

A-129-95

A-129-95

Neil Soper (*Appellant*)Neil Soper (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: SOPER v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SOPER c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Linden and Robertson JJ.A.—Vancouver, May 20; Ottawa, June 27, 1997.

Cour d'appel, juges Marceau, Linden et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 20 mai; Ottawa, 27 juin 1997.

Income tax — Corporations — Appeal from T.C.C. decision taxpayer not satisfying “due diligence” defence in Income Tax Act, s. 227.1(3) — S. 227.1(3) enabling directors to escape liability for unremitted amounts required to be withheld from employees' salaries if establishing exercised degree of care, diligence and skill to prevent failure that reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances — When taxpayer, experienced businessman, becoming director, receiving balance sheet showing net loss of \$132,000 — Neither employees nor other Board members discussing with taxpayer company's failure to make tax remittances — Taxpayer never inquiring whether company complying with remittance obligations — Appeal dismissed — Analysis of common law duty of care, set out in City Equitable Fire Insurance Co., In re, [1925] Ch. 407 (C.A.), whether and to what extent modified by s. 227.1(3) — Meaning of each component i.e. skill, care diligence — Standard of care under s. 227.1(3) containing both objective, subjective elements — More difficult for inside directors to establish due diligence defence — Unless reasons for suspicion, outside directors may rely on day-to-day corporate managers to pay debt obligations — Positive duty to act arising when aware of facts leading to conclusion could reasonably be potential problem with remittances — Whether standard of care met question of fact to be resolved in light of personal knowledge, experience of director — Given ample business experience, taxpayer under positive duty to act when received balance sheet — Not misled, frustrated by other company officials — Doing nothing inadequate to discharge burden imposed by s. 227.1(3).

Impôt sur le revenu — Corporations — Appel de la décision par laquelle la C.C.I. a statué que le contribuable n'avait pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue à l'art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Cette disposition permet aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes retenues sur la rémunération des employés s'ils démontrent qu'ils ont agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables — Au moment de sa nomination au sein du conseil d'administration, le contribuable, un homme d'affaires chevronné, a reçu un exemplaire du bilan qui indiquait un déficit de 132 000 \$ — Aucun employé ni aucun autre membre du conseil d'administration n'a discuté avec le contribuable du défaut de la société de faire des versements d'impôt — Le contribuable n'a jamais demandé si la société s'acquittait des obligations de versement — Appel rejeté — Analyse de l'obligation de prudence en common law énoncée dans l'arrêt City Equitable Fire Insurance Co., In re, [1925] Ch. 407 (C.A.), et de la question de savoir si l'art. 227.1(3) a modifié cette obligation et dans quelle mesure il l'a fait — Sens de chaque élément constitutif, à savoir compétence, soin et diligence — La norme de prudence prévue à l'art. 227.1(3) contient des éléments objectifs et des éléments subjectifs — Il est plus difficile pour les administrateurs internes d'invoquer la défense de diligence raisonnable — À moins qu'il n'existe des motifs d'avoir des soupçons, les administrateurs externes peuvent se fier aux personnes qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société pour payer des dettes — L'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur prend conscience de faits qui l'amènent à conclure que les versements pourraient vraisemblablement poser un problème potentiel — La question de savoir si un administrateur a satisfait à la norme de prudence est une question de fait qu'il faut trancher à la lumière des connaissances personnelles et de l'expérience de ce dernier — Vu sa vaste expérience dans le domaine des affaires, le contribuable était dans l'obligation expresse d'agir lorsqu'il a reçu le bilan — Il n'a pas été induit en erreur ni gêné dans ses efforts par les dirigeants de la société — Ne rien faire est insuffisant pour s'acquitter du fardeau imposé par l'art. 227.1(3).

Construction of statutes — Income Tax Act, s. 227.1(3) enabling directors to escape liability for unremitted amounts required to be withheld from employees' salaries if establishing exercised degree of care, diligence, skill to prevent failure that reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances — Whether, to what extent modifying common law standard of care — As presumption of coherence, Canada Business Corporations Act, s. 122(1)(b), setting out standard of care to be exercised by directors for corporate law purposes, in virtually identical language, considered — Since Canada Business Corporations Act mirroring Ontario Business Corporations Act, inference Parliament intending to send same message to existing, potential directors — S. 227.1(3) containing both subjective, objective elements — Had Parliament wished to strengthen common law standard of care could have done so by omitting "in comparable circumstances".

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada holding that the taxpayer had failed to satisfy the "due diligence" defence set out in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3). In October 1987 the taxpayer, an experienced businessman, became a director of Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (hereinafter RBI). The company, which operated a modelling school, wanted taxpayer on the board to enhance its getting listed on the Vancouver Stock Exchange. At the November 1987 meeting of the board, he was given a copy of RBI's balance sheet, which showed a net loss of \$132,000. At no time did any employee or board member of RBI discuss with the taxpayer RBI's failure to make certain tax remittances as required under the Act. Nor did the taxpayer inquire as to whether RBI was complying with its remittance obligations under the Act. In February 1988 he resigned from the board. *Income Tax Act*, subsection 153(1) imposes a duty on corporations to withhold taxes and other source deductions from an employee's salary and to remit such amounts to the Receiver General of Canada. Subsection 227.1(1) makes a corporation liable for unremitted amounts while at the same time imposing joint and several liability on its directors. But subsection 227.1(3) enables corporate directors to escape liability for non-remittance if they can establish that they "exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances". Pursuant to subsection 227.1(1), the taxpayer was assessed as a director for unremitted employee withholdings of RBI, plus interest and penalties for the period from October 1987 to January 1988. The Tax Court held that the statutory defence of due diligence was

Interprétation des lois — L'art. 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes retenues sur la rémunération des employés s'ils peuvent démontrer qu'ils ont agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables — La question est de savoir si cette disposition a modifié la norme de prudence prévue par la common law et dans quelle mesure elle l'a fait — Vu la présomption de cohérence entre les lois, l'art. 122(1)(b) de la Loi canadienne sur les sociétés par actions, qui énonce en des termes pratiquement identiques à ceux de l'art. 227.1(3) la norme de prudence à laquelle doivent satisfaire les administrateurs dans le contexte du droit des sociétés, est pris en considération — Comme la Loi canadienne sur les sociétés par actions reflète la Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, il est permis de conclure que le législateur fédéral entendait envoyer le même message aux administrateurs en place et potentiels — L'art. 227.1(3) contient des éléments objectifs et des éléments subjectifs — Si le législateur avait voulu renforcer la norme de prudence imposée par la common law, il aurait facilement pu le faire en omettant l'expression «dans des circonstances comparables».

Il s'agissait de l'appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué que le contribuable n'avait pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En octobre 1987, le contribuable, un homme d'affaires chevronné, a été nommé au sein du conseil d'administration de Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (ci-après RBI). La société, qui exploitait une école de mannequins, voulait que le contribuable devienne membre du conseil d'administration pour améliorer ses chances d'être inscrite à la Bourse de Vancouver. Lors de la réunion de novembre 1987 du conseil d'administration, le contribuable a reçu un exemplaire du bilan de RBI qui indiquait un déficit de 132 000 \$. À aucun moment un employé ou un membre du conseil d'administration de RBI n'a discuté avec le contribuable du défaut de RBI de faire certains versements d'impôt exigés par la Loi. À aucun moment le contribuable n'a demandé si RBI s'acquittait des obligations de versement que lui imposait la Loi. En février 1988, il a démissionné du conseil d'administration. Le paragraphe 153(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose à une société l'obligation de faire des retenues d'impôt et d'autres retenues à la source à l'égard de la rémunération d'un employé et de verser ces sommes au receveur général du Canada. Le paragraphe 227.1(1) de la Loi tient une société responsable du défaut de verser ces sommes et retient en outre la responsabilité solidaire de ses administrateurs. Le paragraphe 227.1(3) permet toutefois aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement s'ils peuvent démontrer qu'ils ont «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manque-

not available to the taxpayer because he had known of RBI's financial difficulties when he accepted the directorship, and took no steps to ensure remittance.

The issue was whether subsection 227.1(3) involves a subjective element, in the sense that the personal knowledge and background of a director is a relevant consideration, or whether it is an entirely objective standard, to which all directors will be similarly held.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Robertson J.A. (Linden J.A. concurring): As the subjective standard had its roots in the common law, the analysis focused on the seminal decision on the common law duty of care, *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.). *City Equitable* established the following principles: (1) Directors are not trustees. But as agents, directors stand in a fiduciary relationship to their principal, the company. To the extent that a fiduciary is under a duty to act in good faith so too is a trustee and, in this limited sense the comparison of a director with a trustee has validity. The analogy breaks down, however, when consideration is given to the duties of care and skill. Subsection 227(5), which deems amounts deducted or withheld to be held in trust, regardless of whether the funds deducted or withheld under the Act were actually so segregated, did not raise the standard of care to the trustee threshold. (2) A director need not exhibit in the performance of his or her duties a greater degree of skill and care than may reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. Thus, the standard of care is partly objective (the standard of a reasonable person), and partly subjective in that the reasonable person is judged on the basis that he or she has the knowledge and experience of the particular individual. (3) A director is neither obliged to give continuous attention to the affairs of the company, nor even to attend all meetings of the board. The common law would not, however, permit directors to adhere to a standard of total passivity and irresponsibility. The statutory standard of care will be interpreted and applied in a manner which encourages responsibility. The director who acts irresponsibly, e.g. by failing to attend all board meetings, does so at his own peril. (4) In the absence of grounds for suspicion, a director may rely on company officials to perform honestly duties that have been properly delegated to

ment qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables». Par application du paragraphe 227.1(1), une cotisation a été établie à l'égard du contribuable à titre d'administrateur pour la période allant d'octobre 1987 à janvier 1988. Cette cotisation représentait les retenues à l'égard de la rémunération des employés que RBI n'a pas versées, ainsi que les intérêts et les pénalités s'y rapportant. La Cour de l'impôt a statué que les circonstances ne donnaient pas ouverture à la défense de diligence raisonnable d'origine législative parce que le contribuable était au courant des difficultés financières de RBI lorsqu'il a accepté le poste d'administrateur et parce qu'il n'a pris aucune mesure pour garantir le versement des sommes dues.

La question litigieuse était de savoir si le paragraphe 227.1(3) comporte un élément subjectif, auquel cas les connaissances personnelles et l'expérience d'un administrateur sont un facteur pertinent, ou si la norme est entièrement objective, auquel cas elle s'appliquera de la même façon à tous les administrateurs.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Le juge Robertson, J.C.A. (avec l'appui du juge Linden, J.C.A.): Comme la norme subjective a son origine dans la common law, l'analyse a été axée sur la décision de principe concernant l'obligation de prudence en common law, à savoir l'arrêt *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.). Cet arrêt a établi les principes suivants: (1) les administrateurs ne sont pas des fiduciaires. Toutefois, à titre de mandataires, ils ont une relation fiduciaire avec leur mandant, à savoir la société. Dans la mesure où un représentant fiduciaire (*fiduciary*) est tenu d'agir de bonne foi, un fiduciaire (*trustee*) l'est aussi et, dans ce sens limité, la comparaison entre un administrateur et un fiduciaire est valable. L'analogie ne vaut plus, toutefois, quand les obligations de soin et de compétence entrent en ligne de compte. Le paragraphe 227(5), qui dispose que les montants déduits ou retenus par application de la Loi sont réputés être détenus en fiducie, qu'ils aient ou non, en fait, été tenus séparés de cette façon, n'élevait pas la norme de prudence au point de faire de l'administrateur un fiduciaire. (2) L'administrateur n'a pas besoin de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, un degré de compétence et de soin supérieur à ce qu'on peut attendre d'une personne ayant ses connaissances et son expérience. Ainsi, la norme de prudence est partiellement objective (la norme de la personne raisonnable) et partiellement subjective étant donné que la personne raisonnable est définie en fonction des connaissances et de l'expérience de l'intéressé. (3) L'administrateur n'est pas obligé de consacrer son attention en permanence aux affaires de la société, et il n'est même pas tenu d'assister à toutes les réunions du conseil. La common law ne permettrait toutefois pas aux administrateurs de se conformer à une norme de passivité et d'irresponsabilité totales. La norme de prudence d'origine législative sera interprétée et appliquée d'une manière propre à encourager

them. The exigencies of business and the company's articles of association, together, determine whether it is appropriate to delegate a duty. The larger the business, the greater will be the need to delegate.

The next question was whether the subjective element of the common law standard had been eliminated or reduced by statute? The wording of subsection 227.1(3) is virtually identical to the language used in *Canada Business Corporations Act*, paragraph 122(1)(b) which sets out for purposes of corporate law, the standard of care to be exercised by directors. Notably, the statutory phrase "care, diligence and skill" reflects the language of the *City Equitable* case. The *Income Tax Act* and the *Canada Business Corporations Act* adopt the same language because both relate to the standard of care to be exercised, although they differ as to whom the care is owed. Since there is a presumption of coherence between statutes, in order to determine whether the common law standard of care was modified by statute, both the due diligence provision in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) and the standard of care provisions in the *Canada Business Corporations Act* had to be considered.

The statutory analysis involved a consideration of each of the statutory standard's constituent elements in turn: skill, care and diligence. At common law, a director was required to exercise only that degree of skill which could reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. The statutory skill criterion ("skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances") is essentially the same as the common law requirement. Use of "in comparable circumstances" indicates that a reasonably prudent person in comparable circumstances may be an unskilled person. The subjective element of the common law standard of skill has not been altered by federal statute.

The statutory enactment does not appear to have altered the common law position that a director is expected to fulfill his or her duties with care by acting reasonably according to the knowledge and experience that he or she actually possesses. The legislation speaks of a reasonably prudent person and the care that that person would exercise in comparable circumstances. In the event that the reasonably prudent person is unskilled, the statute requires only the exercise of a degree of care which is commensurate with

la responsabilité. L'administrateur qui agit de façon irresponsable, par exemple en n'assistant pas à toutes les réunions du conseil, le fait à ses risques et périls. (4) En l'absence de motifs d'avoir des soupçons, l'administrateur peut se fier aux dirigeants de la société pour s'acquitter avec intégrité des fonctions qui leur ont été régulièrement déléguées. Ce sont les exigences de l'entreprise et les statuts constitutifs de la société qui, pris conjointement, déterminent s'il est approprié de déléguer une fonction. Plus l'entreprise est grande, plus la délégation sera nécessaire.

La question suivante était de savoir si l'élément subjectif de la norme de common law avait été supprimé ou affaibli par la loi. Le libellé du paragraphe 227.1(3) est pratiquement identique à celui de l'alinéa 122(1)(b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, qui énonce, dans le contexte du droit des sociétés, la norme de prudence à laquelle doivent satisfaire les administrateurs. Il convient de noter que l'expression législative «soin, diligence et compétence» correspond aux termes employés dans l'arrêt *City Equitable*. La *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ont un libellé identique car elles se rapportent toute deux à la norme de prudence à respecter, bien que les personnes envers lesquelles il y a obligation de prudence ne soient pas les mêmes dans les deux cas. Comme il existe une présomption de cohérence entre les lois, pour déterminer si la norme de prudence reconnue par la common law a été modifiée par la loi, il fallait tenir compte à la fois de la disposition relative à la diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et des dispositions relatives à la norme de prudence qui figurent dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

L'analyse législative comportait l'examen de chacun des éléments constitutifs de la norme d'origine législative, à savoir la compétence, le soin et la diligence. La common law n'obligeait un administrateur qu'à agir avec le degré de compétence qu'une personne possédant ses connaissances et son expérience aurait raisonnablement exercé. Le critère législatif de la compétence («la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente») est essentiellement le même que l'exigence prévue par la common law. L'emploi de l'expression «en pareilles circonstances» indique qu'une personne prudente en pareilles circonstances peut être une personne inexpérimentée. L'élément subjectif de la norme de compétence prévue par la common law n'a pas été modifié par la loi fédérale.

L'adoption par le législateur d'une exigence quant au soin à manifester ne semble pas avoir modifié la jurisprudence des cours de common law selon laquelle un administrateur est censé exercer ses fonctions avec soin en agissant raisonnablement en fonction des connaissances et de l'expérience qu'il possède effectivement. La loi parle d'une personne prudente et du soin dont cette personne ferait preuve en pareilles circonstances. Dans le cas où la personne prudente est inexpérimentée, la loi requiert uniquement que

that person's level of skill. In this manner skill and care are interconnected. It is insufficient for a director to simply assert that he did his best if, having regard to that individual's level of skill and business experience, he failed to act reasonably prudently.

Diligence is simply the degree of attention or care expected of a person in a given situation. If attention to one's obligations is the essence of diligence, then that aspect of the standard neither adds to nor detracts from the statutory statement in subsection 227.1(3).

Since the language of the *Canada Business Corporations Act* mirrors that of the *Ontario Business Corporations Act*, Parliament intended to send the same message to existing and potential directors. Had Parliament wished to strengthen the standard of care imposed at common law, it could have easily done so by adopting the appropriate language i.e. similar to that used in the *British Columbia Company Act*, which does not contain the phrase "in comparable circumstances".

Subsection 227.1(3) embraces a subjective element which takes into account the personal knowledge and background of the director, as well as his or her corporate circumstances in the form of, *inter alia*, the company's organization, resources, customs and conduct. Thus, more is expected of individuals with superior qualifications, e.g. experienced businesspersons. The standard of care set out in subsection 227.1(3) is therefore neither purely objective nor subjective. The Act contains both objective elements, embodied in the reasonable person language, and subjective elements, inherent in individual considerations like "skill" and the idea of "comparable circumstances". Accordingly, the standard can be properly described as "objective subjective".

Inside directors, those involved in the day-to-day management of the company and who influence the conduct of its business affairs, will have the most difficulty in establishing the due diligence defence. It will be a challenge for such individuals to argue convincingly that despite their daily role in corporate management, they lacked business acumen to the extent that that factor should overtake the assumption that they knew or ought to have known of the remittance requirements. A director may attempt to satisfy the due diligence requirement by setting up controls to account for remittances, asking for regular reports from the company's financial officers on the ongoing use of such controls, and obtaining confirmation at regular intervals that withholding and remittance has taken place as required by the Act. Or a director might, in certain circumstances, establish and monitor a trust account from which both employee wages and remittances owing to Her Majesty would be paid. While

cette personne agisse avec le degré de soin qui est proportionné à son niveau de compétence. C'est de cette façon que la compétence et le soin sont liés entre eux. Il ne suffit pas qu'un administrateur affirme simplement qu'il a fait de son mieux si, eu égard à son niveau de compétence et à sa pratique des affaires, il n'a pas agi avec prudence.

La diligence est simplement le degré d'attention ou de soin qu'on attend d'une personne dans une situation donnée. Si l'attention qu'une personne consacre à ses obligations est l'essence de la diligence, alors cet aspect de la norme ne complète ni ne diminue l'énoncé législatif fait au paragraphe 227.1(3).

Comme les termes de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* reflètent ceux de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, le législateur fédéral entendait envoyer le même message aux administrateurs en place et potentiels. Si le législateur avait voulu renforcer la norme de prudence imposée par la common law, il aurait facilement pu le faire en employant les termes appropriés, c.-à-d. des termes similaires à ceux qui sont employés dans la *Company Act* de la Colombie-Britannique, où n'apparaît pas l'expression «dans des circonstances comparables».

Le paragraphe 227.1(3) comporte un élément subjectif qui tient compte des connaissances personnelles et de l'expérience de l'administrateur, ainsi que du contexte de la société visée, notamment son organisation, ses ressources, ses usages et sa conduite. Ainsi, on attend plus des personnes qui possèdent des compétences supérieures à la moyenne, p. ex. les gens d'affaires chevronnés. La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) n'est donc pas purement objective. Elle n'est pas purement subjective non plus. La Loi contient des éléments objectifs, qui sont représentés par la notion de la personne raisonnable, et des éléments subjectifs, qui sont inhérents à des considérations individuelles comme la «compétence» et l'idée de «circonstances comparables». Par conséquent, la norme peut à bon droit être qualifiée de norme «objective subjective».

Les administrateurs internes, c'est-à-dire ceux qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société et qui influencent la conduite de ses affaires, sont ceux qui auront le plus de mal à invoquer la défense de diligence raisonnable. Pour ces personnes, ce sera une opération ardue de soutenir avec conviction que, malgré leur participation quotidienne à la gestion de l'entreprise, elles n'avaient aucun sens des affaires, au point que ce facteur devrait l'emporter sur la présomption qu'elles étaient au courant des exigences de versement et d'un problème à cet égard, ou auraient dû l'être. Un administrateur peut tenter de satisfaire à l'exigence de diligence raisonnable en établissant des contrôles pour vérifier les versements, en demandant aux agents financiers de la société de présenter régulièrement des rapports sur la mise en œuvre de ces contrôles et en obtenant régulièrement la confirmation que les retenues et les versements ont été faits comme l'exige la Loi. Ou un

such precautionary measures may be persuasive evidence of due diligence on the part of a director, they are not necessary conditions precedent to the establishment of that defence. A clear dividing line must be maintained between the standard of care required of a director and that of a trustee. Accordingly, an outside director cannot be required to go to the lengths outlined above. Unless there is reason for suspicion, it is permissible to rely on the day-to-day corporate managers to pay debt obligations such as those owing to Her Majesty. The positive duty to act arises where a director obtains information, or becomes aware of facts, which might lead one to conclude that there is, or could reasonably be, a potential problem with remittances. Whether the standard of care has been met is a question of fact to be resolved in light of the personal knowledge and experience of the director at issue.

The taxpayer was under a positive duty to act which arose when he received the balance sheet of RBI revealing that the company was experiencing "extremely serious" financial problems. Given his ample business experience, the taxpayer should have been alerted to the existence of a possible problem with remittances, especially since there was no indication that RBI's financial troubles were merely temporary in nature. There was no indication that the taxpayer was misled or frustrated by other company officials during a quest for knowledge about the state of remittances. Doing nothing was inadequate for the purpose of discharging the burden imposed on the taxpayer by subsection 227.1(3), given the precarious financial position of the company.

Per Marceau J.A.: Parliament has imposed on a director of a corporation a completely new, separate and positive duty. Such duty is owed to the Crown, and consists of an obligation to do what one reasonably can to prevent such failure from occurring. Such a duty is not fulfilled by a director who has never put his mind to the requirement and has remained completely uninterested and passive with respect to it.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.
Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16.
Business Corporations Act, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 134(1)(b).
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 122(1)(b).

administrateur pourrait, dans certaines circonstances, ouvrir et surveiller un compte en fiducie qui servirait à payer la rémunération des employés et les sommes dues à Sa Majesté. Bien que de telles précautions puissent être considérées comme une preuve convaincante de la diligence raisonnable manifestée par un administrateur, il ne s'agit pas de conditions préalables nécessaires pour donner ouverture à ce moyen de défense. Il faut maintenir une ligne de démarcation claire entre la norme de prudence exigée d'un administrateur et celle à laquelle doit satisfaire un fiduciaire. On ne peut donc pas obliger un administrateur externe à aller jusqu'à prendre les mesures susmentionnées. À moins qu'il n'existe des motifs d'avoir des soupçons, il est permis de compter sur les personnes qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société pour payer des dettes comme les créances de Sa Majesté. L'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur obtient des renseignements ou prend conscience de faits qui pourraient l'amener à conclure que les versements posent ou pourraient vraisemblablement poser un problème potentiel. La question de savoir si l'administrateur a satisfait à la norme de prudence est une question de fait qu'il faut trancher à la lumière des connaissances personnelles et de l'expérience de ce dernier.

Le contribuable était dans l'obligation expresse d'agir et cette obligation est apparue lorsqu'il a reçu le bilan de RBI qui révélait que la société éprouvait des difficultés financières «extrêmement graves». Vu la vaste expérience du contribuable dans le domaine des affaires, le bilan qu'il a reçu aurait dû éveiller son attention sur l'existence d'un éventuel problème avec les versements, surtout que rien ne portait à croire que les difficultés financières de RBI étaient de nature purement temporaire. Rien ne permettait de conclure que les dirigeants de la société ont induit le contribuable en erreur ou ont gêné ses efforts au cours d'une recherche de renseignements sur l'état des versements. Le fait de n'avoir rien fait était insuffisant pour s'acquitter du fardeau que lui imposait le paragraphe 227.1(3), vu la situation financière précaire de la société.

Le juge Marceau, J.C.A.: Le législateur a imposé à l'administrateur d'une société une obligation entièrement nouvelle, distincte et expresse. Il s'agit d'une obligation envers la Couronne, qui consiste à faire ce qu'il est raisonnablement possible de faire pour prévenir pareil manquement. L'administrateur qui ne s'est jamais soucié de cette exigence et est demeuré complètement indifférent et passif à cet égard ne s'est pas acquitté d'une telle obligation.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Business Corporations Act*, 1982, S.O. 1982, ch. 4, art. 134(1)(b).
Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 142(1)(b).
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1), art. 122(1)(b) (mod. *idem*, art. 13).

Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 142(1)(b).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 104; 1985, c. 45, s. 87; 1987, c. 46, s. 51), 159(2) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 90), 227(5) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 118; 1988, c. 55, s. 171), 227.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; 1984, c. 1, s. 100; 1988, c. 55, s. 172), 242.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 104; 1985, ch. 45, art. 87; 1987, ch. 46, art. 51), 159(2) (mod. par L.C. (1985), ch. 45, art. 90), 227(5) (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 118; 1988, ch. 55, art. 171), 227.1 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; 1984, ch. 1, art. 100; 1988, ch. 55, art. 172), 242.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3.

Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

City Equitable Fire Insurance Co., In re, [1925] Ch. 407 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Sanford v. R., [1996] 1 C.T.C. 2016 (T.C.C.).

CONSIDERED:

Barnett (JV) v MNR, [1985] 2 CTC 2336; (1985), 85 DTC 619 (T.C.C.); *Fraser (Trustee of) v. M.N.R.* (1987), 37 B.L.R. 309; 64 C.B.R. (N.S.) 58; [1987] 1 C.T.C. 2311; 87 DTC 250 (T.C.C.); *Stevenson Estate v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1599 (QL); *Byrt (H.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2174; (1991), 91 DTC 923 (T.C.C.); *Golfman (W.R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2344; (1990), 90 DTC 1863 (T.C.C.); *Davies (J.W.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744; (1994), 94 DTC 1716 (T.C.C.).

REFERRED TO:

White (J.) v. M.N.R., [1990] 2 C.T.C. 2566; (1990), 91 DTC 54 (T.C.C.); *Cybulski v. M.N.R.* (1988), 39 B.L.R. 255; [1988] 2 C.T.C. 2180; 88 DTC 1531 (T.C.C.); *Lalonde (R) v MNR*, [1982] CTC 2749; (1982), 82 DTC 1772 (T.R.B.); *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (S.C.); *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100; *McCandless (M.W.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111; (1995), 95 DTC 484 (T.C.C.); *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Ont. Gen. Div.); *Quantz (C.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2276; (1988), 88 DTC 2276 (T.C.C.); *Beutler (O.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2414; (1988), 88 DTC 1286 (T.C.C.); *Bianco v. Minister of National Revenue* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255; [1991] 2 C.T.C. 2449; 91 DTC 1370 (T.C.C.); *Edmondson (S.G.) v. M.N.R.*, [1988] 2 C.T.C. 2185; (1988), 88 DTC 1542 (T.C.C.);

JURISPRUDENCE

ARRÊT APPLIQUÉ:

City Equitable Fire Insurance Co., In re, [1925] Ch. 407 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Sanford c. R., [1996] 1 C.T.C. 2016 (C.C.I.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Barnett (JV) c MRN, [1985] 2 CTC 2336; (1985), 85 DTC 619 (C.C.I.); *Fraser (Syndic de faillite de) c. M.R.N.* (1987), 37 B.L.R. 309; 64 C.B.R. (N.S.) 58; [1987] 1 C.T.C. 2311; 87 DTC 250 (C.C.I.); *Succession Stevenson c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 1599 (QL); *Byrt (H.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2174; (1991), 91 DTC 923 (C.C.I.); *Golfman (W.R.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2344; (1990), 90 DTC 1863 (C.C.I.); *Davies (J.W.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744; (1994), 94 DTC 1716 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

White (J.) c. M.R.N., [1990] 2 C.T.C. 2566; (1990), 91 DTC 54 (C.C.I.); *Cybulski c. M.R.N.* (1988), 39 B.L.R. 255; [1988] 2 C.T.C. 2180; 88 DTC 1531 (C.C.I.); *Lalonde (R) c MRN*, [1982] CTC 2749; (1982), 82 DTC 1772 (C.R.I.); *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (C.S.); *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100; *McCandless (M.W.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111; (1995), 95 DTC 484 (C.C.I.); *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Div. gén. Ont.); *Quantz (C.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2276; (1988), 88 DTC 2276 (C.C.I.); *Beutler (O.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2414; (1988), 88 DTC 1286 (C.C.I.); *Bianco c. Ministre du Revenu national* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255; [1991] 2 C.T.C. 2449; 91 DTC 1370 (C.C.I.); *Edmondson (S.G.) c. M.R.N.*, [1988] 2 C.T.C. 2185; (1988), 88 DTC 1542 (C.C.I.); *Shindle*

Shindle (B.) v. Canada, [1995] 2 C.T.C. 227; (1995), 95 DTC 5502 (F.C.T.D.); *Snow v. Minister of National Revenue* (1991), 38 C.C.E.L. 70; [1991] 2 C.T.C. 2198; 91 DTC 832 (T.C.C.); *Fitzgerald (G.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2595; (1991), 92 DTC 1019 (T.C.C.).

(B.) c. Canada, [1995] 2 C.T.C. 227; (1995), 95 DTC 5502 (C.F. 1^{re} inst.); *Snow c. Ministre du Revenu national* (1991), 38 C.C.E.L. 70; [1991] 2 C.T.C. 2198; 91 DTC 832 (C.C.I.); *Fitzgerald (G.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2595; (1991), 92 DTC 1019 (C.C.I.).

AUTHORS CITED

Campbell, R. Lynn. "Director's Liability for Unremitted Employee Deductions" (1993), 14 *Adv. Q.* 453.
 Campbell, R. Lynn. "The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues" (1988), 36 *Can. Tax J.* 912.
 Canada. Department of National Revenue. Taxation. Information Circular No. 89-2. "Directors' Liability—Section 227.1 of the Income Tax Act" (May 1, 1989).
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Qué.): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
 Gower, L.C.B. *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1969.
 Iacobucci, Frank et al. *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.
 Kroft, Edwin G. "The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes" in *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986, p. 30:1.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1993.
 Moskowitz, Evelyn P. "Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes" (1990), 38 *Can. Tax J.* 537.
 Ontario. Legislative Assembly. *Interim Report of the Select Committee on Company Law*. Toronto: Queen's Printer, 1967. (Chairman: Allan F. Lawrence).
 Welling, Bruce L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.
 Ziegel, Jacob S. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, Vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

DOCTRINE

Campbell, R. Lynn. «Director's Liability for Unremitted Employee Deductions» (1993), 14 *Adv. Q.* 453.
 Campbell, R. Lynn. «The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 912.
 Canada. Ministère du Revenu national. Impôt. Circulaire d'information n° 89-2. «Responsabilité des administrateurs — Article 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu» (1^{er} mai 1989).
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville (Qué.): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990.
 Gower, L.C.B. *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1969.
 Iacobucci, Frank et al. *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.
 Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.
 Kroft, Edwin G. «The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes» dans *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985*. Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986, p. 30:1.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., Cowansville (Qué.): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Moskowitz, Evelyn P. «Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes» (1990), 38 *Rev. fiscale can.* 537.
 Ontario. Assemblée législative. *Interim Report of the Select Committee on Company Law*. Toronto: Queen's Printer, 1967. (Président: Allan F. Lawrence).
 Welling, Bruce L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.
 Ziegel, Jacob S. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

APPEAL from the Tax Court decision holding that the taxpayer, a corporate director, had failed to satisfy the "due diligence" defence to liability for the amount of unremitted taxes withheld from employees' salaries set out in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) (*Soper (N.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2078; (1995), 96 DTC 2046 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

APPEL de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a statué que le contribuable, un administrateur d'une société, n'a pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui permet d'échapper à la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de verser des sommes

retenues sur la rémunération des employés (*Soper (N.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2078; (1995), 96 DTC 2046 (C.C.I.)). Appel rejeté.

COUNSEL:

Henry C. Wood for appellant.
Patricia A. Babcock for respondent.

SOLICITORS:

Epstein Wood & Company, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MARCEAU J.A.: I have had the advantage of reading, in draft, the reasons for judgment prepared by my brother Robertson. I am in complete agreement with his conclusion and disposition of the appeal. On the whole, I do not dissociate myself from the reasons he gives. His analysis of the duty of care, diligence and skill imposed by subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124)] was, in view of the apparent lack of consistency in the jurisprudence, quite appropriate and welcome. I wish to say, however, that I based my conclusion on much simpler reasoning.

[2] Subsection 227.1(1) [as enacted *idem*; S.C. 1984, c. 1, s. 100] makes a director liable for the failure of his or her corporation to remit the monies withheld as taxes and other source deductions from its employees' salaries, and subsection 227.1(3) relieves a director of his or her liability if he or she can show that he or she exercised a certain degree of care, diligence and skill to prevent such failure. By these provisions, Parliament, I think, has imposed on a director of a corporation a completely new, separate and positive duty. Such duty is owed not to the corporation but to the Crown, and consists of an obligation to do what one reasonably can to prevent such failure from occurring. I simply cannot imagine that such a duty may ever be

AVOCATS:

Henry C. Wood pour l'appellant.
Patricia A. Babcock pour l'intimée.

PROCUREURS:

Epstein Wood & Company, Vancouver, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire une ébauche des motifs de jugement de mon collègue le juge Robertson. Je souscris entièrement à la conclusion à laquelle il arrive et à la décision de l'appel. Dans l'ensemble, je ne me désolidarise pas des motifs qu'il expose. Son analyse de l'obligation de soin, de diligence et de compétence imposée par le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124)] est, compte tenu de l'absence évidente d'uniformité dans la jurisprudence, tout à fait pertinente et opportune. Je tiens toutefois à dire que j'ai fondé ma conclusion sur un raisonnement beaucoup plus simple.

[2] Le paragraphe 227.1(1) [édicte, *idem*; S.C. 1984, ch. 1, art. 100] tient l'administrateur d'une société responsable de l'omission de sa société de verser les retenues d'impôt et d'autres retenues à la source à l'égard de la rémunération des employés, et le paragraphe 227.1(3) permet à l'administrateur d'échapper à la responsabilité s'il peut démontrer qu'il a exercé un certain degré de soin, de diligence et de compétence pour prévenir ce manquement. Par ces dispositions, le législateur impose, selon moi, à l'administrateur d'une société une obligation entièrement nouvelle, distincte et expresse. Il s'agit d'une obligation envers la Couronne et non envers la société, qui consiste à faire ce qu'il est raisonnablement possible de faire

seen as having been fulfilled by a director who, as here, has never put his or her mind to the requirement and has remained completely uninterested and passive with respect to it.

[3] I, too, would dispose of the appeal as suggested by Mr. Justice Robertson.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[4] ROBERTSON J.A.: Subsection 153(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 104; 1985, c. 45, s. 87; 1987, c. 46, s. 51] of the *Income Tax Act* (the Act) imposes a duty on corporations to withhold taxes and other source deductions from an employee's salary and to remit such amounts to the Receiver General of Canada. Subsection 227.1(1) of the Act makes a corporation liable for unremitted amounts while at the same time imposing joint and several liability on its directors. However, that obligation is tempered by subsection 227.1(3) which enables corporate directors to escape liability for non-remittance if they can establish that they "exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances."

[5] This is an appeal from a decision of the Tax Court of Canada [[1995] 2 C.T.C. 2078] holding that the appellant taxpayer failed to satisfy the so-called "due diligence defence" set out in subsection 227.1(3). Specifically, this Court is asked to consider and reconcile the allegedly inconsistent jurisprudence of the Tax Court. While it is at least arguable that such a conflict in the authorities might be more imagined than real, it is indisputable that the underlying question of the standard of care, diligence and skill to be exercised by a corporate director in the performance of his or her duties has been largely ignored. These reasons will address that fundamental issue.

pour prévenir pareil manquement. Je ne peux tout simplement pas imaginer qu'on puisse jamais considérer qu'un administrateur comme l'appelant en l'espèce s'est acquitté d'une telle obligation s'il ne s'est jamais soucié de cette exigence et est demeuré complètement indifférent et passif à cet égard.

[3] Je suis également d'avis de rejeter l'appel comme l'a proposé le juge Robertson.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[4] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Le paragraphe 153(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 104; 1985, ch. 45, art. 87; 1987, ch. 46, art. 51] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) impose à une société l'obligation de faire des retenues d'impôt et d'autres retenues à la source à l'égard de la rémunération d'un employé et de verser ces sommes au receveur général du Canada. Le paragraphe 227.1(1) de la Loi tient une société responsable du défaut de verser ces sommes et retient en outre la responsabilité solidaire de ses administrateurs. Le paragraphe 227.1(3) atténue toutefois cette obligation en permettant aux administrateurs d'échapper à la responsabilité en cas de manquement s'ils peuvent démontrer qu'ils ont «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables».

[5] Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt [[1995] 2 C.T.C. 2078] a statué que le contribuable appelant n'a pas satisfait aux exigences de la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3). Plus particulièrement, cette Cour est priée d'examiner et de rapprocher les décisions censément incompatibles de la Cour de l'impôt. Bien qu'on puisse au moins soutenir que pareille incompatibilité entre ces décisions est peut-être plus imaginée que réelle, il est indéniable que la question sous-jacente de la norme de soin, de diligence et de compétence qui est exigée d'un administrateur dans l'exercice de ses fonctions a été dans une large mesure oubliée. Les présents motifs traiteront cette question fondamentale.

I. FACTS

[6] In October of 1987 the appellant taxpayer, an experienced businessman, became a director of Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (hereinafter RBI) at the instigation of Ramona Beauchamp for two purposes: first, to promote RBI's interests in the marketplace and, second, to lend his name and reputation in conjunction with a proposed listing of RBI on the Vancouver Stock Exchange. At the relevant time the taxpayer was the chief operating officer of Canada-Wide Magazines. RBI operated a talent agency and a modelling school.

[7] At the time the taxpayer joined the Board of Directors of RBI, he knew that it was experiencing financial difficulties. At the November 1987 meeting of the Board he was given a copy of the balance sheet of RBI which, as of 30 September 1987, showed a net loss of \$132,000. At no time did any employee or Board member of RBI discuss with the taxpayer the failure of RBI to make certain tax remittances as required under the Act. Ramona Beauchamp, a co-director, had instructed the other directors of RBI not to discuss with the taxpayer anything other than that which was dealt with at directors' meetings attended by the taxpayer. RBI's failure to remit source deductions to the Department of National Revenue was never raised at any Board meeting. At no time did the taxpayer inquire as to whether RBI was complying with its remittance obligations under the Act. The taxpayer remained a director of RBI from October 1987 until his resignation became effective on 10 February 1988. (Although the Minister asserts at paragraph 4 of his memorandum of fact and law that the taxpayer became a director in June of 1987, the Tax Court Judge's finding on this matter has not been questioned on appeal.)

[8] Pursuant to subsection 227.1(1) of the Act, the taxpayer was assessed as a director for unremitted employee withholdings of RBI, plus interest and

I. LES FAITS

[6] En octobre 1987, le contribuable appellant, qui est un homme d'affaires chevronné, a été nommé au sein du conseil d'administration de Ramona Beauchamp International (1976) Inc. (ci-après RBI) à l'instigation de Ramona Beauchamp pour deux raisons: premièrement, pour favoriser les intérêts de RBI sur le marché et, deuxièmement, pour miser sur son nom et sa réputation en vue de l'inscription projetée de RBI à la Bourse de Vancouver. À l'époque pertinente, le contribuable était le chef de l'exploitation de Canada-Wide Magazines. RBI exploitait une agence artistique et une école de mannequins.

[7] Au moment où le contribuable est devenu membre du conseil d'administration de RBI, il savait que la société avait des difficultés financières. Lors de la réunion de novembre 1987 du conseil d'administration, il a reçu un exemplaire du bilan de RBI qui, le 30 septembre 1987, indiquait un déficit de 132 000 \$. À aucun moment un employé ou un membre du conseil d'administration de RBI n'a discuté avec le contribuable du défaut de RBI de faire certains versements d'impôt exigés par la Loi. L'un des administrateurs, Ramona Beauchamp, avait donné aux autres administrateurs de RBI la consigne de ne pas discuter avec le contribuable d'autre chose que des questions qui avaient été soulevées aux réunions du conseil d'administration auxquelles le contribuable avait assisté. La question du défaut de RBI de verser des retenues à la source au ministère du Revenu national n'a jamais été abordée aux réunions du conseil. À aucun moment le contribuable n'a demandé si RBI s'acquittait des obligations de versement que lui imposait la Loi. Le contribuable a exercé les fonctions d'administrateur de RBI pendant la période allant d'octobre 1987 au 10 février 1988, date à laquelle sa démission est devenue exécutoire. (Bien que le ministre affirme au paragraphe 4 de son exposé des faits et du droit que le contribuable est devenu un administrateur en juin 1987, la conclusion du juge de la Cour de l'impôt sur ce point n'a pas été contestée en appel.)

[8] Par application du paragraphe 227.1(1) de la Loi, une cotisation d'un montant de 13 009,04 \$ a été établie à l'égard du contribuable à titre d'administra-

penalties in the amount of \$13,009.04 for the period October 1987 to January 1988. The taxpayer appealed that assessment to the Tax Court of Canada under the general procedure. After rejecting the taxpayer's argument based on his limited role in RBI, an issue abandoned on this appeal, the Tax Court Judge went on to hold that in the circumstances the statutory defence of due diligence was not available to the taxpayer. In the opinion of the Judge below, the fact that the taxpayer knew of RBI's financial difficulties at the time he accepted the directorship coupled with the fact that he took no steps to ensure remittance was a sufficient basis upon which to conclude that the taxpayer had failed "to exercise the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances."

II. ISSUES

[9] It is often said that the requisite degree of care, skill and diligence to be exercised by a given director in the performance of his or her duties is to be determined as a "question of fact". Such an approach, while perhaps superficially attractive, oversimplifies the problem by failing to recognize that it is first necessary to establish the applicable standard of care. In turn, the pivotal issue is whether the statutory standard involves a subjective element, in the sense that the personal knowledge and background of a director is a relevant consideration, or whether the standard is an entirely objective one, to which all directors would be similarly held. When the issue is placed in this perspective, it is not difficult to understand what has been occurring in the Tax Court of Canada. As a general observation, a majority of judges of that Court have adopted the subjective standard, albeit by implication only. In but a few cases has that standard been rejected: e.g. *White (J.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2566 (T.C.C.). Moreover, there are a number of cases where the imposition of directors' liability is justified regardless of which standard is

teur pour la période allant d'octobre 1987 à janvier 1988. Cette cotisation représente les retenues à l'égard de la rémunération des employés que RBI n'a pas versées, ainsi que les intérêts et les pénalités s'y rapportant. Le contribuable a interjeté appel de cette cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt en vertu de la procédure générale. Après avoir rejeté l'argument du contribuable fondé sur le rôle limité qu'il a joué au sein de RBI, argument qui n'a pas été repris dans le cadre du présent appel, le juge de la Cour de l'impôt a statué que les circonstances ne donnaient pas ouverture à la défense de diligence raisonnable d'origine législative. De l'avis du juge d'instance inférieure, le fait que le contribuable était au courant des difficultés financières de RBI lorsqu'il a accepté le poste d'administrateur, conjugué au fait qu'il n'a pris aucune mesure pour garantir le versement des sommes dues, était suffisant pour conclure que le contribuable n'a pas «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables».

II. LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] Il est souvent dit que le degré de soin, de compétence et de diligence exigé d'un administrateur dans l'exercice de ses fonctions doit être tranché comme une «question de fait». Cette solution est peut-être intéressante à première vue, mais elle simplifie trop le problème parce qu'elle ne tient pas compte du fait qu'il est d'abord nécessaire de définir la norme de prudence applicable. Ensuite, la question fondamentale consiste à savoir si la norme d'origine législative comporte un élément subjectif, auquel cas les connaissances personnelles et l'expérience d'un administrateur sont un facteur pertinent, ou si la norme est entièrement objective, auquel cas elle s'appliquerait de la même façon à tous les administrateurs. Quand on considère la question dans cette optique, on n'a guère de mal à comprendre ce qui s'est passé à la Cour canadienne de l'impôt. À titre d'observation générale, la plupart des juges de cette Cour ont adopté la norme subjective, encore qu'implicitement seulement. Cette norme a été écartée dans quelques affaires seulement: p. ex. *White (J.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2566 (C.C.I.). Par ailleurs, il existe un certain nombre

chosen. Thus, perhaps the only conflict that truly exists is in the articulation of the proper standard: see *Cybulski v. M.N.R.* (1988), 39 B.L.R. 255 (T.C.C.), and compare with *Barnett (JV) v MNR*, [1985] 2 CTC 2336 (T.C.C.). In the end, a measure of consistency has been achieved, if only by virtue of the fact that the judicial qualities of common sense and fairness have filled the gap left by the absence of a precise explanation of the due diligence defence as articulated in subsection 227.1(3).

[10] As the subjective standard has its roots in the common law, my analysis will focus on the seminal decision in this area before turning to the basic question of whether and to what extent that standard has been modified by subsection 227.1(3) of the Act. As that provision is a mirror image of the standard imposed on directors under the *Canada Business Corporations Act* (the CBCA), R.S.C., 1985, c. C-44, and in light of the statutory presumption of coherence between statutes, it remains to determine Parliament's intent. In the reasons that follow, I conclude that the federal legislation includes an objective component but largely adopts the common law position to the extent that the former recognizes the subjective element. It is instructive, however, to begin with an overview of the circumstances giving rise to the adoption of the director liability provisions and the due diligence defence set out in section 227.1 of the *Income Tax Act*.

III. LEGISLATIVE HISTORY AND FRAMEWORK

[11] Prior to the coming into force of section 227.1 of the Act, the Department of National Revenue faced two related but distinct problems. The first was the non-payment of corporate taxes *per se* and the second was the non-remittance of taxes that were to be withheld at source on behalf of a third party (e.g. employees). The 1981 recession exacerbated both of these problems. As companies experienced difficult financial times, corporations and directors actively and knowingly sought to avoid the payment of taxes in a

d'affaires dans lesquelles la responsabilité des administrateurs a été retenue sans égard à la norme choisie. Par conséquent, peut-être que la seule incompatibilité véritable réside dans la formulation de la norme appropriée: voir *Cybulski c. M.R.N.* (1988), 39 B.L.R. 255 (C.C.I.), et comparer avec *Barnett (JV) c MRN*, [1985] 2 CTC 2336 (C.C.I.). En fin de compte, une certaine uniformité a été atteinte, ne fût-ce qu'à cause du fait que les qualités judiciaires que sont le bon sens et l'équité ont comblé le vide créé par l'absence d'explication précise de la défense de diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3).

[10] Comme la norme subjective a son origine dans la common law, j'axerai d'abord mon analyse sur la décision de principe dans ce domaine, puis j'examinerai la question fondamentale de savoir si le paragraphe 227.1(3) de la Loi a modifié cette norme et dans quelle mesure il l'a fait. Comme cette disposition est le pendant de la norme imposée aux administrateurs par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (la LCSA), L.R.C. (1985), ch. C-44 [mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1], et vu la présomption législative de cohérence entre les lois, reste à déterminer l'intention du législateur. Dans les motifs qui suivent, je conclus que les dispositions législatives fédérales comportent un élément objectif mais adoptent en grande partie la position de la common law dans la mesure où elles reconnaissent l'élément subjectif. Il est toutefois instructif de commencer par un survol des circonstances qui ont donné lieu à l'adoption des dispositions sur la responsabilité des administrateurs et de la défense de diligence raisonnable prévues à l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

III. L'HISTORIQUE ET LE CADRE LÉGISLATIFS

[11] Avant l'entrée en vigueur de l'article 227.1 de la Loi, le ministère du Revenu national était aux prises avec deux problèmes connexes mais distincts. Le premier était le non-paiement de l'impôt sur les sociétés en tant que tel et le second était le défaut de versement des impôts qui devaient être retenus à la source au nom d'un tiers (p. ex. des employés). La récession de 1981 a empiré la situation dans les deux cas. Comme les entreprises étaient dans une situation financière difficile, les sociétés et les administrateurs

variety of ways. For example, some companies allowed themselves to be stripped of their assets by a related entity, and left with an uncollectable "I.O.U.", with the result that the Crown's claim for unpaid corporate taxes could not be satisfied. Yet other corporations that were short of capital "sold" their unused investment tax credits or scientific research deductions with little concern for whether the company would subsequently be able to fulfill its obligations under the Act. Non-remittance of taxes withheld on behalf of a third party was likewise not uncommon during the recession. Faced with a choice between remitting such amounts to the Crown or drawing on such amounts to pay key creditors whose goods or services were necessary to the continued operation of the business, corporate directors often followed the latter course. Such patent abuse and mismanagement on the part of directors constituted the "mischief" at which section 227.1 was directed: see E. G. Kroft, "The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes," in *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1986) 30:1, at pages 30:1-30:3, 30:14-30:15; see also E. P. Moskowitz, "Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes" (1990), 38 *Can. Tax J.* 537, at pages 539-541.

[12] Before the introduction of section 227.1, the means available to the Department for the collection, from directors personally, of amounts owing to the Crown were limited and inadequate. Subsection 159(2) [as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 90] of the Act alone imposed personal liability on a director for corporate tax arrears only if a director acting in the capacity of a liquidator or a trustee distributed corporate property before obtaining the requisite tax clearance certificate. In addition to such civil liability, a director was (and still is) subject to criminal liability for corporate tax arrears pursuant to section 242 of the Act if that director "directed, authorized, assented to, acquiesced in, or participated in" the company's commission of an offence under the Act. However, in light of the

ont activement et sciemment cherché par divers moyens à se soustraire au paiement de l'impôt. Ainsi, certaines sociétés se sont laissées dépouiller de leurs éléments d'actif par une entité liée, et il leur est resté une créance irrécouvrable, d'où l'impossibilité pour la Couronne d'éteindre sa créance au titre de l'impôt sur les sociétés impayé. D'autres sociétés à court de capitaux ont «vendu» leurs crédits d'impôt à l'investissement inutilisés ou leurs déductions pour la recherche scientifique en ne se souciant guère de savoir si elles seraient par la suite en mesure de s'acquitter des obligations que leur imposait la Loi. Pendant la récession, il n'était pas rare non plus que des sociétés omettent de verser des retenues d'impôt faites au nom d'un tiers. Face à l'alternative de verser ces montants à la Couronne ou de les prendre pour rembourser d'importants créanciers dont les biens ou les services étaient nécessaires pour continuer d'exploiter l'entreprise, les administrateurs ont souvent choisi la deuxième voie. Cet abus et cette mauvaise gestion manifestes de la part des administrateurs constituaient la «situation irrégulière» que l'article 227.1 visait à corriger: voir E. G. Kroft, «The Liability of Directors for Unpaid Canadian Taxes» dans *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference, 1985* (Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1986) 30:1, aux pages 30:1 à 30:3, 30:14 et 30:15; voir aussi E. P. Moskowitz, «Directors' Liability Under Income Tax Legislation and Other Related Statutes» (1990), 38 *Rev. fiscale can.* 537, aux pages 539 à 541.

[12] Avant l'adoption de l'article 227.1, les moyens que pouvait prendre le Ministère pour recouvrer, auprès des administrateurs personnellement, les sommes dues à la Couronne étaient limités et inadéquats. Seul le paragraphe 159(2) [mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 90] de la Loi tenait un administrateur personnellement responsable des arriérés d'impôt de la société et ce uniquement si cet administrateur, agissant comme liquidateur ou syndic, répartissait les biens de la société avant d'obtenir le certificat attestant que les montants dus avaient été payés. Outre cette responsabilité civile, un administrateur pouvait (et peut encore) être tenu criminellement responsable des arriérés d'impôt de la société par application de l'article 242 de la Loi s'il «a[vait] prescrit ou autorisé l'infraction

difficulty of meeting the *mens rea* requirement of section 242, few directorial convictions under that provision have been secured.

[13] It was against this background that efforts were made to facilitate the Department's collection process by broadening directors' exposure to personal liability. The draft legislation, made public in June of 1982, which was a precursor to section 227.1 imposed absolute liability on directors for amounts that the corporation failed to deduct or remit on behalf of a third party as required by the Act. Notably, as originally enacted, section 227.1 did not impose liability for a failure to pay Part VII or Part VIII corporate tax. That development came later by way of amendment to subsection 227.1(1) in 1984: see S.C. 1984, c. 1, section 100, applicable to 1983 and subsequent taxation years.

[14] As noted above, section 227.1 was originally drafted as an absolute liability provision. It was only following a policy review undertaken in September of 1982 by the Department of Finance, in conjunction with the drafting process, that the "due diligence defence" set out in the current subsection 227.1(3) was introduced and the harsh character of the proposed legislation tempered.

[15] In 1989, when the Minister assessed the taxpayer in this case, section 227.1 [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; 1984, c. 1, s. 100; 1988, c. 55, s. 172)] read in full as follows:

227.1 (1) Where a corporation has failed to deduct or withhold an amount as required by subsection 135(3) or section 153 or 215, has failed to remit such an amount or has failed to pay an amount of tax for a taxation year as required under Part VII or VIII, the directors of the corporation at the time the corporation was required to deduct, withhold, remit or pay the amount are jointly and severally liable, together with the corporation, to pay that amount and any interest or penalties relating thereto.

[à la Loi commise par la personne morale] ou . . . y a[vait] consenti, acquiescé ou participé». Toutefois, vu la difficulté de prouver la *mens rea* prévue à l'article 242, peu d'administrateurs ont été reconnus coupables en vertu de cette disposition.

[13] C'est dans ce contexte que se sont inscrits les efforts déployés pour améliorer le processus de recouvrement du Ministère en exposant davantage les administrateurs au risque de se voir imposer une responsabilité personnelle. Le projet de disposition qui a été rendu public en juin 1982, et qui était un précurseur de l'article 227.1, imposait une responsabilité absolue aux administrateurs à l'égard des montants que la société omettait de déduire ou de verser au nom d'un tiers comme l'exigeait la Loi. Il convient de noter que l'article 227.1, tel qu'il a été initialement édicté, n'imposait aucune responsabilité à l'égard du défaut de payer l'impôt sur les sociétés prévu à la partie VII ou à la partie VIII. Cela est venu plus tard quand le législateur a modifié le paragraphe 227.1(1) en 1984: voir S.C. 1984, ch. 1, article 100, applicable aux années d'imposition 1983 et suivantes.

[14] Comme il est mentionné plus haut, l'article 227.1 a initialement été rédigé comme une disposition imposant une responsabilité absolue. C'est uniquement au terme d'un examen de la politique entrepris par le ministère des Finances en septembre 1982, parallèlement au processus de rédaction, que la «défense de diligence raisonnable» prévue au paragraphe 227.1(3) a été adoptée et que le caractère rigoureux du projet de disposition a été assoupli.

[15] Lorsque le ministre a établi la cotisation à l'égard du contribuable en l'espèce en 1989, l'article 227.1 [édicté par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; 1984, ch. 1, art. 100; 1988, ch. 55, art. 172)] était ainsi conçu:

227.1 (1) Lorsqu'une corporation a omis de déduire ou de retenir une somme, tel que prévu au paragraphe 135(3) ou à l'article 153 ou 215, ou a omis de remettre cette somme ou a omis de payer un montant d'impôt en vertu de la Partie VII ou de la Partie VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la corporation, à la date à laquelle la corporation était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme, sont solidairement responsables, avec la corporation, du paiement de cette somme, incluant tous les intérêts et toutes les pénalités s'y rapportant.

- (2) A director is not liable under subsection (1), unless
- (a) a certificate for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been registered in the Federal Court of Canada under section 223 and execution for such amount has been returned unsatisfied in whole or in part;
- (b) the corporation has commenced liquidation or dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the earlier of the date of the commencement of the proceedings and the date of dissolution; or
- (c) the corporation has made an assignment or a receiving order has been made against it under the *Bankruptcy Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the date of the assignment or receiving order.
- (3) A director is not liable for a failure under subsection (1) where he exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.
- (4) No action or proceedings to recover any amount payable by a director of a corporation under subsection (1) shall be commenced more than two years after he last ceased to be a director of that corporation.
- (5) Where execution referred to in paragraph (2)(a) has issued, the amount recoverable from a director is the amount remaining unsatisfied after execution.
- (6) Where a director pays an amount in respect of a corporation's liability referred to in subsection (1) that is proved in liquidation, dissolution or bankruptcy proceedings, he is entitled to any preference that Her Majesty in right of Canada would have been entitled to had such amount not been so paid and, where a certificate that relates to such amount has been registered, he is entitled to an assignment of the certificate to the extent of his payment, which assignment the Minister is hereby empowered to make.
- (7) A director who has satisfied a claim under this section is entitled to contribution from the other directors who were liable for the claim.
- (2) Un administrateur n'encourt pas la responsabilité en vertu du paragraphe (1), à moins que
- a) un certificat précisant la somme pour laquelle la corporation est responsable selon ce paragraphe n'ait été enregistré à la Cour fédérale du Canada en application de l'article 223 et qu'il n'y ait eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;
- b) la corporation n'ait entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution ou qu'elle n'ait fait l'objet d'une dissolution et qu'une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la corporation encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe n'ait été établie dans les six mois après la date à laquelle les procédures ont été entreprises et la date de la dissolution, celle survenant la première étant à retenir; ou
- c) la corporation n'ait fait une cession ou qu'une ordonnance de séquestre n'ait été rendue contre elle en vertu de la *Loi sur la faillite* et qu'une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la corporation encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe n'ait été établie dans les six mois suivant la date de la cession ou de l'ordonnance de séquestre.
- (3) Un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.
- (4) L'action ou les procédures visant le recouvrement d'une somme payable par un administrateur d'une corporation en vertu du paragraphe (1) sont prescrites après deux ans de la date à laquelle l'administrateur cesse pour la dernière fois d'être un administrateur de cette corporation.
- (5) Dans le cas du défaut d'exécution visé à l'alinéa (2)a), la somme qui peut être recouvrée d'un administrateur est celle qui demeure impayée après l'exécution.
- (6) Lorsqu'un administrateur verse une somme à l'égard de laquelle la corporation encourt une responsabilité en vertu du paragraphe (1), qui est établie lors de procédures de liquidation, de dissolution ou de faillite, il a droit à tout privilège auquel Sa Majesté du chef du Canada aurait eu droit si cette somme n'avait pas été payée et, lorsqu'un certificat a été enregistré relativement à cette somme, il peut exiger que le certificat lui soit cédé jusqu'à concurrence du versement et le Ministre est autorisé à faire cette cession.
- (7) L'administrateur qui a satisfait à la réclamation en vertu du présent article peut répéter les parts des administrateurs tenus responsables de la réclamation.

[16] Subsection 227.1(1) thus provides that directors may be held personally liable for the corporation's failure to withhold and remit certain amounts to the Receiver General of Canada. However, the Minister cannot successfully rely upon subsection (1) for recovery of amounts owing unless a series of preconditions are satisfied. Subsection 227.1(2), for example, shields a director from personal liability unless one of the following circumstances arises:

- A certificate for the amount of the corporate tax liability has been registered in the Federal Court and execution thereof has been partially or wholly unsatisfied;
- The corporation has commenced proceedings for liquidation or dissolution and a claim for the amount of the corporate tax liability is proved within six months after commencement of such proceedings; or
- The corporation has made an assignment (or had a receiving order made against it) under the *Bankruptcy Act* [R.S.C., 1985, c. B-3] and a claim for the amount of the corporate tax liability is proved within six months after the date of the assignment or receiving order.

See V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 1995), at pages 1111-1112; see also Information Circular No. 89-2, "Directors' Liability—Section 227.1 of the Income Tax Act" (1 May 1989).

[17] Moreover, pursuant to subsection 227.1(4), the Minister is not entitled to invoke subsection 227.1(1) unless he commences proceedings thereunder within two years of the date that the defendant director ceased to hold that corporate position. Finally and most importantly, for our purposes, subsection 227.1(3) states that a director is not liable under subsection (1) if he or she "exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure [to deduct, withhold or remit] that a reasonably prudent

[16] Le paragraphe 227.1(1) dispose donc qu'un administrateur peut être tenu personnellement responsable du défaut de la société de retenir et de verser certaines sommes au receveur général du Canada. Toutefois, le ministre ne peut invoquer le paragraphe (1) pour recouvrer des montants dus que si certaines conditions préalables sont réunies. Ainsi, le paragraphe 227.1(2) dispose qu'un administrateur n'encourt pas de responsabilité personnelle, sauf dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes:

- Un certificat précisant la somme pour laquelle la société est responsable a été enregistré à la Cour fédérale du Canada et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;
- La société a entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution, et une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la société encourt la responsabilité a été établie dans les six mois après la date à laquelle les procédures ont été entreprises;
- La société a fait une cession (ou une ordonnance de séquestre a été rendue contre elle) en vertu de la *Loi sur la faillite* [L.R.C. (1985), ch. B-3], et une réclamation de la somme à l'égard de laquelle la société encourt la responsabilité a été établie dans les six mois suivant la date de la cession ou de l'ordonnance de séquestre.

Voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd. (Toronto: Carswell, 1995), aux pages 1111 et 1112; voir aussi Circulaire d'information n° 89-2, «Responsabilité des administrateurs—Article 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu» (1^{er} mai 1989).

[17] De plus, le paragraphe 227.1(4) empêche le ministre d'invoquer le paragraphe 227.1(1) s'il n'entreprend pas les procédures en question dans les deux ans qui suivent la date à laquelle l'administrateur défendeur a cessé d'exercer ses fonctions d'administrateur. Enfin, et fait très important en l'espèce, le paragraphe 227.1(3) dispose qu'un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) s'il a «agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une

person would have exercised in comparable circumstances.”

[18] During the course of oral argument, a question arose as to whether a finding of director liability might somehow impact negatively upon an employee’s liability to pay tax, the inference being that if a director is exonerated then perhaps an employee might somehow be required to provide the funds notionally deducted and still owing to Her Majesty. As I understand the current statutory regime, employees are not held personally liable in the event that a company fails to remit deductions purportedly withheld at source: see *Lalonde (R) v MNR*, [1982] CTC 2749 (T.R.B.). Employees are entitled to apply amounts purportedly deducted at source “as a credit against their taxes payable,” whether deducted or not (Moskowitz, *supra*, at page 550). Of course, Parliament could have opted to treat employees in a less generous fashion. Prior to the enactment of section 227.1, however, the departments of Finance and National Revenue had specifically considered and rejected such a course as an alternative to that provision: see Kroft, *supra*, at page 30:13. In short, the issue of director liability under section 227.1 is irrelevant to the question of employee liability for unremitted source deductions.

IV. THE STANDARD OF CARE

[19] The starting point for an analysis of the common law duty of care is the seminal judgment of Romer J. in *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.). In that case, an investigation undertaken upon winding up of the company revealed a shortage of funds determined to be largely attributable to fraud on the part of the managing director. Although the other corporate directors were not party to that fraudulent action the Official Receiver, as liquidator, sought to hold them liable for the loss on the basis that they were in a position to prevent the fraud and should have done so. Romer J. found that the other directors had breached their duty of care but

personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables».

[18] Au cours des plaidoiries, le débat a porté sur la question de savoir si un verdict de responsabilité à l’encontre d’un administrateur pourrait d’une façon ou d’une autre influencer négativement sur l’assujettissement à l’impôt d’un employé, le raisonnement étant que si l’administrateur échappe à la responsabilité alors peut-être que l’employé pourrait d’une façon ou d’une autre être tenu de verser les sommes théoriquement retenues et encore dues à Sa Majesté. Si je comprends bien le régime législatif actuel, les employés ne sont pas tenus personnellement responsables lorsque la société omet de verser des sommes censément retenues à la source: voir *Lalonde (R) c MRN*, [1982] CTC 2749 (C.R.I.). Les employés ont le droit d’imputer des sommes censément retenues à la source [TRADUCTION] «comme un crédit sur les impôts qu’ils doivent payer», peu importe que ces sommes aient ou non été retenues (Moskowitz, précité, à la page 550). Le législateur aurait évidemment pu choisir de traiter les employés avec moins de magnanimité. Avant la promulgation de l’article 227.1, toutefois, les ministères des Finances et du Revenu national ont spécifiquement envisagé et rejeté cette possibilité en tant que solution de rechange à cette disposition: voir Kroft, précité, à la page 30:13. Bref, la question de la responsabilité des administrateurs en vertu de l’article 227.1 n’a rien à voir avec la question de la responsabilité des employés à l’égard des retenues à la source non versées.

IV. LA NORME DE PRUDENCE

[19] La décision de principe rendue par le juge Romer dans l’arrêt *City Equitable Fire Insurance Co., In re*, [1925] Ch. 407 (C.A.), constitue le point de départ d’une analyse de l’obligation de prudence en common law. Dans cette affaire, une enquête ouverte à la suite de la liquidation de la société a révélé un découvert de trésorerie en grande partie attribuable à une fraude commise par l’administrateur délégué. Les autres administrateurs n’étaient pas complices, mais le séquestre officiel, à titre de liquidateur, a cherché à les tenir responsables de la perte au motif qu’ils étaient en mesure d’empêcher la fraude et auraient dû le faire. Le juge Romer a conclu que les autres administrateurs

further held that an indemnification clause in the company's articles of association prevented the Official Receiver from recovering the missing funds from them. In coming to that conclusion, Romer J. framed in the following terms the minimum standard of care, diligence and skill required of directors by the common law (at pages 426-429):

It has sometimes been said that directors are trustees. If this means no more than that directors in the performance of their duties stand in a fiduciary relationship to the company, the statement is true enough. But if the statement is meant to be an indication by way of analogy of what those duties are, it appears to me to be wholly misleading. I can see but little resemblance between the duties of a director and the duties of a trustee of a will or of a marriage settlement. It is indeed impossible to describe the duty of directors in general terms, whether by way of analogy or otherwise The larger the business carried on by the company the more numerous, and the more important, the matters that must of necessity be left to the managers, the accountants and the rest of the staff. The manner in which the work of the company is to be distributed between the board of directors and the staff is in truth a business matter to be decided on business lines

In order, therefore, to ascertain the duties that a person appointed to the board of an established company undertakes to perform, it is necessary to consider not only the nature of the company's business, but also the manner in which the work of the company is in fact distributed between the directors and the other officials of the company, provided always that this distribution is a reasonable one in the circumstances, and is not inconsistent with any express provisions of the articles of association. In discharging the duties of his position thus ascertained a director must, of course, act honestly; but he must also exercise some degree of both skill and diligence.

. . . .

. . . (1.) A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience In the words of Lindley M.R.: "If directors act within their powers, if they act with such care as is reasonably to be expected from them, having regard to their knowledge and experience, and if they act honestly for the benefit of the company they represent, they discharge both their equitable as well as their legal duty to the company": see *Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate*. It is perhaps only another way of stating the same proposition to say that

avaient manqué à l'obligation de prudence qui leur incombait, mais a également statué qu'une clause d'indemnisation contenue dans les statuts constitutifs de la société empêchait le séquestre officiel de recouvrer les sommes manquantes auprès de ceux-ci. Pour parvenir à cette conclusion, le juge Romer a énoncé ainsi qu'il suit la norme minimale de soin, de diligence et de compétence que la common law impose aux administrateurs (aux pages 426 à 429):

[TRADUCTION] Il a parfois été dit que les administrateurs sont des fiduciaires. Cette affirmation est assez vraie si elle signifie simplement que les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions ont une relation fiduciaire avec la société. Mais si elle se veut une indication par voie d'analogie de ce que sont ces fonctions, il me semble qu'elle est tout à fait trompeuse. Je ne vois guère de ressemblance entre les fonctions d'un administrateur et celles du fiduciaire d'un testament ou d'une convention matrimoniale. Il est en effet impossible de décrire le devoir des administrateurs en termes généraux, par voie d'analogie ou autrement . . . Plus l'entreprise exploitée par la société est grande, plus les affaires qui doivent inévitablement être confiées aux gestionnaires, aux comptables et au reste du personnel sont nombreuses et importantes. La façon dont le travail de la société doit être réparti entre les membres du conseil d'administration et les employés est à vrai dire une question relevant des affaires qui doit être tranchée en fonction des genres d'activités

Par conséquent, afin de définir les fonctions qu'une personne nommée au sein du conseil d'administration d'une société établie s'engage à accomplir, il est nécessaire d'examiner non seulement la nature de l'entreprise exploitée par la société, mais aussi la façon dont le travail de la société est réparti, dans les faits, entre les administrateurs et les autres dirigeants de la société, à condition toujours que cette répartition soit raisonnable dans les circonstances et ne soit pas incompatible avec les dispositions expresses des statuts constitutifs. Pour s'acquitter des fonctions de son poste ainsi définies, un administrateur doit évidemment agir avec intégrité, mais il doit aussi faire preuve d'un certain degré de compétence et de diligence.

. . . .

. . . (1.) L'administrateur n'est pas tenu de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, un degré d'habileté supérieur à celui qu'on pourrait raisonnablement attendre d'une personne ayant ses connaissances et son expérience . . . Comme le dit M. Lindley, M.R.: «Si les administrateurs agissent dans le cadre de leurs pouvoirs, s'ils manifestent le soin qu'on peut raisonnablement attendre d'eux, compte tenu de leurs connaissances et de leur expérience, et s'ils agissent avec intégrité dans l'intérêt de la société qu'ils représentent, ils s'acquittent tant de leur obligation en *equity* que de leur obligation légale envers la personne morale: voir *Lagunas*

directors are not liable for mere errors of judgment. (2.) A director is not bound to give continuous attention to the affairs of his company. His duties are of an intermittent nature to be performed at periodical board meetings, and at meetings of any committee of the board upon which he happens to be placed. He is not, however, bound to attend all such meetings, though he ought to attend whenever, in the circumstances, he is reasonably able to do so. (3.) In respect of all duties that, having regard to the exigencies of business, and the articles of association, may properly be left to some other official, a director is, in the absence of grounds for suspicion, justified in trusting that official to perform such duties honestly. [For a good review of the common law, see *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (S.C.), per Bouck J.]

The above quotes reveal a plethora of legal propositions. For purposes of this analysis, I confine myself to the following.

[20] First, it is clear that directors are not to be equated with trustees. As Gower points out, directors are agents of the company rather than its trustees: see L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3rd ed. (London: Stevens & Sons, 1969), at page 516. But as agents, directors stand in a fiduciary relationship to their principal, the company. Admittedly, to the extent that a fiduciary is under a duty to act, for example, in good faith so too is a trustee and, thus, in this limited sense the comparison of a director and a trustee has validity. The analogy breaks down, however, when consideration is given to the duties of care and skill.

[21] Notwithstanding the fact that the director/trustee analogy is generally inappropriate in the corporate context, during the course of oral argument, attention focused on the fact that subsection 227(5) [as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 171] of the Act deems amounts deducted or withheld to be held in trust, irrespective of whether the funds deducted or withheld under the Act were actually so segregated. The inference to be drawn was that that provision somehow cloaks a director with the cape of a trustee. In my view, the

Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate. Il s'agit peut-être simplement d'une autre façon de dénoncer la même chose que de dire que l'administrateur n'est pas responsable de simples erreurs de jugement. (2.) L'administrateur n'est pas tenu de consacrer son attention en permanence aux affaires de la société. Ses fonctions ont un caractère intermittent et doivent être accomplies lors des réunions périodiques du conseil, ainsi qu'aux réunions de tout comité dont il fait partie. Bien qu'il ne soit pas tenu d'assister à toutes ces réunions, il devrait y participer lorsqu'il est raisonnablement en mesure de le faire. (3.) En ce qui concerne toutes les tâches que, eu égard aux exigences de l'entreprise et des statuts constitutifs, l'on peut confier à un autre dirigeant, l'administrateur est fondé à présumer, sauf s'il a des motifs de le soupçonner, que ce dirigeant s'acquitte de ses fonctions avec intégrité. [Pour une bonne synthèse de la common law, voir *Dixon v. Deacon Morgan McEwen Easson* (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 180 (C.S.), le juge Bouck.]

Les passages précités renferment de nombreuses affirmations juridiques. Dans le cadre de la présente analyse, je me contenterai d'examiner les suivantes.

[20] Premièrement, il est clair qu'il ne faut pas assimiler les administrateurs à des fiduciaires. Comme Gower le signale, les administrateurs sont des mandataires de la société plutôt que ses fiduciaires: voir L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 3^e éd. (Londres: Stevens & Sons, 1969), à la page 516. Toutefois, à titre de mandataires, les administrateurs ont une relation fiduciaire avec leur mandant, à savoir la société. Il faut reconnaître que, dans la mesure où un représentant fiduciaire (*fiduciary*) est tenu d'agir de bonne foi, par exemple, un fiduciaire (*trustee*) l'est aussi, et, par conséquent, dans ce sens limité, la comparaison entre un administrateur et un fiduciaire est valable. L'analogie ne vaut plus, toutefois, quand les obligations de soin et de compétence entrent en ligne de compte.

[21] En dépit du fait que l'analogie entre l'administrateur et le fiduciaire est généralement inappropriée dans le contexte d'une société, on a fait valoir au cours des plaidoiries que, aux termes du paragraphe 227(5) [mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 171] de la Loi, les montants déduits ou retenus par application de la Loi sont réputés être détenus en fiducie, qu'ils aient ou non, en fait, été tenus séparés de cette façon. On a invité la Cour à en déduire que cette disposition confère en quelque sorte un statut de fiduciaire à

inference is without legal foundation once regard is had to the true purpose underlying subsection 227(5). The purpose of that subsection is to enable the Minister to allege priority over competing creditors in the event that a corporation is no longer able to meet its continuing fiscal obligations. At this point, a brief explanation is required.

[22] At the time of enactment of section 227.1, subsection 227(5) as it then read dictated that all amounts deducted or withheld under the Act be kept in a separate trust account. In 1986, that requirement was repealed and replaced by a provision which deemed amounts deducted or withheld after 23 May 1985 to be “held in trust . . . separate . . . and apart from the [corporation’s] own moneys” irrespective of whether the funds deducted or withheld under the Act were actually so segregated: see S.C. 1986, c. 6, subsection 118(1). The reenactment of subsection 227(5) was apparently motivated by a desire to ameliorate the Department’s position vis-à-vis other secured creditors by dispensing with the perceived need for “tracing” funds caused by the original provision in order to establish priority: see Kroft, *supra*, at page 30:5, note 22. While the new deeming provision seeks to ensure that the Crown no longer suffers from the perceived disadvantage of having to trace monies back to an actual trust account, the trust character of source deductions was preserved. It is my understanding that without some sort of trust, the Crown is of the opinion that it would have even greater difficulty establishing the priority of its claim over others. In the circumstances, I do not think it can be reasonably argued that subsection 227(5) reflects Parliament’s intent with respect to the statutory standard of care set out in subsection 227.1(3).

[23] The reality is that employers do not actually set aside funds relating to source deductions every time an employee is issued a pay cheque. The withholding of source deductions is a notional concept which does not materialize until the obligation to remit actually arises. In respect of amounts which are notionally withheld from an employee’s salary pursuant to

l’administrateur. À mon avis, cette conclusion n’a aucun fondement juridique quand on tient compte de l’objet véritable du paragraphe 227(5). Cette disposition vise à permettre au ministre de revendiquer un droit de priorité sur les autres créanciers lorsqu’une société n’est plus en mesure de s’acquitter de ses obligations fiscales permanentes. Une courte explication est nécessaire à ce stade-ci.

[22] Au moment de la promulgation de l’article 227.1, le paragraphe 227(5) tel qu’il était alors libellé disposait que toutes les sommes déduites ou retenues en vertu de la Loi devaient être conservées dans un compte en fiducie distinct. En 1986, cette exigence a été supprimée et remplacée par une disposition portant que les montants déduits ou retenus en application de la Loi après le 23 mai 1985 étaient réputés être «détenu[s] en fiducie [et] . . . tenu[s] séparé[s] des propres fonds de la [société]», qu’ils aient ou non, de fait, été tenus séparés ainsi: voir S.C. 1986, ch. 6, paragraphe 118(1). La réadoption du paragraphe 227(5) s’expliquerait par le désir d’améliorer la position du Ministère vis-à-vis d’autres créanciers garantis en le dispensant de la nécessité perçue de «retracer» des montants qu’imposait la disposition initiale pour établir sa priorité: voir Kroft, précité, à la page 30:5, note 22. Bien que la nouvelle présomption du paragraphe 227(5) cherche à garantir que la Couronne n’a plus à subir l’inconvénient perçu d’avoir à retracer des montants jusqu’à un compte en fiducie véritable, le caractère fiduciaire des retenues à la source a été conservé. Si je comprends bien, sans une sorte de fiducie, la Couronne estime qu’elle aurait encore plus de mal à établir la préséance de sa réclamation sur celle d’autres créanciers. Dans ces circonstances, il ne me paraît pas possible de valablement soutenir que le paragraphe 227(5) reflète l’intention du législateur en ce qui a trait à la norme de prudence d’origine législative énoncée au paragraphe 227.1(3).

[23] Dans les faits, les employeurs ne mettent pas vraiment de côté les sommes correspondant aux retenues à la source chaque fois qu’ils émettent un chèque de paie à un employé. La retenue à la source est un concept théorique qui se matérialise uniquement lorsque vient le temps de verser les sommes retenues. S’agissant des montants qui sont théoriquement

subsection 153(1), the regulations under the Act prescribe that remittance must take place within fifteen days of the end of the month in which the withholding occurred. That is a minimum requirement and more frequent remittance is prescribed where average monthly withholdings exceed \$15,000.

[24] At least one commentator has suggested that the amendment to abolish the need to establish a separate trust account has the practical effect of lowering the level of diligence that the Act requires of directors in relation to employee withholdings: see R. L. Campbell, "The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues" (1988), 36 *Can. Tax J.* 912. For purposes of this appeal, it is sufficient that I conclude that subsection 227(5) does not raise the standard of care to the trustee threshold. I return now to some of the other legal propositions established in *City Equitable*.

[25] The second proposition that I wish to discuss is the following: a director need not exhibit in the performance of his or her duties a greater degree of skill and care than may reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. Thus, the standard of care is partly objective (the standard of the reasonable person), and partly subjective in that the reasonable person is judged on the basis that he or she has the knowledge and experience of the particular individual. It is a hybrid "objective subjective standard". The English courts, true to their aristocratic traditions, appear to have been unwilling to hold directors to a higher standard of account, namely the objective one, for a pragmatic reason: "the facts are that until recently the possession of a title was often regarded as a greater qualification for office than any amount of business acumen and drive, and that the ordinary part-time director was only expected to display such skill (if any) as he happened to possess, and such attention to duty as he thought fit to offer" (Gower, *supra*, at pages 549-550).

retenus du salaire d'un employé par application du paragraphe 153(1), le règlement d'application de la Loi dispose que le versement doit être fait dans les quinze jours qui suivent la fin du mois au cours duquel la retenue a été faite. Il s'agit d'une exigence minimale et des versements plus fréquents sont prescrits lorsque les retenues mensuelles moyennes dépassent 15 000 \$.

[24] Au moins un commentateur a dit que la modification ayant supprimé la nécessité d'établir un compte en fiducie distinct a eu pour effet, en pratique, d'abaisser le niveau de diligence que la Loi exige des administrateurs à l'égard des retenues salariales: voir R. L. Campbell, «The Fiduciary Duties of Corporate Directors: Exploring New Avenues» (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 912. Dans le cadre du présent appel, il est suffisant de conclure que le paragraphe 227(5) n'élève pas la norme de prudence au point de faire de l'administrateur un fiduciaire. Je reviens maintenant à quelques-unes des autres affirmations juridiques faites dans l'arrêt *City Equitable*.

[25] La deuxième affirmation que je souhaite examiner est la suivante: l'administrateur n'a pas besoin de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, un degré de compétence et de soin supérieur à ce qu'on peut attendre d'une personne ayant ses connaissances et son expérience. Ainsi, la norme de prudence est partiellement objective (la norme de la personne raisonnable) et partiellement subjective étant donné que la personne raisonnable est définie en fonction des connaissances et de l'expérience de l'intéressé. Il s'agit d'une «norme objective subjective» mixte. Les cours anglaises, fidèles à leurs traditions aristocratiques, semblent avoir été peu disposées à imposer aux administrateurs une norme de responsabilité plus exigeante, c'est-à-dire la norme objective, pour une raison pratique: [TRADUCTION] «le fait est que, jusqu'à une époque récente, la possession d'un titre était souvent considérée comme une meilleure qualification pour occuper une charge que n'importe quel degré de perspicacité et de dynamisme en affaires, et que l'administrateur à temps partiel ordinaire était simplement censé manifester l'habileté (s'il en est) qu'il possédait et consacrer à ses fonctions l'attention qu'il jugeait appropriée» (Gower, précité, aux pages 549 et 550).

[26] Third, a director is not obliged to give continuous attention to the affairs of the company, nor is he or she even bound to attend all meetings of the board. However when, in the circumstances, it is reasonably possible to attend such meetings, a director ought to do so. Subsequent English cases, though, went to more of an extreme, permitting a director to avoid liability despite having missed all board meetings for a period of several years: see e.g. *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); see also *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100. Notwithstanding such authorities, it would be silly to pretend that the common law would stand still and permit directors to adhere to a standard of total passivity and irresponsibility. At the risk of getting ahead of myself, it should be noted here that the law today can scarcely be said to embrace the principle that the less a director does or knows or cares, the less likely it is that he or she will be held liable. Further to this point, the statutory standard of care will surely be interpreted and applied in a manner which encourages responsibility. Accordingly, the director who acts irresponsibly, for example, by failing to attend all board meetings now does so at his own peril: see *McCandless (M.W.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111 (T.C.C.). That being said, the matter of director passivity will have to be reevaluated in light of the statutory standard discussed below.

[27] Fourth, in the absence of grounds for suspicion, it is not improper for a director to rely on company officials to perform honestly duties that have been properly delegated to them. Further to this point, it is the exigencies of business and the company's articles of association that, together, will determine whether it is appropriate to delegate a duty. The larger the business, for instance, the greater will be the need to delegate.

[28] Those who argue in favour of a subjective standard of care, as established at common law, cite the difficulties associated with formulating and applying an objective standard by which to judge the conduct of all directors. B. L. Welling explains the

[26] Troisièmement, l'administrateur n'est pas obligé de consacrer son attention en permanence aux affaires de la société, et il n'est même pas tenu d'assister à toutes les réunions du conseil. Il devrait cependant assister à ces réunions lorsqu'il est raisonnablement en mesure de le faire. D'autres décisions anglaises sont cependant allées jusqu'à dégager un administrateur de toute responsabilité même s'il n'avait assisté à aucune réunion du conseil pendant plusieurs années: voir p. ex. *Denham & Co., In re* (1883), 25 Ch.D. 752 (C.A.); voir aussi *Cardiff Savings Bank, In re. Bute's (Marquis of) Case*, [1892] 2 Ch. 100. Malgré ces décisions, il serait absurde de prétendre que la common law resterait figée et permettrait aux administrateurs de se conformer à une norme de passivité et d'irresponsabilité totales. Au risque d'anticiper sur ce qui vient, je tiens à faire remarquer à ce moment-ci qu'on ne peut guère dire que le droit de nos jours pose en principe que moins un administrateur en fait, moins il en sait ou moins il se montre prudent, moins il risque d'être tenu responsable. Par ailleurs, la norme de prudence d'origine législative sera sûrement interprétée et appliquée d'une manière propre à encourager la responsabilité. Par conséquent, l'administrateur qui agit de façon irresponsable, par exemple, en n'assistant pas à toutes les réunions du conseil le fait maintenant à ses risques et périls: voir *McCandless (M.W.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2111 (C.C.I.). Cela dit, la question de la passivité de l'administrateur devra être réévaluée à la lumière de la norme d'origine législative examinée ci-après.

[27] Quatrièmement, l'administrateur peut à juste titre compter sur les dirigeants de la société pour s'acquitter avec intégrité des fonctions qui leur ont été régulièrement déléguées, sauf s'il a des motifs d'avoir des soupçons. Par ailleurs, ce sont les exigences de l'entreprise et les statuts constitutifs de la société qui, pris conjointement, détermineront s'il est approprié de déléguer une fonction. Ainsi, plus l'entreprise est grande, plus la délégation sera nécessaire.

[28] Ceux qui plaident en faveur d'une norme de prudence subjective, telle que la reconnaît la common law, mentionnent les difficultés rattachées à la formulation et à l'application d'une norme objective permettant de juger la conduite de tous les administrateurs.

problem in the following terms in *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1991), at pages 329-330:

... few minimum qualifications are required to be a corporate director whereas most identifiable professional groups share among them some minimum entry standards; in addition, directors are required to exercise business judgment and to take business risks varying from extreme conservatism to out-and-out speculation. The combination of these two factors made it difficult for judges and legislators to articulate a minimum standard of competence applicable to all managers in all situations.

Notwithstanding these arguments based on both the absence of stringent pre-requisites for becoming a director and the nature of that office which involves the exercise of business judgment, the question of whether the standard of care should be “upgraded” and if so, to what extent, has long been a subject of debate: see e.g. F. Iacobucci *et al.*, *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments* (Agincourt, Ontario: Canada Law Book Ltd., 1977), at pages 291-293.

[29] The question I must address is whether the standard of care formulated in *City Equitable* has been upgraded pursuant to subsection 227.1(3) of the Act. For purposes of deciding this appeal, that question may be recast more precisely as follows: has the subjective element of the common law standard been eliminated or reduced by statute? In other words, has the largely subjective standard been “objectified”? Recall that subsection 227.1(3) reads thus:

227.1 . . .

(3) A director is not liable for a failure under subsection (1) where he exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

Interestingly, the wording of that provision is virtually identical to the language used in paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act* which sets

B. L. Welling explique le problème en ces termes dans l’ouvrage *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1991), aux pages 329 et 330:

[TRADUCTION] . . . les qualités minimales requises pour être nommé au sein du conseil d’administration d’une société sont peu nombreuses alors que la plupart des groupes professionnels identifiables ont en commun certaines normes d’entrée minimales; de plus, les administrateurs sont tenus de faire preuve de discernement en affaires et de prendre des risques commerciaux qui vont du conservatisme extrême à la spéculation débridée. Pris conjointement, ces deux facteurs font en sorte qu’il est difficile pour les juges et les législateurs d’énoncer une norme minimale de compétence applicable à tous les gestionnaires dans toutes les situations.

Malgré ces arguments fondés tant sur l’absence de conditions préalables strictes pour devenir un administrateur que sur la nature de cette charge qui suppose un esprit de discernement en affaires, la question de savoir si la norme de prudence devrait être «resserrée» et, dans l’affirmative, dans quelle mesure, fait depuis longtemps l’objet d’un débat: voir, p. ex., F. Iacobucci et autres, *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments* (Agincourt (Ontario): Canada Law Book Ltd., 1977), aux pages 291 à 293.

[29] La question que je dois examiner consiste à savoir si la norme de prudence énoncée dans l’arrêt *City Equitable* a été resserrée du fait de l’application du paragraphe 227.1(3) de la Loi. Dans le cadre du présent appel, cette question peut être reformulée de façon plus précise ainsi qu’il suit: l’élément subjectif de la norme de common law a-t-il été supprimé ou affaibli par la loi? En d’autres termes, la norme en grande partie subjective a-t-elle été «objectivée»? Il convient de rappeler le libellé du paragraphe 227.1(3):

227.1 . . .

(3) Un administrateur n’est pas responsable de l’omission visée au paragraphe (1) lorsqu’il a agi avec le degré de soin, de diligence et d’habileté pour prévenir le manquement qu’une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.

Fait intéressant, le libellé de cette disposition est pratiquement identique à celui de l’alinéa 122(1)b) [mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 13] de la *Loi cana-*

out, for purposes of corporate law, the following general standard of care to be exercised by directors:

122. (1) Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall

...

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

Notably, the statutory phrase “care, diligence and skill” reflects the language of the *City Equitable* case. It is also noteworthy that a number of provinces have corporate legislation containing a provision which mirrors in all material respects paragraph 122(1)(b) of the CBCA: see e.g. the Ontario *Business Corporations Act, 1982* (the OBCA), S.O. 1982, c. 4, s. 134(1)(b); but compare the British Columbia *Company Act* (the BCCA), R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 142(1)(b), which does not contain the phrase “in comparable circumstances”.

[30] In my view, it is not simply a fortuitous occurrence that subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* adopts the same language as found in paragraph 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act*, for both statutory provisions relate to the standard of care to be exercised. Admittedly, the CBCA provision deals with the standard of care owed to the corporation while the taxation provision concerns the standard of care owed to the Crown and Canadian taxpayers. However, that distinction does not serve to nullify the relevance of the standard set out in the CBCA, if only because of the presumption of coherence between statutes. That elementary principle of statutory interpretation is explained by P.-A. Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. (Cowansville, Quebec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991), at pages 288 and 290:

Different enactments of the same legislature are supposedly as consistent as the provisions of a single enactment. All legislation of one Parliament is deemed to make up a coherent system. Thus, interpretations favouring harmony between statutes should prevail over discordant ones,

diennne sur les sociétés par actions qui énonce, dans le contexte du droit des sociétés, la norme générale de prudence à laquelle doivent satisfaire les administrateurs:

122. (1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir:

...

b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

Il convient de noter que l'expression législative «soin, diligence et compétence» correspond aux termes employés dans l'arrêt *City Equitable*. Il convient également de noter que plusieurs provinces ont adopté une loi sur les sociétés contenant une disposition qui reflète sous tous les rapports importants l'alinéa 122(1)(b) de la LCSA: voir, p. ex., la *Business Corporations Act, 1982* de l'Ontario, S.O. 1982, ch. 4, art. 134(1)(b); mais comparer avec la *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 142(1)(b), dans laquelle n'apparaît pas l'expression «en pareilles circonstances».

[30] À mon avis, ce n'est pas un pur hasard que le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* contienne des termes identiques à ceux qui figurent à l'alinéa 122(1)(b) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* car ces deux dispositions législatives se rapportent à la norme de prudence à respecter. Il faut reconnaître que la disposition de la LCSA concerne le degré de prudence dont il faut faire preuve envers la société tandis que la disposition fiscale concerne le degré de prudence dont il faut faire preuve envers l'État et les contribuables canadiens. Toutefois, cette distinction n'annule pas la pertinence de la norme énoncée dans la LCSA, ne fût-ce qu'à cause de la présomption de cohérence des lois entre elles. Ce principe élémentaire d'interprétation des lois est expliqué par P.-A. Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois*, 2^e éd. (Cowansville (Québec): Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990), aux pages 323 et 325:

On suppose qu'il règne, entre les divers textes législatifs adoptés par une même autorité, la même harmonie que celle que l'on trouve entre les divers éléments d'une loi: l'ensemble des lois est censé former un tout cohérent. L'interprète doit donc favoriser l'harmonisation des lois entre elles plutôt

because the former are presumed to better represent the thought of the legislator.

This presumption of coherence in enactments of the same legislature is even stronger when they relate to the same subject matter, *in pari materia*. Apparent conflicts between statutes should be resolved in such a way as to re-establish the desired harmony.

...

To sum up, the presumption of coherence in related legislation applies particularly to statutes of the same legislature. But it is also relevant to statutes of different jurisdictions, as one legislature may be deemed to imitate the form or be consistent with the substance of a statute enacted by another.

Thus, in order to determine whether the common law standard of care was modified by statute, it is both appropriate and instructive to consider not only the due diligence provision set out at subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* but also the analogous, and virtually identical, standard of care provisions found in the *Canada Business Corporations Act*.

[31] The question of the extent to which the common law standard might have been “upgraded” by these statutes has been questioned by academics and practitioners alike. Some commentators are of the view that, far from effecting a significant modification of the common law standard of care, the relevant legislative provisions established only a slightly more onerous regime than previously existed and one that retains much of its original, subjective character: see e.g. Welling, *supra*, at page 332. I am in general agreement with that assessment, keeping in mind my earlier comments with respect to director passivity (see discussion *supra*, at page 146). I begin my analysis by considering each of the statutory standard’s constituent elements in turn, namely: skill, care and diligence.

[32] Federal company law dictates that a director must “exercise the . . . skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.”

que leur contradiction, car le sens de la loi qui produit l’harmonie avec les autres lois est réputé représenter plus fidèlement la pensée de son auteur que celui qui produit des antinomies.

Plus concrètement, la présomption de cohérence des lois entre elles se manifeste avec d’autant plus d’intensité que les lois en question portent sur la même matière, sont *in pari materia*, comme on a l’habitude de dire. D’autre part, il peut apparaître certains conflits entre différentes lois, conflits que l’interprète devra résoudre de manière à rétablir l’harmonie.

...

En résumé donc, la présomption de cohérence entre lois connexes vaut surtout pour les lois émanant d’un même législateur. Elle s’appliquerait néanmoins entre lois issues de deux législateurs différents dans la mesure où il serait possible d’inférer des circonstances une volonté d’un des auteurs d’imiter la forme ou de tenir compte de la substance de l’autre législation.

Par conséquent, pour déterminer si la norme de prudence reconnue par la common law a été modifiée par la loi, il est approprié et instructif de tenir compte non seulement de la disposition relative à la diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, mais aussi des dispositions analogues, et pratiquement identiques, relatives à la norme de prudence qui figurent dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

[31] Des universitaires et des avocats ont traité la question de la mesure dans laquelle la norme de common law pourrait avoir été «resserrée» par ces lois. Certains commentateurs sont d’avis que, loin d’avoir modifié sensiblement la norme de prudence en common law, les dispositions législatives pertinentes ont simplement créé un régime un peu plus exigeant que celui qui existait auparavant et un régime qui conserve une bonne partie de sa nature subjective initiale: voir, p. ex., Welling, précité, à la page 332. Je souscris généralement à ce point de vue, compte tenu des remarques que j’ai faites plus haut (à la page 146) sur la passivité des administrateurs. Je commence mon analyse par un examen de chacun des éléments constitutifs de la norme d’origine législative, à savoir la compétence, le soin et la diligence.

[32] La loi fédérale sur les sociétés dispose qu’un administrateur doit «agir . . . avec . . . la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une

By comparison, at common law a director was required to exercise only that degree of skill which could reasonably be expected from a person of his or her knowledge and experience. It has been suggested that the statutory skill criterion is essentially the same as the common law requirement: see Welling, *supra*, at page 333; see also Kroft, *supra*, at pages 30:42-30:43. In reaching that conclusion, those commentators point to the use of the phrase “in comparable circumstances” and, in conjunction therewith, note that a reasonably prudent person might not be at all skilled in the field of corporate management. Put differently, a reasonably prudent person in comparable circumstances may be, for example, an unskilled person. In my view, it is correct to distinguish in this way between a reasonably prudent person and a reasonably skilled person so as to conclude that the subjective element of the common law standard of skill has not been altered by federal statute.

[33] With respect to the duty of care, the *Canada Business Corporations Act* calls upon a director to “exercise the care . . . that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.” Once again, however, the statutory enactment of a care requirement does not appear to have altered the common law position that a director be expected to fulfill his or her duties with care by acting reasonably according to the knowledge and experience that he or she actually possessed: see Welling, *supra*, at page 333. Put differently, the relevant legislation does not refer to “a reasonably skilled person” who, presumably, would be deemed to possess a certain level of skill in relation to corporate management. Rather, the statute speaks of a reasonably prudent person and the care that that person would exercise in comparable circumstances. Hence, in the event that the reasonably prudent person is unskilled (which possibility is discussed above), the statute requires only the exercise of a degree of care which is commensurate with that person’s level of skill. It is in this manner that skill and care are clearly interconnected. That being said, it is worth emphasizing that it is insufficient for a director to assert simply that he or she did his or her

personne prudente». Par comparaison, la common law obligeait un administrateur qu’à agir avec le degré de compétence qu’une personne possédant ses connaissances et son expérience aurait raisonnablement exercé. Il a été dit que le critère législatif de la compétence est essentiellement le même que l’exigence prévue par la common law: voir Welling, précité, à la page 333; voir aussi Kroft, précité, aux pages 30:42 et 30:43. Pour parvenir à cette conclusion, ces commentateurs attirent l’attention sur l’emploi de l’expression «en pareilles circonstances» et font par ailleurs remarquer qu’une personne prudente pourrait ne pas être compétente du tout dans le domaine de la gestion des affaires. Pour exprimer les choses autrement, une personne prudente en pareilles circonstances peut, par exemple, être une personne inexpérimentée. À mon avis, il est correct de faire une distinction semblable entre une personne prudente et une personne raisonnablement compétente, de manière à conclure que l’élément subjectif de la norme de compétence prévue par la common law n’a pas été modifié par la loi fédérale.

[33] En ce qui concerne l’obligation de soin, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* dispose qu’un administrateur doit «agir . . . avec le soin . . . dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente». Une fois de plus, toutefois, l’adoption par le législateur d’une exigence quant au soin à manifester ne semble pas avoir modifié la jurisprudence des cours de common law selon laquelle un administrateur est censé exercer ses fonctions avec soin en agissant raisonnablement en fonction des connaissances et de l’expérience qu’il possède effectivement: voir Welling, précité, à la page 333. En d’autres termes, la disposition législative pertinente ne fait pas référence à une «personne raisonnablement compétente» qui, probablement, serait censée posséder un certain niveau de compétence dans le domaine de la gestion des affaires. La loi parle plutôt d’une personne prudente et du soin dont cette personne ferait preuve en pareilles circonstances. Par conséquent, dans le cas où la personne prudente est inexpérimentée (possibilité qui a été évoquée plus haut), la loi requiert uniquement que cette personne agisse avec le degré de soin qui est proportionné à son niveau de compétence. C’est de cette façon que la compétence et le soin sont visible-

best if, having regard to that individual's level of skill and business experience, he or she failed to act reasonably prudently. I turn now to the third and final element of the standard—diligence.

[34] Upon reflection, it seems arguable to me that the term “diligence” is synonymous with the term “care”. That is, diligence is simply the degree of attention or care expected of a person in a given situation. At least, that is the way the term is employed in *City Equitable*. If attention to one's obligations is the essence of diligence, then that aspect of the standard neither adds to nor detracts from the statutory statement in subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*. Others, however, have taken a different approach by contending not only that diligence is an independent element of the statutory standard but also that that requirement, unlike the statutory requirements for skill and care, is more onerous than at common law: see Welling, *supra*, at pages 333-334; see also the Ontario case of *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Ont. Gen. Div.), which deals with the Ontario *Business Corporations Act* [R.S.O. 1990, c. B.16].

[35] Professor Welling posits that the reasonably prudent person serving as a director would surely exercise diligence in attending to his or her duties; a skilled individual should use his or her skills to perform said duties while an unskilled individual should obtain “competent outside advice” in respect of same (*supra*, at page 334). I am reluctant to embrace that analysis unreservedly. Even if a director is unskilled, I fail to see why he or she should not be entitled to rely, as contemplated in *City Equitable*, on advice provided by officials inside the corporation—unless the circumstances are such that the reasonably prudent but unskilled person acting as a director would seek outside advice. If Professor Welling intended his comments on outside advice to apply only to the latter set of circumstances, then there

ment liés entre eux. Cela dit, il importe de souligner qu'il ne suffit pas qu'un administrateur affirme simplement qu'il a fait de son mieux si, eu égard à son niveau de compétence et à sa pratique des affaires, il n'a pas agi avec prudence. J'en viens maintenant au troisième et dernier élément de la norme, à savoir la diligence.

[34] Réflexion faite, il me semble qu'on peut soutenir que le terme «diligence» est synonyme du terme «soin». Autrement dit, la diligence est simplement le degré d'attention ou de soin qu'on attend d'une personne dans une situation donnée. Du moins, c'est ainsi que ce terme est employé dans l'arrêt *City Equitable*. Si l'attention qu'une personne consacre à ses obligations est l'essence de la diligence, alors cet aspect de la norme ne complète ni ne diminue l'énoncé législatif fait au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. D'autres ont toutefois adopté un point de vue différent en soutenant non seulement que la diligence est un élément autonome de la norme d'origine législative, mais aussi que cette exigence, contrairement aux exigences législatives que sont la compétence et le soin, est plus rigoureuse qu'en common law: voir Welling, précité, aux pages 333 et 334; voir aussi la décision ontarienne *Kerr v. Law Profession Indemnity Co.* (1994), 22 C.C.L.I. (2d) 28 (Div. gén. de l'Ont.), qui concerne la *Loi sur les sociétés par actions* [L.R.O. 1990, ch. B.16] de l'Ontario.

[35] Le professeur Welling avance que la personne prudente qui est membre d'un conseil d'administration ferait sûrement preuve de diligence dans l'exercice de ses fonctions; une personne compétente devrait utiliser ses compétences pour exercer les fonctions en question, tandis qu'une personne inexpérimentée devrait obtenir des [TRADUCTION] «conseils d'une personne indépendante compétente» dans les mêmes circonstances (Welling, précité, à la page 334). Je suis peu disposé à souscrire sans réserve à cette analyse. Même si un administrateur est inexpérimenté, je ne vois pas pourquoi il n'aurait pas le droit de s'appuyer, comme on le prévoit dans l'arrêt *City Equitable*, sur les conseils fournis par des dirigeants de la société, à moins que les circonstances ne soient telles que la personne prudente mais inexpérimentée qui agit

is no disagreement between us. In any event, for purposes of deciding this appeal, I need not attempt to delimit the precise boundaries of the diligence requirement.

[36] In my opinion, it is not surprising that federal legislation has retained the subjective element of the common law standard of care for directors. Even the law of tort adjusts its objective standard of the reasonable person downward so as to account, for example, for the age, experience and intelligence of children. The standard may also be adjusted upward, as it is for professionals: see generally A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Toronto: Butterworths, 1993), at chapter 5, section B, beginning at page 117. The reasonable person standard is thus hardly inflexible. It adjusts to the circumstances and to the individual qualities of the actor. This is all the more true in the context of federal company or taxation law where that standard, at least as it applies to directors' duties, is explicitly modified by the phrase "in comparable circumstances."

[37] The legislative history of the Ontario *Business Corporations Act*, whose standard of care provisions are virtually identical to those found in the CBCA, supports my conclusion that the common law standard of care, while altered slightly, has not been significantly upgraded by statute. Notably, the *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (1967) (the Lawrence Report) recommended a legal standard of conduct for Ontario directors that was framed in the following terms (at paragraph 7.2.3):

"Every director of a company shall exercise the powers and discharge the duties of his office honestly, in good faith and in the best interests of the company, and in connection therewith shall exercise that degree of care, diligence and skill which a reasonably prudent director would exercise in comparable circumstances." [Underlining added.]

comme administrateur consulterait une personne indépendante. Si le professeur Welling voulait que ses remarques sur la prestation de conseils par une personne indépendante s'appliquent uniquement à la deuxième catégorie de circonstances, alors nous sommes d'accord. De toute façon, dans le cadre du présent appel, je n'ai pas besoin de définir les limites précises de l'exigence en matière de diligence.

[36] Selon moi, il n'est pas étonnant que la législation fédérale ait conservé l'élément subjectif de la norme de prudence que la common law impose aux administrateurs. Même le droit de la responsabilité délictuelle assouplit sa norme objective de la personne raisonnable afin de tenir compte, par exemple, de l'âge, de l'expérience et de l'intelligence des enfants. La norme peut également être rendue plus rigoureuse, comme c'est le cas pour les professionnels: voir, en général, A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. (Les Éditions Yvon Blais Inc., 1988), chapitre 5, section B, aux pages 141 et suivantes. La norme de la personne raisonnable n'est donc guère rigide. Elle s'adapte aux circonstances et aux qualités individuelles de l'intéressé. C'est d'autant plus vrai dans le contexte du droit des sociétés ou du droit fiscal fédéral où la norme, du moins telle qu'elle s'applique aux fonctions des administrateurs, est expressément modifiée par l'expression «en pareilles circonstances» ou «dans des circonstances comparables».

[37] L'historique législatif de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, dont les dispositions relatives à la norme de prudence sont pratiquement identiques à celles de la LCSA, appuie ma conclusion que la norme de prudence en common law, bien que légèrement différente, n'a pas été sensiblement resserrée par la loi. Il convient de noter que le *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (1967) (le rapport Lawrence) a recommandé une norme juridique de conduite applicable aux administrateurs ontariens qui a été formulée en ces termes (au paragraphe 7.2.3):

[TRADUCTION] «L'administrateur d'une société exerce ses pouvoirs et ses fonctions avec intégrité et bonne foi et au mieux des intérêts de la société, et, à cet égard, agit avec le degré de soin, de diligence et de compétence dont un administrateur prudent ferait preuve dans des circonstances semblables.» [Non souligné dans l'original.]

The intent of the Committee, in suggesting the words that it did, was clearly to upgrade to a professional level the legal standards for directors imposed at common law: see the Lawrence Report, *supra*, at paragraphs 7.2.2 and 7.2.3. However, the original draft provision met with opposition and the Ontario legislature ultimately adopted a different standard, that of the reasonably prudent person. The standard set out in the enacted provision also contained the phrase “in comparable circumstances”.

[38] It was in the wake of a concerted lobbying effort by the corporate bar that the word “person” was ultimately inserted in place of the term “director” in the Ontario *Business Corporations Act*. The essence of the corporate bar’s position is captured neatly by J. S. Ziegel *et al.*, Vol. 1, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1994), at pages 474-475:

The concern expressed was that a professional standard could result in liability for a wide group of individuals who serve as directors, ranging from the wife of the majority shareholder in a small company to a prominent chief executive officer of a public company who, because of his prominence, serves on the board to five other public companies.

By abandoning a professional standard for directors, the legislature presumably was signalling to that “wide group of individuals who serve as directors” that they could rest easy since the statutory standard in Ontario was not intended to seriously alter the common law. The reality is that courts have to contend with a wide variety of corporate forms. Bluntly stated, the vast majority of Canadian corporations do not issue shares which trade on the various stock exchanges. The “ma and pa” operation is as much a part of the business fabric of the country as are the enterprises controlled from Bay Street.

[39] Since the language of the *Canada Business Corporations Act* mirrors that of the OBCA, it seems logical to infer that the federal Parliament intended to send out the very same message to existing and

Par l’emploi de ces mots, le Comité entendait visiblement élever à un niveau professionnel les normes juridiques que la common law impose aux administrateurs: voir le rapport Lawrence, précité, aux paragraphes 7.2.2 et 7.2.3. Toutefois, le projet de disposition initial a été accueilli avec hostilité et la législature ontarienne a finalement adopté une norme différente, celle de la personne prudente. La norme énoncée dans la disposition promulguée renferme également l’expression «dans des circonstances semblables».

[38] C’est à la suite d’une activité de couloir concertée menée par des conseillers juridiques d’entreprises que le mot «administrateur» a finalement été remplacé par le mot «personne» dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario. L’essentiel de leur point de vue est bien résumé par J. S. Ziegel, *et al.*, vol. 1, *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, 3^e éd. (Toronto: Carswell, 1994), aux pages 474 et 475:

[TRADUCTION] La crainte exprimée était que l’imposition d’une norme professionnelle pourrait engager la responsabilité d’un grand nombre de personnes qui exercent des fonctions d’administrateur, qu’il s’agisse de l’épouse de l’actionnaire majoritaire d’une petite société ou du président-directeur général bien en vue d’une société ouverte qui, à cause de son importance, est membre du conseil d’administration de cinq autres sociétés ouvertes.

En renonçant à imposer une norme professionnelle aux administrateurs, la législature a vraisemblablement envoyé au «grand nombre de personnes qui exercent des fonctions d’administrateur» le message qu’elles pouvaient dormir sur leurs deux oreilles puisque la norme législative en Ontario ne visait pas à modifier sérieusement la common law. Dans les faits, les tribunaux doivent faire face à diverses formes de sociétés. Pour parler franchement, la plupart des sociétés canadiennes n’émettent pas d’actions qui sont transigées sur les différents marchés boursiers. Les entreprises familiales font autant partie de la structure des affaires du Canada que les entreprises contrôlées par les gens d’affaires de la rue Bay.

[39] Puisque les termes de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* reflètent ceux de la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario, il semble logique de conclure que le législateur fédéral entendait envoyer le

potential directors. In any event, had Parliament wished to strengthen the standard of care imposed at common law, it could have easily done so by adopting appropriate language. In this regard, it is helpful to consider section 142 of the British Columbia *Company Act* which reads as follows:

142. (1) Every director of a company, in exercising his powers and performing his functions, shall

- (a) act honestly and in good faith and in the best interests of the company; and
- (b) exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person.

(2) The provisions of this section are in addition to, and not in derogation of, any enactment or rule of law or equity relating to the duties or liabilities of directors of a company.

Subsection (2) of that provision indicates that the standard of care for directors set out in paragraph 142(1)(b) is clearly intended to serve as more than a codification of the requirements imposed at common law. Interestingly, neither the Ontario *Business Corporations Act* nor the *Canada Business Corporations Act* contains an explicit statement of this nature to the effect that those statutes represent, without a doubt, an upgrading of common law requirements. Equally relevant is the fact that paragraph 142(1)(b) of the British Columbia *Company Act* refers only to “a reasonably prudent person,” which expression is unqualified by the phrase “in comparable circumstances”. It seems at least arguable that the British Columbia legislation, which was enacted after the Ontario company legislation, represents an attempt to avoid the legal interpretation associated with the use of that qualifying expression in the OBCA. To the extent that the standard in the British Columbia *Company Act* is more burdensome than the standard in the *Canada Business Corporations Act*, the taxpayer is entitled to rely on the latter standard as reproduced in the *Income Tax Act*.

même message aux administrateurs en place et potentiels. De toute façon, si le législateur avait voulu renforcer la norme de prudence imposée par la common law, il aurait facilement pu le faire en employant les termes appropriés. À cet égard, il est utile d'examiner l'article 142 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique, dont voici le libellé:

[TRADUCTION]

142. (1) Les administrateurs doivent exercer leurs pouvoirs et leurs fonctions:

- a) avec intégrité et bonne foi et au mieux des intérêts de la société;
- b) avec le soin, la diligence et l'habileté d'une personne raisonnablement prudente.

(2) Les présentes dispositions viennent s'ajouter, sans y déroger, à tout texte législatif ou à toute règle de droit ou d'*equity* concernant les obligations ou responsabilités des administrateurs d'une société.

Le paragraphe (2) de cette disposition précise que la norme de prudence applicable aux administrateurs qui est énoncée à l'alinéa 142(1)b se veut manifestement quelque chose de plus qu'une codification des exigences imposées par la common law. Fait intéressant, ni la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario ni la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* n'affirment expressément que ces lois représentent, sans le moindre doute, un resserrement des exigences imposées par la common law. Le fait que l'alinéa 142(1)b de la *Company Act* de la Colombie-Britannique parle uniquement d'[TRADUCTION] «une personne raisonnablement prudente», expression qui n'est pas modifiée par l'expression «dans des circonstances semblables», est également important. Il semble qu'on puisse au moins soutenir que la loi de la Colombie-Britannique, qui a été édictée après la loi ontarienne sur les sociétés, constitue une tentative pour éviter l'interprétation juridique associée à l'emploi de l'expression «dans des circonstances semblables» dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario. Dans la mesure où la norme prévue par la *Company Act* de la Colombie-Britannique est plus sévère que celle qui figure dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, le contribuable a le droit de s'appuyer sur cette dernière norme telle qu'elle est reproduite dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[40] This is a convenient place to summarize my findings in respect of subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*. The standard of care laid down in subsection 227.1(3) of the Act is inherently flexible. Rather than treating directors as a homogeneous group of professionals whose conduct is governed by a single, unchanging standard, that provision embraces a subjective element which takes into account the personal knowledge and background of the director, as well as his or her corporate circumstances in the form of, *inter alia*, the company's organization, resources, customs and conduct. Thus, for example, more is expected of individuals with superior qualifications (e.g. experienced business-persons).

[41] The standard of care set out in subsection 227.1(3) of the Act is, therefore, not purely objective. Nor is it purely subjective. It is not enough for a director to say he or she did his or her best, for that is an invocation of the purely subjective standard. Equally clear is that honesty is not enough. However, the standard is not a professional one. Nor is it the negligence law standard that governs these cases. Rather, the Act contains both objective elements—embodied in the reasonable person language—and subjective elements—inherent in individual considerations like “skill” and the idea of “comparable circumstances”. Accordingly, the standard can be properly described as “objective subjective”.

V. ANALYSIS

[42] There are far too many cases dealing with section 227.1 of the Act. One way to appreciate the breadth of the extant law is to categorize the relevant cases. That task has, in fact, already been accomplished in large part by some of the commentators: see e.g. Moskowitz, *supra*, at pages 556-566; see also R. L. Campbell, “Director’s Liability for Unremitted Employee Deductions” (1993), 14 *Adv. Q.* 453.

[43] For example, in some instances the relevant issue will be whether an individual was in fact or in

[40] Le moment convient bien pour résumer mes conclusions au sujet du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi est fondamentalement souple. Au lieu de traiter les administrateurs comme un groupe homogène de professionnels dont la conduite est régie par une seule norme immuable, cette disposition comporte un élément subjectif qui tient compte des connaissances personnelles et de l’expérience de l’administrateur, ainsi que du contexte de la société visée, notamment son organisation, ses ressources, ses usages et sa conduite. Ainsi, on attend plus des personnes qui possèdent des compétences supérieures à la moyenne (p. ex. les gens d’affaires chevronnés).

[41] La norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi n’est donc pas purement objective. Elle n’est pas purement subjective non plus. Il ne suffit pas qu’un administrateur affirme qu’il a fait de son mieux, car il invoque ainsi la norme purement subjective. Il est également évident que l’intégrité ne suffit pas. Toutefois, la norme n’est pas une norme professionnelle. Ces situations ne sont pas régies non plus par la norme du droit de la négligence. La Loi contient plutôt des éléments objectifs, qui sont représentés par la notion de la personne raisonnable, et des éléments subjectifs, qui sont inhérents à des considérations individuelles comme la «compétence» et l’idée de «circonstances comparables». Par conséquent, la norme peut à bon droit être qualifiée de norme «objective subjective».

V. ANALYSE

[42] Il existe un nombre considérable de décisions qui portent sur l’article 227.1 de la Loi. Une façon de saisir l’ampleur du droit existant consiste à classer les décisions pertinentes par catégories. En fait, cette tâche a déjà été accomplie en grande partie par quelques-uns des commentateurs: voir, p. ex. Moskowitz, précité, aux pages 556 à 566; voir aussi R. L. Campbell, «Director’s Liability for Unremitted Employee Deductions» (1993), 14 *Adv. Q.* 453.

[43] À titre d’exemple, dans certains cas, la question pertinente sera de savoir si une personne était, dans les

law a director at the relevant time for purposes of imposing personal liability or whether that individual ceased to hold office by operation of a valid resignation. In other cases, such as those involving bankruptcy and receivership, the central issue will be *de jure* control. Yet another cluster of cases, including situations in which a dominant director is able to limit others' influence over corporate affairs, will deal with *de facto* control. I intend to focus on the category of cases respecting the distinction between inside and outside directors since that line of authority is the most pertinent to this appeal.

[44] At the outset, I wish to emphasize that in adopting this analytical approach I am not suggesting that liability is dependent simply upon whether a person is classified as an inside as opposed to an outside director. Rather, that characterization is simply the starting point of my analysis. At the same time, however, it is difficult to deny that inside directors, meaning those involved in the day-to-day management of the company and who influence the conduct of its business affairs, will have the most difficulty in establishing the due diligence defence. For such individuals, it will be a challenge to argue convincingly that, despite their daily role in corporate management, they lacked business acumen to the extent that that factor should overtake the assumption that they did know, or ought to have known, of both remittance requirements and any problem in this regard. In short, inside directors will face a significant hurdle when arguing that the subjective element of the standard of care should predominate over its objective aspect.

[45] In some instances, it is easy to see why inside directors have been held liable. Such is true in respect of *Barnett*, *supra*, the first case which dealt with the due diligence defence. In that case the taxpayer, as director and sole shareholder of the company, hired a comptroller. When the latter informed the taxpayer that the company was short of cash, the taxpayer

faits ou en droit, un administrateur à l'époque pertinente aux fins d'imposer une responsabilité personnelle ou si cette personne avait cessé d'exercer ses fonctions au moyen d'une démission valide. Dans d'autres cas, comme ceux qui concernent une faillite et une mise sous séquestre, la question centrale sera un contrôle de droit. Dans d'autres cas encore, notamment les situations dans lesquelles un administrateur dominant est en mesure de limiter l'influence exercée par les autres sur les affaires de la société, il s'agira d'un contrôle de fait. J'entends m'attarder à la catégorie de décisions relative à la distinction entre les administrateurs internes et les administrateurs externes puisqu'il s'agit de la jurisprudence qui est la plus pertinente dans le cadre du présent appel.

[44] Je tiens tout d'abord à souligner qu'en adoptant cette démarche analytique, je ne donne pas à entendre que la responsabilité est simplement fonction du fait qu'une personne est considérée comme un administrateur interne par opposition à un administrateur externe. Cette qualification constitue plutôt simplement le point de départ de mon analyse. Mais cependant, il est difficile de nier que les administrateurs internes, c'est-à-dire ceux qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société et qui peuvent influencer la conduite de ses affaires, sont ceux qui auront le plus de mal à invoquer la défense de diligence raisonnable. Pour ces personnes, ce sera une opération ardue de soutenir avec conviction que, malgré leur participation quotidienne à la gestion de l'entreprise, elles n'avaient aucun sens des affaires, au point que ce facteur devrait l'emporter sur la présomption qu'elles étaient au courant des exigences de versement et d'un problème à cet égard, ou auraient dû l'être. Bref, les administrateurs internes auront un obstacle important à vaincre quand ils soutiendront que l'élément subjectif de la norme de prudence devrait primer l'aspect objectif de la norme.

[45] Dans certaines affaires, il est facile de voir pourquoi les administrateurs internes ont été tenus responsables. C'est vrai pour l'affaire *Barnett*, précitée, qui est la première affaire dans laquelle la défense de diligence raisonnable a été examinée. Dans cette affaire, le contribuable, à titre d'administrateur et d'unique actionnaire de la société, avait retenu les

instructed that the business' key suppliers should be paid first. In these circumstances, the Tax Court dismissed the taxpayer's appeal from the Minister's assessment which held the taxpayer personally liable for the source deductions withheld but not remitted. Equally understandable is the imposition of liability in the following cases involving inside directors: *Quantz (C.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2276 (T.C.C.); and *Beutler (O.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2414 (T.C.C.).

[46] Similarly, the taxpayer in *Fraser (Trustee of) v. M.N.R.* (1987), 37 B.L.R. 309 (T.C.C.), provides a good example of an inattentive inside director upon whom liability was justifiably visited. The taxpayer in that case was a director, minority shareholder and vice-president of manufacturing operations of a corporation. As of a certain time, he was apprised of the fact that the company was in arrears with Revenue Canada. Nevertheless, the taxpayer did nothing more in respect of that problem than rely on assurances, from the inside directors responsible for the financial side of the business, to the effect that there was no need to worry. Having made no efforts to prevent further defaults, the taxpayer was held personally responsible for the amounts that should have been remitted to the Crown by the corporation.

[47] Of course, not all inside directors have been held liable. The Tax Court has refused to impose liability on an inside director in cases where he or she is an innocent party who has been misled or deceived by co-directors: see *Bianco v. Minister of National Revenue* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255 (T.C.C.); *Edmondson (S.G.) v. M.N.R.*, [1988] 2 C.T.C. 2185 (T.C.C.); *Shindle (B.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 227 (F.C.T.D.); and *Snow v. Minister of National Revenue* (1991), 38 C.C.E.L. 70 (T.C.C.). There are also other examples of an inside director being exonerated: see *Fitzgerald (G.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2595 (T.C.C.).

services d'un contrôleur. Quand celui-ci a avisé le contribuable que la société était à court d'argent, le contribuable lui a répondu que les principaux fournisseurs devraient être payés en premier. Dans les circonstances, la Cour de l'impôt a rejeté l'appel interjeté par le contribuable contre la cotisation du ministre qui tenait le contribuable personnellement responsable des retenues à la source qui avaient été faites mais n'avaient pas été versées. Il est également compréhensible que des administrateurs internes aient été tenus responsables dans les affaires suivantes: *Quantz (C.) c. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2276 (C.C.I.); et *Beutler (O.) c. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2414 (C.C.I.).

[46] De même, le contribuable dans l'affaire *Fraser (Syndic de faillite de) c. M.N.R.* (1987), 37 B.L.R. 309 (C.C.I.), constitue un bon exemple d'un administrateur interne négligent qui a légitimement été tenu responsable. Ce contribuable était un administrateur, un actionnaire minoritaire et le vice-président des opérations de fabrication d'une société. À un moment donné, il a découvert que la société était en retard dans ses paiements à Revenu Canada. Malgré cela, le contribuable n'a rien fait d'autre pour régler ce problème que de se fier aux promesses des administrateurs internes responsables du volet financier de l'entreprise, selon lesquels il n'y avait pas lieu de s'inquiéter. Comme le contribuable n'avait pas essayé de prévenir d'autres manquements, il a été tenu personnellement responsable des sommes que la société aurait dû verser à l'État.

[47] Ce ne sont évidemment pas tous les administrateurs internes qui ont été tenus responsables. La Cour de l'impôt a refusé de retenir la responsabilité d'un administrateur interne dans des affaires où il était une partie innocente qui a été induite en erreur ou trompée par d'autres administrateurs: voir *Bianco c. Ministre du Revenu national* (1991), 2 B.L.R. (2d) 255 (C.C.I.); *Edmondson (S.G.) c. M.N.R.*, [1988] 2 C.T.C. 2185 (C.C.I.); *Shindle (B.) c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 227 (C.F. 1^{re} inst.); et *Snow c. Ministre du Revenu national* (1991), 38 C.C.E.L. 70 (C.C.I.). Il existe également d'autres exemples d'un administrateur interne qui échappe à la responsabilité: voir *Fitzgerald (G.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2595 (C.C.I.).

[48] From the perspective of the taxpayer in this case, however, the most disconcerting decision to emerge from the Tax Court must be *Sanford v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2016 (T.C.C.). That case concerned the liability of an individual who was, at the relevant time, a co-director with the present taxpayer at RBI. In *Sanford*, the inside director who was assessed as a taxpayer under section 227.1 of the Act was an employee who had invested a substantial sum of money in the company but was subsequently denied the opportunity to participate in the management of the corporation. The company's principals had encouraged the taxpayer to focus on her area of expertise namely, sales, and afforded her little influence in respect of administrative and financial matters in which she had no training. She did, however, have authority to co-sign company cheques along with another director. After learning that the company was in arrears to Revenue Canada, the taxpayer requested and co-signed a cheque to address that problem. Although that cheque was ultimately returned, marked "N.S.F.", the taxpayer did not know at the time it was issued that there were insufficient funds to cover the cheque. From the reasons for judgment, one must infer that liability was avoided because of the taxpayer's limited financial experience and restricted influence on corporate management. As well, when the taxpayer found out that funds were owing to Revenue Canada she took active steps to see that the taxes were paid. I wish to make it clear, however, that the purpose of subsection 227.1(3) is to prevent failure to make remittances and not to cure default after the fact (though, as a practical matter, the provision should have the latter effect as well). I must leave that issue for another day. For the moment, I will refrain from further comment on *Sanford*: see discussion *infra*.

[49] The final case I wish to discuss in this section dealing with inside directors is *Stevenson Estate v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1599 (T.C.C.) (QL). That case provides a quintessential illustration of the difference between the nature of liability for inside as

[48] Du point de vue du contribuable en l'espèce, toutefois, la décision la plus déconcertante rendue par la Cour de l'impôt est sûrement *Sanford c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2016 (C.C.I.). Cette affaire se rapporte à la responsabilité d'une personne qui, à l'époque pertinente, siégeait au conseil d'administration de RBI avec le contribuable en l'espèce. Dans l'affaire *Sanford*, l'administratrice interne qui a été imposée comme contribuable en vertu de l'article 227.1 de la Loi était une employée qui avait investi une somme importante dans la société mais s'était par la suite vu refuser la possibilité de participer à la gestion de la société. Les mandats de la société avaient encouragé la contribuable à se concentrer sur son domaine de compétence, à savoir les ventes, et ne lui avaient pas permis d'exercer beaucoup d'influence dans les domaines administratif et financier, dans lesquels elle n'avait aucune formation. Elle était toutefois habilitée à signer les chèques de la société avec un autre administrateur. Lorsqu'elle a appris que la société était en retard dans ses paiements à Revenu Canada, elle a demandé qu'un chèque, qu'elle a cosigné, soit émis pour régler le problème. Ce chèque a finalement été retourné avec la mention «sans provision», mais la contribuable ne savait pas, lorsque le chèque a été émis, que le compte était insuffisamment approvisionné. D'après les motifs du jugement, il faut conclure que la contribuable a échappé à la responsabilité à cause de son expérience financière limitée et de l'influence restreinte qu'elle exerçait sur la gestion des affaires de la société. De plus, lorsque la contribuable a découvert que des sommes étaient dues à Revenu Canada, elle a pris des mesures concrètes pour faire en sorte que les impôts soient payés. Je tiens également à préciser, toutefois, que l'objet du paragraphe 227.1(3) est de prévenir un manquement et non de réparer un manquement après coup (encore que, en pratique, cette disposition devrait aussi produire cet effet). Je dois mettre cette question de côté. Pour le moment, je m'abstiendrai de faire d'autres commentaires sur l'affaire *Sanford*: voir l'analyse ci-après.

[49] La dernière affaire dont je veux discuter dans cette section relative aux administrateurs internes est *Succession Stevenson c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 1599 (C.C.I.) (QL). Cette affaire constitue une illustration parfaite de la différence, quant à la nature de la

opposed to outside directors and the effect of the subjective element of the standard of care. The company at issue was a family run enterprise whose principal activity was the sale of earthworms. At the relevant time, the directors of that business included “an elderly man of minimal education who had virtually no idea what was going on” and who was a director in name only, as well as “an intelligent woman with considerable business experience” who held the position of Chief Financial Officer of the company (at paragraphs 13 and 11, *per* Bowman T.C.J.). The Tax Court Judge held the inside director liable for failure to meet the standard of care set out in subsection 227.1(3) of the Act and, in doing so, noted that that director “was involved in the company’s affairs to a degree that she could not have been oblivious to its financial difficulties”; in contrast, the outside director was exonerated on the basis that he “took no part in the financial affairs of the company and could not have influenced the course of events” (*ibid.* at paragraphs 11 and 13). I turn now specifically to a consideration of outside directors and, in particular, how the standard of care set out in the Act is to be met by them.

[50] In order to satisfy the due diligence requirement laid down in subsection 227.1(3) a director may, as the Department of National Revenue has noted, take “positive action” by setting up controls to account for remittances, by asking for regular reports from the company’s financial officers on the ongoing use of such controls, and by obtaining confirmation at regular intervals that withholding and remittance has taken place as required by the Act: see Information Circular, No. 89-2, *supra*, at paragraph 7.

[51] Likewise, some commentators have advised directors that, if they wish to be able to rely successfully on the due diligence defence, it would be wise for them to consider undertaking a number of “positive steps” including, in certain circumstances, the establishment and monitoring of a trust account from which both employee wages and remittances owing to Her Majesty would be paid: see e.g. Moskowitz, *supra*, at pages 566-568.

responsabilité, entre les administrateurs internes et les administrateurs externes, et de l’effet de l’élément subjectif de la norme de prudence. La société en cause était une entreprise familiale dont la principale activité consistait à vendre des vers de terre. À l’époque pertinente, il y avait parmi les administrateurs de cette entreprise «un vieil homme peu instruit qui ne savait pratiquement pas ce qui se passait» et qui n’était un administrateur que de nom, et «une femme intelligente qui avait une grande expérience des affaires» et qui occupait le poste de directrice financière de la société (aux paragraphes 13 et 11, le juge Bowman de la C.C.I.). Le juge de la Cour de l’impôt a tenu l’administratrice interne responsable du défaut de satisfaire à la norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi et, ce faisant, a noté que l’administratrice «prenait part aux affaires de la compagnie à un point tel qu’elle ne pouvait être inconsciente des difficultés financières de celle-ci»; en revanche, l’administrateur externe a été exonéré au motif qu’il «ne s’occupait nullement des questions financières de la compagnie et n’aurait pu influencer sur le cours des événements» (*ibid.*, aux paragraphes 11 et 13). J’en viens maintenant à la question précise des administrateurs externes et, en particulier, à la façon dont ils doivent satisfaire à la norme de prudence prévue par la Loi.

[50] Pour satisfaire à l’exigence de diligence raisonnable prévue au paragraphe 227.1(3), un administrateur peut, comme le ministère du Revenu national l’a souligné, prendre des «mesures» en établissant des contrôles pour vérifier les versements, en demandant aux agents financiers de la société de présenter régulièrement des rapports sur la mise en œuvre de ces contrôles et en obtenant régulièrement la confirmation que les retenues et les versements ont été faits comme l’exige la Loi: voir le paragraphe 7 de la Circulaire d’information, n° 89-2, précitée.

[51] De même, certains commentateurs ont avisé les administrateurs que, s’ils veulent être en mesure d’invoquer la défense de diligence raisonnable, il serait sage d’envisager de prendre certaines «mesures», y compris, dans certaines circonstances, l’ouverture et la surveillance d’un compte en fiducie qui servirait à payer la rémunération des employés et les sommes dues à Sa Majesté: voir, p. ex., Moskowitz, précité, aux pages 566 à 568.

[52] While such precautionary measures may be regarded as persuasive evidence of due diligence on the part of a director, in my view, those steps are not necessary conditions precedent to the establishment of that defence. This is particularly true with respect to the establishment of a separate trust account for source deductions to be remitted to the Receiver General. It is difficult to hold otherwise given the fact that Parliament abolished that express requirement for the purpose of achieving other legislative goals. Above all, a clear dividing line must be maintained between the standard of care required of a director and that of a trustee. Accordingly, an outside director cannot be required to go to the lengths outlined above. As an illustration, I would not expect an outside director, upon appointment to the board of one of Canada's leading companies, to go directly to the comptroller's office to inquire about withholdings and remittances. Obviously, if I would not expect such steps to be taken by the most sophisticated of business-persons, then I would certainly not expect such measures to be adopted by those with limited business acumen. This is not to suggest that a director can adopt an entirely passive approach but only that, unless there is reason for suspicion, it is permissible to rely on the day-to-day corporate managers to be responsible for the payment of debt obligations such as those owing to Her Majesty. This falls within the fourth proposition in the *City Equitable* case: see discussion *supra*, at page 146-147. The question remains, however, as to when a positive duty to act arises.

[53] In my view, the positive duty to act arises where a director obtains information, or becomes aware of facts, which might lead one to conclude that there is, or could reasonably be, a potential problem with remittances. Put differently, it is indeed incumbent upon an outside director to take positive steps if he or she knew, or ought to have known, that the corporation could be experiencing a remittance prob-

[52] Bien que de telles précautions puissent être considérées comme une preuve convaincante de la diligence raisonnable manifestée par un administrateur, il ne s'agit pas, selon moi, de conditions préalables nécessaires pour donner ouverture à ce moyen de défense. C'est particulièrement vrai dans le cas de l'ouverture d'un compte en fiducie séparé pour les retenues à la source qui doivent être versées au receveur général. Il est difficile de statuer autrement puisque le législateur a supprimé cette exigence expresse dans le but d'atteindre d'autres objectifs législatifs. Par-dessus tout, il faut maintenir une ligne de démarcation claire entre la norme de prudence exigée d'un administrateur et celle à laquelle doit satisfaire un fiduciaire. On ne peut donc pas obliger un administrateur externe à aller jusqu'à prendre les mesures susmentionnées. À titre d'exemple, je ne m'attendrais pas à ce qu'un administrateur externe, au moment de sa nomination au sein du conseil d'administration de l'une des sociétés canadiennes qui dominant le marché, se rende directement au bureau du contrôleur pour se renseigner sur les retenues et les versements. De toute évidence, si je ne m'attendais pas à ce que les gens d'affaires les plus avertis prennent de telles mesures, alors je ne m'attendrais certainement pas à ce que les personnes qui ont une moins grande expérience des affaires en fassent autant. Je ne veux pas donner à entendre qu'un administrateur peut adopter une attitude entièrement passive, mais seulement que, à moins qu'il n'existe des motifs d'avoir des soupçons, il est permis de compter sur les personnes qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société pour payer des dettes comme les créances de Sa Majesté. Cela correspond à la quatrième affirmation faite dans l'arrêt *City Equitable*: voir l'analyse ci-dessus, aux pages 146 et 147. La question qui subsiste, toutefois, est de savoir à quel moment l'obligation expresse d'agir prend naissance.

[53] À mon avis, l'obligation expresse d'agir prend naissance lorsqu'un administrateur obtient des renseignements ou prend conscience de faits qui pourraient l'amener à conclure que les versements posent, ou pourraient vraisemblablement poser, un problème potentiel. En d'autres termes, il incombe vraiment à l'administrateur externe de prendre des mesures s'il sait, ou aurait dû savoir, que la société pourrait avoir

lem. The typical situation in which a director is, or ought to have been, apprised of the possibility of such a problem is where the company is having financial difficulties. For example, in *Byrt (H.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2174 (T.C.C.), an outside director signed financial statements revealing a corporate deficit and thus he knew, or ought to have known, that the company was in financial trouble. The same director also knew that the business integrity of one of his co-directors, who was the president of the corporation too, was questionable. In these circumstances, having made no efforts to ensure that remittances to the Crown were made, the outside director was held personally liable for amounts owing by the corporation to Revenue Canada. According to the Tax Court Judge the outside director had, in contravention of the statutory standard of care, failed to “heed what is transpiring within the corporation and his experience with the people who are responsible for the day-to-day affairs of the corporation” (*supra*, at page 2184, *per Rip T.C.J.*).

[54] Two other cases involving outside directors are worthy of comment as these authorities were relied upon by the appellant in this case: *Golfman (W.R.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2344 (T.C.C.) and *Davies (J.W.) v. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744 (T.C.C.). In *Golfman*, the taxpayer was a lawyer who had become a director of a corporation for whom he had served as a legal advisor for a number of years. Before becoming a director, the taxpayer had reviewed the most recent financial statements available, which suggested that the company was in good financial shape. Further, he had asked two of his co-directors about the corporation’s remittances to Revenue Canada and had been informed that everything was in order. Both of the individuals of whom he had inquired were longstanding acquaintances of the taxpayer as well as senior officers of the company with solid business reputations. Given these facts, it was held that the outside director could not reasonably have been expected to conclude that there might be a problem with remittances. It should also be noted that, upon being informed of the corporation’s debt obligation to Her Majesty, the taxpayer resigned immediately.

un problème avec les versements. La situation typique dans laquelle un administrateur est, ou aurait dû être, au courant de cette éventualité est celle de la société qui a des difficultés financières. À titre d’exemple, dans l’affaire *Byrt (H.) c. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2174 (C.C.I.), un administrateur externe a signé des états financiers qui révélaient un résultat déficitaire et, par conséquent, savait, ou aurait dû savoir, que la société avait des difficultés financières. Le même administrateur savait également que l’intégrité en affaires d’un autre administrateur, qui était également le président de la société, était douteuse. Dans ces circonstances, comme l’administrateur externe n’a fait aucun effort pour s’assurer que les versements étaient faits, il a été tenu personnellement responsable des sommes que la société devait à Revenu Canada. Selon le juge de la Cour de l’impôt, l’administrateur externe n’a pas satisfait à la norme de prudence d’origine législative puisqu’il n’a pas «ten[u] compte de ce qui se pass[ait] dans l’entreprise et de ce qu’il sa[vait] des personnes chargées des activités quotidiennes de la société» (précité, à la page 2184, le juge Rip, C.C.I.).

[54] Deux autres affaires qui portent sur les administrateurs externes méritent d’être commentées parce qu’elles ont été invoquées par l’appelant en l’espèce: *Golfman (W.R.) c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2344 (C.C.I.) et *Davies (J.W.) c. Canada*, [1994] 1 C.T.C. 2744 (C.C.I.). Dans l’affaire *Golfman*, le contribuable était un avocat qui a été nommé au conseil d’administration d’une société dont il avait été le conseiller juridique pendant plusieurs années. Avant d’accepter cette nomination, le contribuable avait examiné les plus récents états financiers de la société, qui permettaient de croire que celle-ci était en bonne santé financière. De plus, il s’était renseigné auprès de deux autres administrateurs sur les versements faits à Revenu Canada et avait été avisé que tout était en règle. Les deux personnes auprès desquelles il s’était renseigné étaient des connaissances de longue date du contribuable ainsi que des cadres supérieurs de la société qui jouissaient d’une excellente réputation sur le plan des affaires. Vu ces faits, la Cour de l’impôt a statué qu’on ne pouvait pas raisonnablement s’attendre à ce que l’administrateur externe conclue que les versements pourraient poser un problème. Il convient également de noter que, lorsque le contribuable a été

[55] So too in *Davies, supra*, were the directors relieved of personal liability. In that case, three individuals (a physician and two engineers) were asked to join the board of directors of an eyewear company in order to provide specific forms of expertise. None of these outside directors possessed experience in relation to the daily financial management of a corporation. They relied on the corporation's competent, in-house financial officers to handle withholdings and remittances. Further, for the better part of 1988, the financial reports prepared by those officers gave no indication to the outside directors that arrears owing to the Crown had arisen early in that year and gone unaddressed. Although the existence of a monthly cash shortfall was known early in 1988, the weekly event reports as well as other indicators of the company's financial health all painted a positive financial picture. The Tax Court held that the taxpayers were not personally liable for the amounts owing since there had been no reason for them to suspect that there might be a source deduction problem until late in 1988 when the financial reports suggested such for the first time. In other words, prior to November of 1988 when those financial statements were released, it could not be said that the outside directors could reasonably have been expected to have taken positive action.

[56] It is important to note that whether a company is in serious financial difficulty, such as to suggest a problem with remittances, cannot be determined simply by the fact that the monthly balance sheet bears a negative figure. For example, many firms operate on a line of credit to deal with fiscal fluctuations. In each case it will be for the Tax Court Judge to determine whether, based on the financial information or documentation available to the director, the latter ought to have known that there was a problem or potential problem with remittances. Whether the

mis au courant de l'existence de la créance de Sa Majesté, il a aussitôt démissionné.

[55] Dans l'affaire *Davies*, précitée, les administrateurs ont aussi échappé à la responsabilité. Il s'agissait de trois personnes (un médecin et deux ingénieurs) qui avaient été invitées à faire partie du conseil d'administration d'une société de lunetterie afin de fournir des formes précises de savoir-faire. Aucun de ces administrateurs externes n'était versé dans la gestion financière quotidienne d'une société. Ils comptaient sur les agents financiers internes compétents de la société pour s'occuper des retenues et des versements. De plus, les rapports financiers préparés par ces agents pendant la majeure partie de 1988 n'avaient pas permis aux administrateurs externes de se rendre compte que des montants étaient dus à la Couronne depuis le début de l'année et qu'aucune mesure n'avait été prise à cet égard. Même si l'existence d'un déficit de trésorerie chaque mois était connue depuis le début de 1988, les rapports d'événement hebdomadaires ainsi que d'autres indicateurs de la santé financière de la société révélaient tous une bonne santé financière. La Cour de l'impôt a statué que les contribuables n'étaient pas personnellement responsables des sommes dues parce que ce n'est pas avant la fin de 1988 qu'ils ont eu des raisons de soupçonner l'existence d'un problème avec les retenues à la source; c'est à ce moment que le problème a été soulevé pour la première fois dans les rapports financiers. En d'autres termes, avant le mois de novembre 1988, moment où ces états financiers ont été rendus publics, il n'était pas permis d'affirmer qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les administrateurs prennent des mesures.

[56] Il est important de noter que la question de savoir si une société a de graves difficultés financières, de nature à révéler un problème avec les versements, ne peut pas être tranchée simplement en fonction du fait que le résultat indiqué sur le bilan mensuel est négatif. À titre d'exemple, de nombreuses entreprises ont une ligne de crédit pour faire face aux fluctuations fiscales. C'est au juge de la Cour de l'impôt qu'il appartiendra dans chaque cas de déterminer si, d'après les renseignements ou les documents financiers que possédait l'administrateur, celui-ci

standard of care has been met, now that it has been defined, is thus predominantly a question of fact to be resolved in light of the personal knowledge and experience of the director at issue.

[57] Applying the foregoing analysis of the law to the facts of this case, I find that the taxpayer was under a positive duty to act which arose, at the latest, in November of 1987 when he received the balance sheet of RBI revealing that the company was experiencing what the Tax Court Judge found, as a matter of fact, to be “extremely serious” financial problems (Appeal Book, at page 43). In light of that finding by the Tax Court Judge, and given the taxpayer’s ample experience in the field of business, the balance sheet of November 1987 should have alerted the taxpayer to the existence of a possible problem with remittances. This is all the more true since there was no indication or evidence that RBI’s financial troubles were merely temporary in nature. In the circumstances, however, the taxpayer made no inquiries in respect of remittance of employee withholdings.

[58] Counsel for the taxpayer argues in his written submissions that material information was knowingly withheld from the taxpayer by both Ms. Beauchamp and the other directors of RBI, such that a “conspiracy of silence” against the taxpayer denied him any knowledge of the non-remittance of employee withholdings: see appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 24. Counsel argues further that the alleged conspiracy deprived the taxpayer of freedom of choice and the ability to exert any influence or control over the management of RBI (*ibid.*). I find it difficult to accept the taxpayer’s argument to the effect that a “conspiracy of silence” is to blame for his inaction. There was no finding by the Tax Court Judge, nor was there any evidence, to support the understanding that Ms. Beauchamp had given a specific instruction to the other directors that remittances were not to be discussed with the taxpayer. Admittedly, she had instructed the other directors not

aurait dû savoir qu’il y avait un problème réel ou éventuel avec les versements. La question de savoir si l’administrateur visé a satisfait à la norme de prudence, telle qu’elle est maintenant définie, est donc avant tout une question de fait qu’il faut trancher à la lumière des connaissances personnelles et de l’expérience de ce dernier.

[57] Si j’applique l’analyse du droit que je viens de faire aux faits de l’espèce, j’arrive à la conclusion que le contribuable était dans l’obligation expresse d’agir et que cette obligation est apparue, au plus tard, en novembre 1987 lorsqu’il a reçu le bilan de RBI qui révélait que la société éprouvait ce que le juge de la Cour de l’impôt a appelé, en fait, des difficultés financières «extrêmement graves» (dossier d’appel, à la page 43). Vu cette conclusion du juge de la Cour de l’impôt et vu la vaste expérience du contribuable dans le domaine des affaires, le bilan du mois de novembre 1987 aurait dû éveiller l’attention de ce dernier sur l’existence d’un éventuel problème avec les versements. C’est d’autant plus vrai que rien ne portait à croire que les difficultés financières de RBI étaient de nature purement temporaire. Dans les circonstances, toutefois, le contribuable ne s’est pas renseigné sur le versement des sommes retenues sur la rémunération des employés.

[58] L’avocat du contribuable affirme dans ses observations écrites que M^{me} Beauchamp et les autres administrateurs de RBI ont sciemment caché des renseignements importants au contribuable, de sorte que cette «conspiration du secret» a empêché le contribuable de savoir que les retenues à la source n’étaient pas versées: voir le paragraphe 24 de l’exposé des faits et du droit de l’appelant. L’avocat soutient en outre que cette conspiration présumée a privé le contribuable d’une liberté de choix et de la capacité d’exercer une influence ou un contrôle sur la gestion de RBI (*ibid.*). Il me paraît difficile de souscrire à l’argument du contribuable que son inaction est attribuable à une «conspiration du silence». Le juge de la Cour de l’impôt n’a tiré aucune conclusion, et aucune preuve n’a été produite, au soutien de l’affirmation que M^{me} Beauchamp a donné aux autres administrateurs la consigne précise de ne pas discuter des versements avec le contribuable. Il est vrai qu’elle

to discuss with the taxpayer anything other than that which was dealt with at directors' meetings attended by the taxpayer, which matters did not include the issue of remittances. However, there is no indication that the taxpayer was misled or frustrated by other company officials during a quest for knowledge about the state of remittances. In any event, it is unnecessary to decide precisely what steps the taxpayer in this case should have taken after having learned of RBI's grave financial situation and, correlatively, the potential for a remittance problem. Suffice it to say that what the taxpayer did, that is nothing, was inadequate for the purpose of discharging the burden imposed on him by subsection 227.1(3) of the Act, given the precarious financial position of the company.

[59] The difference in outcomes between this case and *Sanford* can be rationalized on the basis of the subjective element of the standard of care. The *Sanford* case involved an individual with no management experience who took active steps and performed her directorial duties reasonably, having regard to her level of skill and experience, and the corporate circumstances in which she found herself. Accordingly, she was able to avoid personal liability for the unremitted amounts. On the contrary, this case concerns an experienced businessman who took no positive steps to ensure remittance of employee withholdings despite the fact that he should have been alerted to a potential problem in that regard. He did absolutely nothing but close his eyes. As a consequence, it can hardly be said that the taxpayer in this case exercised, in his capacity as director of RBI, the degree of care, skill and diligence required by the Act.

[60] For all of these reasons, the appeal must be dismissed. This is one instance in which it is simply not appropriate to visit the taxpayer with costs of the appeal. The issues pursued before this Court transcend his personal interests. Accordingly, no costs should be awarded.

LINDEN J.A.: I agree.

avait donné aux autres administrateurs la consigne de ne discuter avec le contribuable que des questions qui avaient été soulevées aux réunions du conseil auxquelles celui-ci avait assisté, et le versement des retenues à la source n'était pas l'une de ces questions. Cependant, rien ne permet de conclure que les dirigeants de la société ont induit le contribuable en erreur ou ont gêné ses efforts au cours d'une recherche de renseignements sur l'état des versements. Quoi qu'il en soit, il est inutile de dire précisément quelles mesures le contribuable en l'espèce aurait dû prendre lorsqu'il a appris que RBI avait de graves difficultés financières et, corrélativement, que les versements pourraient bien poser un problème. Je me contenterai de dire que ce que le contribuable a fait, c'est-à-dire rien, était insuffisant pour s'acquitter du fardeau que lui imposait le paragraphe 227.1(3) de la Loi, vu la situation financière précaire de la société.

[59] L'explication logique de l'issue différente de l'espèce et de l'affaire *Sanford* réside dans l'élément subjectif de la norme de prudence. L'affaire *Sanford* concerne une personne qui n'avait aucune expérience comme gestionnaire et qui a pris des mesures concrètes et exercé ses fonctions d'administratrice raisonnablement, compte tenu de son niveau de compétence et de son expérience, et des circonstances dans lesquelles elle s'est trouvée. Par conséquent, elle n'a pas été tenue personnellement responsable à l'égard des sommes non versées. En revanche, la présente affaire se rapporte à un homme d'affaires chevronné qui n'a pris aucune mesure pour s'assurer que les retenues à la source étaient versées, en dépit du fait qu'il aurait dû être sensibilisé à l'existence d'un éventuel problème à cet égard. Il n'a absolument rien fait, sinon fermer les yeux sur la situation. Par voie de conséquence, on ne peut guère affirmer que le contribuable en l'espèce a exercé, en sa qualité d'administrateur de RBI, le degré de soin, de compétence et de diligence requis par la Loi.

[60] Pour tous ces motifs, l'appel doit être rejeté. Il s'agit d'une situation dans laquelle il n'est tout simplement pas opportun de condamner le contribuable aux dépens de l'appel. Les questions débattues devant cette Cour dépassent ses intérêts personnels. Par conséquent, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.