

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20161115

Dossier : A-453-15

Référence : 2016 CAF 283

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE WEBB
LE JUGE NEAR
LE JUGE RENNIE**

ENTRE :

JASON SWIST et CRUDE SOLUTIONS LTD.

appelants

et

MEG ENERGY CORP.

intimée

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 8 juin 2016.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario) le 15 novembre 2016.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE WEBB

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE NEAR
LE JUGE RENNIE**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20161115

Dossier : A-453-15

Référence : 2016 CAF 283

**CORAM : LE JUGE WEBB
LE JUGE NEAR
LE JUGE RENNIE**

ENTRE :

JASON SWIST et CRUDE SOLUTIONS LTD.

appelants

et

MEG ENERGY CORP.

intimée

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE WEBB

[1] Il s'agit de l'appel d'une ordonnance de la Cour fédérale (dossier n° T-1069-14) contraignant Crude Solutions Ltd. (CSL) à déposer un cautionnement pour dépens de 195 785,70 \$ si elle veut poursuivre l'action intentée devant la Cour fédérale.

[2] Pour les motifs suivants, j'accueillerais le présent appel.

I. Exposé des faits

[3] Jason Swist et CSL intentent une action devant la Cour fédérale pour contrefaçon de brevet à l'encontre de MEG Energy Corp. (MEG). MEG a déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance contraignant CSL à déposer un cautionnement pour dépens. MEG ne demandait pas à obtenir un cautionnement de Jason Swist.

[4] Le paragraphe 416(1) et l'article 417 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) prévoient, entre autres choses, que :

416 (1) Lorsque, par suite d'une requête du défendeur, il paraît évident à la Cour que l'une des situations visées aux alinéas a) à h) existe, elle peut ordonner au demandeur de fournir le cautionnement pour les dépens qui pourraient être adjugés au défendeur :

[...]

b) le demandeur est une personne morale ou une association sans personnalité morale ou n'est demandeur que de nom et il y a lieu de croire qu'il ne détient pas au Canada des actifs suffisants pour payer les dépens advenant qu'il lui soit ordonné de le faire;

[...]

[...]

417 La Cour peut refuser d'ordonner la fourniture d'un cautionnement pour les dépens dans les situations visées aux alinéas 416(1)a) à g) si le

416 (1) Where, on the motion of a defendant, it appears to the Court that:

...

(b) the plaintiff is a corporation, an unincorporated association or a nominal plaintiff and there is reason to believe that the plaintiff would have insufficient assets in Canada available to pay the costs of the defendant if ordered to do so,

...

the Court may order the plaintiff to give security for the defendant's costs

...

417 The Court may refuse to order that security for costs be given under any of paragraphs 416(1)(a) to (g) if a plaintiff demonstrates impecuniosity

demandeur fait la preuve de son indigence et si elle est convaincue du bien-fondé de la cause. and the Court is of the opinion that the case has merit

[5] CSL compte deux actionnaires, soit Jason Swist et sa femme, Francisca Swist. Dans les motifs rendus par la juge de la Cour fédérale, l'actionnariat de CSL est décrit comme suit :

[TRADUCTION]

[8] Selon la preuve, M. Swist détient 90 % des actions de CSL, le reste des actions étant détenues par sa femme. M. Swist détient 100 % des actions avec droit de vote.

[6] Cependant, dans son affidavit, Jason Swist a affirmé ceci :

[TRADUCTION]

6. CSL a été constituée en société le 2 juin 1981 en vertu des lois de la province de l'Alberta. Son nom officiel a d'abord été « California Coal & Carbon Corporation Ltd. », et ce, jusqu'au 9 septembre 2005. En juin 1989, je détenais 100 % des actions de CSL avec droit de vote.

[...]

10. Comme l'indique les renseignements figurant à l'annexe A, je détiens actuellement 90 % des actions de CSL avec droit de vote. Ma femme, Francisca Swist, détient le 10 % qui reste.

[7] Par conséquent, il appert qu'il n'existe qu'une seule catégorie d'actions de CSL, que Jason Swist détient 90 % des actions émises et en circulation et que sa femme détient le 10 % qui reste.

II. Décision de la Cour fédérale

[8] La juge de la Cour fédérale a noté que la question principale ayant trait à l'article 417 des Règles concerne la situation financière de CSL. Au paragraphe 20 de ses motifs, la juge de la

Cour fédérale a conclu que les seuls biens de CSL sont deux brevets et une demande de brevet.

Au paragraphe 21, elle a affirmé ceci :

[TRADUCTION]

[...] lorsqu'une société ne possède pas de biens [...]

[9] Étant donné que CSL détenait bel et bien deux brevets et une demande de brevet, il semble qu'elle ait fait référence, au paragraphe 21, à des liquidités ou à des éléments d'actifs pouvant être mis en gage pour mobiliser un capital. Quoiqu'il en soit, il est évident qu'elle a conclu que CSL ne possédait pas de biens pouvant servir directement ou indirectement à garantir le cautionnement pour dépens.

[10] De plus, la juge de la Cour fédérale a conclu que Jason Swist ne possédait pas de biens pouvant servir à aider CSL à garantir le cautionnement pour dépens.

[11] La juge a décidé alors qu'elle pouvait se tourner du côté de l'actionnaire minoritaire, Francisca Swist, pour décider si celle-ci possédait les ressources nécessaires pour faire en sorte que CSL garantisse le cautionnement pour dépens. La juge de la Cour fédérale a constaté que Francisca Swist avait un emploi et quelques biens. Il s'ensuit que la juge n'était [TRADUCTION] « pas convaincue que l'actionnaire minoritaire ne peut fournir le cautionnement pour dépens ». Par conséquent, elle a ordonné à CSL de déposer un cautionnement pour dépens de 195 785,70 \$.

III. Question en litige

[12] La question en litige dans le présent appel est de savoir si la juge de la Cour fédérale a commis une erreur en jugeant que CSL n'avait pas établi qu'elle était dans l'indigence aux termes de l'article 417 des Règles, et ce, parce qu'il y avait une actionnaire minoritaire pouvant avoir la capacité financière de fournir à CSL un cautionnement pour les dépens.

IV. Norme de contrôle

[13] Dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2016] A.C.F. n° 943, notre Cour a conclu, au paragraphe 79, que les normes de contrôle énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.S.C. 235 (arrêt *Housen*) s'appliquent aux appels d'une décision discrétionnaire rendue par un juge (erreur manifeste et dominante pour les questions de fait, et norme de la décision correcte pour les questions de droit).

V. Analyse

[14] En l'espèce, on ne conteste pas que la condition énoncée à l'alinéa 416(1)b) des Règles est remplie. CSL n'a pas assez de biens à sa disposition au Canada pour assumer les dépens de MEG advenant qu'il lui soit ordonné de le faire.

[15] La question en litige dans le présent appel est de savoir si la première condition énoncée à l'article 417 des Règles, soit l'indigence, a été remplie. Il convient de mentionner que l'article 417 des Règles est de nature discrétionnaire. Même si le demandeur fait preuve d'indigence et que la Cour est convaincue du bien-fondé de la cause, le juge n'est pas tenu de ne

pas ordonner le versement d'un cautionnement. L'article 417 des Règles prévoit seulement que le juge peut ne pas ordonner le versement du cautionnement lorsque ces deux conditions sont remplies. En l'instance, la juge de la Cour fédérale a jugé que la première condition n'avait pas été remplie et, par conséquent, elle n'a pas considéré si elle devait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 417 des Règles.

[16] L'article 417 des Règles prévoit que c'est le demandeur qui doit faire la preuve de son indigence. Il ne fait pas de doute que, livrée à elle-même, CSL est dans l'indigence et que Jason Swist n'est pas en mesure de soutenir financièrement CSL. La question est de savoir s'il convient dans les circonstances de l'espèce de conclure que CSL n'a pas fait la preuve de son indigence parce qu'elle n'a pas démontré que son actionnaire minoritaire ne pouvait offrir un soutien financier pour le dépôt du cautionnement pour dépens. Les actionnaires d'une société, autre qu'une société à responsabilité illimitée, ont une responsabilité limitée et n'ont donc pas l'obligation de fournir des fonds supplémentaires à cette société pour le dépôt d'un cautionnement pour dépens. Il ne s'agit donc pas de décider si un actionnaire en particulier a l'obligation de fournir le cautionnement pour dépens, mais bien de décider, en vue de déterminer si la société est dans l'indigence ou non, s'il convient de considérer cet actionnaire comme étant une source de financement potentielle pour le dépôt du cautionnement.

[17] Au paragraphe 21 de ses motifs, la juge de la Cour fédérale a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

[21] Lorsqu'une société qui est partie au litige n'a pas de biens, la Cour peut considérer la capacité d'un actionnaire à déposer ce cautionnement; voir l'arrêt *Nicholas*, précité, au paragraphe 24.

[18] À mon avis, cette affirmation est trop générale, car elle semble considérer que tous les actionnaires d'une société doivent être traités sur un pied d'égalité pour décider si une société peut demander un soutien financier à ses actionnaires. L'actionnaire reçoit, indirectement, une partie des actifs et des profits selon la proportion des actions détenues. Par conséquent, la personne qui détient 10 % des actions d'une société ne reçoit, indirectement, que 10 % des actifs et des profits. Pourquoi faudrait-il assumer que l'actionnaire qui reçoit, indirectement, à peine 10 % de tous les gains réalisés par une société, si elle a gain de cause dans une action intentée, doit fournir 100 % du cautionnement pour dépens dans cette poursuite judiciaire?

[19] C'est la décision *Nicholas c. Environmental Systems (International) Ltd.*, 2009 CF 1160, 377 F.T.R. 1 que cite la juge de la Cour fédérale pour appuyer sa proposition que la Cour peut examiner la capacité de tout actionnaire à fournir les fonds nécessaires au cautionnement pour dépens d'une société demanderesse. Dans cette décision, le juge Mosley a affirmé ceci :

[24] Dans le cas d'une société fictive sans actifs découverts, les tribunaux peuvent raisonnablement s'attendre à ce que les actionnaires fournissent l'indemnisation. Dans le cas d'un demandeur qui n'est pas constitué en société, il est approprié d'examiner d'autres sources de fonds qui peuvent être offertes au plaideur, y compris ceux détenus par de proches parents.

[20] Cependant, le demandeur dans cette affaire était un particulier et non une société. Par conséquent, cette citation concernant la fourniture du cautionnement par les actionnaires d'une société fictive ne serait qu'un commentaire général, une remarque incidente.

[21] MEG a renvoyé à la décision *Continental Breweries Inc. v. 707517 Ontario Ltd.*, 1990 CarswellOnt 422, 46 C.P.C. (2d) 151. Dans cette décision, le protonotaire Sandler concluait qu'une société n'était pas dans l'indigence et, ce faisant, affirmait ceci :

[TRADUCTION]

13 En l'espèce, il est évident que l'entreprise demanderesse ne détient aucun actif réalisable, mis à part la présente demande. Si elle n'obtient pas gain de cause, des dépens importants pourraient être accordés au défendeur pour le soutien de sa défense, mais celui-ci ne pourrait jamais percevoir ces dépens de la demanderesse.

14 Pour ce qui est des actionnaires, l'entreprise est détenue à 51 % par 29 actionnaires, dont certains, à voir leur nom, sont fortunés, et 49 % par M. Calford, sa femme et Coutou qui possèdent, il est vrai, peu de biens et sont dans l'incapacité à fournir le cautionnement. Il existe donc quelques actionnaires qui pourraient financer l'action et déposer le cautionnement, mais ne le feront pas, alors que les autres (49 %) le voudraient peut-être, mais n'en ont pas la capacité. Cette entreprise est-elle donc dans l'indigence?

15 Je ne le crois pas. Si les actionnaires qui en ont la capacité ne veulent pas avancer plus de fonds pour poursuivre la procédure, pourquoi permettre aux actionnaires minoritaires de le faire sans le dépôt d'un cautionnement? Pourquoi le défendeur serait-il poursuivi par une entreprise insolvable qui ne risque rien si elle n'a pas gain de cause et qui ne pourrait jamais elle-même payer les dépens? Les chances de gain de la demanderesse concernant ses demandes en l'espèce sont de 50 % dans le meilleur des cas. Il se pourrait bien que la demanderesse ne récupère rien avec la défense présentée et les demandes reconventionnelles des défendeurs. La demanderesse et ses actionnaires qui ont opté pour une certaine structure d'entreprise doivent en subir les conséquences. Son directeur, M. Calford, a constitué en personne morale une nouvelle entité vers laquelle les nouvelles affaires sont dirigées; c'est donc une protection qu'il recherche en constituant des personnes morales dès qu'il le peut.

16 Je conclus que, la demanderesse n'étant pas dans l'indigence au sens défini des décisions *Kurzela and Smith Bus Lines v. Bank of Montreal* (1987), 61 O.R. (2d) 688, à la page 690, 20 C.P.C. (2d) 8 (H.C.), autorisation d'interjeter appel à la C. div. de l'Ont. refusée, (1987), 61 O.R. (2d) 688, 25 C.P.C. (2d) 255 (H.C.), et 408466

Ontario Ltd. v. Fidelity Trust Co. (1986), 10 C.P.C. (2d) 278, à la page 282 (H.C. de l'Ont.), elle ne saurait échapper à une obligation en matière de dépôt d'un cautionnement.

[22] Même s'il est fait mention que 51 % des actions sont détenues par 29 personnes, le nombre ou le pourcentage d'actions détenues par l'un ou l'autre des actionnaires dits « fortunés » n'est indiqué nulle part. Si ces 29 personnes détenaient le même nombre d'actions, chaque personne détiendrait moins de 2 % des actions. Je ne pense pas qu'il faille supposer qu'un actionnaire détenant moins de 2 % des actions d'une entreprise quelconque doive fournir 100 % de la somme requise par l'entreprise au cautionnement pour dépens dans un litige intenté par cette même entreprise. Dans cette affaire, c'était les actionnaires minoritaires qui voulaient poursuivre la procédure, alors qu'en l'espèce, c'est l'actionnaire majoritaire qui veut poursuivre la procédure intentée par CSL.

[23] Dans la décision *ABI Biotechnology Inc. v. Apotex Inc.*, 142 Man.R. (2d) 80, [2000] 3 W.W.R. 217, le juge Philp, s'exprimant au nom de la Cour d'appel du Manitoba, a affirmé ceci :

[TRADUCTION]

[45] Quels sont alors les principes devant guider la cour à appliquer l'alinéa 56.01*d*) des Règles aux demandes des défendeurs en vue d'obtenir un cautionnement pour dépens? Selon la règle générale en common law et en equity qui est en vigueur depuis des temps immémoriaux, la pauvreté ne fait pas obstacle aux poursuites et cette règle est bel et bien en vigueur au Manitoba. Le cautionnement pour dépens n'est pas exigé à une partie sans actifs lorsque cette mesure signifie l'arrêt des procédures pour une demande crédible. Cependant, comme nous l'avons vu, l'application de cette règle par les tribunaux a été plus rigoureuse lorsque le demandeur qui est une entreprise soulève l'argument de l'insolvabilité ou de l'appauvrissement pour contrer une requête de cautionnement pour dépens. Une entreprise demanderesse n'ayant

pas « suffisamment d'actifs » doit aussi établir qu'elle ne peut pas réunir le cautionnement demandé, que ses actionnaires ne sont pas en mesure d'avancer les fonds pour déposer le cautionnement. À mon avis, il ne s'agit pas là d'une attaque menée contre la personnalité juridique d'une entreprise ni de la levée du voile corporatif. Pour moi, la situation montre que la cour reconnaît son devoir de faire ce qui est juste eu égard aux circonstances. Les tribunaux ont jugé qu'une entreprise demanderesse sans actifs qui est manipulée par des actionnaires ayant des actifs ne devrait pas être en mesure de dire au défendeur : « Pile, je gagne, face, tu perds ».

[46] On peut conclure à la lumière de la jurisprudence qui a été examinée qu'une ordonnance exigeant le dépôt d'un cautionnement pour dépens qui est prise à l'encontre d'une entreprise demanderesse sans actifs n'entraînera pas l'arrêt des procédures dans le cas où les actionnaires, ou quelques-uns d'entre eux, auraient la capacité financière à fournir les fonds nécessaires. La question de savoir si les procédures iront de l'avant ou non après la prise de l'ordonnance en matière de cautionnement reste la décision des actionnaires qui manipulent la demanderesse et financent le contentieux. Dans ce sens, cette décision n'est pas différente de celle que doit se poser tout autre demandeur ou plaideur potentiel : les chances de réussite justifient-elles la dépense et le risque de s'exposer aux dépens?

[Non souligné dans l'original et omission des renvois aux notes en bas de page.]

[24] Afin de déterminer qu'une entreprise est dans l'indigence, il y a sans doute lieu de distinguer les actionnaires qui « manipulent l'entreprise » de ceux qui ne le font pas. Lorsqu'une entreprise est sous le contrôle d'une seule personne ou d'un groupe de personnes, il y a lieu d'examiner les ressources financières de la personne ou du groupe de personnes qui contrôlent l'entreprise en vue d'émettre un jugement sur l'indigence de l'entreprise.

[25] Cependant, lorsqu'une personne est actionnaire minoritaire et ne fait pas partie du groupe d'actionnaires contrôlant l'entreprise, nous devons, à mon avis, examiner les circonstances

particulières de cet actionnaire pour décider s'il y a lieu d'examiner les ressources financières de cette personne en vue d'émettre un jugement sur l'indigence de l'entreprise. Le pourcentage des actions détenues par cette personne sera un élément important. Moins celle-ci détiendra d'actions, moins il sera probable que l'examen de ses ressources financières servira à déterminer un jugement sur l'indigence de l'entreprise. Étant donné que l'article 417 des Règles prévoit que la demanderesse doit démontrer son indigence, une entreprise demanderesse devra donc faire la démonstration de ce qui suit :

- (a) aucun actionnaire minoritaire ne fait partie du groupe d'actionnaires qui contrôlent l'entreprise;
- (b) les circonstances de ces actionnaires font en sorte qu'il n'est pas justifié de se tourner vers ceux-ci dans le but de procurer à l'entreprise les fonds nécessaires au dépôt du cautionnement pour dépens.

[26] En l'espèce, Francisca Swist ne détient que 10 % des actions de CSL. Les seuls éléments de preuve concernant l'acquisition d'actions de Francisca Swist et sa participation dans les affaires de l'entreprise nous indiquent qu'elle a reçu ces actions de Jason Swist sans verser de contrepartie et qu'elle n'a jamais participé aux affaires de CSL. De plus, Jason Swist affirme que Francisca Swist l'a informé qu'elle n'était pas disposée à déposer un quelconque cautionnement pour dépens. Il n'est pas surprenant qu'elle ait refusé de fournir les fonds nécessaires à CSL pour le dépôt du cautionnement, car elle n'a rien payé pour l'obtention de ses actions et que, par conséquent, n'a rien à perdre si les procédures sont arrêtées.

[27] Je suis d'avis qu'il y a eu erreur de droit lorsque, au moment de décider si CSL était dans l'indigence, Francisca Swist a été considérée comme étant l'unique source du montant requis par CSL pour le dépôt du cautionnement pour dépens, vu les circonstances de l'espèce. À mon avis, CSL a démontré qu'elle était indigente pour l'application de l'article 417 des Règles.

[28] Étant donné que la juge de la Cour fédérale a conclu que CSL n'avait pas établi qu'elle était dans l'indigence, elle n'a pas considéré la deuxième partie de l'article 417 des Règles qui porte sur le bien-fondé de l'affaire.

[29] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, les dépens suivant l'issue de la cause, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale exigeant de CSL le dépôt d'un cautionnement pour dépens et je renverrais l'affaire à la Cour fédérale pour statuer sur le bien-fondé de l'affaire et, le cas échéant, déterminer si l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 417 des Règles s'impose. De plus, j'annulerais l'adjudication des dépens faite par la Cour fédérale en faveur de MEG et j'établirais que les dépens en Cour fédérale suivent l'issue de la cause.

« Wyman W. Webb »

j.c.a

« Je suis d'accord.
D. G. Near, j.c.a. »

« Je suis d'accord.
Donald J. Rennie, j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

**APPEL D'UNE ORDONNANCE CONFIDENTIELLE DE LA
COUR FÉDÉRALE DATÉE DU 9 OCTOBRE 2015, N^O T-1069-14**

DOSSIER : A-453-15

INTITULÉ DE LA CAUSE : JASON SWIST ET CRUDE
SOLUTIONS LTD. c.
MEG ENERGY CORP.

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATES DE L'AUDIENCE : LE 8 JUIN 2016

MOTIFS DU JUGEMENT PAR : LE JUGE WEBB

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE NEAR
LE JUGE RENNIE

DATE DES MOTIFS : LE 15 NOVEMBRE 2016

COMPARUTIONS :

Jahangir Valiani POUR LES APPELANTS

Timothy St. J. Ellam, c.r.
Steven Tanner POUR L'INTIMÉE
Ryann Atkins

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

MBM Intellectual Property Law LLP POUR LES APPELANTS
Ottawa (Ontario)

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l. POUR L'INTIMÉE
Avocats
Calgary (Alberta)