

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date : 20130621

Dossier : A-141-12

Référence : 2013 CAF 164

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE GAUTHIER
LA JUGE TRUDEL**

ENTRE :

SA MAJESTÉ LA REINE

appelante

et

**PRICE WATERHOUSE COOPERS INC. AGISSANT EN QUALITÉ DE SYNDIC À LA
FAILLITE DE BIOARTIFICIAL GEL TECHNOLOGIES (BAGTECH) INC.**

intimée

Audience tenue à Montréal (Québec), le 11 avril 2013.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 21 juin 2013.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LA JUGE GAUTHIER

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE PELLETIER
LA JUGE TRUDEL**

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date : 20130621

Dossier : A-141-12

Référence : 2013 CAF 164

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE GAUTHIER
LA JUGE TRUDEL**

ENTRE :

SA MAJESTÉ LA REINE

appelante

et

**PRICE WATERHOUSE COOPERS INC. AGISSANT EN QUALITÉ DE SYNDIC À LA
FAILLITE DE BIOARTIFICIAL GEL TECHNOLOGIES (BAGTECH) INC.**

intimée

MOTIFS DU JUGEMENT

LA JUGE GAUTHIER

INTRODUCTION

[1] Il s'agit ici d'un appel de la décision du juge Bédard (le Juge) de la Cour canadienne de l'impôt (CCI) (2012 CCI 120) accueillant les appels de Price Waterhouse Coopers Inc. agissant en qualité de syndic à la faillite de Bioartificial Gel Technologies (BAGTECH) Inc. (Bagtech) quant à de nouvelles cotisations pour les années d'imposition 2004 et 2005 établies par le ministre du Revenu national (le Ministre).

[2] La *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (LIR) prévoit qu'une société privée sous contrôle canadien (SPCC) peut réclamer simultanément un crédit d'impôt à l'investissement de 20%, conformément à la définition de « crédit d'impôt d'investissement » retrouvée au paragraphe 127(9) de la Loi et, sujet à un calcul non pertinent en l'espèce, un crédit d'impôt supplémentaire de 15% pour un total de 35% (paragraphe 127(10.1) de la Loi).

[3] Au cours des années d'imposition 2004 et 2005, Bagtech a encouru des dépenses courantes de recherche scientifique et de développement expérimental (RS & DE), de même que des dépenses en capital de RS & DE. Pour ces années d'imposition, Bagtech a prétendu qu'elle était une SPCC admissible au crédit d'impôt à l'investissement majoré. Le Ministre a conclu que Bagtech n'était pas une société admissible et qu'elle n'avait droit ni au crédit d'impôt à l'investissement majoré, ni au crédit d'impôt remboursable prévu au paragraphe 127.1(1) de la Loi.

[4] Bagtech s'est opposée aux avis de détermination du Ministre. Le Juge a accueilli l'appel de Bagtech, d'où le présent pourvoi logé par Sa Majesté la Reine.

[5] Tout comme l'indiquait le Juge au paragraphe 2 de ses motifs, la seule question en litige est celle de savoir si Bagtech était, durant les années d'imposition en cause, une SPCC au sens du paragraphe 125(7) de la Loi qui se lit comme suit :

Définitions
125(7)

[...]

« société privée sous contrôle
canadien »

Definitions
125(7)

...

“Canadian-controlled private
corporation”

“*Canadian-controlled private corporation*”

« société privée sous contrôle canadien » Société privée qui est une société canadienne, à l’exception des sociétés suivantes :

a) la société contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs personnes non-résidentes, par une ou plusieurs sociétés publiques (sauf une société à capital de risque visée par règlement), par une ou plusieurs sociétés visées à l’alinéa c) ou par une combinaison de ces personnes ou sociétés;

b) si chaque action du capital-actions d’une société appartenant à une personne non-résidente, à une société publique (sauf une société à capital de risque visée par règlement) ou à une société visée à l’alinéa c) appartenait à une personne donnée, la société qui serait contrôlée par cette dernière;

c) la société dont une catégorie d’actions du capital-actions est cotée à une bourse de valeurs désignée;

d) pour l’application du paragraphe (1), des alinéas 87(2)(*vv*) et *ww*) (compte tenu des modifications apportées à ces alinéas par l’effet de l’alinéa 88(1)*e.2*)), des définitions de « compte de revenu à taux général », « compte de revenu à taux réduit » et « désignation excessive de dividende déterminé » au paragraphe 89(1) et des paragraphes 89(4) à (6) et (8) à (10) et 249(3.1), la société qui a fait le choix prévu au paragraphe 89(11) et qui ne l’a pas révoqué selon le paragraphe 89(12).

« *société privée sous contrôle canadien* »

“Canadian-controlled private corporation” means a private corporation that is a Canadian corporation other than

(a) a corporation controlled, directly or indirectly in any manner whatever, by one or more non-resident persons, by one or more public corporations (other than a prescribed venture capital corporation), by one or more corporations described in paragraph (c), or by any combination of them,

(b) a corporation that would, if each share of the capital stock of a corporation that is owned by a non-resident person, by a public corporation (other than prescribed venture capital corporation), or by a corporation described in paragraph (c) were owned by a particular person, be controlled by the particular person,

(c) a corporation a class of the shares of the capital stock of which is listed on a designated stock exchange, or

(d) in applying subsection (1), paragraphs 87(2)(*vv*) and (*ww*) (including, for greater certainty, in applying those paragraphs as provided under paragraph 88(1)(*e.2*)), the definitions “excessive eligible dividend designation”, “general rate income pool” and “low rate income pool” in subsection 89(1) and subsections 89(4) to (6), (8) to (10) and 249(3.1), a corporation that has made an election under subsection 89(11) and that has not revoked the election under subsection 89(12);

[6] L'alinéa *b*) est au cœur du présent litige. Le Juge devait entre autres chose déterminer si la « personne donnée » soit l'actionnaire hypothétique dont traite cet alinéa contrôlait Bagtech au cours des années d'imposition en cause. Dans l'affirmative, Bagtech ne pouvait être considérée comme étant une SPCC. C'est dans ce cadre que le Juge devait déterminer si les clauses prévoyant le mode d'élection des administrateurs de la société contenues dans une convention intitulée « Convention unanime des actionnaires » (la Convention) devaient être prises en compte pour décider qui avait le contrôle *de jure* de Bagtech.

[7] Je suis d'avis que cette dernière question qui est la seule devant nous a été réglée par la Cour suprême du Canada (CSC) dans *Duha Printers (Western) Ltd. c. la Reine*, [1998] 1 R.C.S. 795 (*Duha Printers*). Le Juge n'a pas erré en droit en interprétant et en appliquant les principes qui y sont énoncés.

LES FAITS

[8] Les parties ont déposé une entente quant aux faits et documents pertinents. Le Juge reproduit les faits admis au paragraphe 4 de ses motifs.

[9] Selon moi, il est suffisant pour nos fins de rappeler les faits suivants.

[10] Bagtech a été constituée le 8 mars 1996, en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 (LCSA). Elle œuvrait dans les technologies médicales de pointe et a dû avoir recours à plusieurs rondes de financement au cours des ans. Elle a fait cession de ses biens en 2008.

[11] Durant les années en litige (2004-2005), les investisseurs européens (« business angels » et autres) détenaient plus de 60% des actions de catégorie A (votantes et participantes) de Bagtech.

[12] En 2003, tous les actionnaires de Bagtech ont signé la Convention. Celle-ci a par la suite été amendée en 2004 et la version amendée a été à nouveau signée par tous les actionnaires.

[13] Les parties s'entendent que l'Annexe 3 des motifs du Juge contient une liste exhaustive des clauses de la Convention qui restreignent les pouvoirs des administrateurs de Bagtech. Il n'est pas mis en doute qu'à cet égard la Convention est une convention unanime des actionnaires (CUA) au sens du paragraphe 146(1) de la LCSA.

[14] Mais, comme je l'ai dit, la Convention comportait aussi, entre autres, des clauses prévoyant le mode d'élection des administrateurs qui ont permis aux actionnaires résidents canadiens de nommer, pendant les années en litige, la majorité des administrateurs de Bagtech (sauf pour la période entre le 22 juillet et le 31 décembre 2005 durant laquelle ils pouvaient élire quatre des huit administrateurs). L'appelante accepte que si ces clauses peuvent être considérées dans l'analyse du contrôle *de jure* de Bagtech, c'est à bon droit que le Juge a conclu que celle-ci était bien une SPCC.

[15] Par ailleurs, les parties s'entendent que, n'eut été de l'effet des dites clauses de vote dans la Convention sur le contrôle *de jure* des actionnaires majoritaires, Bagtech ne serait pas une SPCC au sens du paragraphe 125(7) de la LIR.

LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

[16] Pour déterminer si Bagtech était une SPCC, le Juge devait répondre aux deux questions soulevées par les parties, soit : i) l'actionnaire hypothétique (la personne donnée) visé à l'alinéa *b*) de la définition de SPCC au paragraphe 125(7) de la LIR doit-il être considéré aux fins de la fiction légale comme partie à la Convention ?, et si oui, ii) quel était l'impact de la Convention sur le contrôle *de jure* de Bagtech ?

[17] Le Juge a répondu à la première question par l'affirmative (paragraphe 28 à 43 de ses motifs). Sa conclusion à cet égard n'est pas remise en cause dans le présent appel.

[18] Pour répondre à la deuxième question, le Juge devait décider s'il fallait prendre en compte les clauses de vote portant sur l'élection des administrateurs dans la Convention (paragraphe 44 des motifs).

[19] Au paragraphe 26 de ses motifs, le Juge note :

Le paragraphe 85 de l'arrêt *Duha Printers* résume très bien l'état du droit à l'égard de la notion de "contrôle". Ce paragraphe se lit comme suit :

[85] Il peut être utile, à ce stade, de résumer les principes du droit des sociétés et du droit fiscal étudiés dans le présent pourvoi, étant donné leur importance. Ces principes sont les suivants :

(1) Le paragraphe 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise le contrôle *de jure*, et non pas le contrôle *de facto*.

(2) Le critère général du contrôle *de jure* a été énoncé dans l'arrêt *Buckerfield's*, précité : il s'agit de décider si l'actionnaire majoritaire exerce un "contrôle effectif" sur "les affaires et les destinées" de la société, contrôle qui ressort de la "propriété d'un nombre d'actions conférant la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration".

(3) Pour décider s'il y a "contrôle effectif", il faut prendre en considération ce qui suit :

a) la loi qui régit la société;
b) le registre des actionnaires de la société;
c) toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit au pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants :

- (i) des actes constitutifs de la société;
- (ii) d'une convention unanime des actionnaires.

(4) Les documents autres que le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires ne doivent généralement pas être pris en considération à cette fin.

(5) Lorsqu'il existe une restriction du genre visé à l'alinéa 3c), l'actionnaire majoritaire peut tout de même exercer le contrôle *de jure*, à moins qu'il ne dispose d'aucun moyen d'exercer un "contrôle effectif" sur les affaires et les destinées de la société, d'une manière analogue ou équivalente au critère de *Buckerfield's*.

[Mon souligné.]

[20] Après une revue de la doctrine et la jurisprudence mises de l'avant par les parties, et après un examen attentif de l'arrêt *Duha Printers*, particulièrement du paragraphe 85 ci-dessus, le Juge a conclu que même si selon lui cela pouvait être un résultat inusité, il n'avait d'autre choix que de suivre cet arrêt de la CSC et de considérer l'impact des clauses de vote dans la Convention pour déterminer si l'actionnaire hypothétique avait le contrôle *de jure* de Bagtech.

[21] Puisque selon lui, l'actionnaire hypothétique au sens du paragraphe 125(7) de la LIR ne pouvait pas nommer la majorité des administrateurs de Bagtech en 2004 et 2005, il a conclu que la société privée Bagtech était sous contrôle canadien.

[22] Dans ses motifs, le Juge traite assez longuement de l'argument de l'appelante selon lequel une CUA qui contient des dispositions autres que des restrictions aux pouvoirs des administrateurs est une convention divisible, et si, comme le prétend celle-ci, l'arrêt *Duha Printers* permet une telle approche.

[23] Il note, entre autres, que l'auteur Robert Couzin interprète *Duha Printers* comme un précédent à l'effet qu'une convention unanime des actionnaires doit « être prise comme indivisible ». L'auteur critique cette approche car il est d'avis qu'il est étrange de considérer les clauses de vote portant sur l'élection des administrateurs dans l'analyse du contrôle *de jure* lorsque l'on a effectivement restreint les pouvoirs desdits administrateurs dans une CUA et que le but de l'exercice est de déterminer qui a le contrôle réel (« effective control » en anglais) de la compagnie (paragraphe 77 des motifs).

[24] Le Juge termine ainsi sur l'argument de l'appelante ::

80. Pour ma part, je me range à la fois derrière l'interprétation de l'arrêt *Duha Printers* proposée par l'auteur Robert Couzin et la critique qu'il formule : voir Robert COUZIN, *Some Reflections on Corporate Control*, précité, aux pages 317 à 320.

[25] Avant d'analyser les prétentions de l'appelante, il est opportun de rappeler la question en litige devant nous.

QUESTION EN APPEL

[26] Les parties s'entendent que la question en litige est la suivante :

Le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que, pour l'analyse du contrôle *de jure*, on doit tenir compte des ententes de vote des actionnaires portant sur l'élection des administrateurs lorsque celles-ci ont été insérées dans une convention unanime des actionnaires établie en vertu de la LCSA. (mémoire de l'appelante, paragraphe 15)

LÉGISLATION

[27] Il convient donc de reproduire ici les dispositions de la LCSA les plus pertinentes soit celles qui définissent les CUA et celle qui porte sur les conventions de vote entre actionnaires. :

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44

2. Définitions

« convention unanime des actionnaires »

“*unanimous shareholder agreement*”

« convention unanime des actionnaires »
 Convention visée au paragraphe 146(1) ou déclaration d'un actionnaire visée au paragraphe 146(2).

145.1 Des actionnaires peuvent conclure entre eux une convention écrite régissant l'exercice de leur droit de vote.

146.(1) Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une société soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion.

Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44

2. Definitions

“unanimous shareholder agreement”

« *convention unanime des actionnaires* »

“unanimous shareholder agreement” means an agreement described in subsection 146(1) or a declaration of a shareholder described in subsection 146(2).

145.1 A written agreement between two or more shareholders may provide that in exercising voting rights the shares held by them shall be voted as provided in the agreement.

146.(1) An otherwise lawful written agreement among all the shareholders of a corporation, or among all the shareholders and one or more persons who are not shareholders, that restricts, in whole or in part, the powers of the directors to manage, or supervise the management of, the business and affairs of the corporation is valid.

- (2) Est réputée être une convention unanime des actionnaires la déclaration écrite de l'unique et véritable propriétaire de la totalité des actions émises de la société, qui restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion.
- (2) If a person who is the beneficial owner of all the issued shares of a corporation makes a written declaration that restricts in whole or in part the powers of the directors to manage, or supervise the management of, the business and affairs of the corporation, the declaration is deemed to be a unanimous shareholder agreement.
- (3) L'acquéreur ou le cessionnaire des actions assujetties à une convention unanime des actionnaires est réputé être partie à celle-ci.
- (3) A purchaser or transferee of shares subject to a unanimous shareholder agreement is deemed to be a party to the agreement.
- (4) Si l'acquéreur ou le cessionnaire n'est pas avisé de l'existence de la convention unanime des actionnaires par une mention ou un renvoi visés au paragraphe 49(8) ou autrement, il peut, dans les trente jours après avoir pris connaissance de son existence, annuler l'opération par laquelle il est devenu acquéreur ou cessionnaire.
- (4) If notice is not given to a purchaser or transferee of the existence of a unanimous shareholder agreement, in the manner referred to in subsection 49(8) or otherwise, the purchaser or transferee may, no later than 30 days after they become aware of the existence of the unanimous shareholder agreement, rescind the transaction by which they acquired the shares.
- (5) Dans la mesure où la convention unanime des actionnaires restreint le pouvoir des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion, les droits, pouvoirs, obligations et responsabilités d'un administrateur — notamment les moyens de défense dont il peut se prévaloir — qui découlent d'une règle de droit sont dévolus aux parties à la convention auxquelles est conféré ce pouvoir; et les administrateurs sont déchargés des obligations et responsabilités corrélatives, notamment de la responsabilité visée à l'article 119
- (5) To the extent that a unanimous shareholder agreement restricts the powers of the directors to manage, or supervise the management of, the business and affairs of the corporation, parties to the unanimous shareholder agreement who are given that power to manage or supervise the management of the business and affairs of the corporation have all the rights, powers, duties and liabilities of a director of the corporation, whether they arise under this Act or otherwise, including any defences available to the directors, and the directors are relieved of their rights, powers, duties and liabilities, including their

dans la même mesure.

liabilities under section 119, to the same extent.

(6) Il est entendu que le présent article n'empêche pas les actionnaires de lier à l'avance leur discrétion lorsqu'ils exercent les pouvoirs des administrateurs aux termes d'une convention unanime des actionnaires.

(6) Nothing in this section prevents shareholders from fettering their discretion when exercising the powers of directors under a unanimous shareholder agreement.

ANALYSE

[28] Puisque la question devant nous est une question de droit, la norme applicable est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 au paragraphe 8).

[29] L'appelante argue que le Juge a erré parce qu'il a interprété trop littéralement le paragraphe 85, alinéa (3)c) de *Duha Printers*.

[30] Alternativement, elle soutient que le Juge ne pouvait appliquer les enseignements de cet arrêt, compte tenu de l'histoire et l'évolution législative des dispositions pertinentes de la LCSA depuis 1998.

[31] J'examinerai maintenant ces deux prétentions.

1) Interprétation de *Duha Printers*

[32] L'appelante souligne d'abord que la Cour ne doit pas se laisser berner par le titre du document signé par tous les actionnaires de Bagtech. Elle affirme qu'en vertu de l'article 2 et du paragraphe 146(1) de la LCSA, une convention unanime des actionnaires ne peut inclure que des

clauses qui restreignent en tout ou en partie les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société.

[33] Je ne peux accepter cette affirmation car elle me semble contraire à l'approche adoptée par la CSC dans *Duha Printers* dont je traiterai plus loin.

[34] Ensuite, l'appelante rappelle qu'il faut interpréter le résumé au paragraphe 85 de *Duha Printers* dans son contexte. Selon elle, la CSC tentait d'établir des principes généraux applicables à l'ensemble du Canada. Ceci implique donc nécessairement que l'on ne peut tenir compte des deux types de clauses qui sont expressément mentionnées à l'alinéa (3)c) (clauses restreignant les pouvoirs des administrateurs et clauses restreignant le pouvoir de l'actionnaire majoritaire de nommer le conseil d'administration) que lorsque la loi applicable permet expressément d'inclure de telles clauses dans une CUA comme c'est le cas en Alberta (*Alberta Business Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. B-9, à l'article 146 (la loi albertaine)). Dans les autres cas, tels que lorsque la loi manitobaine applicable dans *Duha Printers* ou la LCSA s'applique, on doit lire l'alinéa (3)c) du paragraphe 85 comme ne référant qu'aux restrictions imposées aux pouvoirs des administrateurs dans la CUA. Je ne suis pas d'accord.

[35] D'abord, je note que l'appelante n'a produit aucune autorité (doctrine ou jurisprudence) appuyant une telle interprétation du paragraphe 85, alinéa (3)c) de *Duha Printers*. Les passages de doctrine soumis par l'appelante pour appuyer son affirmation qu'une CUA ne peut inclure que des restrictions mentionnées au paragraphe 146(1) ne traitent pas de *Duha Printers*. En fait, le seul

article soumis qui en traite est celui de Robert Couzin auquel le Juge réfère (voir paragraphes 24 et 25 ci-dessus), et celui-ci supporte plutôt la thèse contraire.

[36] L'appelante s'appuie sur l'arrêt *Leblanc c. Fertek*, REJB 2000-20884, J.E. 2000-2060 (QC C. S.) où le juge considère l'article 146 de la LCSA et divise la convention des actionnaires devant lui en deux parties distinctes, ne traitant comme CUA que les clauses restreignant les pouvoirs des actionnaires (aux paragraphes 49 à 53). À cela, Bagtech rétorque que la Cour supérieure de l'Ontario dans *Systemcorp A.L.G. Ltd. (Re)*, (2004), 50 B.L.R. (3d) 163, 135 A.C.W.S. (3d) 246, a appliqué le paragraphe 146(3) de la LCSA à l'égard d'une clause de rachat se trouvant dans une CUA.

[37] Quant à moi, ces décisions sont de peu d'utilité puisque ni l'une ni l'autre ne traite expressément de *Duha Printers* et du contrôle *de jure* d'une société et ne contient d'analyse particulière à l'appui de leur conclusion respective.

[38] Il est certes évident que le contexte est toujours important pour déterminer ce qui a été décidé par la CSC, mais je ne peux souscrire à l'interprétation restrictive que nous propose l'appelante afin d'éviter l'application de *Duha Printers* dans la présente affaire. Surtout lorsqu'une telle interprétation requiert comme l'appelante l'a confirmé à l'audience, d'ajouter des mots qui ne sont pas là.

[39] Il convient donc de rappeler certains faits et le contexte dans lequel le juge Iacobucci qui écrivait pour la CSC a résumé les principes considérés dans cet arrêt au paragraphe 85.

[40] Dans *Duha Printers*, la compagnie visée (Duha no 2) avait été constituée en vertu de la *Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, ch. C225 (loi manitobaine) qui était, quant aux dispositions pertinentes, quasi identique à la LCSA qui avait servi de modèle.

[41] Même si les dispositions pertinentes de la LIR devant la CSC n'étaient pas les mêmes que celles en jeu dans le présent appel, il n'est pas contesté que les enseignements de l'arrêt *Duha Printers* sont pertinents ici puisqu'il s'agissait de déterminer qui avait le contrôle *de jure* de la société.

[42] Tous les actionnaires avaient signé une convention intitulée « Convention unanime des actionnaires » qui comme la Convention devant nous traitait de plusieurs sujets. Selon le ministre du Revenu, les actionnaires minoritaires, membres de la famille Duha, avaient le contrôle effectif de Duha no 2. Le ministre du Revenu s'appuyait entre autres sur une clause de vote qui obligeait l'actionnaire majoritaire à élire les trois administrateurs de la compagnie à partir d'une liste de quatre candidats qui selon lui représentaient effectivement la famille Duha.

[43] Pour le ministre du Revenu, cette convention était bien une CUA au sens de la loi manitobaine et elle devait être considérée pour déterminer qui avait le contrôle *de jure* de Duha no 2. En première instance (*Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1995] 1 C.T.C. 2481, 51 A.C.W.S. (3d) 1381), le juge Rip (plus tard juge en chef) de la CCI avait indiqué que malgré son titre, la convention devant lui n'était pas une CUA au sens de la loi manitobaine puisqu'elle ne restreignait en rien les pouvoirs des administrateurs – une des conditions essentielles énoncées au paragraphe 140(2) de la loi manitobaine. Il ajoute que même s'il avait dû tenir compte de la clause

portant sur l'élection des administrateurs, celle-ci ne privait pas l'actionnaire majoritaire du contrôle *de jure* de Duha no 2. Cette dernière conclusion est importante pour nos fins.

[44] La Cour d'appel fédérale ayant cassé cette décision pour divers motifs (*Canada v. Duha Printers (Western) Ltd.*, [1996] 3 C.F. 78, 198 N.R. 359 (FCA)), la CSC devait trancher le débat à savoir si une cour pouvait considérer des documents autres que les actes constitutifs et le registre des actionnaires afin de vérifier si l'actionnaire majoritaire contrôlait l'élection de la majorité du conseil d'administration (critère essentiel pour déterminer qui a le contrôle effectif de la société) et, plus particulièrement, quel était l'impact d'une CUA sur le contrôle *de jure* de la société.

[45] Après avoir décidé que règle générale les documents externes y inclus les conventions entre actionnaires ne doivent pas être considérés, la CSC conclut qu'une CUA peut être prise en compte parce qu'elle n'est pas qu'une convention privée. Elle a un caractère spécial qui tient de l'acte constitutif.

[46] Ayant ouvert la voie à l'examen des CUA, la CSC a dû déterminer si dans les faits, la convention devant elle se qualifiait comme telle en vertu de la loi manitobaine et si oui, si elle privait l'actionnaire majoritaire du contrôle *de jure* de Duha no 2. C'était le même exercice que le Juge devait faire ici, mais à la lumière de la LCSA.

[47] Avant même de commencer son analyse à cet égard, la CSC avait déjà clairement indiqué au paragraphe 71 qu'une CUA doit inclure des restrictions aux pouvoirs des administrateurs. Comme je l'expliquerai plus loin en traitant du second point soulevé par l'appelante, il est évident que ce

commentaire visait les CUA prévues à l'article 1 et au paragraphe 140(2) de la loi manitobaine (voir paragraphe 61 ci-dessous).

[48] Mais outre ces restrictions obligatoires, la CSC indique dans sa discussion à savoir si la convention devant elle se qualifiait sous la loi manitobaine, qu'en pratique les CUA sont utilisées surtout dans le cas de sociétés privées pour régler diverses questions importantes auxquelles est confrontée une société dont l'élection des administrateurs (paragraphe 78).

[49] Ayant déterminé que la convention en cause imposait au moins une restriction claire au pouvoir de gestion des administrateurs édicté au paragraphe 25(1) de la loi manitobaine, le juge Iacobucci dit au paragraphe 79 :

À mon sens, il n'y a pas de doute que cela fait relever la Convention du par. 140(2).
[Mon souligné.]

[50] Toutefois, après avoir examiné l'impact de la Convention sur le contrôle *de jure* dans l'espèce, le juge Iacobucci conclut au paragraphe 84 :

Ainsi, je suis d'avis que, dans les circonstances de la présente affaire, la règle générale s'applique. En raison de sa capacité d'élire la majorité des membres du conseil d'administration, Marr's [l'actionnaire majoritaire] détenait le contrôle *de jure* de Duha no 2 immédiatement avant la fusion de cette dernière avec Outdoor. Rien dans les actes constitutifs, y compris la CUA, n'a contribué à changer cette situation.
[Mon souligné.]

[51] Selon moi, la CSC n'a pas mis de côté la clause prévoyant le mode d'élection des administrateurs sur laquelle s'appuyait le ministre du Revenu parce qu'elle ne faisait pas partie de la CUA au sens de la loi manitobaine. Elle a simplement déterminé dès le départ qu'à sa face même cette clause ne privait pas l'actionnaire principal de son droit de nommer le conseil (paragraphe 19,

44 *in fine* et 54 de *Duha Printers*). À cet égard, la CSC note la différence entre cette clause et celle examinée dans *Alteco Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2087, [1993] A.C.I. no 213 (C.C.I.) (*Alteco*). Dans cette affaire, la CCI avait tenu compte d'une clause dans une CUA qui garantissait à l'actionnaire minoritaire le contrôle de la majorité des sièges au conseil d'administration, pour décider qui avait le contrôle *de jure* de la société (la définition de CUA était aussi identique à celle contenue dans la LCSA). La CSC ne se distance pas de cette approche. Elle note seulement que la CCI dans *Alteco* a eu tort de dire qu'une CUA n'est pas un document qui tient de l'acte constitutif (paragraphe 71 de *Duha Printers*).

[52] Ce n'est pas parce que dans *Duha Printers*, la clause prévoyant l'élection des administrateurs ne restreignait pas dans les faits le pouvoir de l'actionnaire majoritaire que l'on peut mettre de côté le principe énoncé très clairement à l'alinéa (3)c).

[53] J'interprète donc *Duha Printers* comme un précédent à l'effet qu'une fois les conditions fixées à l'article 146(1) de la LCSA remplies, la Convention se qualifie comme une CUA et il faut alors tenir compte des deux types de restrictions décrites à l'alinéa (3)c) du paragraphe 85 pour déterminer qui a le contrôle *de jure* de la Société. À mon avis, le Juge n'a donc pas commis d'erreur dans son interprétation de *Duha Printers*.

2) L'impact des amendements depuis l'arrêt *Duha Printers*

[54] L'appelante soumet que, même si la Cour accepte l'interprétation de *Duha Printers* adoptée par le Juge, celui-ci aurait quand même dû conclure qu'il ne pouvait pas continuer d'appliquer le principe énoncé à l'alinéa (3)c) du paragraphe 85 parce que depuis cet arrêt, le législateur canadien a

clarifié son intention de traiter les ententes de votes entre actionnaires même si elles lient tous les actionnaires comme de simples conventions d'actionnaires. Elle ajoute qu'en transférant la disposition portant sur ces conventions ordinaires à l'article 145.1 de la LCSA (auparavant elle se trouvait au paragraphe 146(1) alors que le paragraphe 146(2) traitait des CUA), il a indiqué que de telles conventions de vote ne doivent pas être confondues avec une CUA et qu'elles n'ont pas le caractère spécial de ces dernières.

[55] Il s'agit donc ni plus ni moins du même argument à l'effet qu'une CUA ne peut inclure autres choses que des restrictions aux pouvoirs des administrateurs. La seule distinction c'est qu'ici l'appelante invite la Cour à examiner le document de consultation d'Industrie Canada paru en avril 1996 (Industrie Canada, *La loi Canadienne sur les sociétés pas actions, documents de consultation, conventions unanimes des actionnaires*, Avril 1996), les amendements à la LCSA de 2001 de même que les commentaires d'Industrie Canada sur l'amendement relatif à l'article 145.1. Selon elle, ceux-ci supportent sa position.

[56] Récemment dans *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489 aux paragraphes 18 à 23, la CSC a réitéré qu'elle seule a le pouvoir de changer les règles énoncées dans ses décisions. Tout au plus et s'il y a lieu, une cour peut indiquer dans ses motifs pourquoi selon elle, il serait souhaitable que la CSC revoit une question sur laquelle elle s'est déjà penchée. Le Juge devait donc appliquer les enseignements de *Duha Printers*.

[57] Comme je l'ai déjà souligné, le Juge a exprimé des réserves quant à la justesse de ce précédent indiquant qu'il souscrivait à la critique de l'auteur Robert Couzin vu le résultat inusité et

peut-être illogique auquel il conduit, soit qu'une restriction au droit de l'actionnaire majoritaire de nommer les administrateurs ne sera pas pertinente à l'analyse du contrôle *de jure* lorsqu'incorporée dans une simple convention de vote, mais elle le sera si incluse dans une CUA (paragraphe 82 des motifs).

[58] Avec respect, je ne partage pas cette opinion. Selon moi, la CSC a adopté une approche pragmatique et souple qui me paraît tout aussi valable aujourd'hui qu'elle l'était en 1998. Il est évident que les clauses portant sur l'élection du conseil d'administration peuvent avoir un impact crucial sur la capacité d'un actionnaire majoritaire de contrôler effectivement la société. C'est pour éviter de créer des incertitudes pour le contribuable que la CSC a conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de telles clauses lorsqu'incluses dans une simple convention privée entre les actionnaires. En cherchant à établir une juste balance entre ces deux préoccupations, il est logique que le caractère spécial des CUA, qui tiennent de l'acte constitutif, et le fait que celles-ci sont facilement accessibles (par exemple en vertu des paragraphes 20(1) et 21(2) de la LCSA, elles sont versées dans les livres de la société, conservés à son siège social, et elles peuvent être consultées par tout représentant d'un actionnaire ou d'un créancier de la société) changent la donne. Il n'est pas inusité en droit fiscal que l'on puisse obtenir un résultat différent en adoptant une forme plutôt qu'une autre.

[59] Ceci étant dit et bien que cela ne soit pas nécessaire pour disposer de l'appel, je tiens à ajouter deux commentaires. D'abord mon examen des documents soumis à l'appui de cet argument alternatif ne m'a pas convaincue que ceux-ci supportent la thèse de l'appelante. À mon avis, ni le document de consultation d'Industrie Canada (voir en particulier les paragraphes 30, 67, 69, 72 et la

note 73), ni le fait de déplacer la disposition portant sur les simples conventions entre actionnaires sans en changer les termes ne permettent de conclure qu'il faut distinguer une CUA visée par le paragraphe 146(1) de la LCSA de celle visée par le paragraphe 140(2) de la loi manitobaine examinée par la CSC. Je note que le législateur a eu l'opportunité durant cette période de consultation de changer sa définition de CUA s'il n'était pas satisfait de l'approche adoptée dans *Duha Printers* quelques années auparavant. Il ne l'a pas fait. De plus, il est important de souligner que l'appelante fonde son interprétation de l'intention législative entièrement sur ce document de consultation d'Industrie Canada. Celui-ci ne peut à lui seul servir à établir l'intention du législateur ni le sens des dispositions en cause.

[60] Deuxièmement, l'appelante a beaucoup insisté sur les distinctions entre la définition de CUA dans la LCSA et celle dans la loi albertaine, un sujet qui n'est pas discuté dans *Duha Printers*. Le Juge reprend sans y répondre les interrogations de l'appelante à cet égard au paragraphe 71 de ses motifs. Pour ma part, je souscris à l'explication proposée par Bagtech à l'effet que cette énumération était nécessaire dans la loi albertaine compte tenu d'une différence essentielle avec la LCSA puisque cette première n'exige pas comme la dernière qu'une CUA contienne des restrictions aux pouvoirs des actionnaires pour être qualifiée comme telle (voir l'alinéa (1)z) de la loi albertaine reproduite à l'Annexe D du document de consultation qui édicte qu'une CUA prévoit une des questions énumérées au paragraphe 140(1). Cette disposition se trouve aujourd'hui à l'alinéa (1)jj).

[61] Il est aussi utile de noter que malgré cette énumération et le fait qu'une clause de vote portant sur l'élection des administrateurs puisse servir à qualifier une convention de CUA, la loi albertaine contient elle aussi une disposition distincte portant sur les conventions de vote (en 1996,

c'était l'article 145, maintenant c'est l'article 139.1). Je ne vois donc pas dans la comparaison proposée par l'appelante d'indication particulière qu'il serait souhaitable que la CSC revoie les principes énoncés dans *Duha Printers*.

CONCLUSION

[62] En conclusion, je suis d'avis que le Juge n'a pas erré en droit en appliquant les principes décrits à l'article 85 de *Duha Printers*. Je propose donc de rejeter l'appel avec dépens.

« Johanne Gauthier »

j.c.a.

« Je suis d'accord.

J.D. Denis Pelletier j.c.a. »

« Je suis d'accord.

Johanne Trudel j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-141-12

INTITULÉ : Sa Majesté la Reine c. Price
Waterhouse Coopers Inc. agissant
en qualité de syndic à la faillite de
Bioartificial Gel Technologies
(Bagtech) Inc.

LIEU DE L'AUDIENCE : Montréal (Québec)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 11 avril 2013

MOTIFS DU JUGEMENT : LA JUGE GAUTHIER

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE TRUDEL

DATE DES MOTIFS : Le 21 juin 2013

COMPARUTIONS :

Anne-Marie Boutin POUR L'APPELANTE

Isabelle Pillet POUR L'INTIMÉE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

William F. Pentney POUR L'APPELANTE
Sous-procureur général du Canada

De Man, Pilotte POUR L'INTIMÉE
Montréal (Québec)