

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

117/07/CA

MICHAEL W. KENNEDY

(Defendant) APPELLANT

- and -

HSBC BANK CANADA

(Plaintiff) RESPONDENT

Kennedy v. HSBC Bank Canada, 2008 NBCA 48

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Daigle  
The Honourable Justice Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
July 3, 2007

History of Case:

Decision under appeal:  
2007 NBQB 233

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:  
[2007] N.B.J. No. 346  
[2008] N.B.J. No. 23

Appeal heard:  
March 25, 2008

Judgment rendered:  
June 19, 2008

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Turnbull

Concurred in by:  
The Honourable Justice Daigle  
The Honourable Justice Richard

MICHAEL W. KENNEDY

(défendeur) APPELANT

- et -

BANQUE HSBC CANADA

(demanderesse) INTIMÉE

Kennedy c. Banque HSBC Canada, 2008 NBCA  
48

CORAM :

L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Daigle  
L'honorable juge Richard

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 3 juillet 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2007 NBBR 233

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :  
[2007] A.N.-B. n° 346  
[2008] A.N.-B. n° 23

Appel entendu :  
Le 25 mars 2008

Jugement rendu :  
Le 19 juin 2008

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Turnbull

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Daigle  
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Michael W. Kennedy,  
Appeared in person

For the respondent:  
Hugh J. Cameron

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :  
Michael W. Kennedy  
a comparu en personne

Pour l'intimée :  
Hugh J. Cameron

LA COUR

Déboute l'appelant et le condamne aux dépens.

The judgment of the Court was delivered by

TURNBULL, J.A.

[1] Michael Kennedy appeals the decision from the Court of Queen’s Bench granting summary judgment against him in favour of the respondent, HSBC Bank Canada (“HSBC”), pursuant to Rule 22 of the *Rules of Court*. The motion judge awarded HSBC the amount of \$7,662,807.00 plus costs of \$2,500.00. The decision is dated July 3, 2007 and is reported at (2007), 322 N.B.R. (2d) 268, [2007] N.B.J. No. 242 (QL), 2007 NBQB 233.

[2] Mr. Kennedy is a former officer and director of a number of Elm City corporations (collectively “Elm City”) that operated an automobile sales and leasing business in Fredericton, New Brunswick. HSBC is a chartered Canadian bank, which, for many years, provided credit to and made advances on behalf of Elm City on terms and conditions set out in various written agreements that called for the timely repayment of such credits and advances when Elm City disposed of an automobile. To secure credit, Elm City granted HSBC security on its assets. When Elm City failed to respond to HSBC’s demand to repay its outstanding debts and liabilities, HSBC appointed a receiver of Elm City on January 24, 2004. Elm City was subsequently petitioned into bankruptcy.

[3] The Receiver and Trustee in Bankruptcy, PricewaterhouseCoopers Inc., reported to HSBC, following its investigations of Elm City’s business affairs, “that the principals of [Elm City] misrepresented the number of vehicles in inventory and the vehicle fleet [...]”, and, “the purpose of the misrepresentation was to conceal the fact that [Elm City] had been selling vehicles ‘[out of trust]’ over a five year period”. It is common ground that in the retail automobile industry, “out of trust” means a disposal of a vehicle without complying with the parties’ agreements concerning: (1) advising the lender of the disposal; and (2) paying the lender, on time, the amount due and received by the dealer from such disposal. In this case, Elm City had agreed to advise HSBC within twenty-four (24) hours of an inventoried vehicle’s disposal and to pay HSBC within

either three (3) or ten (10) days depending on the nature of the disposal. The Receiver Trustee reported that there were 364 vehicles missing from Elm City's inventory which represented to HSBC a total value of \$7,662,807.00.

[4] Consequently, HSBC commenced an action against Elm City, Mr. Kennedy and other members of his family, jointly and severally, to recover its loss. HSBC alleged the individual defendants were personally liable for Elm City's debts because they participated in fraudulent schemes intended to deceive HSBC and to induce it to continue to finance the purchase of new vehicles. Against Mr. Kennedy, HSBC sought, among other things, damages for conversion, fraud, deceit and conspiracy. None of the individual defendants had guaranteed any of Elm City's indebtedness to HSBC, although there were related corporate cross guarantees in favour of HSBC.

[5] On February 14, 2005, HSBC applied to the Court of Queen's Bench for summary judgment against Mr. Kennedy "on grounds that there is no defence to the action or to one or more of the claims in the action or to part of any such claim", a mandatory prerequisite for a Rule 22.01(1)(a) application: see *Harris and H.A.R. Construction Limited v. W.H. Goodwin & Co. Ltd. and Goodwin*, [2008] N.B.J. No. 47 (QL), 2008 NBCA 14.

[6] The motion judge found that Mr. Kennedy had engaged in "practices" calculated to misrepresent the number of vehicles in Elm City's inventory. With respect to Mr. Kennedy's summary judgment defence that HSBC knew and condoned what he was doing, she found: "it is clear that a number of [HSBC] employees at the Fredericton branch knew that [HSBC] was not being paid within three days of the sale of each vehicle and acquiesced in this." Otherwise, she found that HSBC did not know of the "practices" that Mr. Kennedy engaged in to misrepresent the number of inventoried vehicles. To support this later finding, she relied on this Court's decision in *Irving Oil Limited v. S&S Realty Ltd.* (1983), 48 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), [1983] N.B. J. No. 212 (QL).

[7] The evidence before the motion judge was contained in affidavits to which were attached extensive exhibits. During the proceedings, at which Mr. Kennedy was represented by counsel, no motion was made to either cross-examine an affiant or to set the action down for trial (Rules 22.03 and 22.05). The motion was heard over an extended period of time: partly on February 21, 2005, “adjourned to March 22, 2005 and finally argued on May 4, 5 and 6, 2005 [...]”.

[8] Mr. Kennedy appeals the decision of the motion judge alleging: “I have a defense and can prove my innocence if I am allowed to obtain documentation withheld from me by HSBC”. He alleges such documentation “will show that HSBC Head Office was well aware of the state of affairs of [Elm City]”.

[9] At the appeal hearing, Mr. Kennedy moved to present further evidence which, he alleges, supports his “assertion that Head Office of HSBC was aware of vehicles sold out of trust and condoned and enabled these practices.” The further evidence consisted of five documents: (1) Elm City Investments Ltd.’s Auditor’s Report to its shareholders, March 8, 2002; (2) Elm City Chrysler Ltd.’s Auditor’s Report to its Directors, March 10, 2003; (3) Elm City Chrysler Ltd.’s Auditor’s Management Letter, May 9, 2003; (4) HSBC Dealer Leasing Statement of inventoried vehicles, September 25, 2003; and (5) HSBC head office letter of December 29, 2000 to the Fredericton Branch of HSBC about branch management of the Elm City account. All of these documents were available at the time of the summary judgment motion but were not entered as exhibits before the motion judge. We reserved our decision on the motion. At the hearing, Mr. Kennedy advised that he had further incriminating documents, but they were not put in evidence before the motion judge. He claimed his lawyer advised that such unidentified documentation would be used at trial.

[10] Before analyzing the relevant law and the evidence before the motion judge, I note that this case involves holding an officer and director personally liable for corporate indebtedness because of his participation in the fraudulent schemes alleged in paragraph three (3). HSBC does not claim that Mr. Kennedy is personally liable for Elm

City's overdue payments where HSBC was previously advised of the disposal of a vehicle; an "acquiesced" breach of contract. Rather, HSBC alleges that Mr. Kennedy is personally liable for those "practices" where Elm City not only failed to timely notify HSBC of a vehicle disposal but had also retained for its own use monies it received from such disposal; thus misrepresenting to HSBC the number of inventoried vehicles in Elm City's possession.

[11] This Court's decision in *Cannon v. Lange et al.* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (QL), not only articulates the purpose of Rule 22, to "secure the just, least expensive and most expeditious determination of [the] proceeding on its merits" (para. 8), but also the ways by which the application of the Rule accomplishes that purpose. While admonishing "motion judges not to be unduly timid where the circumstances demonstrate a clear absence of merit" (para. 9), Drapeau, J.A., now C.J.N.B., recognized that notwithstanding the rule "confers a wide [judicial] discretionary power", the exercise of such discretion requires the application of a "stringent test before the drastic remedy of summary judgment can be granted" (para. 16). He emphasized such test in para. 17:

The wording of Rule 22.04 sets the standard at a high level. It provides that the court may grant judgment only where there is no merit to the defence or no merit to the claim, or part thereof. The wording leaves no room for anything but a very stringent test. Practical experience with the civil process inspired the trial lawyers and judges who drafted Rule 22.04 to choose its wording. The wording reflects their conviction that, except in clear cases, the best truth-finding device is a trial.

[12] Relating the *Cannon v. Lange* stringent test to the circumstances of this case, the motion judge was required, before granting summary judgment, to find there was no merit to Mr. Kennedy's defence, that is, no question about what a trial judgment would be, and that HSBC's case had to be unanswerable.

[13] In that context, the motion judge had an obligation “to consider not only the pleadings, but also any admissible evidence”: see paras. 21 and 22 in *Cannon v. Lange*. Ultimately, “the Court’s ability to [determine the motion] will necessarily depend on the nature and quality of the evidentiary record which the parties can place before it”.

[14] Concerning either party’s preparation when seeking or opposing an application for summary judgment, *Cannon v. Lange* bluntly alerts each to the threshold that must be hurdled for success. Paragraphs 23 and 24 prescribe:

Common sense should move the parties to put their best foot forward on a motion under Rule 22. Such a course of conduct is particularly wise for a respondent, since he or she has the most to lose. As stated by the Ontario Court of Appeal in *1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547 at 557 in a vernacular expression, the respondent "must lead trump or risk losing." It will rarely be sufficient for the respondent to promise that evidence, which is admissible pursuant to Rule 39.01(4), will be produced at trial: absent a compelling explanation, the respondent is required to produce admissible evidence which will prevent a conclusion that the action or defence is bereft of merit. I have no doubt that, where the ends of justice require, the court will allow all appropriate accommodations including leave to file further affidavit evidence.

It is up to the moving party to satisfy the court that an apparent factual controversy or credibility conflict is a sham. If material facts remain genuinely in dispute after the court has taken a hard look at the evidence and the pleadings, it is not appropriate to grant summary judgment (see *RCL Operators Ltd.*). Likewise, where there is an unresolved genuine credibility conflict relating to a material question, it is not appropriate to grant summary judgment.

[15] As the responding party, Mr. Kennedy had the most to lose if he failed to “put [his] best foot forward.” He does not dispute that there were times when Elm City did not remit the automobile disposal receipts to HSBC in the time prescribed by the agreements. However, as noted, HSBC does not claim personal liability for such defaults.

To repeat, its claim with respect to Mr. Kennedy's personal liability is based on the misrepresentation scheme described in paragraph 3. The motion judge found that "[Mr.] Kennedy admits that he engaged in the 'practices' which [HSBC] describes but says that [HSBC] knew about and participated in them." Mr. Kennedy's contention in this regard is contained in paragraphs 27-29 of his affidavit. They read as follows:

27. I am informed by Peter Kennedy and believe that this practice developed over the years. From early on when there were cars that had been sold but not paid out, Doug Munro would ask Peter when they were sold and Peter would tell him 3 weeks or a month ago or so. Doug would then say we can't say that to Toronto.
28. I am informed from my dealings with HSBC over the years and believe that as part of HSBC's audit process, the auditor is required to conduct a motor vehicle registration check against a certain percentage (I believe 10%) of the vehicles that were still on the floor plan but not seen by the auditor. On a number of occasions over the years, after conducting an audit, Doug Munro, who had been our account manager for over 20 years, would call and say that he had conducted such a search and found a certain number of those cars, whether it be 2 or 4 or 6, for which registration had been transferred. This information shows when the vehicle was sold, which would usually be a month or so before the audit. Doug would tell me that if he signed this audit with these 2 or 4 or 6 cars on it, Toronto will require a motor vehicle search on every vehicle. He would then say that "I don't want that and you don't want that" and that if we paid out those cars immediately he would mark them paid at audit. I complied with every such request.
29. As mentioned above, at times we leased or rented vehicles that were still on the new vehicle floor plan. This was due mainly to the fact that Elm City Leasing Ltd. did not have enough room on its line of credit to purchase the vehicles. When we were given advance notice by HSBC that it was going to conduct an audit in two or three days, we would



attempt to get all such vehicles back from the renter so that they could be present at the dealership at the time of the audit. Years ago we would remove the license plates and clean the vehicles to try to make them look like they hadn't been rented out for the last month or so. However, on one such occasion, I recall Doug Munro saying to me: "Don't take the plates off. I know they are being rented. I can see the motor vehicle inspection sticker. I just need to be able to say that I saw them on site" or words to that effect.

[My emphasis.]

[16] Peter Kennedy is Mr. Kennedy's son and was Elm City's sales manager. Doug Munro was HSBC's Senior Manager, Commercial Financial Services at its Fredericton Branch. He, together with Judy Wood, the Account Manager, Commercial Financial Services, at the Fredericton Branch, carried out HSBC's last Elm City's motor vehicle dealer audit on January 12, 2004. Ms. Wood had assisted in Elm City audits for approximately the last five years. Concerning the last audit, Ms. Wood deposed that Mr. Peter Kennedy "was not able to provide me with the specific sales dates for 21 vehicles that were identified by him as sold units". There was no affidavit evidence from Mr. Peter Kennedy or Mr. Doug Munro.

[17] Darrin Lee was the Assistant Vice-President and Manager of HSBC's Fredericton Branch. In his affidavit, he swore that on January 13, 2004, he met with Doug Munro following the January 12, 2004 Elm City audit. Since they were unable to identify the location of approximately 60 vehicles and "that HSBC had not been paid for approximately 21 vehicles which had been identified as being sold [Mr. Lee] ordered PPSA [*Personal Property Security Act*] searches on vehicles to attempt to determine when they were actually sold." Those searches revealed that a number of vehicles had been sold much earlier than Elm City had reported: "some had been sold as far back as July and August, 2003." Mr. Lee and Mr. Munro met with Mr. Kennedy on January 15, 2004 to explain the result of the searches. Mr. Kennedy's response, to quote Mr. Lee's affidavit was: "He offered no explanation for the discrepancies other than 'his business had been suffering for some time' and he 'had been keeping the Bank at bay'".

[18] On January 16, 2004, HSBC engaged PricewaterhouseCoopers Inc. to conduct a further audit of Elm City's vehicles. They were appointed Receivers on January 20, 2004 and, thereafter the bankruptcy trustee, and subsequently authored the report referred to in paragraph 3.

[19] Both Ms. Wood and Mr. Lee swore in their respective affidavits that at no time prior to the January 12, 2004 audit and the subsequent PPSA searches had either of them any knowledge about missing vehicles and the misrepresentation scheme described earlier. In addition, had either known of such a situation: "That would not have been acceptable or tolerated by me or HSBC for any possible reason."

[20] Mr. Kennedy failed to produce any specific evidence that HSBC had prior notification or knowledge before January 13, 2004, of Elm City's misrepresentations, except for Mr. Munro. In that regard, assuming Mr. Munro had such knowledge or notification as distinct from late payment breaches, his knowledge cannot be attributed to HSBC.

[21] In *Irving Oil v. S & S Realty*, this Court canvassed the applicable law "as to when notification or knowledge of an agent will be imputed to his principal." As a general rule, when an employed agent (employee) receives notice or acquires knowledge of material facts in the course of that employment, such acquired notification or knowledge operates as notice to or knowledge of the principal. There are, however, qualifications to the general rule. Two qualifications have particular relevance in this case: (1) when the agent takes part in any fraud or misfeasance against the principal; and (2) where a third party has actual notice that the agent will not pass on the knowledge or information he has to the principal, a third party "cannot take advantage of a known breach of faith."

[22] It is Mr. Kennedy who implicated Mr. Munro as an accomplice in the cover-up scheme to misrepresent Elm City's inventoried vehicles to HSBC. He says that Mr. Munro "would not advise Toronto" if he, Mr. Kennedy, did certain things which he

said he did. As such, any failure by Mr. Munro to report to HSBC was misfeasance against his principal, and, as Mr. Kennedy admitted, he had actual knowledge that Mr. Munro would not pass on his knowledge and information about Elm City to HSBC. Thus, Mr. Kennedy sought to take advantage of a known breach of faith by Mr. Munro, the only HSBC employee he identifies as having knowledge of what he was doing. As such, HSBC had no notice or knowledge of Mr. Munro's unremitted knowledge and information.

[23] Accordingly, the motion judge was correct to rely on and apply *Irving Oil v. S&S Realty* case as authority for her finding that Mr. Munro's knowledge cannot be attributed to HSBC.

[24] With respect to Mr. Kennedy's motion to present further evidence I would dismiss it for the following reasons:

- 1) the evidence was available for use at the motion hearing;
- 2) the evidence would not have an important influence on the result because none of the documents' contents is specific to the misrepresentation scheme; and
- 3) as such, no useful purpose would be served by the reception of the evidence in question.

I. Disposition

[25] Therefore, I am satisfied that the motion judge made no reversible error in granting summary judgment against Mr. Kennedy because his defence was bereft of

merit. HSBC's case against Mr. Kennedy is unanswerable. Therefore, I would dismiss the appeal with costs of \$3,000.00.

Le juge d'appel Turnbull

- [1] Michael Kennedy appelle de la décision par laquelle la Cour du Banc de la Reine, en vertu de la règle 22 des *Règles de procédure*, a rendu un jugement sommaire contre lui à la demande de l'intimée, Banque HSBC Canada. La juge saisie de la motion a octroyé 7 662 807 \$ à HSBC, ainsi que des dépens de 2 500 \$. Les références de la décision, datée du 3 juillet 2007, sont les suivantes : (2007), 322 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 268, [2007] A.N.-B. n<sup>o</sup> 242 (QL), 2007 NBBR 233.
- [2] M. Kennedy était dirigeant et administrateur d'un certain nombre de sociétés (que nous appelons ici collectivement « Elm City », du nom que leurs raisons sociales ont en commun) qui faisaient commerce de vente et de location de voitures à Fredericton, au Nouveau-Brunswick. HSBC est une banque à charte canadienne qui, pendant de nombreuses années, a accordé crédit et avances à Elm City aux conditions que stipulaient diverses conventions écrites. Ces conventions appelaient au prompt remboursement des sommes une fois qu'Elm City avait disposé d'une voiture. Pour obtenir crédit, Elm City avait consenti à HSBC une sûreté sur son actif. Le 24 janvier 2004, comme Elm City n'avait pas donné suite à la mise en demeure exigeant le remboursement de ses dettes envers la banque, HSBC a procédé à la nomination d'un séquestre. La mise en faillite d'Elm City a suivi.
- [3] PricewaterhouseCoopers Inc., séquestre et syndique de la faillite, a rendu compte à HSBC des résultats de son investigation des affaires commerciales d'Elm City : [TRADUCTION] « [L]a direction [d'Elm City] a présenté inexactement le nombre de véhicules en stock et le contenu du parc de véhicules [...] l'assertion inexacte avait pour but de cacher [qu'Elm City] se livrait à des ventes de véhicules « [hors convention] » depuis cinq ans ». Il est entendu que, dans le marché de détail de l'automobile, « hors convention » désigne une disposition de véhicule qui déroge aux conventions des parties en matière de : (1) communication de la disposition au prêteur; (2) versement au prêteur

de la somme due, en l'occurrence du produit de la disposition, dans les délais prescrits. En l'espèce, Elm City s'était engagée à informer HSBC de la disposition d'un véhicule inventorié dans les vingt-quatre heures et à la rembourser, soit dans les trois jours, soit dans les dix jours, suivant le type de disposition. La syndique et séquestre a constaté que 364 véhicules manquaient au stock d'Elm City, valeur totale de 7 662 807 \$ pour HSBC.

[4] HSBC a donc poursuivi Elm City, M. Kennedy et d'autres membres de sa famille, conjointement et individuellement, en vue de recouvrer la somme. Elle soutenait que les particuliers qu'elle constituait défendeurs avaient une responsabilité personnelle pour les dettes d'Elm City, parce qu'ils avaient participé à des manoeuvres frauduleuses dans le but de la tromper et de l'amener à continuer de financer l'achat des nouveaux véhicules. HSBC a réclamé à M. Kennedy, entre autres choses, des dommages-intérêts pour détournement, fraude, dol et complot. Aucun des particuliers n'avait garanti les dettes d'Elm City auprès de HSBC, mais HSBC était munie de garanties réciproques données par les sociétés.

[5] Le 14 février 2005, HSBC a demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre un jugement sommaire contre M. Kennedy. La motion de HSBC reposait sur l'un des motifs obligatoires d'une demande présentée en application de la règle 22.01(1)a) : « [A]ucune défense n'est opposable à l'action ou à une ou plusieurs des demandes qui y sont formulées ou encore à la totalité ou à une partie d'une de ces demandes » (*Harris c. W.H. Goodwin & Co.*, [2008] A.N.-B. n° 47 (QL), 2008 NBCA 14).

[6] La juge saisie de la motion a conclu que M. Kennedy s'était livré à des « pratiques » calculées pour fausser le nombre de véhicules du stock d'Elm City. En ce qui concerne le moyen de défense que M. Kennedy opposait à la demande de jugement sommaire, moyen qui faisait valoir que HSBC savait et tolérait ce qu'il faisait, elle a indiqué ce qui suit : [TRADUCTION] « Il ressort [...] qu'un certain nombre d'employés de la succursale de Fredericton savaient que [HSBC] n'était pas remboursée dans les trois jours de la vente des véhicules et qu'[on] y consentait. » La juge a toutefois conclu que HSBC n'avait pas connaissance des « pratiques » auxquelles M. Kennedy se livrait pour

fausser le nombre de véhicules en stock. Elle s'est appuyée, pour prononcer cette conclusion, sur l'arrêt rendu par notre Cour dans *Irving Oil Limited c. S & S Realty Ltd.* (1983), 48 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, [1983] A.N.-B. n° 212 (QL).

[7] La preuve dont disposait la juge saisie de la motion provenait d'affidavits accompagnés de pièces copieuses. La motion, à l'audition de laquelle M. Kennedy était représenté par un avocat, n'a suscité ni demande de contre-interrogatoire d'un déposant, ni demande de mise au rôle de l'action (règles 22.03 et 22.05). Un temps considérable y a été consacré : elle a été entendue en partie le 21 février 2005, puis [TRADUCTION] « ajournée au 22 mars 2005 et, enfin, débattue les 4, 5 et 6 mai 2005 ».

[8] L'appelant avance ce qui suit : [TRADUCTION] « J'ai une défense à faire valoir et je pourrai prouver mon innocence s'il m'est permis d'obtenir les documents que HSBC me refuse ». Il soutient que ces documents [TRADUCTION] « montreront que le siège social de HSBC était parfaitement au courant de la situation [d'Elm City] ».

[9] À l'audience d'appel, M. Kennedy a demandé à présenter une preuve complémentaire qui, selon lui, confirmait que [TRADUCTION] « le siège social de HSBC était au courant de la vente de véhicules hors convention, et qu'elle tolérait et permettait ces pratiques ». Ce complément de preuve était formé de cinq documents : (1) rapport du vérificateur d'Elm City Investments Ltd. à ses actionnaires, 8 mars 2002; (2) rapport du vérificateur d'Elm City Chrysler Ltd. à ses administrateurs, 10 mars 2003; (3) lettre de recommandations du vérificateur d'Elm City Chrysler Ltd., 9 mai 2003; (4) état des véhicules inventoriés en location du marchand, destiné à HSBC et daté du 25 septembre 2003; (5) lettre du 29 décembre 2000 du siège social de HSBC à sa succursale de Fredericton au sujet de la gestion du compte d'Elm City par la succursale. Tous ces documents étaient disponibles à l'époque de la motion en jugement sommaire, mais ils n'ont pas été déposés en preuve auprès de la juge de la Cour du Banc de la Reine. Notre Cour a mis la motion en délibéré. À l'audience, M. Kennedy a indiqué qu'il avait des documents incriminants complémentaires, mais ils n'ont pas été présentés en preuve à

la juge. Son avocat lui avait expliqué, a-t-il dit, que ces documents non identifiés seraient utilisés au procès.

[10] Avant d'analyser les principes de droit pertinents et la preuve présentée à la juge saisie de la motion, je rappelle qu'il est question ici de responsabilité personnelle d'un dirigeant et administrateur pour les dettes d'une société en raison de sa participation à des manœuvres frauduleuses, manœuvres alléguées au par. 3. HSBC ne prétend pas que M. Kennedy ait une obligation personnelle par suite des retards d'Elm City à remettre le produit de dispositions dont elle avait informé la Banque au préalable, rupture de contrat à laquelle « on consentait ». HSBC soutient que M. Kennedy a une responsabilité personnelle du fait des « pratiques » qui amenaient Elm City, non seulement à ne pas l'aviser à temps de la disposition d'un véhicule, mais également à conserver le produit de la disposition pour s'en servir à ses propres fins, d'où assertions inexactes quant au nombre de véhicules inventoriés en la possession d'Elm City.

[11] L'arrêt prononcé par notre Cour dans *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 121, [1998] A.N.-B. n<sup>o</sup> 313 (QL), en plus d'énoncer que la règle 22 a pour objet [TRADUCTION] « [d']assurer une solution équitable de [l']instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » (par. 8), précise de quelles manières l'application de la règle permet d'atteindre cet objectif. Après avoir pressé [TRADUCTION] « les juges qui entendent les motions de ne pas se montrer trop hésitants lorsque les circonstances indiquent clairement qu'il y a absence de fondement » (par. 9), le juge d'appel Drapeau, aujourd'hui juge en chef du Nouveau-Brunswick, a reconnu que, bien que la règle [TRADUCTION] « confère un vaste pouvoir discrétionnaire » aux tribunaux, l'exercice de ce pouvoir exigeait d'appliquer le [TRADUCTION] « critère rigoureux régissant l'octroi du redressement draconien qu'est le jugement sommaire » (par. 16). Citons le paragraphe 17 de ses motifs :

[TRADUCTION]

Le libellé de la règle 22.04 établit une norme élevée. Cette règle dispose que la cour ne peut rendre jugement que si la défense ou la demande, ou une partie de celle-ci, sont sans



fondement. Ce libellé ne permet rien d'autre qu'un critère très rigoureux. C'est leur expérience concrète des instances civiles qui a amené les avocats plaidants et les juges qui ont rédigé la règle 22.04 à choisir son libellé. Ce libellé témoigne de leur conviction que, sauf dans les cas manifestes, le meilleur mécanisme de recherche de la vérité demeure le procès.

[12] Par application du critère rigoureux de *Cannon c. Lange* aux circonstances de la présente espèce, la juge saisie de la motion devait conclure, avant de pouvoir rendre jugement sommaire, que la défense de M. Kennedy était sans fondement, c'est-à-dire que le jugement qui serait rendu au terme d'un procès ne faisait aucun doute, et que HSBC avait prouvé sa demande de façon irréfutable.

[13] Dans ce contexte, la juge avait l'obligation [TRADUCTION] « d'examiner non seulement les plaidoiries, mais aussi tout élément de preuve admissible » (*Cannon c. Lange*, par. 21 et 22). En définitive, la [TRADUCTION] « capacité de la cour de [statuer sur la motion] dépend nécessairement de la nature et de la qualité des preuves que les parties peuvent déposer devant elle ».

[14] Pour ce qui est de la préparation que doit avoir fait la partie qui présente ou qui conteste une demande de jugement sommaire, *Cannon c. Lange* prévient sans détour que la barre est haut placée. Les paragraphes 23 et 24 prescrivent ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le bon sens devrait inciter les parties à faire de leur mieux dans le cadre d'une motion déposée conformément à la règle 22. Une telle attitude est particulièrement sage dans le cas de la partie intimée, puisque c'est elle qui a le plus à perdre. Comme l'a dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club* (1995), 21 O.R. (3d) 547 (C.A.), à la page 557, en employant une expression imagée, l'intimé « doit jouer atout ou risquer de perdre ». Il suffit rarement que l'intimé promette que des éléments de preuve admissibles en vertu de la règle 39.01(4) seront produits au procès : en l'absence d'une explication convaincante, l'intimé est tenu de

produire des éléments de preuve admissibles qui empêcheront le tribunal de conclure que l'action ou la défense est dénuée de tout fondement. Il ne fait aucun doute à mes yeux que lorsque les fins de la justice l'exigent, la cour autorisera les compromis nécessaires, y compris la permission de déposer d'autres preuves par affidavit.

Il appartient à l'auteur de la motion de convaincre la cour qu'une apparente controverse quant aux faits ou un apparent conflit de crédibilité sont feints. Si des faits déterminants restent véritablement en litige après que la cour a attentivement examiné la preuve et les plaidoiries, il n'y a pas lieu d'accorder un jugement sommaire (voir *RCL Operators Ltd.*). De même, lorsqu'il subsiste un véritable conflit de crédibilité en ce qui concerne une question substantielle, il n'y a pas lieu d'accorder un jugement sommaire.

[15] En tant que partie intimée, M. Kennedy avait le plus à perdre s'il ne faisait pas [TRADUCTION] « de [son] mieux ». Il ne conteste pas qu'il soit arrivé à Elm City de ne pas remettre les relevés de disposition de voiture à HSBC dans les délais impartis par les conventions. Nous avons vu, cependant, que HSBC ne prétend pas que M. Kennedy ait une obligation personnelle pour ces défauts. Rappelons qu'elle impute à M. Kennedy une responsabilité personnelle du fait des manœuvres de présentation inexacte du stock dont le paragraphe 3 fait état. La juge saisie de la motion a constaté ce qui suit : [TRADUCTION] « Michael Kennedy reconnaît avoir eu recours aux pratiques décrites par [HSBC], mais il affirme que cette dernière était au courant de ces pratiques et y participait. » Les allégations de M. Kennedy sur ce point apparaissent aux par. 27 à 29 de son affidavit :

[TRADUCTION]

27. Peter Kennedy m'a informé, et je reconnais avec lui, que cette pratique s'est développée au fil des ans. Dès qu'il y a eu des automobiles vendues mais non remboursées, Doug Munro demandait à Peter quand elles avaient été vendues et Peter lui disait qu'elles avaient été vendues environ trois semaines ou un mois auparavant. Doug ajoutait alors que ce renseignement ne pouvait être révélé à Toronto.

28. Compte tenu des négociations que j'ai eues avec HSBC au fil des ans, je sais et je crois que, dans le cadre du processus de vérification de la HSBC, le vérificateur était tenu de procéder à la vérification de l'immatriculation pour un certain pourcentage de véhicules à moteur (soit 10 p. 100, je crois) qui faisaient encore partie des stocks financés, mais qu'il n'avait pas vus. À maintes reprises au fil des ans, après avoir procédé à une vérification, Doug Munro, qui avait été notre directeur de comptes pendant plus de 20 ans, a appelé pour dire qu'il avait procédé à pareille vérification et découvert que les plaques d'immatriculation d'un certain nombre de ces véhicules, que ce soit deux, quatre ou six véhicules, avaient été transférées. Ce renseignement indique quand le véhicule a été vendu, à savoir normalement un mois environ avant la vérification. Doug me disait que s'il signait la vérification avec ces deux ou quatre ou six véhicules impayés, Toronto exigerait une recherche pour tous les véhicules. Il ajoutait alors que [TRADUCTION] « ce n'est pas ce que je veux et ce n'est pas ce que tu veux » et que, si les véhicules étaient remboursés immédiatement, il indiquerait qu'ils étaient payés au moment de la vérification. Je me conformais à toutes ces demandes.
29. Tel qu'il a été mentionné précédemment, par moments, nous louions des véhicules qui faisaient encore partie des stocks de nouveaux véhicules financés, en raison principalement du fait que Elm City Leasing Ltd. ne disposait pas d'une marge de crédit suffisante pour acheter les véhicules. Lorsque nous étions avisés à l'avance que la HSBC allait procéder à une vérification dans les deux ou trois jours suivants, nous tentions de ramener tous ces véhicules qui se trouvaient à l'entreprise de location afin qu'ils soient présents chez le concessionnaire au moment de la vérification. Il y a plusieurs années, nous enlevions les plaques d'immatriculation et nettoyions les véhicules pour faire en sorte qu'ils n'aient pas l'air d'avoir été loués pendant le dernier mois ou à peu près. Cependant, je me souviens qu'une fois, Doug Munro m'a dit : [TRADUCTION] « N'enlevez pas

les plaques. Je sais qu'ils sont loués. Je peux voir l'autocollant d'inspection de véhicule à moteur. Il faut juste que je sois en mesure de dire que je les ai vus sur les lieux ». Il a peut-être employé d'autres mots, mais c'est ce qu'il voulait dire.

(C'est moi qui souligne.)

[16] Peter Kennedy, fils de Michael Kennedy, était le directeur commercial d'Elm City. Doug Munro était premier directeur, Services financiers aux entreprises, à la succursale de Fredericton de HSBC. Lui et Judy Wood, qui occupait à la succursale de Fredericton le poste de directrice de comptes, Services financiers aux entreprises, se sont chargés, le 12 janvier 2004, de la dernière vérification du stock de véhicules d'Elm City à laquelle HSBC a procédé. M<sup>me</sup> Wood participait depuis cinq ans environ aux vérifications menées chez cette cliente. À propos de la dernière vérification, elle a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « [Peter Kennedy] n'a pas été en mesure de me donner de date de vente précise pour vingt et un véhicules qu'il avait inscrits comme unités vendues ». Peter Kennedy et Doug Munro n'ont pas déposé d'affidavit.

[17] Darrin Lee était le vice-président adjoint et le directeur de la succursale de Fredericton de HSBC. Dans son affidavit, M. Lee déclare avoir rencontré Doug Munro le 13 janvier 2004, par suite de la vérification du stock d'Elm City menée le 12. Étant donné qu'une soixantaine de véhicules étaient introuvables et [TRADUCTION] « que HSBC n'avait pas reçu paiement pour vingt et un véhicules inscrits comme unités vendues, [M. Lee] a fait procéder à des recherches au Réseau d'enregistrement des biens personnels pour tenter de déterminer à quel moment les véhicules avaient été réellement vendus. » Les recherches ont révélé qu'un certain nombre de véhicules avaient été vendus beaucoup plus tôt que ne l'avait indiqué Elm City : [TRADUCTION] « [C]ertains avaient été vendus dès juillet et août 2003. » MM. Lee et Munro ont rencontré M. Kennedy le 15 janvier 2004 pour lui faire part du résultat des recherches. Dans son affidavit, M. Lee rend compte de la réaction de M. Kennedy : [TRADUCTION] « Pour toute explication des écarts, il s'est contenté de dire que ses affaires allaient “mal depuis quelque temps” et qu'il tâchait de “tenir la banque à distance”. »

[18] Le 16 janvier 2004, HSBC a chargé PricewaterhouseCoopers Inc. d'une nouvelle vérification du parc de véhicules d'Elm City. PricewaterhouseCoopers a été nommée séquestre le 20 janvier 2004, puis syndique de la faillite. Elle a aussi produit le rapport cité au par. 3.

[19] Dans leurs affidavits respectifs, M<sup>me</sup> Wood et M. Lee ont déclaré que jamais, avant la vérification du 12 janvier 2004 et les recherches ultérieures au Réseau d'enregistrement des biens personnels, ils n'avaient eu connaissance de l'absence de véhicules et des manœuvres de présentation inexacte du stock. Chacun d'eux a indiqué qu'il n'aurait pas permis que se perpétue cet état de choses s'il en avait eu connaissance : [TRADUCTION] « Ni moi ni HSBC ne l'aurions accepté ou toléré pour quelque raison que ce soit ».

[20] M. Kennedy n'a présenté aucun élément de preuve qui aurait indiqué que HSBC, M. Munro mis à part, avait reçu avis ou avait connaissance, avant le 13 janvier 2004, des assertions inexactes d'Elm City. Et dans l'hypothèse où M. Munro aurait eu connaissance ou avis de ces assertions inexactes, et non des seuls remboursements en souffrance, cette connaissance ne pourrait être attribuée à HSBC.

[21] Dans *Irving Oil Limited c. S & S Realty Ltd.*, notre Cour a procédé à un examen approfondi du droit applicable à la détermination du [TRADUCTION] « moment auquel un avis donné à un mandataire ou la connaissance que possède ce dernier peuvent être imputés à son mandant ». La règle générale veut que, lorsqu'un mandataire employé (un employé) reçoit avis ou prend connaissance de faits pertinents dans le cadre de cet emploi, l'avis reçu ou la connaissance acquise soient constitutifs d'avis au mandant ou de connaissance du mandant. La règle générale connaît cependant des exceptions, dont deux sont particulièrement pertinentes en l'espèce et interviennent : (1) lorsque le mandataire prend part à une fraude ou à une malversation au préjudice du mandant; (2) lorsqu'un tiers sait, de fait, que le mandataire ne communiquera pas au mandant la connaissance ou l'information qu'il a acquise; un tiers [TRADUCTION] « ne peut profiter d'un abus de confiance connu ».

[22] M. Kennedy est celui qui a impliqué M. Munro, en tant que son complice, dans les manœuvres de dissimulation à HSBC de l'état du stock de véhicules d'Elm City. M. Kennedy a affirmé que, lorsqu'il se livrait aux agissements auxquels il dit s'être livré, M. Munro [TRADUCTION] « n'informait pas Toronto ». Toute omission de M. Munro de faire rapport à HSBC était une malversation au préjudice de son mandat. De plus, M. Kennedy a admis qu'il savait, de fait, que M. Munro ne communiquerait pas à HSBC la connaissance et l'information qu'il avait acquise relativement aux activités d'Elm City. M. Kennedy a donc tenté de profiter de l'abus de confiance connu de M. Munro, seul employé de HSBC qui, dit-il, avait connaissance de ses agissements. HSBC n'avait donc, ni avis, ni connaissance, de l'information et de la connaissance que M. Munro n'avait pas transmises.

[23] En conséquence, la juge saisie de la motion a eu raison d'appliquer l'arrêt *Irving Oil Limited c. S & S Realty Ltd.* et d'invoquer ce précédent pour conclure que la connaissance qu'avait M. Munro ne pouvait être attribuée à HSBC.

[24] Je suis d'avis de rejeter la motion de M. Kennedy en présentation de preuve complémentaire pour les motifs suivants :

- 1) il était possible d'obtenir la preuve pour ensuite l'utiliser lors de l'audition de la motion;
- 2) la preuve, si elle était admise, n'aurait pas une influence importante sur l'issue de l'instance, parce qu'aucun des documents ne traite précisément des manœuvres de présentation inexacte du stock de véhicules;
- 3) de ce fait, admettre la preuve en question n'avancerait à rien.

I. Dispositif

[25] En conséquence, je suis convaincu que la juge saisie de la motion n'a pas commis d'erreur justifiant d'infirmier sa décision lorsqu'elle a rendu jugement sommaire contre M. Kennedy pour le motif que sa défense était dépourvue de fondement. HSBC a prouvé sa demande de façon irréfutable. Je suis d'avis, donc, de débouter l'appelant et de le condamner à des dépens de 3 000 \$.