

**Consolidated Enfield Corporation** Appellant

v.

**Michael F. Blair** Respondent

INDEXED AS: BLAIR v. CONSOLIDATED ENFIELD CORP.

File No.: 23887.

Hearing and judgment: March 21, 1995.

Reasons delivered: October 19, 1995.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Company law — Corporations — Directors and officers — Indemnity — Election of directors — Validity of proxies — President of corporation chairing annual shareholders' meeting — President ruling that certain proxies could be used to vote only in favour of management slate of directors — Court overturning ruling and awarding costs against president and corporation — Whether president entitled to be indemnified by corporation for costs — Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 136(1).*

The respondent was the president and a director of the appellant corporation, which was plagued with infighting between him and another shareholder ("Canadian Express"). The respondent, as president of the corporation, was obliged under the by-laws to act as chairman of the annual shareholders' meeting, at which the new board of directors was to be elected. A management information circular had been issued in which 11 candidates were proposed for the 11 director positions. The respondent was part of this slate, which divided 6-5 in favour of his "camp" over Canadian Express's group. Although the Board had agreed on these candidates, at the shareholders' meeting Canadian Express nominated a surprise 12th candidate from the floor, thereby requiring a more formal election. The surprise candidate was elected, replacing the respondent. The night before the meeting, however, the respondent had been advised by corporate counsel that the proxies of Canadian Express and its supporters which had been deposited that day could be used to vote only in favour of the management slate since no specifications had been made thereon to

**Consolidated Enfield Corporation** Appelante

c.

**Michael F. Blair** Intimé

RÉPERTORIÉ: BLAIR c. CONSOLIDATED ENFIELD CORP.

N° du greffe: 23887.

Audition et jugement: 21 mars 1995.

Motifs déposés: 19 octobre 1995.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit des compagnies — Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Indemnisation — Élection d'administrateurs — Validité des procurations — Présidence de l'assemblée annuelle des actionnaires assumée par le président de la société — Décision du président que certaines procurations ne pourront être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction — Tribunal renversant cette décision et condamnant le président et la société à payer des dépens — Le président a-t-il droit à l'indemnisation de frais par la société? — Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 136(1).*

L'intimé était président et administrateur de la société appelante, affectée par une querelle intestine entre l'intimé et un autre actionnaire («Canadian Express»). L'intimé, en sa qualité de président de la société, devait, en vertu des règlements administratifs, présider l'assemblée annuelle des actionnaires, au cours de laquelle un nouveau conseil d'administration devait être élu. La direction de la société avait distribué une circulaire d'information dans laquelle 11 candidats étaient proposés pour les 11 postes d'administrateur. L'intimé faisait partie de cette liste qui comptait six candidats du «camp» de Blair et cinq du groupe Canadian Express. Même si les membres du conseil d'administration s'étaient mis d'accord sur ces candidats, lors de l'assemblée des actionnaires, Canadian Express a proposé inopinément un douzième candidat qui se trouvait dans l'assistance, exigeant de ce fait la tenue d'une élection plus formelle. Ce candidat inopiné a été élu et a remplacé l'intimé. Toutefois, la veille de l'assemblée, les avocats de la société avaient informé l'intimé que les procurations déposées ce jour-là par Canadian Express et ses parti-

indicate otherwise. After the voting had taken place, the respondent once again solicited corporate counsel's advice on what he should do with the proxy votes. Following counsel's advice that the proxy votes in favour of the surprise candidate were invalid, the respondent declared that that candidate had received no votes and that the 11 candidates in the management circular had been elected. He refused to entertain any discussion of the decision. The respondent then convened another shareholders' meeting, for the purpose of settling the outstanding voting issues. The provincial Supreme Court found that the respondent's ruling with respect to the proxies was wrong in law and that he was in breach of his fiduciary duties. This decision was upheld on appeal. The respondent's application for an order that he be indemnified by the corporation for the legal costs incurred in defending his corporate acts was dismissed on the ground that his conduct had not been in the best interests of the company and was therefore outside the scope of the right to indemnification provided for in s. 136(1) of the Ontario *Business Corporations Act*. The Court of Appeal set aside this decision and permitted the respondent to be indemnified for all proceedings, except the appeal of the decision regarding the validity of the impugned proxies.

**Held:** The appeal should be dismissed.

Section 136(1) and the corporation's by-law which closely resembles it specify three conditions that the director or officer must fulfil in order to receive indemnification for the costs of defending litigation: (1) the person must have been made a party to the litigation by reason of being a director or an officer of the corporation; (2) the costs must have been reasonably incurred; and (3) the person must have acted honestly and in good faith with a view to promoting the best interests of the corporation. There is no reason to disturb the findings of the Court of Appeal that the expenses were reasonably incurred: (a) corporate counsel were retained in the annual meeting litigation to act for both the corporation and the respondent, in his capacity as chairman of the meeting; (b) the corporation's board reviewed the issue of whether it should have separate counsel from the respondent and determined that there were no grounds for taking such action; (c) the respondent added nothing to the costs of the litigation arising out of the shareholders' annual meeting; and (d) the respondent's conduct following the shareholders' meeting, in requisitioning

sans ne pourraient être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction, étant donné qu'aucune indication de voter autrement n'y figurait. Après le vote, l'intimé a demandé, une fois de plus, aux avocats de la société des conseils sur ce qu'il devrait faire des votes par procuration. À la suite des conseils des avocats selon lesquels les votes par procuration en faveur du candidat inopiné étaient invalides, l'intimé a déclaré que ce dernier n'avait obtenu aucun vote et que les 11 candidats nommés dans la circulaire de la direction avaient été élus. Il s'est refusé à toute discussion de sa décision. L'intimé a alors convoqué une autre assemblée des actionnaires dans le but de régler les questions pendantes du scrutin. La Cour suprême de la province a conclu que la décision de l'intimé, relativement aux procurations, constituait une erreur de droit et qu'il avait manqué à ses obligations fiduciaires. La décision de la Cour suprême de la province a été maintenue en appel. La demande de l'intimé visant à obtenir une ordonnance enjoignant à la société de l'indemniser des frais de justice engagés pour défendre les actes qu'il avait accomplis à titre de président de la société a été rejetée pour le motif que sa conduite n'avait pas été au mieux des intérêts de la société, et qu'elle n'était donc pas visée par le droit à l'indemnisation prévu au par. 136(1) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario. La Cour d'appel a annulé cette décision et a permis à l'intimé d'être indemnisé relativement à toutes les procédures, à l'exception de l'appel de la décision portant sur la validité des procurations contestées.

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 136(1) et le règlement administratif de la société, qui lui ressemble beaucoup, énoncent trois conditions que l'administrateur ou le dirigeant doit remplir pour se faire indemniser des frais engagés pour se défendre lors d'un litige: (1) la personne doit avoir été constituée partie au litige en raison de son poste d'administrateur ou de dirigeant de la société, (2) les frais engagés doivent être raisonnables, et (3) la personne doit avoir agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les frais engagés sont raisonnables: a) les services des avocats de la société ont été retenus, dans le cadre du litige relatif à l'assemblée annuelle, pour représenter à la fois la société et l'intimé, en sa qualité de président de l'assemblée, b) le conseil d'administration de la société s'est demandé s'il devait avoir recours à des avocats différents de ceux de l'intimé, et il a décidé que rien ne justifiait de le faire, c) l'intimé n'a rien ajouté aux frais du litige découlant de l'assemblée annuelle des actionnaires, et d) la conduite que l'intimé a adoptée, à la suite

another shareholders' meeting for the purpose of electing directors, was consistent with his protestations throughout that he had no interest in leading the company if voted out by a majority of informed shareholders. The respondent is involved in this litigation in his capacity as director/chairman of the corporation, not in his personal capacity. Canadian Express's application directly involved the corporation's reputation and the integrity of its voting procedures; moreover, the respondent's participation in the impugned proceedings flows entirely from his role as chairman of the meeting, not from his status as a shareholder.

The respondent has also satisfied the good faith requirement contained in s. 136(1). Persons are assumed to act in good faith unless proven otherwise. The best interests of the corporation in this appeal centre solely on the maintenance of the integrity and propriety of the voting procedure. The duty of a chairman is one of honesty and fairness to all individual interests and is directed generally toward the best interests of the company. The fact that a chairman has an interest in the outcome of a decision does not impugn the integrity of the process because of the mere appearance of bias. It is the corporation's shareholders who concluded that it is to be the president of the company (who is allowed to be a director) — a person who invariably is interested in every matter discussed at the shareholders' meetings — who is to act as chairman. In this respect, there is no unacceptable appearance of bias because it was never contemplated that the chairman was to be someone who would appear to be totally disinterested in the first place. Although a chairman has an obligation to promote administrative fairness, this is necessarily tempered with the need to control and organize a meeting so as to ensure that it proceeds effectively. In closing debate on the proxy issue, the respondent was, based on corporate counsel's instructions, fulfilling his responsibility as chairman to see that the shareholders' instructions as set out in the proxies were followed. Further, allowing the meeting to devolve into a shouting match between two rival camps debating a complex and unsettled area of corporations law could hardly be seen as enhancing the validity and integrity of the corporation's voting procedure. The fact that the respondent made the impugned ruling with the *bona fide* intent that the corporation have a lawfully elected board of directors constitutes evidence that he acted honestly and in good

de l'assemblée des actionnaires, en demandant qu'une autre assemblée des actionnaires soit tenue dans le but d'élire les administrateurs, était conforme à ses protestations répétées selon lesquelles il n'avait aucun intérêt à diriger la société s'il n'était pas réélu par une majorité d'actionnaires bien informés. L'intimé participe au présent litige en sa qualité d'administrateur et de président d'assemblée de la société, et non à titre personnel. La demande de Canadian Express concernait directement la réputation de la société et l'intégrité de ses procédures de scrutin; de plus, la participation de l'intimé aux procédures contestées découle entièrement de son rôle de président de l'assemblée, et non de son statut d'actionnaire.

L'intimé a aussi satisfait à l'exigence de bonne foi du par. 136(1). En l'absence de preuve contraire, on présume que les gens agissent de bonne foi. En l'espèce, c'est le maintien de l'à-propos et de l'intégrité de la procédure de scrutin qui est au mieux des intérêts de la société. Le président d'une assemblée est tenu d'agir de façon intègre et équitable envers tous les intéressés individuellement et, en général, au mieux des intérêts de la société. Le fait que le président d'une assemblée ait un intérêt dans le résultat d'une décision ne compromet pas l'intégrité du processus simplement en raison de l'apparence de partialité. Ce sont les actionnaires de la société qui ont conclu qu'il appartenait au président de la société (qui peut être un administrateur) — une personne qui a inmanquablement un intérêt dans toutes les questions débattues aux assemblées d'actionnaires — de présider leurs assemblées. À cet égard, il n'y a aucune apparence inacceptable de partialité, parce qu'au départ on n'a jamais prévu que le président devrait être quelqu'un qui paraîtrait complètement désintéressé. Bien que le président d'une assemblée soit tenu de promouvoir l'équité administrative, cela est nécessairement tempéré par le besoin de contrôler et d'organiser une assemblée de manière à ce qu'elle se déroule efficacement. En mettant fin au débat sur la question des procurations, l'intimé se trouvait, compte tenu des directives des avocats de la société, à s'acquitter de la responsabilité, qui lui incombait à titre de président de l'assemblée, de veiller à ce que les instructions données par les actionnaires dans les procurations soient suivies. De plus, permettre à l'assemblée de dégénérer en un affrontement verbal entre deux camps rivaux qui débattent un sujet complexe et incertain du droit des sociétés, pourrait difficilement être considéré comme rehaussant la validité et l'intégrité de la procédure de scrutin de la société. Le fait que l'intimé a pris de bonne foi la décision contestée, afin que la société ait un conseil d'administration légalement élu, prouve qu'il a agi avec inté-

faith and with a view to the best interests of the corporation for the purposes of s. 136(1).

While mere *de facto* reliance on legal advice will not guarantee indemnification, reliance that is reasonable and in good faith will establish that a director or officer acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. The respondent's reliance on corporate counsel's advice in this case was both reasonable and in good faith. In deciding not to reject the advice of counsel, the respondent in fact fulfilled his fiduciary duty. The advice given would, to a layperson in the respondent's circumstances (and with his business experience), have been ostensibly credible.

By following the instructions on the proxies and then requisitioning a new shareholders' meeting, the respondent gave all shareholders an opportunity to make a fully informed decision regarding the election of the directors, thereby promoting the integrity of the corporation's voting procedures. Canadian Express suffered no prejudice in respect of its voting rights in that it had the opportunity to nominate and support its surprise candidate at the new meeting or pursue legal action against the corporation. Instead of waiting for the newly requisitioned meeting (at which it could have ensured that its proxies were filled out in accordance with corporate counsel's instructions), Canadian Express took the far more circuitous route of obtaining its candidate's election through the court system, with the hope of transferring the costs thereof onto the respondent.

Permitting the respondent to be indemnified is consonant with the broad policy goals underlying indemnity provisions; these allow for reimbursement for reasonable good faith behaviour, thereby discouraging the hindsight application of perfection. Indemnification is geared to encourage responsible behaviour yet still permit enough leeway to attract strong candidates to directorships and consequently foster entrepreneurship. It is for this reason that indemnification should only be denied in cases of *mala fides*.

#### Cases Cited

**Not followed:** *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344; **referred to:** *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Alcyon*

grité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société, conformément au par. 136(1).

Bien que le simple fait que l'on s'en soit remis à des conseils juridiques ne garantisse pas l'indemnisation, le fait qu'un administrateur ou un dirigeant s'en soit remis raisonnablement et de bonne foi à ces conseils établira qu'il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. En l'espèce, l'intimé s'en est remis raisonnablement et de bonne foi aux conseils des avocats de la société. En décidant de ne pas rejeter les conseils des avocats, l'intimé a, en fait, rempli son obligation fiduciaire. Les conseils donnés auraient été manifestement crédibles pour une personne non juriste placée dans la situation de l'intimé (et possédant son expérience des affaires).

En suivant les instructions contenues dans les procurations et en demandant qu'une nouvelle assemblée des actionnaires soit convoquée, l'intimé a donné à tous les actionnaires la possibilité de prendre une décision parfaitement éclairée au sujet de l'élection des administrateurs, et a préservé de ce fait l'intégrité des procédures de scrutin de la société. Canadian Express n'a subi aucun préjudice quant à ses droits de vote, étant donné qu'elle avait la possibilité de nommer et d'appuyer son candidat inopiné lors de la nouvelle assemblée, ou d'initier une action en justice contre la société. Au lieu d'attendre la tenue de la nouvelle assemblée demandée (à laquelle elle aurait pu s'assurer que ses procurations seraient exécutées conformément aux directives des avocats de la société), Canadian Express a emprunté la voie beaucoup plus sinueuse des procédures judiciaires pour obtenir l'élection de son candidat, en espérant que l'intimé en assumerait les frais.

Permettre à l'intimé d'être indemnisé est conforme aux objectifs de principe généraux qui sous-tendent les dispositions en matière d'indemnisation; celles-ci permettent le remboursement dans les cas de conduite raisonnable et de bonne foi, décourageant ainsi l'application après coup de normes de perfection. L'indemnisation vise à encourager la conduite responsable, mais laisse tout de même assez de latitude pour attirer des candidats solides aux postes d'administrateurs, et favorise donc l'esprit d'entreprise. C'est pour cette raison que l'indemnisation ne devrait être refusée que dans les cas de mauvaise foi.

#### Jurisprudence

**Arrêt non suivi:** *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344; **arrêts mentionnés:** *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537;

*Shipping Co. v. O'Krane*, [1961] S.C.R. 299; *Walters v. Essex County Board of Education*, [1974] S.C.R. 481; *Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938; *Johnson v. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243; *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130; *Byng v. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280; *National Dwellings Society v. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159; *Cohen-Herrendorf v. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Exco Corp. v. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149; *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, leave to appeal refused, [1994] 2 S.C.R. viii; *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407, aff'd [1925] Ch. 500 (C.A.).

#### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, ss. 107, 134(1), 135(4), 136(1).  
*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10, s. 119.  
*Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, s. 119.  
*Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 124.  
*Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 152.  
*Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, s. 119.  
*Corporations Act*, R.S.N. 1990, c. C-36, s. 205.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, r. 5, 51.  
*Securities Act*, R.S.O. 1980, c. 466.

#### Authors Cited

Daniels, Ronald J., and Susan M. Hutton. "The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance" (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182.  
 Ziegel, Jacob S., et al. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303, reversing a decision of Carruthers J., [1992] O.J. No. 2291 (QL), dismissing the respondent's application for indemnification. Appeal dismissed.

*Alcyon Shipping Co. c. O'Krane*, [1961] R.C.S. 299; *Walters c. Essex County Board of Education*, [1974] R.C.S. 481; *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938; *Johnson c. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243; *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130; *Byng c. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280; *National Dwellings Society c. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159; *Cohen-Herrendorf c. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Exco Corp. c. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 2 R.C.S. viii; *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407, conf. par [1925] Ch. 500 (C.A.).

#### Lois et règlements cités

*Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 119.  
*Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15, art. 119.  
*Company Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 152.  
*Corporations Act*, R.S.N. 1990, ch. C-36, art. 205.  
*Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 119.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 124.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 107, 134(1), 135(4), 136(1).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 5, 51.  
*Securities Act*, R.S.O. 1980, ch. 466.

#### Doctrine citée

Daniels, Ronald J., and Susan M. Hutton. «The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182.  
 Ziegel, Jacob S. et al. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303, qui a infirmé la décision du juge Carruthers, [1992] O.J. No. 2291 (QL), qui avait rejeté la demande d'indemnisation de l'intimé. Pourvoi rejeté.

*Dennis R. O'Connor, Q.C., and Ronald Foerster, for the appellant.*

*Patricia A. Virc, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal was dismissed from the bench on March 21, 1995, with reasons to follow. These are those reasons.

This appeal requires us to determine who should bear the costs of legally contesting a disputed directors' election: the corporation, or the chairman in his personal capacity as the individual making the impugned ruling?

#### I. Background

The respondent Blair was, from 1984 to 1989, the President and a Director of the appellant Consolidated Enfield Corporation ("Enfield"). In 1989, Enfield was plagued with fairly serious corporate infighting between Blair and another shareholder, Canadian Express Limited ("Canadian Express"), which had, in 1988, elected some of its officers (Willard L'Heureux and Manfred Walt) to Enfield's Board of Directors.

The dispute came to a head on July 20, 1989 when Enfield's annual shareholders' meeting was scheduled to take place. Blair, as President of the company, was obliged under the by-laws to act as chairman. One of the matters on the agenda was the election of the new Board of Directors. A management information circular had been previously issued in which 11 candidates were proposed for the 11 director positions. Blair was part of this slate, which divided 6-5 in favour of Blair's "camp" over the Canadian Express group.

Although the Board had agreed on these candidates, on the day of the shareholders' meeting, Canadian Express nominated a surprise 12th candidate from the floor, Timothy Price, thereby requir-

*Dennis R. O'Connor, c.r., et Ronald Foerster, pour l'appelante.*

*Patricia A. Virc, pour l'intimé.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Notre Cour a rejeté le présent pourvoi à l'issue de l'audience tenue le 21 mars 1995, affirmant qu'elle ferait connaître ses motifs ultérieurement. Voici donc ces motifs.

Ce pourvoi nous oblige à déterminer qui devrait assumer les frais de contestation judiciaire d'une élection d'administrateurs: la société en cause, ou son président, à titre personnel, pour avoir pris la décision contestée?

#### I. Les faits

L'intimé Blair a été, de 1984 à 1989, président et administrateur de l'appelante Consolidated Enfield Corporation («Enfield»). En 1989, Enfield a été affectée par une assez sérieuse querelle intestine entre Blair et un autre actionnaire, Canadian Express Limited («Canadian Express»), qui avait, en 1988, élu certains de ses dirigeants (Willard L'Heureux et Manfred Walt) au conseil d'administration d'Enfield.

La querelle a atteint son paroxysme le 20 juillet 1989, au moment de fixer la date de l'assemblée annuelle des actionnaires d'Enfield. Blair, en sa qualité de président de la société, devait, en vertu des règlements administratifs, présider l'assemblée. L'élection d'un nouveau conseil d'administration était l'un des points à l'ordre du jour. La direction de la société avait précédemment distribué une circulaire d'information dans laquelle 11 candidats étaient proposés pour les 11 postes d'administrateur. Blair faisait partie de cette liste qui comptait six candidats du «camp» de Blair et cinq du groupe Canadian Express.

Même si les membres du conseil d'administration s'étaient mis d'accord sur ces candidats, lors de l'assemblée des actionnaires, Canadian Express a proposé inopinément un douzième candidat,

ing a more formal election. According to Canadian Express, although it had originally intended to vote for the management slate of directors, including Blair, Blair's actions in the months before the election (during which Canadian Express alleges that it and Blair had signed an "accord" to work together in the best interests of Enfield) purportedly indicated that he had no intention of co-operating with the Canadian Express camp.

The Canadian Express camp, with Walt being the proxyholder for these shares, combined with Ravelston Corporation Limited (another shareholding group whose proxyholder was John Boulton) and together pooled their voting shares. Their coalition represented 43 percent of the total shares and a majority of the shares actually voted at the meeting. The one candidate they did not vote for was Blair. For his part, Blair, through his own holdings (14 percent of Enfield), plus substantial management proxy support, culled together 41 percent of the total shares. The effect of the election was that Blair was out and Price was in as the 11th director. This reflected a total change in control of the Board in favour of the nominees of Canadian Express.

There was, however, one major complication. On July 19, 1989, the night before the shareholders' meeting, the respondent had met with a representative of the scrutineer, Montreal Trust Company, and Enfield's corporate counsel, Osler, Hoskin & Harcourt ("Osler"), who had advised him that the Canadian Express and Ravelston proxies which had been deposited that day could be used to vote only in favour of the management slate since the instructions in the proxies (specifically Note 3 thereof) restricted the proxyholders to voting for the management slate because no specifications had been made thereon by the shareholders to indicate voting otherwise. Osler also noted

Timothy Price, qui se trouvait dans l'assistance, exigeant de ce fait la tenue d'une élection plus formelle. Canadian Express a affirmé que, même si elle avait d'abord eu l'intention de voter en faveur de la liste de candidats préparée par la direction et dont Blair faisait partie, les actes que ce dernier avait accomplis au cours des mois précédant l'élection (pendant lesquels il aurait, selon Canadian Express, signé avec elle une «entente» pour mettre en commun leurs efforts au mieux des intérêts d'Enfield) portaient à croire qu'il n'avait nullement l'intention de collaborer avec le camp de Canadian Express.

Le camp de Canadian Express, dont Walt étant le fondé de pouvoir pour les actions qu'il détenait, et Ravelston Corporation Limited (autre groupe actionnaire, dont le fondé de pouvoir était John Boulton) ont joint leurs actions avec droit de vote. Ensemble, les deux sociétés détenaient 43 pour 100 de toutes les actions et la majorité des actions assorties d'un droit de vote qui a été effectivement exercé à l'assemblée. Blair a été le seul candidat pour lequel elles n'ont pas voté. Pour sa part, Blair, grâce aux actions qu'il détenait lui-même (14 pour 100 des actions d'Enfield) et à l'appui important des procurations de la direction, réunissait 41 pour 100 de l'ensemble des actions. L'élection a entraîné le remplacement de Blair par Price au onzième poste d'administrateur et il en a résulté un changement complet de contrôle du conseil d'administration en faveur des candidats de Canadian Express.

Un ennui majeur est cependant survenu. Le 19 juillet 1989, la veille de l'assemblée des actionnaires, l'intimé a rencontré un représentant du scrutateur, la Compagnie Montréal Trust, et les avocats d'Enfield, Osler, Hoskin & Harcourt («Osler»), qui l'ont informé que les procurations déposées ce jour-là par Canadian Express et Ravelston ne pouvaient être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction, étant donné que les instructions contenues dans ces procurations (notamment la note 3) prévoyaient que les fondés de pouvoir ne devraient voter que pour les candidats de la direction, les actionnaires n'ayant donné dans leurs procurations aucune autre

that the *Securities Act*, R.S.O. 1980, c. 466, provided that votes cast pursuant to proxies could not be counted in favour of a candidate not named in the circular. Osler also delivered to Enfield several written memoranda dealing with procedural matters, the role of the chair, and the principles relating to the validity of the proxies.

8 The next day, after the voting had taken place on the surprise candidacy of Price, Blair once again solicited Osler's advice on what he should do with the proxy votes. He turned towards corporate counsel and queried: "You know the law, I will take my direction from you. What should I do?". There were six senior corporate lawyers from Osler present at this *ad hoc* meeting and, before they reached their decision, they deliberated for over one and one half hours in part with the scrutineers while remaining in constant contact with solicitors in their head office. Following Osler's advice that the proxy votes in favour of Price were invalid, Blair, reading verbatim from a statement prepared by Osler, declared that Price had received no votes and that the 11 candidates in the management circular had been elected. When L'Heureux vigorously objected to this decision, Blair refused to entertain any discussion thereon, telling L'Heureux to take the matter up with Enfield's counsel.

9 Instead, the Canadian Express representatives immediately filed an application in the Ontario Supreme Court to the effect that Blair's ruling was wrong in law and that Price, not Blair, should have been elected as the 11th director. Both Blair and Enfield were named as co-respondents. Mention was made of the fact that Blair allegedly breached his quasi-judicial duties as chairman by not ceding the chair when the issue he was to rule upon so directly involved his own interests, as well as by foreclosing debate on the ruling and by not giving notice to Canadian Express as to the limitations of their proxy-holding power. On September 25, 1989, J. Holland J. found that Blair's ruling was

indication de voter autrement. Osler a aussi fait remarquer que la *Securities Act*, R.S.O. 1980, ch. 466, prévoyait que les suffrages exprimés conformément à une procuration ne pouvaient pas compter en faveur d'un candidat non nommé dans la circulaire. Osler a aussi remis à Enfield plusieurs mémoires portant sur des questions de procédure, le rôle du président de l'assemblée et les principes relatifs à la validité des procurations.

Le lendemain, après le vote portant sur la candidature inopinée de Price, Blair a demandé, une fois de plus, à Osler des conseils sur ce qu'il devrait faire des votes par procuration. Il s'est adressé aux avocats de la société et leur a demandé: [TRADUCTION] «Vous connaissez la loi. Je vais faire ce que vous me direz de faire. Qu'est-ce que je devrais faire?». Six avocats principaux d'Osler, spécialisés en droit des sociétés, assistaient à cette réunion spéciale et ils ne sont parvenus à une décision qu'après avoir délibéré pendant plus d'une heure et demie, en partie avec les scrutateurs, tout en restant en contact permanent avec des avocats de leur bureau principal. À la suite des conseils d'Osler selon lesquels les votes par procuration en faveur de Price étaient invalides, Blair a déclaré, en lisant textuellement une déclaration rédigée par Osler, que Price n'avait obtenu aucun vote et que les 11 candidats nommés dans la circulaire de la direction avaient été élus. Lorsque L'Heureux s'est opposé énergiquement à cette décision, Blair s'est refusé à toute discussion sur le sujet, lui disant de s'adresser aux avocats d'Enfield.

Au lieu de cela, les représentants de Canadian Express ont immédiatement déposé une demande en Cour suprême de l'Ontario, dans laquelle ils alléguaient que la décision de Blair constituait une erreur de droit et que c'était Price, et non Blair, qui aurait dû être élu au onzième poste d'administrateur. Blair et Enfield étaient tous les deux désignés comme coïntimés. On mentionnait que Blair aurait manqué aux obligations quasi judiciaires qui lui incombaient à titre de président de l'assemblée, en ne cédant pas la présidence alors que la question qu'il allait trancher mettait si directement en cause ses propres intérêts, en refusant tout débat sur sa décision et en n'avisant pas Canadian Express des



wrong in law and that Blair was in breach of his fiduciary duties. He thus allowed the application, concluding that the ballots were legally cast for Price, in accordance with the proxies, and, consequently, that the respondent had not been elected a director. Costs were issued against Blair and Enfield.

Blair sought to appeal the substantive findings of J. Holland J. to Ontario Divisional Court. This appeal was unsuccessful.

Since Canadian Express was then in control of Enfield, it sought to recover its costs from Blair alone. Blair then applied to Enfield to be indemnified for these costs, which indemnification was refused.

Blair then filed an application under s. 4.02 of Enfield By-law No. 3, which essentially incorporates the terms of the statutory right to indemnification found in s. 136(1) of the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, and in the business corporations statutes of most of the provinces as well as the federal business corporations statute, for an order that he be indemnified by Enfield for the legal costs incurred in defending his corporate acts.

On October 28, 1992, Carruthers J. dismissed the respondent's application, concluding that the respondent's conduct was not in the best interests of Enfield and thereby outside the scope of s. 136(1): [1992] O.J. No. 2291 (QL). Blair's appeal to the Court of Appeal for Ontario was allowed on October 6, 1993: (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303. Enfield, now controlled by Canadian Express, appeals to this Court.

limites de son pouvoir de procuration. Le 25 septembre 1989, le juge J. Holland a conclu que la décision de Blair constituait une erreur de droit et que Blair avait manqué à ses obligations fiduciaires. Il a donc accueilli la demande, concluant que les suffrages avaient été légalement exprimés en faveur de Price, conformément aux procurations, et que l'intimé n'avait donc pas été élu administrateur. Blair et Enfield ont été condamnés au paiement de dépens.

Blair a interjeté appel contre les conclusions de fond du juge J. Holland devant la Cour divisionnaire de l'Ontario. Cet appel a échoué.

Étant donné que Canadian Express avait alors le contrôle d'Enfield, elle a cherché à se faire rembourser ses frais par Blair seulement. Blair a ensuite demandé à Enfield de l'indemniser de ces frais, ce qui lui a été refusé.

Blair s'est alors appuyé sur l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield, qui reprend essentiellement les conditions du droit à l'indemnisation prévu au par. 136(1) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, ainsi que dans les lois sur les sociétés par actions de la plupart des provinces et la loi fédérale en la matière, pour déposer une demande d'ordonnance enjoignant à Enfield de l'indemniser des frais de justice engagés pour défendre les actes qu'il avait accomplis à titre de président de la société.

Le 28 octobre 1992, le juge Carruthers a rejeté la demande de l'intimé, concluant que la conduite que ce dernier avait adoptée n'était pas au mieux des intérêts d'Enfield et qu'elle ne relevait donc pas du par. 136(1): [1992] O.J. No. 2291 (QL). L'appel de Blair devant la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli le 6 octobre 1993: (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303. Enfield, maintenant contrôlée par Canadian Express, se pourvoit devant notre Cour.

## II. Relevant Statutory Provisions and Corporate By-Laws

Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (OBCA)

**134.** — (1) Every director and officer of a corporation in exercising his or her powers and discharging his or her duties shall,

- (a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and
- (b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

**135.** . . .

(4) A director is not liable under section 130 or 134 if the director relies in good faith upon,

- (b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by any such person.

**136.** — (1) A corporation may indemnify a director or officer of the corporation . . . against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him or her in respect of any civil, criminal or administrative action or proceeding to which he or she is made a party by reason of being or having been a director or officer of such corporation or body corporate, if,

- (a) he or she acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; . . .

Enfield By-law No. 3

4.02 Indemnity of Directors and Officers. Subject to the limitations contained in the [OBCA], every director or officer of the Corporation . . . shall, from time to time, be indemnified and saved harmless . . . from and against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him in respect of any civil, criminal or administrative action or proceeding to which he is made a party by reason of being or having been a director or officer of such corporation . . . if (a) he acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the Corporation . . .

## II. Dispositions législatives et règlements administratifs pertinents

*Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16 (LSA)

**134** (1) Les administrateurs et les dirigeants, dans l'exercice de leurs fonctions, agissent:

- a) d'une part, avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;
- b) d'autre part, avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, dans des circonstances semblables, une personne d'une prudence raisonnable.

**135.** . . .

(4) N'est pas engagée, en vertu de l'article 130 ou 134, la responsabilité de l'administrateur qui, de bonne foi, se fie:

- b) à un rapport émanant d'un avocat, d'un comptable, d'un ingénieur, d'un estimateur ou d'une autre personne dont la profession permet d'ajouter foi à ses déclarations.

**136** (1) La société peut indemniser ses administrateurs ou dirigeants [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'ils ont engagés à l'égard d'une action ou d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle ils ont été parties à titre d'administrateurs ou de dirigeants ou d'anciens administrateurs ou dirigeants de la société ou de la personne morale, si:

- a) d'une part, ils ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;

Règlement administratif n° 3 d'Enfield

[TRADUCTION] 4.02 Indemnisation d'administrateurs et de dirigeants. Sous réserve des restrictions prévues dans la [LSA], tout administrateur ou dirigeant de la société [. . .] devra, à l'occasion, être indemnisé [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'il a engagés à l'égard d'une action ou d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle il a été partie à titre d'administrateur ou de dirigeant ou d'ancien administrateur ou dirigeant de la société [. . .] si a) il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société . . .

### III. Judgments Below

A. *Ontario Supreme Court* (1989), 46 B.L.R. 92, per J. Holland J. (*sub nom. Canadian Express Ltd. v. Blair*)

It is important to emphasize that it is not J. Holland J.'s decision that is appealed to this Court. The application before J. Holland J. was launched by Canadian Express to overrule, on the merits, Blair's decision to void the proxy votes tabulated in favour of Price. J. Holland J. found in favour of Canadian Express and named Price, not Blair, as the 11th director of Enfield. Blair appealed J. Holland J.'s decision; his application was summarily dismissed. However, a review of J. Holland J.'s decision is warranted since it (1) provides a factual background to the s. 136(1) issue involved in the present appeal, and (2) constitutes the first tier of the proceedings for which Blair is presently seeking indemnification. The matter before J. Holland J. is thus the underlying "litigation" for which Blair wishes his reasonable expenses defrayed by Enfield.

I note that the proceedings before J. Holland J. were commenced by Canadian Express even though Blair had convened another shareholders' meeting on July 24, 1989, ostensibly for the purpose of settling the outstanding voting issues. Blair was added to these proceedings in his capacity and status as a director of Enfield and as chairman of the shareholders' meeting of July 20, 1989.

J. Holland J. concluded (at p. 94) that "the true construction of the disputed proxies is that they conferred general discretion" on the proxyholders. He found that the proxies "were effectively converted to unsolicited shareholder proxies once the names of the proposed management proxyholders were deleted and the names of the shareholder designees were inserted". They were thus valid.

### III. Juridictions inférieures

A. *Cour suprême de l'Ontario* (1989), 46 B.L.R. 92, le juge J. Holland (*sub nom. Canadian Express Ltd. c. Blair*)

Il importe de souligner que ce n'est pas contre la décision du juge J. Holland que l'on se pourvoit devant notre Cour. La demande présentée au juge J. Holland provenait de Canadian Express et avait pour objet de faire renverser, pour une raison de fond, la décision de Blair d'annuler les suffrages exprimés par procuration en faveur de Price. Le juge J. Holland a conclu en faveur de Canadian Express et a nommé Price, non Blair, au onzième poste d'administrateur d'Enfield. Blair en a appelé de la décision du juge J. Holland, mais son appel a été rejeté sommairement. Cependant, un examen de la décision du juge J. Holland est justifié étant donné (1) qu'elle fournit un contexte factuel relativement à la question du par. 136(1) qui se pose en l'espèce, et (2) qu'elle constitue la première étape des procédures pour lesquelles Blair cherche maintenant à se faire indemniser. L'affaire dont a été saisi le juge J. Holland constitue donc le «litige» sous-jacent à l'égard duquel Blair souhaite être indemnisé par Enfield des dépenses raisonnables qu'il a engagées.

Je constate que les procédures devant le juge J. Holland ont été engagées par Canadian Express, même si Blair avait convoqué une autre assemblée des actionnaires le 24 juillet 1989, manifestement dans le but de régler les questions pendantes du scrutin. Blair a été constitué partie à ces procédures en sa qualité d'administrateur d'Enfield et de président de l'assemblée des actionnaires du 20 juillet 1989.

Le juge J. Holland conclut (à la p. 94) que, [TRADUCTION] «d'après leur sens véritable, les procurations contestées conféraient une discrétion générale» aux fondés de pouvoir, et que les procurations [TRADUCTION] «ont été effectivement converties en procurations d'actionnaires non sollicitées une fois que les noms des fondés de pouvoir proposés par la direction ont été supprimés et remplacés par les noms des personnes désignées par les actionnaires». Elles étaient donc valides.

14

15

16

17 J. Holland J. noted “the importance of enabling shareholders to freely exercise their voting rights in accordance with their intentions” and underscored that “shareholder designees who hold blank proxies . . . are recognized as having full discretion to vote as they see fit, just as the shareholders in person at the meeting could vote” (p. 94). He stated that the disputed proxies should be construed “in light of surrounding circumstances and, where possible, in a manner consistent with business common sense” (p. 95). With these considerations in mind, J. Holland J. held (at p. 95) that:

I accept that [the proxyholders] were entitled to vote a total of 19,038,296 shares, which was more than 50 per cent of the shares represented at the meeting. There is no doubt on the evidence that the proxyholders intended to, and *did*, cast their votes for Price and not for Blair. [Emphasis in original.]

18 J. Holland J. found that the respondent “failed to meet the quasi-judicial standard of conduct demanded of a chairman” (p. 95). He stated that, based on the evidence, it could be reasonably inferred that the respondent was alerted to the fact that the election of directors would be contentious and that he was likely to be in a position of conflict. He noted that the respondent, when he reconvened the meeting to announce the results of the balloting, read from a statement prepared by his solicitors, stating that Price had received no votes and that he had been elected. He found that this was in accordance with the plan conceived by the respondent to protect his personal interests and that it was no excuse for Blair to say that he relied upon legal advice. J. Holland J. then concluded (at p. 96) that:

From the tally, it was clear that all the votes cast by [the proxyholders] for Price had, by reason of the chairman’s decision, been counted as votes resulting in his own election. He did not permit discussion at the meeting as to this decision. At the very least, he had an obligation to allow those affected by his ruling on the dis-

Le juge J. Holland a constaté [TRADUCTION] «l’importance de permettre aux actionnaires d’exercer librement leur droit de vote conformément à leurs intentions» et a souligné qu’[TRADUCTION] «il est reconnu que les personnes désignées par les actionnaires, qui détiennent des procurations en blanc [. . .] sont entièrement habilitées à voter comme elles l’entendent, tout comme les actionnaires eux-mêmes le feraient s’ils étaient présents à l’assemblée» (p. 94). Il a affirmé qu’il y avait lieu d’interpréter les procurations contestées [TRADUCTION] «à la lumière des circonstances et, dans la mesure du possible, conformément au bon sens des affaires» (p. 95). Ayant ces considérations à l’esprit, le juge J. Holland conclut (à la p. 95):

[TRADUCTION] J’accepte que [les fondés de pouvoir] pouvaient exercer le droit de vote dont étaient assorties en tout 19 038 296 actions, soit plus de 50 pour 100 des actions représentées à l’assemblée. La preuve ne permet pas de douter que les fondés de pouvoir avaient l’intention de voter et ont *effectivement* voté pour Price, et non pour Blair. [En italique dans l’original.]

Le juge J. Holland a décidé que l’intimé [TRADUCTION] «n’a pas satisfait aux normes quasi judiciaires qui s’appliquent à la conduite d’un président d’assemblée» (p. 95). Il a affirmé que, compte tenu de la preuve, on pouvait raisonnablement déduire que l’intimé était conscient du fait que l’élection des administrateurs serait controversée et qu’il se trouverait vraisemblablement dans une position de conflit d’intérêts. Le juge a fait remarquer que, lorsqu’il a convoqué de nouveau l’assemblée pour annoncer les résultats du scrutin, l’intimé a lu une déclaration préparée par ses avocats, selon laquelle Price n’avait obtenu aucun vote, et lui-même avait été élu. Le juge J. Holland a conclu que cela concordait avec le projet de l’intimé de protéger ses intérêts personnels, et que Blair ne pouvait pas invoquer comme excuse qu’il s’en était remis à des conseils juridiques. Le juge J. Holland conclut alors (à la p. 96):

[TRADUCTION] Le compte des résultats montrait clairement que tous les votes accordés à Price par [les fondés de pouvoir] avaient été, en raison de la décision du président de l’assemblée, comptés comme étant des votes lui permettant lui-même d’être élu. Il n’a pas permis que sa décision soit débattue à l’assemblée. Il se

puted ballots an opportunity to be heard. He chose to act as Judge in his own cause and it is properly inferred from the evidence that he had determined to act in this way, at least at the time of the July 19 meeting and until the announcement of the voting results. In view of Blair's conduct alone and quite apart from the true construction of the proxies, his ruling cannot stand.

It was Blair's decision and not that of the scrutineers to determine the ballots in this way. It is no excuse for Blair to say that in doing so he was relying upon legal advice. It was his responsibility to conduct himself quasi-judicially throughout the proceedings.

J. Holland J. stated that, in exercising his discretion as to costs, he did so on the basis of the relationship of the respondent and Enfield in the sense that the respondent breached his fiduciary duty following legal advice given by Enfield's solicitors. J. Holland J. concluded that Canadian Express was entitled to costs against both Blair as well as Enfield. These were assessed (after an assessment appeal) at \$165,432.67.

Blair appealed J. Holland J.'s order as to the proxy votes. This appeal was dismissed. He then commenced an application in the Ontario Court (General Division) for a declaration that Enfield was to indemnify him for all costs, charges and expenses incurred by him in respect of the proceedings before J. Holland J. It is to this issue that I now turn.

#### B. Ontario Court (General Division)

Carruthers J. denied Blair's claim for indemnification.

Carruthers J. stated that the onus was on the respondent, pursuant to s. 136(1) OBCA, to demonstrate, on a balance of probabilities, that he "acted honestly and in good faith with a view to the best interests" of Enfield throughout the litigation. However, Carruthers J. stated that, "following my opportunity to reflect on the merits of this application on the basis of the material filed with

devait tout au moins d'entendre les gens touchés par sa décision sur les bulletins de vote contestés. Il a choisi d'être à la fois juge et partie, et on peut déduire à bon droit de la preuve qu'il avait décidé d'agir ainsi, au moins lors de la réunion du 19 juillet, et jusqu'à l'annonce des résultats du scrutin. Compte tenu de la seule conduite de Blair, et tout à fait indépendamment du sens véritable des procurations, sa décision ne peut être maintenue.

Le résultat du scrutin a été déterminé par la décision de Blair et non par celle des scrutateurs. Blair ne peut invoquer comme excuse qu'il s'en est remis à des conseils juridiques. Il avait la responsabilité de se conduire d'une manière quasi judiciaire pendant toutes les procédures.

Le juge J. Holland a affirmé qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens en se fondant sur la relation entre l'intimé et Enfield, en ce sens que l'intimé avait manqué à son obligation fiduciaire à la suite des conseils juridiques donnés par les avocats d'Enfield. Le juge J. Holland a conclu que Canadian Express avait droit au paiement de dépens tant par Blair que par Enfield. Ces dépens ont été fixés à 165 432,67 \$ (après un appel relatif à leur évaluation).

Blair en a appelé de l'ordonnance du juge J. Holland quant aux votes par procuration. Cet appel a été rejeté. Il a alors déposé devant la Cour de l'Ontario (Division générale) une demande de jugement déclarant qu'Enfield devrait l'indemniser de tous les frais et dépenses qu'il avait engagés à l'égard des procédures intentées devant le juge J. Holland. C'est de cette question que je vais maintenant traiter.

#### B. Cour de l'Ontario (Division générale)

Le juge Carruthers a rejeté la demande d'indemnisation de Blair.

Le juge Carruthers a affirmé qu'il incombait à l'intimé, conformément au par. 136(1) LSA, de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait «agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts» d'Enfield pendant tout le litige. Cependant, le juge Carruthers a dit qu'[TRADUCTION] «après avoir réfléchi sur le bien-fondé de la présente demande en tenant compte des docu-

19

20

21

22

the court to this point, I have been able to reach my conclusion without having to determine the issue of good faith on the part of Blair". In the end, Carruthers J. simply found that, since Blair's involvement in the Canadian Express application had not been undertaken with a view to Enfield's best interests, he was not entitled to indemnification.

23 Carruthers J. stated that the respondent's honesty and good faith were relevant for the purposes of the trial judge, who was not concerned with whether the respondent acted "with a view to the best interests of" Enfield in defending the litigation. Carruthers J. then stated that he had to be concerned with this last issue as it related to the respondent's conduct or involvement in the litigation. He concluded that:

The applicable provisions of the Act or by-law require that his involvement in that litigation be in the best interests of Enfield quite apart from whether it can also be described as honest and in good faith. Thus, whether Blair was in fact acting honestly and in good faith during the course of his disputing or defending the claims of Canadian Express raised in the litigation, he is not entitled to succeed in this present application unless, as well, what he did can be said to have been in the best interests of Enfield.

24 Carruthers J. was of the view that the dispute was about the control of Enfield and "involved efforts by both sides to either preserve or promote their respective desires and interests in this respect". He found that the respondent, on the advice of Enfield's solicitors, reached the decision that he had been elected. The question at this point was whether the respondent had done this "in order to promote the best interests of Enfield". Carruthers J. concluded that:

... Blair's conduct at the meeting, including his decision, was not something that can be said to have been in the best interests of Enfield. Accordingly, because the sole purpose of disputing the claims raised on behalf of Canadian Express in the litigation was to uphold Blair's conduct, again including his decision, Blair cannot fit

ments qui ont été déposés en cour jusqu'ici, j'ai pu arriver à une conclusion sans qu'il me soit nécessaire de statuer sur la question de la bonne foi de Blair». Finalement, le juge Carruthers a simplement conclu que Blair n'avait pas le droit d'être indemnisé étant donné qu'il n'avait pas agi au mieux des intérêts d'Enfield relativement à la demande de Canadian Express.

Le juge Carruthers a affirmé que l'intégrité et la bonne foi de l'intimé étaient pertinentes en ce qui concernait le juge de première instance qui ne s'intéressait pas à la question de savoir si l'intimé avait agi «au mieux des intérêts» d'Enfield dans sa défense lors du litige. Le juge Carruthers a alors déclaré qu'il devait s'intéresser à cette dernière question étant donné qu'elle avait trait à la conduite de l'intimé ou à sa participation au litige. Il conclut ceci:

[TRADUCTION] Les dispositions applicables de la Loi ou du règlement administratif exigent que sa participation à ce litige soit au mieux des intérêts d'Enfield, tout à fait indépendamment de la question de savoir si elle peut aussi être décrite comme procédant de l'intégrité et de la bonne foi. Ainsi, peu importe que Blair ait effectivement agi avec intégrité et de bonne foi en contestant les réclamations faites par Canadian Express dans le cadre du litige, il ne pourra pas avoir gain de cause relativement à la présente demande à moins que l'on puisse dire également que ce qu'il a fait était au mieux des intérêts d'Enfield.

Le juge Carruthers était d'avis que le litige portait sur le contrôle d'Enfield et qu'il y [TRADUCTION] «était question d'efforts déployés par les deux camps pour préserver ou promouvoir leurs volontés et intérêts respectifs à cet égard». Il a jugé que l'intimé, sur les conseils des avocats d'Enfield, avait décidé qu'il avait été élu. À ce stade, il s'agissait de savoir si l'intimé avait fait cela [TRADUCTION] «pour promouvoir les intérêts d'Enfield». Le juge Carruthers conclut:

[TRADUCTION] ... on ne pouvait pas dire que la conduite de Blair lors de l'assemblée, y compris sa décision, avait été au mieux des intérêts d'Enfield. Par conséquent, étant donné que la contestation des réclamations présentées pour le compte de Canadian Express dans ce litige visait seulement à faire entériner la conduite de Blair, y

himself into either the provisions of s. 136(1) of the OBCA or of s. 4.02 of the Enfield By-Law No. 3.

Both Blair and Enfield were properly named as parties to the litigation; Blair chaired and ran the meeting and made the decision, and Enfield to be bound by the result . . . [a]s that matter was one personal to him, and as well to the other shareholders who supported him, Enfield is not liable to indemnify Blair for the costs, charges and expense which he has incurred by reason of defending the litigation.

C. *Ontario Court of Appeal* (1993), 15 O.R. (3d) 783

The Court of Appeal set aside Carruthers J.'s decision and permitted Blair to be indemnified under s. 136 for all proceedings (i.e. before J. Holland J., Carruthers J. and the Court of Appeal), with the exception of the appeal of J. Holland J.'s decision regarding the validity of the impugned proxies, and the expenses related thereto, which Carthy J.A. found not to have been reasonably incurred.

Carthy J.A. stated that the issue before the court was the proper application to the facts of the By-law which granted rights of indemnity in the terms authorized by s. 136(1) OBCA. He also stated that "reliance upon legal advice cannot be excluded as a factor in determining whether a director acted 'honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation' as set forth in s. 136" (p. 787). He then held (at pp. 789-90) that:

... I read s. 136(1)(a) and the language "acted . . . with a view to the best interests of the corporation" as referring back to, in this case, the conduct of the vote for directors — not to the conduct of the litigation. The litigation that is contemplated by s. 136(1)(a) is against the director personally and the indemnity is against personal liability. There is no purpose in a requirement that personal litigation be conducted in the best interests of the corporation. The costs of litigation are dealt with separately in s. 136(1) and must be "reasonably incurred".

Carthy J.A. emphasized that the issue was Blair's ruling on the overall balloting, and "to conclude that his ruling was *male fide* because the

compris, je le répète, sa décision, Blair ne peut se réclamer ni du par. 136(1) LSA ni de l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield.

Tant Blair qu'Enfield ont été à juste titre désignés comme parties au litige; Blair avait présidé et dirigé l'assemblée et avait pris la décision, et Enfield était liée par le résultat [. . .] étant donné que cette question concernait Blair personnellement, de même que les autres actionnaires qui l'appuyaient, Enfield n'est pas tenue de l'indemniser des frais et dépenses qu'il a engagés pour se défendre dans ce litige.

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (1993), 15 O.R. (3d) 783

La Cour d'appel a annulé la décision du juge Carruthers et a permis à Blair d'être indemnisé en vertu de l'art. 136, relativement à toutes les procédures (c.-à-d. devant le juge J. Holland, le juge Carruthers et la Cour d'appel), à l'exception de l'appel de la décision du juge J. Holland portant sur la validité des procurations contestées et sur les dépenses y relatives que le juge Carthy n'a pas jugées raisonnables.

Le juge Carthy a affirmé que ce que la cour était appelée à déterminer c'était la façon dont il convenait d'appliquer aux faits le règlement administratif qui accordait le droit de se faire indemniser selon les termes du par. 136(1) LSA. Il a ajouté qu'[TRADUCTION] «on ne peut pas ignorer le fait qu'il s'en soit remis à des conseils juridiques lorsqu'il s'agit de savoir si un administrateur a agi «avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société», comme le prévoit l'art. 136» (p. 787). Il conclut ensuite (aux pp. 789 et 790):

[TRADUCTION] . . . selon moi, l'al. 136(1)a) et les mots «agi [. . .] au mieux des intérêts de la société» renvoient, en l'espèce, au déroulement de l'élection des administrateurs — et non à celui du litige. Le litige prévu par l'al. 136(1)a) vise l'administrateur personnellement, et l'indemnité prévue vise la responsabilité personnelle. Il n'y a aucune raison d'exiger que les litiges personnels se déroulent au mieux des intérêts de la société. Les frais du litige sont traités séparément au par. 136(1) et doivent être «raisonnables».

Le juge Carthy a souligné que ce qui était en cause c'était la décision de Blair sur l'ensemble du scrutin, et que [TRADUCTION] «conclure que sa

25

26

27

result favoured him is to conclude that he was compelled to rule the other way, or give up the chair, no matter what advice he received” (p. 798). He then stated that, aside from the question of giving up the chair, “the real test should be whether the ruling was made with the *bona fide* intent that the company have a lawfully elected board of directors” (p. 798).

28

Carthy J.A. found that the authorities generally described the chairman’s duty as quasi-judicial “without defining what that means in this context” (p. 799). He stated that it was confusing “to use, and seek to define, the word judicial or *quasi-judicial* in this context because an adjudicator or judge can never have a personal interest in the issue”. He then concluded (at p. 799):

A chairperson who is more than a nominal shareholder of a public company, on the other hand, always has a personal interest in everything that affects the company, which includes all of the rulings of the chair. If that distinction is not recognized the reflex reaction is to assume that a decision which benefits the chair personally is non-judicial and thus not *bona fide*. In my view, it is preferable to describe the duty as one of honesty and fairness to all individual interests, and directed generally toward the best interests of the company.

29

Carthy J.A. found that the events leading up to the election created an “aggressively competitive atmosphere”. He also found that Blair “felt very strongly that the shareholders as a whole should be fully informed of a change in control” and that Blair “undoubtedly resented the surprise nomination of Price”. In the end, this made the respondent “a protagonist in the duel for control”. Carthy J.A. stated that, based on the sequence of events, Blair did not have a choice when he made the impugned ruling (at pp. 799-801):

décision a été prise de mauvaise foi parce que le résultat l’avantageait revient à conclure qu’il était tenu de décider le contraire, ou d’abandonner la présidence, quels que soient les conseils reçus» (p. 798). Il a alors affirmé qu’à part la question d’abandonner la présidence [TRADUCTION] «la véritable question devrait être de savoir si la décision a été prise de bonne foi, dans l’intention que la société ait un conseil d’administration légalement élu» (p. 798).

Le juge Carthy a constaté que les autorités en la matière qualifient généralement de quasi judiciaire l’obligation du président [TRADUCTION] «sans définir ce que cela signifie dans ce contexte» (p. 799). Il a affirmé qu’il était déconcertant [TRADUCTION] «d’utiliser, de chercher à définir, le mot judiciaire ou quasi judiciaire dans ce contexte parce qu’un arbitre ou un juge ne peut jamais avoir d’intérêt personnel dans la question en litige». Il conclut ensuite (à la p. 799):

[TRADUCTION] Par contre, un président d’assemblée qui est plus qu’un actionnaire nominal d’une société publique a toujours un intérêt personnel dans tout ce qui touche la société, y compris toutes les décisions de la présidence. Si cette distinction n’est pas acceptée, il est normal de présumer qu’une décision qui favorise le président personnellement est non judiciaire et donc prise de mauvaise foi. À mon avis, il est préférable de parler d’une obligation d’intégrité et d’équité envers tous les intérêts individuels, qui doit généralement être remplie au mieux des intérêts de la société.

Le juge Carthy a conclu que les événements qui ont abouti à l’élection ont créé un [TRADUCTION] «climat de concurrence agressive». Il a aussi constaté que Blair [TRADUCTION] «croyait très fermement que l’ensemble des actionnaires devaient être parfaitement informés d’un changement de contrôle» et qu’il [TRADUCTION] «était sans doute froissé par la nomination inopinée de Price». En fin de compte, cela faisait de l’intimé [TRADUCTION] «un protagoniste dans le duel pour le contrôle». Le juge Carthy a affirmé que, compte tenu de la suite des événements, Blair n’avait pas le choix lorsqu’il a pris la décision contestée (aux pp. 799 à 801):



Given the necessity of determining who the legal directors of the company were, so that business could be carried on in a regular fashion, some decision had to be made. Even if a disinterested chairperson could have been found in the room, he or she would, in these circumstances, have had to look to the corporation's solicitors for an answer to this purely legal issue of interpretation . . . .

No matter what debate might have ensued on July 20 and no matter who the chairperson might have been, there was no obvious error or oversight which would enable the chairperson to turn away from the advice of the company's solicitors.

. . . I am satisfied that Blair was acting honestly and in good faith and in the best interests of the corporation in accepting and implementing that advice.

. . . I am satisfied that the evidence shows that he properly performed his duty as chairman of the meeting.

Carthy J.A. considered whether Blair acted reasonably in his defence of the litigation and concluded that there was nothing unreasonable in Blair's involvement in the initial application as well as in the other proceedings.

#### IV. Issue on Appeal

Did the Ontario Court of Appeal err in concluding that the respondent Blair was entitled to be indemnified by the appellant Enfield regarding the costs of the Canadian Express application (and appeals on the costs issue emanating therefrom) pursuant to s. 4.02 of Enfield By-Law No. 3, modeled upon s. 136(1) OBCA?

#### V. Analysis

##### A. *An Overview of the Legislation: Burden of Proof and the Scope of the Conduct that is Caught*

For purposes of convenience, I reproduce s. 136(1) OBCA (relevant portions underscored):

136. — (1) A corporation may indemnify a director or officer of the corporation . . . against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him or her in respect of any civil, criminal or adminis-

[TRADUCTION] Vu la nécessité de déterminer qui légalement était administrateur de la société, de sorte que les affaires puissent se dérouler de façon normale, il fallait prendre une décision. Même si le président de l'assemblée avait été désintéressé, il lui aurait fallu, dans les circonstances, consulter les avocats de la société pour obtenir une réponse sur cette question portant purement sur l'interprétation du droit . . . .

Peu importe le débat qui aurait pu s'ensuivre le 20 juillet et peu importe qui aurait pu occuper la présidence, il n'y avait aucune erreur ni aucun oubli manifeste qui aurait permis au président de l'assemblée d'ignorer les conseils des avocats de la société.

. . . je suis convaincu que Blair a agi avec intégrité, de bonne foi et au mieux des intérêts de la société en acceptant et en suivant ces conseils.

. . . je suis convaincu que la preuve montre qu'il a fait correctement son devoir de président d'assemblée.

Le juge Carthy s'est demandé si Blair avait agi raisonnablement dans sa défense lors du litige, et il a conclu que sa participation n'avait rien de déraisonnable, tant en ce qui concernait la demande initiale que les autres procédures.

#### IV. La question en litige

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que l'intimé Blair avait le droit d'être indemnisé par l'appelante Enfield des frais liés à la demande de Canadian Express (et aux appels qui en ont résulté sur la question des dépens), conformément à l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield, qui s'inspire du par. 136(1) LSA?

#### V. Analyse

##### A. *Aperçu de la législation: fardeau de la preuve et portée de la conduite visée*

Pour des motifs de commodité, je reproduis le par. 136(1) LSA (en soulignant les passages pertinents):

136 (1) La société peut indemniser ses administrateurs ou dirigeants [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'ils ont engagés à l'égard d'une action ou

trative action or proceeding to which he or she is made a party by reason of being or having been a director of such corporation or body corporate, if,

(a) he or she acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; [Emphasis added.]

32

The effect of s. 4.02 of Enfield By-law No. 3 essentially duplicates that of s. 136(1), although the wording does vary:

4.02 Indemnity of Directors and Officers. Subject to the limitations contained in the [OBCA], every director or officer of the Corporation . . . shall, from time to time, be indemnified and saved harmless . . . from and against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him in respect of any civil, criminal or administrative action or proceeding to which he is made a party by reason of being or having been a director or officer of such corporation . . . if (a) he acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the Corporation . . . [Emphasis added.]

33

Given that the effect of s. 4.02 of By-law No. 3 is essentially the same as that of s. 136, any interpretation given to the By-law by this Court will affect the application of the Act. Furthermore, s. 136(1) is reproduced in turn in the corporations law of many provinces, as well as federally: *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 124; *Newfoundland Corporations Act*, R.S.N. 1990, c. C-36, s. 205; *Manitoba Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, s. 119; *Saskatchewan Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10, s. 119; *Alberta Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, s. 119; *British Columbia Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 152.

34

The largest difference between s. 136(1) and s. 4.02 of By-law No. 3 is that, whereas under s. 136(1) the director may be indemnified, under the By-law the director shall be indemnified. Is this of any importance? The respondent submits that this difference is relevant to the issue of the burden of

d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle ils ont été parties à titre d'administrateurs ou de dirigeants ou d'anciens administrateurs ou dirigeants de la société ou de la personne morale, si:

a) d'une part, ils ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société; [Je souligne.]

L'article 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield a essentiellement le même effet que le par. 136(1), bien que sa formulation soit différente:

[TRADUCTION] 4.02 Indemnisation d'administrateurs et de dirigeants. Sous réserve des restrictions prévues dans la [LSA], tout administrateur ou dirigeant de la société [. . .] devra, à l'occasion, être indemnisé [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'il a engagés à l'égard d'une action ou d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle il a été partie à titre d'administrateur ou de dirigeant ou d'ancien administrateur ou dirigeant de la société [. . .] si a) il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société . . . [Je souligne.]

Étant donné que l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 essentiellement le même effet que l'art. 136, toute interprétation que notre Cour donnera au règlement administratif aura une incidence sur l'application de la Loi. De plus, le texte du par. 136(1) est reproduit dans les lois sur les sociétés d'un bon nombre de provinces de même que dans la loi fédérale en la matière: *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 124; *Corporations Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. C-36, art. 205; *Loi sur les corporations* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 119; *The Business Corporations Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 119; *Business Corporations Act* de l'Alberta, S.A. 1981, ch. B-15, art. 119; *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 152.

La plus grande différence entre le par. 136(1) et l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 tient à ce que, alors qu'en vertu du par. 136(1) l'administrateur peut être indemnisé, en vertu du règlement administratif, l'administrateur devra l'être. Cela a-t-il de l'importance? L'intimé soutient que cette

proof. Since under the By-law indemnification is mandatory, the onus should lie on the corporation to demonstrate that the director acted with *mala fides*. I do not find this argument terribly persuasive.

What I do find more persuasive is the proposition that persons are assumed to act in good faith unless proven otherwise: *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, at p. 548. In this respect, contrary to the appellant's submissions before this Court, I believe that a proper construction of the statute and law related to good faith issues reveals that Blair is not required to prove his good faith, although he may certainly call evidence in this regard to counter whatever evidence of bad faith may be adduced against him. To a large extent, it is the corporation that must establish, to the satisfaction of the court, exactly what Blair did that was inimical to its best interests.

Section 136(1) and the Enfield By-law specify three conditions that the director or officer must fulfil in order to receive indemnification for the costs of defending in litigation:

- (1) the person must have been made a party to the litigation by reason of being a director or an officer of the corporation;
- (2) the costs must have been reasonably incurred; and
- (3) the person must have acted honestly and in good faith with a view to promoting the best interests of the corporation.

As I will now discuss, Blair has fulfilled all three conditions entitling him to indemnification.

In terms of applying this law to the facts, I see no reason to disturb the findings of the court below that the expenses were reasonably incurred. The court grounded its assessment in the following factors:

différence est pertinente quant à la question du fardeau de la preuve. Étant donné que l'indemnisation prévue dans le règlement administratif est obligatoire, il devrait incomber à la société de démontrer que l'administrateur a agi de mauvaise foi. Je ne trouve pas cet argument terriblement persuasif.

Je trouve davantage persuasive la proposition voulant qu'en l'absence de preuve contraire on présume que les gens agissent de bonne foi: *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, à la p. 548. À cet égard, contrairement aux arguments que l'appelante a avancés devant notre Cour, je crois que, selon l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi et à la règle relative aux questions de bonne foi, Blair n'a pas à établir sa bonne foi, bien qu'il puisse sûrement présenter une preuve à cet égard pour contrer toute preuve de mauvaise foi qui pourrait être présentée contre lui. Dans une large mesure, c'est la société qui doit établir, à la satisfaction de la cour, exactement ce que Blair a fait et qui n'était pas au mieux de ses intérêts.

Le paragraphe 136(1) et le règlement administratif d'Enfield énoncent trois conditions que l'administrateur ou le dirigeant doit remplir pour se faire indemniser des frais engagés pour se défendre lors d'un litige:

- (1) la personne doit avoir été constituée partie au litige en raison de son poste d'administrateur ou de dirigeant de la société,
- (2) les frais engagés doivent être raisonnables, et
- (3) la personne doit avoir agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.

Comme nous le verrons maintenant, Blair a rempli les trois conditions lui donnant droit à indemnisation.

Quant à l'application de cette règle aux faits, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les frais engagés sont raisonnables. La cour a fondé son évaluation sur les faits suivants:

35

36

37

38

- |  |   |
|--|---|
| <p>(a) Osler was retained in the annual meeting litigation to act for both Enfield and Blair, in his capacity as chairman of the meeting;</p> <p>(b) The Enfield board reviewed the issue of whether it should have separate counsel from Blair and determined that there were no grounds for Enfield taking such action;</p> <p>(c) Blair added nothing to the costs of the litigation arising out of the shareholders' annual meeting;</p> <p>(d) Blair's conduct following the shareholders' meeting, in requisitioning another shareholders' meeting for the purpose of electing directors, was consistent with his protestations throughout that he had no interest in leading the company if voted out by a majority of informed shareholders.</p> | <p>a) Les services d'Osler ont été retenus, dans le cadre du litige relatif à l'assemblée annuelle, pour représenter à la fois Enfield et Blair, en sa qualité de président de l'assemblée;</p> <p>b) Le conseil d'administration d'Enfield s'est demandé s'il devrait avoir recours à des avocats différents de ceux de Blair, et il a décidé que rien ne justifiait Enfield de le faire;</p> <p>c) Blair n'a rien ajouté aux frais du litige découlant de l'assemblée annuelle des actionnaires;</p> <p>d) La conduite que Blair a adoptée, à la suite de l'assemblée des actionnaires, en demandant qu'une autre assemblée des actionnaires soit tenue dans le but d'élire les administrateurs, était conforme à ses protestations répétées selon lesquelles il n'avait aucun intérêt à diriger la société s'il n'était pas réélu par une majorité d'actionnaires bien informés.</p> |
|--|---|

39 Thus, this appeal, when properly focused, involves only the "good faith" requirement contained within s. 136(1). In this connection, I now direct my attention to the respondent's conduct during the July 20, 1989 shareholders' meeting, bearing in mind that this conduct must be placed within the context of the longstanding corporate feud arising between the respondent and Canadian Express. However, before a determination can be made whether this conduct was undertaken in good faith and with a view to promoting the best interests of the corporation, I must respond to the appellant's contention that Blair is involved in this litigation in his personal capacity as opposed to his capacity as a director, thereby *prima facie* precluding him from the benefit of s. 136(1).

B. *Is Blair Involved in this Litigation in his Capacity as Director/Chairman of Enfield or in his Personal Capacity?*

Par conséquent, le présent pourvoi, correctement circonscrit, porte seulement sur la «bonne foi» exigée au par. 136(1). À cet égard, je vais maintenant examiner la conduite de l'intimé lors de l'assemblée des actionnaires du 20 juillet 1989, en gardant à l'esprit que cette conduite doit être située dans le contexte de la querelle intestine qui existe depuis longtemps entre l'intimé et Canadian Express. Cependant, pour pouvoir déterminer si l'intimé a agi de bonne foi et au mieux des intérêts de la société, je dois répondre à la prétention de l'appellante que Blair participe au présent litige à titre personnel et non en sa qualité d'administrateur, ce qui, à première vue, l'empêche de se prévaloir du par. 136(1).

B. *Blair participe-t-il au présent litige à titre personnel ou en sa qualité d'administrateur ou de président d'assemblée d'Enfield?*

40 The appellant submits that the Canadian Express application (and appeals related thereto) is essen-

L'appellante fait valoir que la demande de Canadian Express (et les appels y relatifs) résulte essen-

tially a dispute between two shareholders (Blair and Canadian Express) concerning the 11th position on Enfield's Board. As such, the logical inference to be drawn is that Enfield ought not to reimburse the losing shareholder, in this case Blair.

I disagree with this characterization of the Canadian Express application. It directly involved the reputation of Enfield and the integrity of its voting procedures; moreover, Blair's participation in the impugned proceedings flows entirely from his role as chairman of the meeting, not from his status as a shareholder. In fact, he was named as a respondent to the Canadian Express application in his capacity as "chairman of the meeting". The fact that, pending the outcome of that application, an interim order was adopted by McRae J. precluding Blair from acting as an Enfield director demonstrates the extent to which Blair was involved *qua* director, not *qua* shareholder or individual. Further, both Enfield and Blair were represented by the corporate counsel Osler. In a letter from Osler to counsel for Canadian Express dated July 25, 1989, Osler states:

In your letter dated July 24, 1989, you asked us to clarify who we are representing in these proceedings. In these proceedings we are counsel to Enfield and to Mr. Blair in his capacity as Chairman of the Annual Meeting. We are not acting for Mr. Blair in his personal capacity. [Emphasis added.]

In short, the impugned acts in this case were corporate acts insofar as they were made within the authority accruing to the chairman of Enfield meetings. I now turn to the content of the chairman's responsibilities for the purposes of s. 136(1) and the question whether Blair's conduct on July 20, 1989 disentitled him from indemnification.

tiellement d'un différend entre deux actionnaires (Blair et Canadian Express) concernant le onzième poste d'administrateur au conseil d'administration d'Enfield. Il faut donc conclure logiquement qu'Enfield ne devrait pas avoir à rembourser l'actionnaire perdant, en l'occurrence Blair.

Je ne suis pas d'accord avec cette qualification de la demande de Canadian Express. Elle concernait directement la réputation d'Enfield et l'intégrité de ses procédures de scrutin; de plus, la participation de Blair aux procédures contestées découle entièrement de son rôle de président de l'assemblée, et non de son statut d'actionnaire. En fait, la demande de Canadian Express le désignait comme intimé, en sa qualité de «président de l'assemblée». Le fait que, en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le juge McRae ait rendu une ordonnance provisoire interdisant à Blair d'agir en qualité d'administrateur d'Enfield démontre à quel point Blair était partie à titre d'administrateur, plutôt qu'à titre d'actionnaire ou en sa qualité personnelle. De plus, Blair et Enfield étaient tous deux représentés par les avocats de la société, à savoir le cabinet Osler. Dans une lettre adressée, le 25 juillet 1989, à l'avocat de Canadian Express, Osler affirme:

[TRADUCTION] Dans votre lettre du 24 juillet 1989, vous nous avez demandé de préciser qui nous représentons dans les présentes procédures. Dans les présentes procédures, nous sommes les avocats d'Enfield et de M. Blair, en sa qualité de président de l'assemblée annuelle. Nous ne représentons pas M. Blair à titre personnel. [Je souligne.]

Bref, les actes contestés en l'espèce sont des actes de la société, dans la mesure où ils ont été accomplis dans la limite des pouvoirs accordés au président d'assemblée d'Enfield. Je passe maintenant à l'examen de la nature des responsabilités du président d'assemblée aux fins du par. 136(1), et de la question de savoir si la conduite que Blair a adoptée le 20 juillet 1989 lui fait perdre le droit d'être indemnisé.

C. *Factors Relevant in "Acting Honestly and in Good Faith with a View to the Best Interests of the Corporation"*

(i) What are the "best interests of the corporation" in the context of this case?

43 The question is not who is the better director, or whether the corporation's best interests would be furthered by having one rather than the other as the 11th director. Rather, as Carthy J.A. held, the best interests of the corporation in the instant appeal centre solely on the maintenance of the integrity and propriety of the voting procedure.

(ii) The quasi-judicial role of a chairman

44 If chairmen at shareholders' meetings are under a quasi-judicial duty and if Blair is found to have breached that duty, such a finding could constitute evidence in favour of denying him indemnification under s. 136(1).

45 At the outset, I would like to express my agreement with Carthy J.A. that the term "quasi-judicial" is, in a certain sense, inappropriate to describe the duty of a chairman when that chairman is also (as will often be the case in the corporate world) interested in the affairs that are being deliberated before him or her. A judge, adjudicator or arbitrator, on the other hand, will ideally never have any interest in the outcome of the proceedings before him or her. Consequently, chairmen of shareholders' meetings cannot labour under "quasi-judicial" duties in the strict sense because that term imports the idea of a wholly disinterested person.

46 In any event, Carthy J.A. correctly observed that it is one thing to state that a chairman is under a quasi-judicial duty, it is quite another to define the content of the responsibilities engendered by such a duty. Clearly, the chairman of any meeting, especially one mandated by and procedurally governed

C. *Facteurs pertinents pour savoir si on a «agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société»*

(i) Qu'est-ce qui est «au mieux des intérêts de la société» dans le contexte de la présente affaire?

Il ne s'agit pas de savoir qui est le meilleur administrateur, ni de savoir s'il serait au mieux des intérêts de la société que ce soit l'un plutôt que l'autre qui occupe le onzième poste d'administrateur. Comme l'a décidé le juge Carthy, c'est plutôt uniquement le maintien de l'à-propos et de l'intégrité de la procédure de scrutin qui est au mieux des intérêts de la société en l'espèce.

(ii) Le rôle quasi judiciaire du président d'assemblée

Si les présidents d'assemblée d'actionnaires ont une obligation quasi judiciaire et si on conclut que Blair a manqué à cette obligation, une telle conclusion pourrait justifier de lui refuser toute indemnisation fondée sur le par. 136(1).

Au départ, j'aimerais préciser que je suis d'accord avec le juge Carthy pour dire que l'expression «quasi judiciaire» est, dans un certain sens, inappropriée pour qualifier l'obligation du président d'une assemblée, quand ce président a aussi (comme c'est souvent le cas dans le milieu des sociétés par actions) des intérêts dans les affaires qui font l'objet de délibérations devant lui. Par contre, un juge ou un arbitre n'aura idéalement jamais aucun intérêt dans l'issue des procédures qui se déroulent devant lui. En conséquence, les présidents d'assemblée d'actionnaires ne peuvent pas être assujettis à des obligations «quasi judiciaires» au sens strict, parce que cette expression connote l'idée d'une personne totalement désintéressée.

Quoi qu'il en soit, c'est à juste titre que le juge Carthy a fait observer que c'est une chose que d'affirmer que le président d'une assemblée est assujetti à une obligation quasi judiciaire, mais que c'est une tout autre chose que de définir la nature des responsabilités engendrées par une telle obliga-

by statute, operates under certain duties of administrative fairness. The key question is to what extent a chairman will be permitted to be interested in the matters before him or her before a conflict of interest arises and he or she should be expected to cede the chair.

I would affirm Carthy J.A.'s standard; namely that the duty under which chairmen labour is "one of honesty and fairness to all individual interests, and directed generally toward the best interests of the company" (p. 799). However, when one turns to the application of this standard, a contextual approach is necessary. In this respect, it is very important to focus on the actual conduct of the chairman instead of perfunctorily finding bad faith simply because that person stands in a potential conflict and does not step down. As shall become evident, I do not find that Blair's conduct was such that he improperly used his position as chairman to further his own agenda. It was not his doing that the proxies were temporarily disqualified. We were not pointed to any evidence of a "design" or "plan" for the proxies to be invalidated.

In a sense, the argument of the appellant is rather simplistic: Blair was the chairman and because the proxies were deemed invalid and because no debate was fostered on the issue, Blair must have acted in bad faith. In response, I would affirm the following observations made by the Ontario Court of Appeal (at pp. 798 and 794):

... to conclude that [Blair's] ruling was *male fide* because the result favoured him is to conclude that he was compelled to rule the other way, or give up the chair, no matter what advice he received. . . .

It can also be assumed that he received the [legal] opinion agreeably and was not unhappy that he could make a ruling to thwart any attempt to alter the slate of direc-

tion. Il est clair que le président d'une assemblée, particulièrement celui qui est prescrit et régi par la loi sur le plan de la procédure, a certaines obligations d'équité sur le plan administratif. La question clé est de savoir jusqu'à quel point il peut avoir des intérêts dans les questions dont il est saisi, avant de devoir abandonner la présidence pour cause de conflit d'intérêts.

Je suis d'avis de confirmer la norme établie par le juge Carthy, à savoir que le président d'une assemblée est tenu d'agir de façon [TRADUCTION] «intègre et équitable envers tous les intéressés individuellement et, en général, au mieux des intérêts de la société» (p. 799). Toutefois, pour appliquer cette norme, il faut adopter une approche contextuelle. À cet égard, il est très important de se concentrer sur la conduite réelle du président de l'assemblée, plutôt que de conclure sommairement à la mauvaise foi simplement parce que la personne en question est dans une situation potentielle de conflit d'intérêts et n'abandonne pas son poste. Comme on le constatera, je ne conclus pas que la conduite adoptée par Blair a consisté à se servir de son poste de président d'assemblée pour réaliser ses propres fins. L'annulation temporaire des procurations n'était pas son fait. On ne nous a indiqué aucune preuve de «dessein» ou de «plan» visant l'invalidation des procurations.

Dans un sens, l'argument de l'appelante est plutôt simpliste: Blair était le président d'assemblée et, parce que les procurations ont été jugées invalides et qu'on n'a pas encouragé la tenue d'un débat sur la question, Blair doit avoir agi de mauvaise foi. Je répondrais à cela en entérinant les observations suivantes de la Cour d'appel de l'Ontario (aux pp. 798 et 794):

[TRADUCTION] . . . conclure que [l]a décision [de Blair] a été prise de mauvaise foi parce que le résultat l'avantageait revient à conclure qu'il était tenu de décider le contraire, ou d'abandonner la présidence, quels que soient les conseils reçus . . .

On peut aussi supposer qu'il a accepté volontiers l'opinion [juridique] et qu'il n'était pas malheureux de pouvoir prendre une décision qui contrecarrerait toute tenta-

tors. That falls short of a plan to deviously sidestep the entitlement of shareholders.

tive de modifier la liste des administrateurs. On est loin d'un plan visant à esquiver, de façon détournée, les droits des actionnaires.

49

I also take issue with the appellant's statement that the fact that a chairman has an interest in the outcome of a decision impugns the integrity of the process because of the mere appearance of bias. With respect, it is the Enfield shareholders who concluded that it is to be the President of the company (who is allowed to be a director) — a person who invariably is interested in every matter discussed at the shareholders' meetings — who is to act as chairman (Enfield By-law No. 3, s. 5.05). In this respect, there is no unacceptable appearance of bias because it was never contemplated that the chairman was to be someone who would appear to be totally disinterested in the first place. The fact that a decision-maker has an interest in the outcome of his decision does not disqualify him or her from making decisions if the authority from which he or she obtains the status as decision-maker contemplates that he or she may act as judge in his or her own cause: *Alcyon Shipping Co. v. O'Krane*, [1961] S.C.R. 299, at p. 305; *Walters v. Essex County Board of Education*, [1974] S.C.R. 481, at pp. 487-88.

Je n'accepte pas non plus l'affirmation de l'appelante voulant que le fait que le président d'une assemblée ait un intérêt dans le résultat d'une décision compromette l'intégrité du processus simplement en raison de l'apparence de partialité. En toute déférence, ce sont les actionnaires d'Enfield qui ont conclu qu'il appartenait au président de la société (qui peut être un administrateur) — une personne qui a inmanquablement un intérêt dans toutes les questions débattues aux assemblées d'actionnaires — de présider leurs assemblées (art. 5.05 du règlement administratif n° 3 d'Enfield). À cet égard, il n'y a aucune apparence inacceptable de partialité, parce qu'au départ on n'a jamais prévu que le président de l'assemblée devrait être quelqu'un qui paraîtrait complètement désintéressé. Le fait qu'un décideur ait un intérêt dans le résultat de sa décision ne l'empêche pas de prendre des décisions si l'autorité qui l'a nommé décideur a prévu qu'il pourrait être à la fois juge et partie: *Alcyon Shipping Co. c. O'Krane*, [1961] R.C.S. 299, à la p. 305; *Walters c. Essex County Board of Education*, [1974] R.C.S. 481, aux pp. 487 et 488.

50

The detailed organization of a corporation is essentially a private contractual matter. If the shareholders decide to designate the President as chairman, so be it. If the shareholders are concerned about the maintenance of *prima facie* impartiality, they can specify through the by-laws or otherwise that the corporate meetings are to be chaired by a neutral third party. It is helpful to note that the drafters of the OBCA considered these issues and in fact established as a default principle that interested parties should operate as chairmen of shareholders' meetings. Section 97(c) of this statute provides:

L'organisation détaillée d'une société relève essentiellement du domaine des contrats privés. Si les actionnaires décident de désigner le président de la société pour présider leur assemblée, eh bien soit! Si les actionnaires sont soucieux de maintenir une présomption d'impartialité, ils peuvent préciser, par voie de règlement administratif ou autrement, que les assemblées de la société devront être présidées par une tierce partie neutre. Il est utile de noter que les rédacteurs de la LSA ont pris en considération ces questions et ont, en fait, adopté comme principe que, sauf disposition contraire, les assemblées des actionnaires devraient être présidées par des parties intéressées. L'alinéa 97c) de cette loi prévoit ceci:

97. Subject to this Act or the articles or by-laws of a corporation or a unanimous shareholder agreement,

97 Sous réserve de la présente loi, des statuts ou des règlements administratifs de la société ou d'une convention unanime des actionnaires:



(c) the president or, in his or her absence, a vice-president who is a director shall preside as chair at a meeting of shareholders . . . .

On a broader note, I find that there are valid policy reasons militating against blindly precluding anyone holding more than a nominal share in a public company from acting as a chairman. This is not practical for many closely held corporations and, moreover, might pave the way for much litigation regarding the definition of “nominal holdings”, instead of properly focusing on the actual conduct that is impugned. There are many chairmen who have large holdings in a company yet conduct themselves on a most professional basis in terms of chairing meetings; there may be persons who own just one share who conduct themselves improperly. The focus should thus not be on the size of the holdings, but on the nature of the conduct. This is not to say, however, that there might not be situations in which the nomination of a wholly disinterested chairman is advisable as has apparently been the case in a number of situations that have arisen recently or where the court has appointed such a person pursuant to specific statutory provisions. However, such an exceptional situation is not found in the facts of the present appeal.

I now turn to the jurisprudence cited by the appellant in favour of the proposition that a chairman has a duty to act quasi-judicially: *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344 (H.C.); *Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938 (H.C.); *Johnson v. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243 (B.C.S.C.); *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130 (N.S.S.C.); *Byng v. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280 (Eng. C.A.). I do not find that this jurisprudence supports the appellant’s position. Quite the contrary: many of these cases demonstrate the extent to which courts, through hindsight, are reluctant to find chairmen to be in

(c) le président ou, en son absence, un vice-président qui est administrateur, préside l’assemblée des actionnaires . . . .

De façon plus générale, je conclus qu’il y a de bonnes raisons de principe de ne pas interdire aveuglément à quiconque détient plus qu’une faible participation dans une société de présider une assemblée. Ce n’est pas pratique pour bien des sociétés qui comptent peu d’actionnaires et, de plus, cela pourrait donner ouverture à un grand nombre de litiges qui porteraient sur la définition de ce qu’est une «faible participation», plutôt que de porter, comme cela devrait être le cas, sur la conduite contestée comme telle. Il y a de nombreux présidents d’assemblée qui détiennent un grand nombre d’actions d’une société, mais qui se conduisent de façon tout à fait professionnelle lorsqu’ils président des assemblées; il peut y avoir des personnes qui ne détiennent qu’une seule action et qui se conduisent incorrectement. L’attention devrait donc porter non pas sur la quantité d’actions détenues, mais sur la nature de la conduite. Toutefois, cela ne revient pas à dire qu’il ne pourrait pas y avoir des situations où la nomination d’un président d’assemblée tout à fait désintéressé serait souhaitable, comme cela semble avoir été le cas dans un certain nombre de situations qui se sont présentées récemment, ou dans le cas où les tribunaux ont nommé un tel président conformément à des dispositions législatives particulières. Cependant, les faits de la présente affaire ne révèlent pas l’existence d’une telle situation exceptionnelle.

J’examine maintenant la jurisprudence citée par l’appelante à l’appui de l’allégation selon laquelle le président d’assemblée est tenu d’agir de façon quasi judiciaire: *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344 (H.C.); *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938 (H.C.); *Johnson c. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243 (C.S.C.-B.); *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130 (C.S.N.-É.); *Byng c. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280 (C.A. Angl.). Je ne trouve pas que cette jurisprudence appuie la position de l’appelante. C’est plutôt le contraire: bon nombre de ces décisions démontrent à quel point les tribunaux hésitent à conclure a

dereliction of their responsibilities barring proof of bad faith. Those remaining cases that offer some assistance to the appellant can readily be distinguished on the facts. To the extent that *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* is not distinguishable, I would overrule it.

posteriori que des présidents d'assemblée ont manqué à leurs responsabilités, à moins qu'il n'y ait preuve de mauvaise foi. Quant aux autres décisions judiciaires qui sont quelque peu utiles à l'appelante, elles peuvent aisément faire l'objet d'une distinction fondée sur les faits. Dans la mesure où il n'est pas possible d'établir une distinction d'avec la décision *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke*, je suis d'avis d'écarter cette décision.

53

On another note, although a chairman has an obligation to promote administrative fairness, this is necessarily tempered with the need to control and organize a meeting so as to ensure that it proceeds effectively. As noted by Chitty J. in *National Dwellings Society v. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159, at p. 162:

Par ailleurs, bien que le président d'une assemblée soit tenu de promouvoir l'équité administrative, cela est nécessairement tempéré par le besoin de contrôler et d'organiser une assemblée de manière à ce qu'elle se déroule efficacement. Comme l'a fait remarquer le juge Chitty dans *National Dwellings Society c. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159, à la p. 162:

A question of some importance has been mooted in this case, with regard to the powers of the chairman over a meeting. Unquestionably it is the duty of the chairman, and his function, to preserve order, and to take care that the proceedings are conducted in a proper manner . . . .

[TRADUCTION] Une question d'une certaine importance a été soulevée, en l'espèce, concernant les pouvoirs du président d'une assemblée. Il ne fait aucun doute qu'il appartient et incombe au président d'une assemblée de préserver l'ordre et d'assurer le bon déroulement des procédures . . .

54

In closing debate on the proxy issue, Blair was, based on Osler's instructions, fulfilling his responsibility as chairman to see that the shareholders' instructions as set out in the proxies were followed. Further, allowing the meeting to devolve into a shouting match between two rival camps debating a complex and unsettled area of corporations law could hardly be seen as enhancing the validity and integrity of Enfield's voting procedure. The function of a chairman is to oversee, not participate in a partisan sense. It may be sensible to refer briefly to the reason why the chairman is so ruling, but again courts should not attempt to hamstring in advance chairmen of meetings in contested settings. Although it is clearly proper for a shareholder to raise any relevant matter in the manner the Canadian Express representatives did, I cannot find anything improper in Blair's answer to the points raised, especially given his thorough

En mettant fin au débat sur la question des procurations, Blair se trouvait, compte tenu des directives d'Osler, à s'acquitter de la responsabilité, qui lui incombait à titre de président de l'assemblée, de veiller à ce que les instructions données par les actionnaires dans les procurations soient suivies. De plus, permettre à l'assemblée de dégénérer en un affrontement verbal entre deux camps rivaux qui débattent un sujet complexe et incertain du droit des sociétés, pourrait difficilement être considéré comme rehaussant la validité et l'intégrité de la procédure de scrutin d'Enfield. Le président d'assemblée a pour fonction de superviser les débats, non d'y prendre parti. Il peut être sage de renvoyer brièvement au motif de la décision du président de l'assemblée, mais, je le répète, les tribunaux ne devraient pas tenter de paralyser à l'avance les présidents d'assemblée dans des contextes controversés. Bien qu'il soit nettement approprié pour un actionnaire de soulever toute question pertinente comme l'ont fait les représentants de Canadian Express, je ne trouve rien d'incorrect dans la réponse que Blair a donnée aux

consultation with Enfield's independent legal counsel.

In fact, s. 107 OBCA specifically contemplates that, in an imbroglio such as that presented in this appeal, recourse is to be had to the courts, not to the chairman. The rationale behind this provision is to avoid the spectacle that can result from continual challenges made during the corporate meeting to decisions made by the chair. Section 107 reads as follows:

107. — (1) A corporation, shareholder or director may apply to the court to determine any controversy with respect to an election or appointment of a director or auditor of the corporation.

Blair properly instructed the Canadian Express representatives to take up their grievance with corporate counsel on the basis that the issue involved was a legal one. Despite the fact that corporate counsel were present at the meeting, the Canadian Express representative did not communicate with them.

On a final note, the duty of a chairman is to give effect to the proxy and ensure that the instructions it contains are followed. In this appeal, many of the beneficial owners of the shares for which proxies had been issued were not present at the meeting. The appellant submits that it was self-evident that these proxy-“givers” wanted to vote for Price. I find this untenable. First, there is no evidence that they had ever turned their minds to Price's candidacy. Second, and more importantly, the chairman has no duty to inquire into the minds of the beneficial owners of shares represented at a meeting: *Cohen-Herrendorf v. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134 (Q.B.), at p. 148 (at paras. 80 and 81 citing Ontario and U.K. authority). There is no obligation to look behind the proxies. The chairman is simply required to give effect to their instructions. This is precisely what Blair did, believing Osler's interpretation of the instructions and thereby acting with a view to Enfield's best interests. Absentees from the meeting have the right to expect that proxy rules will be followed, and that their proxies

points soulevés, compte tenu particulièrement de sa consultation approfondie des avocats indépendants d'Enfield.

En fait, l'art. 107 LSA prévoit explicitement qu'en cas d'imbroglio comme celui qui s'est produit en l'espèce il faut s'adresser aux tribunaux, non au président de l'assemblée. Cette disposition a pour objet d'éviter les scènes qui peuvent résulter de la contestation répétée des décisions du président au cours de l'assemblée. L'article 107 est rédigé de la façon suivante:

107 (1) La société, un actionnaire ou un administrateur peut, par voie de requête, demander au tribunal de trancher tout différend relatif à l'élection ou à la nomination d'un administrateur ou d'un vérificateur.

Blair a eu raison de dire aux représentants de Canadian Express d'adresser leurs doléances aux avocats de la société, du fait que la question en litige était une question de droit. Bien que les avocats de la société aient été présents à l'assemblée, les représentants de Canadian Express n'ont pas communiqué avec eux.

Enfin, le président d'une assemblée est tenu de donner effet aux procurations et de s'assurer que les instructions qu'elles contiennent soient suivies. En l'espèce, un bon nombre des propriétaires réels des actions pour lesquelles des procurations avaient été accordées n'étaient pas présents à l'assemblée. L'appelante soutient qu'il était évident en soi que ces «donneurs» de procuration voulaient voter pour Price. Je trouve cette opinion insoutenable. Premièrement, il n'y a aucune preuve qu'ils aient jamais songé à la candidature de Price. Deuxièmement, ce qui est plus important, le président d'assemblée n'est pas tenu de lire dans les pensées des propriétaires réels des actions représentées à une assemblée: *Cohen-Herrendorf c. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134 (B.R.), à la p. 148 (aux par. 80 et 81 où l'on cite des décisions de l'Ontario et du Royaume-Uni). Il n'y a aucune obligation de vérifier les procurations. Le président d'assemblée est seulement tenu de donner effet à leurs instructions. C'est précisément ce que Blair a fait, ajoutant foi à l'interprétation donnée par Osler aux ins-

will be applied pursuant to the instructions they place upon them.

57 In sum, the fact that Blair made the impugned ruling with the *bona fide* intent that Enfield have a lawfully elected board of directors constitutes evidence that he acted honestly and in good faith and with a view to the best interests of Enfield for the purposes of s. 136(1). Although his decision to disallow the proxies turned out, under judicial scrutiny, to be wrong, it did not evidence any *mala fides*. I am further buttressed in this conclusion by the fact that Blair entirely relied upon objective legal advice from corporate counsel in arriving at this decision. It is to this factor that I now turn.

(iii) The reliance on the legal advice of corporate counsel

58 How does reliance on legal advice support a claim for indemnification under s. 136(1)? At the outset, I note my agreement with the position of the Court of Appeal that mere *de facto* reliance on legal advice will not guarantee indemnification. However, reliance that is reasonable and in good faith will establish that a director or officer acted "honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation". In the instant appeal, Blair's reliance on Osler's advice was both reasonable and in good faith.

59 Blair sought Osler's advice in the broadest of terms:

"You know the law, I will take my direction from you. What should I do?"

60 Implicit in this query was not only concern over whether the proxies should be allowed, but also the question whether Blair should step down as chair, or whether he was in any position at all to make a decision. At no time did Enfield's corporate coun-

tructions, et agissant ainsi au mieux des intérêts d'Enfield. Les absents ont le droit de s'attendre à ce que les règles en matière de procuration soient suivies, et que leurs procurations soient exécutées conformément aux instructions dont ils les assortissent.

Somme toute, le fait que Blair a pris de bonne foi la décision contestée, afin qu'Enfield ait un conseil d'administration légalement élu, prouve qu'il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts d'Enfield, conformément au par. 136(1). Bien que sa décision de rejeter les procurations se soit avérée erronée lors d'un examen judiciaire, elle ne constituait pas une preuve de mauvaise foi. Cette conclusion est étayée par le fait que Blair s'en est entièrement remis aux conseils juridiques objectifs des avocats de la société pour prendre sa décision. Je passe maintenant à l'examen de ce facteur.

(iii) Le fait que l'on s'en soit remis aux conseils juridiques des avocats de la société

Comment le fait que l'on s'en soit remis à des conseils juridiques justifie-t-il une demande d'indemnisation fondée sur le par. 136(1)? Au départ, je fais remarquer que je suis d'accord avec la position adoptée par la Cour d'appel selon laquelle le simple fait que l'on s'en soit remis à des conseils juridiques ne garantit pas l'indemnisation. Cependant, le fait qu'un administrateur ou un dirigeant s'en soit remis raisonnablement et de bonne foi à ces conseils établira qu'il a agi «avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société». En l'espèce, Blair s'en est remis raisonnablement et de bonne foi aux conseils d'Osler.

Blair a demandé des conseils à Osler en des termes on ne peut plus larges:

[TRADUCTION] «Vous connaissez la loi. Je vais faire ce que vous me direz de faire. Qu'est-ce que je devrais faire?»

Implicitement, il s'agissait non seulement de savoir si les procurations devraient être acceptées, mais encore de savoir si Blair devrait abandonner la présidence, ou s'il était en mesure de prendre une décision. À aucun moment les avocats d'En-

sel ever suggest that Blair should relinquish control of the chair. If anything, Osler advised Blair that it was his duty, as chairman, to make a ruling. Osler did not advise Blair that he should hear submissions regarding the ruling; nor did they correct Blair's decision not to allow for such submissions. The ruling made by Blair was entirely prepared by Osler: Blair read verbatim from a script, with the exception of one gratuitous comment directed at Price which, although it probably should not have been made, was, given the tense atmosphere, understandable and, even if it were not excusable, certainly did not demonstrate bad faith or an intention to undermine the best interests of the corporation.

Osler deliberated over these issues for about an hour and a half. Blair did not participate in the substantive aspects of this discussion. There were six senior corporate lawyers present and they were in constant communication with Osler's head office. Furthermore, the conclusions they reached on July 20, 1989 were in line with the conclusions arrived at the night before as well as the results of the research memoranda prepared for Enfield. The point of the matter is that there was no reason for Blair, acting reasonably, to have believed Osler was making a hasty decision based on sketchy advice. In any event, Osler was Enfield's corporate counsel and it strikes me as odd that it would amount to "bad faith" or a dereliction of a chairman's duty of care not to solicit a second opinion from an independent legal counsel.

The evidentiary record reveals that Blair believed that, in relying on the advice of Enfield's corporate counsel, he acted in a prudent manner, in good faith and with a view to Enfield's best interests. Blair goes so far as to affirm in discovery:

... having gone through an hour, an hour and a half of deliberation, including a discussion with other counsel

field n'ont laissé entendre que Blair devrait abandonner la présidence. Osler a plutôt avisé Blair qu'il était tenu, à titre de président d'assemblée, de prendre une décision. Osler n'a pas conseillé à Blair d'entendre des arguments au sujet de la décision; il n'a pas non plus corrigé la décision de Blair de ne pas permettre la présentation de tels arguments. La décision de Blair a été entièrement préparée par Osler: Blair a lu textuellement une déclaration, à l'exception d'un commentaire injustifié à l'égard de Price, qui, même s'il n'aurait probablement pas dû être fait, était compréhensible compte tenu de l'atmosphère tendue, et, même s'il n'était pas excusable, ne démontrait certainement pas de la mauvaise foi ou une intention d'agir à l'encontre des intérêts de la société.

Osler a délibéré sur ces questions pendant environ une heure et demie. Blair n'a pas participé au fond de cette discussion. Six avocats principaux spécialisés en droit des sociétés étaient présents et ils étaient en communication permanente avec le bureau principal d'Osler. De plus, les conclusions qu'ils ont tirées le 20 juillet 1989 concordaient avec les conclusions de la nuit précédente, de même qu'avec les résultats des mémoires de recherche préparés pour Enfield. En fait, il n'y avait aucune raison pour Blair, agissant raisonnablement, de croire qu'Osler prenait une décision hâtive fondée sur une opinion incomplète. Quoi qu'il en soit, les avocats du cabinet Osler étaient conseillers juridiques de la société, et je trouve particulièrement étrange que l'on puisse considérer que l'omission de demander une seconde opinion à un conseiller juridique indépendant traduit de la «mauvaise foi» ou un manquement à l'obligation de diligence qui incombe au président d'assemblée.

La preuve révèle que Blair a cru agir prudemment, de bonne foi et au mieux des intérêts d'Enfield en s'en remettant aux conseils des avocats de la société. Lors de l'interrogatoire préalable, Blair va jusqu'à dire:

[TRADUCTION] ... après une heure, une heure et demie de délibérations, y compris une discussion avec d'autres

in their firm, and gone through a full process, I would have felt compelled to accept their advice and act on it.

63

If anything, I am sympathetic to the respondent's submission that he believed that the rejection of Osler's advice, which is what the appellant appears to suggest Blair should have done, could not be in Enfield's best interest:

- (a) Blair was not qualified to interpret and apply the law to the ballots and proxies;
- (b) Blair owed a duty to shareholders to see that the instructions contained in their proxies were followed;
- (c) The shareholders who had not received notice of the surprise nomination of Price and who were not present at the shareholders' meeting and who held enough votes to change the result had they received notice might have a cause of action if Price were declared elected against the advice of Enfield's counsel;
- (d) The shareholders who were represented by management proxies had no opportunity to assess Price or to vote in relation to his candidacy, and they relied on Enfield and its chairman to ensure that their rights at the meeting were protected.

64

In deciding not to reject the advice of counsel, Blair in fact fulfilled his fiduciary duty. Consequently, I would disagree with J. Holland J. to the extent that he held otherwise in a series of *obiter* comments not necessary to the resolution of the question before him (i.e. whether, upon their true construction, the proxies were validly voted).

65

The appellant cites some case law in favour of the proposition that reliance on legal advice in and of itself does not entitle an officer or director to indemnification: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Exco Corp. v. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149

avocats à leur cabinet, et après avoir fait le tour de la question, je me serais senti forcé d'accepter leurs conseils et d'agir en conséquence.

En fait, je comprends l'argument de l'intimé voulant qu'il ait cru que rejeter les conseils d'Osler, ce que l'appelante semble dire que Blair aurait dû faire, ne pouvait être au mieux des intérêts de la société:

- a) Blair n'était pas qualifié pour interpréter et appliquer la loi aux bulletins de vote et aux procurations;
- b) Blair avait envers les actionnaires l'obligation de veiller à ce que les instructions contenues dans leurs procurations soient suivies;
- c) Les actionnaires qui n'avaient pas été avisés de la nomination inopinée de Price, qui n'étaient pas présents à l'assemblée des actionnaires et qui auraient détenu assez de droits de vote pour changer le résultat s'ils avaient été avisés, auraient pu avoir une cause d'action si Price avait été déclaré élu malgré les conseils des avocats d'Enfield;
- d) Les actionnaires qui étaient représentés par des procurations de la direction n'avaient aucune possibilité d'évaluer Price ou de voter sur sa candidature, et ils s'en remettaient à Enfield et à son président d'assemblée pour ce qui était de la protection de leurs droits au cours de l'assemblée.

En décidant de ne pas rejeter les conseils des avocats, Blair a, en fait, rempli son obligation fiduciaire. Par conséquent, je ne partagerais pas l'avis du juge J. Holland, dans la mesure où il a conclu le contraire dans une série de commentaires incidents qui n'étaient pas nécessaires pour trancher la question dont il était saisi (à savoir si, d'après leur sens véritable, les procurations avaient été utilisées valablement).

L'appelante cite certaines décisions judiciaires à l'appui de la proposition voulant que le fait qu'il s'en soit remis à des conseils juridiques ne confère pas en soi à un dirigeant ou à un administrateur le droit à une indemnisation: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Exco Corp. c. Nova*

(N.S.S.C.T.D.). Although this principle is found in the jurisprudence, it is not really relevant to the case at bar, given that the decision to permit Blair to be indemnified is not grounded in and of itself in Blair's reliance on the erroneous advice yet, instead, takes root in several considerations, such as the fact that he did not breach his duties as chairman, and is further coloured by the fact that the reliance on Osler's advice was fully made in good faith. I note that the case law cited by the appellant establishes that reliance on counsel's advice (even if it leads to a deleterious result) will strongly militate against a finding of *mala fides* or fiduciary breach, such a finding being necessary to disentitle one from indemnification. For example, in *Exco* at pp. 220-21, Richard J. held:

The presence of . . . counsel . . . do[es] have the result of absolving the directors of any allegation of bad faith with respect to their actions . . . Directors have a right, indeed a duty to rely on the opinion of counsel . . .

Although what the directors did, as a board, may have been unlawful, no liability can attach to the directors personally for what they did, having first received advice from . . . counsel who held himself out as having experience and expertise in that area of law. [Emphasis added.]

And, in *Rafuse*, *supra*, at pp. 215-16, Le Dain J. held:

The executive officers of the . . . Company and the members of the Executive Committee of the Board of Directors did not have a duty of care with respect to the legal aspects of a transaction other than to retain qualified solicitors to perform the necessary legal services . . . They might well have been negligent had they relied on their own legal judgment in such a case . . . the trust company "took the only course open to it to determine the validity of the mortgage, namely, consulting the solicitors."

It was reasonable for Blair to believe, and the evidence shows he did believe, that reliance on the

*Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149 (C.S.N.-É. 1<sup>re</sup> inst.). Même si ce principe se dégage de la jurisprudence, il n'est pas vraiment pertinent en l'espèce, étant donné que la décision de permettre à Blair d'être indemnisé ne s'appuie pas en soi sur le fait que Blair s'en est remis à des conseils erronés, mais découle plutôt de diverses considérations, comme le fait qu'il n'a pas manqué à ses obligations de président d'assemblée, et qu'elle s'explique en outre par le fait que c'est entièrement de bonne foi qu'il s'en est remis aux conseils d'Osler. Je souligne que la jurisprudence citée par l'appelante établit que le fait que l'on s'en soit remis aux conseils d'un avocat (même si cela mène à un résultat malheureux) milite fortement contre une conclusion à la mauvaise foi ou à un manquement à une obligation fiduciaire, laquelle conclusion est nécessaire pour faire perdre le droit à l'indemnisation. Par exemple, le juge Richard statue dans *Exco*, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] La présence de l'avocat [. . .] [a] pour résultat d'écarter toute allégation de mauvaise foi relative aux actes des administrateurs. [. . .] Les administrateurs ont le droit, en fait le devoir, de s'en remettre à l'opinion de l'avocat . . .

Bien que ce que les administrateurs ont fait, comme conseil d'administration, puisse être illégal, la responsabilité personnelle des administrateurs ne peut être engagée pour leurs actes, étant donné qu'ils ont d'abord obtenu les conseils de l'avocat [. . .], qui se disait expérimenté et expert dans ce domaine du droit. [Je souligne.]

Et, dans l'arrêt *Rafuse*, précité, aux pp. 215 et 216, le juge Le Dain affirme:

Les administrateurs de [la société] et les membres du comité exécutif du conseil d'administration n'avaient pas, à l'égard des aspects juridiques d'une opération, d'autre obligation de diligence que celle de retenir les services d'avocats compétents pour fournir les services juridiques nécessaires. [. . .] Ils auraient bien pu faire preuve de négligence si, dans un tel cas, ils s'en étaient remis à leur propre jugement juridique. [. . .] la société de fiducie [TRADUCTION] «a eu recours au seul moyen dont elle disposait pour déterminer la validité de l'hypothèque, savoir la consultation des avocats».

Il était raisonnable que Blair croie, et la preuve montre que cela a été effectivement le cas, qu'il

advice of Osler was the only course open to him. Thus, it is clear that Blair fulfilled his duty of care under the *Rafuse* standard. This militates against a finding that he should not be indemnified for the subsequent litigation initiated by Canadian Express. I also note that such a conclusion is consonant with jurisprudence in other contexts which has held that reliance on actuarial and legal advice obtained from competent sources would militate against a finding of misconduct: *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1994] 2 S.C.R. viii (for trustees); *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, at p. 532 (a union's decision not to take a grievance to arbitration).

n'avait pas d'autre choix que de s'en remettre aux conseils d'Osler. Ainsi, il est clair que Blair a rempli son obligation de diligence au sens de l'arrêt *Rafuse*. Cela milite contre la conclusion qu'il ne devrait pas être indemnisé relativement aux procédures engagées ultérieurement par Canadian Express. Je constate aussi qu'une telle conclusion concorde avec la jurisprudence dans d'autres contextes, où on a jugé que le fait que l'on s'en soit remis à des conseils actuariels et juridiques obtenus de sources compétentes militerait contre une conclusion d'inconduite: *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1994] 2 R.C.S. viii (cas de fiduciaires); *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, à la p. 532 (décision d'un syndicat de ne pas soumettre un grief à l'arbitrage).

68

Of considerable relevance is the fact that reliance on the work of a lawyer has been recognized within the OBCA itself as comprising part of the director's standard of care. Section 135(4) reads as follows:

**135. . . .**

(4) A director is not liable under section 130 or 134 [describing the fiduciary duties and duties of care governing directors' conduct] if the director relies in good faith upon,

Il est particulièrement pertinent de noter que la LSA elle-même reconnaît que se fier au travail d'un avocat fait partie intégrante de l'obligation de diligence de l'administrateur. Le paragraphe 135(4) est rédigé ainsi:

**135. . . .**

(4) N'est pas engagée, en vertu de l'article 130 ou 134 [qui décrivent les obligations fiduciaires et les obligations de diligence régissant la conduite des administrateurs], la responsabilité de l'administrateur qui, de bonne foi, se fie:

(b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by any such person. [Emphasis added.]

b) à un rapport émanant d'un avocat, d'un comptable, d'un ingénieur, d'un estimateur ou d'une autre personne dont la profession permet d'ajouter foi à ses déclarations. [Je souligne.]

Blair fits within the scope of s. 135(4)(b) given that there was no reason to doubt Osler's competence. Osler was apprised of all the relevant facts, and Blair acted in full accordance with the advice that was given.

L'alinéa 135(4)(b) s'applique à la situation de Blair, étant donné qu'il n'y avait aucune raison de douter de la compétence d'Osler. Le cabinet Osler avait été mis au courant de tous les faits pertinents, et Blair a suivi à la lettre les conseils qui lui ont été donnés.

69

I should also mention that s. 135(4) codifies the anterior common law director duties of care, in which a director would be absolved of liability if he or she relied upon the work of an official of the

Je tiens aussi à mentionner que le par. 135(4) codifie les obligations de diligence que la common law imposait auparavant aux administrateurs, selon lesquelles l'administrateur était dégagé de toute



company (in the present appeal, corporate counsel) if such work is properly left to that official and, in the absence of grounds for suspicion, the director is justified in trusting that official to perform the duty: *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] Ch. 407, *per* Romer J., *aff'd* [1925] Ch. 500 (C.A.). Consequently, directors will be held liable for the misdeeds of officials of the company only if they have been personally negligent or if they have acted unreasonably in relying on an official whose honesty or competence they have reason to suspect.

On another note, I cannot accept Enfield's submission that Osler was partial to Blair and acted on behalf of Blair and was hence not independent counsel. At all material times, Osler was Enfield's corporate counsel and represented Blair in that capacity as it was professionally obliged to; in fact, the only reason Osler represented Blair at the Canadian Express application was because Enfield was joined as a co-defendant. There is no evidence whatsoever that Osler's advice to Blair during the meeting was influenced by any partiality. Its conclusion as to the validity of the proxies was reasonable and involved a complicated question of law over which J. Holland J. heard, for eight days, expert testimony before reaching his conclusion. This seems to confirm that this issue would not have been solved by giving Canadian Express representatives a few moments to address the shareholders' meeting. Further, it should be remembered that Blair, a layperson, could not have been expected to be suspicious about advice that, *prima facie*, appeared legitimate and came from Enfield's own corporate counsel. I would affirm the Court of Appeal's finding that the advice given by Osler and followed by Blair would, to a layperson in Blair's circumstances (and with his business experience), have been "ostensibly credible"

responsabilité s'il s'en était remis au travail d'un représentant de la société (en l'occurrence, les avocats de la société) et si le travail en question avait été confié à juste titre à ce représentant; en l'absence de raisons de douter, l'administrateur est justifié de faire confiance à ce représentant quant à l'exécution de ce travail: *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] Ch. 407, *le juge Romer, conf. par* [1925] Ch. 500 (C.A.). Par conséquent, les administrateurs ne seront tenus responsables des mauvaises actions de représentants de la société que s'ils ont personnellement fait preuve de négligence ou s'ils ont agi déraisonnablement en s'en remettant à un représentant alors qu'ils avaient une raison de douter de son intégrité ou de sa compétence.

Par ailleurs, je ne puis accepter l'argument d'Enfield voulant que les avocats du cabinet Osler aient fait preuve de partialité en faveur de Blair, qu'ils aient agi pour le compte de Blair et qu'ils n'aient donc pas été des conseillers juridiques indépendants. Pendant toute la période pertinente, les avocats du cabinet Osler étaient conseillers juridiques d'Enfield et c'est à ce titre qu'ils ont représenté Blair, comme ils étaient tenus de le faire sur le plan professionnel. En fait, la seule raison pour laquelle Osler a représenté Blair lors de la demande de Canadian Express était qu'Enfield y était cité comme codéfendeur. Il n'y a pas la moindre preuve que les conseils donnés à Blair par Osler au cours de l'assemblée aient été influencés par quelque partialité que ce soit. Sa conclusion quant à la validité des procurations était raisonnable et portait sur une question de droit complexe au sujet de laquelle le juge J. Holland a entendu, pendant huit jours, des témoignages d'experts avant de tirer sa conclusion. Cela semble confirmer qu'accorder aux représentants de Canadian Express quelques instants pour s'adresser aux participants à l'assemblée des actionnaires n'aurait pas permis de régler cette question. En outre, il y a lieu de se rappeler que l'on n'aurait pas pu s'attendre à ce que Blair, qui n'était pas juriste, ait des doutes au sujet de conseils qui paraissent légitimes à première vue et émanaient des propres avocats d'Enfield. Je suis donc d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel que les conseils donnés par Osler et

(p. 801). He thereby acted in accordance with the duties he owed.

(iv) The interests of the shareholders not present at the meeting

71 Many of the persons issuing proxies were not present at the meeting. Although they may very well have been informed of the tensions between Blair and Canadian Express, they would certainly not have expected there to be a contested election for the position of 11th director. At the time the proxies were given to Ravelston and Canadian Express, it was assumed that the 11 persons listed in the management circular would simply be elected. The evidentiary record does not reveal that anyone's mind was alerted to the possibility that the proxyholders would use the proxies to nominate Price over Blair. No notice whatsoever was given of Price's nomination. In this context, I find some merit to Blair's submission that his decision to follow Osler's advice must be viewed also in light of the interests of the shareholders not present at the meeting.

72 In the end, by following the instructions on the proxies and then requisitioning a new shareholders' meeting on July 24, 1989, Blair gave all shareholders an opportunity to make a fully informed decision regarding the election of the directors, thereby promoting the integrity of Enfield's voting procedures. Shareholders holding fully 16 percent of the shares of Enfield who were not aware that Canadian Express would attempt to take control of the Board were thus placed in a position of being able to make an informed choice as to how to vote (see judgment of the Court of Appeal, at p. 801). The corollary is that Canadian Express suffered no prejudice in respect of its voting rights in that it had the opportunity to nominate and support Price at the new meeting or pursue legal action against Enfield. Instead of waiting for the newly requisitioned meeting (at which it could have ensured that its proxies would be filled out as *per* Osler's

suivis par Blair auraient été [TRADUCTION] «manifestement crédibles» (p. 801) pour une personne non juriste placée dans la situation de Blair (et possédant son expérience des affaires). Blair a donc agi conformément aux obligations qui lui incombaient.

(iv) Les intérêts des actionnaires non présents à l'assemblée

Bon nombre des personnes ayant donné des procurations n'étaient pas présentes à l'assemblée. Bien qu'elles aient très bien pu être au courant des tensions entre Blair et Canadian Express, elles ne s'attendaient certainement pas à ce que l'élection du onzième administrateur soit contestée. Au moment où les procurations ont été remises à Ravelston et à Canadian Express, on présumait que les 11 personnes nommées dans la circulaire de la direction seraient tout simplement élues. D'après la preuve, personne ne croyait que les fondés de pouvoir pourraient utiliser les procurations pour nommer Price plutôt que Blair. Aucun avis de la nomination de Price n'a été donné. Dans ce contexte, je considère comme étant fondé jusqu'à un certain point l'argument de Blair voulant que sa décision de suivre les conseils d'Osler doive être également appréciée en fonction des intérêts des actionnaires qui n'assistaient pas à l'assemblée.

Finalement, en suivant les instructions contenues dans les procurations et en demandant, le 24 juillet 1989, qu'une nouvelle assemblée des actionnaires soit convoquée, Blair a donné à tous les actionnaires la possibilité de prendre une décision parfaitement éclairée au sujet de l'élection des administrateurs, et a préservé de ce fait l'intégrité des procédures de scrutin d'Enfield. Les actionnaires qui détenaient 16 pour 100 des actions d'Enfield et qui ne savaient pas que Canadian Express essaierait de prendre le contrôle du conseil d'administration étaient donc en mesure de faire un choix éclairé quant à leur façon de voter (voir l'arrêt de la Cour d'appel, à la p. 801). Il s'ensuit que Canadian Express n'a subi aucun préjudice quant à ses droits de vote, étant donné qu'elle avait la possibilité de nommer et d'appuyer Price lors de la nouvelle assemblée, ou d'intenter une action en justice contre Enfield. Au lieu d'attendre la tenue de la

instructions), Canadian Express took the far more circuitous route of obtaining Price's election through the court system, with the hope of transferring the costs thereof upon Blair. A similar observation was made by Carthy J.A. (at pp. 802-3):

Given the opportunity provided by Blair's requisition of the meeting on July 24 the more obvious question is why Canadian Express did not drop the litigation. In a way, it was being offered the opportunity to correct the mistake that had apparently been made on July 19 and 20. It was up to the board of Enfield to set the date for the meeting, and at a meeting on July 27 it was decided, without dissent and without Blair's involvement, to do nothing until the outcome of the court case was known . . . .

Blair added nothing to the costs of the proceedings, his requisition of an annual meeting made it possible for the board to hold one before the litigation reached the courtroom, and his conduct was consistent with his protestations throughout that he had no interest in leading the company if voted out by a majority of informed shareholders. [Emphasis added.]

In my mind, the fact that Blair promptly, and contrary to his personal interests, requisitioned a new meeting constitutes further evidence that his actions were taken with a view to the best interests of Enfield. If anything, Canadian Express's decision to pursue this matter through litigation drives against the well-being of Enfield's shareholders, especially those who have no personal interest in who acts as the 11th director, provided simply that individual discharge his or her duties to the corporation in a competent and trustworthy manner.

(v) Policy concerns

Permitting Blair to be indemnified is consonant with the broad policy goals underlying indemnity provisions; these allow for reimbursement for reasonable good faith behaviour, thereby discouraging the hindsight application of perfection. Indemnification is geared to encourage responsible beha-

nouvelle assemblée demandée (à laquelle elle aurait pu s'assurer que ses procurations seraient exécutées conformément aux directives d'Osler), Canadian Express a emprunté la voie beaucoup plus sinueuse des procédures judiciaires pour obtenir l'élection de Price, en espérant que Blair en assumerait les frais. Le juge Carthy fait une observation similaire (aux pp. 802 et 803):

[TRADUCTION] Compte tenu de l'occasion fournie, le 24 juillet, par la demande de tenue d'une assemblée présentée par Blair, la question la plus évidente qui se pose est de savoir pourquoi Canadian Express n'a pas laissé tomber les procédures judiciaires. En un sens, on lui donnait la possibilité de corriger l'erreur qui avait apparemment été commise les 19 et 20 juillet. Il revenait au conseil d'administration d'Enfield de choisir la date de l'assemblée et, à la réunion du 27 juillet, il a été décidé, à l'unanimité et sans la participation de Blair, de ne rien faire jusqu'à l'issue du procès . . . .

Blair n'a rien ajouté aux frais des procédures, sa demande d'assemblée annuelle permettait au conseil d'administration d'en tenir une avant l'audition du litige, et sa conduite était conforme à ses protestations répétées selon lesquelles il n'avait aucun intérêt à diriger la société s'il n'était pas réélu par une majorité d'actionnaires bien informés. [Je souligne.]

À mon avis, le fait que Blair ait promptement, et contrairement à ses intérêts personnels, demandé que l'on tienne une nouvelle assemblée constitue une preuve de plus qu'il a agi au mieux des intérêts d'Enfield. C'est plutôt la décision de Canadian Express de régler la question par la voie de procédures judiciaires qui va à l'encontre du bien-être des actionnaires d'Enfield, en particulier ceux qui n'ont aucun intérêt personnel quant à la personne qui occupe le onzième poste d'administrateur, pourvu simplement que cette personne remplisse fidèlement et avec compétence ses obligations envers la société.

(v) Préoccupations de principe

Permettre à Blair d'être indemnifié est conforme aux objectifs de principe généraux qui sous-tendent les dispositions en matière d'indemnisation; celles-ci permettent le remboursement dans les cas de conduite raisonnable et de bonne foi, décourageant ainsi l'application après coup de

viour yet still permit enough leeway to attract strong candidates to directorships and consequently foster entrepreneurship. It is for this reason that indemnification should only be denied in cases of *mala fides*. A balance must be maintained. As noted by Ziegel et al. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1 (3rd ed. 1994), at p. 523:

If an officer or director is compensated for acts of fraud or misappropriation effected against the corporation and its shareholders, then, apart from the negative publicity aspect of an explicit judgment against the director or officer, there will be little deterrent value left in legal controls, and agency costs will be left uncontrolled. In essence, indemnification would be tantamount to an employment contract recognizing that a director owes no duty to various corporate constituencies.

Despite the concerns with unrestrained managerial opportunism, a blanket prohibition against arrangements designed to minimize the impact of civil liability may be overbroad. There may be situations in which directors and officers are held liable for conduct that was not coloured by any opportunistic behavior, and reflects outcomes that are the by-product of legitimate business judgments. [Emphasis added.]

Given the circumstances of this appeal, denying Blair indemnification would, in my mind, run afoul of these policy concerns. See also Daniels and Hutton, "The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance" (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182, at p. 187:

To temper excessive care and activity level reactions to potential gatekeeper liability, modern corporate law statutes permit a corporation to indemnify a director for any expense reasonably incurred in defending, settling or satisfying a judgment for any action, provided that the director's fiduciary duty to act "honestly and in good

normes de perfection. L'indemnisation vise à encourager la conduite responsable, mais laisse tout de même assez de latitude pour attirer des candidats solides aux postes d'administrateurs, et favorise donc l'esprit d'entreprise. C'est pour cette raison que l'indemnisation ne devrait être refusée que dans les cas de mauvaise foi. Il faut maintenir l'équilibre. Comme l'ont fait remarquer Ziegel et autres, dans *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1 (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 523:

[TRADUCTION] Si un dirigeant ou un administrateur est indemnisé pour des actions frauduleuses ou des détournements faits au détriment de la société et de ses actionnaires, alors, à part la publicité négative qui pourrait entourer un jugement explicite contre ce dirigeant ou cet administrateur, les mécanismes de contrôle prévus par la loi n'auront pas beaucoup d'effet de dissuasion, et les coûts d'encadrement ne feront l'objet d'aucun contrôle. Essentiellement, l'indemnisation équivaudrait à un contrat de travail reconnaissant que l'administrateur n'a aucune obligation envers divers groupes de la société.

Malgré les craintes d'opportunisme effréné de la part de la direction, une interdiction générale de toute convention visant à minimiser l'incidence de la responsabilité civile peut être exagérée. Il peut se présenter des situations où les administrateurs et les dirigeants sont tenus responsables d'une conduite qui n'était entachée d'aucun opportunisme, et qui reflète des résultats constituant le sous-produit de décisions d'affaires légitimes. [Je souligne.]

Compte tenu des circonstances du présent pourvoi, j'estime que refuser à Blair l'indemnisation irait à l'encontre de ces préoccupations de principe. Voir aussi Daniels et Hutton, «The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182, à la p. 187:

[TRADUCTION] Afin de tempérer les réactions de prudence et d'activité excessives face au risque d'engager une responsabilité de «gardien», les lois modernes sur les sociétés permettent à une société d'indemniser un administrateur de toutes les dépenses raisonnablement engagées pour se défendre, régler une action ou satis-

faith and with a view to the best interests of the corporation" has been fulfilled.

## VI. Conclusion And Disposition

The appeal is dismissed. Blair's ruling was made with the *bona fide* intent that the corporation have a lawfully elected Board of Directors. It is insufficient to say retrospectively that Blair "should have" acted differently or that he did not handle things perfectly in order to deny indemnification under s. 136(1). Actual *mala fides* must be shown such that the director did not act with a view to the best interests of the corporation. This has not been demonstrated in this case. Therefore Blair is entitled to indemnification for the costs arising out of the application before J. Holland J. (though not for the costs of appealing J. Holland J.'s decision regarding the validity of the impugned proxies, and the expenses related thereto, which Carthy J.A. found not to have been reasonably incurred).

As pronounced at the hearing of the appeal, the appeal is dismissed with costs to the respondent on a solicitor-client basis. After the judgment was pronounced but before reasons were released, Blair brought a motion under rules 5 and 51 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, for an extension of time and a rehearing, to seek clarification of this Court's order with respect to costs. Upon consideration of the materials filed by Blair and Enfield in connection with the motion, and upon consideration of all the circumstances, Blair is awarded his costs on a solicitor and client scale not only in this Court but also in the proceedings before Carruthers J. and in the Ontario Court of Appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Borden & Elliot, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Patricia A. Virc, Collingwood, Ont.*

faire à un jugement relatif à une action, pourvu qu'il ait rempli son obligation fiduciaire d'agir «avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société».

## VI. Conclusion et dispositif

Le pourvoi est rejeté. Blair a pris sa décision de bonne foi, dans l'intention que la société ait un conseil d'administration légalement élu. Il ne suffit pas d'affirmer rétrospectivement que Blair «aurait dû» agir différemment ou qu'il n'a pas fait exactement ce qu'il devait faire, pour lui refuser l'indemnisation prévue au par. 136(1). Il faut démontrer l'existence réelle de mauvaise foi de manière à établir que l'administrateur n'a pas agi au mieux des intérêts de la société. Cela n'a pas été fait en l'espèce. C'est pourquoi Blair a droit à l'indemnisation des frais découlant de la demande devant le juge J. Holland (quoique non des frais d'appel de la décision du juge J. Holland portant sur la validité des procurations contestées et sur les dépenses y relatives que le juge Carthy n'a pas jugées raisonnables).

Conformément au jugement prononcé à l'issue de l'audience, le pourvoi est rejeté et l'intimé a droit à ses dépens sur la base procureur-client. Après que le jugement eut été rendu mais avant le dépôt des motifs, Blair a présenté une requête fondée sur les art. 5 et 51 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, en vue d'obtenir une prorogation de délai et une nouvelle audition qui permettraient de clarifier l'ordonnance que notre Cour a rendue en matière de dépens. Après examen des documents produits par Blair et Enfield relativement à cette requête, et compte tenu de toutes les circonstances, Blair a droit à ses dépens sur la base procureur-client non seulement devant notre Cour mais encore relativement aux procédures devant le juge Carruthers et la Cour d'appel de l'Ontario.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Borden & Elliot, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Patricia A. Virc, Collingwood (Ont.).*