

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

148-11-CA

CINDY LIZOTTE

(Applicant)

APPELLANT

- and -

DARIE ARSENEAULT, KURT BIRD,
PATRICIA LEBLANC, 051536 N.B. LTD.,
ELMWOOD VETERINARY HOSPITAL LTD.
and KIM MAILLET

(Respondents)

RESPONDENTS

Lizotte v. Arseneault, Bird, LeBlanc et al.,
2012 NBCA 89

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
September 28, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
2010 NBCA 18

Court of Queen's Bench:
2009 NBQB 69

Appeal heard:
June 21, 2012

Judgment rendered:
October 18, 2012

CINDY LIZOTTE

(Requérante)

APPELANTE

- et -

DARIE ARSENEAULT, KURT BIRD, PATRICIA
LEBLANC, 051536 N.B. LTD., HÔPITAL
VÉTÉRINAIRE ELMWOOD LTÉE et KIM
MAILLET

(Intimés)

INTIMÉS

Lizotte c. Arseneault, Bird, LeBlanc et autres,
2012 NBCA 89

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 28 septembre 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
2010 NBCA 18

Cour du Banc de la Reine
2009 NBBR 69

Appel entendu :
Le 21 juin 2012

Jugement rendu :
Le 18 octobre 2012

Counsel at hearing:

For the appellant:
G. Robert Basque, Q.C.

For the respondents:
Edwin G. Ehrhardt, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed in part. The appellant is entitled to the order sought under s. 166(2) of the *Business Corporations Act*. No costs are awarded on either the application or appeal.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
G. Robert Basque, c.r.

Pour les intimés :
Edwin G. Ehrhardt, c.r.

LA COUR

Accueille l'appel en partie. L'appelante a droit à l'ordonnance sollicitée en vertu du par. 166(2) de la *Loi sur les corporations commerciales*. Aucuns dépens ne sont attribués à la fois pour ce qui concerne la requête et l'appel.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] The appellant, Dr. Lizotte, and the respondents, Dr. Arseneault and Dr. Maillet, operate a veterinary practice in the City of Moncton under the corporate name Elmwood Veterinary Hospital Ltd., also a respondent in these proceedings. The respondents, Kurt Bird and Patricia LeBlanc, are veterinary technicians employed by Elmwood and, at one point, minority shareholders. At all relevant times, Dr. Lizotte has been a minority shareholder and Dr. Arseneault the majority shareholder. This remains true even if one were to ignore the shares issued to the respondent numbered company which Dr. Arseneault controls. Pursuant to the provisions of a unanimous shareholders agreement, all Elmwood shareholders are voted directors of that company.

[2] Since 2007, the parties have been litigating their differences with respect to the interpretation of the unanimous shareholders agreement and yet the veterinary practice remains intact. It all started with Dr. Lizotte's purchase of seven shares from a veterinarian (Dr. Beaulieu) who no longer works in the practice. The sale price was \$68,000. The present appeal is but one of several adjudicative proceedings that have been pursued over the years, including a private arbitration which had set aside the sale as being in contravention of the agreement. The arbitration proceedings were followed by the respondent shareholders' attempt to force Dr. Lizotte to relinquish her shares and remove her as a director, on the ground she was now in default under the agreement. Dr. Lizotte obtained a court order declaring otherwise. That order was subsequently affirmed on appeal to this Court. At about the same time, the majority shareholders/directors adopted a resolution calling for the issuance of shares to Dr. Maillet, a veterinarian who had joined the practice. It was also resolved that Elmwood would reimburse the respondent shareholders for the legal fees and disbursements incurred in the litigation surrounding the "default" proceedings. This in turn led Dr. Lizotte to file a Notice of

Application seeking various forms of relief. The application was dismissed, in its entirety, with costs of \$1,800.

[3] This appeal involves only two of the four issues that were placed before the application judge. The first is whether he erred in refusing to declare the purported share issuance to Dr. Maillet invalid. The second is whether the application judge erred in refusing to order the respondent shareholders to reimburse Elmwood for the legal costs surrounding the default proceedings. This claim for relief was anchored to the “oppression remedy” outlined in s. 166(2) of the *Business Corporations Act*, S.N.B. 1981, c. B-9.1. Specifically that provision authorizes the court to grant relief to a shareholder in circumstances where the business of the corporation or the powers of its directors have been exercised in manner that is oppressive, unfairly prejudicial or unfairly disregards the interests of that shareholder.

[4] We conclude the application judge did not err in refusing to grant the declaratory order sought in regard to the purported share issuance to Dr. Maillet. However, we find error in the refusal to grant Dr. Lizotte the relief sought under s. 166(2) of the *Business Corporations Act*. The analytical framework which the Supreme Court prescribed in *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, requires a finding of a breach of a reasonable expectation held by the claimant and a finding the impugned conduct was either oppressive, unfairly prejudicial or unfairly disregarded the interests of the claimant. We conclude the minority shareholder, Dr. Lizotte, held the reasonable expectation the majority would not exercise their dominant position by having the corporation pay only the majority’s legal expenses surrounding the default proceedings. As this expectation was breached the only question is whether the impugned conduct falls within one of the descriptive phrases outlined in s. 166(2). The application judge provided a negative response, apparently on the basis Dr. Lizotte had engaged in bad faith conduct while the respondent shareholders had acted reasonably or in good faith. In our respectful view, the finding of bad faith on the part of Dr. Lizotte is infused with palpable and overriding error and, as a matter of law, the finding of good faith on the part of the respondent shareholders is not sufficient to oust the application of

the oppression remedy. Ultimately, we conclude Dr. Lizotte was unfairly prejudiced and, therefore, is entitled to the order sought under s. 166(2).

[5] We acknowledge these reasons for decision flow from what can best be described as a *de novo* hearing before this Court. Citing “workload” exigencies, the application judge expressly declined the opportunity to provide a “structured analysis”. Instead, he sheltered behind the mistaken belief that his judicial obligation to provide sufficient reasons could be cured by delivering oral reasons, six weeks after the application hearing. This deviation from conventional judgment writing is addressed below.

II. Background

[6] The Elmwood Veterinary Hospital Ltd. was incorporated in 1980. In 1992, Dr. Darie Arseneault acquired one-third of the shares in the corporation. In 2003, the then majority shareholder retired and a series of share transactions took place which resulted in the following holdings:

| | |
|----------------------|-----------|
| Dr. Darie Arseneault | 20 shares |
| 051536 N.B. Ltd. | 20 shares |
| Dr. Suzanne Beaulieu | 7 shares |
| Dr. Cindy Lizotte | 7 shares |
| Kurt Bird | 3 shares |
| Patricia LeBlanc | 3 shares |

The numbered company is controlled by Dr. Arseneault, solidifying her position as the majority shareholder. At the time the above share structure was established, the shareholders and Elmwood entered into a unanimous shareholders agreement. The year was 2003.

[7] Dr. Beaulieu, who is not a party to these proceedings, made the decision that she would be leaving the Elmwood practice. She accepted a position with the federal Government as of May 22, 2007, but continued to work in the practice on evenings and

weekends. In June of 2007, Dr. Beaulieu agreed to sell her seven shares to Dr. Lizotte for \$68,000. Prior to finalizing that transaction, both vendor and purchaser obtained legal advice which led them to believe the transaction would be valid under the terms of the unanimous shareholders agreement. Parenthetically, this statement of fact remains contentious. The respondents Arseneault, 051536 N.B. Ltd., Bird and LeBlanc challenged the transaction, alleging Dr. Beaulieu's shares should have been offered to all the shareholders, and not just Dr. Lizotte. Within this time frame, Dr. Lizotte approached her profession's governing body, the New Brunswick Veterinary Medical Association, and requested the Association enforce one of its by-laws. The by-law in question prohibited non-veterinarians from holding shares in veterinary professional corporations. The result of enforcement would mean the respondents Bird and LeBlanc, veterinary technicians and long-standing employees of Elmwood, would no longer be entitled to hold shares in Elmwood.

[8] The dispute over the share transfer from Dr. Beaulieu to Dr. Lizotte proceeded to arbitration. In a decision dated December 23, 2008, the arbitrator agreed with the respondents and ordered the share transfer be set aside. In his reasons, the arbitrator observed that neither of the two veterinarians had acted in good faith. Based on this decision, the respondents Arseneault, 051536 N.B. Ltd., Bird and LeBlanc took the position the appellant was in default of the unanimous shareholders agreement, and in January 2009, initiated steps, under the terms of that agreement, to purchase Dr. Lizotte's shares in Elmwood and, consequently, to remove her as a director.

[9] Dr. Lizotte filed a Notice of Application with the Court of Queen's Bench on February 24, 2009, seeking a determination she was not in default under the unanimous shareholders agreement. The shareholders and directors of Elmwood met on February 27, 2009, to consider how best to respond to the Application. At that meeting, it was resolved that Elmwood would pay the respondents' legal fees incurred in defending the Application. In a decision dated March 26, 2009, the application judge ruled in favour of Dr. Lizotte by holding that she was not in default under the agreement. Therefore, the application judge did not have to deal with the issue of whether Dr. Lizotte

was compelled to dispose of her shares (2009 NBQB 69). The application judge's decision was upheld on the appeal to this Court: *Arseneault, Bird, LeBlanc and 051536 N.B. Ltd. v. Lizotte*, 2010 NBCA 18, 356 N.B.R. (2d) 332.

[10] Subsequent to the Court of Appeal decision, Dr. Beaulieu's shares were divided on a *pro rata* basis between Dr. Lizotte, Dr. Arseneault, and Dr. Arseneault's numbered company. The shares held by the respondents Bird and LeBlanc were surrendered, as required by the NBVMA's by-laws. The respective share holdings in Elmwood are as follows:

| | |
|----------------------|---------------|
| Dr. Darie Arseneault | 22.975 shares |
| 051536 N.B. Ltd. | 22.975 shares |
| Dr. Cindy Lizotte | 8.05 shares |

[11] On August 14, 2010, Dr. Arseneault issued a notice of shareholder's/directors' meeting. The meeting was held on September 8, 2010. During that meeting it was resolved to issue shares to Dr. Maillet. No resolution was passed to issue shares to Dr. Lizotte, thereby preserving her relative percentage of shares in Elmwood. Dr. Lizotte would later assert a pre-emptive right to such under the *Business Corporations Act* and the unanimous shareholders agreement.

[12] On February 8, 2011, Dr. Lizotte filed a Notice of Application in which she sought the following relief: (1) the respondents reimburse Elmwood for legal fees paid by Elmwood on their behalf in regard to the litigation surrounding the issue of Dr. Lizotte's "default"; (2) Elmwood be prohibited from issuing shares to the respondent, Dr. Maillet; (3) a declaration that Dr. Lizotte has been a director of Elmwood since 2003; and (4) a declaration Dr. Maillet is not a director of Elmwood.

III. The Application Judge's Oral Decision

[13] The underlying application was heard over a period of nine hours on August 9, 2011. Approximately six weeks later, on September 28, 2011, counsel for the

respective parties were summoned to court for the rendering of what has been labelled an “oral decision”. The so-called reasons were delivered from the Bench, recorded and subsequently transcribed. The application was dismissed in its entirety with costs of \$1,800. The application judge began his reasons with an admission that he was unable to find the time to write a “well-structured decision” that could have been filed in the same manner as a written decision. Citing his inability to “keep up with the workload” and the need to produce timely judgments for the parties, the application judge concluded that what was important was that he be “comfortable” with his conclusions. While the transcript of the September 28 proceeding covers 35 pages, it does not reveal a conventional legal analysis, but one infused with observations or findings that arguably informed the application judge’s decision to dismiss the application in its entirety.

[14] Aside from the matter of costs, only two of the four issues raised before the application judge are pursued on this appeal. They were dealt with by the application judge as follows. With respect to the relief sought under the *Business Corporations Act*, the application judge stated that he: “...prefers and accepts the argument and the law as they are found from Paragraph 1 to 3, 5, 7 to 22, 24 to 28 and 30 of the Respondents’ Brief”. With respect to the validity of the share issuance to Dr. Maillet, the application judge ruled in favour of the respondents by accepting: “...the argument and the law and principles as found from paragraph 32 to 43 of the respondent’s Brief, and accordingly prefers these arguments over those found between Paragraph 34 to 46 in the Applicant’s Brief.” To exacerbate matters, the application judge failed to read aloud the paragraphs cited from the respective pre-hearing briefs. Not knowing whether this Court had access to the submissions, counsel for the respondents prepared a submission on appeal that contains the relevant paragraphs in an effort to clarify what had been argued and accepted below.

[15] Bluntly stated, the adumbrated approach to judgment writing which the application judge applied is not an acceptable model for judicial decision making. Factually, this is not a difficult case. The entire application record is in written form, there being no cross-examination on the affidavits. The parties expected the application

judge would have clearly set out the positions of the two parties, cited the appropriate jurisprudence, made any necessary findings of fact, drawn any necessary inferences and applied these findings in arriving at a determination on each issue. In that regard, see *The Minister of Social Development v. G.B., F.H. and R.O.*, 2012 NBCA 62, [2012] N.B.J. No. 263 (QL) where it was held that the reasons in that case to support the decision were “grossly lacking any type of coherent analysis” (para. 32). Equally disquieting is the unstated premise that the application judge was delivering an oral decision within the meaning of Rule 60.02(1) of the *Rules of Court* and, therefore, not subject to the same minimum standards of judgment articulation expected of the conventional “written” decision.

[16] No one would quibble with the general proposition that a structured or analytical approach to judgment writing is required irrespective of whether the decision is delivered orally from the Bench or filed as formal reasons for decision. Moreover, there is a judicial obligation to provide sufficient reasons based on the following policy rationales: (1) reasons ensure that judges turn their minds to complex issues and consider relevant points (“fair and accurate decision making”); (2) reasons allow the parties to understand why the dispute was decided in particular way and, correlatively, whether an appeal is warranted; (3) reasons not only ensure that justice is done, but that the parties and the general public are made to see that justice has been done (public accountability and societal confidence in the judicial system); and (4) reasons are essential to a legal system that relies on earlier precedents when applying, interpreting or developing the law. Of course, those policy objectives remain valid irrespective of whether the decision falls within the “oral” or “written” category (see generally: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paras. 98-99; *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665, [1976] S.C.J. No. 90 (QL); discussed fully in *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. R.E.M.* 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *Baker v. Canada (Minister of Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, [1999] S.C.J. No. 39 (QL); *R. v. S.S.*, 2011 NBCA 75, 376 N.B.R. (2d) 146; *Blanchard v. Légère*, 2009 NBCA 2, 339 N.B.R. (2d) 357; *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100; and *Chapelstone Developments Inc. v.*

Canada, 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, leave to appeal refused, [2005] S.C.C.A. No. 38 (QL)).

[17] In its purest form, the oral decision is delivered at the conclusion of a hearing or trial or as soon as practicable thereafter (see Rule 60.02(1) and compare with Rule 60.02(2) of the *Rules of Court*). More often than not the oral decision is delivered in circumstances where the case is factually driven and the case is of little or no precedential significance (e.g. “best interests of the child”). The irony is that most oral decisions are read aloud in open court from a prepared text that usually lacks the level of sophistication or detail expected of a reserved decision. However, regardless of the method chosen for delivering the reasons for decision, it is assumed those reasons will allow for meaningful appellate review. Context, however, is always important. For example, less is expected when it comes to rendering motion decisions as the record itself may provide a sufficient context to explain why the motion judge decided accordingly. This view is supported by Rule 60.01(1)(a) which contemplates simple “endorsements”. But certainly in cases brought by Notice of Application under Rule 16 of the *Rules of Court*, there is a general expectation that the reasons for decision will address questions of law and mixed fact and law and, therefore, the application judge will offer an analysis that provides a cogent response to issues intelligently raised. Otherwise, the Court of Appeal simply becomes the *de facto* court of first instance, as happened here.

[18] Above all, the judicial obligation to provide sufficient and structured reasons cannot be avoided by sheltering behind the option of delivering an oral decision, well after the closing of arguments, in the expectation the transcript of those reasons will be provided only to the parties and, therefore, not subject to public scrutiny as is true of reserved decisions which are and must be distributed to all interested publishers. Public accountability and societal confidence in the judicial system are the objectives underscoring the general public’s right of access. This is not to suggest that oral decisions in New Brunswick never make it to the public arena. Without exception all decisions of the Court of Appeal are available for publication in both official languages and there are judges of the Court of Queen’s Bench who regularly edit, reformat and file oral decisions

for publication in the conventional forum, when the decision is perceived to be of precedential significance or public importance.

[19] Parenthetically, we do not wish these reasons to be read as ignoring the daily workload judges in this Province must balance. Correlatively, however, the obligations to provide timely and appropriate reasons for decision are paramount realities. Sections 7.2, 12.01(1) and (2)(b) of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, speak of the need to provide timely judgments (six months) and of the responsibility of the Chief Justice of the Court of Queen’s Bench to ensure that obligation is honoured. It is trite to note that if the workload of any judge exceeds the boundaries of reasonableness the matter must be addressed internally, lest the obligation to provide sufficient reasons for decision be forgotten.

IV. Analysis

A. *Payment of Legal Fees and the Oppression Remedy*

[20] Of the two issues raised on this appeal, the one that is truly problematic pertains to the relief sought under s. 166(2) of the *Business Corporations Act*. As stated at the outset, that provision authorizes the court to grant relief to a shareholder in circumstances where the business of the corporation or the powers of its directors have been exercised in manner that is oppressive, unfairly prejudicial or unfairly disregards the interests of the shareholder. The application judge rejected Dr. Lizotte’s argument that the decision of Elmwood to pay the legal fees of the respondent shareholders, incurred as a result of earlier legal proceedings, in which Dr. Lizotte was the successful party, falls within the ambit of that provision. Of course, s. 166(2) is by no means unique. For example, s. 241 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, reads substantively the same. This takes us to the lead decision of the Supreme Court and the analytical framework outlined in that case: *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*. That framework is conveniently summarized in this Court’s decision *Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, 372 N.B.R. (2d) 1 (hereinafter “*Spielo*”). For purposes of deciding this appeal, it is sufficient to reproduce

the summary which this Court prepared in *Spielo* in regard to the Supreme Court precedent:

Section 241(2) of the *Canada Business Corporations Act* provides that a court may grant appropriate relief in circumstances where a shareholder or corporate officer can establish that the corporation engaged in conduct that was “oppressive”, “unfairly prejudicial” or that “unfairly disregarded” the interests of the applicant. The matter complained of must fall within one of three categories: (1) an act or omission of the corporation; (2) the business of the corporation; or (3) the exercise of power by the corporation’s directors. The lead decision is from the Supreme Court of Canada: *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560. In that case, the Supreme Court outlined an analytical framework prefaced with the following observations: (1) oppression is an equitable remedy that seeks to ensure fairness and, therefore, courts should look at business realities, not merely narrow legalities; and (2) like many equitable remedies, oppression is fact-specific. The Supreme Court goes on to explain that the conduct complained of is the conduct of the corporation or its directors who may make decisions in a way that unfairly maximizes a particular group’s interest at the expense of other stakeholders. However, the Supreme Court goes on to acknowledge that the conduct of other actors, such as shareholders, may support a claim for oppression.

The Supreme Court’s analytical framework is two-pronged. The court must first ascertain the reasonable expectations of the stakeholders. The concept of reasonable expectations is objective and contextual. The actual expectation of a particular stakeholder is not conclusive. The question is whether the expectation is reasonable having regard to the facts, the relationships at issue, and the entire context of the case, in light of conflicting claims and expectations. From the existing jurisprudence, the Supreme Court was able to identify several useful factors in determining whether a reasonable expectation exists: general commercial practice, the nature of the corporation, the relationship between the parties; past practice; steps the claimant could have taken to protect itself; representations and agreements; and the fair resolution of conflicting interests between corporate shareholders. The second prong of the analytical

framework requires the court to decide whether the reasonable expectation was violated by conduct falling within the meaning of the terms oppression, unfair prejudice or unfair disregard of a relevant interest. In brief, the claimant must show that the failure to meet a reasonable expectation involved unfair conduct and prejudicial consequences. [paras. 41-42]

[21] In brief, the Supreme Court outlined a two-pronged analytical framework. The court must first ascertain the reasonable expectations of the stakeholders and, second, the court must decide whether that reasonable expectation was breached by conduct that was either: (1) oppressive; (2) unfairly prejudicial; or (3) unfairly disregarded the interests of a stakeholder such as a shareholder. It is important to emphasize the obvious. The three descriptive phrases used in the legislation import the understanding that different meanings must be attributed to each. In other words, conduct that falls short of “oppression” may still fall within the ambit of the other categories. This general understanding goes back to the 1980s and is still valid today: see Stanley M. Beck, “Minority Shareholders’ Rights in the 1980s”, (1982) L.S.U.C. 311 and Dennis H. Peterson & Matthew J. Cumming, *Shareholder Remedies in Canada*, 2d ed., looseleaf (Markham, Ont.: LexisNexis, 2009), at 17.56, *et seq.*

[22] In *Spielo*, the plea of oppression and the relief sought under s. 241 of the *Canada Business Corporations Act* was raised in circumstances where the corporation was accused of “opportunistic behaviour” or, alternatively expressed, having acted in “bad faith” in relying on a contractual right set out in a contract. A brief recitation of the essential facts of that case bears upon its precedential significance. All employees of Spielo who acquired shares in that corporation because of their employment entered into a contract whereby they agreed to reconvey their shares to Spielo in the event of their dismissal, with or without cause, at a price determined according to the formula outlined in the contract. Eventually, two employees were dismissed without cause and compensated for the employer’s failure to give proper notice. They were also compensated for their shares. One employee received \$250,000 for shares costing \$44,117. The other received \$83,000 for shares costing \$6,500. However, twelve months

after their dismissal Spielo was sold at a price that had the two employees remained shareholders they would have collectively received an additional \$5 million.

[23] The two former employees sued claiming relief from oppression, under the federal legislation, arguing their dismissals were motivated by Spielo's desire to acquire their shares at the lower contract price. Spielo responded that it had a contractual right to reacquire the shares at the formula price and, therefore, the employees could not claim that they had been oppressed or unfairly treated. The employer simply did what it was entitled to do under the relevant contracts. This Court was prepared to accept that the employees, in their capacity as shareholders, held the reasonable expectation they would not be forced to reconvey their shares, through the insidious exercise of the employer's contractual right to terminate their employment, with or without cause, for the singular purpose of reaping the realizable profit from the forced redemption of the shares. However, on the facts, there was no evidence to support the employees' contention they were dismissed for the purpose of Spielo reacquiring their shares at the lower contract price. Specifically, there was no evidence of a pending sale of Spielo to a third party at the time of their dismissal. According to the trial judge, their employment was terminated because of performance issues. It followed that Spielo could not be held accountable for having engaged in oppressive conduct. That being so, Spielo's right to reacquire the shares according to the underlying contract could not be regarded as "unfairly prejudicial" or having "unfairly disregarded" the interests of the two former employees.

[24] In *Spielo*, this Court also examined the relationship between the concept of oppression under the legislation and the good faith doctrine as it has developed under the law of contract. As the good faith/bad faith dichotomy factors into this appeal, it is worth restating what was decided in *Spielo*. In part, the oppression remedy available under provincial and federal legislation was a legislative response to the failure of the common law to develop principles that would effectively regulate unacceptable commercial behaviour within the corporate world. The common law was generally limited to addressing problems through the application of contractual principles of interpretation and to examine the exercise of contractual power in terms of isolating the intention of the

parties. A further development was the modern doctrine of good faith performance which focused on the presumed expectations of the parties. Regrettably, the good faith performance doctrine remains in a state of gestation as the case law has been unable to settle on a meaningful and practical working definition of bad faith. This is why the oppression remedy remains attractive to shareholders. However, *Spielo* did hold at para. 56: “If an employer terminates an employee for reasons not tied to a valid corporate objective (e.g., employee effectiveness) but rather for the purpose of acquiring and realizing the fair market value shares that were issued as an incentive to ensure employee loyalty and productivity, surely the employer is guilty of bad faith when it comes to insisting on the contractual right to reacquire the shares without offering proper compensation.” The Court went on to describe such a scenario as “opportunistic behaviour”. Bad faith and oppression were also defined in terms of those majority shareholders who act out a sense of “vindictiveness” or for purposes of “retribution” toward a minority shareholder (often a family member). In *BCE*, the Supreme Court spoke of oppressive conduct as “burdensome, harsh and wrongful”, a “visible departure from standards of fair dealing” and an “abuse of power”.

[25] While a finding of bad faith on the part of the alleged oppressor falls within the meaning of the word “oppression”, it bears repeating that such a finding is not a condition precedent to a claim for relief under the oppression provisions of either the federal or provincial legislation. The impugned conduct may still be found to be unfairly prejudicial or to have unfairly disregarded the interests of a shareholder or other stakeholder, even though the alleged oppressor acted in good faith: *Brant Investments Ltd. v. KeepRite Inc.*, [1991] O.J. No. 683 (C.A.) (QL).

[26] Returning to the analytical framework established in *BCE*, our first task is to apply an objective standard when identifying the reasonable expectation held by the applicant, Dr. Lizotte. In that regard, the Supreme Court identified several factors that may assist a court. Those factors are identified in the above quoted passages from *Spielo*. In the present case, only two appear to be of assistance: “general commercial practice” and “the fair resolution of conflicting interests between corporate stakeholders”. While

there is no evidence of general commercial practice, we assume commercial practice will also reflect and conform to any judicial pronouncements on the subject. Hence, we look to the jurisprudence involving a challenge to a corporate decision to pay the costs of one or more parties to a shareholder dispute. Although the decisions discussed below predate *BCE*, they remain relevant because the reasonable expectations component of the analytical framework adopted by the Supreme Court is but a reflection of the earlier jurisprudence: see *820099 Ontario Inc. v. Harold E. Ballard Ltd.*, [1991] O.J. No. 266 (Ont. Gen. Div.) (QL), Farley J., quoted in *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.*, [1993] O.J. No. 1756 (Ont. Gen. Div.) (QL), appeal allowed in part, on another point, [1994] O.J. No. 1811 (QL).

[27] *Discovery Enterprises Inc. v. Ebco Industries Ltd.*, 2002 BCSC 1236, [2002] B.C.J. No. 1957 (QL) was a case in which Ebco Industries had become “deadlocked” due to a dispute between two brothers who shared equal voting control of the company. The brothers decided to submit their dispute to arbitration and Ebco subsequently reimbursed the brothers with respect to the arbitration costs. The action against the other brother was apparently settled. Discovery Enterprises, a shareholder, filed a petition to commence a derivative action in the name of and on behalf of Ebco in respect of its alleged wrongful payment of the arbitration costs (\$2 million). In comprehensive reasons, Pitfield J. concluded it was not improper for Ebco to pay the arbitration costs as that procedure was the “reasonable means chosen to avoid the wind-up of Echo in the face of a deadlock between the brothers who shared voting control of the company”.

[28] It has not escaped our attention that in their pre-hearing brief submitted to the application judge, the respondents argued that Elmwood’s payment of legal fees relating to the “default” proceedings constituted a diversion of profits and, therefore, such allegations are derivative actions requiring leave of the court which was not sought. There are two immediate flaws in that submission. First, at no time was Elmwood Veterinary Hospital Ltd. a party to the litigation surrounding the issue of whether Dr. Lizotte was in default under the unanimous shareholders agreement. Contrary to what is

contained in the respondents' pre-hearing brief and what was argued in this Court, Elmwood was never called on to "defend" actions which it had taken under the agreement. Furthermore, Elmwood was not a party to the arbitration proceedings. Second, the following jurisprudence would support the counterargument that the oppression remedy is not ousted by the right of a shareholder to pursue a derivative action, or, in other words, the two remedies are not mutually exclusive.

[29] In *Gibbons v. Medical Carriers Ltd.*, 2001 MBQB 310, [2001] M.J. No. 512 (QL), the court was faced with an earlier court decision in which it was found the majority shareholders had acted without regard for the legitimate interests of the minority. The corporation had paid the legal fees for the majority's defence of the action. Relying on two earlier precedents, the application judge ordered the majority to reimburse the corporation for the legal fees on the ground the payment to the majority was "inequitable". The first of the two precedents is the decision of Blair J. (now of the Court of Appeal) in *Nanef v. Con-Crete Holdings Ltd.* In that case there was an inter-shareholder dispute between family members in which the corporation was an added and necessary party. It was held the unsuccessful litigants should bear the costs of the oppression proceedings and that any amounts the corporation had already paid in regard to legal fees and disbursements of the unsuccessful shareholders, properly belonged, in the circumstances of the case, to the corporation. The fact the corporation was a party to the proceeding did not impact on this determination as the corporation was merely the instrument through which the successful party sought to exclude a family member from the corporate relationship. The other precedent relied on in *Gibbons* was *Safarik v. Ocean Fisheries Ltd.*, [1996] B.C.J. No. 76 (C.A.) (QL). In *obiter dicta*, it was held that: "The expenditure of company funds to defend proceedings such as this has the ironic result that a petitioning shareholder is, in effect, paying part of the legal bills of his adversary, which does not seem quite right when the petitioner ultimately obtains a remedy" (para. 44). In other words, the court found it ironic that the corporation would pay for the legal fees and disbursements of the losing shareholder.

[30] Broadly formulated, it could be declared that all shareholders hold the reasonable expectation that the corporation will remain neutral in any dispute between two or more shareholders with respect to the proper interpretation of a unanimous shareholders agreement. Accordingly, it would be reasonable to expect that the corporation would refrain from reimbursing any party with respect to legal fees and disbursements incurred in resolving that dispute. Alternatively, if the corporation were to reimburse one party it would be expected to reimburse all, subject to one caveat. A corporation that pays the legal costs of both shareholders to a shareholder dispute is immune from challenge by other shareholders if the expenditure can be defended on the ground it was in the corporation's best interests to have the underlying dispute resolved in an efficient and timely manner (*e.g.*, arbitration). However, the facts of the present case do not fall within this framework. Had Elmwood paid the costs of both sides to the underlying litigation, it is highly improbable the parties would have pursued the present litigation. In that regard, it has not escaped our attention that Dr. Lizotte did not seek an order for relief in which Elmwood would reimburse her for the legal fees and disbursements she had paid out. In our view, that omission should not impact on the outcome of this case. The underlying assumption that neither shareholder should be reimbursed is just as reasonable as the assumption that if you reimburse one you should reimburse the other.

[31] The reasonable expectation can be narrowly framed if regard is given to other salient facts. Here we have the majority shareholder of a closely held corporation that, together with two other minority shareholders, represent the majority of the corporation's directors. Taking these additional facts into consideration, it could have been argued that Dr. Lizotte held the reasonable expectation that the majority would not exercise its dominant position to direct the corporation to use its income or retained earnings to reimburse the majority for expenses incurred in pursuing litigation with the minority over the interpretation of a unanimous shareholders agreement.

[32] Whether the reasonable expectation held by Dr. Lizotte is framed broadly or narrowly, there can be no doubt the expectation was breached. Thus, we must next

decide whether the conduct of the majority of shareholders/directors was either: (1) oppressive; (2) unfairly prejudicial; or (3) unfairly disregarded the interests of the minority, Dr. Lizotte.

[33] Is this a true “oppression” case? In other words, did the impugned conduct of the majority amount to an abuse of power in the sense it marks a visible deviation from standards of fair dealing? Alternatively stated, did the majority act in bad faith in the sense of having acted out of a sense of spite, vindictiveness or retribution? Most likely the application judge would have answered that question in the negative. In his oral reasons, he commented: “these Respondents were nevertheless pursuing what they genuinely felt to be in the best interest of the corporation, Elmwood Veterinary Hospital Limited.” Accepting this statement as being true, the fact remains that evidence of bad faith or want of probity on the part of the alleged oppressor is not essential to relief being granted to a claimant seeking relief under s. 166(2) of the *Business Corporations Act*.

[34] Accepting the proposition this is not a true case of oppression, it remains to be determined whether the minority shareholder was unfairly prejudiced or her interests were unfairly disregarded because of the breach of the reasonable expectation. For the sake of brevity, we focus our attention on the question of whether Dr. Lizotte was “unfairly prejudiced”. The application judge appears to have made two findings that were fatal to Dr. Lizotte’s position. First, there is a statement in his oral reasons that supports the understanding that Dr. Lizotte was not prejudiced by the payment. Second, there is a clear finding that Dr. Lizotte had acted in bad faith. That finding alone would support the argument that nothing the majority did was unfair so far as Dr. Lizotte was concerned. Without expressly stating as much, the corporation (Elmwood) takes the position that the party whose expenses were not paid (Dr. Lizotte) had acted in bad faith while the parties whose expenses were paid (respondent shareholders) had acted reasonably or in good faith.

[35] As to the issue of whether Dr. Lizotte was prejudiced by the payment made to the majority, we note the application judge observed that, as Dr. Arseneault held

85% of the outstanding shares, she would have absorbed 85% of the monies that Elmwood had paid out on her behalf and that of the technicians who worked for Elmwood and, therefore, Dr. Lizotte was only contributing a “small proportion” to the expenses of her adversaries. With great respect, at this point the application judge is engaging in speculation. There is almost no evidence with respect to the actual financial impact which the impugned payment would have on Dr. Lizotte. From the appeal record, it would appear the Elmwood practice remunerates the veterinarians on the basis of a salary, but it is not clear whether that remuneration is tied to the amount of income generated by each veterinarian. However, Dr. Arseneault’s affidavit deposes that for a period of twenty years the majority shareholder (Dr. Arseneault we presume) would decide annually on the amount of the dividends each shareholder would receive and the directors would sign a resolution to that effect. The record leaves the impression that dividends are the corporate way for distributing yearend bonuses. It also appears this practice stopped, in 2008, after the parties had taken their differences to litigation. In the circumstances, not only has the presumption of prejudice not been rebutted, the record supports the finding that Dr. Lizotte was further prejudiced by the payment of legal fees and disbursements to the respondents.

[36] The next stage in the analysis is to decide whether Dr. Lizotte was “unfairly” treated. The application judge effectively held that there was nothing unfair about what the majority did as it was Dr. Lizotte who had acted in bad faith. Most certainly, the application judge accepted the respondent shareholders’ argument that Dr. Lizotte had acted in bad faith. Specifically, early on in his oral remarks, the application judge stated that Dr. Lizotte had not acted in good faith when she struck a deal to purchase Dr. Beaulieu’s shares in a manner that contravened the unanimous shareholders agreement. The application judge also noted that so too had the arbitrator characterized Dr. Lizotte’s share purchase from Dr. Beaulieu, in the same manner, before setting aside the transfer and directing that any sale of the latter’s shares be made in accordance with the agreement (offered to all shareholders and not just one). Towards the end of his remarks, the application judge comments: “Final conclusion: The Applicant, Cindy Lizotte, has shown an attitude that is contrary to the general interest and spirit of the

Unanimous Shareholders Agreement she has signed in 2003 with the Respondents.” A few sentences later, the application judge refers to the attempted purchase of shares from Dr. Beaulieu as “a further instance of Cindy Lizotte showing she was not a good team worker and was putting her personal interest against the corporation’s interest...”

[37] There are at least two fatal flaws in the application judge’s decision to characterize Dr. Lizotte as having acted in bad faith. Recall that Elmwood reimbursed the respondents for the legal fees and disbursements incurred in regard to the application brought by Dr. Lizotte for a declaration that she was not in default under the unanimous shareholders agreement, thereby preventing the respondents from removing her as a shareholder and director of Elmwood. Dr. Lizotte was the successful party on that application and the respondents’ subsequent appeal to this Court was dismissed. There is simply no evidence of bad faith on the part of Dr. Lizotte with respect to the events surrounding that litigation. Instead, the respondents and the application judge focused on the earlier dispute which dealt with the validity of the share sale from Dr. Beaulieu to Dr. Lizotte. Admittedly, the arbitrator found the sale to have been in violation of the unanimous shareholders agreement and both the arbitrator and application judge declared the breach as evidence of bad faith on the part of Dr. Lizotte. But even if the declaration of misconduct on her part were valid, that conduct has nothing to do with the litigation for which Elmwood had reimbursed the respondent shareholders. Furthermore, the finding of bad faith with respect to the earlier proceeding that culminated in the arbitration decision is fundamentally flawed. This finding requires elaboration.

[38] Both the application judge and arbitrator viewed the sale of Dr. Beaulieu’s shares to Dr. Lizotte as an egregious or flagrant breach of the unanimous shareholders agreement. In short, the agreement admitted of no ambiguity. It was clear that such sales were prohibited. Any offer to sell shares had to be to all shareholders and not just one. But for the fact that Drs. Lizotte and Beaulieu sought and obtained legal advice with respect to the validity of their proposed share transfer, prior to completing their agreement, and but for the fact they were advised that the proposed sale did not breach the agreement, the allegation of bad faith advanced before the application judge might

have been sustainable. The fact that Drs. Beaulieu and Lizotte agreed to the purchase and sale prior to obtaining the advice is of no moment. What is relevant is that the advice was sought prior to completing the share transfer. In the circumstances, the plea of bad faith must fail, even if one could ignore the fact the allegation is directed at proceedings unrelated to the one for which Elmwood had reimbursed the unsuccessful shareholders.

[39] To some, our finding of palpable and overriding error, with respect to the application judge's finding of bad faith on the part of Dr. Lizotte, might be unconvincing. This is because of the arbitrator's earlier finding that Drs. Lizotte and Beaulieu had acted in bad faith in regard to their failed attempt to effect a share transfer. There is a short rebuttal to this potential argument. Neither the application judge nor this Court is bound by that finding as it falls within the category of "obiter". There was only one issue before the arbitrator: whether as a matter of contractual interpretation the share sale contravened the provisions of the unanimous shareholders agreement.

[40] We pause here to acknowledge that the arbitrator seemed unimpressed by the fact the two veterinarians had obtained a legal opinion as to the validity of the share transfer, an opinion that was affirmed in a letter from the law firm and dated June 13, 2007, and addressed to the solicitors of Dr. Arseneault. Here is what the arbitrator had to say: "The actions of both Lizotte and Beaulieu after June 6 were designed merely to cloak the deal in legitimacy under the provisions of the Agreement." This damning comment was based, in part, on the affidavit evidence of Bird and LeBlanc who deposed that the same law firm had "verbally" advised them, at the time the unanimous shareholders agreement was signed (2003), that any sale of shares had to involve an offer to all shareholders and not just one. Certainly, the application judge in this case was not bound by the arbitrator's obiter finding. What the application judge had to consider was the more recent letter from the law firm whose credibility had been undermined by the arbitrator's finding. The letter was offered in defence to the allegation of misconduct on its part and explains the circumstances surrounding the giving of the opinion regarding the validity of the share transfer: see Affidavit of Dr. Arseneault and the letter, attached as Exhibit "A", and dated August 19, 2009. While one might question the wisdom of the

legal opinion, the fact that two lay persons sought out and then relied on it is not evidence of bad faith on their part.

[41] In the respondents' pre-hearing brief submitted to the application judge, there are allegations of bad faith on the part of Dr. Lizotte because of her persistence in ensuring that a by-law of the NBMVA, prohibiting non-veterinarians from holding shares in a professional organization, was enforced. In her affidavit, Dr. Arseneault states that prior to Dr. Lizotte seeking the by-law's enforcement, she had indicated that Kurt Bird and Patricia LeBlanc could keep their shares provided the two non-veterinarians refrained from voting on the issuance of new shares in Elmwood. In fact, the offer is found in a letter prepared by Dr. Lizotte's counsel from another law firm; a letter which outlines possible terms of settlement of the underlying dispute. Once again, the allegation of bad faith cannot be sustained. The same holds true in regard to the allegations of unprofessionalism leveled at Dr. Lizotte. Those allegations pertain to her treatment, for example, of staff and clients (pet owners). The affidavit evidence of the respondents is riddled with such accusations. These accusations do not pertain to the corporate issues identified in the Notice of Application. Rather they are matters properly dealt with under the principles of employment law.

[42] In conclusion, we are of the view that the application judge erred in denying Dr. Lizotte the relief sought under s. 166(2) of the *Act*. Applying an objective standard, she held the reasonable expectation that Elmwood would not pay the legal fees and disbursements incurred by the respondents in unsuccessfully defending the application for a declaration that she was not in default under the unanimous shareholders agreement. That expectation was breached and Dr. Lizotte was prejudiced and unfairly so.

B. *The Issuance of Shares to Kim Maillet*

[43] The remaining issue is whether the application judge erred in rejecting Dr. Lizotte's contention that the purported issuance of shares to Dr. Maillet on September 8,

2011 was invalid on one or more of three grounds. This issue is problematic for the following reason. According to the record before us, no shares have actually issued to Dr. Maillet. At the September 8 meeting of shareholders/directors, a resolution was passed authorizing the issuance of shares to that veterinarian. However, the number of shares to be issued to her was not specified. That said, we are aware the record discloses that at a directors' meeting held on January 15, 2009, Elmwood resolved to purchase Dr. Lizotte's shares and assign the right to purchase to Dr. Maillet, on the basis Dr. Lizotte was in default under the unanimous shareholders agreement. Of course, this meeting led to the Notice of Application in which Dr. Lizotte was ultimately successful. This leaves us with the three grounds of invalidity tied to the September 8, 2011, resolution.

[44] First, Dr. Lizotte argued that according to s. 23(1) of the *Business Corporations Act* only directors can issue shares. That section provides that, subject to s. 27, the articles or bylaws of the corporation or a unanimous shareholder agreement, shares may be issued at such times and to such persons or class of persons as the directors may determine. Dr. Lizotte maintains that there is nothing in the articles or bylaws of Elmwood to take away the directors' power to determine when shares are issued. While the record before us does not include the articles or bylaws of Elmwood, there is a short answer to this argument. As each shareholder is a director of Elmwood the fact that the resolution was passed at a meeting of shareholders is one of form and not substance.

[45] The second and third grounds of invalidity can be collapsed into one. Dr. Lizotte argues that the proposed issuance of shares to Dr. Maillet is oppressive because it will dilute her percentage interest as a minority shareholder, contrary to s. 27 of the *Business Corporations Act*. Loosely stated, s. 27 states that, subject to what is provided for in the articles of incorporation, in cases where the corporation proposes to issue equity shares so as to adversely affect the "unlimited dividend rights" of equity shareholders then those shareholders have a pre-emptive right to purchase such shares in such proportions that would preserve their relative unlimited dividend rights. Section 27 also applies to the issuance of new voting shares that would adversely affect the voting

rights of such holders in the same way the issuance of new equity shares is dealt with in the section.

[46] The simplest way of dispensing with this issue is to hold that as no shares have issued to Dr. Maillet any determination by this Court with respect to the validity of the resolution is premature. But there is another compelling reason for refusing to grant an order declaring the resolution invalid. Dr. Lizotte's argument is a bald one in that it is not supported, for example, by case law involving the interpretation of s. 27 or an equivalent provision. Moreover, we have not been told anything with respect to the issuance of shares in Elmwood. The record is silent as to equity and voting shares and what is found in the articles of incorporation. We do not know whether any shareholder has unlimited dividend rights (the record would suggest otherwise). Finally, how can one say that a shareholder will be adversely affected by the issuance of new shares when you do not even know how many shares will issue? In these circumstances, the Court has no option but to uphold the application judge's decision to dismiss this aspect of the application.

V. Disposition

[47] We allow the appeal, in part, and set aside the order of the application judge denying the appellant relief under s. 166(2) of the *Act*. The appellant is entitled to an order for the relief sought under that provision. We also set aside the order for costs made below. In the special circumstances of this case, and having regard to the divided success on this appeal, there will be no costs awarded on the application or this appeal.

M.E.L. LARLEE, J.A.

J.T. ROBERTSON, J.A.

BRADLEY V. GREEN, J.A.

Version française de la décision rendue par :

LA COUR

I. Introduction

- [1] La D^{re} Lizotte, appelante, et les D^{res} Arseneault et Maillet, intimées, exploitent un hôpital vétérinaire dans la ville de Moncton sous la dénomination sociale d'Hôpital vétérinaire Elmwood Ltée (Elmwood), lequel hôpital est aussi intimé dans la présente instance. Les intimés Kurt Bird et Patricia LeBlanc sont techniciens vétérinaires, ils sont employés par Elmwood et ils en ont été, à un certain moment, actionnaires minoritaires. Pendant toute l'époque pertinente, la D^{re} Lizotte a été actionnaire minoritaire et la D^{re} Arseneault, l'actionnaire majoritaire. Cela reste vrai même si l'on ne tenait aucun compte des actions émises au profit de la société à numéro intimée que contrôle la D^{re} Arseneault. Conformément aux dispositions d'une convention unanime des actionnaires, tous les actionnaires sont élus administrateurs de la société.
- [2] Depuis 2007, les parties ont porté en justice les différends qui les opposent en ce qui concerne l'interprétation de la convention unanime des actionnaires et pourtant, l'hôpital vétérinaire reste intact. Tout a commencé lorsque la D^{re} Lizotte a acheté sept actions à une vétérinaire (la D^{re} Beaulieu) qui ne travaille plus à l'hôpital vétérinaire. Le prix de vente des actions était de 68 000 \$. Le présent appel n'est qu'une des nombreuses poursuites et actions en justice qui ont été engagées au fil des ans, y compris un arbitrage privé dans le cadre duquel la vente avait été annulée parce qu'elle contrevenait à la convention. L'arbitrage a été suivi d'une tentative des actionnaires intimés de forcer la D^{re} Lizotte à se départir de ses actions et de la destituer de son poste d'administratrice pour le motif qu'elle s'était maintenant rendue coupable de manquement à la convention. La D^{re} Lizotte a obtenu une ordonnance judiciaire qui déclarait le contraire. Cette ordonnance a subséquemment été confirmée à l'issue d'un appel devant notre Cour. Vers la même époque, les actionnaires et administrateurs majoritaires ont adopté une résolution prescrivant l'émission d'actions au profit de la D^{re} Maillet, vétérinaire qui

travaillait désormais à l'hôpital vétérinaire. Il a également été résolu qu'Elmwood rembourserait aux actionnaires intimés les honoraires d'avocats et débours engagés au titre de la procédure pour « manquement » ou « défaut ». Cela a amené la D^{re} Lizotte à déposer un avis de requête dans lequel elle sollicitait différentes mesures réparatoires. La requête a été rejetée, dans sa totalité, avec dépens de 1 800 \$.

[3] Le présent appel ne concerne que deux des quatre questions qui ont été soumises au juge saisi de la requête. La première est celle de savoir s'il a commis une erreur en refusant de déclarer invalide la prétendue émission d'actions au profit de la D^{re} Maillet. La deuxième est celle de savoir si le juge saisi de la requête a commis une erreur en refusant d'ordonner aux actionnaires intimés de rembourser à Elmwood les honoraires d'avocats engagés relativement à la procédure pour défaut. Cette demande de mesure réparatoire était fondée sur le « recours pour abus de droits » prévu au par. 166(2) de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1. Plus précisément, cette disposition autorise la Cour à accorder des mesures réparatoires à un actionnaire dans des circonstances où la société commerciale abuse des droits de cet actionnaire, ou porte atteinte à ses intérêts ou n'en tient pas compte, par la façon dont l'activité de la société ou les pouvoirs de ses administrateurs ont été exercés.

[4] Nous concluons que le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en refusant de rendre l'ordonnance déclaratoire sollicitée relativement à l'émission d'actions qui aurait été faite en faveur de la D^{re} Maillet. Toutefois, nous concluons qu'il a commis une erreur en refusant d'accorder à la D^{re} Lizotte la mesure réparatoire demandée en vertu du par. 166(2) de la *Loi sur les corporations commerciales*. Le cadre analytique que la Cour suprême du Canada a prescrit dans l'arrêt *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, nous oblige à conclure qu'il y a eu frustration d'une attente raisonnable de la plaignante et à conclure que la conduite reprochée constituait soit un abus, soit un préjudice injuste, soit une omission injuste de tenir compte des intérêts de la plaignante. Nous concluons que l'actionnaire minoritaire, la D^{re} Lizotte, avait une attente raisonnable selon laquelle les actionnaires majoritaires ne se serviraient pas de leur position dominante pour faire en sorte que la société ne paye que

les honoraires d'avocats engagés par les actionnaires majoritaires au titre de la procédure pour défaut. Puisque cette attente a été frustrée, la seule question qui se pose est celle de savoir si la conduite reprochée relève d'une des expressions descriptives que l'on trouve au par. 166(2). Le juge saisi de la requête a répondu à cette question par la négative pour le motif, semble-t-il, que la D^{re} Lizotte avait agi de mauvaise foi alors que les actionnaires intimés avaient agi d'une façon raisonnable ou en toute bonne foi. Nous sommes respectueusement d'avis que la conclusion voulant qu'il y ait eu mauvaise foi de la part de la D^{re} Lizotte constitue une erreur manifeste et dominante et, en droit, la conclusion voulant que les actionnaires intimés aient agi en toute bonne foi n'est pas suffisante pour empêcher un redressement pour abus. En fin de compte, nous concluons que la D^{re} Lizotte a subi un préjudice injuste, ou qu'il y a eu atteinte à ses intérêts, et qu'elle a donc droit à l'ordonnance sollicitée en vertu du par. 166(2).

[5] Nous reconnaissons que les présents motifs de décision découlent de ce que l'on peut qualifier d'audience *de novo* devant notre Cour. Invoquant des exigences ressortissant à sa [TRADUCTION] « charge de travail », le juge saisi de la requête a expressément refusé d'effectuer une [TRADUCTION] « analyse structurée ». Il s'est plutôt appuyé sur la conviction erronée qu'il pouvait s'acquitter de l'obligation qui lui était faite de motiver suffisamment sa décision en rendant des motifs oraux, six semaines après l'audition de la requête. Cet écart par rapport à la façon conventionnelle d'aborder la rédaction d'un jugement est examiné plus loin.

II. Le contexte

[6] L'Hôpital vétérinaire Elmwood Ltée a été personnalisé en 1980. En 1992, la D^{re} Darie Arseneault a acquis un tiers des actions de la société. En 2003, la personne qui était alors l'actionnaire majoritaire a pris sa retraite et il y a eu une série d'opérations touchant les actions à l'issue desquelles la répartition des actions était la suivante :

| | |
|-------------------------------------|------------|
| La D ^{re} Darie Arseneault | 20 actions |
| 051536 N.B. Ltd. | 20 actions |
| La D ^{re} Suzanne Beaulieu | 7 actions |
| La D ^{re} Cindy Lizotte | 7 actions |
| Kurt Bird | 3 actions |
| Patricia LeBlanc | 3 actions |

La société à numéro est contrôlée par la D^{re} Arseneault, ce qui consolide sa position comme actionnaire majoritaire. Au moment où l'organisation du capital social susmentionnée a eu lieu, les actionnaires et Elmwood ont passé une convention unanime des actionnaires. C'était en 2003.

[7] La D^{re} Beaulieu, qui n'est pas partie à la présente instance, a pris la décision de quitter l'Hôpital vétérinaire Elmwood. Elle a accepté un poste au gouvernement fédéral et est entrée en fonctions le 22 mai 2007, mais a continué à travailler à l'hôpital vétérinaire les soirs et les fins de semaine. En juin 2007, la D^{re} Beaulieu a accepté de vendre ses sept actions à la D^{re} Lizotte au prix de 68 000 \$. Avant de mettre la dernière main à l'opération, la vendeuse et l'acheteuse ont toutes deux obtenu des conseils juridiques qui les ont amenées à croire que l'opération serait valide aux termes de la convention unanime des actionnaires. Mentionnons en passant que cette déclaration de fait demeure litigieuse. Les intimés Arseneault, 051536 N.B. Ltd., Bird et LeBlanc ont contesté l'opération pour le motif que les actions de la D^{re} Beaulieu auraient dû être offertes à tous les actionnaires et pas seulement à la D^{re} Lizotte. Dans l'intervalle, la D^{re} Lizotte s'est adressée aux instances dirigeantes de sa profession, l'Association des médecins vétérinaires du Nouveau-Brunswick, et a demandé à l'Association d'appliquer un de ses règlements administratifs. Le règlement administratif en question interdisait à une personne qui n'est pas vétérinaire de détenir des actions dans une société professionnelle vétérinaire. L'application du règlement aurait signifié que les intimés Bird et LeBlanc, qui étaient techniciens vétérinaires et employés de longue date d'Elmwood, n'auraient plus le droit de détenir des actions dans Elmwood.

[8] Le litige concernant le transfert des actions de la D^{re} Beaulieu à la D^{re} Lizotte a été soumis à l'arbitrage. Dans une décision datée du 23 décembre 2008, l'arbitre a souscrit aux prétentions des intimés et a ordonné l'annulation du transfert des actions. Dans ses motifs, l'arbitre a fait observer que ni l'une ni l'autre des deux vétérinaires n'avait agi de bonne foi. Forts de cette décision, les intimés Arseneault, 051536 N.B. Ltd., Bird et LeBlanc ont adopté une position selon laquelle l'appelante avait manqué à la convention unanime des actionnaires et en janvier 2009, ils ont pris, conformément aux clauses de cette convention, des mesures en vue d'acheter les actions que la D^{re} Lizotte détenait dans Elmwood et, par conséquent, de la destituer en tant qu'administratrice.

[9] Le 24 février 2009, la D^{re} Lizotte a déposé devant la Cour du Banc de la Reine un avis de requête dans lequel elle demandait à la Cour de conclure qu'elle n'avait pas manqué à la convention unanime des actionnaires. Les actionnaires et administrateurs d'Elmwood se sont réunis le 27 février 2009 afin d'examiner quelle était la meilleure façon de répondre à la requête. Lors de cette assemblée, il a été résolu qu'Elmwood paierait les honoraires d'avocats que les intimés engageraient pour présenter une défense relative à la requête. Dans une décision datée du 26 mars 2009, le juge saisi de la requête s'est prononcé en faveur de la D^{re} Lizotte en concluant qu'elle n'avait pas manqué à la convention. Le juge saisi de la requête n'a donc pas eu à examiner la question de savoir si la D^{re} Lizotte était obligée de se départir de ses actions (2009 NBBR 69). La décision du juge saisi de la requête a été confirmée en appel devant notre Cour : *Arseneault, Bird, LeBlanc et 051536 N.B. Ltd. c. Lizotte*, 2010 NBCA 18, 356 R.N.-B. (2^e) 332.

[10] Par suite de la décision de la Cour d'appel, les actions de la D^{re} Beaulieu ont été réparties, au prorata des actions qu'elles possédaient déjà, entre la D^{re} Lizotte, la D^{re} Arseneault et la société à numéro de la D^{re} Arseneault. Les actions détenues par les intimés Bird et LeBlanc ont été rachetées comme l'exigeaient les règlements administratifs de l'Association des médecins vétérinaires du Nouveau-Brunswick. La répartition des actions dans Elmwood est la suivante :

| | |
|-------------------------------------|----------------|
| La D ^{re} Darie Arseneault | 22,975 actions |
| 051536 N.B. Ltd. | 22,975 actions |
| La D ^{re} Cindy Lizotte | 8,05 actions |

[11] Le 14 août 2010, la D^{re} Arseneault a émis un avis d'assemblée des actionnaires et administrateurs. L'assemblée a eu lieu le 8 septembre 2010. Au cours de cette assemblée, il a été résolu d'émettre des actions au profit de la D^{re} Maillet. Aucune résolution n'a été adoptée en vue d'une émission d'actions au profit de la D^{re} Lizotte, de sorte que le pourcentage relatif des actions qu'elle détenait dans Elmwood est resté inchangé. La D^{re} Lizotte a plus tard revendiqué un droit de préemption relativement à ces actions conformément à la *Loi sur les corporations commerciales* et à la convention unanime des actionnaires.

[12] Le 8 février 2011, la D^{re} Lizotte a déposé un avis de requête dans lequel elle sollicitait les mesures réparatoires suivantes : (1) que les intimés remboursent à Elmwood les honoraires d'avocats que celle-ci a payés en leur nom au titre du litige concernant la question du « manquement » ou « défaut » de la D^{re} Lizotte; (2) qu'il soit interdit à Elmwood d'émettre des actions au profit de la D^{re} Maillet, intimée; (3) un jugement déclaratoire portant que la D^{re} Lizotte est administratrice d'Elmwood depuis 2003; et (4) un jugement déclaratoire portant que la D^{re} Maillet n'est pas une des administratrices d'Elmwood.

III. La décision orale du juge saisi de la requête

[13] La requête sous-jacente a été entendue sur une période de neuf heures le 9 août 2011. Environ six semaines plus tard, le 28 septembre 2011, les avocats des parties respectives ont été convoqués à la Cour en vue du prononcé de ce qui a été qualifié de « décision orale ». Les motifs, si l'on peut les appeler ainsi, ont été rendus en audience publique, enregistrés et subséquemment transcrits. La requête a été rejetée en totalité avec dépens de 1 800 \$. Au tout début de ses motifs, le juge saisi de la requête a avoué qu'il n'avait pas pu trouver le temps de rédiger une [TRADUCTION] « décision bien

structurée » qui eût pu être déposée de la même manière qu'une décision écrite. Invoquant son incapacité à [TRADUCTION] « répondre à la charge de travail » et la nécessité de rendre jugement dans un délai raisonnable pour les parties, le juge saisi de la requête a conclu que ce qui importait, c'était qu'il soit [TRADUCTION] « satisfait » de ses conclusions. Bien que la transcription de la séance du 28 septembre compte trente-cinq pages, on n'y trouve aucune analyse juridique conventionnelle, mais une analyse truffée d'observations ou de conclusions dont on peut penser qu'elles ont éclairé la décision du juge de rejeter la requête dans sa totalité.

[14] Mise à part la question des dépens, seules deux des quatre questions soulevées devant le juge saisi de la requête sont soumises à notre Cour dans le cadre du présent appel. Le juge saisi de la requête les a tranchées de la façon suivante. En ce qui concerne la mesure réparatoire sollicitée sous le régime de la *Loi sur les corporations commerciales*, il a dit qu'il [TRADUCTION] « préf[érait] et accept[ait] les arguments et les règles de droit énoncés aux paragraphes 1 à 3, 5, 7 à 22, 24 à 28 et 30 du mémoire des intimés ». En ce qui concerne la validité de l'émission d'actions au profit de la D^{re} Maillet, le juge saisi de la requête a tranché en faveur des intimés en acceptant [TRADUCTION] « l'argument, les règles de droit et les principes énoncés aux paragraphes 32 à 43 du mémoire des intimés et [a donc préféré] ces arguments à ceux énoncés aux paragraphes 34 à 46 du mémoire de la requérante ». Ce qui aggrave les choses, le juge saisi de la requête n'a pas lu à haute voix les paragraphes des mémoires préparatoires qu'il mentionnait. Ne sachant pas si notre Cour aurait accès à ces mémoires, l'avocat des intimés a préparé en appel un mémoire qui contient les paragraphes pertinents dans une tentative pour clarifier les prétentions formulées devant le tribunal d'instance inférieure et celles qui ont été retenues.

[15] Pour parler franchement, la façon à peine esquissée dont le juge saisi de la requête a abordé la rédaction d'un jugement n'est pas un modèle acceptable de prise de décision judiciaire. Sur le plan des faits, il ne s'agit pas d'une instance difficile. L'ensemble du dossier de la requête est sous forme écrite étant donné qu'il n'y a pas eu de contre-interrogatoires relativement aux affidavits. Les parties s'attendaient à ce que le

juge saisi de la requête expose clairement les positions des deux parties, cite la jurisprudence pertinente, tire les conclusions de fait et les inférences nécessaires et s'appuie sur ces conclusions pour en arriver à une décision sur chaque question. À cet égard, voir l'arrêt *Le ministre du Développement social c. G.B., F.H. et R.O.*, 2012 NBCA 62, [2012] A.N.-B. n° 263 (QL) dans lequel la Cour a conclu que les motifs donnés, dans cette affaire, à l'appui de la décision étaient « dépourvus au plus haut point de toute espèce d'analyse cohérente » (par. 32). La prémisse implicite selon laquelle le juge saisi de la requête rendait une décision orale au sens de la règle 60.02(1) des *Règles de procédure*, décision qui n'était donc pas assujettie aux mêmes normes minimales de formulation des jugements que la décision « écrite » conventionnelle est tout aussi préoccupante.

[16] Personne n'ergoterait sur la proposition générale voulant qu'il faille aborder la rédaction d'un jugement d'une façon structurée ou analytique, peu importe que la décision soit rendue oralement sur le siège ou déposée sous la forme de motifs officiels de décision. De plus, les juges ont l'obligation de donner des motifs suffisants, et ce, pour les raisons de principe suivantes : (1) les motifs garantissent que les juges examinent les questions complexes et tiennent compte des éléments pertinents (« le prononcé de décisions équitables et exactes »); (2) les motifs permettent aux parties de comprendre pourquoi le litige a été tranché comme il l'a été et, corrélativement, de savoir si un appel est justifié; (3) les motifs non seulement garantissent que justice est rendue mais font en sorte que les parties et le public dans son ensemble voient que justice a été rendue (rendre compte devant le public et favoriser la confiance de la société dans le système de justice); et (4) les motifs sont essentiels à un système de justice qui s'appuie sur les précédents aux fins d'appliquer, d'interpréter ou d'enrichir le droit. Bien entendu, ces objectifs de principe demeurent valables que la décision relève de la catégorie des décisions « orales » ou des décisions « écrites ». (Voir en général les arrêts *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, aux par. 98 et 99; *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665, [1976] A.C.S. n° 90 (QL), examiné en profondeur dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, [1999] A.C.S.

n° 39 (QL); *R. c. S.S.*, 2011 NBCA 75, 376 R.N.-B. (2^e) 146; *Blanchard c. Légère*, 2009 NBCA 2, 339 R.N.-B. (2^e) 357; *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100; et *Chapelstone Developments Inc. c. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2^e) 350, autorisation de pourvoi refusée, [2005] C.S.C.R. n° 38 (QL).

[17] Sous sa forme la plus pure, la décision orale est rendue à la clôture de l'audience ou du procès ou dès que cela est possible par la suite (voir la règle 60.02(1) et la comparer avec la règle 60.02(2) des *Règles de procédure*). Plus souvent qu'autrement, la décision orale est rendue dans des circonstances où l'instance repose essentiellement sur les faits et où elle n'a que peu d'importance comme précédent, si tant est qu'elle en ait (par exemple, une instance concernant l'« intérêt supérieur de l'enfant »). Ce qu'il y a d'ironique c'est que la plupart des décisions orales sont lues à haute voix en audience publique à partir d'un texte préparé qui n'a pas le niveau de raffinement ou de détail attendu d'une décision qui a été mise en délibéré. Toutefois, quelle que soit la méthode choisie pour rendre les motifs de décision, il est tenu pour acquis que ces motifs permettront une révision valable du bien-fondé de la décision en appel. Le contexte, toutefois, est toujours important. Ainsi, les attentes sont moins grandes lorsqu'il s'agit d'une décision rendue dans le cadre d'une motion parce qu'il se peut que le dossier lui-même établisse un contexte suffisant aux fins d'expliquer pourquoi le juge saisi de la motion l'a tranchée en conséquence. Cette opinion trouve appui dans la règle 60.01(1)a), laquelle envisage une simple « inscription » de la réponse du juge. Toutefois, s'agissant des instances introduites par avis de requête sous le régime de la règle 16 des *Règles de procédure*, il va sans dire qu'on s'attend généralement à ce que les motifs de décision exposent les questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait et, donc, à ce que le juge saisi de la requête effectue une analyse qui apporte une réponse convaincante à des questions intelligemment soulevées. Autrement, la Cour d'appel devient tout simplement un tribunal de première instance *de facto*, comme c'est le cas en l'espèce.

[18] Avant tout, les juges ne peuvent se soustraire à l'obligation qui leur est faite de rendre des motifs suffisants et structurés en choisissant plutôt de rendre une décision orale, bien après la clôture des débats, dans l'espoir que la transcription de ces

motifs ne sera remise qu'aux parties et, donc, qu'elle ne sera pas soumise à l'examen du public comme cela est le cas des décisions prises en délibéré qui sont et qui doivent être distribuées à tous les éditeurs intéressés. Les objectifs qui consistent à rendre compte devant le public et à favoriser la confiance de la société dans le système de justice sont les objectifs qui sous-tendent le droit d'accès du public dans son ensemble. Nous ne voulons nullement laisser entendre par là que les décisions rendues oralement au Nouveau-Brunswick ne finissent jamais par être publiées. Toutes les décisions de la Cour d'appel, sans exception, sont mises à la disposition des éditeurs dans les deux langues officielles et il y a des juges de la Cour du Banc de la Reine qui révisent, mettent en forme et déposent régulièrement des décisions rendues oralement en vue de leur publication par les moyens classiques lorsqu'elles sont jugées importantes comme précédents ou pour le public.

[19] Incidemment, nous ne voulons pas que les présents motifs soient interprétés comme insensibles à la charge de travail quotidienne avec laquelle doivent composer les juges de notre province. Corrélativement, toutefois, l'obligation de rendre des motifs de décision qui soient satisfaisants et rendus dans des délais raisonnables est une réalité primordiale. L'article 7.2, le paragraphe 12.01(1) et l'alinéa 12.01(2)*b* de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, parlent de la nécessité de rendre jugement rapidement (dans un délai de six mois) et de la responsabilité qui incombe au juge en chef de la Cour du Banc de la Reine de veiller à ce que cette obligation soit respectée. Il va sans dire que si la charge de travail d'un juge dépasse les limites de ce qui est raisonnable, la question doit être résolue à l'interne, de crainte que l'obligation de rendre des motifs de décision suffisants ne soit oubliée.

IV. Analyse

A. *Le paiement des honoraires d'avocats et le recours pour abus*

[20] Parmi les deux questions soulevées dans le cadre du présent appel, celle qui cause vraiment problème concerne la mesure réparatoire sollicitée en vertu du par. 166(2) de la *Loi sur les corporations commerciales*. Comme nous l'avons dit au

début, cette disposition autorise la Cour à accorder réparation à un actionnaire dans des circonstances où la société commerciale a abusé des droits de cet actionnaire, ou porté atteinte à ses intérêts ou omis d'en tenir compte par la façon dont elle a exercé son activité ou par la façon dont ses administrateurs ont exercé leurs pouvoirs. Le juge saisi de la requête a rejeté l'argument de la D^{re} Lizotte selon lequel la décision d'Elmwood de payer les honoraires d'avocats que les actionnaires intimés avaient engagés dans le cadre d'une instance antérieure, où la D^{re} Lizotte avait eu gain de cause, tombe sous le coup de cette disposition. Bien entendu, le par. 166(2) n'a rien d'exceptionnel. Par exemple, l'art. 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, a essentiellement le même libellé. Cela nous amène à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976* et au cadre analytique qui y a été énoncé. On trouve un résumé commode de ce cadre analytique dans la décision que notre Cour a rendue dans l'affaire *Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, 372 R.N.-B. (2^e) 1 (ci-après « *Spielo* »). Pour les fins du règlement du présent appel, il suffit de reproduire le résumé que notre Cour a préparé dans l'arrêt *Spielo* relativement au précédent établi par la Cour suprême :

Le paragraphe 241(2) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* dispose que le tribunal peut accorder la réparation qui s'impose dans une situation où un actionnaire ou un dirigeant d'une société peut établir que cette société a, par son comportement, « abus[é] des droits » du requérant ou s'est « montr[ée] injuste » à son égard en lui « portant préjudice ou en ne tenant pas compte » de ses intérêts. La situation qui fait l'objet de la plainte doit relever de l'une ou l'autre des trois catégories suivantes : (1) le comportement de la société; (2) les activités commerciales de la société; (3) l'exercice de leurs pouvoirs par les administrateurs de la société. L'arrêt clef en la matière est un arrêt de la Cour suprême du Canada : *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560. Dans cette affaire, la Cour suprême a établi un cadre analytique en formulant les remarques préliminaires suivantes en guise d'introduction : (1) la demande de redressement pour abus est un recours en equity qui vise à rétablir la justice et les tribunaux doivent donc tenir compte de la réalité commerciale, et pas seulement de considérations strictement juridiques; et

(2) comme beaucoup de recours en equity, le sort d'une demande de redressement pour abus dépend des faits en cause. La Cour suprême explique ensuite que la situation dont on se plaint est provoquée par le comportement de la société ou de ses administrateurs, qui prennent des décisions qui maximisent abusivement ou injustement les intérêts d'un groupe en particulier au détriment d'autres parties intéressées. Toutefois, elle reconnaît ensuite qu'une demande de redressement pour abus peut découler du comportement d'autres parties impliquées dans les affaires de la société, comme des actionnaires.

Le cadre analytique de la Cour suprême comporte deux volets. Le tribunal doit d'abord déterminer quelle[s] sont les attentes raisonnables des parties intéressées. Le concept d'attentes raisonnables est objectif et contextuel. Les attentes réelles d'une partie intéressée en particulier ne sont pas concluantes. La question est de savoir si ces attentes sont raisonnables compte tenu des faits propres à l'espèce, des rapports en cause et de l'ensemble du contexte, y compris des attentes et demandes opposées. La Cour suprême a dégagé de la jurisprudence existante plusieurs facteurs utiles d'appréciation d'une attente raisonnable : les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures préventives qui auraient pu être prises, les déclarations et conventions, ainsi que la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées. Dans le cadre du deuxième volet du cadre analytique, le tribunal doit décider si cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement qui correspond à la définition d'un « abus », d'un « préjudice injuste » ou d'une « omission injuste de tenir compte » d'un intérêt pertinent. En somme, le plaignant doit prouver que le défaut de répondre à une attente raisonnable est imputable à une conduite injuste et qu'il en a résulté des conséquences préjudiciables. [Par. 41 et 42]

[21] En somme, la Cour suprême a énoncé un cadre analytique à deux volets. Le tribunal doit tout d'abord déterminer quelles sont les attentes raisonnables des parties intéressées et, en second lieu, le tribunal doit décider si ces attentes raisonnables ont été frustrées par un comportement qui a constitué (1) un abus, (2) un préjudice injuste ou (3) une omission injuste de tenir compte des intérêts d'une partie intéressée, notamment

un actionnaire. Il importe de souligner une évidence. Les trois expressions descriptives employées dans la *Loi* donnent implicitement à penser qu'il faut attribuer à chacune un sens différent. Autrement dit, le comportement qui ne constitue pas un « abus » des droits d'une partie peut néanmoins relever des autres catégories. Cette proposition générale a vu le jour dans les années 1980 et elle est encore valable de nos jours : voir « *Minority Shareholders' Rights in the 1980s* », par Stanley M. Beck, *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1982, aux pages 311 et 312 (Barreau du Haut-Canada), et l'ouvrage de Dennis H. Peterson et Matthew J. Cumming intitulé *Shareholder Remedies in Canada*, 2^e éd., feuillets mobiles (Markham (Ont.) : LexisNexis, 2009), au paragraphe 17.56 et suivants.

[22] Dans l'affaire *Spielo*, le plaidoyer d'abus en vue d'obtenir la mesure réparatoire visée à l'art. 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* a été formulé dans des circonstances où la société en question avait été accusée d'avoir eu un « comportement opportuniste » ou, pour dire les choses autrement, d'avoir agi de « mauvaise foi » en exerçant un droit d'origine contractuelle. Un bref rappel des faits essentiels de cette affaire illustre sa valeur de précédent. Tous les employés de Spielo qui avaient acheté des actions de cette société du fait de leur emploi avaient passé un contrat aux termes duquel ils avaient convenu de rétrocéder leurs actions à Spielo en cas de congédiement, avec ou sans motif valable, à un prix fixé selon une formule énoncée dans le contrat. Deux employés avaient finalement été congédiés sans motif valable et indemnisés relativement au défaut de l'employeur de leur donner un préavis raisonnable. Ils avaient aussi reçu une indemnité en échange de leurs actions. Un de ces employés avait reçu 250 000 \$ pour des actions qui avaient coûté 44 117 \$ et l'autre avait reçu 83 000 \$ pour des actions qui avaient coûté 6 500 \$. Toutefois, douze mois après leur congédiement, Spielo avait été vendue à un prix tellement élevé que si les deux hommes étaient demeurés actionnaires de Spielo, ils auraient collectivement reçu 5 millions de dollars de plus pour leurs actions.

[23] Les deux ex-employés ont engagé une action en vue d'obtenir des mesures réparatoires pour abus de droits, en vertu de la loi fédérale, et ont prétendu que leur

congédiement avait été motivé par le désir de Spielo de se porter acquéresse de leurs actions au prix contractuel qui était plus bas. Spielo a répliqué qu'elle avait le droit, d'origine contractuelle, de racheter les actions au prix établi au moyen de la formule et, par conséquent, les employés ne pouvaient prétendre qu'elle avait abusé de leurs droits ou les avait traités d'une façon injuste. L'employeur avait tout simplement fait ce qu'il avait le droit de faire aux termes des contrats pertinents. Notre Cour était disposée à reconnaître que les employés, à titre d'actionnaires, avaient une attente raisonnable selon laquelle ils ne seraient pas forcés de vendre leurs actions par suite de l'exercice insidieux du droit de l'employeur de mettre fin à leur emploi, avec ou sans motif valable, dans l'unique but de récolter le profit qu'il pourrait tirer du rachat forcé des actions. D'après les faits, toutefois, il n'y avait aucun élément de preuve susceptible d'étayer la prétention des employés voulant qu'ils aient été congédiés afin que Spielo puisse racheter leurs actions au prix contractuel plus bas. Plus précisément, il n'y avait aucune preuve d'une vente imminente de Spielo à un tiers au moment de leur congédiement. Selon le juge du procès, on avait mis fin à leur emploi pour des raisons liées à leur rendement au travail. Il s'ensuivait que Spielo ne pouvait être jugée redevable pour avoir adopté une conduite abusive. Puisque tel était le cas, le droit de Spielo de racheter les actions conformément au contrat sous-jacent ne pouvait être considéré comme un préjudice « injuste » à l'égard des deux ex-employés ou comme leur ayant « port[é] préjudice ou [n'ayant pas tenu] compte » de leurs intérêts.

[24] Dans l'arrêt *Spielo*, notre Cour a également examiné le rapport entre la notion d'abus des droits au sens de la loi et la doctrine de la bonne foi qui a vu le jour en droit des obligations contractuelles. Puisque la dichotomie bonne foi-mauvaise foi est un des facteurs à considérer dans le présent appel, il vaut la peine de répéter ce qui a été décidé dans l'arrêt *Spielo*. Le recours pour abus prévu par la loi fédérale et la loi provinciale était en partie une réponse du législateur à l'omission de la common law d'établir des principes susceptibles de régir efficacement le comportement de nature commerciale qui est inacceptable dans le monde économique. En common law, on se limitait généralement à régler les problèmes au moyen des principes d'interprétation des contrats et à examiner l'exercice des pouvoirs d'origine contractuelle en essayant de

déterminer l'intention des parties. Est apparue ensuite la doctrine moderne de l'exécution de bonne foi, laquelle s'attache aux attentes présumées des parties. Malheureusement, la doctrine de l'exécution de bonne foi demeure dans un état de gestation parce que la jurisprudence n'arrive pas à arrêter une définition fonctionnelle rationnelle et pratique de la mauvaise foi. C'est pourquoi le recours pour abus demeure attrayant aux yeux des actionnaires. Dans l'arrêt *Spielo*, toutefois, la Cour a dit ce qui suit, au par. 56 : « Si l'employeur licencie un employé pour des raisons qui ne sont pas liées à un des objectifs généraux légitimes de la société (par exemple, l'efficacité des employés), mais le fait plutôt dans le but d'acquérir des actions de la compagnie, lesquelles ont été émises comme mesure incitative afin de garantir la loyauté et la productivité de l'employé, et dans le but de réaliser la juste valeur marchande de ces actions, l'employeur est certainement coupable de mauvaise foi lorsqu'il s'agit d'insister sur le droit contractuel de racheter les actions sans proposer une indemnisation convenable ». La Cour a ensuite qualifié ce genre de situation de « comportement opportuniste ». Elle a également défini la mauvaise foi et l'abus de droits en mentionnant le cas d'actionnaires majoritaires qui agissent par « vengeance » ou pour exercer des « représailles » à l'endroit d'un actionnaire minoritaire (souvent un membre de la famille). Dans l'arrêt *BCE*, la Cour suprême a décrit l'abus comme une conduite « accablante, dure et illégitime », qui constitue un écart marqué par rapport aux normes de traitement équitable » et un « abus de pouvoir ».

[25] Bien qu'une conclusion de mauvaise foi de la part de la présumée auteure de l'abus relève de la définition du mot « abus », il y a lieu de répéter qu'une conclusion de cette nature n'est pas une condition préalable pour qu'il soit fait droit à une demande de mesures réparatoires faite en vertu des dispositions régissant l'abus de droits qui sont énoncés dans les textes législatifs fédéraux ou provinciaux. Le tribunal peut conclure que le comportement contesté a constitué un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte des intérêts d'un actionnaire ou d'une autre partie intéressée, même si l'auteure présumée de l'abus a agi de bonne foi : *Brant Investments Ltd. c. KeepRite Inc.*, [1991] O.J. No. 683 (C.A.) (QL).

[26] Pour en revenir au cadre analytique établi dans l'arrêt *BCE*, notre première tâche consiste à appliquer une norme objective aux fins d'établir les attentes raisonnables de la requérante, la D^{re} Lizotte. À cet égard, la Cour suprême a énoncé plusieurs facteurs susceptibles de venir en aide au tribunal. Ces facteurs sont mentionnés dans le passage de *Spielo* cité ci-dessus. En l'espèce, seuls deux d'entre eux semblent utiles : « les pratiques commerciales courantes » et « la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées ». Bien qu'il n'existe aucune preuve de pratiques commerciales générales, nous tenons pour acquis que les pratiques commerciales reflètent également et respectent toute décision judiciaire sur le sujet. Par conséquent, nous nous reportons à la jurisprudence où il y a eu contestation de la décision d'une société de payer les frais d'une ou de plusieurs parties à un litige opposant des actionnaires. Bien que les décisions examinées ci-dessous soient antérieures à l'arrêt *BCE*, elles sont toujours pertinentes parce que l'élément du cadre analytique adopté par la Cour suprême qui ressortit aux attentes raisonnables n'est que le reflet de la jurisprudence antérieure : voir la décision *820099 Ontario Inc. c. Harold E. Ballard Ltd.*, [1991] O.J. No. 266 (C. J. Ont. (Div. gén.)) (QL), le juge Farley, citée dans *Nanef c. Con-Crete Holdings Ltd.*, [1993] O.J. No. 1756 (C. Ont. (Div. gén.)) (QL), appel accueilli en partie, sur un autre point, [1994] O.J. No. 1811 (QL).

[27] Dans l'affaire *Discovery Enterprises Inc. c. Ebco Industries Ltd.*, 2002 BCSC 1236, [2002] B.C.J. No. 1957 (QL), Ebco Industries se trouvait dans une [TRADUCTION] « impasse » en raison d'un litige opposant deux frères entre qui était partagé également le contrôle conféré par la majorité des voix. Les frères avaient décidé de soumettre leur litige à l'arbitrage et Ebco avait ultérieurement remboursé aux frères les frais engagés au titre de l'arbitrage. L'action engagée, par un frère contre l'autre avait, semblait-il, fait l'objet d'un règlement amiable. Discovery Enterprises, une actionnaire, avait déposé une requête en vue d'engager une action dérivée au nom et pour le compte d'Ebco relativement au paiement injustifié, prétendait-elle, des frais engagés pour l'arbitrage (2 millions de dollars). Dans des motifs détaillés, le juge Pitfield avait conclu qu'Ebco était fondée à payer les frais engagés pour l'arbitrage puisque celui-ci était le [TRADUCTION] « moyen raisonnable choisi pour éviter la liquidation d'Ebco compte

tenu de l'impasse dans laquelle se trouvaient les deux frères entre qui était partagé également le contrôle conféré par la majorité des voix ».

[28] Il n'a pas échappé à notre attention que dans le mémoire préparatoire présenté au juge saisi de la requête, les intimés prétendaient que le paiement par Elmwood des honoraires d'avocats engagés au titre de la procédure pour « manquement » constituait un détournement de bénéfices et que, de telles allégations étant des actions dérivées, elles nécessitent l'autorisation de la Cour, autorisation qui n'a pas été sollicitée. Cette prétention comporte deux défauts immédiats. En premier lieu, l'Hôpital vétérinaire Elmwood Ltée n'a, à aucun moment, été partie à un litige se rapportant à la question de savoir si la D^{re} Lizotte avait manqué à la convention unanime des actionnaires. Contrairement à ce qui est dit dans le mémoire préparatoire des intimés et à ce que l'on a prétendu devant notre Cour, Elmwood n'a jamais été appelée à « présenter une défense » concernant des mesures qu'elle avait prises en application de la convention. De plus, Elmwood n'était pas partie à l'arbitrage. En second lieu, les décisions judiciaires suivantes appuient l'argument contraire qui veut que le recours pour oppression ne soit pas écarté du fait de l'exercice du droit d'un actionnaire d'engager une action dérivée ou, autrement dit, les deux recours ne s'excluent pas mutuellement.

[29] Dans l'affaire *Gibbons c. Medical Carriers Ltd.*, 2001 MBQB 310, [2001] M.J. No. 512 (QL), la Cour se trouvait devant une décision judiciaire antérieure dans laquelle on avait conclu que les actionnaires majoritaires avaient agi sans tenir compte des intérêts légitimes de la minorité. La société avait payé les honoraires d'avocats engagés pour que les actionnaires majoritaires présentent une défense dans l'action. S'appuyant sur deux précédents antérieurs, le juge saisi de la requête avait ordonné aux actionnaires majoritaires de rembourser les honoraires d'avocats à la société pour le motif que le paiement de ces honoraires était [TRADUCTION] « inéquitable ». Le premier des deux précédents en question est la décision du juge Blair (maintenant à la Cour d'appel) dans l'affaire *Naneff c. Con-Crete Holdings Ltd.* Dans cette affaire, il y avait un litige entre actionnaires qui opposait les membres d'une même famille et dans lequel la société était une partie additionnelle et nécessaire. La Cour a conclu que les parties qui n'avaient pas eu gain de cause devaient supporter le coût du recours pour abus

et que les sommes que la société pouvait avoir déjà payées au titre des honoraires d'avocats et des débours des actionnaires qui n'avaient pas eu gain de cause, appartenaient en fait, dans les circonstances, à la société. Le fait que la société ait été partie à l'instance n'a pas eu d'incidence sur cette décision puisque celle-ci n'était que l'instrument par lequel la partie qui avait eu gain de cause avait cherché à écarter un membre de la famille de la relation d'entreprise. L'autre précédent sur lequel le juge s'est appuyé dans la décision *Gibbons* est l'arrêt *Safarik c. Ocean Fisheries Ltd.*, [1996] B.C.J. No. 76 (C.A.) (QL). On y avait fait observer, à titre de remarque incidente que [TRADUCTION] « [l]e fait d'engager l'argent de la compagnie pour présenter une défense dans une instance comme celle-ci a ironiquement comme résultat que l'actionnaire qui est l'auteur de la requête se trouve en fait à payer une partie des honoraires d'avocats de son adversaire, ce qui ne semble pas tout à fait juste lorsque le requérant obtient en fin de compte une mesure réparatoire » (par. 44). Autrement dit, la Cour a trouvé ironique que la société paye les honoraires d'avocats et les débours de l'actionnaire perdant.

[30] Pour formuler ce principe d'une façon générale, on pourrait dire que tous les actionnaires ont une attente raisonnable selon laquelle la société restera neutre pour le cas où un litige opposerait deux actionnaires ou plus en ce qui concerne l'interprétation que doit recevoir une convention unanime des actionnaires. Par conséquent, il serait raisonnable de s'attendre à ce que la société s'abstienne de rembourser à quelque partie que ce soit des honoraires d'avocats et débours engagés pour résoudre ce litige. Subsidiativement, si la société remboursait une partie, on s'attendrait à ce qu'elle rembourse toutes les parties, à cette réserve près. Une société qui paie les honoraires d'avocats des deux actionnaires qui sont parties à un litige entre actionnaires ne saurait être contestée par d'autres actionnaires si cette dépense peut être justifiée par le fait qu'il était dans l'intérêt supérieur de la société de faire en sorte que le litige sous-jacent soit tranché de façon efficace et rapide (par exemple, par voie d'arbitrage). Toutefois, les faits de la présente instance ne s'inscrivent pas dans ce cadre. Si Elmwood avait payé les frais de la requérante et des intimés dans le litige sous-jacent, il est fort peu probable que les parties auraient engagé le présent litige. À cet égard, il n'a pas échappé à notre attention

que la D^{re} Lizotte n'a pas sollicité d'ordonnance réparatoire aux termes de laquelle Elmwood lui aurait remboursé les honoraires d'avocats et les débours qu'elle avait engagés. Nous estimons que cette omission ne doit pas avoir d'incidence sur l'issue de la présente instance. L'hypothèse sous-jacente selon laquelle ni l'un ni l'autre actionnaires ne devraient être remboursés est tout aussi raisonnable que l'hypothèse qui veut que si l'on rembourse un actionnaire on doit rembourser l'autre.

[31] L'attente raisonnable peut être ramenée à un cadre plus étroit si l'on tient compte d'autres faits saillants. Il s'agit, en l'espèce, de l'actionnaire majoritaire d'une société fermée qui, conjointement avec deux autres actionnaires minoritaires, représente la majorité des administrateurs de la société. À la lumière de ces faits additionnels, on aurait pu prétendre que la D^{re} Lizotte avait une attente raisonnable selon laquelle cette majorité ne recourrait pas à sa position dominante pour enjoindre à la société de prélever sur ses revenus ou sur ses bénéfices non répartis les sommes nécessaires pour rembourser à cette même majorité les frais engagés pour poursuivre l'instance l'opposant à la minorité relativement à l'interprétation d'une convention unanime des actionnaires.

[32] Que l'attente raisonnable de la D^{re} Lizotte soit définie d'une façon large ou étroite, il ne fait aucun doute que cette attente a été frustrée. Ainsi, nous devons ensuite décider si le comportement des actionnaires et administrateurs majoritaires constituait (1) un abus, (2) un préjudice injuste ou (3) une omission injuste de tenir compte des intérêts de l'actionnaire minoritaire, la D^{re} Lizotte.

[33] S'agit-il, en l'espèce, d'un véritable cas d'« abus » ? Autrement dit, le comportement reproché à la majorité a-t-il constitué un abus de pouvoir en ce sens qu'il constitue un écart marqué par rapport aux normes de traitement équitable? Pour formuler la question autrement, la majorité a-t-elle agi de mauvaise foi en ce sens qu'elle aurait agi par dépit, par vengeance ou pour exercer des représailles ? Il est fort probable que le juge saisi de la requête aurait répondu à cette question par la négative. Dans ses motifs oraux, il a fait observer que [TRADUCTION] « néanmoins, les intimés estimaient sincèrement agir au mieux des intérêts de la société, l'Hôpital vétérinaire Elmwood Ltée ». Si l'on reconnaît que cet énoncé est véridique, il n'en demeure pas moins qu'une preuve de

mauvaise foi ou de manque de probité de la part de la présumée auteure de l'abus n'est pas essentielle pour qu'un requérant obtienne une mesure réparatoire sollicitée sous le régime du par. 166(2) de la *Loi sur les corporations commerciales*.

[34] Si l'on souscrit à la proposition voulant qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'un véritable cas d'abus, il reste à déterminer si l'actionnaire minoritaire a subi un préjudice injuste ou s'il y a eu omission injuste de tenir compte de ses intérêts, étant donné qu'il y a eu frustration de son attente raisonnable. Par souci de concision, nous concentrons notre attention sur la question de savoir si la D^{re} Lizotte a « subi un préjudice injuste ». Le juge saisi de la requête semble avoir tiré deux conclusions qui ont été fatales aux prétentions de la D^{re} Lizotte. Premièrement, il y a dans ses motifs oraux un énoncé qui appuie l'idée que le paiement en question n'a pas porté préjudice à la D^{re} Lizotte. Deuxièmement, il y conclut clairement que la D^{re} Lizotte avait agi de mauvaise foi. À elle seule, cette conclusion viendrait appuyer l'argument selon lequel rien de ce que la majorité a fait n'a été injuste en ce qui concerne la D^{re} Lizotte. Sans le dire vraiment, la société (Elmwood) prétend que la partie dont les frais n'ont pas été remboursés (la D^{re} Lizotte) avait agi de mauvaise foi, alors que les parties dont les frais ont été remboursés (les actionnaires intimés) avaient agi de façon raisonnable ou en toute bonne foi.

[35] En ce qui concerne la question de savoir si la D^{re} Lizotte a subi un préjudice du fait du paiement versé à la majorité, nous soulignons que le juge saisi de la requête a fait observer que puisque la D^{re} Arseneault détenait 85 % des actions en circulation, elle aurait assumé 85 % des sommes qu'Elmwood avait versées en son nom et au nom des techniciens qui travaillaient pour Elmwood, par conséquent, la D^{re} Lizotte n'avait contribué que dans une [TRADUCTION] « faible proportion » au remboursement des frais engagés par ses adversaires. En toute déférence, le juge saisi de la requête se lançait ici dans de pures conjectures. Nous ne disposons de presque aucun élément de preuve en ce qui concerne l'incidence pécuniaire exacte que le paiement contesté a pu avoir sur la D^{re} Lizotte. D'après le dossier d'appel, il semblerait que l'Hôpital vétérinaire Elmwood rémunère les vétérinaires en leur versant un salaire, mais nous ne savons pas

très bien si cette rémunération est fonction des revenus que génère chaque vétérinaire. Dans son affidavit, toutefois, la D^{re} Arseneault témoigne que pendant une période de vingt ans, l'actionnaire majoritaire (la D^{re} Arseneault, supposons-nous) fixait annuellement le montant des dividendes que recevrait chaque actionnaire et les administrateurs signaient une résolution en ce sens. Le dossier donne l'impression que les dividendes sont le moyen qu'avait retenu la société pour distribuer des gratifications de fin d'année. Il semble également que cette pratique a cessé, en 2008, après que les parties ont décidé de faire instruire leurs différends. Dans les circonstances, non seulement la présomption de préjudice n'a pas été réfutée, mais le dossier appuie la conclusion voulant que la D^{re} Lizotte ait subi un préjudice supplémentaire du fait du remboursement des honoraires d'avocats et des débours des intimés.

[36] L'étape suivante de l'analyse consiste à décider si la D^{re} Lizotte a été traitée d'une façon « injuste ». Le juge saisi de la requête a effectivement conclu qu'il n'y avait rien d'injuste dans ce que les actionnaires majoritaires avaient fait puisque c'est la D^{re} Lizotte qui avait agi de mauvaise foi. À n'en pas douter, le juge saisi de la requête a souscrit à l'argument des actionnaires intimés selon lequel la D^{re} Lizotte avait agi de mauvaise foi. Plus précisément, au début de ses observations orales, le juge saisi de la requête a dit que la D^{re} Lizotte n'avait pas agi de bonne foi lorsqu'elle avait conclu un marché en vue de l'achat des actions de la D^{re} Beaulieu d'une manière qui contrevenait à la convention unanime des actionnaires. Le juge saisi de la requête a également souligné que l'arbitre avait lui aussi dit la même chose de l'achat par la D^{re} Lizotte des actions de la D^{re} Beaulieu avant d'annuler le transfert et d'ordonner que la vente des actions de la D^{re} Beaulieu ait lieu conformément à la convention (c'est-à-dire qu'elles soient offertes à tous les actionnaires et non à une seule). Vers la fin de ses remarques, le juge saisi de la requête a fait le commentaire suivant : [TRADUCTION] « Conclusion finale : La requérante, Cindy Lizotte, a adopté une attitude qui est contraire à l'intérêt général et à l'esprit de la convention unanime des actionnaires qu'elle a passée en 2003 avec les intimés ». Quelques phrases plus loin, le juge saisi de la requête parle de la tentative d'achat des actions de la D^{re} Beaulieu comme [TRADUCTION] d'un « autre exemple

d'une situation où Cindy Lizotte a montré qu'elle n'avait pas l'esprit d'équipe et qu'elle faisait passer ses intérêts personnels avant ceux de la société [...] ».

[37] La décision du juge saisi de la requête de dire de la D^{re} Lizotte qu'elle avait agi de mauvaise foi est entachée d'au moins deux vices fatals. On se rappellera qu'Elmwood a remboursé aux intimés les honoraires d'avocats et les débours engagés relativement à la requête introduite par la D^{re} Lizotte en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant qu'elle n'avait pas manqué à la convention unanime des actionnaires et ainsi empêcher les intimés de l'écarter comme actionnaire et administratrice d'Elmwood. C'est la D^{re} Lizotte qui a eu gain de cause dans le cadre de cette requête et l'appel subséquent des intimés devant notre Cour a été rejeté. Il n'y a tout simplement aucune preuve de mauvaise foi de la part de la D^{re} Lizotte en ce qui concerne les événements qui ont marqué ce litige. Les intimés et le juge saisi de la requête se sont plutôt attachés au litige antérieur qui portait sur la validité de la vente des actions de la D^{re} Beaulieu à la D^{re} Lizotte. Certes, l'arbitre a conclu que la vente avait contrevenu à la convention unanime des actionnaires, et tant l'arbitre que le juge saisi de la requête ont déclaré que ce manquement constituait une preuve de mauvaise foi de la part de la D^{re} Lizotte. Toutefois, même si cette déclaration d'inconduite de sa part était valable, la conduite en question n'a rien à voir avec le litige concernant le remboursement par Elmwood des actionnaires intimés. De plus, la conclusion de mauvaise foi qui a donné lieu, dans l'instance antérieure, à la décision de l'arbitre est fondamentalement défectueuse. Cette dernière conclusion nécessite certaines précisions.

[38] Le juge saisi de la requête et l'arbitre ont tous deux considéré la vente des actions de la D^{re} Beaulieu à la D^{re} Lizotte comme une violation grave ou flagrante de la convention unanime des actionnaires. En résumé, la convention ne comportait aucune ambiguïté. Il était manifeste que les ventes de cette nature étaient interdites. Toute offre en vue de vendre des actions devait être présentée à tous les actionnaires et non à une seule. N'eût été le fait que les D^{res} Lizotte et Beaulieu avaient sollicité et obtenu les conseils d'un avocat quant à la validité du transfert d'actions envisagé, avant de mettre la dernière main à leur entente, et n'eût été le fait que selon les avis juridiques reçus, la

vente envisagée ne violait pas la convention, l'allégation de mauvaise foi formulée devant le juge saisi de la requête aurait pu être soutenable. Le fait que les D^{res} Beaulieu et Lizotte se sont entendues sur l'achat et la vente des actions avant d'obtenir ces avis n'a aucune importance. Ce qui est pertinent, c'est que la consultation a eu lieu avant la clôture du transfert des actions. Dans les circonstances, le plaidoyer de mauvaise foi doit être rejeté, même si l'on pouvait passer outre au fait que l'allégation se rapporte à une instance qui n'a aucun rapport avec celle traitant du fait qu'Elmwood avait remboursé les actionnaires qui n'avaient pas eu gain de cause.

[39] Aux yeux de certains, notre conclusion d'erreur manifeste et dominante en ce qui concerne la conclusion de mauvaise foi de la part de la D^{re} Lizotte que le juge saisi de la requête a tirée, pourrait être peu convaincante. Il pourrait en être ainsi en raison de la conclusion antérieure de l'arbitre selon laquelle les D^{res} Lizotte et Beaulieu avaient agi de mauvaise foi pour ce qui concernait leur tentative ratée d'effectuer un transfert d'actions. Une réponse courte suffit à réfuter cet argument éventuel. Ni le juge saisi de la requête ni notre Cour ne sont liés par cette conclusion parce qu'elle relève de la catégorie des « remarques incidentes ». L'arbitre était saisi d'une seule question : celle de savoir si, selon les règles d'interprétation des contrats, la vente des actions avait contrevenu aux dispositions de la convention unanime des actionnaires.

[40] Nous marquons une pause pour mentionner que l'arbitre a semblé peu impressionné par le fait que les deux vétérinaires avaient obtenu un avis juridique en ce qui concernait la validité du transfert des actions, avis qui a été confirmé dans une lettre du cabinet d'avocats datée du 13 juin 2007 et adressée aux avocats de la D^{re} Arseneault. Voici ce qu'a dit l'arbitre : [TRADUCTION] « Les actes qu'ont accomplis les D^{res} Lizotte et Beaulieu après le 6 juin avaient uniquement pour but de donner une apparence de légitimité à leur marché au regard des dispositions de la convention ». Ce commentaire accablant était fondé, en partie, sur le témoignage par affidavit de M. Bird et de M^{me} LeBlanc qui ont témoigné que le même cabinet d'avocats leur avait [TRADUCTION] « verbalement » précisé, au moment de la signature de la convention unanime des actionnaires (en 2003), que toute vente d'actions devait nécessairement être

précédée d'une offre à tous les actionnaires et non à un seul actionnaire. Il va sans dire qu'en l'espèce, le juge saisi de la requête n'était pas lié par la conclusion que l'arbitre avait tirée en *obiter*. Ce que le juge saisi de la requête devait prendre en compte, c'était la lettre plus récente du cabinet d'avocats dont la crédibilité avait été attaquée par la conclusion de l'arbitre. Cette lettre a été déposée comme moyen de défense à l'allégation d'inconduite et elle explique les circonstances dans lesquelles a été donné l'avis juridique relatif à la validité du transfert des actions : voir l'affidavit de la D^{re} Arseneault ainsi que la lettre qui y est jointe comme pièce « A » et est datée du 19 août 2009. D'aucuns pourraient mettre en cause la sagesse de l'avis juridique, mais le fait que deux non-juristes l'ont sollicité et se sont fondées sur cet avis ne constitue pas une preuve de mauvaise foi de leur part.

[41] Dans le mémoire préparatoire des intimés qui a été présenté au juge saisi de la requête, on trouve des allégations selon lesquelles la D^{re} Lizotte aurait fait preuve de mauvaise foi en persistant à s'assurer qu'un règlement administratif de l'Association des médecins vétérinaires du Nouveau-Brunswick, qui interdisait à une personne qui n'est pas vétérinaire de détenir des actions dans une organisation professionnelle, serait appliqué. Dans son affidavit, la D^{re} Arseneault affirme qu'avant que la D^{re} Lizotte ne cherche à faire appliquer le règlement administratif en question, elle avait indiqué que Kurt Bird et Patricia LeBlanc pourraient conserver leurs actions à la condition que les deux techniciens s'abstiennent de voter sur l'émission de nouvelles actions d'Elmwood. En fait, cette offre est formulée dans une lettre préparée par un avocat de la D^{re} Lizotte qui appartenait à un autre cabinet d'avocats; lettre qui expose d'éventuelles conditions de règlement amiable du litige sous-jacent. Là encore, les allégations de mauvaise foi ne sont pas soutenables. La même chose est vraie en ce qui concerne les allégations de manque de professionnalisme formulées à l'endroit de la D^{re} Lizotte. Ces allégations se rapportent à la façon dont elle traite, par exemple, le personnel et les clients (les propriétaires d'animaux de compagnie). La preuve par affidavit des intimés est truffée d'accusations de cette nature. Ces accusations sont sans rapport avec les questions qui ressortissent à l'entreprise et qui sont mentionnées dans l'avis de requête. Ce sont plutôt des questions qui devraient être examinées à la lumière des principes du droit du travail.

[42] En conclusion, nous sommes d'avis que le juge saisi de la requête a commis une erreur en refusant d'accorder à la D^{re} Lizotte la mesure réparatoire qu'elle sollicitait en vertu du par. 166(2) de la *Loi*. Selon une norme objective, celle-ci avait une attente raisonnable selon laquelle Elmwood ne paierait pas les honoraires d'avocats et débours engagés par les intimés pour présenter une défense, défense qui a été rejetée, dans le cadre de la demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant qu'elle n'avait pas manqué à la convention unanime des actionnaires. Cette attente a été frustrée et la D^{re} Lizotte a subi un préjudice qui était, de surcroît, injuste.

B. *L'émission d'actions en faveur de Kim Maillet*

[43] La question qu'il reste à trancher est celle de savoir si le juge saisi de la requête a commis une erreur en rejetant la prétention de la D^{re} Lizotte selon laquelle la prétendue émission d'actions en faveur de la D^{re} Maillet, le 8 septembre 2011, n'était pas valide pour l'une ou l'autre, ou plusieurs, des trois raisons invoquées. Cette question suscite un problème pour la raison suivante. D'après le dossier dont nous disposons, aucune action n'a en fait été émise au profit de la D^{re} Maillet. Lors de l'assemblée des actionnaires et administrateurs tenue le 8 septembre, une résolution autorisant l'émission d'actions au profit de cette vétérinaire a été adoptée. Toutefois, le nombre des actions qui devaient être émises à son profit n'a pas été précisé. Cela dit, nous sommes conscients du fait que le dossier révèle que lors d'une réunion des administrateurs qui a eu lieu le 15 janvier 2009, Elmwood avait résolu d'acheter les actions de la D^{re} Lizotte et de céder le droit d'achat à la D^{re} Maillet pour le motif que la D^{re} Lizotte avait manqué à la convention unanime des actionnaires. Bien entendu, cette réunion a donné lieu au dépôt de l'avis de requête à la suite duquel la D^{re} Lizotte a finalement eu gain de cause. Il nous reste donc à examiner les trois motifs de nullité liés à la résolution du 8 septembre 2011.

[44] En premier lieu, la D^{re} Lizotte a prétendu qu'aux termes du par. 23(1) de la *Loi sur les corporations commerciales*, seuls les administrateurs peuvent émettre des actions. Ce paragraphe dispose que sous réserve de l'article 27 ainsi que des statuts ou règlements administratifs de la société ou d'une convention unanime des actionnaires, les

actions peuvent être émises aux époques et au profit de personnes ou catégories de personnes déterminées par les administrateurs. La D^{re} Lizotte prétend qu'il n'y a rien dans les statuts ou règlements administratifs d'Elmwood qui prive les administrateurs de leur pouvoir de déterminer à quelles époques des actions sont émises. Bien que le dossier dont nous disposons ne contienne pas les statuts ou règlements administratifs d'Elmwood, il existe une réponse courte à cet argument. Puisque chaque actionnaire est aussi administrateur d'Elmwood, le fait que la résolution ait été adoptée lors d'une assemblée des actionnaires ressortit à la forme et non au fond.

[45] Les deuxième et troisième motifs de nullité peuvent être regroupés en un seul. La D^{re} Lizotte prétend que l'émission d'actions qui est envisagée au profit de la D^{re} Maillet constitue un abus parce qu'il y aurait dilution du pourcentage que représente son intérêt dans l'entreprise à titre d'actionnaire minoritaire, ce qui contrevient à l'art. 27 de la *Loi sur les corporations commerciales*. En gros, l'art. 27 dispose que sous réserve de ce qui est prévu dans les statuts, dans le cas où la société projette d'émettre des actions de participation [*actions d'équité* dans la *Loi*] et si cette émission porte atteinte à leurs « droits illimités aux dividendes », les détenteurs d'actions de participation ont un droit de préemption qui leur confère le droit d'acheter ces actions dans la mesure permettant autant que possible de protéger la relativité de leurs droits illimités aux dividendes. L'article 27 s'applique également à l'émission de nouvelles actions conférant un droit de vote qui aurait un effet préjudiciable sur le droit de vote des détenteurs de ces actions, de la même manière qu'il régit l'émission de nouvelles actions de participation.

[46] La façon la plus simple de trancher cette question consiste à conclure que puisque aucune action n'a été émise au profit de la D^{re} Maillet, toute décision de notre Cour en ce qui concerne la validité de la résolution en question serait prématurée. Il existe toutefois une autre raison impérieuse pour laquelle nous devons refuser de rendre une ordonnance déclarant la résolution non valide. L'argument de la D^{re} Lizotte manque de substance en ce sens qu'il ne trouve pas appui, par exemple, dans la jurisprudence se rapportant à l'interprétation de l'art. 27 ou d'une disposition équivalente. De plus, on ne nous a rien dit en ce qui concerne l'émission d'actions d'Elmwood. Le dossier est muet

quant aux actions de participation et aux actions avec droit de vote et quant à ce que contiennent les statuts constitutifs. Nous ne savons pas si l'un quelconque des actionnaires a des droits illimités aux dividendes (le dossier donne à penser le contraire). Finalement, comment est-il possible d'affirmer que l'émission de nouvelles actions causera un préjudice à un actionnaire sans même savoir combien d'actions seront émises ? Dans les circonstances, la Cour n'a pas d'autre solution que de confirmer la décision du juge saisi de la requête de rejeter cet aspect de la requête.

V. Dispositif

[47] Nous accueillons l'appel en partie et annulons l'ordonnance du juge saisi de la requête dans laquelle il a refusé à l'appelante la mesure réparatoire visée au par. 166(2) de la *Loi*. L'appelante a droit à une ordonnance lui accordant la mesure réparatoire sollicitée en vertu de ce paragraphe. Nous annulons également l'ordonnance relative aux dépens qui a été rendue par le tribunal d'instance inférieure. Étant donné les circonstances particulières de la présente instance et compte tenu du fait que les parties ont partiellement eu gain de cause dans le cadre du présent appel, aucuns dépens ne seront accordés que ce soit au titre de la requête ou du présent appel.