms. Martineau's part or Wine-Ohs' part. The focus is on effect, not motive. Any remedy is not intended to punish the oppressor, only remedy the oppression. This is reinforced by the closing words of *BCA* s 242(2), which provide that "the Court may make an order to rectify the matters complained of" (emphasis added). However, the motive (or result of the exercise of that motive) might point to oppression, unfair prejudice or unfair disregarding.

59 These notions, and the concepts that Cumming J articulated, were more recently reinforced and repeated by the Supreme Court of Canada in *BCE Inc., Re*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560 (S.C.C.) [*BCE*] at paras 56-59. It went on to say that, "[t]he reasonable expectations of these stakeholders is the cornerstone of the oppression remedy": *BCE* at para 61. It then said the following:

As denoted by "reasonable", the concept of reasonable expectations is objective and contextual. The actual expectation of a particular stakeholder is not conclusive. In the context of whether it would be "just and equitable" to grant a remedy, the question is whether the expectation is reasonable having regard to the facts of the specific case, the relationships at issue, and the entire context, including the fact that there may be conflicting claims and expectations.

...

Determining whether a particular expectation is reasonable is complicated by the fact that the interests and expectations of different stakeholders may conflict. ... The corporation and shareholders are entitled to maximize profit and share value, to be sure, but not by treating individual stakeholders unfairly. Fair treatment — the central theme running through the oppression jurisprudence — is most fundamentally what stakeholders are entitled to "reasonably expect".

BCE at paras 62-64.

60 The Supreme Court of Canada then goes on to describe the bases on which *BCA* s 242 rests by saying the following:

... Even if reasonable, not every unmet expectation gives rise to claim under s. 241. The section requires that the conduct complained of amount to "oppression", "unfair prejudice" or "unfair disregard" of relevant interests. "Oppression" carries the sense of conduct that is coercive and abusive, and suggests bad faith. "Unfair prejudice" may admit of a less culpable state of mind, that nevertheless has unfair consequences. Finally, "unfair disregard" of interests extends the remedy to ignoring an interest as being of no importance, contrary to the stakeholders' reasonable expectations ... The phrases describe, in adjectival terms, ways in which corporate actors may fail to meet the reasonable expectations of stakeholders.

BCE at para 67.

61 The court then goes on to consider 7 factors that a court might examine to determine whether a reasonable expectation exists, only 5 of which are relevant to the case at bar.

1. *The Nature of the Corporation*

62 The Supreme Court of Canada says that the corporation's size, nature, and structure are relevant factors when a court is assessing the complainant's reasonable expectations, and goes on to say that "[c]ourts may accord more latitude to the directors of a small, closely held corporation to deviate from strict formalities than to the directors of a larger public company": *BCE* at para 74.

2. *Relationships*

63 The Supreme Court of Canada says that when the corporation is widely-held, and its shareholders are at arm's length, a "different standard" may govern their relationships: *BCE* at para 75. It cites *Ferguson v. Imax Systems Corp.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 718 (Ont. C.A.) at para 28 for this factor, where Brooke JA said, "... when dealing with a close corporation, the court may consider the relationship between the shareholders and not simply legal rights as such." In *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.*, [1972] 2 All E.R. 492 (U.K. H.L.) at para 501, Lord Wilberforce said the following:

A director-shareholder may find himself no longer a director, through removal, or non-reelection; this situation he must normally accept, unless he undertakes the burden of proving fraud or *mala fides*. The just and equitable provision nevertheless comes to his assistance if he can point to, or prove, some special underlying obligation of his fellow members in good faith, or confidence, that so long as the business continues he shall be entitled to management participation

...

... [A] limited company is more than a mere legal entity, with a personality in law of its own: that there is room in company law for recognition of the fact that behind it, or amongst it, there are individuals, with rights, expectations and obligations *inter se* which are not necessarily submerged in the company structure.

3. Past Practice

64 The past practice undertaken by the shareholders and directors concerning participation in the corporation's profits and governance may create or, at least inform, a complainant's reasonable expectations, especially among shareholders of a closely-held corporation: *BCE* at para 76. It provides an example from *Gibbons v. Medical Carriers Ltd.*, 2001 MBQB 229, 17 B.L.R. (3d) 280 (Man. Q.B.), where the court found that shareholders had a legitimate expectation that monies the corporation paid out to shareholders would be paid to them in proportion to the percentage shares they held, and any payment that did not fulfill those expectations would be a breach of those expectations: *ibid*.

4. Preventative Steps

65 Could the complainant have taken steps to protect itself against the prejudice it claims to have suffered? This may go to determine whether the complainant's expectations are reasonable: *BCE* at para 78.

5. Representations and Agreements

66 The Supreme Court of Canada refers to shareholder agreements, which, this Court assumes, is a reference to *written* shareholder agreements: *BCE* at paras 79-80. It does not address oral agreements or communications between parties. However, when one considers the other factors that the court says are important in determining a complainant's reasonable expectations, oral agreements must surely be a factor that a court must consider. In fact, in *Westfair Foods Ltd. v. Watt* (1991), 79 Alta. L.R. (2d) 363 (Alta. C.A.) at para 26, (1991), 115 A.R. 34 (Alta. C.A.), Kerans JA, for the court, said the following:

... The company and the shareholders entered voluntarily, not by duty or chance, into a relationship. Our guides are the rules in other contexts, such as contract law, equity, and partnership law, where the courts have also considered just rules to govern voluntary relationships. In very general terms, one clear principle that emerges is that we regulate voluntary relationships by regard to the expectations raised in the mind of a party *by the word or deed of the other*, and which the first party ordinarily would realize it was encouraging by its words and deeds. This is what we call reasonable expectations, or expectations deserving of protection. Regard for them is a constant theme, albeit variously expressed, running through the cases on this section or its like elsewhere. I emphasize that *all* the words and deeds of the parties are relevant to an assessment of reasonable expectations, not necessarily only those consigned to paper, and not necessarily only those made when the relationship first arose.

[Emphasis in original].

67 After a court determines the reasonable expectations of the complainant, it must determine whether the corporation or its directors has breached those reasonable expectations. If there has been a breach, the court must consider whether that breach is oppressive, unfairly prejudicial to or unfairly disregards the complainant's interests. The court must exercise caution in this regard. Although *BCE* articulated factors the court should examine, the examination should not be done piecemeal to determine whether there has been oppression, unfair prejudice, or an unfair disregarding. In *Calmont*

Leasing Ltd. v. Kredl (1995), 165 A.R. 343 (Alta. C.A.) at para 6, (1995), 30 Alta. L.R. (3d) 16 (Alta. C.A.), the Alberta Court of Appeal said the following:

We cannot agree that a piecemeal approach is appropriate, still less necessary. In our view, the trial judge could and did look at all of the matters complained of together. In a criminal case, it is trite law that one incident or circumstance may leave a very large doubt as to the intent of the accused, whereas a series of incidents and circumstances may prove bad intent beyond a reasonable doubt. That is even more true in a civil case.

68 An issue of some importance is whether Ms. McGovern-Burke can resort to *BCA* s 242, given that she is an equal shareholder with Ms. Martineau. In *Mace v. Dirk*, 2006 ABCA 106, 59 Alta. L.R. (4th) 38, 412 A.R. 207 (Alta. C.A.) [*Mace*] at para 29, the Alberta Court of Appeal said the following:

An oppression remedy is not generally available where the only directors and officers are the two equal shareholders of a closely-held corporation and neither has legal or *de facto* control: *Munro v. Nopper*, 2002 ABQB 810, 326 A.R. 58 (Alta. Q.B.), *Vedova v. Garden House Inn Ltd.*, [1985] O.J. No. 408, 29 B.L.R. 236 (Ont. H.C.J.), *English v. Sylvan Lands Development Corp.*, 2004 ABQB 479, 368 A.R. 132 (Alta. Q.B.). In *Stech v. Davies* (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 373 (Alta. Q.B.), the actions of an equal partner in unilaterally increasing his own salary and taking other financial benefits were held to be unfair and oppressive to the other shareholder. Unlike the situation in the case at bar, it appears that one shareholder had day-to-day control of the financial affairs of the corporation.

[Emphasis added].

69 In *Munro v. Nopper*, 2002 ABQB 810 (Alta. Q.B.) at para 25, (2002), 326 A.R. 58 (Alta. Q.B.), Veit J quoted from *Vedova v. Garden House Inn Ltd.* (1985), 29 B.L.R. 236 (Ont. H.C.) [*Vedova*], both of which the Alberta Court of Appeal referred to in *Mace*, when she said the following:

[The oppression sections] continue to be confined to protection of minorities. Specifically, they are not intended as a method of mediating between opposing groups of shareholders acting from a position of equality. On the material before me, the latter is the situation with which I am faced. In the context of s. 247, "oppressive" connotes an inequality of power or authority. There is none in the instant case. "Unfair" connotes an obligation to act equitably or impartially in the exercise of power or authority. I find no such obligation here. I find no such obligation where, as here, power and authority, in the legal sense, are equally divided, and are so divided by pre-existing arrangement. The conduct of the respondents may, in the view of the applicants, be obstinate, perverse and recalcitrant. It may be so in fact; I express no view. It is not "oppressive" or "unfair" within the meaning of s. 247.

70 *Mace* also referred to *English v. Sylvan Lands Development Corp.*, 2004 ABQB 479, 368 A.R. 132 (Alta. Q.B.). In that case, Erb J also referred to the quotation from *Vedova* and said the following at paras 24-25:

In the case before me, both parties had signing authority, they were equal shareholders and directors, both had made the same financial contribution. Both parties were entitled to equally participate in all matters pertaining to company business.

Mr. English complained that he was not provided with copies of financial information. Surely, he simply had to ask the accountant for it if his partner was not cooperating in providing them. Mr. McPeak did not have greater rights or powers than Mr. English.

71 This Court recognizes that the original source of the oppression remedy referred to the remedy necessary to cure "fraud on the minority." But the mere fact that the parties are equal shareholders does not answer the question whether one of the shareholders is being oppressed. The court must look at all the circumstances to determine whether oppression exists. This is why the Alberta Court of Appeal said in *Mace* that the oppression remedy is "not generally available" to shareholders holding an equal number of shares. It then went on to provide an exception that arose in *Stech v. Davies* (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 373 (Alta. Q.B.) [*Stech*].

72 In the older case of *Jermyn St. Turkish Baths Ltd., Re*, [1971] 3 All E.R. 184 (Eng. C.A.) at 199, Lord Bickley said the following:

In our judgment, oppression occurs when shareholders having a dominant power in a company, either (1) exercise that power to procure something that is done or not done in the conduct of the company's affairs or (2) procure by an express or implicit threat of an exercise of that power that something is not done in the conduct of the company's affairs ...

73 In *Stech*, Egbert J found that even though the parties were equal shareholders, one of them who held the dominant position in the corporations from a management perspective, carried on the business and exercised his powers as a director of the corporations in a manner that was oppressive, unfairly prejudicial to and unfairly disregarded the interests of the other as a shareholder, director and officer of the corporations. In other words, it was not so much that they were equal shareholders, but the way in which the business and affairs of the corporations were being operated that mattered.

74 In the case at bar, the fact that Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke are each fifty percent shareholders does not prevent this Court from finding oppression if one of the parties exerts dominance over the other. As all the cases have held, each case depends on the unique facts before the court.

75 What were Ms. McGovern-Burke's reasonable expectations? Wine-Ohs' is a small, closely-held corporation. Its structure was comprised of 2 equal shareholder, who were the corporation's directors. In *BCE*, the Supreme Court of Canada said that courts would accord more latitude to directors of small, closely-held corporations to deviate from strict formalities. In the case at bar, the directors deviated substantially from strict formalities. Wine-Ohs had no minute book, and it held no formal meetings. Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke operated the business through discussions. Nothing appears to have been reduced to writing. They made decisions and acted on them. Ms. Martineau argues that Ms. McGovern-Burke is not a shareholder, as there was no subscription agreement, no directors' resolutions, and no share certificate. Inasmuch as Wine-Ohs had no minute book, this Court highly doubts that any of those existed for Ms. Martineau's shares or position as a director, or that any organizing minutes or resolutions were ever prepared for Wine-Ohs before Ms. McGovern-Burke began this lawsuit.

76 Wine-Ohs is not simply a separate legal entity that exists separate and apart from Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke. Ms. Martineau incorporated it, but Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke gave it life. They contributed money and "sweat equity" into the corporation, which gave it this life. Wine-Ohs is a closely-held corporation. Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke shared decision-making authority from the outset, even though they undertook different roles. This Court is left in no doubt that the parties accepted and agreed "that so long as the business continues [each of them] shall be entitled to management participation."

77 Almost from the time Wine-Ohs purchased the premises, Ms. Martineau and Ms. McGovern-Burke were incurring costs on Wine-Ohs' behalf. Ms. Martineau testified that there was no arrangement on how the parties would receive reimbursement for their expenses and repayment of the loans that each of them made to Wine-Ohs. Ms. McGovern-Burke testified that the arrangement was that each of them would be reimbursed for their expenses. Once the expenses were repaid in full, they would then recover their shareholder loans. It was only after that point that the parties would receive any salaries or dividends. Their past practice indicates that their expenses were being paid, *albeit* not in exact amounts, but in lump sums when Wine-Ohs could afford it. This Court does not accept Ms. Martineau's testimony that there was no arrangement. Her credibility was challenged when presented with cheques that bore her signature with a subject line which indicated "expenses." This Court unreservedly accepts Ms. McGovern-Burke's testimony in this regard. Not only was her testimony credible, it made practical sense and the evidence showed that the payment of expenses was, indeed, Wine-Ohs' past practice. Not only was this her expectation, but the payout structure was reasonable and wise for a start-up entity.

78 Could Ms. McGovern-Burke have taken any steps to prevent Wine-Ohs from meeting her reasonable expectations? Once the negotiations for Ms. Martineau to purchase Ms. McGovern-Burke's interest in Wine-Ohs broke down, Ms. Martineau simply started running Wine-Ohs as her own. But she went further. She changed the records with the Alberta Registrar of Corporations to show that Ms. McGovern-Burke was no longer one of Wine-Ohs' shareholders, and that she was no longer a director. Inasmuch as Ms. Martineau thought that this is all it took to change the structure of Wine-Ohs (she had done this to *make* Ms. McGovern-Burke and shareholder and director in the first instance), Ms. McGovern-Burke was simply not in a position to prevent Ms. Martineau from taking the steps she did. As well, Ms. Martineau did not thereafter consult with Ms. McGovern-Burke concerning Wine-Ohs' business and affairs. Certainly, it is arguable that Ms. McGovern-Burke did not take any active steps to participate more actively in Wine-Ohs' business and affairs, but she felt that Ms. Martineau had "shut her out." In fact, Ms. McGovern-Burke took the drastic action of commencing the oppression action the moment she felt that she had lost any control over what was going to happen with Wine-Ohs.

79 The "words and deeds" of the parties speak to their agreement concerning the organization and operation of Wine-Ohs. They agreed at the outset that each would hold fifty percent of the shares, and that each would be a director. Those are the "words." The "deed" is clear when Ms. Martineau filed the Annual Return showing each of their shareholdings and their roles. It is completely disingenuous of Ms. Martineau, and this Court so finds, for her to say that her intent was that Ms. McGovern-Burke was simply financing the business of Wine-Ohs. Furthermore, this Court has no doubt that the parties, including Mr. McGovern-Burke, worked very hard to get Wine-Ohs up and running. Would a "banker" (and Mr. McGovern-Burke) work this hard?

80 In the end, this Court has no hesitation in finding that Ms. McGovern-Burke's reasonable expectations were that she was and would remain a fifty percent shareholder in Wine-Ohs and one of its directors. Ms. Martineau used her position of dominance, being the operator of the business and the person who had control over the "corporate records" to squeeze Ms. McGovern-Burke out of the corporation and the business. Furthermore, the financial statements that Ms. Martineau presented to this Court do not reflect Wine-Ohs' actual financial situation. Although prepared by a certified general accountant, this Court has no doubt that this is a situation of "garbage in-garbage out." The balance sheet, and the notes thereto are simply inaccurate, and do not reflect what this Court has found.

81 This Court has no hesitation in finding that Ms. Martineau, in her capacity as a director of Wine-Ohs, and Wine-Ohs itself have breached Ms. McGovern-Burke's reasonable expectations by unfairly disregarding her interests. This has caused her unfair prejudice. Furthermore, by taking the actions she did in changing the corporate records filed with the Alberta Registrar of Corporations before the parties had resolved their differences, Ms. Martineau has acted oppressively as against Ms. McGovern-Burke.

82 What, then, is the remedy for these breaches? It is important to note that the wording in *BCA s 242(2)* itself helps to guide this Court, when it says, "the Court may make an order to rectify the matters complained of." Although this Court might be inclined to say that it should not "kill a fly with a sledge hammer," Farley J said it more eloquently in *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 at 123 (Ont. Gen. Div.) at 197, *aff'd*, (1991), 3 B.L.R. (2d) 113 (Ont. Div. Ct.), where he said the following:

The court should not interfere with the affairs of a corporation lightly. I think that where relief is justified to correct an oppressive type of situation, the surgery should be done with a scalpel and not a battle axe. I would think that this principle would hold true even if the past conduct of the oppressor were found to be scandalous. The job for the court is to even up the balance, not tip it in favour of the hurt party.

83 The object of this exercise is not to destroy Wine-Ohs, or make it impossible for it to comply with any order that this Court makes. The object is, like many civil actions, to restore the parties to *status quo ante*.

84 Ms. McGovern-Burke asks this Court to order the following:

- (a) Wine-Ohs shall issue, or Ms. Martineau shall transfer, as the case may be, to Ms. McGovern-Burke shares sufficient to make her a fifty percent shareholder of Wine-Ohs (*BCA* s 242(3)(e));
- (b) Ms. McGovern-Burke will be reinstated as one of Wine-Ohs' directors (*BCA* s 242(3)(f));
- (c) Wine-Ohs shall provide Ms. McGovern-Burke with audited financial statements from May 1, 2012, to the present date (*BCA* s 242(3)(k)); and
- (d) Wine-Ohs shall obtain a business valuation to allow for the buy-out of Ms. McGovern-Burke by either Wine-Ohs or Ms. Martineau (*BCA* s 242(3)(g)).

85 This Court orders the items that Ms. McGovern-Burke has requested in (a) and (b), above. As well, it orders that Wine-Ohs will immediately rectify its records, and those it has filed with the Alberta Registrar of Corporations, to show the issuance or transfer of the shares to Ms. McGovern-Burke and her reinstatement as a director pursuant to *BCA* s 242(3)(m).

86 Wine-Ohs will obtain audited financial statements from May 1, 2012, to the present date, at its sole cost and expense. The audit will be performed by a chartered accountant, who is a member in good standing with the Canadian Institute of Chartered Accountants. Of course, Ms. McGovern-Burke may challenge these financial statements by retaining her own accountant at her own cost.

87 This Court also orders that Wine-Ohs shall obtain a business valuation, at its sole cost and expense, to facilitate a buy-out of Ms. McGovern-Burke's interest in it. What should be the valuation date? In *McAteer v. Devoncroft Developments Ltd.*, 2001 ABQB 917 (Alta. Q.B.) at para 502, (2001), 307 A.R. 1, 99 Alta. L.R. (3d) 6 (Alta. Q.B.) [*McAteer*], Rooke J, as he then was, provided the following quotation from D Prentice, "Minority Shareholder Oppression: Valuation of Shares" (1986) 102 Law Q Rev 179 at 184, where the author said the following:

... The other issue of importance dealt with in recent cases is the date on which the valuation should be taken to have been made. For example, should it be at the date the oppression occurs, the date of the petition, the date of judgment, or at some other date? Keeping in mind the general principle that the oppression should not be allowed to affect the value of the shares, the following principles can be culled from the cases. First, if there is any "such a thing as a general rule" then the "date of the order or the actual valuation would be more appropriate than the date of the presentation of the petition or the unfair prejudice" (*Re London School of Electronics Ltd.*, [1985] 3 W.L.R. 474, 484B). The reason for this being that an interest in a going concern ought normally to be valued at the date of the purchase order. However, as Nourse J. pointed out in *Re London School of Electronics Ltd.*, the overriding requirement of fairness may make this rule subject to so many exceptions that the exceptions will gobble up the rule: in fact the first general principle may be that there is no general principle.

Second, the valuation date should not (a) deprive the petitioner of the benefits of any contributions he has made to the business success of the company, or (b) confer on the petitioner the benefits of contributions to the company's business for which he has not been responsible. Both of these principles are implicit in *Re London School of Electronics Ltd.* (see also *Re O.C. (Transport) Services Ltd.* [1984] B.C.L.C. 251) ...

[Emphasis removed].

88 In *Smith v. Ritchie*, 2009 ABCA 373 (Alta. C.A.) [*Smith*], there were corporations comprised of 2 corporate shareholders. The principals of the corporate shareholders, Smith and the Ritchies, were directors, officers and employees of the corporation. On August 17, 1998, Smith resigned from the corporation, but he advised the Ritchies that he would remain a shareholder and director until his buy-out was finalized. The Ritchies did not act on Smith's invitation for a buy-out at the time of Smith's resignation. They simply stopped communicating with him. Smith was given no information about the corporations and he did not participate in their management. On September 9, 2004, Smith filed an originating

notice seeking relief from oppression. On February 21, 2007, a chambers judge held that Smith's rights as a shareholder and director had been oppressed, unfairly prejudiced, and unfairly disregarded because the Ritchies had failed to provide him with the annual financial statements of the corporations and had failed to allow him to participate effectively as a shareholder and director since the date of his resignation. He ordered the respondents to purchase Smith's shares at fair market value.

89 The court held that the proper valuation date was August 17, 1998, the date of Smith's resignation. It came to this conclusion on the basis of a variety of factors, which are transcribed in the Alberta Court of Appeal decision as follows:

Therefore, taking into consideration the following factors: the duration of the shareholder relationship; the contribution made by Smith and the other shareholders to the company at the time the relationship started in 1995 and ended in 1998, whether financial or some other form; the liabilities and financial resources of the company at time Smith left; the fact that any equity the company and its successors acquired was well after the date Smith left; and those matters discussed in these reasons already, I set the valuation date of the value of the shares of the applicant in Taylor Made Homes Inc. and Ultimate Renovations and Additions Inc, at 17 August, 1998, the date Mr. Smith left the company.

Smith at para 14.

90 This appears to be keeping with the second valuation methodology that Prentice articulates in the quotation that Rooke J provided in *McAteer*. Nonetheless, the Alberta Court of Appeal found that the judge erred in setting that date as the valuation date. It said that the judge focussed on Smith's conduct in leaving his employment without adequate notice, but the corporations made no claim against him at the time, "and seemingly preferred to continue its business without any further involvement on his part." As well, the Ritchies took no steps to acquire Smith's shares, but chose instead effectively to eliminate his participation as a director and shareholder. The valuation date that the judge chose "did nothing to protect Smith in his capacities as a shareholder and director - the reason behind the remedy." Thus, the Alberta Court of Appeal held as follows:

In our view, the respondents should not be entitled to benefit from their oppressive acts. The fact is that after his resignation Smith continued as a shareholder and director in Taylor Homes and Ultimate Renovations, and he was entitled to continue to participate in these capacities. His participation in these corporations, however, was thwarted by the oppression of the respondents. The evidence shows that the value of Smith's shares appreciated during the period of the respondents' oppression, and his reasonable expectation, in his capacity as a shareholder, would have been to share in the increased value of his shares in the same fashion as the other shareholders.

We see no reason, therefore, in the circumstances of this case, for the court to depart from the normal situations; i.e., valuation of the shares should be made as at the date of the commencement of the action - September 9, 2004.

Smith paras 23-24.

91 There is logic to both these approaches. Certainly, after Ms. McGovern-Burke was eliminated from Wine-Oh's operations, she continued nothing to its success, if any; except Wine-Ohs' continued use of her money that allowed it to acquire the premises and the expenses claims for which it has not reimbursed her. However, but for the oppression that Ms. Martineau and Wine-Ohs committed on her, she would still be a shareholder and a director and would be entitled to the fruits of any success during the period she held the shares.

92 The valuation of the business will be conducted using May 16, 2013, as the valuation date, the date Ms. McGovern-Burke commenced the action. The business valuation must take account of the amounts that this Court has awarded to Ms. McGovern-Burke for the \$105,000 and the unpaid expenses. The business valuation will be conducted by a chartered business valuator, who is a member in good standing with The Canadian Institute of Chartered Business Valuators. This valuation will be done at Wine-Ohs' sole cost and expense, and will be completed within 90 days following the entry

of the order resulting from these reasons. Of course, should Ms. McGovern-Burke want to challenge the results of the chartered business valuator's report, she may retain her own chartered business valuator at her sole cost and expense.

93 If, during the business valuation and audit that this Court has ordered, the persons performing those functions suspect that Wine-Ohs' business involves other entities, they shall report that matter to this Court, which may direct that similar audits and business valuations be conducted on those entities, as well.

94 The business valuation and audited financial statements will form the foundation for Wine-Ohs or Ms. Martineau to purchase Ms. McGovern-Burke's share interest in Wine-Ohs, pursuant to *BCA* s 242(3)(g), which this Court directs. Of course, part of the closing will be that Ms. McGovern-Burke will resign as a director.

IV. Costs

95 Ms. McGovern-Burke has been substantially successful in her actions. She shall have her party-party costs for the expense claim/loan action and the oppression action.

96 As there was mixed success in the M-B Ltd action, the parties will bear their own costs.

Actions allowed in part.

5

2013 QCCS 6100
Cour supérieure du Québec

Dollo c. Premier Tech ltée

2013 CarswellQue 12516, 2013 QCCS 6100, 26 C.C.P.B. (2nd) 15, J.E. 2014-130, D.T.E. 2014T-43

**Christian Dollo (Demandeur) c. Premier Tech ltée
et Gestion Bernard Bélanger ltée (Défenderesses)**

Samson, J.C.S.

Audience: 19-21, 25-26 juin 2013; 10-11 septembre 2013

Jugement: 21 novembre 2013 * **

Dossier: C.S. Kamouraska 250-11-001736-113

Avocat: Me François Garneau, Myriam Bouthillier, stagiaire, pour le demandeur
Me Yvan Bujold, pour les défenderesses

Sujet: Corporate and Commercial; Employment; Contracts

REQUÊTE déposée par un employé visant à faire déclarer qu'une clause du régime d'options d'achat d'actions de la société était abusive et que le congédiement de l'employé était injustifié, et visant à obtenir l'autorisation d'exercer ses options.

Samson, J.C.S.:

1 La clause contenue dans un régime d'options d'achat d'actions ayant pour effet d'empêcher un employé congédié de lever ses options acquises est-elle abusive? Le comportement des représentants de l'employeur qui lui auraient laissé entendre qu'il ne serait pas congédié et l'exercice du pouvoir discrétionnaire du conseil d'administration de ne pas lui permettre de lever ses actions constituent-ils un comportement abusif ou oppressif?

2 Pour une bonne compréhension, le Tribunal estime approprié d'inclure ici la table des matières :

1 LE CONTEXTE

1.1 UN RÉSUMÉ SOMMAIRE DES FAITS

1.2 L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

1.2.1 La convention de fusion

1.2.2 La convention unanime des actionnaires

1.2.3 Régime d'options d'achat d'actions

1.3 LA PRIVATISATION DE PREMIER TECH

1.3.1 L'abolition du Régime d'actions de rendement

1.3.2 Le transfert des options d'achat d'actions

1.3.3 Le transfert des actions

1.3.4 La création de nouvelles options d'achat d'actions

1.4 LES OPTIONS CONSENTIES À MONSIEUR DOLLO

1.5 LES ACTIONS QUE POSSÈDE MONSIEUR DOLLO

1.6 LA POSITION DES PARTIES

2 ANALYSE ET DISCUSSION

2.1 LE CADRE JURIDIQUE AVANT L'ANALYSE DE LA PREUVE DU CONGÉDIEMENT

2.2 LE CADRE D'ANALYSE DU TRIBUNAL

2.3 LE RÉGIME CONSTITUE-T-IL UN CONTRAT D'ADHÉSION AU SENS DE L'ARTICLE 1379 C.C.Q.?

2.3.1 Le droit

2.3.2 L'analyse de la preuve eu égard à la notion de contrat d'adhésion

2.4 LA CLAUSE 8.01.2 EST-ELLE ABUSIVE?

2.4.1 Le droit

2.4.2 La clause 8.01.2 est-elle si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle le dénature?

2.4.2.1 Position de Monsieur Dollo

2.4.2.2 Position de Premier Tech

2.4.2.3 L'analyse des options développées par l'expert Perreault

A) Le financement de l'achat d'actions

B) Le financement, l'achat et la revente immédiate

2.4.3 Conclusion quant au caractère abusif de la clause 8.01.2

2.4.3.1 Le but et la portée de la clause 8.01.2

2.4.3.2 La clause 8.01.2 est déraisonnable

2.4.3.3 La clause 8.01.2 est excessive

2.4.3.4 La clause 8.01.2 s'assimile à une clause purement potestative

2.4.3.5 Conclusions générales quant au caractère abusif

2.5 QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES D'UNE CLAUSE ABUSIVE?

2.5.1 Le stipulant peut-il plaider la réduction?

2.5.2 La clause 8.01.2 peut-elle être réduite?

2.6 MONSIEUR DOLLO A-T-IL ÉTÉ CONGÉDIÉ POUR CAUSE?

2.6.1 Le droit

2.6.2 Les faits menant au congédiement

2.6.3 Discussion quant à la justification du congédiement

2.6.3.1 Motifs du congédiement

2.6.3.2 Absence de support nécessaire pour se corriger et atteindre ses objectifs

2.6.3.3 Absence de mise en garde

2.6.3.4 Conclusions quant au congédiement de Monsieur Dollo

2.7 LE COMPORTEMENT DES DÉFENDERESSES EST-IL OPPRESSIF AU SENS DE LA LCSA?

2.7.1 Le droit

2.7.2 Les faits évoqués au soutien de l'oppression

2.7.3.1 Monsieur Dollo est-il un plaignant au sens de la LCSA?

2.7.3 Discussion quant à l'oppression

2.7.3.2 Quelles sont les attentes légitimes de Monsieur Dollo?

2.7.3.3 Monsieur Dollo peut-il se prémunir contre cette clause?

2.7.3.4 Quels sont les obstacles au remboursement du profit découlant des options?

2.8 QUELS SONT LES DOMMAGES AUXQUELS A DROIT MONSIEUR DOLLO?

3 CONCLUSIONS

3 Il y a d'abord lieu d'apprécier le contexte. Ensuite, l'analyse des faits et une discussion en regard du droit applicable nous dirigent vers la conclusion.

1 LE CONTEXTE

1.1 Un résumé sommaire des faits¹

4 Le 21 mai 1999, la défenderesse, Premier Tech Ltée (Premier Tech) embauche le demandeur, Monsieur Christian Dollo (Monsieur Dollo), à titre de vice-président finances². Il oeuvre au siège social qui supervise les filiales de Premier Tech. Son supérieur immédiat est Monsieur Bernard Bélanger, président de l'entreprise.

5 Cette entreprise compte notamment trois principales filiales : l'horticulture, l'emballage et les produits environnementaux. Son marché est mondial. Environ 2 000 employés, que l'entreprise qualifie d'« équipiers », y oeuvrent.

6 À l'époque de l'embauche de Monsieur Dollo, Premier Tech est une société³ créée suivant la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁴ (LCSA). Ses actions sont négociées sur le marché boursier depuis 1987.

7 En 2001, s'étant gagné la confiance des dirigeants⁵ de l'entreprise, ceux-ci offrent à Monsieur Dollo la possibilité d'acquérir au fil du temps des options d'achat d'actions. Le présent jugement repasse en détail les transactions et documents qui entourent ces options, source de la réclamation de Monsieur Dollo.

8 En juin 2004, Monsieur Dollo devient président de l'une des principales filiales de Premier Tech, Premier Horticulture. Il intègre progressivement ses fonctions et assure une transition de sa fonction financière, étant celui qui demeure temporairement en lien avec les institutions financières.

9 À cette époque, peu d'actions de Premier Tech se négocient sur le marché boursier, car les membres de la famille Bélanger, des investisseurs institutionnels et 20 % par des investisseurs privés en détiennent la majeure partie. Certains cadres de l'entreprise, dont Monsieur Dollo, possèdent les autres dont ils se sont portés acquéreurs, notamment en vertu du Régime d'options d'achat d'actions (Régime).

10 Le 26 février 2007, Premier Tech redevient une société privée dont les actions ne se négocient plus à la Bourse. À cette même époque, on demande à certains cadres, détenteurs d'options d'achat d'actions, comme Monsieur Dollo, de se porter acquéreurs d'actions.

11 Bien que plusieurs documents juridiques encadrent cette transformation, essentiellement le Régime demeure le même.

12 Le 26 juillet 2007, afin de compléter la privatisation, les actionnaires signent une convention unanime d'actionnaires (convention unanime). Au terme de la privatisation, la défenderesse Gestion Bernard Bélanger Ltée (GBB) détient toutes les actions avec droit de vote et plus de 90 % des actions sans droit de vote de la même catégorie que celles émises conformément au Régime.

13 Depuis son embauche, Monsieur Dollo reçoit des bonifications annuelles et des augmentations significatives de salaire. À compter de l'année financière 2006-2007, sa bonification est attribuée pour diminuer l'endettement qu'il vient de contracter auprès de Premier Tech pour l'acquisition d'actions.

14 Une fois cette dette remboursée, le versement de bonis en argent recommence au début de l'année 2010 alors qu'il reçoit le boni de l'année financière terminée le 28 février 2009.

15 Dès le début de l'année 2009, la performance de Monsieur Dollo répond moins aux attentes des dirigeants de Premier Tech. Il n'aurait cessé, suivant leurs dires, de faire porter aux climats atmosphérique et économique et au taux de change, les résultats décevants de la filiale dont il est responsable. À leurs yeux, la confiance s'étiole.

16 Vers 2009, survient dans la vie de Monsieur Dollo un changement important faisant en sorte qu'il doit revendre certaines actions dont il est propriétaire afin d'assumer des obligations financières. GBB s'en porte acquéreur et lui en paie la valeur convenue.

17 C'est à cette même époque que Monsieur Dollo prend connaissance d'une clause contenue dans le Régime qui lui ferait perdre tous ses droits d'acquérir des actions et d'en retirer le profit s'il est congédié.

18 Inquiet de l'existence de cette clause, en 2010, Monsieur Dollo rencontre à tour de rôle les dirigeants et un cadre de Premier Tech qui, suivant ses dires, le rassurent par rapport à cette possibilité de perdre ses options acquises en cas de cessation d'emploi.

19 Au retour des vacances d'été 2010, Monsieur Dollo rencontre un de ses bras droits qui lui remet sa démission. Informé de cela par Monsieur Dollo, le 27 août 2010, Monsieur Bernard Bélanger rencontre ce dernier dans son bureau. C'est la goutte d'eau qui provoque le congédiement de Monsieur Dollo.

20 Au cours des mois qui suivent, les parties règlent l'ensemble de leurs différends, sauf un, celui du Régime et de l'application brutale de sa clause 8.01.2 qui fait perdre à Monsieur Dollo, en cas de congédiement, ce qu'il considère être son « *fonds de retraite* ». La quittance signée le 4 octobre 2010⁶ fait expressément état de cette réserve.

21 Au cours de l'automne 2010, Monsieur Dollo s'adresse au conseil d'administration⁷ afin que l'entreprise passe outre, en totalité ou en partie, à cette perte de ses options. Il essuie un refus⁸.

1.2 L'encadrement juridique des options d'achat d'actions

22 Trois documents principaux encadrent les relations des parties relativement à l'exercice des droits d'options d'achat d'actions : la convention de fusion, la convention unanime des actionnaires et le Régime.

1.2.1 La convention de fusion⁹

23 Dans le cadre du processus de privatisation, le 22 septembre 2006, une nouvelle entité juridique portant le nom numérique de 4385977 Canada inc. est créée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Ensuite, les entreprises Premier Tech et cette entreprise à dénomination numérique se fusionnent pour créer la défenderesse Premier Tech Itée.

24 Un seul article de cette convention de fusion signée le 30 octobre 2006 mérite attention :

2.9 Restrictions sur le transfert d'actions

Les actions de la société issue de la fusion ne peuvent être transférées qu'avec l'approbation des administrateurs, donnée au moyen d'une résolution dûment adoptée par ceux-ci.¹⁰

1.2.2 La convention unanime des actionnaires

25 Les premiers paragraphes introductifs de la convention unanime signée le 26 juillet 2007¹¹ permettent de comprendre l'importance relative du poids de chacun des signataires :

ATTENDU QUE le capital-actions émis et en circulation de la Société est réparti dans les proportions apparaissant dans le tableau ci-après :

Nom de l'actionnaire	Nombre et catégorie d'actions			
	Actions ordinaires catégorie A Votantes	Actions ordinaires catégorie B Non-votantes	Nombre d'actions ordinaires	
			Quantité	%
Gestion Bernard Bélanger Itée	3 814 584	5 000 000	8 814 584	92,73
Christian Dollo	-	106 100	106 100	1,12
Martin Noël pour le bénéfice de Caroline Montminy	-	49 089	49 089	0,52
Martin Noël	-	100 000	100 000	1,05
André Noreau	-	102 837	102 837	1,08
Germain Ouellet	-	155 770	155 770	1,64
Henri Ouellet	-	177 000	177 000	1,86
Total	3 814 584	5 690 796	9 505 380	100

ATTENDU QUE la Société a octroyé les options d'achat d'actions suivantes au bénéfice des Actionnaires intervenant à la présente Convention, lesquelles options d'achat d'actions sont réparties entre eux dans les proportions apparaissant dans le tableau ci-après :

Nom de l'actionnaire	Nombre d'options d'achat d'actions ordinaires catégorie B		Total en circulation	
	Octroyées antérieurement à la privatisation	Octroyées suite à la privatisation	Quantité	%
	Votantes	Non-votantes		
Gestion Bernard Bélanger ltée	N/A	1 000 000	1 000 000	32,53
Christian Dollo	60 000	250 000	310 000	10,08
Martin Noël	111 500	250 000	361 500	11,76
André Noreau	111 500	250 000	361 500	11,76
Germain Ouellet	60 000	250 000	310 000	10,08
Henri Ouellet	111 500	250 000	361 500	11,76
Jean Bélanger	370 000	N/A	370 000	12,03
Total	824 500	2 250 000	3 074,500	100,0

26 Au-delà des paragraphes introductifs, on retrouve cet article qui cadre d'entrée de jeu les relations entre les actionnaires minoritaires et l'actionnaire majoritaire :

2.2 Gestion de la Société

Les Actionnaires Minoritaires conviennent que la gestion de la Société, de par les droits que leur confère la détention d'une forte majorité des Actions, est du ressort de GBB, Bernard Bélanger et Jean Bélanger et qu'advenant un désaccord sur la gestion de la Société entre tout Actionnaire Minoritaire et GBB, Bernard Bélanger ou Jean Bélanger, sous réserve des droits prévus en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, le seul recours d'un tel Actionnaire Minoritaire eu égard à sa détention d'Actions sera de demander à ce que celles-ci soient achetées par GBB, en application et respect des dispositions de la Convention.¹²

(notre soulignement)

27 La convention unanime rappelle les restrictions aux échanges d'actions applicables aux actionnaires minoritaires.

7.1 Disposition d'actions par un Actionnaire Minoritaire. Un Actionnaire Minoritaire ne peut vendre, disposer ou autrement aliéner ses Actions qu'en conformité des dispositions de la Convention.¹³

(notre soulignement)

28 Le Régime survit à la privatisation. Jusqu'alors, les actions que les actionnaires-cadres obtiennent grâce au Régime peuvent être revendues sans restriction sur le marché boursier.

29 Devenue privée et voulant maintenir le Régime pour des fins de mobilisation des principaux cadres de l'entreprise, Premier Tech ne peut se permettre de faire circuler ses actions sur le marché.

30 La convention de fusion ne permet plus le transfert des actions sans le consentement du conseil d'administration. L'entreprise crée donc juridiquement, grâce à la convention unanime, un marché de rachat des actions appelé « PUT » et « CALL ». Moyennant quelques ajustements, pour les actionnaires-cadres, ces deux processus sont le prolongement naturel de la disparition du marché public des actions à la suite de la privatisation.

31 Le PUT¹⁴ est une opération par laquelle un actionnaire-cadre peut mettre en vente¹⁵ tout ou partie de ses actions. GBB, actionnaire majoritaire, doit racheter les actions mises en disponibilité à une valeur contractuellement établie.

32 Le CALL¹⁶ est l'opération quasi-corollaire. Pour éviter qu'un actionnaire-cadre ne quitte son emploi avec ses actions, GBB mène cette opération. Elle manifeste donc l'intérêt d'acheter ces actions. L'actionnaire-cadre ou sa succession n'ont d'autre choix que de vendre à la même valeur contractuellement établie que le PUT. Le CALL n'est pas une opération obligatoire pour GBB, auquel cas l'actionnaire-cadre demeure tout de même tenu aux obligations de la convention unanime¹⁷.

33 Le retrait des affaires est ainsi défini :

10.1 Cas de retrait. Pour les fins des présentes, chacun de André Noreau, Henri Ouellet, Germain Ouellet, Christian Dollo et Martin Noël, pris individuellement, (ci-après la « Personne Physique ») sera présumé s'être retiré des affaires de la Société lorsque l'un des événements ci-après relatés se réalisera :

(...)

10.1.2. Congédiement - Le fait pour la Personne Physique d'être congédiée par la Société;¹⁸

(notre soulignement)

34 Les opérations de rachat des actions par GBB sont sujettes à des conditions rattachées à des questions de liquidité.

35 Dans les faits, GBB n'utilise pas les protections que lui confèrent les clauses 12.2 à 12.4. Monsieur Dollo demande au Tribunal de s'appuyer sur les dispositions de la LCSA traitant de l'oppression pour passer outre aux clauses 12.2 à 12.4 :

PAIEMENT DES ACTIONS

12.1 Principe général relatif au paiement. Aux fins de l'achat par GBB des Actions de tout Actionnaire Minoritaire, tel que prévu à la Convention, le paiement des Actions sera effectué par GBB, à son entière discrétion, dans les soixante (60) jours suivant l'évènement ayant entraîné l'application des dispositions de la Convention ou une fois que la Société aura versé aux Actionnaires des dividendes susceptibles de procurer à GBB la somme nécessaire pour effectuer le paiement en question.

12.2 Limite relative à la capacité de la Société de verser des dividendes. Si GBB décide de procéder au paiement du prix d'achat des Actions seulement une fois qu'elle aurait reçu un dividende suffisant pour couvrir le prix d'achat, le paiement des Actions sera conditionnel à la capacité pour la Société de verser des dividendes à ses Actionnaires, aux termes de ses ententes de financement ou de toute loi ou règlement la régissant.

12.3 Aucun empêchement au versement de dividendes. Advenant que GBB décide de procéder au paiement du prix d'achat des Actions seulement une fois qu'elle aurait reçu un dividende suffisant pour couvrir le prix d'achat et qu'il n'y aurait aucun empêchement au versement de dividendes requis pour permettre à GBB d'effectuer le paiement du prix d'achat des Actions, GBB s'engage à compléter la transaction et à procéder au paiement du prix d'achat des Actions à l'intérieur d'une période maximale de soixante (60) jours suivant la date de l'évènement ayant entraîné l'application des dispositions;

12.4 Empêchement au versement de dividendes. Advenant que GBB décide de procéder au paiement du prix d'achat des Actions seulement une fois qu'elle aurait reçu un dividende suffisant pour couvrir le prix d'achat et qu'il y ait empêchement au versement de dividendes requis pour permettre à GBB d'effectuer l'achat des Actions, GBB s'engage à compléter la transaction et à procéder au paiement du prix d'achat des Actions à

l'intérieur d'une période maximale de trente (30) jours suivant la date à laquelle la Société sera subséquentment en mesure de verser tels dividendes.¹⁹

1.2.3 Régime d'options d'achat d'actions

36 Instauré en 1987, le Régime est modifié à 3 reprises²⁰ avant que Monsieur Dollo n'y ait accès.

37 En septembre 2004, le conseil d'administration modifie le Régime comme c'est son droit²¹.

38 La dernière modification survient au moment où Premier Tech redevient en 2007 une société privée. Malgré ces transformations, la clause faisant l'objet du litige n'est pas réellement changée²².

39 Les principales clauses du Régime sont :

3. Admissibilité au Régime

3.01 Le Régime s'adresse à certains actionnaires, administrateurs et équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales;

3.02 Seul le conseil d'administration a le pouvoir et il appartient à ce dernier, de temps à autre, d'établir les critères d'admissibilité des personnes aptes à participer au Régime, en tenant compte entre autres de la réalisation d'objectifs précis de rendement, de la rémunération payée, de l'esprit d'initiative et des efforts déployés.²³

6. Durée de l'Option et acquisition des droits de levée

6.01 Chaque Option est en vigueur pour la période déterminée par le conseil d'administration;

6.02 Le droit de lever chaque Option s'acquiert selon la période déterminée par le conseil d'administration et celui-ci s'acquerra (sic) au prorata de la période déterminée sur une base mensuelle.²⁴

(notre soulignement)

40 Dans la section traitant des conditions particulières se retrouve la clause 8.01.2 qui constitue le coeur de ce litige :

8. Conditions particulières

8.01.1 En cas de décès du Bénéficiaire, tout octroi en cours prend fin à l'expiration de la durée de l'Option ou six (6) mois après le décès du Bénéficiaire, la première de ces deux (2) dates étant à retenir. La succession du Bénéficiaire peut alors lever toute Option visée par l'octroi dans ce délai;

8.01.2 Advenant la cessation des fonctions du Bénéficiaire auprès de la Société pour toute raison autre que son décès, sa retraite ou son invalidité, tout octroi en cours expire à la date de la cessation de ses fonctions, de sorte qu'à compter de cette dernière date, le Bénéficiaire perd tous ses droits dans l'octroi à l'égard des Actions pour lesquelles il n'a pas encore levé son Option, à moins que le conseil d'administration, à sa seule discrétion, n'en décide autrement;

8.01.3 En cas de retraite ou d'incapacité permanente du Bénéficiaire, tout octroi en cours prend fin à l'expiration de la durée de l'Option ou six (6) mois après la retraite ou la date de l'évènement ayant provoqué l'incapacité permanente du Bénéficiaire, selon le cas, la première de ces deux (2) dates étant à retenir. Le Bénéficiaire ou son fondé de pouvoir, selon le cas, peut alors lever toute Option visée par l'octroi dans ce délai. Aux fins du présent Régime, « incapacité permanente » signifie le fait pour le Bénéficiaire d'être atteint d'une Incapacité physique

et/ou mentale grave l'empêchant de remplir ses fonctions au sein de la Société pendant une période consécutive d'au moins douze (12) mois ou déclarée permanente par un médecin;²⁵

41 Afin de favoriser l'acquisition d'actions, le Régime prévoit le cadre du financement offert par Premier Tech :

9.01 La Société est autorisée par les présentes à prêter des fonds, en tout temps et de temps à autre, aux Bénéficiaires qui en font la demande dans le but de leur permettre de financer le paiement du prix de levée des Options qui leur ont été octroyées en vertu du Régime. Dans le cas où le conseil d'administration ou le comité des ressources humaines et de gouvernance d'entreprise déciderait de consentir un tel prêt lors de l'octroi de l'Option, celui-ci devra être attesté par une reconnaissance de dette valable signée par le Bénéficiaire et sera consenti aux termes et conditions suivantes :

a) (. . .)

b) remboursement :

le prêt est remboursable par versements mensuels, égaux et consécutifs sur une période de dix (10) années, le premier remboursement débutant le 15 du mois suivant le déboursé du prêt par la Société;²⁶

1.3 La privatisation de Premier Tech

42 Le 26 février 2007, de société publique inscrite à la Bourse de Toronto, Premier Tech se privatise.

43 Dans le cadre de la privatisation, quatre opérations spécifiques et utiles à ce litige doivent être signalées :

- L'abolition du Régime d'actions de rendement;
- Le transfert des options d'achat d'actions;
- Le transfert des actions, et
- La création de nouvelles options d'achat d'actions.

1.3.1 L'abolition du Régime d'actions de rendement

44 Jusqu'à la privatisation, deux régimes d'intéressement sont en place au sein de l'entreprise. D'abord, il existe un Régime d'actions de rendement (RAR)²⁷ dans lequel plus d'une vingtaine d'employés (parmi lesquels ceux qui bénéficient aussi du Régime, comme Monsieur Dollo) bénéficient de bonis annuels calculés sur l'augmentation de la valeur de l'action cotée en bourse. Ce boni cumulé était payable sur une longue période.

45 Lors de la privatisation, seulement cinq personnes bénéficiant de ce régime, dont Monsieur Dollo, voient la possibilité de transformer leur boni cumulé dans le RAR en actions de la nouvelle entreprise.

1.3.2 Le transfert des options d'achat d'actions

46 Seules cinq personnes, comme Monsieur Dollo depuis 2001, peuvent aussi accumuler des options d'achat d'actions. Elles voient le Régime renouvelé et leurs options reconduites au terme de la privatisation²⁸.

47 Les experts Laniel et Perreault, dont les parties retiennent les services, reconnaissent le caractère unique de cette opération.

1.3.3 Le transfert des actions

48 Contrairement à tous les actionnaires de l'entreprise publique qui ont vu leurs actions rachetées par GBB, les actionnaires-cadres conservent leurs actions, exception faite qu'elles ne sont plus des actions avec droit de vote²⁹. Seul GBB demeure propriétaire de celles-ci.

1.3.4 La création de nouvelles options d'achat d'actions

49 Voulant maintenir la mobilisation de l'équipe des principaux cadres, Premier Tech émet, lors de sa privatisation, de nouvelles options d'achat d'actions.

1.4 Les options consenties à Monsieur Dollo

50 Pour des fins de compréhension commune, le Tribunal définit ainsi les termes utilisés par les parties et leurs experts :

- Une option est une offre d'acheter des actions à un prix déterminé pendant une période définie;
- Une option non-acquise signifie que l'option est assortie d'une condition suspensive reliée au passage du temps;
- Exercer ou lever une option acquise consiste à acheter l'action au prix convenu (même si sa valeur « marchande » est alors plus élevée);
- Une option acquise et non exercée réfère à l'option qui peut être exercée ou levée, mais qui ne l'a pas encore été au choix du bénéficiaire de l'option.

51 Le 30 août 2001³⁰, au prix unitaire déterminé de 2 \$, sans qu'il s'y attende, l'entreprise offre à Monsieur Dollo 35 000 options à être exercées au plus tard en avril 2008. On lui remet alors une copie du document contenant le texte du Régime.

52 Le 23 mars 2005³¹, il se voit offrir 50 000 nouvelles options au prix unitaire de 3 \$, offre valable jusqu'au mois d'avril 2010. Mais il y a une condition : il doit exercer 25 000 des 35 000 options qui lui ont été offertes en 2001. Il demande donc à Premier Tech de lui financer l'achat de ces actions comme le prévoit le Régime, à un taux de 0 %, remboursable sur une période de 10 ans, à raison de 416,67 \$ par mois³². La vente se réalise quelques semaines plus tard. Ayant donc partiellement exercé ses options, il lui en reste alors 60 000.

53 Le 28 février 2007, lors de la privatisation, il se voit offrir 50 000 nouvelles options au prix unitaire de 3 \$, valable jusqu'au 28 février 2022. Il y a une condition : il doit acquérir 25 000 actions, ce qu'il fait alors³³.

54 Également, à cette même date, il se voit offrir 200 000 options au prix unitaire de 3 \$ qui ne pourront être acquises qu'à raison de 2 381 par mois (soit pendant 7 ans). Les options peuvent être exercées jusqu'au 28 février 2022³⁴.

55 Toutes ces options sont assorties d'une offre de financement à un taux d'intérêt nul, avec remboursement linéaire pendant une période de 10 ans.

56 À la date de son congédiement, le 27 août 2010, compte tenu du passage du temps en fonction de ces dernières options, Monsieur Dollo bénéficie au total d'un droit d'acquérir 207 619 actions pour une somme moyenne de 2,95 \$³⁵, lesquelles valent alors chacune 9,28 \$.

57 À cette même date, il lui reste 107 141 options non acquises.

1.5 Les actions que possède Monsieur Dollo

58 Outre les 25 000 actions acquises le 23 mars 2005³⁶, Monsieur Dollo possède déjà alors 6 100 actions qu'il détient dans son REER.

59 Le 13 avril 2007, il en acquiert 10 000 à la suite de la privatisation³⁷.

60 Le 17 avril 2007, Monsieur Dollo acquiert 40 000 actions au coût unitaire de 3 \$, payable de la façon suivante : 0,01 \$ par action payé comptant et par la renonciation à recevoir le paiement d'un boni à raison de 2,99 \$ par action acquise³⁸. Ainsi, Monsieur Dollo verse 400 \$ comptant et s'engage à y consacrer 119 600 \$ des prochains bonis qu'il sera appelé à toucher au cours des années suivantes.

61 Finalement, le 4 juillet 2007, il en acquiert 25 000 autres³⁹, le tout pour former un total de 106 100 jusqu'en mars 2010.

62 Afin de faire face à de nouvelles obligations financières découlant du changement important dans la vie de Monsieur Dollo, en mars 2010, il demande à GBB de lui en racheter 35 000, ce que GBB fait dans le cadre de la convention unanime.

63 En résumé, à la date de son congédiement, il possède 71 100 actions⁴⁰.

1.6 La position des parties

64 Monsieur Dollo demande de déclarer abusive la clause 8.01.2 du contrat d'adhésion que constitue le Régime puisqu'elle lui fait perdre le droit d'exercer les 207 619 options acquises.

65 Il soutient de plus que, fort des assurances qui lui sont données dans les mois précédant son renvoi, il ne se montre pas empressé d'exercer ses options. Au contraire, s'il avait perçu des signes d'impatience, il se serait empressé d'exercer ses options.

66 Il ajoute que le conseil d'administration, à l'automne 2010, n'exerce pas adéquatement la discrétion dont il dispose en vertu de la clause 8.01.2 du Régime; il ne tient pas comptes de ses attentes légitimes. Comme on le sait, celle-ci prévoit « à moins que le conseil d'administration, à sa seule discrétion, n'en décide autrement »⁴¹.

67 Il précise que Premier Tech abuse civilement de ses droits et agit de manière oppressive au sens de la LCSA.

68 Monsieur Dollo demande donc à la Cour de :

- reconnaître son droit d'exercer ses options pour un coût total de 612 857 \$;
- les revendre à GBB;
- d'ordonner à cette dernière de les acquérir au coût de 9,28 \$ l'unité, pour une somme totale de 1 926 704 \$.

69 Subsidiairement, il réclame aux deux défenderesses à titre de dommages la différence entre ces deux sommes, soit 1 313 847 \$.

70 Il soutient avoir été congédié illégalement. C'est pourquoi il réclame de plus 179 432 \$, soit la valeur des 28 572 options qu'il aurait pu exercer dans les douze mois qui suivent son congédiement, moins le prix qu'il en aurait payé pour les acquérir.

71 Premier Tech nie le caractère d'adhésion du Régime. Elle conteste le caractère abusif de la clause. Elle ajoute que cette annulation des options de Monsieur Dollo survient dans le cadre d'un congédiement justifié. Premier Tech veut démontrer que la clause, si déclarée abusive par le Tribunal, doit s'apprécier dans le contexte d'un congédiement justifié.

72 De plus, Premier Tech conteste l'abus de droit, l'oppression et le quantum des dommages.

2 ANALYSE ET DISCUSSION

2.1 Le cadre juridique avant l'analyse de la preuve du congédiement

73 Avant d'aborder la qualification du contrat et de sa clause 8.01.2, une question fondamentale se pose : le Tribunal doit-il d'abord qualifier le congédiement avant de faire le « procès » de la clause 8.01.2 ou bien doit-il en évaluer son caractère abusif avant de qualifier le congédiement?

74 Le Tribunal croit que, logiquement, il est approprié de disposer de la clause 8.01.2 du Régime et d'ainsi définir les relations juridiques qui encadrent le travail et le congédiement de Monsieur Dollo. Il est préférable de connaître le cadre juridique précis des relations employé-employeur avant d'apprécier les raisons du congédiement.

2.2 Le cadre d'analyse du Tribunal

75 La clause 8.01.2 ne soulève pas un défi d'interprétation. Elle est claire et directe. Elle prescrit que le congédiement, avec ou sans cause, fait perdre illico tout droit d'acquérir des actions.

76 Dans l'ordre, les questions auxquelles ce Tribunal doit répondre sont les suivantes :

- LE RÉGIME CONSTITUE-T-IL UN CONTRAT D'ADHÉSION AU SENS DE L'ARTICLE 1379 C.C.Q.?
- LA CLAUSE 8.01.2 EST-ELLE ABUSIVE?
- QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES D'UNE CLAUSE ABUSIVE?
- MONSIEUR DOLLO A-T-IL ÉTÉ CONGÉDIÉ POUR CAUSE?
- LE COMPORTEMENT DES DÉFENDERESSES EST-IL OPPRESSIF AU SENS DE LA *LCSA*?
- QUELS SONT LES DOMMAGES AUXQUELS A DROIT MONSIEUR DOLLO?

2.3 LE RÉGIME CONSTITUE-T-IL UN CONTRAT D'ADHÉSION AU SENS DE L'ARTICLE 1379 C.C.Q.?

77 Monsieur Dollo invoque d'abord que le Régime est un contrat d'adhésion.

2.3.1 Le droit

78 Le *Code civil du Québec* définit ce qu'est un contrat d'adhésion :

1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

79 Puisque Premier Tech soutient que Monsieur Dollo aurait pu influencer l'écriture de cette clause lors de la privatisation, le Tribunal rappelle les paramètres juridiques définis par la Cour d'appel dans l'arrêt *Valeurs mobilières Desjardins inc. c. Beaulne*⁴² :

[20] Notons tout d'abord que dans les faits, il n'y a pas eu de négociation entre les parties - et au vu du dossier du pourvoi, cette conclusion du juge ne saurait être infirmée en appel. Mais il y a plus. L'article 1379 *C.c.Q.* définit le contrat d'adhésion en des termes sur la portée desquels la doctrine et la jurisprudence se sont prononcées. Or, il semble bien que la possibilité de négocier certaines clauses, ou le fait même de les avoir négociées, ne signifient pas nécessairement qu'on est alors et toujours en présence d'un contrat de gré à gré. Selon certains auteurs, « [i]l importe

de quantifier tant l'importance de cette négociation, que le lien de cette dernière avec le reste du contrat ». Il ne peut faire de doute, ici, que l'article 10 du Contrat en est une stipulation essentielle, que l'appelant devait l'accepter telle quelle et cette clause risquait d'être lourde de conséquences pour lui.

(notre soulignement)

2.3.2 L'analyse de la preuve eu égard à la notion de contrat d'adhésion

80 En fait, tous conviennent que le Régime, créé avant l'entrée en fonction de Monsieur Dollo, n'a jamais été substantiellement modifié depuis sa création en 1987 si ce n'est que des modifications mineures sont rendues nécessaires à cause de la privatisation survenue en 2007.

81 Quand, en 2001, Monsieur Dollo reçoit pour la première fois une offre d'acquiescer éventuellement des actions, on lui joint simplement à la lettre datée du 30 août 2001, une copie du texte du Régime.

82 Le ton employé dans la lettre laisse peu à penser qu'il y a eu précédemment négociations : « *Monsieur Dollo, Prenez avis que Premier Tech ltée vous a conféré le 18 avril 2001 l'option irrévocable de souscrire à des actions...* »⁴³. Cette lettre, non sollicitée de la part de Monsieur Dollo, fait même rétroagir l'octroi des options au 18 avril précédent.

83 Cette stipulation pour autrui est de toute évidence un contrat d'adhésion. Monsieur Dollo reçoit le texte du Régime tel quel au point où il ne le lit pas réellement attentivement, car il y aurait découvert la clause 8.01.2. D'ailleurs, le texte même du Régime permet de douter qu'il est l'objet de négociation, car il contient en son article 12 des clauses prévoyant que le conseil d'administration peut l'interpréter, prendre à son égard toutes décisions, lesquelles seront finales et lieront toutes les personnes affectées par celles-ci et qu'il peut aussi modifier ou annuler le Régime ou même adopter toute mesure qu'il jugera alors nécessaire ou souhaitable.

84 Mis à part l'époque de la privatisation pendant laquelle Monsieur Dollo peut influencer la rédaction du texte du Régime, le caractère d'adhésion du Régime est évident.

85 Fin septembre 2006, le processus de privatisation survient. Monsieur Martin Noël, aujourd'hui vice-président finances de Premier Tech, est *de facto* à cette époque le représentant des actionnaires-cadres qui échangent avec Monsieur Jean Bélanger, lequel représente l'actionnaire majoritaire.

86 Des échanges de courriels entre Messieurs Noël et Dollo (qui est, à cause de sa formation, l'actionnaire-cadre le plus en mesure d'examiner les questions comptables du processus de privatisation) démontrent qu'ils discutent un peu en regard des incidences de la dilution de l'actionnariat lorsqu'il y a rachat par GBB.

87 Monsieur Dollo émet de plus des commentaires en regard des clauses qui visent à assurer la mécanique comptable qui sera l'équivalent d'un marché pour l'achat et la revente des actions. Son commentaire n'est aucunement relié au cœur du Régime et encore moins à la clause 8.01.2.

88 Monsieur Dollo émet aussi un commentaire secondaire portant sur la rédaction de l'article 12 du projet de convention unanime et un autre ayant trait au même sujet en regard de l'annexe de cette convention⁴⁴. Ce sont des commentaires plutôt techniques.

89 Premier Tech soumet qu'il interagit aussi quant au transfert de ses propres actions déjà investies dans son REER⁴⁵. Cela n'en fait pas davantage une personne qui exerce une influence sur le Régime.

90 Le Tribunal n'est pas d'avis que Monsieur Dollo ait été une personne qui peut influencer profondément des modifications quant à la mécanique du Régime et quant aux articles créant le PUT et le CALL rendus nécessaires par la privatisation de l'entreprise.

91 À cette époque charnière, le Tribunal constate que son pouvoir d'influence est limité, non seulement ses actions représentaient-elles une infime proportion de l'actionnariat, mais il accepte que ses actions avec droit de vote au sein de l'entreprise publique deviennent des actions sans droit de vote dans l'entreprise privée. Sur cette question, il n'a d'ailleurs aucun choix.

92 Le Tribunal note que l'article 2.2 de la convention unanime rappelle même aux actionnaires-cadres qu'ils sont minoritaires. La lecture du document encadre bien davantage les actionnaires minoritaires que le majoritaire.

93 Le 28 février 2007, Monsieur Dollo doit signer un procès-verbal parapluie pour valoir comme si une réunion eut lieu⁴⁶. Il est vrai que ce procès-verbal contient une résolution visant à reconduire le Régime⁴⁷. Il faut toutefois apprécier le contexte de cette signature.

94 La signature de ce procès-verbal d'une assemblée des actionnaires permet d'un seul coup d'adopter le règlement général de l'entreprise, de nommer les administrateurs et les membres du comité exécutif, de choisir les membres du comité de vérification, du comité des ressources humaines et du comité de gouvernance du conseil, de désigner les vérificateurs de l'entreprise, d'approuver les actes antérieurs des administrateurs et d'approuver la « *continuité* » du Régime. L'économie de ce document nous laisse douter du pouvoir de négociation des actionnaires-cadres.

95 Bien que Monsieur Dollo signe ce procès-verbal à titre d'actionnaire, à la fin de ce processus, il n'aura même plus voix au chapitre de l'assemblée générale, car ses actions deviennent alors non votantes. Accepter de perdre ce droit donne une indication sur le climat de cette époque.

96 Le Tribunal est d'avis que les actionnaires-cadres n'avaient pas un réel pouvoir. D'ailleurs, les responsabilités temporaires confiées ce jour-là aux actionnaires s'expliquent uniquement parce qu'il y a privatisation de l'entreprise. Le Tribunal note que les sujets soumis aux actionnaires sont habituellement de l'ordre de ceux du conseil d'administration comme l'élection parmi eux des membres des comités du conseil ou la « *continuité* » du Régime. Dans les faits, le conseil d'administration est le seul à pouvoir modifier le Régime. Le texte de ce document démontre que les signataires n'ont pas un profond souci d'adopter le Régime. Le but de ce document est évident : compléter le processus de privatisation.

97 D'ailleurs, ce n'est pas à titre de bénéficiaire (ou cocontractant) du Régime que Monsieur Dollo signe cette résolution, c'est parce qu'il est actionnaire de l'entreprise et qu'à cause de son statut de cadre, suivant le bon vouloir de GBB, il demeure actionnaire au-delà du processus de privatisation.

98 Le Tribunal note également que le procès-verbal de l'assemblée des actionnaires est technique. Contrairement à d'autres procès-verbaux déposés dans le dossier de la Cour, celui-ci ne révèle aucune discussion. Monsieur Dollo signe ce document lors d'une séance de signature de très nombreux autres documents dans une salle de conférence en vue de parfaire la privatisation.

99 Quant à la proportionnalité des forces en présence, le Tribunal retient que GBB, en achetant les actions des investisseurs institutionnels, aurait fort bien pu ne pas conserver le Régime et devenir seule et unique actionnaire de Premier Tech.

100 GBB, considérant qu'il était nécessaire d'avoir un tel régime pour intéresser les principaux cadres de l'entreprise, décide de le poursuivre. L'inégalité entre les parties est sans conteste : le fait qu'une partie aurait même pu se passer du contrat en question est éloquent. Dans ce contexte, interpellé et contester l'actionnaire majoritaire qui accepte de bon gré de maintenir le Régime pour soulever le caractère abusif d'une de ses clauses n'aurait politiquement pas été, pour un cadre de l'entreprise, le meilleur geste à poser dans les circonstances.

101 Le Tribunal est convaincu que le contexte de la privatisation de l'entreprise n'offre à Monsieur Dollo aucune réelle possibilité d'intervenir à ce moment.

102 Le Régime doit être qualifié de contrat d'adhésion.

2.4 LA CLAUSE 8.01.2 EST-ELLE ABUSIVE?

103 Le coeur du litige : la clause 8.01.2 est-elle abusive?

2.4.1 Le droit

104 L'article 1437 C.c.Q. prescrit le cadre dans lequel la clause d'un contrat d'adhésion peut être déclarée abusive :

1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

105 Le premier paragraphe précise les sanctions d'une clause abusive alors que le deuxième définit la clause « abusive », d'une part, et précise notamment ce que le législateur considère comme « abusif », d'autre part.

106 La jurisprudence exige que les tribunaux sanctionnent des pratiques abusives et pas simplement des pratiques dérangeantes pour l'adhérent⁴⁸. Ainsi, Monsieur le juge Jean-Louis Baudouin, dans l'arrêt *Kabakian c. Kabakian*⁴⁹ décrit les conditions d'application de cet article et le rôle du Tribunal :

[49] Le législateur impose donc deux conditions à l'existence du caractère abusif de la clause, soit qu'elle désavantage l'adhérent d'une façon excessive, mais aussi d'une façon déraisonnable. En tirant comme conséquence que cet abus doit aller à l'encontre de la bonne foi, le législateur donne donc aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation.

107 La Cour d'appel définit ainsi la démarche afin de déterminer s'il y a ou non abus⁵⁰ :

Avant de qualifier d'abusives une clause d'un contrat d'entreprise de construction, il faudra prudemment examiner le but et la portée de cette clause dans le contexte de l'ensemble des droits et obligations de chacune des parties et de l'économie générale de ce contrat.

108 Qu'est-ce qu'une clause déraisonnable? La Cour suprême a ainsi défini cette notion dont le Tribunal s'inspire par analogie pour apprécier la clause 8.01.2 :

[47] (. . .) Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. »⁵¹

109 Qu'est-ce qu'une clause excessive? Le Tribunal s'inspire par analogie d'une autre décision de la Cour suprême qui, devant se prononcer sur un article de loi que l'appelant estime excessif en regard des dispositions de la Charte des droits, écrit :

[40] (. . .) Il y a portée excessive lorsque le législateur opte pour un moyen dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État, et il y a disproportion totale lorsque les actes de l'État ou les réponses du législateur à un problème sont « à ce point extrêmes qu'ils sont disproportionnés à tout intérêt légitime du gouvernement ». »⁵²

110 La Cour d'appel précise ainsi comment analyser l'abus:

[74] Pour déterminer si une clause est abusive au sens de l'article 1437, il faut analyser la valeur des prestations et engagements respectifs des parties.⁵³

111 Le Tribunal doit examiner avec attention une clause qui se démarque de ce qui se passe habituellement en pareille matière:

[18] Les usages commerciaux étant souvent un élément de preuve pertinent, le débat demeure à mon avis entier et l'analyse du cas particulier reprend toute son importance. »⁵⁴

112 Finalement, le caractère abusif d'une clause s'examine à la lumière de ses conséquences potentielles⁵⁵.

113 Sans qu'il y soit constamment fait référence, ces encadrements jurisprudentiels font partie des réflexions qui suivent.

2.4.2 La clause 8.01.2 est-elle si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle le dénature?

114 L'article 1437 C.c.Q. rejette des pratiques déraisonnables qui s'écartent de celles généralement acceptées dans le marché. Avant de procéder à l'analyse proprement dite de la clause et du contexte contractuel, il convient d'examiner la preuve administrée par des experts en regard de la pratique usuelle.

115 Le Tribunal a eu la chance d'entendre des experts en rémunération qui possèdent une connaissance de ce secteur d'activité particulier. Bien que compétents, leurs opinions divergent. Le Tribunal doit faire un choix.

2.4.2.1 Position de Monsieur Dollo

116 Monsieur Christian Laniel, expert en demande, situe un régime d'options d'achat d'actions dans un large cadre de rémunération.

117 La rémunération d'un haut dirigeant est constituée habituellement d'un salaire de base auquel on ajoute d'autres avantages, parmi lesquels on peut retrouver notamment la participation dans un régime d'assurance collective, la participation dans un régime de retraite de base, un régime d'épargne retraite collective, une bonification basée sur les objectifs de performance de la personne et de l'entreprise, des avantages complémentaires comme une automobile, le membership à des associations professionnelles et un régime de rémunération à long terme.

118 L'expert Laniel rappelle qu'un régime d'options d'achat d'actions n'est qu'un des outils mis à la disposition d'un employeur pour générer une rémunération à long terme. Existente également des régimes supplémentaires de retraite, des régimes de participation différée aux bénéficiaires et des unités d'actions restreintes (comme c'était le cas pour le RAR).

119 Un régime d'options d'achat d'actions poursuit 3 objectifs précis : exercer une attraction sur des candidats de valeur en vue de les recruter, assurer une rétention des candidats de valeur et les motiver afin qu'ils contribuent le plus possible au succès financier à long terme de l'entreprise par une augmentation de sa valeur qui s'exprime à travers la valeur de l'action.

120 *Règle générale, les bénéficiaires de tels régimes ne lèvent pas leurs options, ils ne font que les accumuler au fil du temps. Lorsque vient le temps de quitter leur emploi pour quelque raison ou de prendre leur retraite, ils les exercent et revendent habituellement leurs actions acquises sur le marché afin d'encaisser le profit qu'ils réalisent rapidement.*

121 Dans ce contexte, les options acquises sont une façon de fidéliser le cadre. Il a intérêt à ce que la valeur de l'action augmente. Lorsqu'il lèvera l'option, plus la valeur sera élevée, meilleur sera son profit.

122 Le principe de posséder des options non-acquises est, par ailleurs, une façon différente de fidéliser le cadre. Dans le futur, s'il poursuit ses efforts et que l'entreprise en bénéficie, il lui sera possible d'encaisser le profit relié à la hausse

de la valeur de l'entreprise. Dit autrement, l'entreprise incite ainsi le cadre, par les options non-acquises, à continuer de favoriser l'augmentation de la valeur de l'entreprise. L'employeur lui fait miroiter une part du profit futur⁵⁶.

123 Le Tribunal retient du témoignage de l'expert Laniel que la clause 8.01.2 est rarissime.

124 Outre sa vaste expérience dans ce domaine qui lui permet de l'affirmer, l'expert Laniel fonde son expertise sur une enquête menée en 2007 par le *National Association of Stock Plan Professionals*, auprès de 400 entreprises américaines. Pour l'expert Laniel, cette enquête présente les pratiques usuelles des entreprises américaines cotées en bourse.

125 Le Tribunal accorde crédibilité au témoignage de l'expert Laniel et à sa source d'information. Il ne semble pas facile, dans ce domaine, de trouver des références appropriées. En raison des règles de divulgation, les entreprises publiques sont les seules à devoir respecter cette obligation. C'est la meilleure manière de connaître de façon plus précise les modes de rémunération à long terme car, que les entreprises soient privées ou publiques, les régimes d'intéressement demeurent des régimes d'intéressement.

126 Le fait que Premier Tech soit aujourd'hui une entreprise privée n'est pas, aux yeux du Tribunal, un motif pour ne pas tenir compte de cette étude. Au contraire, lorsque l'étude est réalisée au début de 2007, Premier Tech est une entreprise publique cotée en bourse. Si le Régime n'est pas modifié par la privatisation, pourquoi serait-il comparable au début de l'année 2007 et qu'il ne le serait plus à la fin de l'année 2007?

127 Les régimes des entreprises permettent à des employés-actionnaires, dans une proportion de 44 %, de bénéficier de leurs options acquises lorsqu'ils font l'objet d'un congédiement pour cause, alors que 53 % des entreprises annulent toutes les options non exercées. Il est à préciser que les options non acquises sont alors annulées.

128 Ce pourcentage de 44 % passe à 80 % lorsque le congédiement est fait sans cause. *Seulement 4 % de ces entreprises éviteraient de faire bénéficier leurs participants de toute option lorsqu'ils sont congédiés sans cause.*

129 L'expert Laniel fonde aussi son expertise sur une autre enquête spéciale menée auprès d'entreprises cotées à la bourse de Toronto dont les revenus annuels se situent entre 150 et 600 millions de dollars, ce qui ressemble en moyenne à Premier Tech.

130 Bien que l'échantillon soit alors plus petit (52 entreprises), 41 de celles-ci offrent un régime d'options d'achat d'actions. Le pourcentage d'options annulées en cas de congédiement sans cause est dans la même proportion que l'étude américaine faite avec un plus large échantillonnage. De fait, une seule entreprise canadienne dans cet échantillonnage a un régime d'options d'achat d'actions avec une clause qui s'apparente à la clause 8.01.2 en litige.

131 Cette étude canadienne confirme l'approche de l'expert Laniel en regard de l'application de l'étude américaine qui peut servir d'appui à ses conclusions.

132 Puisque seulement 4 % des régimes examinés ressemblent à celui de Premier Tech (que le congédiement soit avec ou sans cause), l'expert Laniel retient que la clause 8.01.2 est une clause éloignée des obligations essentielles que l'on rencontre habituellement dans des contrats de pareille nature.

2.4.2.2 Position de Premier Tech

133 Premier Tech fait entendre l'expert André Perreault. Il soutient que les entreprises privées ont des régimes d'options d'achat d'actions différents des entreprises publiques, d'une part. Il ajoute, d'autre part, que ces régimes sont adaptés notamment au stade de développement de l'entreprise, au type d'entreprise et au marché dans lequel elles opèrent. Ils varient que l'entreprise soit ou non inscrite à la bourse.

134 L'expert Perreault critique le rapport de l'expert Laniel⁵⁷.

135 Il reproche à cet expert d'avoir utilisé une enquête faite par la même association en 2007 alors qu'une plus récente réalisée en 2010 existe.

136 Sur ce seul aspect, après examen des résultats de l'enquête de 2010 auquel l'expert Laniel ne peut avoir accès, il s'avère que la situation ne change pas réellement. Que ce soit l'enquête de 2007 ou celle de 2010, le Tribunal en vient à la même conclusion.

137 L'expert Perreault critique l'usage d'une étude américaine puisque, « *les pratiques de rémunération diffèrent souvent de celles analysées au Canada* »⁵⁸. Pour soutenir sa thèse, l'expert Perreault n'apporte aucun autre échantillonnage ou étude; il ne se réfère qu'à sa propre expertise.

138 L'expert Perreault voit, dans la convention unanime et le Régime, des éléments « *nettement avantageux* »⁵⁹ pour les participants que l'on ne rencontre pas régulièrement. Une analyse fine des deux options présentées par l'expert Perreault s'impose. Elle sera utile aux fins de déterminer si la clause est abusive dans les faits.

2.4.2.3 L'analyse des options développées par l'expert Perreault

139 En réponse à l'approche proposée par l'expert Laniel, l'expert Perreault présente deux méthodes opérationnelles qui justifieraient, d'après lui, le caractère raisonnable de la clause 8.01.2.

140 Comme on le sait, la jurisprudence a déjà appliqué le principe que l'abus doit s'évaluer en fonction des conséquences potentielles. Vu les recommandations de l'expert Perreault, le Tribunal doit apprécier les conséquences des mesures qu'il propose pour éviter l'application de la clause 8.01.2.

A) Le financement de l'achat d'actions

141 L'expert Perreault vante l'approche du financement de l'achat d'actions en ces termes :

Si on combine les dispositions du financement offert par Premier Tech, du « put » et de la fiscalité avantageuse, un participant peut donc acquérir des actions de Premier Tech sans devoir effectuer un déboursé initial en capital au moment de la levée de l'option (il doit cependant rembourser le capital du prêt sur une période de 120 mois), et en reporter le paiement de quelque impôt y rattaché au moment de la disposition des actions.

Le participant n'a aucune obligation de vendre, concurremment à la levée d'options d'achat d'actions, une portion des actions ainsi acquises afin de pourvoir au paiement du prix d'acquisition, ni pour payer les impôts dus sur les profits générés suite à la levée d'options et il peut alors, à son libre choix, décider de conserver ses actions et de profiter du gain en capital. Il pourra ensuite disposer de ses actions à sa guise en utilisant le « put » prévu dans la Convention.

Le partage de la valeur créée est donc réel et tangible et permet au participant de bénéficier d'un traitement qui est plus avantageux que ce que l'on observe dans une société inscrite en bourse, en raison des modalités de financement, du « put » et de la fiscalité des SPCC.⁶⁰

(notre soulignement)

142 Afin de respecter l'esprit d'un régime d'intéressement à long terme, Premier Tech offre contractuellement⁶¹ du financement pour l'achat d'actions à un taux d'intérêt nul. Il n'en demeure pas moins que, malgré l'approche intéressante d'un prêt à 0 % d'intérêt, le remboursement du capital doit se faire mensuellement.

143 En choisissant cette avenue sur laquelle l'expert Perreault insiste et qui, théoriquement, semble raisonnable, Monsieur Dollo se serait retrouvé à investir mensuellement dans un fonds de retraite des sommes colossales.

144 Si, dès la première fois où il s'est vu offrir des options jusqu'à la veille de son congédiement, Monsieur Dollo prend soin de suivre les recommandations de l'expert Perreault, il aurait exercé au fur et à mesure les options lorsqu'elles deviennent acquises. En prenant pour hypothèse qu'il aurait acheté des actions tous les mois, sans les vendre, il serait propriétaire de 242 619⁶² de celles-ci.

145 Ces actions lui auraient coûté la somme de 692 857 \$⁶³.

146 Toutefois, même à un taux d'intérêt nul, les remboursements en capital, étalés sur une période de 10 ans, représentent tout de même mensuellement la somme de 5 774 \$⁶⁴.

147 Il est important d'établir un parallèle avec le salaire de Monsieur Dollo. Cela se conçoit bien puisque, au sens de la clause 3.02 du Régime, le conseil d'administration octroie les options en tenant notamment compte de la rémunération payée.

148 Monsieur Dollo gagne un salaire brut de 220 000 \$ en 2009-2010. Au 27 août 2010, il est encore le même⁶⁵.

149 Avec un tel revenu annuel, son revenu mensuel brut est de 18 300 \$. Le taux d'imposition moyen est d'environ 41 %⁶⁶. Il recevrait un revenu mensuel net de 10 800 \$. Après s'être prémuni contre la clause 8.01.2 comme le recommande l'expert Perreault (donc en soustrayant mensuellement 5 774 \$), le revenu mensuel disponible de Monsieur Dollo passerait à 5 026 \$.

150 Le Tribunal considère qu'afin de se prémunir des effets potentiels de la clause 8.01.2, il est illusoire de demander à un salarié de verser des sommes nettement disproportionnées (plus de la moitié de son salaire net) pour protéger son « *fonds de retraite* » au cas de congédiement potentiel.

151 Le Tribunal est conscient que l'impact de cette méthode suggérée par Monsieur Perreault pourrait être amoindri si une partie des actions (l'équivalent d'environ 22 000 \$ annuellement) est versée dans son REER. Compte tenu des plafonds, et compte tenu des impacts fiscaux qui ne sont que reportés, l'effort imposé pour éviter l'impact de la clause 8.01.2 demeure disproportionné⁶⁷.

152 Mais il y a plus. Cette approche est négativement évolutive pour l'actionnaire-cadre.

153 En effet, tous les mois, pour se prémunir des effets potentiels de la clause 8.01.2 comme le suggère l'expert Perreault, l'actionnaire-cadre doit continuer d'acquérir des actions. Monsieur Dollo a droit à 2 381 actions par mois, ce qui représente un endette-ment supplémentaire de 7 143 \$ tous les mois. Remboursable sur dix ans sans intérêt, chaque mois génère une dépense mensuelle supplémentaire de 59,50 \$ (qui cumule d'autant chaque mois).

154 Si ces achats ont lieu tous les mois, après un an, il est endetté de 85 716 \$ de plus et doit donc rembourser annuellement 8 572 \$ de plus de capital⁶⁸.

155 Le Tribunal constate que non seulement le Régime oblige à investir des sommes colossales annuellement pour se prémunir de la clause 8.01.2, mais en plus, chaque année, les sommes à investir augmentent.

156 Cette option de l'expert Perreault, irréaliste dans les faits, amène le Tribunal à une certaine retenue face à ses autres conclusions.

157 Cette théorie de l'expert Perreault souffre de plus d'une déclaration venant d'un cadre de l'entreprise. Monsieur Martin Noël, vice-président finances, affirme lors de l'audience que, à la suite de transactions survenues sur des options en 2011, il apprend que le traitement fiscal ne peut bénéficier aux options émises à l'époque où Premier Tech est encore une société publique, comme toutes celles dont bénéficie Monsieur Dollo.

158 Il précise qu'il prévient les autorités de l'entreprise eu égard à l'affirmation de l'expert Perreault qui voit un avantage du fait que, Premier Tech étant une société privée canadienne, la fiscalité permet de reporter l'imposition du gain en capital au moment de la vente des actions.

159 La conséquence de cette affirmation de Monsieur Noël fait en sorte que, dès que les options sont exercées, le profit entre le prix payé et la valeur de l'action obtenue est imposable l'année de la réception des actions.

160 Non seulement le coût annuel du financement est-il exorbitant, mais en plus, lors de la levée des options, le gain en capital est immédiatement imposable contrairement à ce qu'affirme l'expert Perreault. Ces explications peu convaincantes de l'expert Perreault affectent négativement sa crédibilité.

161 Le Tribunal remarque aussi que cet expert ne considère pas les effets secondaires potentiels pour un cadre d'être autant endetté avec, pour seul bien en échange, des actions d'une seule entreprise, non monnayables sur le marché public. Quelle serait la décision d'une institution financière appelée à prêter de l'argent à Monsieur Dollo?

162 D'ailleurs, si cette approche était si intéressante, le Tribunal note qu'aucun autre actionnaire-cadre qui bénéficie du Régime n'adopte l'approche proposée par Monsieur Perreault avant le congédiement de Monsieur Dollo. Au contraire, dans les faits, ils donnent raison à l'expert Laniel qui affirme qu'un bénéficiaire d'un tel régime ne lève habituellement pas ses options; il les accumule au fil du temps.

163 La prépondérance de la preuve révèle que les actionnaires-cadres n'exercent pas, avant le congédiement de Monsieur Dollo, leurs options. La situation change après que ce dernier ait engagé des procédures contre Premier Tech en mars 2011. La preuve révèle que 3 cadres exercent en l'espace de 3 mois plus de 500 000 options⁶⁹.

164 Bien qu'il ne soit pas habituel de faire devant un tribunal la preuve de faits postérieurs, mais puisque cette preuve, toute transparente de la part de Premier Tech, est administrée sans objection, le Tribunal s'étonne de cette concomitance de faits. Ou bien veulent-ils faire mentir l'expert Laniel ou bien veulent-ils ne pas se retrouver dans la même situation que Monsieur Dollo.

B) Le financement, l'achat et la revente immédiate

165 L'expert Perreault propose une autre avenue, celle d'exercer les options au fur et à mesure qu'elles deviennent acquises en finançant temporairement l'acquisition et en forçant le rachat immédiat par un PUT. Il écrit :

Ainsi, afin de protéger son droit sur les options acquises, M. Dollo aurait pu, à tout moment pendant son emploi, exercer ses options et se prévaloir du financement offert par Premier Tech pour lever les options acquises. Deux possibilités s'offraient à lui :

1. À n'importe quel moment après avoir exercé ses options et acquis les actions, il aurait pu exercer son « put » et obtenir que GBB achète telles actions. Il aurait donc obtenu une somme lui permettant de rembourser son prêt, payer ses impôts et ultimement encaisser le solde comme profit net sur la disposition de ses actions.⁷⁰

166 Toutefois, cette approche s'inscrit en porte-à-faux avec les objectifs d'un régime d'intéressement à long terme lorsqu'il écrit :

Il est aussi important de rappeler qu'une société qu'elle soit privée ou inscrite en bourse, a le pouvoir de déterminer, à son entière discrétion, les caractéristiques de son (ses) régime (s) d'intéressement à long terme.⁷¹

167 D'ailleurs, le Régime lui-même définit l'objectif qu'il recherche :

2. Objectifs du Régime

2.01 Le Régime est institué à l'intention de certains actionnaires, administrateurs et équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales et a pour objectifs de susciter et d'encourager la participation financière de ces personnes et, pour les administrateurs et les équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales, de promouvoir une mesure incitative de rémunération à long terme en regard de la création de valeur pour ces personnes qui sont en position de prendre des décisions, des actions et d'émettre des conseils qui influencent de façon significative les résultats et le succès de la Société et, pour les actionnaires de la Société, de promouvoir une mesure incitative afin de les encourager à s'intéresser à la Société et à ses activités au-delà de leur simple rôle d'actionnaire en respect de leurs proportions respectives afin de leur permettre d'émettre des conseils et/ou de prendre part à des actions et décisions qui influenceront de façon significative les résultats et le succès de la Société.⁷²

(notre soulignement)

168 La notion de « *long terme* » découle du fait que le cadre est appelé à redoubler d'efforts afin que la valeur de l'entreprise augmente d'année en année. Après tant d'efforts, lorsqu'il se retire de l'entreprise, il doit pouvoir encaisser les fruits de son labeur. Cela suppose que le cadre détient pendant un certain temps des actions ou des options acquises et qu'il entretient l'espoir d'en voir augmenter la valeur.

169 À l'inverse, quand une entreprise bat de l'aile et que sa valeur diminue, pour les mêmes raisons, le cadre qui bénéficie d'options acquises ou d'actions a tout intérêt à redresser d'arrache-pied la situation afin de sauver sa mise.

170 Quant à la revente immédiate des actions après que l'actionnaire-cadre ait levé celles-ci, l'expert Perreault écrit ce qui suit :

L'utilisation du « put » permet de reproduire l'équivalent d'un marché qui est normalement limité, dans le cas d'une société privée, à ses actionnaires et à la société elle-même. En effet, le « put » prévu dans la Convention permet au participant d'exiger le rachat de ses actions par GBB, au moment où le participant en décide à sa pleine et entière discrétion, et à la valeur la plus récente de l'action de Premier Tech. Cette clause permet ainsi de reproduire, à peu de choses près, la possibilité de disposer des actions comme si elles étaient transigées en bourse.

Cette disposition, combinée aux modalités de financement, facilite grandement l'acquisition et la disposition des actions par les participants. En effet, le participant peut exiger le rachat à tout moment des actions détenues et GBB n'a alors d'autre choix que de les racheter.⁷³

171 Acquérir et vendre immédiatement des actions n'encourage pas la participation financière dans l'entreprise, pas plus d'ailleurs que cette méthode à court terme d'acheter et de vendre immédiatement ne rencontre l'autre objectif de favoriser une rémunération à long terme. L'effet mobilisateur d'être en partie propriétaire de l'entreprise et d'être intimement lié à ses résultats est absent lorsque les options deviennent acquises, qu'elles sont exercées et que les actions sont immédiatement revendues.

172 Par exemple, travailler durant un mois, encaisser son salaire, exercer 2 381 options, emprunter temporairement, recevoir les 2 381 actions, exercer immédiatement un PUT, payer ses impôts sur son salaire et son gain en capital, rien de tout cela ne favorise un engagement à long terme de l'actionnaire-cadre. Dans ce contexte, les options ne sont qu'un salaire supplémentaire à court terme.

173 L'esprit même du financement avec remboursement sur une période de 10 ans devient un non-sens si, par sa clause 8.01.2, l'employeur force les actionnaires-cadres à acquérir au fur et à mesure les actions qui leur sont offertes et les revendre à GBB tous les mois. À quoi bon les financer sur 10 ans si, au sens du Régime, le cadre doit immédiatement rembourser la totalité de son prêt quand GBB les lui rachète?

174 Si cette façon de rémunérer (en levant les options, en vendant les actions et en encaissant le profit) était finalement dans les faits l'objectif que recherche le conseil d'administration, il n'aurait donc pas été utile de prévoir⁷⁴, à même le Régime, qu'il peut aussi octroyer des options qui permettent au Bénéficiaire de réclamer simplement au comptant la plus-value des actions⁷⁵.

175 L'expert Perreault conclut comme si le conseil d'administration octroie finalement des options qui donnent droit à la plus-value. Ce n'est pas ce que le conseil d'administration offre à Monsieur Dollo.

176 Il y a un autre écueil à la deuxième proposition de l'expert Perreault. Il souligne que l'actionnaire-cadre congédié bénéficie du PUT.

177 Toutefois, il émet une réserve justifiée. L'expression « *probablement* »⁷⁶ que l'expert Perreault utilise repose sur les articles 12.2 à 12.4 de la convention unanime laquelle prévoit que GBB est en droit de ne pas « *procéder au paiement du prix d'achat des Actions* »⁷⁷ tant que Premier Tech ne lui aura pas versé un dividende suffisant « *pour couvrir le prix d'achat* »⁷⁸.

178 Le conseil d'administration de Premier Tech, dont les membres sont nommés par GBB, peut invoquer « *ses ententes de financements ou (. . .) toute loi ou règlement la régissant* » pour ne pas verser à GBB le dividende nécessaire pour qu'elle rachète les actions de l'actionnaire-cadre.

179 L'actionnaire-cadre se retrouverait alors dans un cul-de-sac financier où, qu'il soit congédié ou démissionnaire, il est dans l'obligation de conserver ses actions et de rembourser son prêt⁷⁹ à l'entreprise sans ne rien pouvoir faire avec ses actions.

180 Cette approche, confirmée par le paragraphe 56 de la défense amendée, démontre non seulement un étranglement financier possible de l'actionnaire-cadre à cause de ces articles, mais en plus, établit que cet autre scénario de l'expert Perreault, défendant le bien-fondé de la clause 8.01.2, présente d'importants risques qu'il ne prend pas suffisamment en considération.

181 Il y a plus. La proposition de l'expert Perreault a finalement une conséquence sur le lien de confiance entre l'employeur et le cadre.

182 De fait, un cadre qui exerce ses options afin d'éviter de les perdre, si congédiement il y avait, ne démontre pas une grande confiance envers ses supérieurs et l'entreprise. Le simple fait d'exercer constamment des options, accompagné d'un financement et d'un PUT instantané risque, à long terme, de discréditer le cadre et de précipiter son congédiement.

183 Cette deuxième avenue de l'expert Perreault ne colle pas davantage à la réalité car aucun des actionnaires-cadres n'utilise cette voie. Les seules fois qu'ils ont utilisé le PUT, c'est qu'ils avaient besoin de liquidités à court terme.

184 Le Tribunal conclut que l'usage que propose l'expert Perreault d'emprunter pour acquérir constamment des actions, afin de prévenir les effets potentiels de la clause 8.01.2, est irréaliste dans les faits. Quant à l'autre option, soit celle d'acheter des actions et les revendre immédiatement, elle s'écarte de l'objectif de favoriser l'effort constant à long terme en vue de développer l'entreprise.

185 Le Tribunal retient l'opinion de l'expert Laniel qui, chiffres à l'appui, démontre que la clause 8.01.2 n'est pas usuelle dans les contrats de ce genre. Bien plus, les recommandations de l'expert Perreault, appliquées au cas en l'espèce, démontrent le caractère abusif de la clause.

2.4.3 Conclusion quant au caractère abusif de la clause 8.01.2

186 Non seulement le Tribunal conclut-il que la clause 8.01.2 est abusive vu ces conditions particulières d'application, mais qu'il y a lieu de compléter son analyse.

2.4.3.1 Le but et la portée de la clause 8.01.2

187 Avant de qualifier une clause d'abusives, il faut « examiner le but et la portée de cette clause dans le contexte de l'ensemble des droits et obligations de chacune des parties et de l'économie générale de ce contrat ».

188 Le Régime est structuré afin de bien encadrer le droit d'acquérir des options. Il est un outil qui encourage toute personne associée à l'orientation et aux décisions stratégiques et opérationnelles de l'entreprise de pouvoir jouir de la plus-value à travers ce qui constitue sa valeur intrinsèque, savoir son capital-actions. Être partiellement propriétaire d'une entreprise est plus qu'en être un employé rémunéré.

189 Pour les équipiers, comme il est écrit, le Régime est une « mesure incitative de rémunération à long terme en regard de la création de valeur »⁸⁰.

190 Il est autant utopique de croire, à l'invitation de Premier Tech, qu'un actionnaire-cadre peut ne pas accepter ce type de rémunération que de croire qu'il n'est pas obligé d'encaisser son chèque de paie. Dans la pratique, comme il est de mise de toucher un salaire, il est de mise dans ces fonctions stratégiques de recevoir une rémunération à long terme. Le Régime n'utilise pas inutilement la notion de « rémunération ». Le Régime fait partie des considérations générales pour lesquelles un cadre de haut niveau y oeuvre et continue à y oeuvrer.

191 Il est raisonnable de croire qu'un cadre, bien rémunéré, qui se voit offrir des options d'achat d'actions, développera une plus grande mobilisation envers son entreprise. Il n'aura pas le goût de soumettre sa candidature à un chasseur de têtes.

192 Pour démontrer que les options appartiennent à une personne dès lors que le conseil les lui a octroyées, la clause 8.01.5 réserve au conseil d'administration le droit d'annuler, « sous réserve de l'approbation du bénéficiaire »⁸¹ toutes les options qu'il n'aurait pas encore exercées.

193 Quelles sont maintenant les conditions dans lesquelles le Régime peut prendre fin?

194 Il y a les conditions qui relèvent de la volonté de l'actionnaire-cadre (démission ou retraite), celles qui relèvent de la condition personnelle de l'actionnaire-cadre sans qu'il en soit responsable (incapacité permanente ou décès) et celle qui relève de la volonté de l'employeur (congédiement avec ou sans cause). À l'exception de cette dernière possibilité, l'actionnaire-cadre ou sa succession bénéficie d'un délai après la fin de la prestation d'emploi pour lever les options.

195 Dès lors que l'on considère qu'il s'agit d'une rémunération comme l'est un salaire, est-il normal qu'un salaire puisse être retiré par la simple volonté de l'employeur? En principe, non.

196 Mais l'employeur peut arguer que l'employé n'a qu'à exercer ses options pour se mettre à l'abri du retrait rétroactif du salaire gagné. En principe, l'employeur a raison. Informé qu'il est de l'existence de l'épée de Damoclès que constitue la clause 8.01.2, l'actionnaire-cadre n'aurait qu'à se prémunir.

197 Le Tribunal estime que la clause 8.01.2 ne peut s'analyser dans l'abstrait. Si personne ne se voit octroyer des options ou si le conseil n'octroie qu'une ou deux options, on serait porté à ne pas voir le caractère abusif de cette clause. Cependant, quand, conjuguée à l'octroi de centaines de milliers d'options par actionnaire-cadre, la proportion salaire-options devient à ce point importante, alors la nécessité d'analyser le caractère abusif de la clause devient évidente.

198 Le Régime est bien rédigé; il présente les droits et obligations de chacun. Seule la clause 8.01.2 contient une porte de sortie aménagée en faveur de l'employeur qui veut mettre fin à tout le Régime : il n'a qu'à congédier son actionnaire-

cadre. Cette solution facile fait s'écrouler non pas un système spéculatif, mais un mode de rému-nération rattaché à la hausse éventuelle de la valeur de l'entreprise pour laquelle l'actionnaire-cadre y a travaillé.

2.4.3.2 La clause 8.01.2 est déraisonnable

199 Le Tribunal doit examiner l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi que l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables.

200 Le motif de congédiement invoqué après le fait est principalement l'absence de performance de Monsieur Dollo.

201 Or, la rémunération à long terme versée suivant le Régime n'est pas associée à sa performance. Ni avant, ni après la privatisation. Dans les faits, les dernières options octroyées en 2007 lors de la privatisation devenaient acquises à la fin de chaque mois, peu importe la performance. L'octroi de telles nouvelles options a d'ailleurs sûrement facilité la signature par les actionnaires-cadres de la convention unanime et de la résolution de février 2007. Malgré cela, en 2010, sous prétexte de sa non-performance, la conséquence du congédiement est de balayer tout ce qui est acquis à cette date.

202 Même lors de sa décision en décembre 2010, à la demande de Monsieur Dollo d'exercer en sa faveur sa discrétion, le conseil d'administration ne tient pas davantage compte du passé de Monsieur Dollo au sein de l'entreprise. Les motifs allégués de non-performance des derniers mois effacent ce qu'il a gagné au fil des ans.

203 Or, en estimant que la performance de Monsieur Dollo ne correspond plus aux attentes de l'entreprise, les dirigeants, en le congédiant, passent outre à toutes les années pour lesquelles il travaille pour l'entreprise. Sa rémunération à long terme acquise, peu importe le plus lointain passé, y compris les sommes liquides accumulées dans le RAR, est effacée sous prétexte de sa plus récente non-performance. Par ce processus décisionnel, cela démontre, par l'exemple, le caractère déraisonnable de la clause 8.01.2.

204 En clair, les dernières options furent octroyées en 2007 et seul le passage du temps les lui rend acquises. Or, l'entreprise lui reproche sa non-performance des deux dernières années, soit les années 2009 et 2010. Cela démontre que le processus décisionnel de retirer les options n'est pas une « *issue possible acceptable* ».

205 Contrairement à certains arrêts jurisprudentiels cités par les parties, en l'espèce, les options sont acquises parce que le travail est réalisé. Et comme Monsieur Bernard Bélanger déclare à Monsieur Dollo dans les mois précédents son congédiement : « *ce qui est gagné est gagné* ».

206 Le Tribunal conclut aussi qu'il est finalement déraisonnable de considérer que Monsieur Dollo perd ses acquis pour une simple question d'opportunité. En effet, si, dans la seconde qui précède le moment où monsieur Bernard Bélanger lui signifie son congédiement, il lui tend une lettre lui indiquant qu'il entend lever ses options et en demander le financement, la situation serait toute autre.

2.4.3.3 La clause 8.01.2 est excessive

207 Est excessif le moyen dont la portée est plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

208 Le profit anticipé par action lors du congédiement était de 6,28 \$⁸². Donc, vers 2010, monsieur Dollo acquerrait, mois après mois, un profit potentiel de 14 946,40 \$⁸³. Annuellement, sa rémunération à long terme liée à ses options représente, lors de son départ, un revenu additionnel de 179 357 \$⁸⁴. Sans compter que la fiscalité liée aux actions est plus avantageuse que celle applicable à un salaire⁸⁵, cette somme se rapproche de son salaire annuel de 220 000 \$, ce qui démontre à quel point priver monsieur Dollo de ses options en le congédiant est excessif.

209 Premier Tech désire mettre fin à sa relation de travail avec Monsieur Dollo. Elle n'a qu'à le faire sans le pénaliser pour les années antérieures pendant lesquelles elle bénéficie de son dévouement. En le privant de sa rémunération à long terme acquise, la portée de sa décision de le congédier dépasse largement la portée nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

2.4.3.4 La clause 8.01.2 s'assimile à une clause purement potestative

210 La clause 8.01.2 est à contre-courant de l'esprit du Régime, à telle enseigne qu'il devient ironiquement avantageux de congédier un actionnaire-cadre qui a accumulé plusieurs années d'expérience et qui est riche en options acquises. Les argents épargnés par l'actionnaire majoritaire en se servant de la clause 8.01.2 à titre d'employeur sont bien supérieurs à l'indemnité de départ qui est alors payée même lorsque l'employeur le congédie sans cause.

211 En effet, sans même que Monsieur Dollo ne le demande, Premier Tech offre 220 000 \$ d'indemnité de départ même si l'entreprise plaide maintenant qu'elle opère un congédiement pour cause. Cette somme représente bien peu lorsqu'on la compare à l'obligation de GBB qui aurait pu être dans l'obligation de verser l'équivalent⁸⁶ d'un profit d'environ 6,28 \$ pour les 207 619 options, savoir une somme de 1 313 847 \$.

212 Sans en être nécessairement une, la clause 8.01.2 est assimilable à une clause purement potestative proscrite par l'article 1500 C.c.Q.⁸⁷. Comme le rappelle l'auteur Vincent Karim⁸⁸:

Cette condition qui dépend, pour sa réalisation, de la seule volonté de celui qui s'y oblige, est communément désignée sous les termes « condition purement potestative ou facultative ». Elle s'oppose à la condition casuelle qui dépend seulement d'un événement extérieur ou du hasard, et à la condition mixte ou à la condition simplement potestative qui dépend tant de la volonté du débiteur que des circonstances extérieures indépendantes.

213 L'employeur, en prenant la décision de congédier, qu'elle soit justifiée ou pas - ce qui est son droit - prend aussi une décision qui relève de sa seule volonté de ne pas reconnaître à l'employé son droit de toucher aux options d'achat d'actions acquises.

214 En prenant la décision unilatérale de congédier, l'employeur prend aussi la décision unilatérale de mettre fin aux avantages du Régime et à la rémunération à long terme gagnée au fil du temps par l'employé.

215 La clause 8.01.2 ne laisse aucune marge de manoeuvre à l'employé qui est congédié, peu importe que le congédiement soit avec ou sans cause.

216 Le Régime, à cause de la clause 8.01.2, est une « obligation dont la naissance dépend d'une condition qui relève de la seule discrétion du débiteur », soit Premier Tech.

217 Le Tribunal estime que la clause 8.01.2 pourrait être donc être abusive également pour cette autre raison. Chose certaine, si elle n'est pas strictement une clause purement potestative au sens du *Code civil du Québec*, cette similarité milite en faveur de son caractère abusif.

2.4.3.5 Conclusions générales quant au caractère abusif

218 En reprenant les analyses jurisprudentielles retenues par le Tribunal, il est approprié de conclure ainsi :

- La clause 8.01.2 est déraisonnable en ce que son usage annihile une forme de rémunération acquise dont l'importance est significative;
- La clause 8.01.2 est excessive en ce que l'objectif de congédier une personne est amplement dépassé lorsqu'elle pénalise l'employé pour les efforts déployés au fil des ans;
- La clause 8.01.2 est excessive en ce que, pour en éviter l'application brutale, l'employé est dans l'obligation d'investir des sommes hors du commun;

- L'économie générale du Régime est de promouvoir une rémunération à long terme afin de favoriser l'attraction, la rétention et la stimulation des talents. Telle que rédigée, si l'actionnaire-cadre veut se prémunir à court terme de la clause 8.01.2, il favorisera le scepticisme, le doute et le court terme;
- La clause 8.01.2 est déraisonnable en ce que l'employeur pourrait avoir tout intérêt à congédier un cadre-actionnaire qui cumule des années d'expérience et qui détient un grand nombre d'options acquises et non exercées;
- Non seulement la clause 8.01.2 ne se retrouve pas dans les règles gouvernant habituellement ce genre de contrats, mais le Tribunal est d'avis que ce type de clause est rarissime à titre d'usage commercial, comme le lui suggère l'expert Laniel.

219 Les parties déposent au Tribunal des arrêts jurisprudentiels dont plusieurs valident des régimes d'options d'achat d'actions en cas de terminaison d'emploi.

220 Le Tribunal remarque qu'aucun parmi cette jurisprudence ne soulève la question sous l'angle de la clause abusive d'un contrat d'adhésion et des dispositions spéciales du *Code civil du Québec*.

221 Premier Tech invoque l'arrêt de la Cour d'appel, *Niro c. Château inc.*⁸⁹, où l'employé est débouté de son droit de lever des options pendant la période du délai-congé. Le Tribunal remarque que la levée des options acquises avant le congédiement ne fait pas l'objet d'un différend entre les parties.

222 Premier Tech souligne l'arrêt *Archambault c. IMS du Canada Itée*⁹⁰ où une employée ne lève pas ses options dans les 90 jours de son congédiement comme le régime le permet. L'un des motifs retenus par la juge fut de considérer que le régime d'options ne fait pas partie de la rémunération de l'employée. Dans la présente affaire, c'est le contraire : les options d'achat d'actions font partie de la rémunération globale comme le précise le Régime⁹¹.

2.5 QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES D'UNE CLAUSE ABUSIVE?

223 La clause 8.01.2 du Régime est abusive. Elle est en principe nulle. Les obligations qui en découlent sont-elles réductibles au sens du premier paragraphe de l'article 1437 C.c.Q.⁹²?

224 Habituellement, les tribunaux appliquent la réduction d'une obligation découlant d'une clause abusive lorsque l'adhérent le leur demande. Par exemple, on accepte:

- de réduire la commission payable par un vendeur ayant réussi à vendre par lui-même alors que la clause jugée abusive lui imposait plutôt de verser au courtier sa pleine rétribution⁹³;
- de réduire l'obligation des adhérents pour l'annulation d'un voyage au paiement d'un certain montant d'argent en raison du caractère abusif de la clause qui ne leur permet pas d'annuler le contrat d'achat de voyage même pour un motif valable et en l'absence de préjudice financier pour le vendeur⁹⁴;
- de réduire un taux d'intérêt jugé abusif⁹⁵;
- ou de réduire l'obligation d'un locataire en cas d'abandon des lieux loués avant l'expiration du bail, au montant du loyer dû jusqu'à la relocation, plutôt que sur une période déterminée au cours de laquelle les lieux sont reloués⁹⁶.

225 Dans le présent cas, la clause 8.01.2 ne réfère pas à un montant que l'adhérent, Monsieur Dollo, serait tenu de payer. Le stipulant, Premier Tech, peut-il bénéficier de la réduction? Les obligations imposées par la clause 8.01.2 peuvent-elles être quand même réduites? Et si oui, de combien?

2.5.1 *Le stipulant peut-il plaider la réduction?*

226 L'article 1437 C.c.Q. ne précise pas qui peut demander la réduction d'une obligation.

227 D'un point de vue théorique, il pourrait sembler inconcevable que la réduction de l'obligation qui découle d'une clause abusive puisse bénéficier au stipulant en position de force. L'article 1437 C.c.Q. constitue essentiellement une protection accordée à l'adhérent ou au consommateur, sujets de droit en position de faiblesse⁹⁷ dans le contexte d'absence de possibilité de négocier réellement.

228 C'est d'ailleurs ce qui fait dire au professeur Karim :

La clause abusive n'est donc sanctionnée que dans les contrats d'adhésion ou de consommation, parce que la partie en position de force impose sa volonté à la partie plus faible. Il est donc normal que le cocontractant qui a rédigé la clause supporte les conséquences de son abus.⁹⁸

(notre soulignement)

229 Cela dit, d'un point de vue pratique, la réduction de l'obligation découlant d'une clause abusive sert nécessairement les intérêts du stipulant en ce que plutôt que de voir sa clause simplement annulée et les bénéfices originaires escomptés disparaître, ceux-ci sont simplement réduits. En d'autres termes, par la réduction de l'obligation, le stipulant s'assure un gain alors que l'annulation pure et simple de la clause lui entraînerait une perte.

230 Fondé sur l'équité, l'article 1437 C.c.Q. vise à sanctionner les abus et les déséquilibres contractuels excessifs et déraisonnables qui heurtent la bonne foi et consacrent un rapport de force inacceptable. L'article 1437 C.c.Q. tend à rétablir la justice contractuelle⁹⁹. Parfois, cela nécessite l'annulation de la clause jugée abusive. Parfois, il suffit de réduire l'obligation qui en découle pour que soit corrigé le déséquilibre dans le rapport de force et s'assurer que chaque partie reçoive proportionnellement à ce qu'il donne.

231 L'article 1437 C.c.Q. est un article qui protège les parties de façon neutre. Par opposition, l'article 1407 C.c.Q. spécifie qui il désire protéger puisqu'il contient l'expression « *celui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité d'un contrat* ».

232 N'ayant pas apporté la même nuance à l'article 1437 C.c.Q., le législateur veut donc permettre de réduire une obligation, quelle que soit la partie qui en bénéficie.

2.5.2 *La clause 8.01.2 peut-elle être réduite?*

233 Le Tribunal ne peut réécrire une clause abusive. Seule l'obligation qui en découle peut être réduite.

234 Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal estime qu'il y a lieu d'analyser le tout comme si la clause 8.01.2 du Régime n'existe pas. Monsieur Dollo a le droit d'acquérir les actions correspondantes aux options acquises.

235 Mais il réclame davantage : puisque l'indemnité versée par Premier Tech couvre les 12 mois qui suivent son congédiement, il demande que les options pour cette période lui soient aussi reconnues.

236 Comme on le sait, le Tribunal est d'avis que les options d'achat d'actions sont une mesure de rémunération à long terme pour du travail réalisé jusqu'à la date de la cessation d'emploi. Cette rémunération spéciale a pour but d'attirer, de retenir et de motiver les meilleurs talents de l'entreprise choisis discrétionnairement par les dirigeants et évalués par le

conseil d'administration. Il serait inapproprié de verser une rémunération à long terme, à moins que le Régime ne prévoie le contraire, pour retenir et motiver alors que le lien d'emploi est rompu.

237 Le Tribunal retient que la seule approche qui semble appropriée dans les circonstances est de ne pas considérer la demande de Monsieur Dollo qui réclame que les options lui soient reconnues acquises pendant une période d'un an à la suite de son congédiement, même si ce congédiement est jugé abusif.

238 Plusieurs clauses de régimes d'options d'achat d'actions prévoient qu'un employé peut lever ses options acquises à la date de son congédiement et qu'il perd de fait les options non acquises à cette même date. La justice contractuelle dicte que la demande de Monsieur Dollo pour les options non acquises ne soit pas accueillie.

239 Le Tribunal pourrait se satisfaire de cette conclusion de nullité de la clause 8.01.2 et pourrait obliger Premier Tech à vendre des actions à Monsieur Dollo. Mais Premier Tech soutient que le congédiement est « pour cause » et que la présente décision doit en tenir compte.

2.6 MONSIEUR DOLLO A-T-IL ÉTÉ CONGÉDIÉ POUR CAUSE?

240 Premier Tech soutient essentiellement que Monsieur Dollo a fait l'objet d'un « *congédiement administratif non disciplinaire fondé sur la performance insatis-faisante* »¹⁰⁰ savoir la non atteinte des objectifs financiers, opérationnels et stratégiques liés à sa fonction de cadre de premier niveau de Premier Horticulture. Et ce malgré les rencontres préalables que prétend avoir organisé Premier Tech. Cela a valu à Monsieur Dollo la perte de confiance de la haute direction.

241 Monsieur Dollo prétend, comme on le sait, qu'il n'y avait aucun de motif pour le congédier et qu'au surplus, le processus de congédiement n'est pas alors respecté.

242 Le fardeau de la preuve incombe à Premier Tech¹⁰¹.

2.6.1 Le droit

243 Premier Tech doit faire la démonstration que le congédiement administratif de Monsieur Dollo est justifié.

244 Le *Code civil du Québec* encadre ainsi le congédiement :

2094. Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail.

245 Comment se définit le congédiement pour mesure « *administrative* » que plaide Premier Tech? La Cour d'appel nous donne une réponse dans l'arrêt *Costco Wholesale Canada Ltd. c. Chaumont*¹⁰² :

[85] La démarcation entre les mesures disciplinaires et administratives s'explique facilement. Dans le domaine disciplinaire, l'employeur tente de sanctionner le comportement fautif du salarié. Dans un tel contexte, le danger de gestes excessifs, inappropriés ou abusifs peut se concrétiser. Bref, l'arbitre ou le commissaire doivent être en mesure de prévenir des congédiements arbitraires ou des formes de punition qui ne sont pas justifiées. La mesure administrative, au contraire, vise parfois plutôt un comportement complètement involontaire qui ne saurait être corrigé, souvent dû à une incapacité d'effectuer une prestation de travail. Un employeur doit être en mesure de recevoir une prestation adéquate en contrepartie du salaire qu'il s'oblige à verser.

(notre soulignement)

246 Monsieur Dollo soutient que Premier Tech ne respecte pas les étapes d'un pareil congédiement. Ces étapes sont citées avec approbation par la Cour d'appel dans ce même arrêt :

- Le salarié doit connaître les politiques de l'entreprise et les attentes fixées par l'employeur à son égard;

- Ses lacunes lui ont été signalées;
- Il a obtenu le support nécessaire pour se corriger et atteindre ses objectifs;
- Il a bénéficié d'un délai raisonnable pour s'ajuster;
- Il a été prévenu du risque de congédiement à défaut d'amélioration de sa part. »¹⁰³

247 Il y a donc lieu d'analyser le comportement de Premier Tech en tenant compte de ces critères.

2.5.2 Les faits menant au congédiement

248 Le 10 juin 2009, Monsieur Jean Bélanger rencontre Monsieur Dollo pour son évaluation annuelle. Il lui accorde alors une cote globale de « B ».

249 Ses commentaires dans le document d'évaluation¹⁰⁴ ne sont pas globalement négatifs envers Monsieur Dollo : « *Je le sens plus présent / près de son monde cette année* ». Monsieur Bélanger souhaite que Monsieur Dollo fasse preuve de plus d'agilité et de proactivité pour l'année qui débute. Il y a quelques légers commentaires négatifs au passage, mais ils ne constituent certes pas des reproches majeurs.

250 Monsieur Dollo, à titre de gestionnaire principal, prépare annuellement avec son équipe un projet de budget pour la filiale dont il est président. Le budget est ensuite discuté avec les dirigeants pour être finalement présenté et adopté par le conseil d'administration.

251 Au cours des 3 années précédant son congédiement, le chiffre d'affaires de cette unité d'affaires passe de 117 000 000 \$ à 125 000 000 \$¹⁰⁵. Pour l'année financière terminée en février 2011 ainsi que pour les 2 années suivantes, alors que Monsieur Dollo est congédié, le chiffre d'affaires est de l'ordre de 110 000 000 \$.

252 Monsieur Dollo explique chaque année que les résultats de son unité se comparent à ceux du principal concurrent horticole de Premier Tech qui vit les mêmes mauvaises conditions météorologiques, les mêmes conditions économiques difficiles pour le consommateur qui achète moins de produits horticoles, les mêmes hausses de coût du transport et la même fluctuation du taux de change. La direction n'est pas convaincue.

253 Interrogé à ce sujet, le vice-président finances, Monsieur Martin Noël, traduit le reproche formulé à Monsieur Dollo en ces termes : les ambitieux objectifs de vente de Monsieur Dollo se situent aux alentours de 140 000 000 \$ et, à cause de cette ambition, l'entreprise mobilise des ressources financières plus élevées. Le profit est donc absent devant une telle hausse de coûts, mais avec un chiffre d'affaires qui ne croît pas en proportion.

254 Outre les échanges verbaux avec Messieurs Bernard et Jean Bélanger qui l'invitent à atteindre ses objectifs, Monsieur Dollo ne reçoit de son employeur que cet avertissement écrit donné par Monsieur Jean Bélanger le 17 mars 2010 :

Bon matin Christian,

Je trouve important de te faire part et souligner mon inconfort et ma surprise suite à tes commentaires/position/ attitude lors de notre rencontre HRMIR. Je vise spécifiquement par mon commentaire ta réaction à ma question sur comment tu allais aborder/utiliser les résultats décevants de PHL en FY10 pour mobiliser ton équipe et créer un esprit de groupe les ralliant autour d'un sentiment d'urgence de corriger la situation. Je dois t'avouer que ta réponse m'a grandement déçu et comme tu as pu le voir je t'ai laissé l'exprimer complètement et sans intervention. Je n'ai même pas réagi sur le coup et le fait ce matin, car je voulais bien décanter le tout et prendre du recul.

À tort ou à raison, ma perception de ta réponse est que c'est pas la responsa-bilité de l'équipe les résultats FY10. You did your best and that's what it gave. Aucun feeling d'appropriation et de désir de faire quelque chose et d'influencer. Aucun sentiment d'urgence (...).

Mon courriel se veut constructif et ne recherche pas à lancer un débat et une chaîne d'échanges écrits entre toi et moi. Il veut souligner l'importance de mon message du 15 février et surtout te communiquer clairement ce que j'ai ressenti hier. Encore une fois et je me permets de me répéter je ne recherche pas une réponse de ta part et ne veut pas te lancer sur une piste de défensive. Mais je pense qu'il est important de se dire les choses et se les communiquer clairement.

La discussion en long et en large de tout cela doit se faire dans le cadre prévu et structuré de ton évaluation annuelle que je planifie pour le plus tôt possible à mon retour d'Asie dans deux semaines.

Je t'invite à bien décanter mon courriel de même que le contenu de notre rencontre du 15 Février et comment nous allons faire évoluer ensemble le tout pour PT et PHL et son équipe.¹⁰⁶

255 Malgré le ton somme toute délicat et positif, Monsieur Dollo se sent interpellé par cette note. La rencontre d'évaluation annuelle approche.

256 L'agenda de Monsieur Jean Bélanger permet d'identifier une trentaine de moments précis au cours de l'année 2010 où il est seul avec Monsieur Dollo ou avec d'autres personnes. Le témoignage de Monsieur Bélanger permet de retenir que, lorsque d'autres personnes sont présentes, ni lui ni Monsieur Dollo n'échangent sur leurs attentes respectives.

257 Quatre rencontres formelles entre ces deux personnes ont lieu en 2010¹⁰⁷ : une en janvier, une autre en février, la première rencontre d'évaluation du travail de Monsieur Dollo du 27 avril 2010 et une seconde tenue dans un restaurant le 5 mai 2010.

258 Le 27 avril 2010, Monsieur Jean Bélanger prend quelques notes de la rencontre qu'il a avec Monsieur Dollo. Comme il l'a décrite lui-même, cette rencontre est davantage en lien avec l'évaluation du comportement de l'individu plutôt que de ses résultats. Monsieur Bélanger lui fait notamment reproche « *d'échapper son jugement par moments* »¹⁰⁸. La rencontre se termine en concluant qu'ils doivent tous deux partager un peu plus d'intimité professionnelle et de meilleurs échanges afin de favoriser une meilleure communication.

259 En vue d'une rencontre ultérieure sur les questions financières, Monsieur Dollo prétend avoir préalablement remis le lendemain à Monsieur Jean Bélanger un document financier d'auto-évaluation¹⁰⁹. Monsieur Bélanger nie.

260 À cet égard, le Tribunal accorde crédibilité à Monsieur Dollo. Le Tribunal comprend difficilement que Monsieur Jean Bélanger persiste à soutenir qu'il n'a jamais vu ce document avant l'audition. Monsieur Dollo le fait parvenir à Monsieur Ouellet à l'automne 2010¹¹⁰ et compte tenu de la proximité entre Monsieur Jean Bélanger et Monsieur Ouellet, le Tribunal estime qu'il est difficile de croire que ces deux personnes ne s'en soient pas parlé dans le cadre de la gestion du congédiement car Monsieur Dollo demande alors aussi le versement de son boni 2009-2010. Or, ce document supporte, aux dires de Monsieur Dollo, ses arguments.

261 Le 5 mai, Messieurs Jean Bélanger et Dollo se rencontrent au restaurant. Monsieur Dollo arrive à la rencontre inquiet, Monsieur Bélanger le rassure. Cette rencontre se termine par l'expression de déceptions de la part de Monsieur Bélanger quant aux résultats financiers de la filiale de Monsieur Dollo. Comment peut-il être réellement déçu de ceux-ci s'il n'a pu analyser le document que lui remet Monsieur Dollo?

262 Le 7 juillet 2010, Madame Line Lamarre, vice-présidente au développement organisationnel chez Premier Tech, rencontre Monsieur Dollo. Elle lui indique qu'il est inacceptable qu'à l'occasion de 3 événements antérieurs, il réprimande des employés en présence de collègues. Cette façon de faire est, à son avis, contraire aux valeurs promues par l'entreprise.

263 Interrogée par le Tribunal, elle reconnaît toutefois qu'elle n'a pas alors un mandat de le prévenir que, si son comportement persiste, il pourrait être congédié pour cette raison.

264 Il n'est pas en preuve qu'au-delà de cette rencontre, hormis les 2 semaines de vacances prises par Monsieur Dollo, il ait recommencé.

265 Madame Lamarre lui offre de l'aide pour s'améliorer sur cet aspect. Aucun suivi n'est assuré auprès de Monsieur Dollo.

266 Au retour des vacances estivales, un bras droit de Monsieur Dollo lui annonce sa démission. Monsieur Bernard Bélanger, informé de la situation, demande à Monsieur Dollo de le retenir. Monsieur Dollo, quittant pour les États-Unis dans le cadre de ses fonctions, demande à Monsieur Jean Bélanger de faire la rencontre¹¹¹. Rien n'y fit.

267 Aux yeux de messieurs Bélanger, cet événement est la goutte d'eau qui fait déborder le vase. Le processus de congédiement se met en marche.

268 Le procès-verbal de la réunion du comité des ressources humaines tenue le 26 août 2010 définit les motifs de congédiement :

Le président [Bernard Bélanger] explique l'objet de la réunion qui est tenue spécialement pour discuter de la compétence de Monsieur Dollo à occuper le poste de président de Premier Tech Horticulture considérant son attitude, ses comportements en regard de la culture Premier Tech et le tout à la lumière des faibles résultats de PTH au cours des derniers exercices.¹¹²

269 Lors de cette réunion, Monsieur Jean Bélanger ajoute à ces raisons que le leadership de Monsieur Dollo peut être remis en cause. Il ajoute que certains membres du conseil d'administration lui mentionnent déjà la faible qualité des présentations des rapports de Monsieur Dollo. Ils remarquent aussi son impuissance à trouver des solutions pour corriger la situation.

270 Le 27 août 2010, Monsieur Bernard Bélanger convoque Monsieur Dollo à une rencontre. Il l'avise de la terminaison de son emploi soulevant un problème de leadership et de non-respect des budgets de son unité d'affaires. Il lui remet une lettre signée par lui l'informant de la rupture du lien d'emploi¹¹³. Cette lettre ne fait référence à aucun motif de renvoi. Elle lui offre une prime de départ de 220 000 \$ et d'autres avantages d'usage dans les circonstances.

271 Abasourdi, Monsieur Dollo soutient avoir alors évoqué la question des options d'achat d'actions. Ceci démontre ses préoccupations, car il se rappelle ses préoccupations qu'il avait déjà exprimées au printemps 2010 aux dirigeants et à Monsieur Noël, face à la clause 8.01.2. De fait, la lettre qu'il dit avoir eu le temps de parcourir ne fait aucunement référence aux options d'achat d'actions.

272 Interrogé hors Cour le 1^{er} décembre 2011, Monsieur Bélanger nie qu'il en fut question :

Q. Okay. Est-ce que je dois comprendre, de ce que vous venez de nous dire il y a quelques instants, qu'il n'y a eu aucune discussion sur les options, rien?

R. Y'a eu aucune discussion sur les options. On a rien discuté à ce moment-là, j'lui ai dit : « Pour les Détails, tu - y connaissait mes habitudes - pour les détails, pour la finalisation de tout ça, tu vois M. Ouellet, comme d'habitude et tu vas avoir à négocier.¹¹⁴

Q. Je veux juste être sûr que j'ai bien compris, M. Bélanger. Lors de la rencontre du vingt-sept (27) août deux mille dix (2010) ni vous, ni M. Dollo n'avez abordé, de près ou de loin la question des options de M. Dollo?

R. On n'a pas abordé ça. La lettre, elle lui a été remise en même temps que la lettre de, de renvoi, pis c'est les documents étaient là. Y les a regardés, et comme j'veus dis, ça duré entre cinq (5) et dix (10) minutes, selon ma mémoire.¹¹⁵

273 Toutefois, aux questions du Tribunal, la version n'est plus tout à fait la même :

Q. Mais il a donc été question des options à ce moment-là?

R. Absolument pas, parce que j'ai dit : « Moi, là, je veux même pas écouter. » Il dit...

Q. Mais lui vous en a-t-il parlé en disant...

R. Lui...

Q. ... est-ce que (inaudible) des options dans le portrait?

R. ... lui il m'a dit - il dit : « Dans votre lettre là, vous me parlez, vous me parlez pas des options de mes actions. » Alors, j'ai dit : « Tes actions, tes actions tu vas aller les - tu vas régler ça avec M. Ouellet, c'est pas moi qui va régler ça »- parce qu'il y avait ses actions aussi à régler - j'ai dit : « c'est lui qui règle ça l'histoire de ton départ, ton automobile, ton - un an de salaire, ton automobile qui n'est pas un détail qui est un Cadillac, là, puis ton computer tout ça, je m'occupe pas de ça ces détails-là, va voir M. Ouellet qui va s'occuper de tout te donner l'information nécessaire », puis il connaissait la façon d'agir depuis des années.¹¹⁶

274 Le Tribunal préfère la version de Monsieur Dollo qui est davantage conforme à ce que Monsieur Bernard Bélanger a déclaré en cours d'audience.

275 Monsieur Bélanger invite Monsieur Dollo à rencontrer son bras droit et vice-président Ressources humaines de Premier Tech, Monsieur Germain Ouellet, pour assurer la suite de ce congédiement. Ce même jour, GBB, par l'entremise de Monsieur Ouellet, remet une lettre à Monsieur Dollo l'informant qu'elle entend exercer l'option d'achat des actions qu'il possède alors :

En vertu de l'Article 9 (Option d'achat d'Actions (« Call ») en faveur de GBB en cas de retrait d'un Actionnaire Minoritaire) de la Convention unanime entre les actionnaires de Premier Tech Ltée intervenue à Rivière-du-Loup en date du 26 juillet 2007 (ci-après « Convention »), Gestion Bernard Bélanger Ltée (ci-après « GBB ») vous informe de sa décision de lever l'option d'achat lui étant conférée en vertu de la CONVENTION.

Conformément à l'article 11 (Valeur des Actions), la valeur de vos Actions sera à la valeur déterminée à la fin du mois précédant la date du présent avis d'exercice et, en conséquence, cette valeur sera celle applicable en date du 31 juillet 2010. Le paiement du prix d'achat de vos Actions sera effectué par GBB en conformité avec les dispositions de l'article 12 (Paiement des Actions) de la convention.¹¹⁷

276 Le même jour, Monsieur Ouellet lui remet une troisième lettre. Premier Tech dégage Monsieur Dollo de ses obligations de non-concurrence :

Cependant, comme la cause de la terminaison de votre emploi est imputable à Premier Tech, les restrictions quant à certains emplois ne pouvant être occupés auprès de concurrents de Premier Tech, dans des domaines d'activités similaires à ceux dans lesquels vous exerchiez vos fonctions, ne vous sont point applicables conformément aux termes de l'Engagement.

(notre soulignement)

277 Monsieur Dollo quitte sur-le-champ.

2.6.3 Discussion quant à la justification du congédiement

2.6.3.1 Motifs du congédiement

278 Lors du congédiement, aucun motif n'est évoqué par écrit. Au contraire, avant même que Monsieur Dollo ne la demande, une indemnité équivalente à un an de salaire est immédiatement offerte. Tout au plus, Monsieur Bernard Bélanger évoque-t-il, lors de cette courte rencontre, son manque de leadership et la non-atteinte de ses objectifs financiers.

279 Non seulement lui verse-t-on l'indemnité maximale qu'a l'habitude de verser l'entreprise, suivant les dires de Madame Line Lamarre, mais en plus, Monsieur Germain Ouellet lui confirme que Premier Tech renonce aux obligations de non-concurrence qu'il avait souscrites¹¹⁸ afin de lui permettre de se trouver un emploi plus facilement. Monsieur Ouellet reconnaît de plus que la terminaison de l'emploi est « *imputable* » à Premier Tech.

280 Monsieur Dollo ne connaît les motifs de congédiement qu'une fois les procédures de Premier Tech déposées.

281 Lors du procès, Premier Tech insiste, chiffres à l'appui, que les budgets ne sont pas atteints. Les dirigeants et administrateurs entendus soutiennent que les résultats financiers ne sont pas au rendez-vous. Ils ajoutent que Monsieur Dollo fait porter à la valeur du dollar canadien, au prix du pétrole, aux conditions économiques défavorables et à la température l'odieux des résultats non atteints.

282 Dans les faits, l'une des informations utilisées par Monsieur Dollo est le document des prévisions du département américain de l'Agriculture de juin 2010 relatif à l'année 2009¹¹⁹. Dans ce rapport, on peut constater que le marché des plantes de jardins régresse quelque peu en un an. Cela soutient ses affirmations que la croissance est difficile.

283 De plus, en 2012, pour expliquer les résultats enregistrés deux ans après le départ de Monsieur Dollo, il est intéressant de lire les commentaires de Monsieur Jean Bélanger à titre de président et chef des opérations de Premier Tech contenus dans le Rapport annuel de l'entreprise :

Ce qui me vient spontanément à l'esprit, c'est le contexte économique très instable de la majorité des pays dans lesquels nous faisons des affaires et le niveau intense de compétition avec lequel nous avons dû composer. Même si l'année n'a pas été facile, l'équipe Premier Tech, elle, est demeurée concentrée sur les objectifs à atteindre à court, à moyen et à long terme.

Mais ce contexte n'est pas nouveau. En effet, depuis maintenant près de dix ans, soit depuis le printemps 2003, la majorité des entreprises canadiennes affrontent une « tempête parfaite »!

La force du dollar canadien, l'augmentation du prix des matières premières, la montée en flèche du prix du pétrole et de ses produits dérivés . . . Ajoutez à cela la récession de l'automne 2008 et la crise financière qui perdure depuis, et vous avez un environnement des plus difficiles pour les affaires; celui-ci exige de Premier Tech un niveau d'intensité et d'exécution sans précédent depuis la diversification de ses activités, amorcée il y a maintenant près de 30 ans, dans le secteur de l'horticulture, sa spécialisation d'origine.

(. . .)

Cette diversification ne peut toutefois pas protéger l'entreprise (. . .) des (. . .) bouleversements des dernières années . . .

À cet égard, Premier Tech a été confrontée à un obstacle particulier qui a eu des conséquences majeures sur sa performance de la dernière année: la température. En effet, le printemps et l'été 2011 ont été marqués par le mauvais temps, ce qui a fait en sorte que les consommateurs nord-américains ont moins jardiné.¹²⁰

284 Le Tribunal remarque que le chef des opérations, administrateur et actionnaire majoritaire (à travers GBB) justifie les mauvais résultats par la crise financière, le dollar canadien, le prix du pétrole et la température. Alors, ces motifs semblent justifiés. Mais quand, en 2010, juste auparavant, Monsieur Dollo en fait autant pour expliquer la stagnation du chiffre d'affaires, cela devient un motif de congédiement.

285 Si les résultats sont mauvais de manière répétitive, comment expliquer qu'en 2010, l'entreprise verse un boni de 53 750 \$ à Monsieur Dollo pour les résultats obtenus au cours de l'année financière se terminant en février 2009. Or, en même temps et pour l'année 2009, Premier Tech lui reproche également de ne pas avoir atteint ses objectifs.

286 Premier Tech met en preuve qu'une fois Monsieur Dollo congédié, la filiale n'obtient pas de meilleurs résultats de vente au cours des deux années qui ont suivi.

287 Le Tribunal estime que, tout au plus, Premier Tech pourrait reprocher à Monsieur Dollo d'avoir surestimé les ambitions de ventes de la filiale et d'avoir engagé des capitaux en conséquence. Cependant, compte tenu de la preuve du contexte économique difficile, Premier Tech ne peut se fonder sur ce motif pour tirer sur le message.

288 Peut-être Monsieur Dollo a-t-il de grands appétits pour la filiale dont il est responsable, mais la prépondérance de la preuve révèle que les dirigeants et le conseil d'administration l'ont toujours appuyé pendant ces années. Ce motif de congédiement ne convainc pas.

289 Lors de l'audience, malgré ce qui est dit et répété dans la défense amendée de Premier Tech (« *non-atteinte des objectifs financiers* »), Monsieur Jean Bélanger prétend devant le Tribunal que 70 % des motifs du congédiement sont en lien avec le comportement de Monsieur Dollo et 30 % avec les insuccès financiers de la filiale dont il est responsable. Voyons ce motif qui prend maintenant le devant de la scène.

290 Ce changement de comportement aurait eu lieu au cours des deux années précédant son congédiement.

291 Il semble exact que Monsieur Dollo a pu avoir de vives réactions envers certains employés à une occasion ou l'autre en présence de collègues. Peut-être n'était-ce pas approprié?

292 Certes, il a été averti de ne plus recommencer le 7 juillet 2010 par la vice-présidente au développement organisationnel. Aucune preuve ne permet de croire qu'il recommence. Bien plus, embarrassé par une question du Tribunal, ce témoin admet qu'elle n'a pas le mandat de prévenir Monsieur Dollo que, si ce comportement se reproduit, il pourrait être congédié.

293 Ce motif de comportement survient trop tard dans le processus pour être crédible. Il se produit à trois reprises et, averti de ne pas recommencer, Monsieur Dollo ne recommence pas. Le Tribunal n'est pas davantage convaincu de ce motif.

2.6.3.2 Absence de support nécessaire pour se corriger et atteindre ses objectifs

294 En cas de congédiement de nature administrative (soit un comportement involontaire qui ne saurait être corrigé à cause d'une incapacité d'effectuer une prestation de travail), la personne que l'on veut congédier doit au moins avoir reçu du support afin de se corriger en vue d'atteindre ses objectifs. Devant l'insuccès de cette personne à qui on a offert du support, le congédiement peut être justifié, pourvu que les autres critères soient aussi respectés.

295 Or, le témoignage de Madame Lamarre permet d'établir qu'il est question qu'elle organise, pour Monsieur Dollo, un support afin de lui permettre de s'améliorer. Mais, outre le fait d'évoquer cette avenue de solution, aucun support n'est réellement offert à Monsieur Dollo. Il est plutôt congédié.

2.6.3.3 Absence de mise en garde

296 Comme l'exige la jurisprudence, la preuve ne révèle pas que Monsieur Dollo est mis en garde à l'effet que, si la situation ne s'améliore pas, il pourrait être congédié. Ce seul défaut de mise en garde est suffisant pour juger que le congédiement est injustifié.

297 Ni Monsieur Jean Bélanger ni Monsieur Bernard Bélanger ni Madame Line Lamarre ne préviennent Monsieur Dollo que, si la situation ne s'améliore pas, il serait congédié.

298 Comme on le sait, Monsieur Dollo est inquiet de perdre ses options en cas de congédiement. Son inquiétude ne permet pas pour autant à l'employeur de faire fi de cette gradation dans les avertissements à faire à son cadre.

299 Au contraire, connaissant son inquiétude de perdre ses options en cas de congédiement, son employeur doit d'autant plus lui servir un solide avertissement afin de lui permettre de se corriger. S'il avait été mis en garde, il aurait peut-être exercé ses options.

2.6.3.4 Conclusions quant au congédiement de Monsieur Dollo

300 Le Tribunal conclut que Premier Tech ne respecte pas trois conditions pour un congédiement de nature administrative. Le congédiement de Monsieur Dollo est sans cause.

301 Un congédiement sans cause renforce le caractère abusif du refus de Premier Tech de permettre à Monsieur Dollo de lever ses options. À cette étape, il reste à déterminer qui est responsable des conséquences de ce refus avant de choisir les remèdes appropriés.

2.7 LE COMPORTEMENT DES DÉFENDERESSES EST-IL OPPRESSIF AU SENS DE LA LCSA?

302 Invoquant la LCSA, Monsieur Dollo plaide que Premier Tech et son actionnaire majoritaire, GBB, ne tiennent pas compte de ses intérêts. Il a une expectative légitime de pouvoir exercer ses options.

303 Face au résultat obtenu, il demande au Tribunal de contraindre Premier Tech de lui émettre ses actions, de lui permettre de les acheter et d'ordonner à GBB de les lui racheter, nonobstant les articles de la Convention unanime qui constituent des freins légaux et financiers à ces échanges.

2.7.1 Le droit

304 Monsieur Dollo invoque l'article 241 de la LCSA:

241. (1) Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

(2) Le tribunal saisi d'une demande visée au paragraphe (1) peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou, se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

a) soit en raison de son comportement;

(. . .)

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

(notre soulignement)

305 Les remèdes dont dispose le Tribunal sont nombreux:

(3) Le tribunal peut, en donnant suite aux demandes visées au présent article, rendre les ordonnances provisoires ou définitives qu'il estime pertinentes pour, notamment :

(...)

c) réglementer les affaires internes de la société en modifiant les statuts ou les règlements administratifs ou en établissant ou en modifiant une convention unanime des actionnaires;

d) prescrire l'émission ou l'échange de valeurs mobilières;

(...)

f) enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, d'acheter des valeurs mobilières d'un détenteur;

g) enjoindre à la société, sous réserve du paragraphe (6), ou à toute autre personne, de rembourser aux détenteurs une partie des fonds qu'ils ont versés pour leurs valeurs mobilières;

h) modifier les clauses d'une opération ou d'un contrat auxquels la société est partie ou de les résilier, avec indemnisation de la société ou des autres parties;

(...)

j) indemniser les personnes qui ont subi un préjudice;

(notre soulignement)

306 Eu égard à la notion d'intérêt du plaignant pour instituer pareille procédure, en vertu de l'article 238¹²¹ de la LCSA, un tribunal peut reconnaître le statut de plaignant à une personne à qui on a promis une part du capital-actions.

307 Lors de la décision du conseil d'administration, Monsieur Dollo n'est plus un actionnaire.

308 À ce sujet, Monsieur le juge Richard Wagner, alors à la Cour d'appel, écrit en regard de faits qui peuvent s'apparenter à la présente affaire :

[48] Les appelants font valoir que Léger n'a pas exercé son option d'achat du tiers du capital-actions et ne peut donc se qualifier de plaignant au sens de l'article 238 de la Loi. Ils rappellent que l'entente obligeait Léger à exercer son option d'achat avant le 18 décembre 2007. Bons princes, ils ajoutent qu'une prolongation a été accordée jusqu'au 20 décembre 2007. En raison de sa procrastination, elle ne peut plus prétendre exercer les droits d'un actionnaire.

[49] Sur ce point, la juge constate, dans les faits, que Léger n'est pas une détentrice inscrite de valeurs mobilières de la société, mais considère qu'elle est néanmoins la véritable propriétaire du tiers du capital-actions au sens de la loi. J'estime qu'elle a raison de conclure ainsi.¹²²

309 Les auteurs Violette Leblanc et Benoît Lapointe¹²³ font une révision de la jurisprudence sur le statut de plaignant et concluent ainsi :

En définitive, cette analyse a permis de déterminer que les tribunaux font une large place aux attentes contractuelles des parties lorsqu'ils se prononcent sur la question du statut de plaignant. Ils accorderont également ce statut lorsque le demandeur a rempli toutes ses obligations, lorsqu'il a été empêché de le faire par la société ou lorsque son cocontractant lui a laissé entendre que l'exécution de ses obligations pouvait être remise à une date ultérieure.

(notre soulignement)

310 Citant avec approbation certains auteurs de doctrine, Monsieur le juge Louis Rochette de la Cour d'appel¹²⁴ présente l'encadrement de ce recours aux larges pouvoirs :

[144] Maurice Martel et Paul Martel qualifient ainsi le recours fondé sur l'article 241 LCSA:

Il s'agit d'un recours extraordinaire et sans précédent, qui confère au tribunal des pouvoirs quasi illimités en vue de redresser toutes sortes d'abus et d'injustices au niveau des activités des compagnies fédérales et de leurs administrateurs. Il est couramment désigné « recours pour oppression », mais en réalité sa portée est plus vaste que cette expression le laisse entendre.

L'article 241 doit être interprété largement « pour refléter l'intention du législateur d'assurer le règlement de conflits intracorporatifs sur la base de principes d'équité, plutôt que d'adhérence à des droits juridiques.

[145] Dans un ouvrage tout aussi récent, Raymonde Crête et Stéphane Rousseau écrivent sur ce recours en cas d'iniquité:

Grâce à cette forme de redressement, les tribunaux ont pu mettre en veilleuse les principes de retenue judiciaire qui avaient jusqu'alors limité leurs interventions au contrôle d'actes répréhensibles bien définis, pour accepter dorénavant de s'immiscer dans les affaires internes des compagnies. Leurs pouvoirs d'ingérence ont pris dès lors une dimension dont les paramètres sont difficiles à circonscrire en raison de l'introduction du concept aux contours flous qu'est l'équité. En introduisant ce concept, le législateur a permis ainsi aux autorités judiciaires de surveiller et de contrôler les agissements qui, tout en étant conformes aux prescriptions légales, créent une injustice à l'égard de certaines personnes ou de certains groupes.

[146] Quant aux circonstances qui donneront ouverture au recours, Paul et Maurice Martel poursuivent:

Le recours de l'article 241, recours d'équité, est ouvert non seulement dans le cas d'abus des droits du plaignant, ce qui implique des éléments de dureté et de manque de probité et traduit l'expression anglaise « oppression », mais aussi, et c'est là que la loi fédérale a innové par rapport au droit anglais, dans les cas où, même en l'absence d'illégalité ou de fraude, il est porté atteinte à ces droits ou qu'il n'en est pas tenu compte. (. . .)

(. . .)

L'équité demande en effet que pèsent dans la balance les « attentes sous-jacentes » (« underlying expectations ») des parties dans les petites entreprises. Ces attentes, qui sont susceptibles d'évoluer avec le temps et les circonstances, font partie des « intérêts » du plaignant qu'il faut sauvegarder. L'article 241 vise en effet à sauvegarder les « intérêts » du plaignant, et non pas uniquement et strictement ses « droits ».

C'est pourquoi un geste tout à fait légal de la société peut donner quand même ouverture au recours, s'il viole les « attentes légitimes » d'un actionnaire; ce n'est pas sa légalité qui est déterminante, mais son effet injuste.

(notre soulignement)

311 En résumé, le recours en oppression est fondé sur une disposition légale qui favorise l'équité et accorde au juge saisi de l'affaire un arsenal de moyens visant à la rétablir entre les parties lorsqu'il y a abus.

312 À la lumière des faits particuliers de ce litige, le Tribunal ne doit pas seulement examiner la légalité de l'acte posé, mais aussi l'équité découlant des gestes posés par la direction¹²⁵.

313 Dans son ouvrage-maître en la matière, Paul Martel indique que, pour guider le Tribunal, doivent être notamment considérés l'entreprise, son historique, la pratique corporative générale, le type de relations avec la personne qui se dit opprimée et la prévisibilité de l'acte reproché. De plus, doivent être considérés les « *droits, attentes et obligations*

» raisonnables de l'oppressé vis-à-vis l'entreprise. Il ne s'agit pas uniquement des droits de cette personne, mais de ses intérêts, ou traduits par la jurisprudence par l'expression, « *attentes légitimes* »¹²⁶.

314 Qu'en est-il alors des « *attentes légitimes* » lorsque le risque, à l'instar de la clause 8.01.2, est connu? Dans l'arrêt BCE¹²⁷, la Cour suprême enseigne ceci :

[78] Lorsqu'il apprécie le caractère raisonnable d'une attente d'une partie intéressée, le tribunal peut se demander si le plaignant aurait pu prendre des mesures pour se protéger contre le préjudice qu'il allègue avoir subi. Ainsi, il peut être pertinent de déterminer si un créancier garanti qui se plaint d'un abus aurait pu négocier des mesures de protection contre le préjudice en cause : *First Edmonton Place; SCI Systems*.

315 La Cour d'appel de l'Ontario¹²⁸, se fondant sur l'arrêt BCE, rend une décision rappelant qu'il faut examiner de quelle façon un investisseur peut se mettre à l'abri d'un risque connu par des mesures préventives comme celui de ne pas participer au programme menant au risque :

[86] BCE makes clear, both in the Supreme Court of Canada and at the trial level, that a factor in considering the reasonable expectations of the Noteholders is what steps they could have taken to protect themselves from known risks. Likewise, as stated by Feldman J.A. in *Casurina Partnership Ltd. v. Rio Algom Ltd*, supra, purchasers of the Notes had the opportunity to consider their prospective purchase in the context of the terms governing the debentures and on that basis decide whether or not to invest.

2.7.2 Les faits évoqués au soutien de l'oppression

316 Outre les faits déjà analysés qui décrivent notamment l'historique et le type de relations entre les parties, il convient d'ajouter l'analyse de quelques faits supplémentaires.

317 Le 26 août 2010, Monsieur Bernard Bélanger convoque le comité des ressources humaines du conseil d'administration pour le saisir de la demande de congédiement de Monsieur Dollo. Un des trois membres ne peut être rejoint.

318 Messieurs Côté et Bernard Bélanger sont unanimes pour congédier Monsieur Dollo moyennant les conditions d'usage de l'entreprise.

319 Lors de l'audience, Monsieur Côté témoigne ne pas avoir été surpris de cette recommandation de la direction; il s'y attendait un jour. Les motifs invoqués sont : le manque de leadership, son impuissance à trouver des solutions et son manque de conviction face aux valeurs de l'entreprise.

320 Le 7 septembre 2010, Monsieur Dollo réagit à son congédiement en indiquant les conditions de départ qu'il estime raisonnables, excluant toutefois qu'une quittance règle également ses prétentions quant aux options d'achat d'actions. Ce même jour, Monsieur Dollo transmet une lettre aux membres du conseil d'administration de Premier Tech leur demandant de reconnaître son droit d'exercer ses options d'achat d'actions¹²⁹.

321 Le 30 septembre 2010, le comité des ressources humaines reçoit le rapport de Monsieur Jean Bélanger quant aux suites du congédiement de Monsieur Dollo. Monsieur Bernard Bélanger est absent pour cause¹³⁰. Ce rapport est en 3 blocs : l'entente de séparation, le rachat des actions et les options d'achat d'actions acquises et non exercées à son départ.

322 Par respect pour Monsieur Bernard Bélanger, Monsieur Côté recommande d'attendre son retour avant de statuer sur les options d'achat d'actions de Monsieur Dollo.

323 Quelques heures plus tard, en regard de la demande formulée par Monsieur Dollo, le conseil d'administration se réunit. Il entérine la recommandation d'attendre le retour de Monsieur Bélanger pour statuer sur cette question. Par ailleurs, le conseil délibère et recommande d'approuver la vente des actions de Monsieur Dollo à GBB.

324 Le Tribunal remarque que l'absence de Monsieur Bernard Bélanger justifie le report de la décision sur les demandes formulées par Monsieur Dollo. Personne ne sait ce qu'il en pense. Mais cette absence ne justifie pas de reporter toutefois la décision visant à permettre à GBB de se porter acquéreur des actions de Monsieur Dollo. Bien plus, comme on le verra, pourquoi attendre le retour d'une personne qui, lorsque la décision se prend le 16 décembre, ne peut participer à la décision à cause d'une apparence de conflit d'intérêts?

325 Le Tribunal estime que ce « respect » relève davantage de l'approbation tacite de celui qui, tôt ou tard, pourrait être appelé à déboursier près de 2 000 000 \$ si ceux qu'il a nommés en décident ainsi.

326 Le 4 octobre 2010, Monsieur Dollo s'entend avec Premier Tech sur les modalités de son indemnité de départ¹³¹. Il souscrit à un document de quittance qui lui réserve ses recours en matière d'options d'achat d'actions¹³².

327 Le 6 octobre 2010, Monsieur Dollo s'adresse de nouveau aux membres du conseil d'administration pour réitérer sa demande du 7 septembre qui n'est pas alors traitée vu l'absence de Monsieur Bernard Bélanger¹³³.

328 Le 25 octobre 2010, GBB se porte acquéreur des 71 100 actions détenues par Monsieur Dollo dans le capital-actions de Premier Tech pour une somme de 659 808 \$¹³⁴.

329 Le 16 décembre 2010, le comité des ressources humaines doit se réunir pour discuter de la demande de Monsieur Dollo.

330 La veille, les membres « indépendants » qui font partie du conseil d'administration se réunissent comme à l'habitude, en l'absence de toute personne rémunérée de Premier Tech (incluant notamment Messieurs Bélanger). Ils décident alors de ne pas permettre à Monsieur Dollo d'exercer ses options. Le motif exprimé par Messieurs Samson et Côté est relié aux piètres performances financières de la filiale Horticulture et du comportement désinvolte de Monsieur Dollo.

331 Le 16 décembre 2010, prudent, Monsieur Bernard Bélanger se garde de faire des commentaires au comité. Les deux autres membres s'expriment conformément à l'orientation prise la veille¹³⁵. La recommandation qui sera faite au conseil d'administration, qui se réunira quelques minutes plus tard¹³⁶, est de refuser la demande de Monsieur Dollo.

332 Tant au comité qu'au conseil, Monsieur Bélanger demeure présent bien qu'il ne participe pas à la discussion.

333 Le procès-verbal de la réunion du comité des ressources humaines contient un paragraphe qui résume l'essence de la décision alors prise et entérinée par le conseil d'administration, quelques minutes plus tard :

Monsieur Samson présente ses commentaires au rapport de Me Bujold et soutient qu'à son avis, Monsieur Dollo avait tous les moyens mis à sa disposition pour exercer les options d'achat d'actions lui-même alors que d'autre part, il connaissait la piètre performance de son unité d'affaires.

334 Le témoignage de Monsieur Samson devant le Tribunal est au même effet. Toutefois, celui-ci reconnaît que, hormis l'opinion juridique, il n'y a aucun document indiquant à quel moment les options sont acquises, dans quel cadre elles le sont, la raison de leur acquisition et, notamment, le fait qu'il en bénéficie mensuellement depuis 2007 de façon automatique. Il n'y a aucune discussion à ce sujet.

335 Les témoins Côté et Samson réfèrent à une opinion juridique signée par les procureurs de Premier Tech déposée en vue de ces deux réunions.

336 En invoquant ainsi une opinion juridique, Premier Tech a d'une certaine façon renoncé au secret professionnel¹³⁷.

337 Les précautions prises pour respecter malgré tout le secret professionnel ne permettent pas au Tribunal de prendre connaissance de cette opinion. Le Tribunal ne connaît pas la ou les questions posées et encore moins les réponses

obtenues. Il ne peut donc comparer les sages conseils juridiques prodigués avec le comportement adopté par le conseil d'administration.

338 En regard de cette opinion, le Tribunal sait toutefois que sa demande origine de Monsieur Bernard Bélanger, à la fois président du conseil d'administration de Premier Tech et aussi l'âme dirigeante de GBB qui, après avoir congédié Monsieur Dollo, serait éventuellement appelé à racheter les actions émises.

339 La prépondérance de la preuve révèle qu'un autre cadre de l'entreprise a subi sensiblement le même sort que Monsieur Dollo, mais son traitement est différent. Le 29 avril 2002, Premier Tech annonce le départ de Monsieur Michel E. Guay. Par communiqué¹³⁸, elle lui souhaite « *le meilleur des succès dans ses projets futurs* ». Or, il appert du rapport financier annuel de l'entreprise¹³⁹ que Monsieur Guay, malgré son départ et après celui-ci, exerce ses options, malgré ce qu'a prétendu le témoin Samson.

2.7.3 Discussion quant à l'oppression

2.7.3.1 Monsieur Dollo est-il un plaignant au sens de la LCSA?

340 Le Tribunal n'a aucune hésitation à conclure qu'il possède cette faculté pour les raisons suivantes :

- D'abord, lorsqu'il s'adresse au conseil d'administration, il est actionnaire en bonne et due forme. Seule l'absence de Monsieur Bernard Bélanger explique le report de la décision quelques semaines après que l'entreprise ait racheté ses actions;
- Comme dans l'arrêt *Garage Technology Venture Canada*¹⁴⁰, il est un actionnaire en puissance qui aurait droit à des actions supplémentaires n'eut été de la clause abusive 8.01.2.

2.7.3.2 Quelles sont les attentes légitimes de Monsieur Dollo?

341 L'actionnaire-cadre a des attentes légitimes de bénéficier d'une rémunération à long terme. L'article 2.01 du Régime le présente comme un outil de rémunération à long terme :

Le Régime est institué à l'intention de certains actionnaires, administrateurs et équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales et a pour objectifs de susciter et d'encourager la participation financière de ces personnes et, pour les administrateurs et équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales, de promouvoir une mesure incitative de rémunération à long terme en regard de la création pour ces personnes qui sont en position de prendre des décisions, des actions et d'émettre des conseils qui influencent de façon significative les résultats et le succès de la Société . . .¹⁴¹

(notre soulignement)

342 Monsieur Dollo a aussi des attentes en regard du respect de ses droits d'employé de l'entreprise.

343 Il a indéniablement le droit d'être congédié dans le respect des étapes jurisprudentiellement reconnues, notamment que le congédiement soit justifié et qu'il soit prévenu que, si la situation ne s'améliore pas, il sera peut-être congédié.

344 Dans ce contexte, compte tenu de la clause 8.01.2, il est fort probable qu'il aurait exercé son droit de lever ses options acquises. Ce non-respect de la LCSA cause à Monsieur Dollo une plus large injustice dans le contexte précis de l'existence de la clause 8.01.2.

345 Le Tribunal est d'opinion que le précédent auquel Monsieur Dollo réfère, ajoute aux attentes qu'il a de voir le conseil d'administration lui permettre de lever ses options quand bien même il n'est plus, à ce moment, à l'emploi de Premier Tech.

2.7.3.3 Monsieur Dollo peut-il se prémunir contre cette clause?

346 Comme amplement discuté dans le chapitre traitant de son caractère abusif, la clause 8.01.2 nécessite, pour s'en prémunir, des sommes démesurées.

347 Le Tribunal est d'avis que l'imprévisibilité de son congédiement, dans un contexte où il n'est pas prévenu de cette possibilité s'il n'amende pas son comportement et n'améliore pas les résultats de son unité d'affaires, ajoute au fait qu'il ne peut se prémunir contre l'application brutale de cette clause.

2.7.3.4 *Quels sont les obstacles au remboursement du profit découlant des options?*

348 En formulant une conclusion pécuniaire équivalente au profit perdu, Monsieur Dollo demande au Tribunal d'aplanir les risques qui le guettent si l'annulation seule de la clause 8.01.2 est déclarée.

349 Le premier écueil est écarté : le Tribunal considère nulle la clause 8.01.2. Ce faisant, Monsieur Dollo aurait droit d'acheter ses 207 619 actions pour une somme de 612 857 \$. En raison des relations tendues entre les parties, les parties suivraient alors une route parsemée d'embûches.

350 Monsieur Dollo a droit d'obtenir le financement à taux d'intérêt nul de la part de Premier Tech. Toutefois, la reconnaissance de dette signée le 6 novembre 2006 par Monsieur Dollo suite à la levée de 25 000 options¹⁴² nous apprend que, en cas de congédiement, le solde du prêt doit être remboursé dans les 30 jours de la terminaison de son lien d'emploi. Compte tenu de l'absence de lien d'emploi, les droits de Monsieur Dollo d'obtenir du financement risquent de poser problème.

351 De plus, le remboursement que doit faire Monsieur Dollo dans un délai de 30 jours n'est pas conséquent avec le délai de 60 jours dont GBB jouit normalement pour racheter les actions et les payer et encore faut-il pour ce faire que celle-ci n'invoque pas les articles 12.1 à 12.4 de la convention unanime.

352 Comment Monsieur Dollo pourrait-il rembourser le prêt si GBB ne lui a pas encore racheté ses actions?

353 Prenant pour acquis qu'il est finalement détenteur des 207 619 actions, Monsieur Dollo a alors le droit d'exercer un PUT. GBB peut alors lui opposer, « à son entière discrétion »¹⁴³, les clauses 12.2 à 12.4 de la convention unanime. Celles-ci nécessitent, comme on le sait, que le conseil d'administration de Premier Tech déclare un dividende équivalant à la somme nécessaire à GBB pour racheter les actions de Monsieur Dollo.

354 Pour ne pas verser ce dividende, le conseil d'administration peut justifier sa décision par des ententes de financement ou toute loi ou règlement régissant Premier Tech.

355 Or, les liens entre le conseil d'administration de Premier Tech et GBB sont évidents : le seul actionnaire votant est GBB. L'absence de Monsieur Bernard Bélanger à l'automne 2010 est fort significative du rôle qu'il joue au conseil d'administration sans qu'il n'ait à intervenir. Le conseil d'administration est influencé par celui qui nomme ses membres¹⁴⁴ et celui qui a du même souffle congédié Monsieur Dollo.

356 De l'avis du Tribunal, la seule déclaration de nullité de la clause 8.01.2 peut ne pas être suffisante pour permettre à Monsieur Dollo de bénéficier de sa rémunération à long terme. Outre les relations tendues entre les parties, trop d'écueils légaux et financiers parsèment le parcours d'une solution facile à ce litige.

357 Le Tribunal se prévaut de l'article 241 (3) de la LCSA pour:

- *prescrire l'émission (. . .) de valeurs mobilières* » de Premier Tech;
- *modifier les clauses (. . .) d'un contrat auxquels [Premier Tech] est partie* » (les lettres contenant les options et le Régime) afin d'obliger Premier Tech à financer l'émission des actions à Monsieur Dollo sans remboursement de capital et ce jusqu'à ce que GBB rembourse la somme de 612 857 \$ directement à Premier Tech;

- *enjoindre [GBB] d'acheter les valeurs mobilières* » de Premier Tech et d'en payer le prix à Monsieur Dollo moins le coût d'achat, et de verser à Premier Tech le solde du coût d'achat;
- *modifier les clauses (. . .) d'un contrat auxquels [GBB] est partie* » (convention unanime) afin de permettre à Monsieur Dollo de recevoir le prix de vente de ses actions en faisant fi des articles 12.2 à 12.4 et dont GBB ne s'est jamais prévalu dans le passé.

358 Compte tenu des conclusions auxquelles en arrive le Tribunal, il n'est pas utile de se prononcer sur la demande en matière d'abus au sens du droit civil, pas plus que sur les allégations ayant trait aux comportements qui auraient pu rassurer Monsieur Dollo avant son congédiement.

2.8 QUELS SONT LES DOMMAGES AUXQUELS A DROIT MONSIEUR DOLLO?

359 Comme on le sait, le prix d'achat des actions que Monsieur Dollo doit payer s'élève à 612 857 \$. GBB doit les lui racheter au coût unitaire de 9,28 \$ admis par les parties, soit un total de 1 926 704 \$.

360 Premier Tech soutient que les dommages découlant des options d'achat d'actions ne peuvent être réclamés à cause du libellé de la quittance.

361 De l'avis du Tribunal, les termes utilisés permettent à Monsieur Dollo de réclamer des dommages qui en découlent:

... rien dans le présent reçu-quittance (...) ne doit être interprété, directement ou indirectement, comme une renonciation ou un abandon du soussigné à ses droits, réclamations ou recours contre Premier Tech ou les actions de Premier Tech découlant de ses droits à titre de « bénéficiaire » des dispositions du Régime d'options d'achat d'actions de Premier Tech Ltée adoptées le 28 février 2007 (...) y compris tous les recours conférés par la *Loi Canadienne sur les sociétés par actions* ou toute autre loi en sa qualité « bénéficiaire » en vertu des régimes ci-haut mentionnés.¹⁴⁵

362 Quoi qu'il en soit, le Tribunal ne conclut pas à une somme totale en dommages-intérêts. Il oblige plutôt les parties à procéder suivant leurs engagements contractuels, exception faite des réserves contenues dans certains documents qui pourraient rendre autrement difficiles d'application des conclusions de ce jugement.

363 Monsieur Dollo prétend que les dommages réclamés doivent tenir compte du fait que, si des actions sont émises comme il se doit, les revenus générés auraient produit du gain en capital imposable dans une moindre mesure que du salaire. Le Tribunal ne peut faire droit à une hausse du quantum réclamé, mais doit tout de même indiquer que le dommage auquel il conclut est un gain en capital qu'il aurait autrement touché plus tôt n'eût été du refus injustifié de Premier Tech.

CONCLUSIONS

364 Le Régime d'options d'achat d'actions dont bénéficie le demandeur pendant qu'il travaille auprès de la défenderesse Premier Tech Ltée est un contrat d'adhésion au sens du *Code civil du Québec*.

365 La clause 8.01.2 de ce Régime qui prévoit qu'en cas de cessation d'emploi, l'actionnaire-cadre perd tout droit d'acquiescer des actions, est une clause abusive. Elle est nulle. Le Tribunal fait droit à la demande de Monsieur Dollo d'acheter des actions de Premier Tech.

366 Monsieur Dollo est congédié sans cause et le processus de son congédiement n'est au surplus pas respecté.

367 Monsieur Dollo est victime d'oppression. Premier Tech doit lui remettre les actions, en financer l'achat. GBB doit les lui racheter et rembourser le prêt de Monsieur Dollo auprès de Premier Tech. GBB doit finalement lui verser le solde du prix d'achat de 1 313 847 \$.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

368 *ACCUEILLE* la requête introductive d'instance;

369 *DÉCLARE* abusive et nulle la clause 8.01.2 du Régime d'options d'achat d'actions de la défenderesse Premier Tech Ltée;

370 *ORDONNE* à la défenderesse Premier Tech Ltée d'émettre 207 619 actions de catégorie B au demandeur Christian Dollo au plus tard dans les 45 jours du présent jugement;

371 *ORDONNE* à la défenderesse Premier Tech Ltée, de financer au demandeur Christian Dollo, au même moment, l'émission de ces 207 619 actions, soit un montant de 612 857 \$, à un taux d'intérêt nul, ce prêt étant remboursable par la défenderesse Gestion Bernard Bélanger Ltée;

372 *ORDONNE* à la défenderesse Gestion Bernard Bélanger Ltée de prendre charge de ce financement pour et à l'acquit du demandeur Christian Dollo;

373 *PREND ACTE* de l'engagement du demandeur Christian Dollo d'acquérir ces actions de la défenderesse Premier Tech Ltée et de les revendre immédiatement à la défenderesse Gestion Bernard Bélanger Ltée;

374 *ORDONNE*, dans les 15 jours suivant l'émission des actions en faveur du demandeur Christian Dollo, à la défenderesse Gestion Bernard Bélanger Ltée d'acheter les 207 619 actions de catégorie B de Premier Tech Ltée appartenant au demandeur Christian Dollo pour une somme de 1 926 704 \$, payable de la façon suivante : rembourser le prêt de 612 857 \$ du demandeur Christian Dollo auprès de la défende-resse Premier Tech Ltée et verser au demandeur Christian Dollo le solde de 1 313 847 \$ et ce, sur remise des certificats d'actions;

375 *LE TOUT* avec dépens, y compris les frais d'expertise de 23 449,04 \$ de l'expert Laniel et les frais d'assistance à la Cour.

Requête accueillie en partie.

Notes de bas de page

* Ce jugement a été modifié conformément à un rectificatif publié par le Tribunal le 16 décembre 2013.

** Affirmé à *Premier Tech ltée c. Dollo* (2015), 26 C.C.P.B. (2nd) 93, 2015 QCCA 1159, 2015 CarswellQue 6550, D.T.E. 2015T-517 (C.A. Que.).

1 L'analyse détaillée de certains faits est faite dans la section ANALYSE ET DISCUSSION.

2 D-1, Lettre d'embauche de Monsieur Dollo, 21 mai 1999.

3 P-1, Extrait du registre des entreprises.

4 L.R.C. (1985), c. C-44.

5 L'expression « dirigeants » est utilisée pour désigner les officiers de l'entreprise, soient Messieurs Bernard et Jean Bélanger. L'expression « cadre » réfère quant à elle aux employés-cadres de l'entreprise, comme Monsieur Dollo. L'expression « actionnaire-cadre » fait référence aux cadres qui bénéficient du Régime d'options d'achat d'actions.

6 P-7, Quittance, 4 octobre 2010.

7 P-10, Lettre de Monsieur Dollo au conseil d'administration, 7 septembre 2010; et P-12, Lettre de Monsieur Dollo au conseil d'administration, 6 octobre 2010.

- 8 P-11, Courriel de Monsieur Germain Ouellet à Monsieur Dollo, 21 décembre 2010.
- 9 D-54, Convention de fusion, 30 octobre 2006.
- 10 D-54, Convention de fusion, 30 octobre 2006, p. 4.
- 11 P-2, Convention unanime, pp. 2 et 3.
- 12 P-2, Convention unanime, p. 4.
- 13 P-2, Convention unanime, p. 8.
- 14 « 8.1 « Put » en faveur des Actionnaires Minoritaires. Si l'un des Actionnaires Minoritaires désire, pour quelque raison que ce soit, en tout temps, autrement que pour les raisons prévues par ailleurs dans la Convention, vendre tout ou partie de ses Actions, il peut en aviser par écrit GBB qui accorde à chaque Actionnaire Minoritaire, individuellement, l'option irrévocable de lui vendre en une ou plusieurs transactions, le cas échéant, tout ou partie des Actions qu'il détient ou pourra détenir dans l'avenir. » (P-2, Convention unanime, p. 8).
- 15 Note du Tribunal : l'expression « vendre » doit se lire « racheter ». Ainsi, les défenderesses ont-elles admis judiciairement que c'était du moins le sens qu'il faut donner à cette clause puisqu'elles se sont, dans le passé, gouvernées comme étant du devoir de GBB de racheter les actions quand les actionnaires minoritaires en manifestaient le désir et ce, sous réserve des articles 12.2 à 12.4.
- 16 « 9.1 Option d'achat « Call » en faveur de GBB. Chacun de André Noreau, Henri Ouellet, Germain Ouellet, Christian Dollo et Martin Noël, pris individuellement, à titre d'Actionnaire Minoritaire et/ou pour le compte d'une Société Actionnaire Minoritaire qu'il contrôlera alors, le cas échéant, confère par les présentes à GBB, une option d'achat irrévocable portant sur la totalité des Actions qu'il détient ou contrôle ou pourra alors détenir ou contrôler dans la Société, au prix qui sera alors fixé suivant les dispositions prévues (. . .), advenant son retrait des affaires de la Société, tel que plus amplement décrit à l'Article 10 ci-après. (. . .)»(P-2, Convention unanime, pp. 8 et 9).
- 17 « 9.2 Levée du « Call ». Advenant le retrait de André Noreau, Henri Ouellet, Germain Ouellet, Christian Dollo ou Martin Noël, GBB bénéficiera d'un délai de trente (30) jours à compter de la date de ce retrait ou de la prise de connaissance de ce retrait pour lever l'option mentionnée au présent article en regard des Actions alors détenues ou contrôlées par la personne faisant alors l'objet du retrait des affaires, sur la totalité ou une partie seulement des Actions alors détenues ou contrôlées par cette personne dans la Société et pour aviser de cette acceptation le ou les Actionnaires Minoritaires qu'il représente. (. . .).
- 9.3 Non levée du « Call ». Advenant le cas où GBB ne lèverait pas l'option qui lui est conférée en vertu du présent article 9, l'Actionnaire Minoritaire n'en restera pas moins lié par les autres dispositions de la Convention. » (P-2, Convention unanime, p. 9).
- 18 P-2, Convention unanime, p. 9.
- 19 P-2, Convention unanime, pp. 10 et 11.
- 20 D-10 A, Régime, 1998; D-10 B, Régime 1999; et D-10 C, Régime, 2000.
- 21 D-10 D, Régime, 2004.
- 22 D-9, Diverses versions de l'article 8.01, de 1998 à 2007.
- 23 P-3, Régime, p. 2.
- 24 P-3, Régime, p. 3.
- 25 P-3, Régime, p. 3.

- 26 P-3, Régime, p. 4.
- 27 P-15, Régime d'actions de rendement.
- 28 D-6 I, Consentement à une opération d'échange d'options d'achat d'actions, 8 février 2007.
- 29 D-30, Analyse de la composition du capital versé de l'époque de la fusion en février 2007 jusqu'au 28 février 2009.
- 30 D-6 A, Avis d'octroi d'options, 30 août 2001.
- 31 D-6 B, Avis d'octroi d'options, 23 mars 2005.
- 32 D-6 G, Reconnaissance de dette de Monsieur Dollo, 6 novembre 2006.
- 33 D-32, Historique de la détention d'options de Monsieur Dollo.
- 34 D-6 J, Résolution des administrateurs de Premier Tech, 28 février 2007, pp. 6 et 8.
- 35 $(10\,000 \times 2 \$) + (197\,619 \times 3 \$) = 612\,857 \$$; $612\,857 \$ / 207\,619 = 2,95 \$$.
- 36 D-6 C, Avis de levée d'options, 23 mars 2005; D-6 D, Avis d'exercice d'options d'achat d'actions, 23 mars 2005; D-6 E, Avis d'exercice d'option d'achat d'actions à Trust Banque nationale; et D-6 F, Certificat d'actions 0228, 23 mars 2005.
- 37 D-30, Analyse de la composition du capital versé de la fusion en février 2007 au 28 février 2009, p. 2.
- 38 P-17, Note de service de Monsieur Jean Bélanger du 23 mars 2007.
- 39 D-30, Analyse de la composition du capital versé de la fusion en février 2007 au 28 février 2009, p. 2.
- 40 D-31, Historique d'actionnariat de Monsieur Dolo de février 2007 à septembre 2010.
- 41 P-3, Régime, clause 8.01.2 *in fine*, p. 3.
- 42 2013 QCCA 1082 (C.A. Que.).
- 43 D-6 A, Avis d'octroi d'options, 30 août 2001.
- 44 D-49 Courriel de Monsieur Dollo à Monsieur Martin Noël, 20 février 2007.
- 45 D-45 Courriel de Monsieur Martin Noël, 12 novembre 2006; D-47, Courriel de Monsieur Dollo à Monsieur Martin Noël, 27 novembre 2006, et D-48, Courriel de Monsieur Martin Noël, 27 novembre 2006.
- 46 Article 142 de la LSCA.
- 47 P-16, Résolution unanime des actionnaires, 28 février 2007.
- 48 *Latreille c. Industrielle-Alliance, cie d'assurance sur la vie*, 2009 QCCA 1575 (C.A. Que.).
- 49 [2000] R.J.Q. 1730 (C.A. Que.).
- 50 *Janin Construction (1983) Itée c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*, [1999] R.J.Q. 929 (C.A. Que.), 942; cité avec approbation dans *Construction BSL inc. c. Ste-Agathe-de-Lotbinière (Municipalité)*, 2009 QCCA 145 (C.A. Que.).
- 51 *New Brunswick (Board of Management) v. Dunsmuir*, [2008] 1 S.C.R. 190 (S.C.C.).
- 52 *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69 (S.C.C.).

- 53 *Option Consommateurs c. Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance)*, 2006 QCCA 1319 (C.A. Que.).
- 54 *Latreille c. Industrielle Alliance (L')*, compagnie d'assurance sur la vie, précité, note 48.
- 55 *Massé c. 3311066 Canada inc.*, AZ-50214319, par. 74.
- 56 Le rapport périodique (P-4, Valeur de participation de Christian Dollo dans Premier Tech Ltée en date de juin 2010, p. 1) que fait parvenir Premier Tech à ses actionnaires-cadres confirme ce fait puisqu'il présente le montant précis anticipé de la plus-value des options non-acquises.
- 57 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, pp. 2 et 3.
- 58 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, p. 3.
- 59 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, p. 4.
- 60 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, p. 6.
- 61 Même si le Régime prévoit du financement qui peut être encadré différemment par le conseil d'administration, les lettres présentant les options à Monsieur Dollo lui reconnaissent un entier financement sur 10 ans à taux d'intérêt nul.
- 62 205 238 options (indiquées à l'état de la participation de juin 2010 de Monsieur Dollo - P-4) + 2 381 options acquises au cours du mois de juillet 2010 + 35 000 options qu'il a levées et ensuite revendues en mars 2010 = 242 619 options.
- 63 35 000 options à 2 \$ + 207 619 options à 3 \$ = 692 857 \$.
- 64 $692\,857\ \$ / 120 = 5\,774\ \$$.
- 65 P-19, Tableau des salaires et bonis versés à Monsieur Dollo.
- 66 Le taux d'imposition fédéral sur un revenu supérieur à 126 264\$ est de 29% de ce qui en excède, plus 26 719,74 \$ (*Loi sur l'impôt sur le Revenu* (L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl. art. 117 2) (d)); au Québec, le taux d'imposition sur un revenu supérieur à 80 200 \$ est de 24% de ce qui en excède, plus 14 436 \$ (*Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, art. 750). En soustrayant 16,5% de l'impôt fédéral payable au titre de l'abattement du Québec remboursable (art. 120 de la loi fédérale), cela donne 42,5 % d'impôt effectif pour un revenu de 220 000 \$. Pour les fins du présent jugement, le Tribunal utilise un taux de 41%.
- 67 L'impôt annuel combiné passerait d'environ 90 000 \$ à environ 78 900 \$.
- 68 La fin du remboursement des options 2001 serait survenue en 2011. Mais puisque les options étaient à 2 \$ l'action, la diminution du capital à rembourser (7 000 \$ par année) n'aurait pas suffi pour compenser les augmentations du remboursement de l'emprunt nécessaire pour acquérir les 2 381 options mensuelles de 2007.
- 69 D-16, Analyse de l'exercice d'options d'achat d'actions du 26 février 2007 au 27 mai 2007.
- 70 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, p. 7.
- 71 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, p. 3.
- 72 P-3, Régime, p. 2.
- 73 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, p. 5.
- 74 P-3, Régime, article 4.01.

- 75 Outre les options dont il est question dans ce jugement, le Régime prévoit également que le conseil d'administration peut octroyer des options qui permettent au Bénéficiaire de réclamer au comptant « la plus-value des actions visées par l'Option ». Premier Tech ne s'est jamais servie de cette possibilité. (Articles 1.01, 4.01, 7.01 et 8.01 du Régime).
- 76 D-11, Rapport de contre-expertise de Monsieur André Perreault, 2 octobre 2012, p.7, 3^e paragraphe.
- 77 P-2, Convention unanime, page 10, article 12.2.
- 78 Idem que note précédente.
- 79 Premier Tech fait signer des reconnaissances de dettes comme ce fut le cas avec Monsieur Dollo. La clause 9.01 e) prévoit que le prêt est « immédiatement exigible » dans le cas de renvoi d'un bénéficiaire. Alors, tout solde impayé porte intérêt à 12% l'an à compter de son exigibilité. (voir aussi 9.02).
- 80 P-3, Régime, article 2.0, page 2.
- 81 P-3, Régime, page 4.
- 82 $9,28 \$ - 3 \$ = 6,28 \$$ pour chaque nouvelle option acquise.
- 83 $2\ 381 \times 6,28 \$ = 14\ 946,40 \$$.
- 84 $14\ 946,40 \$ \times 12 = 179\ 357 \$$.
- 85 Voir l'expertise de Monsieur Perreault, page 6, imposition à 50% du gain en capital jusqu'à concurrence de 750 000 \$. (Contrairement à ce qu'il laisse entendre, l'exigibilité fiscale pour ce revenu se ferait dès l'acquisition des actions et non lors de leur disposition.).
- 86 Dans les faits, GBB aurait versé 1 926 704 \$ (207 619 x 9,28 \$), après que Monsieur Dollo ait acquis les actions et payé à Premier Tech, à raison d'environ 2,95 \$, mais arrondi à 3,00 \$ pour les fins de la discussion.
- 87 **1500.** L'obligation dont la naissance dépend d'une condition qui relève de la seule discrétion du débiteur est nulle; mais, si la condition consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose, quoique cela relève de sa discrétion, l'obligation est valable.
- 88 Vincent KARIM, *Les obligations*, 3^e éd., vol. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, pp. 27-28.
- 89 2009 QCCA 2314 (C.A. Que.).
- 90 J.E. 2004-377 (C.S. Que.) [2004 CarswellQue 217].
- 91 P-3, Régime, p. 2, article 2.01.
- 92 **1437.** La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.
- 93 *Proprio Direct inc. c. Ouellette*, 2012 QCCQ 6605 (C.Q.).
- 94 *Parent-Constantin c. 9013-1996 Québec inc. (Voyages Symone Brouty)*, 2007 QCCQ 3163 (C.Q.).
- 95 *Beneficial Canada inc. c. Sirois*, B.E. 2002BE-305 (C.Q.).
- 96 *Marcotte c. Marcotte*, B.E. 98BE-114 (C.Q.).
- 97 Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, « Les obligations », dans Collection de droit, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 58; V. KARIM, *op. cit.*, note 88, vol. 1, pp. 670-671; Sylvette GUILLEMARD, « Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle », EYB1999RDB8.

- 98 V. KARIM, *op. cit.*, note 88, vol. 1, p. 661.
- 99 François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, pp. 140-144.
- 100 Paragraphe 41 de la défense réamendée du 19 juin 2013.
- 101 Article 2863 C.c.Q.
- 102 2005 QCCA 788 (C.A. Que.).
- 103 *Id.*, par 13.
- 104 D-5, Évaluation de Monsieur Dollo par Monsieur Jean Bélanger, 10 juin 2009.
- 105 D-26, Analyse de l'évolution des résultats réels versus les budgets et budgets révisés de 2006-2007 à 2009-2010.
- 106 D-24, Courriel de Monsieur Jean Bélanger à Monsieur Dollo.
- 107 D-34, Extraits d'agenda de Monsieur Jean Bélanger entre les 31 août 2009 et 25 août 2010.
- 108 D-41 C, Notes personnelles de Monsieur Jean Bélanger, 27 avril 2010.
- 109 P-9, Objectifs de rendement pour l'année 2009-2010.
- 110 P-33, Courriel de Monsieur Dollo à Monsieur Germain Ouellet, 22 septembre 2010.
- 111 D-52, Courriel de Monsieur Dollo à Monsieur Jean Bélanger, 16 août 2010.
- 112 D-38, Procès-verbal de la réunion du Comité des ressources humaines, 26 août 2010, p. 1.
- 113 P-5, Lettre de terminaison d'emploi signée par Monsieur Bernard Bélanger, 27 août 2010.
- 114 Notes sténographiques de l'interrogatoire de Monsieur Bernard Bélanger du 1^{er} décembre 2011, p. 115.
- 115 Notes sténographiques de l'interrogatoire de Monsieur Bernard Bélanger du 1^{er} décembre 2011, p. 119.
- 116 Audition du 10 septembre 2013, salle 4.10, questions par le Tribunal à Monsieur Bernard Bélanger à compter de 17h33.40 sec.
- 117 P-6, Lettre de GBB à Monsieur Dollo, 27 août 2010 (Call).
- 118 P-21 a), Engagement d'exclusivité, de confidentialité et de non-concurrence signée par Monsieur Dollo, 23 juin 1999 et P-21 b), Engagement de non-concurrence de non-sollicitation signée par Monsieur Dollo, 22 février 2007.
- 119 P-28, USDA, Floriculture Crops, 2009 Summary, June 2010. Voir aussi P-29, document utilisé par Monsieur Dollo dans ses rencontres avec le personnel.
- 120 P-26, Extrait du rapport annuel 2012 de Premier Tech.
- 121 Voir la définition de « plaignant », sous-alinéa d), « toute autre personne qui, d'après un tribunal, a qualité pour présenter les demandes visées à la présente partie ».
- 122 *Léger c. Garage Technology Ventures Canada, l.p. (Capital st-Laurent, l.p.)*, 2012 QCCA 1901 (C.A. Que.).

- 123 Violette LEBLANC et Benoît LAPOINTE, « Le statut de plaignant de l'actionnaire non inscrit aux livres de la société en matière de recours pour oppression », dans *Développements récents en droit des affaires*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2012.
- 124 *Baril c. Industries Flexart ltée* [2003 CarswellQue 127 (C.A. Que.)], 2003 CanLII 47919.
- 125 *Journet c. Superchef Food Industries Ltd.*, [1984] C.S. 916 (C.S. Que.).
- 126 Paul MARTEL, *La Société par actions au Québec*, vol. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, par. 31-195 et 31-196 (édition à feuilles mobiles, à jour à janvier 2011).
- 127 *BCE Inc., Re*, [2008] 3 S.C.R. 560 (S.C.C.).
- 128 *Computershare Trust Co. of Canada v. Crystallex International Corp.* [2009 CarswellOnt 7997 (Ont. S.C.J. [Commercial List])], 2009 CanLII 71007 L'appel à la Cour suprême du Canada a été refusé [2010 CarswellOnt 3374 (Ont. C.A.)].
- 129 P-10, Lettre de Monsieur Dollo au conseil d'administration, 7 septembre 2010.
- 130 D-39, Procès-verbal de la réunion du Comité des ressources humaines, 26 août 2010, p. 2.
- 131 D-8, Lettre de Monsieur Germain Ouellet à Monsieur Dollo, 4 octobre 2010.
- 132 P-7, Quittance, 4 octobre 2010.
- 133 P-12, Lettre de Monsieur Dollo au conseil d'administration, 6 octobre 2010.
- 134 P-8, Contrat de vente des actions de Monsieur Dollo à GBB, 25 octobre 2010.
- 135 D-44, Procès-verbal de la réunion du Comité des ressources humaines, 16 décembre 2010, pp. 2 et 3.
- 136 D-12 A, Procès-verbal de la réunion du Conseil d'administration, 16 décembre 2010.
- 137 *Quigley c. Placements Banque Nationale inc.*, 2013 QCCA 1358 (C.A. Que.), par. 34.
- 138 P-24, Communiqué de presse, Premier Tech, 29 avril 2002.
- 139 P-25, Extrait du circulaire de sollicitation de procuration de la direction de Premier Tech, p. 5.
- 140 Voir note 122.
- 141 P-3, Régime, page 2.
- 142 D-6 G, Reconnaissance de dette de Monsieur Dollo, 6 novembre 2006.
- 143 P-2, Convention unanime, clause 21.1, p. 10.
- 144 P-2, Convention unanime, clause 3.1, p. 4
- 145 P-7, Quittance, 4 octobre 2010.

2015 QCCA 1159
Cour d'appel du Québec

Premier Tech ltée c. Dollo

2015 CarswellQue 6550, 2015 QCCA 1159, 26 C.C.P.B. (2nd)
93, J.E. 2015-1187, D.T.E. 2015T-517, EYB 2015-254242

Premier Tech ltée et Gestion Bernard Bélanger ltée (Appelantes-défenderesses) c. Christian Dollo (Intimé-demandeur)

Dutil, Émond, J.J.C.A.; La Rosa, J.C.A. (ad hoc)

Audience: 14 avril 2015

Jugement: 9 juillet 2015 *

Dossier: C.A. Québec 200-09-008222-132

Avocat: Me Yvan Bujold, pour l'appelante Premier Tech ltée

Me Marc-André Gravel, pour l'appelante Gestion Bernard Bélanger ltée

Me François Garneau, pour l'intimé

Sujet: Civil Practice and Procedure; Corporate and Commercial; Employment

Sommaire

Associations d'affaires --- Questions spécifiquement liées à l'organisation corporative — Actions — Contrats d'options — Divers

Bénéficiaire d'options d'achat d'actions était le président d'une filiale de la société et actionnaire minoritaire de la société — Après son congédiement, le bénéficiaire a fait savoir qu'il entendait exercer les options qui lui avaient été octroyées en vertu du régime d'options d'achat d'actions — Clause 8.01.2 du régime d'options d'achat d'actions prévoyait que si le bénéficiaire des options d'achat d'actions devait cesser d'occuper un emploi au sein de la société, le bénéficiaire perdrait le droit d'exercer les options à moins de décision contraire de la part du conseil d'administration — Juge de première instance a estimé que le régime d'options d'achat d'actions était un contrat d'adhésion et que la clause 8.01.2 était abusive et devrait être déclarée nulle — Juge de première instance a condamné la société à émettre 207 619 actions au bénéficiaire et à financer l'émission des actions, soit un montant s'élevant à 612 857 \$, à un taux d'intérêt nul — Juge de première instance a condamné l'actionnaire de contrôle à acheter les actions pour une somme de 1 926 704 \$ — Société et actionnaire de contrôle ont déposé une requête en autorisation d'appel avec succès — Appel rejeté — Preuve révélait que le bénéficiaire avait été informé qu'il n'avait pas à s'inquiéter pour son avenir au sein de la société — Preuve révélait que l'on avait amené le bénéficiaire à croire qu'il jouissait de droits acquis relativement à ses options d'achat d'actions et qu'il pourrait attendre avant de les exercer — Attentes du bénéficiaire relativement à ses options d'achat d'actions étaient légitimes — En refusant d'honorer ses promesses, la société a agi de manière injuste — Conduite de la société constituait un comportement abusif au sens de l'art. 241 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions — Par conséquent, les ordonnances du juge de première instance étaient justifiées.

Régimes de retraite --- Régimes de retraite privés — Divers

Bénéficiaire d'options d'achat d'actions était le président d'une filiale de la société et actionnaire minoritaire de la société — Après son congédiement, le bénéficiaire a fait savoir qu'il entendait exercer les options qui lui avaient été octroyées en vertu du régime d'options d'achat d'actions — Clause 8.01.2 du régime d'options d'achat d'actions prévoyait que si le bénéficiaire des options d'achat d'actions devait cesser d'occuper un emploi au sein de la société, le

bénéficiaire perdrait le droit d'exercer les options à moins de décision contraire de la part du conseil d'administration — Juge de première instance a estimé que le régime d'options d'achat d'actions était un contrat d'adhésion et que la clause 8.01.2 était abusive et devrait être déclarée nulle — Juge de première instance a condamné la société à émettre 207 619 actions au bénéficiaire et à financer l'émission des actions, soit un montant s'élevant à 612 857 \$, à un taux d'intérêt nul — Juge de première instance a condamné l'actionnaire de contrôle à acheter les actions pour une somme de 1 926 704 \$ — Société et actionnaire de contrôle ont déposé une requête en autorisation d'appel avec succès — Appel rejeté — Preuve révélait que le bénéficiaire avait été informé qu'il n'avait pas à s'inquiéter pour son avenir au sein de la société — Preuve révélait que l'on avait amené le bénéficiaire à croire qu'il jouissait de droits acquis relativement à ses options d'achat d'actions et qu'il pourrait attendre avant de les exercer — Attentes du bénéficiaire relativement à ses options d'achat d'actions étaient légitimes — En refusant d'honorer ses promesses, la société a agi de manière injuste — Conduite de la société constituait un comportement abusif au sens de l'art. 241 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions — Par conséquent, les ordonnances du juge de première instance étaient justifiées.

Business associations --- Specific matters of corporate organization — Shares — Option contracts — Miscellaneous

Beneficiary of stock options was CEO of corporation's subsidiary and minority shareholder of corporation — After beneficiary was terminated, he made it known that he wished to exercise options that had been granted to him under corporation's stock option plan — Clause 8.01.2 of stock option plan provided that should beneficiary of stock option cease to be employed with corporation, beneficiary will no longer be entitled to exercise options unless board decides otherwise — Trial judge held that stock option plan was contract of adhesion and that clause 8.01.2 was abusive and should be declared void — Trial judge ordered corporation to issue 207,619 shares to beneficiary, providing \$612,857 as interest-free financing — Trial judge ordered controlling shareholder to buy shares at price of \$1,926,704 — Corporation and controlling shareholder's motion for leave to appeal was granted — Appeal dismissed — Evidence showed that beneficiary had been told not to worry about his future with corporation — Evidence showed that beneficiary had been led to believe that he had vested rights with respect to his stock options and that he could wait to exercise them — Beneficiary's expectation with respect to exercise of his stock options was legitimate — By refusing to honour its promises, corporation acted unfairly — Corporation's conduct amounted to oppression within meaning of s. 241 of Canada Business Corporations Act — Therefore, trial judge's orders were justified.

Pensions --- Private pension plans — Miscellaneous

Stock option plan — Beneficiary of stock options was CEO of corporation's subsidiary and minority shareholder of corporation — After beneficiary was terminated, he made it known that he wished to exercise options that had been granted to him under corporation's stock option plan — Clause 8.01.2 of stock option plan provided that should beneficiary of stock option cease to be employed with corporation, beneficiary will no longer be entitled to exercise options unless board decides otherwise — Trial judge held that stock option plan was contract of adhesion and that clause 8.01.2 was abusive and should be declared void — Trial judge ordered corporation to issue 207,619 shares to beneficiary, providing \$612,857 as interest-free financing — Trial judge ordered controlling shareholder to buy shares at price of \$1,926,704 — Corporation and controlling shareholder's motion for leave to appeal was granted — Appeal dismissed — Evidence showed that beneficiary had been told not to worry about his future with corporation — Evidence showed that beneficiary had been led to believe that he had vested rights with respect to his stock options and that he could wait to exercise them — Beneficiary's expectation with respect to exercise of his stock options was legitimate — By refusing to honour its promises, corporation acted unfairly — Corporation's conduct amounted to oppression within meaning of s. 241 of Canada Business Corporations Act — Therefore, trial judge's orders were justified.

APPEL interjeté par une société et son actionnaire de contrôle à l'encontre d'une décision publiée à *Dollo c. Premier Tech ltée* (2013), 26 C.C.P.B. (2nd) 15, 2013 CarswellQue 12516, D.T.E. 2014T-43, 2013 QCCS 6100 (Que. Bkcty.), ayant condamné la société à émettre des actions en faveur de l'employé, et l'actionnaire de contrôle à les lui racheter.

La Cour:

1 Les appelantes se pourvoient contre un jugement rendu le 21 novembre 2013 et rectifié le 16 décembre 2013 par la Cour supérieure, district de Kamouraska (l'honorable Clément Samson), qui déclare abusive et nulle la clause 8.01.2 du régime d'options d'achat d'actions, ordonne à l'appelante Premier Tech ltée d'émettre 207 619 actions de catégorie « B » à l'intimé et de financer l'émission de ces 207 619 actions, soit un montant de 612 857 \$, à un taux d'intérêt nul et ordonne à l'appelante Gestion Bernard Bélanger ltée d'acheter ces 207 619 actions pour une somme de 1 926 704 \$.

2 Pour les motifs du juge Émond, auxquels souscrivent les juges Dutil et La Rosa, *LA COUR* :

3 *REJETTE* la requête en rejet partiel du mémoire de l'intimé, avec dépens;

4 *ACCUEILLE*, sans frais, la requête pour permission d'amender de l'intimé pour ajouter une conclusion à la requête introductive d'instance et son mémoire afin qu'il soit déclaré que tout solde impayé sur les actions qui auraient dû être achetées en exécution du jugement de première instance porte intérêt à compter du 20 janvier 2014;

5 *DÉCLARE* que tout solde impayé sur les actions qui auraient dû être achetées en exécution du jugement de première instance porte intérêt à compter du 20 janvier 2014 au taux moyen des dettes à long terme de l'appelante Premier Tech ltée en date du 21 novembre 2013 plus 1 %;

6 *REJETTE* l'appel, avec dépens.

Émond, J.C.A.:

1 - L'APERÇU

7 Le litige porte sur l'application d'un régime d'options d'achat d'actions, celui de l'appelante Premier Tech ltée « Premier Tech ». Il soulève plusieurs questions, les principales ayant trait à la nature juridique de ce « Régime », à la licéité de sa clause 8.01.2 ainsi qu'au refus du conseil d'administration de la société d'exercer la discrétion que lui confère cette clause pour passer outre à la règle qu'elle renferme.

8 Cette clause 8.01.2 du Régime stipule qu'en cas de cessation de ses fonctions auprès de Premier Tech, pour toute raison autre que son décès, sa retraite ou son invalidité, le bénéficiaire d'options d'achat d'actions perd, à compter de la date de cessation de ses fonctions, son droit de les exercer, à moins que le conseil d'administration n'en décide autrement. Elle est ainsi rédigée :

8.01.2 Advenant la cessation des fonctions du Bénéficiaire auprès de la Société pour toute raison autre que son décès, sa retraite ou son invalidité, tout octroi en cours expire à la date de la cessation de ses fonctions, de sorte qu'à compter de cette dernière date, le Bénéficiaire perd tous ses droits dans l'octroi à l'égard des Actions pour lesquelles il n'a pas encore levé son Option, à moins que le conseil d'administration, à sa seule discrétion, n'en décide autrement;

9 L'intimé Christian Dollo, qui fut congédié de son poste de président de la société Premier Horticulture ltée, l'une des filiales de Premier Tech — il était également actionnaire minoritaire de Premier Tech au moment de son congédiement — veut être autorisé à exercer les 207 619 options qui lui avaient été octroyées avant son congédiement, malgré la règle énoncée à clause 8.01.2 du Régime.

10 Pour justifier sa demande, il fait valoir deux moyens, en tenant pour acquis que son congédiement a été fait sans cause juste et suffisante.

11 D'une part, il soutient que le Régime est un contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 *C.c.Q.* Aussi, se fondant sur l'article 1437 *C.c.Q.* selon lequel la clause abusive d'un contrat d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle,

réductible, il plaide que la clause 8.01.2 du Régime l'empêchant d'exercer ses options en raison d'un congédiement inattendu est abusive, parce qu'excessive et déraisonnable.

12 D'autre part, il reproche aux administrateurs de Premier Tech de s'être montrés injustes à son égard, en refusant d'exercer la discrétion que leur accorde la clause 8.01.2 du Régime pour lui permettre de lever ses options. Il fait valoir que quelques mois avant son congédiement, les dirigeants de Premier Tech l'ont assuré que ses options lui demeureraient acquises, malgré une éventuelle rupture de son lien d'emploi.

13 En ce dernier cas, il invoque l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* « *L.c.s.a.* ».

14 Dans son jugement, le juge fait droit aux demandes de Dollo.

15 Il estime que le régime d'options d'achat d'actions constitue un véritable contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 *C.c.Q.* et que la clause 8.01.2 du Régime est abusive et donc inopposable à Dollo. Il est également d'avis que Dollo, en sa qualité d'actionnaire de Premier Tech au moment de son congédiement, a été victime d'une injustice en étant privé d'une partie de sa rémunération.

16 En conséquence, il permet à Dollo d'exercer ses options. Il ordonne à Premier Tech de lui émettre 207 619 actions de catégorie « B » et de financer le prix d'acquisition, comme le prévoit le Régime. De plus, il ordonne à l'appelante Gestion Bernard Bélanger ltée, principale actionnaire de Premier Tech, de racheter ces actions conformément à la convention unanime d'actionnaires de Premier Tech.

17 En appel, l'appelante Premier Tech fait valoir que le juge a erré en concluant que : (i) le congédiement dont a fait l'objet Dollo constitue « un congédiement sans cause »; (ii) le Régime constitue un contrat d'adhésion; (iii) la clause 8.01.2 est abusive; et (iv) Dollo peut se qualifier à titre de plaignant au sens de l'article 241 *L.c.s.a.*, d'autant que la preuve ne démontre pas qu'il y a eu oppression.

18 L'appelante Gestion Bernard Bélanger ltée « Gestion Bélanger », actionnaire de contrôle de Premier Tech, appuie sa position.

19 Pour ma part, j'estime que l'appel doit être rejeté.

20 Je suis d'avis que Dollo, en sa qualité d'actionnaire et d'ancien actionnaire de Premier Tech, a fait la preuve d'une attente légitime, celle découlant de la promesse que lui ont faite les dirigeants de Premier Tech, soit qu'il allait pouvoir exercer ses options d'achat d'actions malgré la rupture de son lien d'emploi. En refusant de respecter cette promesse, Premier Tech s'est montrée injuste envers Dollo.

21 Par l'intermédiaire de ses dirigeants, Premier Tech et son actionnaire de contrôle ont invité Dollo à adopter une position qui allait lui être préjudiciable. Or, nul n'est recevable à se prévaloir de sa propre faute au préjudice d'autrui, proposition fondée sur le principe qu'on ne doit pas tirer avantage d'une faute que l'on a commise. Au contraire, il est juste de réparer le tort que l'on fait¹.

22 Cette violation des attentes légitimes de Dollo constitue un geste oppressif au sens de l'article 241 *L.c.s.a.*

23 Selon moi, l'exécution en nature ordonnée par le juge était, dans les circonstances, pleinement justifiée.

2 - LE CONTEXTE

2.1 Les parties

24 Fondée en 1923, Premier Tech est une société qui oeuvre dans les domaines de l'horticulture, l'agriculture, la fabrication d'équipements industriels et les technologies environnementales.

- 25 En 1963, Bernard Bélanger en devient le principal actionnaire et dirigeant.
- 26 En 1987, Premier Tech se transforme en société publique. Ses actions sont cotées à la bourse de Toronto.
- 27 En 2007, elle redevient une société privée.
- 28 À la suite de cette « privatisation », Bernard Bélanger demeure son principal actionnaire, par le biais de Gestion Bélanger, en plus d'en être le président.
- 29 Dollo est quant à lui un administrateur chevronné. Détenteur d'un Baccalauréat en économie et finances, ainsi que d'une maîtrise en administration des affaires, avec une spécialisation en finances et en marketing, il cumule plusieurs années d'expérience en tant que haut gestionnaire d'entreprise. Il a notamment occupé des postes d'analyste financier, de contrôleur financier, de directeur d'usines et de vice-président finances.

2.2 Les faits

- 30 En 1999, Premier Tech embauche Dollo pour occuper le poste de vice-président finances.
- 31 En 2001, après deux années passées au sein de l'entreprise, Dollo se voit octroyer 35 000 options d'achat d'actions. Ces options lui confèrent le droit d'acquérir 35 000 actions ordinaires de Premier Tech à un prix de 2 \$ l'action, indépendamment de la valeur des actions de la société alors inscrite à la bourse de Toronto. Ces options sont valables jusqu'en avril 2008.
- 32 En 2004, il est promu président de la filiale Premier Horticulture.
- 33 En avril 2005, il se voit octroyer 50 000 nouvelles options d'achat d'actions, cette fois au prix de 3 \$ l'action. Ces options, qui sont valables jusqu'en avril 2010, comportent toutefois une condition. Avant de pouvoir les exercer, il doit d'abord exercer 25 000 des 35 000 options qui lui ont déjà été octroyées en 2001, ce qu'il fait dans les semaines suivantes.
- 34 Au début de l'année 2007, Premier Tech entreprend un processus de « privatisation » afin de redevenir une société fermée.
- 35 Dans le cadre de cette opération complexe, le régime d'options d'achat d'actions en place est aboli. Mais, de façon concomitante, un nouveau régime d'options d'achat d'actions est constitué par la société issue de la privatisation, laquelle conserve le nom Premier Tech. De fait, il s'agit du Régime au coeur du présent litige. Je reproduis dès à présent les clauses pertinentes à l'analyse :

3. Admissibilité au Régime

3.01 Le Régime s'adresse à certains actionnaires, administrateurs et équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales;

3.02 Seul le conseil d'administration a le pouvoir et il appartient à ce dernier, de temps à autre, d'établir les critères d'admissibilité des personnes aptes à participer au Régime, en tenant compte entre autres de la réalisation d'objectifs précis de rendement, de la rémunération payée, de l'esprit d'initiative et des efforts déployés.

[. . .]

6. Durée de l'Option et acquisition des droits de levée

6.01 Chaque Option est en vigueur pour la période déterminée par le conseil d'administration;

6.02 Le droit de lever chaque Option s'acquiert selon la période déterminée par le conseil d'administration et celui-ci s'acquerra au prorata de la période déterminée sur une base mensuelle.

[. . .]

8. Conditions particulières

8.01.2 Advenant la cessation des fonctions du Bénéficiaire auprès de la Société pour toute raison autre que son décès, sa retraite ou son invalidité, tout octroi en cours expire à la date de la cessation de ses fonctions, de sorte qu'à compter de cette dernière date, le Bénéficiaire perd tous ses droits dans l'octroi à l'égard des Actions pour lesquelles il n'a pas encore levé son Option, à moins que le conseil d'administration, à sa seule discrétion, n'en décide autrement;

[. . .]

9.01 La Société est autorisée par les présentes à prêter des fonds, en tout temps et de temps à autre, aux Bénéficiaires qui en font la demande dans le but de leur permettre de financer le paiement du prix de levée des Options qui leur ont été octroyées en vertu du Régime. Dans le cas où le conseil d'administration ou le comité des ressources humaines et de gouvernance d'entreprise déciderait de consentir un tel prêt lors de l'octroi de l'Option, celui-ci devra être attesté par une reconnaissance de dette valable signée par le Bénéficiaire et sera consenti aux termes et conditions suivantes :

[. . .]

b) remboursement :

le prêt est remboursable par versements mensuels, égaux et consécutifs sur une période de dix (10) années, le premier remboursement débutant le 15 du mois suivant le déboursé du prêt par la Société;

36 Quant aux actions acquises avant la privatisation par l'exercice des options octroyées en vertu de l'ancien régime d'options d'achat d'actions, elles sont échangées pour des actions de catégorie « B » de la nouvelle société privée. Par ailleurs, société privée oblige, les détenteurs d'actions sont désormais régis par une convention unanime d'actionnaires.

37 Cette convention unanime d'actionnaires règle de façon précise les modalités applicables au transfert des actions détenues par Dollo et les autres dirigeants ou employés cadres. Elle prévoit notamment que s'ils cessent d'être à l'emploi de la société, par exemple à la suite d'un congédiement, Gestion Bélanger pourra, si elle le souhaite, racheter leurs actions :

7. DISPOSITION D'ACTIONNAIRES PAR UN ACTIONNAIRE MINORITAIRE

7.1 Disposition d'actions par un Actionnaire Minoritaire. Un Actionnaire Minoritaire ne peut vendre, disposer ou autrement aliéner ses Actions qu'en conformité des dispositions de la Convention.

[. . .]

9. OPTION D'ACHAT D'ACTIONNAIRES (« CALL ») EN FAVEUR DE GBB EN CAS DE RETRAIT D'UN ACTIONNAIRE MINORITAIRE

9.1 Option d'achat « Call » en faveur de GBB. Chacun de André Noreau, Henri Ouellet, Germain Ouellet, Christian Dollo et Martin Noël, pris individuellement, à titre d'Actionnaire Minoritaire et/ou pour le compte d'une Société Actionnaire Minoritaire qu'il contrôlera alors, le cas échéant, confère par les présentes à GBB, une option d'achat irrévocable portant sur la totalité des Actions qu'il détient ou contrôle ou pourra alors détenir ou contrôler dans la Société, au prix qui sera alors fixé suivant les dispositions prévues aux termes et conditions ci-après énoncées à l'article 11, advenant son retrait des affaires de la Société, tel que plus amplement décrit à l'Article 10 ci-après. De plus, Caroline Montminy confère par les présentes à GBB, une option d'achat irrévocable portant sur la totalité des Actions qu'elle détient ou pourra alors détenir dans la Société, au prix qui sera alors fixé suivant les dispositions

prévues aux termes et conditions ci-après énoncés à l'article 11, advenant le retrait de Martin Noël des affaires de la Société, tel que plus amplement décrit à l'Article 10 ci-après.

9.2 Levée du « Call ». Advenant le retrait de André Noreau, Henri Ouellet, Germain Ouellet, Christian Dollo ou Martin Noël, GBB bénéficiera d'un délai de trente (30) jours à compter de la date de ce retrait ou de la prise de connaissance de ce retrait pour lever l'option mentionnée au présent article en regard des Actions alors détenues ou contrôlés par la personne faisant alors l'objet du retrait des affaires, sur la totalité ou une partie seulement des Actions alors détenues ou contrôlées par cette personne dans la Société et pour aviser de cette acceptation le ou les Actionnaires Minoritaires qu'il représente. De plus, advenant le retrait de Martin Noël, GBB bénéficiera d'un délai de trente (30) jours à compter de la date de ce retrait ou de la prise de connaissance de ce retrait pour lever l'option qui lui est conférée par Caroline Montminy et mentionnée au présent article en regard des Actions alors détenues par Caroline Montminy, sur la totalité ou une partie seulement des Actions alors détenues par Caroline Montminy dans la Société et pour l'aviser de cette acceptation.

9.3 Non levée du « Call ». Advenant le cas où GBB ne lèverait pas l'option qui lui est conférée en vertu du présent article 9, l'Actionnaire Minoritaire n'en restera pas moins lié par les autres dispositions de la Convention.

9.4 Pas de préjudice. L'acceptation ou non de l'offre par GBB ne préjudiciera nullement aux recours ouverts à la Société ou à GBB, le cas échéant, contre l'Actionnaire Minoritaire et vice versa.

[. . .]

10. RETRAIT DES AFFAIRES

10.1 Cas de retrait. Pour les fins des présentes, chacun de André Noreau, Henri Ouellet, Germain Ouellet, Christian Dollo et Martin Noël, pris individuellement, (ci-après la « Personne Physique ») sera présumé s'être retiré des affaires de la Société lorsque l'un des événements ci-après relatés se réalisera :

[. . .]

Congédiement - Le fait pour la Personne Physique d'être congédiée par la Société;

[. . .]

12. PAIEMENT DES ACTIONS

12.1 Principe général relatif au paiement. Aux fins de l'achat par GBB des Actions de tout Actionnaire Minoritaire, tel que prévu à la Convention, le paiement des Actions sera effectué par GBB, à son entière discrétion, dans les soixante (60) jours suivant l'évènement ayant entraîné l'application des dispositions de la Convention ou une fois que la Société aura versé aux Actionnaires des dividendes susceptibles de procurer à GBB la somme nécessaire pour effectuer le paiement en question.

12.2 Limite relative à la capacité de la Société de verser des dividendes. Si GBB décide de procéder au paiement du prix d'achat des Actions seulement une fois qu'elle aurait reçu un dividende suffisant pour couvrir le prix d'achat, le paiement des Actions sera conditionnel à la capacité pour la Société de verser des dividendes à ses Actionnaires, aux termes de ses ententes de financement ou de toute loi ou règlement la régissant.

12.3 Aucun empêchement au versement de dividendes. Advenant que GBB décide de procéder au paiement du prix d'achat des Actions seulement une fois qu'elle aurait reçu un dividende suffisant pour couvrir le prix d'achat et qu'il n'y aurait aucun empêchement au versement de dividendes requis pour permettre à GBB d'effectuer le paiement du prix d'achat des Actions, GBB s'engage à compléter la transaction et à procéder au paiement du prix d'achat des Actions à l'intérieur d'une période maximale de soixante (60) jours suivant la date de l'évènement ayant entraîné l'application des dispositions;

12.4 Empêchement au versement de dividendes. Advenant que GBB décide de procéder au paiement du prix d'achat des Actions seulement une fois qu'elle aurait reçu un dividende suffisant pour couvrir le prix d'achat et qu'il y ait empêchement au versement de dividendes requis pour permettre à GBB d'effectuer l'achat des Actions, GBB s'engage à compléter la transaction et à procéder au paiement du prix d'achat des Actions à l'intérieur d'une période maximale de trente (30) jours suivant la date à laquelle la Société sera subséquemment en mesure de verser tels dividendes.

[Je souligne]

38 Donc, à la suite du processus de privatisation, Dollo détient 60 000 options lui permettant d'acquérir 60 000 actions de catégorie « B » de la nouvelle société Premier Tech issue du processus de privatisation, dont 10 000 des 35 000 octroyées en 2001, les 50 000 restantes étant celles octroyées en 2005. L'exercice de ces options est assujéti aux dispositions du Régime, dont la clause 8.01.2.

39 Il détient également 25 000 actions de catégorie « B », soit celles émises en échange de ses 25 000 actions ordinaires de la société publique, actions qu'il avait acquises en exerçant 25 000 des 35 000 options octroyées en 2001. Par ailleurs, le transfert de ces actions, au même titre que celles qu'il peut être appelé à acquérir en exerçant ces options, est régi par la convention unanime d'actionnaires.

40 Le 28 février 2007, dans la foulée de cette privatisation, Dollo se voit octroyer 250 000 options supplémentaires. Ces options lui permettent d'acquérir 250 000 actions de catégorie « B » au prix de 3 \$ l'action, dont 200 000 ne peuvent être exercées qu'à raison de 2 381 par mois. Ces options sont valables jusqu'en février 2022. Avant de s'en prévaloir, il doit toutefois exercer 25 000 options parmi celles déjà octroyées, ce qu'il fait le même jour.

41 Au cours de l'année 2009, la relation de confiance qui existe entre Dollo et le principal dirigeant de Premier Tech, Bernard Bélanger, connaît ses premières difficultés. La sous-performance de la société Premier Horticulture explique cette situation. Bélanger reproche à Dollo d'imputer cette sous-performance à des facteurs externes, tels que le taux de change et les climats atmosphérique et économique défavorables.

42 En 2010, la performance de Premier Horticulture demeure en deçà des attentes, de sorte que le lien de confiance avec Dollo s'amenuise. Suivant la preuve, c'est à cette époque que Dollo prend connaissance de la clause 8.01.2. Devant la perspective de voir son lien d'emploi prendre fin, la portée de cette clause l'inquiète. Il prend donc l'initiative de discuter de la question avec les principaux dirigeants.

43 Ces discussions et consultations se tiennent au printemps et à l'été 2010, avant ses vacances.

44 Relativement à cet aspect du litige, le juge retient que les dirigeants de Premier Tech ont rassuré Dollo en lui disant qu'il n'avait pas à s'inquiéter de son avenir au sein de l'entreprise. Quant aux options qui lui avaient déjà été octroyées, il retient que ces mêmes dirigeants lui auraient indiqué qu'elles allaient lui demeurer acquises, même s'il devait être mis fin à son lien d'emploi.

45 J'y reviendrai.

46 À la fin du mois d'août 2010, au retour des vacances de Dollo, l'un de ses principaux collaborateurs démissionne. Cette démission constitue un tournant. Elle provoquera le congédiement inopiné de Dollo.

47 Voici les circonstances de ce congédiement.

48 Le 27 août 2010, Bélanger convoque Dollo à son bureau. Il l'informe qu'il est congédié et lui remet une lettre faisant état des conditions de sa fin d'emploi, dont une indemnité d'un an de salaire tenant lieu du délai-congé.

49 Le même jour, Dollo reçoit également une lettre de Gestion Bélanger l'avisant qu'elle procède au rachat de ses actions dans Premier Tech, conformément aux clauses 7, 9 et 12 de la convention unanime d'actionnaires.

50 Le 7 septembre 2010, Dollo adresse une lettre aux membres du conseil d'administration de Premier Tech. Il leur dénonce que les motifs avancés par Bélanger pour justifier son congédiement ne constituent pas des « motifs sérieux » au sens de la Loi. Il se plaint également du fait que la lettre du 27 août ne traite pas de ses options, malgré ce qu'on lui avait représenté quelques semaines plus tôt :

[. . .]

Lors de l'entretien que j'ai eu avec monsieur Bernard Bélanger et qui faisait immédiatement suite à la remise de la lettre contenant la proposition de l'indemnité de départ, j'ai fait remarquer à ce dernier que la proposition de Premier Tech Ltée ne traitait aucunement des options que j'avais acquises en vertu du Régime. J'ai spécifiquement rappelé à ce dernier la teneur d'entretiens que j'avais eus au cours des mois précédents avec lui-même, messieurs Martin Noël et Jean Bélanger au cours desquels ils m'avaient assuré qu'il n'était aucunement dans les intentions de l'employeur de mettre fin à mon emploi et encore moins de ne pas me permettre de réclamer les valeurs accumulées. Quoiqu'il en soit, la discussion sur ce point particulier n'a pas abouti car monsieur Bernard Bélanger s'est contenté de me dire que l'offre soumise visait l'aspect « légal » de la question. Il a ajouté que « pour le reste » il faudrait en rediscuter et m'a invité à rencontrer sur le champ monsieur Germain Ouellet qui prendrait la relève dans ce dossier.

[. . .]

[Je souligne]

51 Le 4 octobre suivant, Dollo et Premier Tech conviennent d'une entente réglant tous les aspects de sa terminaison d'emploi, à l'exception de ceux relatifs aux options qui n'avaient pas été exercées le jour de son congédiement. En ce cas, Dollo réserve ses droits, réclamations et recours contre Premier Tech pour l'exercice de ses options, en faisant notamment référence aux recours prévus à la *L.c.s.a.* :

[. . .]

Les dispositions du présent reçu-quittance et de la lettre d'entente datée du 4 octobre 2010 ont uniquement pour but de régler à l'amiable les modalités de la terminaison de l'emploi du soussigné auprès de Premier Tech et portent uniquement sur cette question. Sans limiter la généralité de ce qui précède, rien dans le présent reçu-quittance ou dans la lettre d'entente datée du 4 octobre 2010 ne doit être interprété, directement ou indirectement, comme une renonciation ou un abandon de la part du soussigné à ses droits, réclamations ou recours contre Premier Tech ou les actionnaires de Premier Tech découlant du statut d'actionnaire du soussigné au sein de Premier Tech, découlant de la signature par le soussigné de la convention unanime entre les actionnaires de Premier Tech Ltée intervenue à Rivière-du-Loup en date du 26 juillet 2007 ou des droits et recours conférés au soussigné, en sa qualité d'actionnaire, par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ou toute autre loi. De la même façon, rien dans le présent reçu-quittance ou dans la lettre du 4 octobre 2010 ne doit être interprété, directement ou indirectement, comme une renonciation ou un abandon du soussigné à ses droits, réclamations ou recours contre Premier Tech ou les actionnaires de Premier Tech découlant de ses droits à titre de « bénéficiaire » des dispositions du Régime d'options d'achat d'actions de Premier Tech Ltée adopté le 28 février 2007 y compris, sans limiter la généralité de ce qui précède, tous les droits acquis à titre de « bénéficiaire » dans les divers régimes d'options d'achat d'actions adoptés par Premier Tech antérieurement à celui du 28 février 2007 y compris tous les recours conférés par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ou toute autre loi en sa qualité de « bénéficiaire » en vertu des régimes ci-haut mentionnés.

[. . .]

[Je souligne]

52 Le 25 octobre 2010, Gestion Bélanger acquiert les 71 100 actions détenues par Dollo.

53 Puis, le 16 décembre 2010, le conseil d'administration de Premier Tech refuse de permettre à Dollo d'exercer ses options.

54 Relativement à cette décision, le juge estime que les administrateurs de Premier Tech ont fait fi de leurs devoirs et obligations. Il leur reproche d'avoir favorisé les intérêts de Bélanger et de sa société Gestion Bélanger. D'ailleurs, il relève au passage que ces derniers avaient tout intérêt à ce que Dollo ne puisse pas exercer ses options, puisque c'est Gestion Bélanger qui allait éventuellement devoir les racheter².

55 Je reviendrai également sur cette question.

56 Le 24 mars 2011, Dollo intente une requête en nullité et en oppression.

57 Par ce recours, il demande au tribunal de déclarer la clause 8.01.2 abusive, nulle et, de ce fait, inopposable. Il requiert également l'autorisation d'exercer les options qu'il détenait au moment de son congédiement et réclame le rachat immédiat des actions acquises lors de cet exercice, ou, subsidiairement, une condamnation équivalant au bénéfice résultant de cette opération.

58 Le procès se tient devant le juge du 19 au 26 juin et les 10 et 11 septembre 2013.

2.3 Le jugement

59 Le 21 novembre 2013, le juge rend jugement.

60 Il fait droit à la demande de Dollo. Il lui permet d'exercer ses options, malgré la clause 8.01.2 du Régime qu'il déclare abusive et nulle. Il ordonne à Premier Tech d'émettre 207 619 actions de catégorie « B » et de financer le prix d'achat conformément au Régime. Il ordonne également à Gestion Bélanger de procéder au rachat de ces actions dans les 15 jours du jugement.

61 Il estime que le Régime constitue un contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 *C.c.Q.* et que la clause 8.01.2 du Régime est abusive. Il est également d'avis qu'en sa qualité d'actionnaire de Premier Tech au moment du congédiement, Dollo pouvait se prévaloir de la *L.c.s.a.* Sur le fond, il conclut que l'effet combiné de la clause 8.01.2 et du congédiement constitue un abus au sens de l'article 241 *L.c.s.a.*

62 Toutefois, pour une raison inexplicée, le juge ne tient pas compte de la principale prétention de Dollo en regard de l'article 241 *L.c.s.a.*

63 Je rappelle sa position.

64 Il soutenait que n'eût été l'assurance donnée par les dirigeants, celle voulant que les options déjà octroyées lui demeuraient acquises même si son lien d'emploi devait prendre fin, il se serait empressé d'exercer ses options. Il reprochait donc au conseil d'administration de ne pas avoir corrigé l'injustice découlant de ces déclarations trompeuses, malgré la discrétion qu'il pouvait exercer à cet égard.

65 Cet aspect du litige me semble fondamental. Il s'agissait du principal argument de Dollo. D'ailleurs, il réitère sa position en appel.

66 J'aborderai donc cette question.

3 - LES MOYENS D'APPEL

67 Tel que mentionné, les appelantes Premier Tech et Gestion Bélanger font valoir quatre moyens. Elles sont d'avis que :

1. Dollo a fait l'objet d'un congédiement pour cause, de sorte qu'il n'avait droit à aucune indemnité tenant lieu de délai-congé, y incluant le bénéfice d'exercer ses options, vu la clarté de la clause 8.01.2 du Régime. Toutefois, elles précisent que même en considérant qu'il s'agissait d'un congédiement sans cause juste et suffisante, la clause 8.01.2 du Régime fait malgré tout échec à son recours, d'autant qu'il a reçu une indemnité tenant lieu de délai-congé pour laquelle il s'est déclaré satisfait;

2. Le Régime ne constitue pas un contrat au sens de l'article 1378 *C.c.Q.* et ne peut donc pas être qualifié de contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 *C.c.Q.* En conséquence, la clause 8.01.2 ne pouvait être qualifiée d'abusives. Selon elles, le Régime constitue plutôt un règlement administratif autorisant la société à octroyer des options à certains dirigeants, employés ou actionnaires en vue d'acquérir des actions, ces options tenant lieu d'une promesse de contracter au sens de l'article 1396 *C.c.Q.*;

3. Dollo ne peut se qualifier à titre de plaignant au sens de l'article 241 *L.c.s.a.* Sur le fond, elles plaident que l'effet conjugué de la clause 8.01.2 et du congédiement n'est pas source d'abus, comme l'a décidé le juge. Elles ajoutent qu'en refusant d'exercer la discrétion que leur confère la clause 8.01.2 pour permettre à Dollo d'exercer ses options, le conseil d'administration de Premier Tech n'a commis aucun abus ou oppression au sens de l'article 241 *L.c.s.a.*;

4. Les ordonnances prononcées forçant l'exécution en nature, c'est-à-dire l'émission des 207 619 actions de catégorie « B » correspondant aux 207 619 options octroyées à Dollo, le financement du prix d'achat de ces actions (612 857 \$) par Premier Tech et enfin, le rachat de ces actions par Gestion Bélanger, ne pouvaient être ordonnées. Du fait que le juge a considéré que les options octroyées constituaient « un droit de créance associé à son contrat d'emploi », elles plaident que Dollo devait réclamer des dommages-intérêts.

4 - LES QUESTIONS EN LITIGE

68 À l'audience, les appelantes identifient les questions en litige³. Je me propose de reprendre ces questions, mais en modifiant leur formulation ainsi que l'ordre dans lequel je vais les aborder :

1. Dollo a-t-il fait l'objet d'un congédiement avec cause au sens de l'article 2094 *C.c.Q.*?
2. Le Régime constitue-t-il un contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 *C.c.Q.*?
3. S'il s'agit d'un contrat, la clause 8.01.2 est-elle abusive? Le juge pouvait-il interpréter cette clause en ayant recours aux témoignages d'experts?
4. Dollo était-il un « plaignant » au sens de l'article 241 *L.c.s.a.*? En d'autres termes, pouvait-il intenter un recours en oppression?
5. Dans l'affirmative, a-t-il été victime d'abus et d'iniquité au sens de cette disposition?
6. Le juge pouvait-il ordonner une exécution en nature? Dans la négative, la Cour peut-elle substituer une conclusion en dommages?

5 - ANALYSE

Question 1: Le congédiement

69 Dans son jugement, le juge écarte l'argument de Premier Tech selon lequel Dollo aurait fait l'objet d'un « congédiement administratif non disciplinaire » fondé sur la performance insatisfaisante de Premier Horticulture. Il considère qu'en l'espèce, la non-atteinte des objectifs financiers et la perte de confiance en découlant ne pouvaient justifier le congédiement de Dollo.

70 Il fonde sa conclusion sur une analyse minutieuse de la preuve, de même que sur les principes dégagés par la Cour dans l'arrêt *Costco Wholesale Canada Ltd. c. Chaumont*⁴. Le juge écrit :

[278] Lors du congédiement, aucun motif n'est évoqué par écrit. Au contraire, avant même que Monsieur Dollo ne la demande, une indemnité équivalente à un an de salaire est immédiatement offerte. Tout au plus, Monsieur Bernard Bélanger évoque-t-il, lors de cette courte rencontre, son manque de leadership et la non-atteinte de ses objectifs financiers.

[279] Non seulement lui verse-t-on l'indemnité maximale qu'a l'habitude de verser l'entreprise, suivant les dires de Madame Line Lamarre, mais en plus, Monsieur Germain Ouellet lui confirme que Premier Tech renonce aux obligations de non-concurrence qu'il avait souscrites afin de lui permettre de se trouver un emploi plus facilement. Monsieur Ouellet reconnaît de plus que la terminaison de l'emploi est « *imputable* » à Premier Tech.

[280] Monsieur Dollo ne connaît les motifs de congédiement qu'une fois les procédures de Premier Tech déposées.

[281] Lors du procès, Premier Tech insiste, chiffres à l'appui, que les budgets ne sont pas atteints. Les dirigeants et administrateurs entendus soutiennent que les résultats financiers ne sont pas au rendez-vous. Ils ajoutent que Monsieur Dollo fait porter à la valeur du dollar canadien, au prix du pétrole, aux conditions économiques défavorables et à la température l'odieuse des résultats non atteints.

[282] Dans les faits, l'une des informations utilisées par Monsieur Dollo est le document des prévisions du département américain de l'Agriculture de juin 2010 relatif à l'année 2009. Dans ce rapport, on peut constater que le marché des plantes de jardins régresse quelque peu en un an. Cela soutient ses affirmations que la croissance est difficile.

[283] De plus, en 2012, pour expliquer les résultats enregistrés deux ans après le départ de Monsieur Dollo, il est intéressant de lire les commentaires de Monsieur Jean Bélanger à titre de président et chef des opérations de Premier Tech contenus dans le Rapport annuel de l'entreprise :

Ce qui me vient spontanément à l'esprit, c'est le contexte économique très instable de la majorité des pays dans lesquels nous faisons des affaires et le niveau intense de compétition avec lequel nous avons dû composer. Même si l'année n'a pas été facile, l'équipe Premier Tech, elle, est demeurée concentrée sur les objectifs à atteindre à court, à moyen et à long terme.

Mais ce contexte n'est pas nouveau. En effet, depuis maintenant près de dix ans, soit depuis le printemps 2003, la majorité des entreprises canadiennes affrontent une « tempête parfaite »!

La force du dollar canadien, l'augmentation du prix des matières premières, la montée en flèche du prix du pétrole et de ses produits dérivés . . . Ajoutez à cela la récession de l'automne 2008 et la crise financière qui perdure depuis, et vous avez un environnement des plus difficiles pour les affaires; celui-ci exige de Premier Tech un niveau d'intensité et d'exécution sans précédent depuis la diversification de ses activités, amorcée il y a maintenant près de 30 ans, dans le secteur de l'horticulture, sa spécialisation d'origine.

(. . .)

Cette diversification ne peut toutefois pas protéger l'entreprise (. . .) des (. . .) bouleversements des dernières années . . .

À cet égard, Premier Tech a été confrontée à un obstacle particulier qui a eu des conséquences majeures sur sa performance de la dernière année: la température. En effet, le printemps et l'été 2011 ont été marqués par le mauvais temps, ce qui a fait en sorte que les consommateurs nord-américains ont moins jardiné.

[284] Le Tribunal remarque que le chef des opérations, administrateur et actionnaire majoritaire (à travers GBB) justifie les mauvais résultats par la crise financière, le dollar canadien, le prix du pétrole et la température. Alors, ces motifs semblent justifiés. Mais quand, en 2010, juste auparavant, Monsieur Dollo en fait autant pour expliquer la stagnation du chiffre d'affaires, cela devient un motif de congédiement.

[285] Si les résultats sont mauvais de manière répétitive, comment expliquer qu'en 2010, l'entreprise verse un boni de 53 750 \$ à Monsieur Dollo pour les résultats obtenus au cours de l'année financière se terminant en février 2009. Or, en même temps et pour l'année 2009, Premier Tech lui reproche également de ne pas avoir atteint ses objectifs.

[286] Premier Tech met en preuve qu'une fois Monsieur Dollo congédié, la filiale n'obtient pas de meilleurs résultats de vente au cours des deux années qui ont suivi.

[287] Le Tribunal estime que, tout au plus, Premier Tech pourrait ne peut se fonder sur ce motif pour tirer sur le messenger. reprocher à Monsieur Dollo d'avoir surestimé les ambitions de ventes de la filiale et d'avoir engagé des capitaux en conséquence. Cependant, compte tenu de la preuve du contexte économique difficile, Premier Tech ne peut se fonder sur ce motif pour tirer sur le messenger.

[288] Peut-être Monsieur Dollo a-t-il de grands appétits pour la filiale dont il est responsable, mais la prépondérance de la preuve révèle que les dirigeants et le conseil d'administration l'ont toujours appuyé pendant ces années. Ce motif de congédiement ne convainc pas.

[289] Lors de l'audience, malgré ce qui est dit et répété dans la défense amendée de Premier Tech (« *non-atteinte des objectifs financiers* »), Monsieur Jean Bélanger prétend devant le Tribunal que 70 % des motifs du congédiement sont en lien avec le comportement de Monsieur Dollo et 30 % avec les insuccès financiers de la filiale dont il est responsable. Voyons ce motif qui prend maintenant le devant de la scène.

[290] Ce changement de comportement aurait eu lieu au cours des deux années précédant son congédiement.

[291] Il semble exact que Monsieur Dollo a pu avoir de vives réactions envers certains employés à une occasion ou l'autre en présence de collègues. Peut-être n'était-ce pas approprié?

[292] Certes, il a été averti de ne plus recommencer le 7 juillet 2010 par la vice-présidente au développement organisationnel. Aucune preuve ne permet de croire qu'il recommence. Bien plus, embarrassé par une question du Tribunal, ce témoin admet qu'elle n'a pas le mandat de prévenir Monsieur Dollo que, si ce comportement se reproduit, il pourrait être congédié.

[293] Ce motif de comportement survient trop tard dans le processus pour être crédible. Il se produit à trois reprises et, averti de ne pas recommencer, Monsieur Dollo ne recommence pas. Le Tribunal n'est pas davantage convaincu de ce motif.

[Références omises - Transcription intégrale]

71 En appel, Premier Tech soutient que le juge a eu tort de conclure à un congédiement sans cause.

72 Elle plaide qu'il aurait commis une erreur de droit en examinant le congédiement de Dollo sous l'angle des critères de l'arrêt *Costco*⁵, lesquels sont applicables à un cadre intermédiaire. Elle ajoute que le juge aurait dû s'inspirer des critères énoncés dans l'arrêt *Sirois c. O'Neill*⁶ qui, selon elle, énoncerait le principe voulant que le congédiement d'un haut dirigeant en raison d'une perte de confiance s'avère justifié.

73 À mon avis, elle a tort.

74 Je suis en désaccord avec son interprétation de l'arrêt *Sirois c. O'Neill*. Dans cette dernière affaire, la Cour n'a pas énoncé que le congédiement d'un haut dirigeant en raison d'une perte de confiance s'avère, dans tous les cas et pour cette seule raison, justifié.

75 La Cour a plutôt considéré que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et déterminante dans l'appréciation de la preuve, en ne retenant pas que le chef de direction congédié n'avait pas satisfait aux lourdes responsabilités qu'il s'était vu confier. Cet arrêt tend plutôt à démontrer qu'à l'égard d'un haut dirigeant, le motif sérieux du congédiement demeure une question de fait⁷ :

Le fardeau de prouver que le congédiement a été fait pour un motif sérieux repose sur l'employeur. Il s'agit là d'une lourde tâche, surtout si les motifs de licenciement sont subjectifs.

En l'espèce, je suis d'avis que les appelants ont réussi à rencontrer leur fardeau de preuve et que le juge de première instance a commis une erreur en ne l'ayant pas reconnu, bien qu'il ait écrit:

Mr. Sirois' dismissal of Martin O'Neill was certainly not without some foundation. Several members of the team were critical of Mr. O'Neill's management style and deportment. They were frustrated and demoralized. Their « malaise » was monitored by André Tremblay from late January 1995 to the time of his dismissal. By mid-April 1995, two members of the team had resigned. The EDS representatives then added insult to injury by their vigorous attack on Microcell's business plan, licence application and it's (sic) president, all in the presence of the team. This aggressive action - Pierre Sarault opined that the EDS representative « a démolit le plan » - may well have destroyed whatever credibility Martin O'Neill still enjoyed from amongst the disaffected members of the team.

Le juge a commis une double erreur: d'une part, il n'a pas tenu compte des obligations rigoureuses inhérentes à la tâche confiée à l'intimé, qui en était essentiellement une de direction, de management et d'organisation; d'autre part, il a conclu à collusion pour congédier l'intimé, alors que la preuve ne soutenait pas une telle conspiration.

L'intimé s'était vu confier de lourdes responsabilités; il ne les a pas remplies, principalement celle de mettre sur pied une équipe unie.

[Je souligne]

76 Cette lecture de l'arrêt *O'Neill* semble également partagée par les auteurs Audet, Bonhomme et Gascon⁸ :

4.2.23 L'employé qui est engagé dans le but de remplir un poste de cadre, et d'exercer effectivement certaines responsabilités au sein d'une entreprise, garantit implicitement qu'il possède les qualités et les talents appropriés pour accomplir les tâches qui lui sont assignées, faute de quoi il pourra être congédié pour cause.

4.2.24 D'ailleurs, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel *Sirois c. O'Neill*, C.A. Mtl, D.T.E. 99T-598, la Cour a renversé le jugement de première instance ayant accueilli l'action du demandeur congédié pour incompétence. La Cour d'appel a jugé que le tribunal de première instance avait commis une erreur en concluant ainsi, n'ayant pas tenu compte des obligations rigoureuses inhérentes à la fonction de président-directeur général pour laquelle il avait été engagé, soit essentiellement une tâche de direction, de *management* et d'organisation. [. . .]

[Je souligne - Référence omise]

77 La notion de « motif sérieux » qui se trouve à l'article 2094 *C.c.Q.* s'applique à tous les salariés, quel que soit leur rang hiérarchique. Le motif sérieux ou la cause juste et suffisante pouvant justifier un congédiement sans délai-congé est un manquement grave et répété du salarié d'assumer ses obligations, lequel est déterminé en tenant compte des circonstances propres à chaque cas.

78 La perte de confiance ne peut constituer, à elle seule, sans la preuve d'un manquement grave et répété, une « cause juste et suffisante » justifiant un congédiement sans indemnité, au sens de l'article 2094 *C.c.Q.*

79 Je conviens que la rupture du lien de confiance envers un haut dirigeant peut être l'occasion de son congédiement. Cela n'a rien de surprenant, d'autant qu'en droit québécois, la résiliation unilatérale d'un contrat de travail à durée indéterminée est admise, même s'il n'existe aucun motif justifiant pareil congédiement⁹. Toutefois, en un tel cas, l'employeur demeure tenu de verser une indemnité tenant lieu du délai-congé¹⁰.

80 En l'espèce, je le répète, le juge a pris grand soin d'évaluer l'ensemble des circonstances ayant mené au congédiement de Dollo. De cette preuve, il retient que Premier Tech n'a aucunement établi qu'il s'agissait d'un congédiement pour cause. Au contraire, il estime que les moyens visant à établir la cause juste et suffisante de ce congédiement ont été soulevés *a posteriori*, de façon opportuniste.

81 Vu le défaut de Premier Tech d'identifier une erreur déterminante commise par le juge dans son analyse de la preuve et les conclusions qu'il en tire, j'estime qu'il n'y a pas lieu d'intervenir sur cette question.

82 Cela dit, je m'empresse d'ajouter que la qualification du congédiement, à savoir s'il s'agit d'un congédiement avec ou sans motif sérieux au sens des articles 2091 et 2094 *C.c.Q.*, est sans pertinence sur le sort de l'appel.

83 Comme je l'explique ci-après, en assurant à Dollo que ses options n'étaient pas à risque dans l'éventualité où il serait congédié, et ce, quelques mois avant son congédiement, en empruntant l'expression « ce qui est gagné est gagné », les dirigeants de Premier Tech, agissant alors à la demande de son actionnaire de contrôle, l'ont induit en erreur.

84 Pour cette raison, j'estime Premier Tech n'est pas recevable à lui opposer la clause 8.01.2.

85 J'y reviendrai en répondant à la question 5 relativement au bien-fondé du recours en oppression.

Question 2 : La nature juridique du Régime

86 Faisant écho à l'un des arguments plaidés par Dollo, le juge estime que le Régime constitue un véritable contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 *C.c.Q.* puisqu'à aucun moment, Dollo n'a eu l'opportunité d'en négocier les termes. Il considère que ce Régime, dont le principal objectif vise à « promouvoir une mesure incitative de rémunération à long terme », est un outil de rétention des employés clés.

87 Qu'en est-il?

88 Règle générale, un régime d'options d'achat d'actions ne constitue pas, en lui-même, un contrat, du moins tant que les options ne sont pas octroyées aux personnes désignées à titre de bénéficiaires.

89 Par contre, une fois les options octroyées, la société prend un engagement : celui d'émettre les actions auxquelles donnent droit les options dès lors que le bénéficiaire manifeste son intention de les prendre en considération. Bien qu'unilatéral, cet engagement ou promesse n'en constitue pas moins un contrat¹¹, le bénéficiaire pouvant forcer la société à conclure le contrat envisagé en levant ses options.

90 J'appuie mon raisonnement sur les articles 1380 *C.c.Q.* alinéa 2 et 1396 alinéa 1 *C.c.Q.* :

1380. Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'obligent réciproquement, de manière que l'obligation de chacune d'elles soit corrélative à l'obligation de l'autre.

Il est unilatéral lorsque l'une des parties s'oblige envers l'autre sans que, de la part de cette dernière, il y ait d'obligation.

1380. A contract is synallagmatic, or bilateral, when the parties obligate themselves reciprocally, each to the other, so that the obligation of one party is correlative to the obligation of the other.

When one party obligates himself to the other without any obligation on the part of the latter, the contract is unilateral.

1396. L'offre de contracter, faite à une personne déterminée, constitue une promesse de conclure le contrat envisagé, dès lors que le destinataire manifeste clairement à l'offrant son intention de prendre l'offre en considération et d'y répondre dans un délai raisonnable ou dans celui dont elle est assortie

La promesse, à elle seule, n'équivaut pas au contrat envisagé; cependant, lorsque le bénéficiaire de la promesse l'accepte ou lève l'option à lui consentie, il s'oblige alors, de même que le promettant, à conclure le contrat, à moins qu'il ne décide de le conclure immédiatement.

1396. An offer to contract made to a determinate person constitutes a promise to enter into the proposed contract from the moment that the offeree clearly indicates to the offeror that he intends to consider the offer and reply to it within a reasonable time or within the time stated therein.

A mere promise is not equivalent to the proposed contract; however, where the beneficiary of the promise accepts the promise or takes up his option, both he and the promisor are bound to enter into the contract, unless the beneficiary decides to enter into the contract immediately.

[Je souligne]

91 Si la promesse unilatérale constitue l'engagement d'une seule partie, au moment où le bénéficiaire exerce l'option à lui consentie, un contrat synallagmatique intervient alors. À compter de la levée de l'option, le promettant et le bénéficiaire sont désormais tenus de respecter leurs engagements respectifs selon ce que prévoit le Régime. À ce sujet, les auteurs Baudouin, Jobin et Vézina écrivent¹² :

190 - Promesse unilatérale - Dans la promesse unilatérale, aussi appelée « option », l'engagement de conclure le contrat est pris par une seule des deux parties. L'acceptation des termes de cette promesse par l'autre réunit alors les volontés contractuelles et parfait l'engagement. Bien qu'elle ne transfère pas la propriété du bien, la promesse lie son auteur, et le refus de l'honorer donne au bénéficiaire l'ensemble des recours en responsabilité civile contractuelle prévu à l'article 1590 du Code civil. En matière de vente immobilière, l'acceptation de la promesse unilatérale de vente (appelée aussi levée de l'option) permet à l'acheteur de se pourvoir en passation de titre.

L'article 1396, alinéa 1, reconnaissant la difficulté de distinguer la promesse unilatérale de l'offre à personne déterminée, pose la règle que cette dernière constitue bel et bien une promesse de contracter, à condition cependant que son destinataire manifeste clairement son intention de prendre l'offre en considération et de donner sa réponse soit dans le délai fixé par l'offrant, soit dans un délai raisonnable.

[Je souligne - Références omises]

92 Dans l'affaire *Guénette c. Nurun inc.*¹³, le juge Pierre Tessier de la Cour supérieure s'est penché sur la question. Il a retenu que le régime d'options d'achat d'actions au coeur du litige dont il était saisi participait à la fois de la promesse unilatérale de contracter (art. 1388 à 1397 C.c.Q.), de l'obligation conditionnelle (art. 1497 à 1507 C.c.Q.) et de l'obligation à terme suspensif (art. 1508 à 1517 C.c.Q.) :

[64] [. . .] Ce droit d'options d'achat d'actions, de nature hybride, participe à la fois de la promesse unilatérale de contracter (art. 1388 à 1397 C.c.Q.), de l'obligation conditionnelle (art. 1497 à 1507 C.c.Q.) et de l'obligation à terme suspensif (art. 1508 à 1517 C.c.Q.).

[65] Le droit d'options découle d'une promesse unilatérale irrévocable de contracter de la part d'Intellia, consentie le 6 janvier 1999, qui s'engage préalablement et irrévocablement à lui émettre des actions s'il désire en devenir un souscripteur. Cette dernière fixe le prix de souscription de l'action, sans toutefois en garantir la valeur aux livres ou la juste valeur marchande qui peut fluctuer. Intellia s'engage à lui émettre des actions provenant de son capital social s'il choisit d'exercer ce droit par la levée de l'option, moyennant la réalisation d'une condition en 1999, soit la mise en place d'un régime d'options d'achat d'actions, ou à défaut, à l'expiration d'un terme suspensif, à compter du 1 janvier 2000. La levée de l'option dépend d'une condition simplement potestative, dont l'accomplissement découle de la seule volonté de Guénette et d'un élément extérieur, soit la valeur de l'action eu égard au prix de souscription.

[66] Le second alinéa de l'article 1396 C.c.Q. énonce : « La promesse, à elle seule, n'équivaut pas au contrat envisagé; cependant, lorsque le bénéficiaire de la promesse l'accepte ou lève l'option à lui consentie, il s'oblige alors, de même que le promettant, à conclure le contrat, à moins qu'il ne décide de le conclure immédiatement ». Par la levée de l'option, le bénéficiaire accepte l'offre. Intellia n'est pas obligée d'abrèger le terme suspensif pour permettre l'exécution en nature de l'obligation avant échéance; le bénéficiaire de l'option n'est pas obligé de la lever ou non. Guénette jouit d'un droit contractuel conditionnel à acquérir si bon lui semble à l'expiration du terme convenu un intérêt dans le capital social d'Intellia. L'option ne lui confère pas le statut d'actionnaire, soit celui d'un détenteur inscrit d'une action ordinaire lui conférant un droit de vote, accompagnée d'un certificat. Le bénéficiaire de l'option est dans une position semblable à celle de toute personne qui, intéressée au marché boursier, pourrait décider d'acquérir ou de ne pas acquérir des actions d'une société commerciale suivant leur juste valeur marchande - à la différence, que leur prix d'acquisition est ici fixé d'avance en fonction d'un nombre défini d'actions, le tout formant une considération préétablie à être payée en cas de souscription. Le profit liquide et quantifiable ne surviendra qu'au moment de leur vente à un tiers.

93 Cette approche semble également avoir été retenue par la professeure Raymonde Vatinet de l'Université de Paris Descartes. Dans plusieurs articles portant sur les régimes d'options d'achat d'actions¹⁴, elle affirme que ces régimes constituent généralement une promesse irrévocable de contracter, assortie de termes et de conditions.

94 Cela dit, il me paraît imprudent, voire même périlleux de conclure à une règle générale. Un examen de la jurisprudence portant sur ces questions démontre que parfois un régime d'options d'achat d'actions peut constituer un véritable contrat, lorsque, par exemple, le contrat d'emploi y fait expressément référence ou, encore, prévoit la possibilité d'octroi d'options¹⁵.

95 Tout est affaire de circonstances.

96 En l'espèce, le juge a considéré que le Régime, du fait qu'il accordait une forme de rémunération à Dollo, constituait un prolongement de son contrat de travail.

97 À quelques nuances près, je partage sa conclusion.

98 À mon avis, le Régime n'est pas en soi partie intégrante du contrat de travail de Dollo, mais il en est devenu un accessoire ou « un prolongement », à tout le moins implicitement, au moment où des options lui ont été octroyées. S'agissant d'une forme de rémunération à long terme, les options du Régime faisaient dès lors partie de ses conditions de travail et donc de son contrat de travail.

99 Ainsi la question visant à déterminer si le Régime, une fois les options octroyées, constitue en soi un contrat d'adhésion, doit être analysée dans le contexte global du contrat de travail.

100 Je rappelle les principes applicables.

101 Voici comment les auteurs Baudouin, Jobin et Vézina distinguent le contrat d'adhésion du contrat de gré à gré¹⁶ :

62 — Importance de la classification — Le contrat de gré à gré, également nommé contrat de libre discussion, est celui pour la conclusion duquel les parties négocient d'égal à égal. Il est le fruit de concessions mutuelles. Dans le contrat d'adhésion au contraire, l'une des parties perd la faculté de libre négociation des conditions de son engagement, en se voyant imposer d'avance les éléments essentiels du contrat et en ne gardant que le choix, parfois purement théorique, de contracter ou de ne pas contracter. [. . .]

102 Ils rappellent qu'en adoptant l'article 1379 C.c.Q., le législateur a clairement défini le contrat d'adhésion¹⁷ :

63 — Notion — Le concept de contrat d'adhésion n'est plus laissé à la discrétion de la jurisprudence et de la doctrine, comme c'était le cas à l'époque du *Code civil du Bas Canada*. Lors de la réforme du *Code civil*, le législateur s'est appliqué à le définir. Dans cette définition, il ne s'est pas attaché au rapport inégal des forces entre les parties; [. . .]

Le législateur a retenu deux éléments : il y a contrat d'adhésion quand les stipulations essentielles du contrat ne pouvaient être librement discutées, et qu'elles ont été imposées par une partie, rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions. Tout contrat dont on ne démontre pas qu'il correspond à cette définition est un contrat de gré à gré, lequel a le statut de contrat de droit commun. [. . .]

[. . .]

Le second élément du contrat d'adhésion tient dans le fait que les stipulations essentielles « ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions » (art. 1379 C.c.Q.). Il s'agit là d'un élément qui s'ajoute au précédent : il ne saurait donc le remplacer. À elle seule l'origine des termes de la convention ne suffit pas à créer un contrat d'adhésion.

[Références omises]

103 En l'espèce, je reconnais qu'une fois les options octroyées, le Régime possède tous les attributs d'un contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 C.c.Q. Bien que le bénéficiaire ait le choix de lever ou non les options, il demeure que les modalités applicables lors de l'octroi et de l'exercice des options lui sont imposées. À cet égard, les auteurs Baudoin, Jobin et Vézina écrivent¹⁸ :

De même, si une partie peut choisir entre diverses options, sans que le contenu de celles-ci soit négociable, d'après nous, il n'y aura pas, pour autant, contrat de gré à gré.

104 Toutefois, dans le contexte où le Régime constitue, à l'égard de Dollo, un prolongement de son contrat de travail, il faut considérer la question de l'adhésion plus globalement, en tenant compte de toutes les autres stipulations du contrat de travail. Si les options consenties à Dollo constituent un avantage important, il ne s'agit pas du seul avantage que lui procure son contrat de travail.

105 Or, bien que je doute que le contrat de travail de Dollo puisse être qualifié d'un contrat d'adhésion, rien ne me permet de me prononcer.

106 Quoi qu'il en soit, cet aspect du contentieux ne me paraît pas déterminant puisque, en définitive, j'estime que la clause 8.01.2 n'est pas abusive.

Question 3 : Le caractère abusif de la clause 8.01.2

107 D'entrée de jeu, j'estime utile de faire une remarque en lien avec la preuve sur laquelle le juge s'est fondé pour conclure que la clause 8.01.2 s'avère abusive au sens de l'article 1437 C.c.Q. À mon avis, le juge aurait dû se garder d'avoir recours à la preuve d'expert pour déterminer si cette clause était ou non abusive. Règle générale, une telle caractérisation est du ressort exclusif du tribunal.

108 Je reconnais que la preuve par expert est, de façon générale, une question de fait laissée à l'appréciation du juge de première instance¹⁹.

109 Toutefois, un juge ne devrait pas, sauf circonstances exceptionnelles, avoir recours à une telle preuve lorsqu'il est appelé à interpréter un acte juridique ou un contrat²⁰, à moins bien entendu que cette interprétation emporte des questions scientifiques ou techniques revêtant une certaine complexité, comme l'explique l'auteur Jean-Claude Royer²¹ :

466 — Utilité de l'expertise — La première condition préalable à la recevabilité d'une expertise est que celle-ci soit de nature à aider le tribunal à comprendre les faits et à apprécier la preuve. Il faut donc que le litige porte sur des questions scientifiques ou techniques d'une certaine complexité. Lorsque les faits sont simples et que le juge est aussi capable que l'expert de les comprendre et de déduire les conclusions qui en découlent, l'expertise n'est pas admissible. [. . .] Une opinion n'est cependant ni nécessaire, ni pertinente pour décider de la question de droit que le tribunal doit trancher [. . .]

475 — Question de droit — Crédibilité d'un témoin — L'opinion du témoin doit cependant rester dans les limites de son expertise et ne pas empiéter sur ce qui est du ressort exclusif du juge. Aussi, les tribunaux sont très réticents à recevoir une opinion légale d'un expert ou son avis sur la crédibilité d'un témoin. [. . .].

[Références omises]

110 J'ajoute que l'exercice auquel s'est prêté l'expert de Dollo, soit celui de comparer différents régimes d'options d'achat d'actions pour démontrer le caractère inhabituel de la clause 8.01.2, me paraît aléatoire et non pertinent. Une clause généralement utilisée dans un contrat d'adhésion n'est pas, pour ce seul motif, licite. De la même façon, une clause inhabituelle n'est pas, de ce seul fait, illicite et abusive.

111 Sur le fond, j'estime que la clause 8.01.2 n'a rien d'abusif, d'autant qu'elle accorde au conseil d'administration de Premier Tech le pouvoir de passer outre à la règle qu'elle renferme. L'abus, s'il en est, ne résulte pas ici de l'application de la clause en tant que telle, mais plutôt du refus du conseil d'administration de corriger les iniquités pouvant en résulter, question que j'aborde ci-après.

112 J'ajoute que cette clause du Régime n'a, à cet égard, rien de singulier comme le laisse entendre le juge.

113 À titre illustratif, dans l'un de ses nombreux articles portant sur les régimes d'options d'achat d'actions, la professeure Vatinet affirme qu'en droit français, les clauses prévoyant la caducité des options octroyées à un salarié en cas de rupture du contrat de travail ont été reconnues valides et opposables au salarié. Elle fonde sa conclusion sur quelques précédents de la Cour de cassation²² :

On sait qu'une option de souscription ou d'achat d'actions consentie à un salarié est normalement irrévocable, sauf à ce que le règlement du plan d'options l'ait assortie de conditions résolutoires. On sait aussi que la condition de présence dans l'entreprise au jour de la levée de l'option est fréquemment prévue, dont la validité de principe a été admise (*Cass. soc.*, 20 oct. 2004 : *RJS* 2005, n° 66) sous réserve que le règlement soit bien opposable au salarié auquel il doit avoir été communiqué (*Cass. soc.*, 15 janv. 2002, *Go sport* : *Juris-Data* n° 2002-012524; *Dr. soc.* 2002, p. 690, *note R. Vatinet*). Il reste à préciser selon quelles modalités cette communication doit avoir lieu.

114 Certes, si la position retenue par les tribunaux français ne saurait être appliquée *mutadis mutandis* en droit québécois, elle démontre tout de même qu'une telle clause n'est pas aussi exceptionnelle que l'a laissé entendre l'expert de Dollo en première instance. Et je réitère qu'ici, l'abus ne découle pas de la clause en elle-même, mais du refus du conseil de passer outre la règle qu'elle renferme.

Question 4 : Le statut de plaignant au sens de l'article 241 L.c.s.a.

115 Dans son jugement, le juge conclut que Dollo, en tant que personne à qui l'on a promis des actions, possède les qualités de plaignant au sens des articles 238 et 241 L.c.s.a. Il fonde sa conclusion sur un arrêt de la Cour, *Garage Technology Ventures Canada, s.e.c. (Capital St-Laurent, s.e.c.) c. Léger*²³, une affaire qui, selon lui, présente des similitudes avec le présent dossier :

[306] Eu égard à la notion d'intérêt du plaignant pour instituer pareille procédure, en vertu de l'article 238 de la LCSA, un tribunal peut reconnaître le statut de plaignant à une personne à qui on a promis une part du capital-actions.

[307] Lors de la décision du conseil d'administration, Monsieur Dollo n'est plus un actionnaire.

[308] À ce sujet, Monsieur le juge Richard Wagner, alors à la Cour d'appel, écrit en regard de faits qui peuvent s'apparenter à la présente affaire :

[48] Les appelants font valoir que Léger n'a pas exercé son option d'achat du tiers du capital-actions et ne peut donc se qualifier de plaignant au sens de l'article 238 de la Loi. Ils rappellent que l'entente obligeait Léger à exercer son option d'achat avant le 18 décembre 2007. Bons princes, ils ajoutent qu'une prolongation a été accordée jusqu'au 20 décembre 2007. En raison de sa procrastination, elle ne peut plus prétendre exercer les droits d'un actionnaire.

[49] Sur ce point, la juge constate, dans les faits, que Léger n'est pas une détentrice inscrite de valeurs mobilières de la société, mais considère qu'elle est néanmoins la véritable propriétaire du tiers du capital-actions au sens de la loi. J'estime qu'elle a raison de conclure ainsi.

[309] Les auteurs Violette Leblanc et Benoît Lapointe font une révision de la jurisprudence sur le statut de plaignant et concluent ainsi :

En définitive, cette analyse a permis de déterminer que les tribunaux font une large place aux attentes contractuelles des parties lorsqu'ils se prononcent sur la question du statut de plaignant. Ils accorderont également ce statut lorsque le demandeur a rempli toutes ses obligations, lorsqu'il a été empêché de le faire par la société ou lorsque son cocontractant lui a laissé entendre que l'exécution de ses obligations pouvait être remise à une date ultérieure.

[Je souligne]

116 En appel, Premier Tech et Gestion Bélanger contestent cette conclusion, et ce, bien qu'elles n'aient pas opposé ce moyen en première instance, pas plus d'ailleurs que dans leur inscription en appel. Elles sont d'avis que cette conclusion est mal fondée en droit, le détenteur d'options d'achat d'actions ne pouvant se qualifier à titre de plaignant :

[108] C'est donc pour permettre à l'intimé de recouvrer une partie de sa rémunération que le juge de première instance lui a donné accès au recours en oppression tout en annulant au passage une disposition du Régime P-3 et en modifiant certaines clauses de la Convention entre Actionnaires P-2.

[109] Il est pourtant clair que non seulement le simple détenteur d'options ne se qualifie pas comme plaignant aux termes de la LCSA, mais aussi que le recours à l'article 241 de la LCSA n'est pas accessible aux personnes que ne cherchent qu'à percevoir une créance qu'ils associent à leur rémunération.

117 Je conviens avec les appelantes que le simple détenteur d'options ne peut, à ce seul titre, se prévaloir de l'article 241 *L.c.s.a.* Une tendance largement majoritaire, tant en doctrine qu'en jurisprudence, ne lui reconnaît pas un tel intérêt, à moins bien sûr qu'il ne soit lui-même un détenteur inscrit ou véritable propriétaire de valeurs mobilières, ancien ou actuel, ou un administrateur ou dirigeant, ancien ou actuel.

118 De fait, la jurisprudence et les auteurs se réfèrent tous à la définition de plaignant qui se trouve à l'article 238 *L.c.s.a.*, laquelle n'inclut pas le détenteur d'options d'achat d'actions :

238. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« plaignant »

- a) Le détenteur inscrit ou le véritable propriétaire, ancien ou actuel, de valeurs mobilières d'une société ou de personnes morales du même groupe;
- b) tout administrateur ou dirigeant, ancien ou actuel, d'une société ou de personnes morales du même groupe;
- c) le directeur;
- d) toute autre personne qui, d'après un tribunal, a qualité pour présenter les demandes visées à la présente partie.

[Je souligne]

119 C'est d'ailleurs ma lecture de l'arrêt *Garage Technology Ventures Canada, s.e.c. (Capital St-Laurent, s.e.c.) c. Léger* sur lequel le juge fonde sa conclusion. Dans cet arrêt, le juge Wagner reconnaît l'intérêt du plaignant non pas en raison de son statut de bénéficiaire d'options, comme le juge semble l'avoir perçu, mais bien en raison de son titre de véritable propriétaire du tiers du capital-actions.

120 Quoi qu'il en soit et bien que je ne partage pas les motifs du juge sur cette question, je suis néanmoins d'avis que sa conclusion selon laquelle Dollo possède la qualité de plaignant s'avère bien fondée.

121 Ici, l'intérêt de Dollo ne découle pas de son seul titre de détenteur d'options d'achat d'actions, comme le suggèrent Premier Tech et Gestion Bélanger. Elle résulte plutôt de son statut d'actionnaire de Premier Tech et de président de Premier Horticulture qui, au moment de son congédiement, a requis le respect de la parole donnée, soit qu'il pourrait exercer les options octroyées malgré la rupture de son lien d'emploi.

122 Le fait que Dollo a vu ses actions rachetées avant qu'il n'intente son recours n'y change rien. À titre d'ancien actionnaire, il possédait un intérêt suffisant. Le recours en oppression peut en effet être fondé sur des actes ou des faits survenus avant qu'il ne soit intenté, si l'iniquité ou l'injustice résultant de ces actes ou faits passés subsiste toujours, comme dans la présente affaire. À ce sujet, Paul Martel écrit²⁴ :

Le recours sous 241 est destiné à remédier à une situation abusive ou injuste. Il faut donc qu'une telle situation existe réellement au moment où le recours est intenté, car autrement le tribunal n'a aucune base pour agir.

Rien n'empêche cependant que le recours soit basé sur des actes ou des faits passés, pourvu qu'au moment de l'intenter, il subsiste une oppression ou une injustice.

La version anglaise de l'article 241 confirme d'ailleurs ceci, car aux paragraphes 2(b) et (c) elle utilise les termes « are or have been carried on » et « are or have been exercised », nuance perdue avec la traduction, au paragraphe (b).

[Référence omise - Je souligne]

123 Ici, l'injustice découlant du refus de Premier Tech de permettre à Dollo d'exercer ses options subsistait toujours au moment où, à titre d'ancien actionnaire de la société, il a intenté son recours.

124 Incidemment, je ne puis souscrire à l'idée voulant que l'opresseur, par un rachat forcé d'actions, fasse perdre à la personne qui se dit victime d'oppression son statut de plaignant, et ce, pour mettre son recours en échec.

125 Par ailleurs, s'il est vrai que le recours en oppression n'est pas destiné à régler les litiges privés, par exemple celui d'un employé congédié, il est à mon avis incontestable que l'employé par ailleurs actionnaire ou dirigeant peut s'en prévaloir, si son congédiement revêt un caractère oppressif visant à le forcer à vendre ses actions ou à le priver de ses options²⁵. À cet égard, Me Martel écrit :

[. . .] Le congédiement illégal d'un employé ne constitue pas, à lui seul, une base valable pour les recours. Mais si l'employé est aussi actionnaire, administrateur et dirigeant et que son congédiement s'inscrit dans un plan général de conduite visant à l'exclure de tout rôle actif dans la société, ou à le forcer à vendre ses actions, ou à le priver de ses options de souscription, le recours peut être accueilli. De même, dans les sociétés privées de type familial, il peut arriver que la relation entre l'emploi et l'investissement soit assez étroite pour justifier des « attentes raisonnables » dépassant celles d'un simple employé.

[Références omises - Je souligne]

126 En l'espèce, vu l'oppression alléguée, et considérant l'ensemble des faits retenus par le juge — au moment de son congédiement, Dollo est toujours actionnaire, il demande dès lors d'exercer ses options, il réitère cette demande à plusieurs reprises, et réserve ses recours, dont celui prévu à l'article 241 *L.c.s.a.*, mais Premier Tech attend plus de trois mois avant de se prononcer en procédant, dans l'intervalle, au rachat de ses actions — j'estime que Dollo possède le statut de plaignant.

Question 5 : L'oppression

127 Tel que je l'ai précédemment mentionné, en se prononçant sur la question de l'oppression, le juge n'a pas traité du principal argument de Dollo, celui voulant qu'il ait été trompé.

128 Pourtant, cet argument me semble déterminant.

129 Aussi, avant d'entreprendre mon analyse, il me paraît essentiel de recadrer le débat.

130 À cette fin, j'estime nécessaire de revoir la position défendue par Dollo en première instance, les motifs du juge sur cette question ainsi que les moyens invoqués par les parties en appel.

131 Je procéderai par la suite à l'analyse de la question portant sur l'oppression, en faisant d'abord un rappel des principes applicables, puis en examinant la décision du juge, à la lumière de ces principes.

5.1 La position de Dollo en première instance

132 Devant le juge, Dollo a fait valoir qu'au printemps 2010, des dirigeants de Premier Tech l'avaient rassuré en lui disant qu'il conserverait ses options même si son lien d'emploi devait prendre fin. N'eût été l'assurance donnée, a-t-il soutenu, il se serait empressé d'exercer ses options²⁶. D'où l'injustice découlant de la décision de Premier Tech de lui opposer, au moment de son congédiement, la clause 8.01.2 du Régime.

133 Il a donc reproché au conseil d'administration de Premier Tech d'avoir injustement refusé d'exercer la discrétion que lui confère l'article 8.01.2 du Régime pour corriger cette iniquité. Pour appuyer sa position, il a rappelé que les membres du conseil d'administration connaissaient la problématique, eux qui avaient reçu, à peine une semaine après son congédiement, sa lettre dénonçant l'injustice dont il se disait victime.

5.2 Les motifs du juge

134 Dans son jugement, le juge prend soin de décrire la position de Dollo :

[65] Il soutient de plus que, fort des assurances qui lui sont données dans les mois précédant son renvoi, il ne se montre pas empressé d'exercer ses options. Au contraire, s'il avait perçu des signes d'impatience, il se serait empressé d'exercer ses options.

[66] Il ajoute que le conseil d'administration, à l'automne 2010, n'exerce pas adéquatement la discrétion dont il dispose en vertu de la clause 8.01.2 du Régime; il ne tient pas comptes de ses attentes légitimes. Comme on le sait, celle-ci prévoit « *à moins que le conseil d'administration, à sa seule discrétion, n'en décide autrement* ».

[67] Il précise que Premier Tech abuse civilement de ses droits et agit de manière oppressive au sens de la LCSA.

135 Puis, après avoir procédé à l'analyse de la preuve, il retient que deux dirigeants ont effectivement représenté à Dollo qu'il n'avait pas à craindre pour les options octroyées :

[17] C'est à cette même époque que Monsieur Dollo prend connaissance d'une clause contenue dans le Régime qui lui ferait perdre tous ses droits d'acquérir des actions et d'en retirer le profit s'il est congédié.

[18] Inquiet de l'existence de cette clause, en 2010, Monsieur Dollo rencontre à tour de rôle les dirigeants et un cadre de Premier Tech qui, suivant ses dires, le rassurent par rapport à cette possibilité de perdre ses options acquises en cas de cessation d'emploi.

[. . .]

[205] Contrairement à certains arrêts jurisprudentiels cités par les parties, en l'espèce, les options sont acquises parce que le travail est réalisé. Et comme Monsieur Bernard Bélanger déclare à Monsieur Dollo dans les mois précédents son congédiement : « ce qui est gagné est gagné ».

[Je souligne - Transcription intégrale]

136 Il note également qu'au moment de son congédiement, Dollo a fait preuve de cohérence en réitérant sa position :

[270] Le 27 août 2010, Monsieur Bernard Bélanger convoque Monsieur Dollo à une rencontre. Il l'avise de la terminaison de son emploi soulevant un problème de leadership et de non-respect des budgets de son unité d'affaires. Il lui remet une lettre signée par lui l'informant de la rupture du lien d'emploi. Cette lettre ne fait référence à aucun motif de renvoi. Elle lui offre une prime de départ de 220 000 \$ et d'autres avantages d'usage dans les circonstances.

[271] Abasourdi, Monsieur Dollo soutient avoir alors évoqué la question des options d'achat d'actions. Ceci démontre ses préoccupations, car il se rappelle ses préoccupations qu'il avait déjà exprimées au printemps 2010 aux dirigeants et à Monsieur Noël, face à la clause 8.01.2. De fait, la lettre qu'il dit avoir eu le temps de parcourir ne fait aucunement référence aux options d'achat d'actions.

[272] Interrogé hors Cour le 1^{er} décembre 2011, Monsieur Bélanger nie qu'il en fut question :

Q. Okay. Est-ce que je dois comprendre, de ce que vous venez de nous dire il y a quelques instants, qu'il n'y a eu aucune discussion sur les options, rien?

R. Y'a eu aucune discussion sur les options. On a rien discuté à ce moment-là, j'lui ai dit : « Pour les Détails, tu - y connaissait mes habitudes - pour les détails, pour la finalisation de tout ça, tu vois M. Ouellet, comme d'habitude et tu vas avoir à négocier. »

Q. Je veux juste être sûr que j'ai bien compris, M. Bélanger. Lors de la rencontre du vingt-sept (27) août deux mille dix (2010) ni vous, ni M. Dollo n'avez abordé, de près ou de loin la question des options de M. Dollo?

R. On n'a pas abordé ça. La lettre, elle lui a été remise en même temps que la lettre de, de renvoi, pis c'est les documents étaient là. Y les a regardés, et comme j'vous dis, ça duré entre cinq (5) et dix (10) minutes, selon ma mémoire.

[273] Toutefois, aux questions du Tribunal, la version n'est plus tout à fait la même :

Q. Mais il a donc été question des options à ce moment-là?

R. Absolument pas, parce que j'ai dit : « Moi, là, je veux même pas écouter. » Il dit...

Q. Mais lui vous en a-t-il parlé en disant...

R. Lui...

Q. ... est-ce que (inaudible) des options dans le portrait?

R ... lui il m'a dit - il dit : « Dans votre lettre là, vous me parlez, vous me parlez pas des options de mes actions. » Alors, j'ai dit : « Tes actions, tes actions tu vas aller les - tu vas régler ça avec M. Ouellet, c'est pas moi qui va régler ça »- parce qu'il y avait ses actions aussi à régler - j'ai dit : « c'est lui qui règle ça l'histoire de ton départ, ton automobile, ton - un an de salaire, ton automobile qui n'est pas un détail qui est un Cadillac, là, puis ton computer tout ça, je m'occupe pas de ça ces détails-là, va voir M. Ouellet qui va s'occuper de tout te donner l'information nécessaire », puis il connaissait la façon d'agir depuis des années.

[274] Le Tribunal préfère la version de Monsieur Dollo qui est davantage conforme à ce que Monsieur Bernard Bélanger a déclaré en cours d'audience.

[Références omises - Je souligne]

137 Il constate enfin qu'une semaine après son congédiement, dans la lettre qu'il adresse aux membres du conseil d'administration, Dollo maintient sa position :

[320] Le 7 septembre 2010, Monsieur Dollo réagit à son congédiement en indiquant les conditions de départ qu'il estime raisonnables, excluant toutefois qu'une quittance règle également ses prétentions quant aux options d'achat d'actions. Ce même jour, Monsieur Dollo transmet une lettre aux membres du conseil d'administration de Premier Tech leur demandant de reconnaître son droit d'exercer ses options d'achat d'actions.

[...]

[326] Le 4 octobre 2010, Monsieur Dollo s'entend avec Premier Tech sur les modalités de son indemnité de départ. Il souscrit à un document de quittance qui lui réserve ses recours en matière d'options d'achat d'actions.

138 Je rappelle ce qu'écrivait Dollo dans cette lettre du 7 septembre 2010 :

Lors de l'entretien que j'ai eu avec monsieur Bernard Bélanger et qui faisait immédiatement suite à la remise de la lettre contenant la proposition de l'indemnité de départ, j'ai fait remarquer à ce dernier que la proposition de Premier Tech Ltée ne traitait aucunement des options que j'avais acquises en vertu du Régime. J'ai spécifiquement rappelé à ce dernier la teneur d'entretiens que j'avais eus au cours des mois précédents avec lui-même, messieurs Martin Noël et Jean Bélanger au cours desquels ils m'avaient assuré qu'il n'était aucunement dans les intentions de l'employeur de mettre fin à mon emploi et encore moins de ne pas me permettre de réclamer les valeurs accumulées.

[...]

139 Par ailleurs, le juge retient qu'un autre cadre de l'entreprise a pu exercer ses options, malgré la rupture de son lien d'emploi :

[339] La prépondérance de la preuve révèle qu'un autre cadre de l'entreprise a subi sensiblement le même sort que Monsieur Dollo, mais son traitement est différent. Le 29 avril 2002, Premier Tech annonce le départ de Monsieur Michel E. Guay. Par communiqué, elle lui souhaite « *le meilleur des succès dans ses projets futurs* ». Or, il appert du

rapport financier annuel de l'entreprise que Monsieur Guay, malgré son départ et après celui-ci, exerce ses options, malgré ce qu'a prétendu le témoin Samson.

[Références omises]

140 En bref, à la lumière de la preuve, le juge reconnaît les faits invoqués par Dollo au soutien de son recours en oppression.

141 Toutefois, il le fait sans égard à ses prétentions, que j'ai précédemment décrites aux paragraphes [109] et [110] de mes motifs.

142 Selon lui, Dollo a été victime d'abus en raison de son congédiement inopiné et de l'application de la clause 8.01.2 du Régime :

[341] L'actionnaire-cadre a des attentes légitimes de bénéficier d'une rémunération à long terme. L'article 2.01 du Régime le présente comme un outil de rémunération à long terme :

Le Régime est institué à l'intention de certains actionnaires, administrateurs et équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales et a pour objectifs de susciter et d'encourager la participation financière de ces personnes et, pour les administrateurs et équipiers à plein temps de la Société et de ses filiales, de promouvoir une mesure incitative de rémunération à long terme en regard de la création pour ces personnes qui sont en position de prendre des décisions, des actions et d'émettre des conseils qui influencent de façon significative les résultats et le succès de la Société . . .

[342] Monsieur Dollo a aussi des attentes en regard du respect de ses droits d'employé de l'entreprise.

[343] Il a indéniablement le droit d'être congédié dans le respect des étapes jurisprudentiellement reconnues, notamment que le congédiement soit justifié et qu'il soit prévenu que, si la situation ne s'améliore pas, il sera peut-être congédié.

[344] Dans ce contexte, compte tenu de la clause 8.01.2, il est fort probable qu'il aurait exercé son droit de lever ses options acquises. Ce non-respect de la LCSA cause à Monsieur Dollo une plus large injustice dans le contexte précis de l'existence de la clause 8.01.2.

[345] Le Tribunal est d'opinion que le précédent auquel Monsieur Dollo réfère, ajoute aux attentes qu'il a de voir le conseil d'administration lui permettre de lever ses options quand bien même il n'est plus, à ce moment, à l'emploi de Premier Tech.

[. . .]

[347] Le Tribunal est d'avis que l'imprévisibilité de son congédiement, dans un contexte où il n'est pas prévenu de cette possibilité s'il n'amende pas son comportement et n'améliore pas les résultats de son unité d'affaires, ajoute au fait qu'il ne peut se prémunir contre l'application brutale de cette clause.

[Référence omise - Je souligne]

5.3 *Les moyens invoqués en appel*

143 En appel, Premier Tech plaide que l'effet combiné de la clause 8.01.2 et du congédiement de Dollo ne peut être, en soi, source d'oppression. Quant au refus du conseil d'administration de permettre à Dollo de lever ses options, malgré son congédiement, elle le considère juste et approprié. Elle fait valoir que cette décision du conseil a été prise à la suite d'une analyse rigoureuse.

144 Elle ajoute que le litige opposant les parties en est un de nature purement privée, Dollo cherchant à percevoir une créance équivalente à du salaire. Elle fonde ce moyen sur la conclusion du juge selon laquelle les options d'achat d'actions constituaient une mesure incitative de rémunération à long terme, conclusion sans lien avec les prétentions de l'appelant en première instance, du moins sur la question de l'oppression.

145 Incidemment, pour contrer la position défendue par Dollo, elle remet en question les conclusions de fait du juge relativement aux promesses qui lui auraient été faites avant son congédiement. Selon Premier Tech, le juge aurait erré dans son appréciation de la preuve. Toutefois, elle n'identifie pas les erreurs manifestes et déterminantes qu'il aurait commises.

146 Elle invite plutôt la Cour à revoir la preuve pour l'apprécier de nouveau.

147 De son côté, Dollo défend la conclusion du juge, mais il le fait en s'appuyant sur la position qu'il a fait valoir en première instance.

148 Il maintient que n'eût été les propos des dirigeants selon lesquels les options octroyées allaient lui demeurer acquises, même si son lien d'emploi devait prendre fin, il se serait empressé d'exercer ses options. Ainsi, il reproche au conseil d'administration de ne pas avoir corrigé l'injustice découlant de ces déclarations trompeuses, malgré la discrétion qu'il pouvait exercer à cet égard²⁷ :

[99] Le premier juge a conclu que le recours en oppression était fondé. Il ne considère pas utile de se prononcer a) sur les allégations d'abus de droit et b) *pas plus que sur les allégations ayant trait aux comportements qui auraient pu rassurer Monsieur Dollo avant son congédiement* (j.p.i. par. 358, M.A., vol. 2, p. 97). L'intimé soumet respectueusement que la preuve démontre clairement que les appelantes et leurs représentants ont agi de façon abusive et que l'intimé a reçu des représentations à l'effet que son emploi n'était pas en péril. Le juge le reconnaît implicitement lorsqu'il affirme que l'intimé n'a pas eu d'avertissement et qu'il aurait pris des mesures pour sécuriser ses options si tel avait été le cas (j.p.i. par. 299, M.A., vol. 2, p. 86). L'intimé soumet respectueusement que la preuve aurait pu tout aussi bien justifier le scénario d'une condamnation en dommages.

[...]

[108] Bernard Bélanger a soutenu en mars 2010 que ce qui était « gagné était gagné », (Témoignage de l'intimé de septembre 2011, M.I., vol. 2, pp. 1090, 1164, 1178, 1189, 1191, 1217 et juin 2013, M.I., vol. 2, pp. 1607-1611) mais a invité l'intimé à consulter Martin Noël. Martin Noël a confirmé les appréhensions de l'intimé, mais lui a dit de ne pas s'inquiéter car *jamais les Bélanger ne feraient cela* (Témoignage de l'intimé de septembre 2011, M.I., vol. 2, pp. 1179, 1184, 1189 et juin 2013, M.I., vol. 2, p. 1608). Lors de sa rencontre avec Jean Bélanger en avril 2010, l'intimé lui fait part de son questionnement et Jean Bélanger prend alors l'engagement de regarder le Régime et de considérer la possibilité de la modifier. (Témoignage de l'intimé de septembre 2011, M.I., vol. 2, pp. 1194, 1198, 1208, 1219 et juin 2013, M.I., vol. 2, p. 1627). Ceci est confirmé par la pièce P-9 (M.I., vol. 2, p. 327) qui contient la mention « *interprétation du programme d'options* ». En juillet 2010, l'intimé rencontre Jean Bélanger qui n'a toujours pas complété son évaluation de rendement de l'année précédente et ce dernier lui mentionne *on te connaît avec tes défauts et tes qualités et on préfère travailler avec des gens qu'on connaît*. (Témoignage de l'intimé de septembre 2011, M.I., vol. 2, pp. 1200, 1220 et juin 2013, M.I., vol. 2, pp. 1635-1636 et p. 1711). L'intimé a fait confiance à ses supérieurs et cette confiance a été trahie.

[...]

[111] Même si le juge n'a pas tranché formellement la question, la preuve démontre que les discussions de l'intimé (dont le témoignage a été jugé plus que crédible) avec Bernard Bélanger, Jean Bélanger et Martin Noël ont créé des attentes plus que légitimes chez l'intimé à l'effet qu'il n'avait pas à s'inquiéter de la possibilité d'un renvoi prochain. Autrement, il incombait à l'employeur, vu les sommes en cause et le préjudice qui pourrait en découler pour l'intimé,

de mettre en garde ce dernier s'il estimait que son poste était à risque. Un employeur n'a pas à jouer aux devinettes avec son employé.

5.4 Les principes applicables

149 Le recours pour oppression prévu à l'article 241 *L.c.s.a.* accorde des pouvoirs étendus au tribunal. Inspiré des principes d'équité, ce recours est largement utilisé en droit civil québécois. La jurisprudence a d'ailleurs étendu sa portée. Il ne vise plus seulement la fraude, la mauvaise foi ou l'illégalité, mais également les injustices découlant des cas d'abus de droit et de violation des attentes légitimes des actionnaires.

150 Voici comment l'auteur Paul Martel décrit la portée de ce recours²⁸ :

Le recours de l'article 241, recours d'équité, est ouvert non seulement dans les cas d'abus des droits du plaignant, ce qui implique des éléments de dureté et de manque de probité et traduit l'expression anglaise « oppression », mais aussi, et c'est là que la loi fédérale a innové par rapport au droit anglais, dans les cas où, *même en l'absence d'illégalité ou de fraude*, il est porté atteinte à ces droits ou qu'il n'en est pas tenu compte. La Loi utilise l'expression « se montre injuste » (en anglais « unfairly ») pour décrire ces deux autres catégories de circonstances. Les mots « unfairly disregard » ont été interprétés comme signifiant « to unjustly and without cause (. . .) pay no attention to, ignore or treat as of no importance the interests of security holders (. . .) ».

[Références omises]

151 Le recours pour oppression s'attarde donc aux effets injustes que supporte le plaignant, et ce, même lorsque le comportement reproché respecte les règles de droit strict²⁹. En ce sens, la théorie des « attentes légitimes ou raisonnables » commande l'examen des intérêts des personnes protégées, comme le précisent les auteurs Raymonde Crête et Stéphane Rousseau³⁰ :

1577. En reconnaissant ces attentes, dont le contenu est fort variable, les tribunaux peuvent ainsi déroger aux règles de droit lorsque l'application de celles-ci s'avère inéquitable à l'égard de ces personnes, notamment en écartant la règle de la majorité. Ils peuvent également exercer une fonction supplétive en comblant les carences des ententes expresses intervenues entre les parties. Grâce à cette mesure de redressement, les personnes placées dans une position faible ou vulnérable, tels les actionnaires minoritaires qui normalement doivent se plier aux vœux de la majorité, bénéficient ainsi d'un mécanisme de contrôle judiciaire lorsque les actes contestés, bien que conforme aux règles prescrites, portent injustement atteinte à leurs intérêts.

152 Ils résument en ces termes le test en deux étapes élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*³¹ :

1583. Selon la méthode adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *BCE*, le tribunal saisi d'une demande en cas d'abus est appelé à répondre à deux questions. Premièrement, il doit se demander si la preuve fait ressortir l'existence d'une attente raisonnable invoquée par le demandeur, et deuxièmement, si la preuve permet de conclure que la violation de cette attente raisonnable constitue un abus de pouvoir ou un acte injustement préjudiciable.

[Je souligne]

153 Dans cet arrêt, la Cour suprême identifie différents facteurs permettant d'apprécier les attentes raisonnables, parmi lesquels figurent les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports existant entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures préventives qui auraient pu être prises, les déclarations et conventions ainsi que la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées³².

154 La Cour suprême précise que le concept d'attentes raisonnables est objectif et contextuel. Ainsi, il importe de déterminer si les attentes sont raisonnables compte tenu des faits propres à l'espèce, des rapports en cause et de l'ensemble du contexte³³.

155 La Cour suprême rappelle que « l'obligation des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la société inclut le devoir de traiter de façon juste et équitable les actionnaires minoritaires touchés par les actes de la société »³⁴. Bien que prise dans l'intérêt de la société, une décision peut frustrer leurs attentes légitimes et avoir sur eux un effet inéquitable, les intérêts de la société étant parfois divergents³⁵.

5.5 Analyse de la question

156 J'entends d'abord trancher les moyens soulevés par Premier Tech relativement aux erreurs qu'aurait commises le juge dans l'appréciation de la preuve, en regard de l'assurance donnée par les hauts dirigeants de Premier Tech, à savoir Bernard Bélanger, Jean Bélanger et Martin Noël, pour rassurer Dollo quant à l'exercice des options déjà octroyées, même si son contrat d'emploi devait prendre fin.

157 La norme d'intervention en pareille situation est bien connue³⁶. Une cour d'appel n'intervient sur des questions touchant l'appréciation de la preuve que si le juge a commis des erreurs manifestes et déterminantes, c'est-à-dire des erreurs qui, au regard du jugement et de la preuve, sautent aux yeux et peuvent avoir un impact déterminant sur la décision.

158 Ces erreurs doivent être précisées ou « montrées du doigt » par la partie qui se pourvoit, ce qui signifie forcément autre chose qu'inviter la Cour à revoir l'ensemble de la preuve. Dans l'arrêt *P.L. c. Benchetrit*, le juge Morissette résume fort bien ces principes. Il me paraît utile de reproduire un court passage de l'opinion de mon collègue sur la signification du terme manifeste³⁷ :

Montrer du doigt signifie autre chose qu'inviter la Cour à porter un regard panoramique sur l'ensemble de la preuve : il s'agit de diriger son attention vers un point déterminé où un élément de preuve univoque fait tout simplement obstacle à la conclusion de fait attaquée. Si cette conclusion de fait, dont on a ainsi démontré qu'elle était manifestement fautive, compromet suffisamment le dispositif du jugement, l'erreur sera qualifiée de déterminante et justifiera la réformation du jugement.

[Je souligne]

159 En l'espèce, Premier Tech, de même que Gestion Bélanger, invitent la Cour à revoir l'ensemble des témoignages, en particulier ceux de B. Bélanger, J. Bélanger et Noël, pour conclure qu'ils n'ont pas rassuré Dollo, tant à l'égard de son lien d'emploi qu'en regard de ses options. En d'autres termes, elles demandent une nouvelle appréciation de la preuve sans pour autant « montrer du doigt » les erreurs manifestes du juge.

160 Or, il n'appartient pas à la Cour de réévaluer les témoignages, d'apprécier la crédibilité des témoins et de tirer ses propres inférences de la preuve. De toute façon, l'examen des passages auxquels me réfère Premier Tech ne révèle aucune erreur pouvant justifier une telle intervention. Au contraire, j'estime que les conclusions et inférences du juge trouvent appui dans la preuve.

161 Je passe maintenant au fond de la question, en portant d'abord mon attention sur les motifs avancés par le juge pour conclure que la violation des attentes raisonnables de Dollo constitue un acte injuste et préjudiciable.

162 Soit dit avec égards pour le juge, je ne partage pas sa conclusion voulant que l'effet combiné de la clause 8.01.2 et du congédiement de Dollo puisse, à lui seul, constituer une source d'oppression. Comme je l'ai déjà expliqué, la clause

8.01.2 n'est pas en soi abusive, notamment en ce qu'elle accorde au conseil d'administration de Premier Tech le pouvoir de passer outre à la règle qu'elle renferme.

163 Ce n'est pas la clause qui crée l'oppression, mais plutôt le refus du conseil d'administration, lorsqu'il est en présence d'une injustice découlant de son application, de passer outre à la règle qu'elle renferme. En pareilles circonstances, il appartient au conseil d'administration de corriger la situation. S'il ne le fait pas et que son omission porte atteinte aux attentes légitimes, la responsabilité de la société peut être retenue.

164 Ce qui m'amène au principal argument de Dollo.

165 Des conclusions de fait du juge, je retiens que Dollo a été rassuré par les dirigeants à l'égard de ses options. Il crut, à tort, qu'il pourrait les exercer malgré une éventuelle rupture de son lien d'emploi. Je retiens également son affirmation non contredite selon laquelle il aurait exercé ses options dès le printemps 2010, n'eût été ces assurances.

166 À mon avis, cette preuve tranche la question de l'oppression.

167 Premièrement, elle démontre l'existence des attentes légitimes de Dollo qui, en raison des promesses qui lui ont été faites, était en droit de s'attendre, en toute légitimité, qu'il allait pouvoir exercer ses options malgré la rupture de son lien d'emploi.

168 Deuxièmement, relativement à l'effet préjudiciable du non-respect de cette attente, il coule de source. Dollo a renoncé à exercer ses options plus tôt, sur la foi de ces assurances, avec les conséquences qui en découlent.

169 Quant à l'oppression, elle découle du refus du conseil d'administration de Premier Tech de passer outre à la règle pour corriger l'injustice, malgré le pouvoir que lui conférait l'article 8.01.2.

170 Vu la violation des attentes légitimes de Dollo, le conseil d'administration avait le devoir d'intervenir.

171 De fait, en refusant de corriger cette injustice, les membres du conseil d'administration ont fait le jeu de Bernard Bélanger, le président de Premier Tech, et de sa société Gestion Bélanger, qui avaient tout intérêt à ce que Dollo n'exerce pas ses options. Pourquoi? Pour la simple et bonne raison qu'au final, c'est Gestion Bélanger qui devait procéder au rachat des actions de Dollo à un prix de 1 926 704 \$!

172 À cet égard, l'analyse du juge sur le processus ayant amené le conseil d'administration à refuser de permettre à Dollo d'exercer ses options me paraît révélatrice et déterminante.

173 En définitive, j'estime qu'en représentant à Dollo que ses options n'étaient pas à risque dans l'éventualité où il serait congédié, et ce, quelques mois avant son congédiement effectif, en empruntant l'expression « ce qui est gagné est gagné », les dirigeants de Premier Tech l'ont induit en erreur. Pour cette raison, Premier Tech n'était pas recevable à lui opposer la clause 8.01.2. du Régime.

174 Je terminerai mon analyse en paraphrasant les propos du juge Mignault dans l'arrêt *Grace and Company v. Perras*³⁸, lesquels siéent bien à la présente affaire, malgré qu'il s'agisse ici d'un recours en oppression.

175 Nul n'est recevable à se prévaloir de sa propre faute au préjudice d'autrui, proposition fondée sur le principe qu'on ne doit pas tirer avantage d'une faute que l'on a commise. Au contraire, il est juste de réparer le tort que l'on fait. Si, par ses propos, une personne en amène une autre à modifier sa position à son préjudice, sa responsabilité peut être retenue.

Question 6 : L'exécution : en nature ou par équivalent

176 Premier Tech et Gestion Bélanger reprochent à Dollo d'avoir exigé une exécution en nature plutôt que des dommages-intérêts, son recours étant de la nature d'un droit de créance associé à un contrat d'emploi.

177 Vu ma conclusion précédente, j'estime que ce moyen est sans mérite.

178 J'ajoute qu'aux termes de l'article 241 *L.c.s.a.*, le tribunal dispose d'un large éventail de remèdes, lesquels ne sont par ailleurs pas limitatifs. Il peut notamment enjoindre à la société concernée ou aux personnes morales du même groupe d'émettre des actions³⁹, de les racheter⁴⁰ ainsi que de rembourser aux détenteurs d'actions les fonds versés pour leur acquisition⁴¹. À cet égard, Me Martel écrit⁴² :

31-309 Lorsqu'un tribunal considère qu'un plaignant a établi l'existence de motifs d'intervention en vertu du paragraphe (2) de l'article 241, il dispose d'une batterie impressionnante, pour ne pas dire ahurissante, de pouvoirs.

31-310 Ces pouvoirs sont énumérés au paragraphe (3), mais leur liste n'est pas exhaustive, car elle est précédée du mot « notamment ».

31-311 Le principe est très souple: le tribunal peut rendre toutes les ordonnances, provisoires ou définitives, qu'il estime pertinentes. Il a littéralement carte blanche pour rétablir l'équité dans la société. Son rôle, qui a été avec justesse qualifié de « inquisitorial and salvationist », consiste « à décider non seulement s'il y a eu injustice autorisant son intervention mais également l'à propos de l'intervention demandée ».

179 À mon avis, l'exécution en nature était, en l'espèce, de mise.

180 Par ailleurs, Premier Tech et Gestion Bélanger s'opposent à l'amendement tardif que propose Dollo, soit d'ajouter une conclusion afin d'obtenir les intérêts prévus à l'article 12.5 de la convention unanime d'actionnaires :

12.5 Intérêt payable par GBB. Tout solde impayé sur les Actions après un délai de soixante (60) jours suivant la date de l'événement ayant entraîné l'application des dispositions, portera intérêt au taux moyen des dettes à long terme de la Société en date de l'événement ayant entraîné l'application des dispositions plus un pourcent (1%). Il est de plus entendu que toute Action non payée qui aura été acquise par GBB sera donnée en gage à l'Actionnaire Minoritaire vendeur qui détiendra alors le Certificat d'Actions en question jusqu'à paiement complet du solde qui lui est alors dû par GBB.

181 L'amendement proposé n'est pas inutile ni contraire aux intérêts de la justice et il n'en résulte pas une demande entièrement nouvelle sans rapport avec la demande originaire. Au contraire, cet amendement ne vise qu'à appliquer les termes exprès de la convention d'actionnaires, l'entente liant les parties. Dans ce contexte, j'estime devoir faire droit à l'amendement.

182 En conséquence, la somme de 1 313 847 \$ payable à Dollo à la suite du rachat de ses actions par Premier Tech ltée devrait porter intérêt au taux moyen des dettes à long terme de cette société au 21 novembre 2013 plus 1 %, et ce, à compter du 20 janvier 2014.

183 Reste enfin à décider du sort de la requête en rejet partiel du mémoire de l'intimé.

184 Dans cette requête, les appelantes soutiennent que Dollo a introduit une nouvelle demande en appel, une conclusion subsidiaire en dommages-intérêts de 1 932 000 \$ et les intérêts portant sur cette somme depuis l'assignation.

185 Considérant mes conclusions précédentes, il n'y a pas lieu de faire droit à cette requête.

186 En effet, j'écarte la conclusion subsidiaire recherchée.

7 - CONCLUSION

187 Je suis d'avis que Dollo, en sa qualité d'actionnaire et d'ancien actionnaire de Premier Tech, a fait la preuve d'une attente légitime à l'égard des options d'achat d'actions qui lui ont été octroyées, en s'étant fait dire que nonobstant la

clause 8.01.2 du Régime, il allait pouvoir les exercer malgré la rupture de son lien d'emploi. En refusant d'honorer les engagements de ses représentants, Premier Tech s'est montrée injuste envers Dollo.

188 Cette violation de l'attente légitime de Dollo constitue un geste oppressif au sens de l'article 241 *L.c.s.a.*

189 Voilà pourquoi je propose de rejeter l'appel des appelantes Premier Tech ltée et Gestion Bernard Bélanger ltée.
Appel rejeté.

Notes de bas de page

- * Varié à *Premier Tech ltée c. Dollo* (2015), 26 C.C.P.B. (2nd) 145, 2015 QCCA 1418, 2015 CarswellQue 8581 (C.A. Que.).
- 1 *Grace & Co. v. Perras* (1921), 62 S.C.R. 166 (S.C.C.).
- 2 *Dollo c. Premier Tech ltée*, J.E. 2014-130, 2013 QCCS 6100 (Que. Bkcty.) [26 C.C.P.B. (2nd)15], [Jugement dont appel], paragr. 338.
- 3 Ces questions sont décrites dans la lettre que les avocats de Gestion Bélanger ont adressée à la présidente de la formation, en date du 7 avril 2015.
- 4 *Costco Wholesale Canada Ltd. c. Chaumont*, [2005] R.J.Q. 2249, 2005 QCCA 788 (C.A. Que.).
- 5 *Ibid.*
- 6 *Sirois c. O'Neill*, J.E. 99-1343 (C.A. Que.) [1999 CarswellQue 1899 (C.A. Que.)].
- 7 *Ibid.*
- 8 Georges Audet, Robert Bonhomme et Clément Gascon, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 3^e éd., vol. 1, édition sur feuilles mobiles, Cowansville, Éditions Yvon Blais, janvier 2015, n° 4.2.23 et 4.2.24, p. 4-23 et 4-24.
- 9 *Québec (Commission des normes du travail) c. Asphalte Desjardins inc.*, [2014] 2 S.C.R. 514, 2014 SCC 51 (S.C.C.).
- 10 *Ibid.*
- 11 Article 1380 *C.c.Q.*
- 12 Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 190, p. 305.
- 13 [2002] R.J.Q. 1035 (C.S. Que.), paragr. 64-66.
- 14 Raymonde Vatinet, « *Conditions d'application du règlement des stock-options* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 31, 3 août 2006, 2200; Raymonde Vatinet, « *La nature juridique des stock-options précisée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation* », La Semaine Juridique Social, n° 25, 13 décembre 2005, 1417; Raymonde Vatinet, « *Le clair-obscur des stock options à la française* », Rev. Sociétés, (1) janv.-mars 1997, 31.
- 15 *C. (D.) c. IBM Canada ltée*, J.E. 2014-1301, 2014 QCCA 1320 (C.A. Que.).
- 16 J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *supra*, note 12, n° 62, p. 94.
- 17 *Ibid.*, n° 63, p. 96-101.
- 18 *Ibid.*, n° 63, p. 100.

- 19 Jean-Claude Royer, *La preuve civile*, 4^e éd., par Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 982, p. 872. Les auteurs réfèrent aux arrêts suivants : *Simard c. Moisan*, B.E. 2008BE-450, 2008 QCCA 505 (C.A. Que.); *Hamel c. Ste-Anne-de-Beaupré (Ville)*, J.E. 2007-660, 2007 QCCA 371 (C.A. Que.); *Widdrington Estate c. Wightman*, J.E. 2007-754, 2007 QCCA 440 (C.A. Que.); *2630-3602 Québec inc. c. Thrifty Canada inc.*, J.E. 2003-853 (C.A. Que.) [2003 CarswellQue 980 (C.A. Que.)]; *R. c. Plamondon*, [1991] R.J.Q. 2447 (C.A. Que.), 2453; *R. v. Morris*, [1983] 2 S.C.R. 190 (S.C.C.), 193.
- 20 *Services Sani-Marchand inc. c. Montréal-Nord (Ville)* [1992 CarswellQue 1005 (C.A. Que.)], 1992 CanLII 3842.
- 21 J.-C. Royer, *supra*, note 19, n° 466 et 475, p. 326 et 337.
- 22 Raymonde Vatinet, « Conditions d'application du règlement des stock options », La semaine juridique Entreprise et Affaires, n° 31, 3 août 2006, 2200.
- 23 *Léger c. Garage Technology Ventures Canada, l.p. (Capital st-Laurent, l.p.)*, [2012] R.J.Q. 2030, 2012 QCCA 1901 (C.A. Que.).
- 24 Paul Martel, *La société par actions au Québec*, vol. 1 : Les aspects juridiques, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, Martel ltée, 2014, paragr. 31-372 à 31-374, p. 31-148 et 31-149.
- 25 *Ibid.*, paragr. 31-268, p. 31-97 à 31-98.1.
- 26 Jugement dont appel, paragr. 65-67.
- 27 Mémoire de l'intimé, paragr. 99, 108 et 111.
- 28 P. Martel, *supra*, note 24, paragr. 31-191, p. 31-64 et 31-64.1.
- 29 Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, n° 1576, p. 708.
- 30 *Ibid.*, n° 1577, p. 709.
- 31 *Ibid.*, n° 1583, p. 711.
- 32 *BCE Inc., Re*, [2008] 3 S.C.R. 560, 2008 SCC 69 (S.C.C.), paragr. 72 et s.
- 33 *Ibid.*, paragr. 62.
- 34 *Ibid.*, paragr. 82.
- 35 *Ibid.*, paragr. 64.
- 36 *L. (H.) v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25 (S.C.C.); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33 (S.C.C.); *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, 2002 SCC 85 (S.C.C.); *Côté c. Côté*, J.E. 2014-412, 2014 QCCA 388 (C.A. Que.).
- 37 *L. (P.) c. Benchetrit*, [2010] R.J.Q. 1853, 2010 QCCA 1505 (C.A. Que.).
- 38 *Grace and Company v. Perras*, *supra*, note 1.
- 39 Article 241, paragr. (3) d) *L.c.s.a.*
- 40 Article 241, paragr. (3) f) *L.c.s.a.*
- 41 Article 241, paragr. (3) g) *L.c.s.a.*

42 P. Martel, *supra*, note 24, paragr. 31-309 à 31-311, p. 31-115 et 31-117.

Fin du document

© Thomson Reuters Canada limitée ou ses concédants de licence (à l'exception des documents de la Cour individuels). Tous droits réservés.

6

2000 CarswellOnt 4554
Ontario Superior Court of Justice [Commercial List]

Working Ventures Canadian Fund Inc. v. Angoss Software Corp.

2000 CarswellOnt 4554, [2000] O.J. No. 4537, 101 A.C.W.S. (3d) 282

**Working Ventures Canadian Fund Inc., Applicant
and Angoss Software Corporation, Respondent**

Cameron J.

Heard: October 10-11, 2000
Judgment: November 27, 2000
Docket: 00-CL-3698

Counsel: *Douglas F. Harrison* and *Adrian C. Lang*, for Applicant.
Andrew M. Robinson, for Respondent.

Subject: Corporate and Commercial; Contracts

APPLICATION by creditor for relief from oppression.

Cameron J.:

Application

1 Working Ventures Canadian Fund Inc. ("Working Ventures") applies under the *Ontario Business Corporations Act* ("OBCA") s. 248 and Rule 14.05 (3) for:

- (a) a declaration that the refusal of Angoss Software Corporation ("Angoss") to permit Working Ventures to exercise a warrant for the purchase of 1,200,000 shares of Angoss at a cost of \$0.25 per share (the "Warrant") has effected a result that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of Working Ventures;
- (b) a declaration that the Warrant is valid and enforceable and that Working Ventures is entitled to exercise the Warrant pursuant to its terms;
- (c) an order directing Angoss to issue forthwith 1,200,000 of its shares upon the payment of \$300,000.00 by Working Ventures to Angoss;
- (d) an order directing that the shareholders' register of Angoss be amended to reflect Working Ventures as the holder of 1,200,000 common shares of Angoss;
- (e) in the alternative, an order for specific performance pursuant to the Warrant;
- (f) in the alternative to subparagraphs (b), (c), (d) and (e) above, an order directing Angoss to pay damages to Working Ventures in the amount of \$8,000,000.00 for 1) oppression or 2) breach of contract; and
- (g) an order directing Angoss to pay Working Ventures \$12,000.00 due and owing on account of principal on a promissory note dated December 30, 1997.

Parties

2 Angoss is a Canadian software development company incorporated under the OBCA, engaged in the development and sale of advanced data mining software solutions. The common shares of Angoss are listed on the Canadian Venture Exchange, formerly the Alberta Stock Exchange ("ASE").

3 Working Ventures is a Canadian Labour Sponsored Investment Fund. It raises money from shareholders who invest a maximum of \$5,000.00 a year for which they receive a tax benefit. Its objective is to make investments in small and medium-sized Canadian growth businesses with the objective of achieving long term capital appreciation for shareholders. In 1998 it had invested \$331 million in 123 companies out of total investments of \$595 million. According to its web-site, Working Ventures is a "long term investor with an appetite for the kind of risk that is needed to support companies that have the potential to grow quickly."

Facts

4 In July 1997, Angoss retained the Canadian investment banking firm, Griffiths McBurney & Partners ("Griffiths") to explore financing options for the company. One of the parties contacted was Working Ventures.

5 By letter dated July 6, 1997, Working Ventures requested information from Angoss for its due diligence investigation of Angoss as an investment risk.

6 During the period of June through September 1997, representatives of Working Ventures met with representatives of Angoss at various times to conduct due diligence to assess Angoss as an investment. In response to due diligence questionnaires and specific inquiries, Angoss provided Working Ventures, both directly and through Griffiths, with extensive materials and confidential business information, including names and contact information of users of Angoss products at major customers, results of its operations, projections and business strategy documents.

7 When Working Ventures assesses an investment, there are two committees involved. Firstly, there is the Management Investment Committee Challenge ("MICC"), which provides an opportunity to take a first look at a deal, and the people who will ultimately approve the transaction ask questions and express concerns. The Management Investment Committee Approval ("MICA") is the approving authority where the actual decision to proceed with the financing is made.

8 An initial report was prepared in June or early July 1997 by Barry Richards and Rob Wilson of Working Ventures to submit to the MICC.

9 The report analyzed the business of Angoss, and with respect to the capability of management stated the following:

Lynn Stetham, who stepped down as President and Chairman on June 4, 1996, replaced by John Mangold (CEO) and Joe Martin (Chairman) founded the Company in 1984. Joe Martin is currently associated with the Faculty of Management of the University of Toronto. He has had a long distinguished career in management consulting, most recently as Chairman of the Management Committee of Deloitte Touche Tohmatsu International. John Mangold has extensive management experience in sales, marketing, and research and development in both the data warehousing and data mining industries. Prior to joining ANGOSS as Vice-President, Technology in 1995, he was a Managing Partner of the Consulting Division of AT&T Global Information Solutions and President of Teradata Canada Limited.

10 The report summary contains a recommendation which sets forth the reasons for the recommendations and the outstanding risks.

11 The proposal went before the MICC on July 11, 1997, where various suggestions were made on issues which required follow-up.

12 The investment by Working Ventures did not proceed in the summer of 1997.

13 In October SLM Software Inc. ("SLM") commenced an unsolicited takeover bid for Angoss.

14 In the context of, and as a result of the SLM offer, Griffiths was asked to modify its role to reflect an "in play" advisory engagement. As a result, financing discussions with Working Ventures and others were put on hold and Griffiths was instructed by the board of directors to solicit competing expressions of interest in acquiring Angoss.

Angoss Issues a Note and a Warrant to Working Ventures

15 In or about November, 1997 Angoss approached Working Ventures requesting financial assistance as it was having trouble meeting its payroll and other financial obligations. In a Directors' Circular dated December 22, 1997, the directors of Angoss considered the SLM bid inadequate and noted Angoss' need for short-term capital, which was described as "critical". By that point, the directors of Angoss believed that the takeover bid for the company by SLM would fail.

16 One of the major hurdles to Angoss' refinancing was a lawsuit in which it was involved with Trifox. On December 12, 1997, the Ontario Superior Court of Justice released its decision in the Trifox litigation which was favourable to Angoss. It confirmed, the non-performance by Trifox of its obligations, absolved Angoss of responsibility for liabilities shown on its balance sheet at approximately \$4,000,000, and awarded Angoss approximately \$4,000,000 in damages together with interest and costs.

17 The judgment had a dramatic effect on the viability of Angoss. Angoss immediately reactivated financing discussions with other parties to determine if there was investment interest in the company in light of both the attempted takeover by SLM and the favourable outcome of the Trifox litigation.

18 The Working Ventures financing proposal was negotiated between December 19, 1997, and December 24, 1997. The final version of the Working Ventures offer to lend was delivered to Angoss at 3:00 p.m. on December 24, 1997, and was open for acceptance until 5:00 p.m. on the same day. Angoss was in critical need of cash to pay current operating obligations, including wages. The Loan Agreement was signed on Christmas Eve, the start of the holiday season. Angoss suggests, and Working Ventures denies, that Working Ventures was pressing to execute the Loan Agreement so it could be "booked" in the 1997 calendar year.

19 On December 24, 1997 Working Ventures and Angoss entered into a letter agreement ("Loan Agreement") which stated in its introduction:

will outline the general terms and conditions under which [Working Ventures] proposes to extend a promissory note and acquire a debenture with warrants attached in [Angoss].

[Working Ventures] are prepared to extend a promissory note as described under the heading "Promissory Note" below upon satisfaction of the conditions set forth under the heading "Conditions Precedent to Extending Promissory Note".

The Loan Agreement provided under the heading "Promissory Note" that a promissory note to be issued by Angoss (the "Note") was to evidence a loan by Working Ventures to Angoss of \$300,000 to provide bridge financing (the "Interim Loan") until Working Ventures "can complete its due diligence". The Note was to be due and payable on the earlier of:

- (i) a successful takeover bid of Angoss; or
- (ii) August 31, 1998.

Interest on the Note was at the rate of 8% per annum payable quarterly in arrears.

Angoss agreed:

(i) to issue to Working Ventures the Warrant exercisable into 1,200,000 common shares at 25 cents which would expire on the earlier of two years from the date of issue provided that the Note has been repaid, or a successful completion of a takeover bid for all the shares of Angoss;

(ii) to pay "a Stand-by Fee of \$50,000 for issuing the Note due and payable on receipt of funds".

20 Following the introductory language quoted above the Loan Agreement continued:

We will immediately commence our due diligence and, assuming that such due diligence is satisfactory, we will be in a position to extend a debenture as described below upon satisfaction of the conditions under the heading "Conditions Precedent to Extending Debenture".

The debenture was to be for \$2 million at 8% per annum repayable in 2 years secured by a floating charge on all Angoss' assets. The Note would be extinguished out of the proceeds of the debenture. The debenture was to be accompanied by 8 million warrants exercisable into common shares of Angoss at 25 cents per share ("Debenture Warrants"), in return for which the Warrant would be cancelled.

The "Conditions Precedent to Extending Debenture" included:

1. Satisfaction of Working Ventures with the results of its due diligence pertaining to [Angoss] and approval of the investment by Working Ventures' Investment Committee;

2. Opinion of Counsel to [Angoss]...

3. Negotiation and execution of a mutually satisfactory agreement ... including but not limited to the following provisions:

(i) Restrictions on the issue of shares in [Angoss]..

(ii) Working Ventures representation on [Angoss'] Board of Directors...

.....

4. Confirmation satisfactory to Working Ventures acting reasonably that adequate banking arrangements are in place to support [Angoss] throughout the initial year of its strategic business plan.

.....

11. The receipt of requisite approvals for the issue of the Debenture Warrants.

12. Letter of the ASE listing the shares that are the subject matter of the Debenture Warrants.

21 The Loan Agreement further provided that:

(a) the Debenture Warrants were to expire on the earliest of:

(i) a successful completion of a takeover bid;

(ii) three years from the date of issue; or

(iii) thirty days following notice by Angoss to Working Ventures that the average trading price of the shares over the most recent 20 day period was greater than 50 cents per share and the average trading volume exceeded \$30,000 per day;

(b) Angoss would pay a commitment fee of \$75,000 together with a breakup fee of \$400,000 in the event of a successful takeover bid for Angoss (excluding the takeover bid then being made by SML).

Under "General Matters" the Loan Agreement provided:

Regardless of whether the transaction is completed, [Angoss] shall pay all out of pocket expenses of Working Ventures including, without limitation, travel, accounting, due diligence investigation and other special assistance, legal, registration and filing fees and disbursements not to exceed \$50,000.

22 The Warrant contemplated in the Loan Agreement and as issued did not contain an expiry date based on notice of the 20 day average price exceeding 50 cents per share which was contemplated for the Debenture Warrants. This provision allowed Angoss to put a cap on the exercise price of the Debenture Warrants. Such a cap was not possible under the Warrant. There has been no request for rectification.

23 Angoss' issued capital at the material times consisted of 33,882,700 common shares. Their closing price on the ASE on December 24, 1997 was 20 cents.

24 Prior to executing the Loan Agreement there was a discussion between Angoss' representatives and Working Ventures' representatives wherein Angoss took the position that the commitment fee of \$50,000 was excessive for the \$300,000 Interim Loan. Working Ventures representatives stated that, while viewed in isolation, this was true taking into account the overall financing package, an aggregate commitment fee of \$125,000 on a financing of \$2,000,000 was a "market" return for an investment of this nature. The \$50,000 was said to be compensation for assessing the deal and for risk. According to Angoss, the gist of the conversations was that Angoss was led to believe that the \$2,000,000 financing would proceed.

25 After the Loan Agreement was executed, but just prior to the closing of the interim financing evidenced by the Note in late December, the chief financial officer of Angoss, Lon Vining, called Mr. Andrew Abouchar, an investment manager with Working Ventures. Mr. Vining took issue with the Loan Agreement and suggested that the Warrant be convertible and should expire when the Loan was repaid. Mr. Abouchar told him that Working Ventures was not prepared to change the Loan Agreement. Mr. Vining accused Mr. Abouchar of negotiating in bad faith.

26 In Mr. Abouchar's report to Working Ventures' Management Investment Committee, dated December 19, 1997, the reasons that he recommended the transaction were:

1. The combination of the high commitment fee and breakup fee coupled with the likelihood of a potential acquisition of the Company present Working Ventures with the opportunity to earn a substantial return on our investment (3x) in a short period of time.
2. The opportunity, to assess on an exclusive basis, a potentially high quality transaction ... subject to due diligence.
3. Seniority ranking of Working Ventures' guarantee.

He noted as a risk:

In the absence of a buyer, and assuming no interest in an investment (from Working Ventures) post due diligence, Working Ventures will have a \$250,000 exposure in Angoss. It is our view that the low exposure amount, the senior debt nature of the investment and the valuations implied by the SLM offer, reduce Working Ventures' exposure.

27 The SLM takeover bid expired on December 29, 1997 without being extended.

28 On December 30, 1997, Working Ventures advanced \$250,000 to Angoss pursuant to the Loan Agreement (i.e. \$300,000 less \$50,000 "Stand-by Fee"). At the same time, Angoss issued the Note and the Warrant to Working Ventures.

Since no due diligence had been conducted (given the immediacy of the request) Working Ventures considered the \$300,000.00 investment to be risky, and negotiated its fee accordingly. The due diligence conducted in mid-1997 was not reviewed by Mr. Abouchar prior to executing the Loan Agreement due to Angoss' urgent need for cash and Mr. Abouchar's understanding that there would be adequate time for due diligence before proceeding with further financing.

Working Ventures' Investigations

29 Working Ventures commenced its due diligence process regarding Angoss in January, 1998 in accordance with a detailed checklist. Documents were requested by Working Ventures and several binders of information, including a business plan, were provided to Working Ventures by Angoss. Working Ventures reviewed the information. Representatives of Working Ventures had numerous conversations with Angoss and attended at Angoss' offices to review board minutes.

30 Mr. Abouchar spoke to a number of senior members of Angoss' staff including the then president Mr. Mangold and the chief financial officer, Mr. Vining. He also met with Eric Apps, who was on the board (and who is now the president), and with Andrew Shearer, a former board member. Mr. Abouchar indicated to Mr. Apps that from a funding perspective, Working Ventures was concerned about "taking the for sale sign off the front lawn only to have it go back up again". Mr. Apps indicated to Mr. Abouchar that the financing would fund the company's current plans, that with the SLM offer behind the company and given the satisfactory outcome the board was optimistic about Angoss' prospects. Mr. Apps stated that the current board members believed in the business of investment opportunity and wish to work with Working Ventures to help Angoss achieve its business goals.

31 In conducting its due diligence during January and February 1998, neither Mr. Abouchar nor any other member of Working Ventures:

(a) met with or communicated with the Chairman of the board of directors of Angoss or any other directors except Mr. Mangold and Mr. Apps;

(b) according to Angoss, had any "meaningful contact" with Mr. Mangold, President, Lon Vining, Chief Financial Officer, Ken Ono, Vice-President Technologies, Rick Ernst, Vice-President Sales, or any other officers of Angoss, on either business or technology matters;

(c) contacted any of the hundreds of customers, industry partners or technology consultants, including leading independent data mining consultants and partners such as Tandem, COMPAQ and other major US based companies, that Angoss had identified, and provided telephone information for, as being knowledgeable about its business, products, affairs and prospects, all of whom would have been, and still are, able to attest to the credentials of Angoss, the quality of its products, and its position in its industry;

(d) challenged orally or in writing, the company's business plan, strategy, product development plans or otherwise indicate why its due diligence inquiries had proven to be "unsatisfactory"; or

(e) contacted anyone at Angoss orally or in writing, to indicate any areas of any concern arising from any due diligence that may have been conducted by Working Ventures.

32 In his cross-examination with respect to due diligence, Mr. Abouchar stated:

(a) he was not aware of the due diligence report prepared in mid-1997 by Messrs. Richards and Wilson;

(b) in doing his due diligence in December 1997 and in January and February of 1998, he did not go back and look at the old file;

(c) he acknowledged that one of the substantial risks which the July 1997 due diligence uncovered was the lawsuit, and this risk had been resolved by December 1997;

(d) he was not sure that he looked at the binders which were provided by Angoss in response to Working Venture's request for information in doing its due diligence;

(e) a Mr. Maalouf, who reported to Mr. Abouchar, reviewed the documents but there were no memos or notes from Mr. Maalouf in the file dealing with such review;

(f) through his conversations with Messrs. Mangold, Vining, Apps, Shearer and other management he concluded that the board of Angoss was "dysfunctional" and that the company's management was not capable of executing the business plan;

(g) he stated that his reason for not proceeding with the final debenture came down to three matters:

(i) he was concerned about management; saying he had a telephone conversation with Mr. Mangold "and I found him weak and indecisive and ... that my assessment of him was he was incompetent to lead the charge";

(ii) he was upset about a press release issued by Angoss describing its financing with Working Ventures which he felt did not adequately reflect the conditions of the loan, including satisfaction with the due diligence review but which, on cross examination, Mr. Abouchar could not justify;

(iii) he was upset that on December 29, 1997, prior to the closing, he had words with Lon Vining, the Chief Financial Officer, who suggested he was dealing in bad faith.

33 Mr. Abouchar could not remember how many times he spoke to Mr. Mangold. He had no notes and he made no outside external checks except speaking to Mr. Shearer.

34 The only internal documents produced by Working Ventures relating to the due diligence done in January and February of 1998 were as follows:

(a) Angoss Software due diligence checklist dated Thursday, January 8, 1998;

(b) Angoss Business Plan 1998 with documents attached; and

(c) Extracts of Board Meeting.

There were no internal memos, analysis, notes or other indicia of any analysis by Working Ventures personnel with respect to Angoss or its business. Mr. Abouchar left Working Ventures in 1998 or 1999 and destroyed many of his files at the time.

35 Although Mr. Abouchar spoke with the other Working Ventures representatives charged with conducting the due diligence, no written report was prepared as it was not Working Ventures' practice to produce such a report.

36 By early February 1998, Working Ventures had completed its due diligence of Angoss with respect to the proposed \$2,000,000.00 financing. Mr. Abouchar decided that Working Ventures would not proceed with the further financing. Mr. Abouchar advised Angoss by letter dated February 12, 1998 that "due diligence has proven to be unsatisfactory" and that it would not be investing any further in Angoss. Mr. Abouchar ended his letter by enclosing a statement of account of Working Ventures' lawyers for \$12,049.23.

37 The decision not to go ahead with the investment was made by Mr. Abouchar alone following discussions with the two employees of Working Ventures who reviewed the documents. He did not go to Mr. Whitaker, his superior, nor did he take the matter to the MICA.

38 The result of Working Ventures not proceeding with the financing was that Angoss was left with an unsecured debt of \$300,000 due August 31, 1998 for which it had paid a commitment fee of \$50,000 together with interest at 8%

and legal fees of \$12,000. Working Ventures claimed it was entitled to keep the Warrant. Without taking into account the Warrant, the effective interest rate for the eight month loan was approximately 35% plus legal fees.

Alleged Conflict of Interest

39 The negotiations between Working Ventures and Angoss were conducted while Angoss was "in play" and the SLM bid was outstanding. Working Ventures did not disclose to Angoss that it had an equity interest in SLM of 2% of SLM's issued shares. Mr. Abouchar knew of the investment by SLM.

40 In a press release on April 7, 1998, Angoss acknowledged that the decision not to proceed with the \$2,000,000.00 financing was Working Ventures' decision to make.

Settlement Negotiations

41 On August 25, 1998, less than a week before the maturity date of the Note, Angoss sought from Working Ventures an extension of the maturity date to December 31, 1998. Settlement negotiations ensued. Mr. Apps took the position that the whole basis upon which Angoss had taken the \$300,000 loan and given the Warrant was that it was an interim loan which would be repaid and the Warrant would be retired when the full financing and Debenture Warrants were advanced.

42 On or about October 2, 1998 (more than a month after the due date of the Note) Working Ventures and Angoss entered into an agreement to retire the Note and the Warrant (the "Settlement Agreement"). The Settlement Agreement provided:

- (a) Angoss would pay \$288,000 together with interest on the promissory note with payment to be made on October 7.
- (b) The balance of \$12,000 together with any obligations of Angoss for the Warrant, were to be satisfied through the issuance (subject to receiving required regulatory approvals) of \$20,000 worth of common shares of Angoss based on the closing trading price of the common shares of Angoss on Friday, October 2, 1998, which was 9.5 cents per share. This would result in the issue of 210,526 common shares.
- (c) In consideration of the payment and issuance of the shares, Angoss would have no further or other liability or obligation to Working Ventures on either the Note or the Warrant.
- (d) Angoss was to seek the required approvals immediately.

Paragraph 4 of the Settlement Agreement provided:

- (e) [Angoss] shall seek the Required Approvals immediately following acceptance hereof by [Working Ventures]. If the Required Approvals are not obtained, [Working Ventures] and [Angoss] **shall and do hereby reserve their respective positions** with respect to the repayment of additional amounts due under the debenture and the rights and entitlements of [Working Ventures] under the Warrant. [emphasis added]

43 On October 7, 1998 Angoss paid Working Ventures \$288,000.00 towards the outstanding balance of the Note and wrote to the ASE for its approval of the issue and listing of the 210,526 shares required to satisfy the warrants in the Settlement Agreement.

44 The ASE stated that it would not accept a settlement value for the Warrant exercisable at 25 cents as it was valueless, based on the stock's closing price of 10 cents on October 2, 1998 and that in any event, no shares could be issued to any person below 10 cents.

45 On or about January 27, 1999 Angoss indicated to Working Ventures that it received approval from the ASE to issue only 128,900 common shares at an issue price of 10 cents per share (a value of \$12,890) and that this was all

that Angoss was prepared to issue. The ASE was apparently not prepared to allow the issuance of any shares in respect of the Warrant.

46 On or about February 4, 1999, Angoss advised Working Ventures that if Working Ventures was not willing to accept what the ASE had approved then it would leave the payment open and leave the Warrant in Working Ventures' hands ... "its your call".

47 On or about February 8, 1999 Working Ventures advised Angoss by an undated letter that it was disappointed that Angoss would not honour the settlement and that the Warrant would remain outstanding until the earlier of maturity or when Working Ventures decided to exercise it, and that repayment of the Note did not affect the Warrant.

48 It is Angoss' position that this statement that it would not honour the settlement was untrue. Angoss said it was willing and ready to honour the Settlement Agreement. Angoss said the ASE had agreed to Angoss issuing shares at 10 cents to settle \$12,000 for legal fees and \$8,000 for the interim warrant.

49 On February 10, Mr. Vining wrote to Mr. Abouchar in response to his undated letter of about February 8. In the letter Mr. Vining stated that the ASE did approve the issue of 200,000 shares at a minimum price of 10 cents per share. This position is said to be based on a telephone conversation by someone other than Mr. Apps with someone in the ASE. There is no written concurrence of the ASE to evidence this approval. In the absence of evidence of the ASE's approval in writing, I refuse to believe that any such ASE approval exists. No reasonable person would rely on an oral approval by a regulatory body in respect of an approval for listing of shares, especially one which is contrary to an earlier approval in writing. I do not accept that the ASE would give such approval by any means except in writing, as it did October 10, 1998 and in January 1999. While this is a matter of credibility, neither party requested a trial of the issue.

50 On February 10, 1999 Angoss' common shares closed at 15 cents.

51 On or about June 4, 1999, Angoss again confirmed Working Ventures' understanding of Angoss' obligations to Working Ventures with respect to the balance of \$12,000 remaining on the Note and the outstanding Warrant, which was exercisable at Working Ventures' option. Mr. Apps agreed on cross-examination that if the terms of the Retirement Agreement were not fulfilled, they reserved their respective positions prior to the Retirement Agreement.

Attempted Exercise of the Warrant

52 On its face, the Interim Warrant expired at 5:00 p.m. on December 30, 1999. The Interim Warrant provided that it could be exercised "by the surrender of this Warrant with the attached purchase form duly executed at the principal office of [Angoss] at 34 St. Patrick Street, Suite 200, Toronto..."

53 On Tuesday December 29, 1999, Working Ventures attempted to exercise the Warrant by having its transfer agent, Royal Trust Company, deliver to Angoss' registrar and transfer agent, Montreal Trust Company, a letter addressed to Angoss on St. Patrick Street, enclosing the Warrant, a completed purchase form and a cheque in the amount of \$300,000.00 payable to Angoss for the purchase of 1,200,000 shares of Angoss.

54 Angoss shares closed at 72 cents on the previous trading day, December 24, 1999. In the previous 20 trading days closing prices ranged from a low of 55 cents to a high of 78 cents.

55 On Wednesday December 30, 1999, Mr. Apps received a call at 9:45 a.m. from Yasam Farook, of Montreal Trust Company, Angoss' transfer agent and registrar, indicating that Working Ventures was seeking to exercise the Warrant. Mr. Apps told Mr. Farook not to issue common shares on the Warrant.

56 On December 30, 1999, Mr. Apps telephoned James Armstrong at Working Ventures and advised him that the Warrant was the subject of a significant dispute between Working Ventures and Angoss and that the position of Angoss was that the Warrant was void.

57 On January 4, 2000, Montreal Trust Company delivered the purchase form and Working Ventures cheque to Angoss. Angoss returned the cheque and the Warrant to Working Ventures in late January.

58 Working Ventures remains ready, willing and able to tender payment to Angoss of \$300,000.00 in order to exercise the Warrant.

59 On January 4, 2000 the closing price of Angoss' shares was 74 cents. The closing price peaked at \$7.70 on March 6, 2000.

60 This Application was commenced on March 17, 2000 when the closing price was \$4.80 on a volume of 475,030 shares. By April 14, 2000 the closing price had dropped to \$1.61.

Issues

61 Is the Warrant in effect?

Angoss argues that the Warrant is not outstanding because:

(a) There was a settlement between the parties;

(b) The Warrant was issued as part of the Loan Agreement which Working Ventures failed to perform in good faith.

Is this an appropriate case for an oppression remedy?

Is this an appropriate case for specific performance?

If specific performance is inappropriate, what is the measure of damages?

Does Working Ventures have a duty to mitigate?

Discussion

Survival of the Loan Agreement

62 The Settlement Agreement was clearly intended to resolve all outstanding issues between the parties arising out of the Loan Agreement by rescinding it, including the amount owing on the Note, the effect of the outstanding Warrant and any obligation of Working Ventures to lend an additional amount and any obligation of Angoss to issue warrants for more shares. However Angoss failed to obtain the approval of the ASE to the issue of the 210,000 shares contemplated in the Settlement Agreement. The intent of the parties on failure of the Settlement Agreement is evidenced by paragraph 4 thereof. Accordingly, the Loan Agreement, the Note and the Warrant remained in effect. See *Morris v. Baron & Co.* (1917), [1918] A.C. 1 (U.K. H.L.). This position was confirmed by Angoss on June 4, 1999. Accordingly, there was, and still is, \$12,000 plus some interest owing on the Note.

Adequacy of Notice of Exercise

63 Working Ventures claims Angoss acted in bad faith and oppressively and unfairly in refusing to honour the Warrant when the market price of the shares exceeded the exercise price of the Warrant. Angoss claims that Working Ventures did not comply with the terms for exercise of the Warrant to the extent that:

a) it was only sent to Angoss' office of St. Patrick Street 5 days after the alleged expiry date of December 30, 1999;

b) the notice of exercise was initially sent to Angoss' transfer agent and not directly to Angoss' office on St. Patrick Street.

64 The Warrant was presented for exercise and Angoss received notice from its transfer agent of the exercise prior to 5:00 p.m. on December 30, 1999. Mr. Apps' call to Mr. Armstrong at Working Ventures advising of his refusal to honour the Warrant was, subject to other outstanding issues respecting the effect of the Settlement Agreement, a clear anticipatory breach of the Warrant. It obviated the need to exercise the Warrant before commencing this proceeding. There was still \$12,000 owing on the Note when Angoss received at its St. Patrick Street office the documents from Royal Trust on January 4, 2000. Accordingly the Warrant was still exercisable.

65 There was no prejudice whatsoever to Angoss by reason of the failure in strict compliance which the law requires for exercise of the privilege of an option. The terms for exercise were fulfilled in substance. The cheque payable to Angoss and notice of exercise was sent to Angoss' transfer agent, and Angoss received at its office notice of the exercise prior to the alleged time of expiry. Indeed Angoss advised Working Ventures prior to the time for expiry that it would not honour the exercise of the warrant. The exercise documents were sent on to Angoss at its St. Patrick Street office when \$12,000 plus some interest was still owing on the Note. The law requires strict compliance with the exercise of an option. See *Pierce v. Empey*, [1939] 4 D.L.R. 672 (S.C.C.) where a condition as to payment was not fulfilled either strictly or in substance and the failure to comply appears to have had a practical consequence. In *Affiliated Realty Corp. v. Sam Berger Restaurant Ltd.* (1973), 2 O.R. (2d) 147 (Ont. H.C.) there was a failure to (a) mail notice of exercise of an option to renew a lease on time and (b) to mail it by prepaid registered mail. The notice was not in fact received within the 24 hours transit time deemed in the lease; indeed it was never received. The landlord became aware of the intended renewal about 11 days later.

66 In this case the non-compliance of indirectly giving notice to Angoss at its transfer agent when the notice was sent, in time, to Angoss was a highly technical breach of no consequence. I find the Warrant was validly presented for exercise.

Oppression Remedy

67 Angoss acknowledges that Working Ventures is a "complainant" within the meaning of s. 245 of the OBCA.

68 Working Ventures claims an alternative avenue of relief by way of the "oppression" remedy under s. 248 of the OBCA.

69 Working Ventures must establish a *prima facie* case of oppression or unfair disregard of its interests on a balance of probabilities. The onus then shifts to Angoss to rebut the presumption. See *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.* (1987), 37 B.L.R. 65 (Ont. H.C.), at 95; affirmed *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.* (1991), 3 O.R. (3d) 289 (Ont. C.A.), at 312. That issue is a question of fact in each case: *Westfair Foods Ltd. v. Watt* (1991), 79 D.L.R. (4th) 48 (Alta. C.A.) at p. 55. The reasonable expectations of the parties are a relevant consideration in determining the issue of unfairness or oppression: *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.* (1995), 23 O.R. (3d) 481 (Ont. C.A.), at 490 citing *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.* (1991), 3 B.L.R. (2d) 123 (Ont. Gen. Div.) at p. 185-186.

70 Those reasonable expectations will be found in the relationship between the parties including, in this case, the Loan Agreement and the Note and the Warrant Agreement issued under the Loan Agreement.

71 A complainant who is a creditor and a holder of warrants to purchase common shares has a reasonable expectation that the issuer of the shares will meet its contractual obligations. Those interests are unfairly disregarded when the reasonable expectations are unfairly breached.

Good Faith

72 The reasonable expectation of Working Ventures and the unfairness of the alleged disregard of the interest of Working Ventures must be assessed in the context of Working Ventures' performance of its obligations under the Loan Agreement. Angoss alleges that Working Ventures had an obligation to act in good faith in the exercise of its due diligence and right to decide whether or not to lend to Angoss \$1.7 million in addition to the \$300,000 interim financing.

73 Angoss argues that Working Ventures only wanted the quick profit for an 8 month loan outlined in the December 19 internal memo and was never really interested in the larger loan for 2 years. Further, Angoss argues that Working Ventures treated the Loan Agreement as an option rather than an obligation to loan the additional amount. It was for this reason that Mr. Abouchar was upset with the Angoss press release of December 29 characterizing the Loan Agreement as an obligation to lend \$2 million subject only to due diligence.

74 Angoss has referred to a number of cases imposing on the parties to a contract an obligation to perform their part of the contract in good faith. In *LeMesurier v. Andrus* (1986), 25 D.L.R. (4th) 424 (Ont. C.A.) a purchaser of residential realty repudiated the contract for an immaterial deficiency in the vendor's title, namely an encroachment by the vendor's driveway onto abutting land by 4 to 9 inches for which the vendors obtained a quitclaim deed for part and removed the remaining 12 square feet of encroachment, being 0.16% of the property. The court found the purchaser's refusal to close capricious and arbitrary. The vendor was able to substantially perform the contract and an abatement could have been given for the shortfall.

75 In *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd. (No. 3)* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180, 288 A.P.R. 180 (N.S. T.D.) the defendant mall owner lured Zellers, an anchor tenant of the plaintiff's mall, to the defendant's competing mall and took an assignment of the 17 years remaining in the Zellers lease in the plaintiff's mall. The defendant mall owner later agreed with the plaintiff to use its best efforts to find a suitable tenant for the vacated space. The court found the defendant mall owner had a duty to carry out its obligation honestly, fairly and in good faith. It could not refuse to negotiate with department stores which would compete with Zellers.

76 *Canadian National Railway v. Inglis Ltd.*, [1992] O.J. No. 1606 (Ont. Gen. Div.) considered the landlord's obligation in a lease clause requiring the rental to be paid on a renewal of a lease of industrial land in "an amount which in the opinion of the lessor is fair and reasonable". The court found, on consideration of this rent review clause, an obligation on CNR to be able to demonstrate that the annual rental was set out on a fair and equitable basis.

77 In *Leung v. Leung* (1990), 75 O.R. (2d) 786 (Ont. Gen. Div.) a vendor of real estate who rejects an unregistrable mortgage back from the purchaser was held to be under a duty of good faith to use all reasonable steps to complete the contract. The vendor could not rely on a "time of the essence clause" where the tendered performance included minor but easily corrected errors.

78 In *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701 (S.C.C.) Iacobucci J. rejected at p.735 a requirement for "good faith" reasons for dismissal by an employer of an employee on the grounds that it would deprive employers of the right to control their workforce. Such an obligation would be overly intrusive and inconsistent with established principles of employment law. In doing so he cited Gonthier, J. in *Farber c. Royal Trust Co.* (1996), [1997] 1 S.C.R. 846 (S.C.C.) allowing resiling from an employment contract unilaterally but where done without cause, reasonable notice is required. However, when discussing reasonable notice in *Wallace* Iacobucci, J. stated at p. 742:

The obligation of good faith and fair dealing is incapable of precise definition. However, at a minimum, I believe that in the course of dismissal employers ought to be candid, reasonable, honest and forthright with their employees and should refrain from engaging in conduct that is unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive.

While the majority in *Wallace* might, where bad faith had been found, have added to the length of the period of reasonable notice, the minority would have compensated for it by damages for mental distress.

79 In *GATX Corp. v. Hawker Siddeley Canada Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 251 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) a shareholder's agreement in a closely held corporation gave, on a proposed sale of shares, a right of first refusal to the remaining shareholders. Sales to affiliates were excluded from an event triggering the right. A vendor shareholder structured a sale to an arm's length purchaser using an affiliate to avoid triggering the right of first refusal. Blair, J. held that the grantor of a right of first refusal must act reasonably and in good faith in relation to that right and must not

act to nullify it. In doing so he cited *Landymore v. Hardy* (1991), 21 R.P.R. (2d) 174 (N.S. T.D.) which cited *Gardner v. Coutts & Co.* (1967), [1968] 1 W.L.R. 173 (Eng. Ch. Div.).

80 In *Mesa Operating Ltd. Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 13 B.L.R. (2d) 310 (Alta. C.A.) Mesa sold its interest in several oil and gas producing properties to Amoco in exchange for a royalty based on production from the properties. The sale agreement permitted Amoco to (a) pool or unitize any portion of the properties and (b) where it was not the operator of a property, to refuse to contribute to the further development of that property. Amoco drilled a successful gas well on one of the royalty properties and pooled it with an adjacent property which was not part of the agreement under a type of pooling agreement which yielded to Mesa only one half of the royalty it would have received had there been no pooling. The trial judge found that Amoco did not act in good faith in that it chose a form of pooling agreement that seriously interfered with the original expectations of the parties under the contract. The Court of Appeal dismissed the appeal on the basis of interpretation of the agreement, but noted that a general obligation in the law expressed in terms of good faith is not an obvious part of the contract law in Canada and England although it is in the United States. There is an interesting note by the editor of the reports, Richard B. Potter, Q.C., approving the Court of Appeal's decision and questioning the requirement of "good faith" in the performance of contracts generally.

81 I have considered the following articles:

1. McCamus, John, "The Duty of Good Faith in Contractual Performance at Common Law", Superior Court of Justice Fall Education Seminar, National Judicial Institute, 2000.
2. McCamus, John, "Precontractual Duties: Common Law Constraints on Bargaining in Bad Faith", *ibid.*
3. Keefe, John, "The Developing Obligations of Good Faith in Commercial Litigation", 1999, Vol. VII, No. 3,358.
4. O'Byrne, Shannon, "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments", [1995] 74 C.B.R. 70 ;
5. Belobaba, Edward P., "Good Faith in Canadian Contract Law", Law Society of Upper Canada, Special Lectures, 1985.

82 Absent a different written agreement, there is no common law obligation to bargain in good faith. Even if there was the obligation it would probably be so vague and imprecise as to be unenforceable.

83 There does not exist in Ontario common law a freestanding general duty overlaying all contracts that they be performed in good faith. There is clearly a duty not to use bad faith in the performance of a contract. Bad faith must be measured against the obligations and rights of the parties and their intentions and reasonable expectations under their express contract. A duty of good faith should only be imposed in those relationships akin to partnership, insurance, or where the terms of the contract clearly provide for it. Bad faith could probably be said to exist where the conduct is, by an objective standard, capricious or arbitrary.

84 There are two elements in the Loan Agreement which might raise an implication of "good faith in performance". The Interim Loan was to be evidenced by the Note for \$300,000. The Loan Agreement provided:

Fee:

WV to earn a Stand-by Fee of \$50,000 for issuing the promissory note due and payable on receipt of funds.

A stand-by fee is normally a fee payable to ensure that moneys will be available to borrow on agreed terms in the future. However, the name notwithstanding, its stated purpose and its use in the portion of the Loan Agreement headed "Promissory Note" and dealing only with the Note for \$300,000 and the Warrant clearly indicated it is a premium or risk payment for the Interim Loan rather than a stand-by fee relating to the availability of the larger amount to be secured by the \$2 million debenture. The premium does however raise the effective interest rate for 8 months to August 31, 1998 to about 35% for the term of the Note. Angoss was not forced into borrowing at this rate. It was free to risk

the consequences of not borrowing at this rate. Angoss had spoken to other risk lenders in the marketplace and had the benefit of financial consultants in seeking out the best terms available.

85 In analyzing the contract and the relationship between the parties, in this case it is clear that the contract was negotiated with some care. The Warrant was issued with the first tranche of the contemplated \$2 million loan, namely the Interim Loan for \$300,000. The Warrant was a freestanding document and could fairly be said to be an affordable "sweetener" to encourage interim financing when the borrower was in critical need of cash. It was in a similar proportion to the Debenture Warrant as the Interim Loan was to \$2 million. There was no time for Working Ventures to carry out its normal investigations prior to deciding whether to make the Interim Loan. Any obligation on Working Ventures to make the larger loan was clearly conditional on Working Ventures being satisfied with the results of its due diligence investigations.

86 Working Ventures did obtain three binders of documents and did conduct some investigations. They did talk to a former director, a director, the president and some officers. There were internal discussions between Mr. Abouchar and his staff who had reviewed the documents. Mr. Abouchar formed an opinion of management based on his own conversations and those investigations which was not favourable. In his mind he says he was not prepared to recommend risking more of Working Ventures' capital. There was no obligation on Mr. Abouchar to present the results of his negative opinion to the Working Ventures' Investment Committee or even to his superior.

87 There is nothing in the Loan Agreement to modify the requirement that Working Ventures be "satisfied" with its due diligence. There is no language in the contract imposing an obligation on Working Ventures to use its "best efforts": *Gateway* or to form an "opinion" which is "fair and reasonable": *Inglis*. The relationship was not one of the exercise of an employer's power over a vulnerable employee in what is generally considered a stressful and traumatic event to the employee: *Wallace*. The situation was not one of unilaterally revoking a right which had been granted for valuable consideration to preserve the partnership type of relationship of a closely held corporation: *GATX*. It was not a situation where an innocent party sought to avoid a contract of substantial value to the party based on only a technical breach which could be easily and readily remedied with little or no loss of time or money: *LeMesurier Leung*.

88 There is nothing in the agreement requiring that in determining whether Working Ventures is "satisfied" that it use some objective standard either in making its investigation or in making its decision. In my opinion it was free to use subjective standards consistent with the risk it anticipated or was prepared to accept. The compensations for that risk had been fixed in the Loan Agreement: the amount to be loaned, the rate of interest, the term, the security, and the sweeteners such as the fees and the number of warrants and their exercise rights. In the absence of clear language in the Loan Agreement it would be unfair and unduly limiting to prescribe the standard of the due diligence to be exercised or the standard to which Working Ventures must be concerned with the risk before being allowed to reject the loan. In these circumstances a subjective standard should be allowed to prevail.

89 There can be no question that any standard of assessment of an investment risk must allow for an assessment of management and their ability to develop and implement a business plan and to provide the leadership necessary for the company to succeed in a competitive marketplace. Working Ventures said it made an assessment and acted accordingly. It was purely a business decision. This court should avoid second-guessing such a decision by imposing an obligation of good faith or readily finding the existence of bad faith.

90 There was little incentive to Working Ventures to forego making a reasonable effort in its due diligence investigation. It had plenty of cash to invest. Its out of pocket expenses would be paid, up to \$50,000. On increasing the loan by \$1.7 million dollars it would receive a further \$75,000 by way of a "commitment fee". For what it was worth, Working Ventures would also be entitled to receive warrants to purchase another 6.8 million shares at 25 cents per share. At the time of decision those shares were trading in the range of 15 cents to 20 cents and so were practically valueless. However Working Ventures obviously thought the warrants had sufficient potential value to call for them in the Loan Agreement. Even if SLM's bid had expired, there was a prospect of other potential buyers which was contemplated in the provisions for break-up fees, payable on a successful bid.

Conclusion

91 In the result, I find, on the balance of probabilities, that Angoss' refusal to honour the exercise of the Warrant when received by Angoss at its St. Patrick Street office from Montreal Trust on January 4, 2000 constituted an unfair disregard of the interests of Working Ventures. Under the terms of the Warrant, the reasonable expectations of the parties was that Angoss would honour the due exercise of the Warrant on any day prior to the later of: (a) 5 p.m. on December 30, 1999; and (b) repayment of the Note. Angoss unfairly breached those expectations by refusing to honour the Warrant before its expiry when the market price exceeded the exercise price. Angoss has failed to establish that there was an obligation on Working Ventures to perform its due diligence in good faith. Angoss failed to establish, on the balance of probabilities, that in performing its due diligence Working Ventures acted in bad faith, when measured against the terms of the Loan Agreement and the surrounding circumstances. The court should be reluctant to interfere in a business decision by finding bad faith except in the clearest of circumstances evidencing capricious or arbitrary conduct. There is nothing in the circumstances to suggest that the standard of due diligence to be applied was anything other than that determined by Working Ventures and that the criteria for acceptance of the risk was anything other than in the sole discretion of Working Ventures. Mr. Abouchar may have been wrong in his assessment of management but the decision to lend was for Working Ventures to make, not the court. Working Ventures unfairly suffered a loss of the difference between the market price of the shares and the exercise price of the warrants for those shares.

Remedy

92 In fashioning an appropriate remedy I have been asked to order specific performance rather than damages. Shares in a public listed company are readily available on the stock market and so lack the uniqueness or irreplaceability required for the equitable remedy of specific performance: See *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415 (S.C.C.), at 429 citing *Asamera Oil Corp v. Seal Oil & General Corp.* [*Baud Corp., N.V. v. Brook*] (1978), [1979] 1 S.C.R. 633 (S.C.C.).

93 However I have found that Working Ventures' claim for relief falls under the OBCA s. 248. A remedy of specific performance is permitted under the OBCA s. 248 (3), including paragraphs (d) and (k). That sub-section gives the court broad discretion to fashion a remedy. In doing so the court is not restricted by the common law respecting remedies. However the court should consider the rationale behind the common law.

94 I have considered the difficulty of valuing warrants, especially if the quantity is substantially larger than normal daily trading volumes. I have also considered the problem of a reasonable period for mitigating damages as discussed by Estey, J. in *Asamera Oil* at pp. 667 to 669 and 673 to 675. The parties acknowledged in argument that specific performance is the appropriate remedy. I received no real argument on the issue of damages.

95 I order that Angross honour the exercise of the Warrant and issue 1,200,000 common shares to Working Ventures on tender to Angoss of the exercise price of \$300,000 within 10 days after judgment becomes final.

96 I further order that Angoss pay the balance of the principal and interest owing under the Note in accordance with the terms of the Note, both before and after judgment, until paid.

97 Costs may be spoken to.

Application granted.

2001 CarswellOnt 2752
Ontario Court of Appeal

Working Ventures Canadian Fund Inc. v. Angoss Software Corp.

2001 CarswellOnt 2752, [2001] O.J. No. 2950

Working Ventures Canadian Fund Inc. (Applicant / Respondent in Appeal) and Angoss Software Corporation (Respondent / Appellant)

Morden J.A., Abella J.A. and Moldaver J.A.

Heard: May 30, 2001

Judgment: May 30, 2001

Written reasons: June 11, 2001

Oral reasons: May 30, 2001

Docket: CA C35421

Proceedings: affirming 2000 CarswellOnt 4554 (Ont. S.C.J.)

Counsel: *Andrew M. Robinson* , for Appellant

Douglas F. Harrison , *Adrian C. Lang* , for Respondent

Subject: Corporate and Commercial; Contracts

APPEAL by company from judgment reported at 2000 CarswellOnt 4554 (Ont. S.C.J.), granting creditor's application for relief from oppression.

By The Court:

1 Assuming that Cameron J. erred in failing to apply an objective test in his assessment of the due diligence issue, we are satisfied that, had he applied an objective test, he would have come to the same conclusion, namely, that the steps taken by Working Ventures were sufficient to enable it to exercise its discretion reasonably.

2 Having regard to the nature of the transaction and the steps taken by Working Ventures to comply with its due diligence undertaking, we are satisfied that, applying an objective standard, the proper conclusion is that Working Ventures had complied with its contractual obligation. Indeed, it is apparent from Cameron J.'s reasons that he took objective factors into account in upholding the reasonableness of the discretion exercised by Working Ventures. Accordingly, the appeal is dismissed, with costs.

Appeal dismissed.