

	A-421-98		A-421-98
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>demandeur</i>)	
v.		c.	
Lynda McKinnon (<i>Respondent</i>)		Lynda McKinnon (<i>défenderesse</i>)	
	A-422-98		A-422-98
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Ronald Lapointe (<i>Respondent</i>)		Ronald Lapointe (<i>intimé</i>)	
	A-423-98		A-423-98
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Lynda McKinnon (<i>Respondent</i>)		Lynda McKinnon (<i>intimée</i>)	
	A-424-98		A-424-98
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>demandeur</i>)	
v.		c.	
Brad Worrell (<i>Respondent</i>)		Brad Worrell (<i>défendeur</i>)	
	A-425-98		A-425-98
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Brad Worrell (<i>Respondent</i>)		Brad Worrell (<i>intimé</i>)	
	A-426-98		A-426-98
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>demandeur</i>)	
v.		c.	
Ronald Lapointe (<i>Respondent</i>)		Ronald Lapointe (<i>défendeur</i>)	

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MCKINNON (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. MCKINNON (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Rothstein and Evans J.J.A.—
Toronto, May 15; Ottawa, October 24, 2000.

Cour d'appel, juges Stone, Rothstein et Evans, J.C.A.—
—Toronto, 15 mai; Ottawa, 24 octobre 2000.

Income Tax — Corporations — Directors' liability — Due diligence defence — Appeals, applications for judicial review of T.C.C. decision directors not liable for company's failure to remit employer's portion of CPP, UI contributions, GST on ground not having de facto control of company's finances — Company manufacturing components used in construction encountering financial difficulties — CA, experienced in rescuing construction companies, advising company viable, searching for investors — Bank dishonouring source deduction cheques — Company continuing to prepare remittance cheques which bank sometimes honoured on discretionary basis — Declared bankruptcy — Under I.T.A., s. 227.1(1) directors jointly, severally liable for unpaid remittances — CPP, UI Act incorporating s. 227.1 with respect to CPP, UI source deductions — Excise Tax Act, s. 323(1), (3) similar to Income Tax Act, s. 227.1(1), (3) — T.C.C. concluding directors relieved of liability when company lost effective control of finances to bank — Appeals, applications for judicial review dismissed — General principles from cases reviewed, including rationale for s. 227.1, nature of due diligence test — Inappropriate to import requirement into s. 227.1(1) engaged only if directors have de facto control of financial operation of company, particularly payment of bills: (i) courts should not normally add words to those in statutory text; (ii) unnecessary when conduct to prevent company's failure to remit satisfied standard of care stipulated; (iii) reasonableness of conduct only relevant as defence once liability under s. 227.1(1) engaged — S. 227.1(3) defence applies only if directors exercised care, diligence, skill reasonably prudent business person in comparable circumstances would have exercised to prevent future default — Requires positive steps which, if successful, could have prevented company's failure to remit from occurring — Remittance cheques continued to be prepared, efforts made to find new investor by person with successful track record — Directors could reasonably say if found investor acceptable to bank, failures to remit might have been prevented — Due diligence test in s. 227.1(3) met.

These were appeals under the *Income Tax Act* in respect of a company's failure to remit employer portions of Canada

Impôt sur le revenu — Sociétés — Responsabilité des administrateurs — Moyen de défense de la diligence raisonnable — Appels et recours en contrôle judiciaire contre la décision de la C.C.I. portant que les administrateurs en cause ne sont pas responsables du défaut de la compagnie de verser les cotisations d'employeur au RPC et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS pour le motif que dans les faits, ils n'avaient pas le contrôle de ses finances — La compagnie, qui fabriquait des éléments utilisés dans la construction, a connu des difficultés financières — Un comptable agréé, connu pour son expérience dans le renflouement d'entreprises de construction, leur a dit que la compagnie était viable et a fait des efforts pour trouver des investisseurs — La banque n'a pas honoré les chèques de versement des retenues à la source — La compagnie a continué à préparer des chèques de versement, que la banque a honorés à quelques reprises, à sa discrétion — La compagnie a déclaré faillite — Selon l'art. 227.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, les administrateurs sont solidairement responsables du défaut de versement — Le Régime de pensions du Canada et la Loi sur l'assurance-chômage incorporent l'art. 227.1 pour application aux retenues à la source au titre du RPC et de l'assurance-chômage — L'art. 323(1) et (3) de la Loi sur la taxe d'accise est le pendant de l'art. 227.1(1) et (3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — La C.C.I. a conclu que les administrateurs sont exonérés du fait que la compagnie a perdu le contrôle effectif de ses finances aux mains de la banque — Rejet des appels et des recours en contrôle judiciaire — Recension des principes généraux définis par la jurisprudence, y compris le but de l'art. 227.1 et la nature de la norme de diligence raisonnable — Il ne faut pas interpréter l'art. 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations: (i) le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur; (ii) ils sont inutiles lorsque les mesures prises pour prévenir le défaut satisfont à la norme de diligence prévue; (iii) que ces mesures soient raisonnables ou non n'a d'importance que vis-à-vis du moyen de défense, une fois l'administrateur tenu pour responsable par application de l'art. 227.1(1) — L'art. 227.1(3) n'exonère que l'administrateur qui a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement, que l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances — Il faut qu'il ait pris des mesures concrètes qui, si elles avaient abouti, auraient pu prévenir le défaut de versement — La compagnie a continué à préparer les chèques de versement, et une personne qui avait fait ses preuves en la matière a fait des efforts pour trouver un nouvel investisseur — Les administrateurs en cause pourraient raisonnablement soutenir que s'ils avaient réussi à trouver un investisseur acceptable pour la banque, les défauts de versement auraient pu être évités — Ils ont satisfait à la norme de diligence raisonnable, prévue à l'art. 227.1(3).

La Cour est saisie en l'espèce d'appels formés sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sujet de la

Pension Plan (CPP) and unemployment insurance (UI) contributions, and applications for judicial review in respect of unremitted GST under the *Excise Tax Act*. The respondents were directors of Abel Metal Limited, a company which, for 30 years, had manufactured non-structural metal components used in construction. In 1992 the company began to experience financial difficulties. Its bank expressed concern over the April 1993 financial statement. Although the company had always paid its bills, in September 1993 the bank dishonoured a company remittance cheque to Revenue Canada without giving prior notice to its customer. Abel engaged a chartered accountant, who had had success in assisting other companies in the construction industry that had fallen into financial difficulties. On October 18 the bank dishonoured a cheque in respect of September payroll source deductions. Nonetheless the company continued to prepare remittance cheques in the hope that the bank would honour them, which, on a few occasions, it did on a discretionary basis. In April, 1994 Abel filed for bankruptcy. The trustee in bankruptcy paid the outstanding employee portions of the deductions, but the employer's contributions to CPP, UI and the GST were not paid. *Income Tax Act*, subsection 227.1(1) makes directors jointly and severally liable where a corporation has failed to remit taxes. *Canada Pension Plan*, section 21.1 and *Unemployment Insurance Act*, subsection 54(1) incorporate section 227.1 with regard to directors' liability for failing to remit CPP and UI source deductions. Subsection 227.1(3) exempts a director from liability where he has exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances. *Excise Tax Act*, subsection 323(3)(1) is similar to *Income Tax Act*, section 227.1(1) and subsection 323(3) is identical to subsection 227.1(3). The Tax Court held that the fact that the bank controlled Abel's finances was sufficient to relieve the directors of personal liability for both the payroll and the GST assessments since subsection 227.1(1) assumes that the directors have freedom of choice in this regard. It concluded that the company had lost effective control of its finances to the bank on October 18, 1993 and this circumstance relieved the directors of any personal liability for subsequent defaults.

The issues were: whether the directors were excluded from the scope of subsection 227.1(1) by the *de facto* control exercised by the bank over the company's ability to make remittances to Revenue Canada; and, if not, whether the directors had established a defence under subsection 227.1(3).

responsabilité résultant du défaut par la compagnie de verser les cotisations d'employeur au Régime de pensions du Canada (RPC) et à l'assurance-chômage, et de recours en contrôle judiciaire au sujet du défaut de verser la TPS en application de la *Loi sur la taxe d'accise*. Les défendeurs (intimés ou défendeurs) étaient les administrateurs d'Abel Metal Limited, laquelle avait été pendant près de 30 ans une entreprise de fabrication d'éléments métalliques non structuraux utilisés dans la construction. En 1992, la compagnie a commencé à éprouver des difficultés financières. En avril 1993, sa banque a manifesté son inquiétude au vu de ses états financiers. Bien que la compagnie eût toujours honoré ses factures, la banque a, en septembre 1993, rejeté sans préavis son chèque de versement à Revenu Canada. Abel a retenu les services d'un comptable agréé, qui avait eu du succès dans le renflouement d'autres entreprises de construction en difficulté financière. Le 18 octobre, la banque rejeta un chèque de versement des retenues à la source sur salaires de septembre. La compagnie a quand même continué à préparer des chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, ce que cette dernière a fait, à quelques reprises, à sa discrétion. En avril 1994, Abel a déclaré faillite. Le syndic de faillite a versé les retenues sur salaires en souffrance, mais les cotisations d'employeur au RPC et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS n'ont pas été versées. Aux termes du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les administrateurs sont solidairement responsables du défaut de versement de leur société. L'article 21.1 du *Régime de pensions du Canada* et le paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* incorporent respectivement l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sujet de la responsabilité des administrateurs en cas de défaut de versement des retenues effectuées à la source au titre du RPC et de l'assurance-chômage. Le paragraphe 227.1(3) exonère l'administrateur qui a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement que l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. Le paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* est le pendant du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et son paragraphe 323(3), celui du paragraphe 227.1(3). La Cour de l'impôt a conclu que le fait que les finances d'Abel étaient contrôlées par la banque suffisait à dégager les administrateurs de la responsabilité personnelle tant à l'égard des retenues salariales que pour les cotisations de la TPS, puisque le paragraphe 227.1(1) présume la liberté de choix à cet égard. Elle a jugé que la compagnie a perdu le contrôle effectif de ses finances aux mains de la banque à compter du 18 octobre 1993, ce qui exonérait les administrateurs de toute responsabilité personnelle quant aux défauts subséquents.

La Cour doit examiner si le contrôle exercé dans les faits par la banque sur l'aptitude de la compagnie à faire des versements à Revenu Canada exclut les administrateurs du champ d'application du paragraphe 227.1(1) et, dans la négative, si ceux-ci peuvent se prévaloir du moyen de défense prévu au paragraphe 227.1(3).

Held, the appeals and applications for judicial review should be dismissed.

Per Evans J.A. (Stone J.A. concurring): Although most cases dealing with subsection 227.1(3) are framed in terms of the facts of the particular case, the following general principles have been developed: (i) The rationale of section 227.1 is to prevent directors from choosing to pay creditors whose goods or services are necessary to the continued operation of the business instead of taxes owing to the Crown. The allegation here was not that the directors chose to pay creditors other than the Crown, but that they continued to operate the business although they knew that the bank was likely to honour cheques to pay creditors essential to the ability of the company to remain in business, but not to permit the company to discharge its debts to the Crown, for as long as the bank believed that the company's continued operation would best protect its interest as a creditor of the company. (ii) The "due diligence" test is objective-subjective. The court must take into account the characteristics of the directors whose conduct is in question, including their levels of relevant skill, experience and knowledge. It must then ask whether, if faced with similar circumstances, a reasonably prudent director, with comparable levels of skill, experience and qualifications would have acted in the same way as these directors. The "due diligence" owed by the respondents is at the high end of the spectrum. They were "inside" directors who managed the company, with which they had been associated from its early days, and were very experienced in, and knowledgeable about, the company's business. (iii) "Due diligence" normally requires that, when a director becomes aware that the company is falling behind with its remittances, he or she should take some positive steps to prevent the default. The directors of Abel did take some positive steps to try to extricate the company from its financial difficulties by engaging a chartered accountant, who advised them that the company was viable, and made efforts to find interested investors. There were also discussions with the bank over the honouring of cheques payable to employees and suppliers but it was clear that the bank would honour cheques payable to Revenue Canada only at its discretion. (iv) Subsection 227.1(3) requires directors to prevent the failure to remit. If directors become liable *prima facie* for a company's failure to remit, they normally cannot claim the benefit of subsection 227.1(3) if their efforts were capable only of enabling them to remedy defaults after they had occurred. The most important thing done by the directors to prevent Abel's failures to remit was to engage a chartered accountant to find new sources of investment for the company. In addition, the fact that remittance cheques continued to be prepared in the hope that the bank would honour them can also be considered a potentially preventative measure. (v) Directors incur no personal liability under subsection 227.1(1), and therefore do not need to invoke subsection 227.1(1) if at any time the company's debt to Revenue Canada, including interest and late payment penalties, is

Arrêt: les appels et recours en contrôle judiciaire doivent être rejetés.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Stone, J.C.A., souscrivant à son avis): Bien que la plupart des décisions sur l'application du paragraphe 227.1(3) se confinent au cas d'espèce, elles ont dégagé les principes généraux suivants: (i) L'article 227.1 vise à interdire aux administrateurs de choisir de payer les créanciers dont les biens ou services sont essentiels au maintien en activité de l'entreprise, au lieu de remettre l'argent dû au fisc. Ce qu'on reprochait aux administrateurs en l'espèce, ce n'était pas d'avoir choisi de désintéresser d'autres créanciers que la Couronne, mais d'avoir continué à exploiter l'entreprise tout en sachant que la banque honorerait en toute probabilité les chèques tirés au profit des fournisseurs essentiels au maintien en activité de l'entreprise, mais ne permettrait pas à cette dernière de désintéresser la Couronne, aussi longtemps qu'elle pensait que le maintien en activité de la compagnie serait la meilleure protection de ses intérêts de créancière. (ii) La norme de «diligence raisonnable» est une norme à la fois objective et subjective. Le juge doit prendre en considération les caractéristiques des administrateurs en cause, y compris leur niveau de compétence, d'expérience et de savoir au regard de leurs fonctions, puis se demander si, dans les mêmes circonstances, un administrateur raisonnablement prudent, avec le même niveau de compétence, d'expérience et de connaissances, aurait fait de même. La «diligence raisonnable» à laquelle étaient tenus les défendeurs se situe au haut de l'échelle. Ils étaient des administrateurs «internes» qui dirigeaient la compagnie, à laquelle ils avaient pris part dès les débuts et dont ils connaissaient parfaitement les affaires. (iii) La «diligence raisonnable» signifie normalement que dès que l'administrateur sait que la compagnie ne peut pas faire les versements en souffrance, il doit prendre des mesures concrètes pour prévenir le défaut. Les administrateurs d'Abel ont effectivement pris des mesures concrètes pour essayer de tirer la compagnie de ses difficultés financières, en retenant les services d'un comptable agréé qui leur a dit que la compagnie était viable et qui a fait des efforts pour trouver des investisseurs. Il y a eu aussi des discussions avec la banque au sujet du paiement des chèques tirés au profit des fournisseurs et des employés, mais il était clair que celle-ci n'honorerait qu'à sa discrétion les chèques de versement à Revenu Canada. (iv) Le paragraphe 227.1(3) impose aux administrateurs de prévenir le défaut. Si ceux-ci deviennent à première vue responsables du défaut de versement de la compagnie, ils ne peuvent normalement se réclamer du bénéfice du paragraphe 227.1(3) si leurs efforts n'avaient pour effet que de les mettre en état de remédier au défaut après coup. La mesure la plus importante qu'aient prise les administrateurs pour prévenir le défaut de versement d'Abel a été de retenir les services d'un comptable agréé pour trouver de nouvelles sources financières pour la compagnie. En outre, le fait que la compagnie continuait à préparer les chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, peut aussi être considéré comme une

discharged. As the employee portions of the payroll deductions were subsequently paid to Revenue Canada the directors were never vicariously liable under subsection 227.1(1) to pay them. (vi) A director who has lost legal control over the company, on the appointment of a receiver-manager, is not liable to Revenue Canada for company debts that are incurred subsequently. Non-liability in these situations has been explained both on the ground that subsection 227.1(1) assumes that the directors were able freely to choose whether the company remitted its payroll deductions, and because directors who lacked the necessary control over the company's finances could not be said to have failed to show "due diligence".

(1) It is inappropriate to import into subsection 227.1(1) a requirement that it is only engaged if the directors have *de facto* control over the financial operation of the company, particularly the payment of its bills. First, these words are not contained in the statute, and courts should normally not add words to those in the statutory text approved by Parliament. Second, it is unnecessary to read the notion of control into subsection 227.1(1). The due diligence exemption in subsection 227.1(3) is broad enough to provide a defence to directors who have acted with propriety in attempting to prevent defaults by their company. Moreover, it will be difficult to determine whether, in a given case, the directors retained sufficient "control" to trigger subsection (1). Third, if the concept of "control" extends to a *de facto* inability to take measures to ensure that remittances are paid when they fall due because the company's bank will not honour cheques in favour of Revenue Canada, then a director would not become liable under subsection 227.1(1), regardless of whether it was reasonable to keep the business going, and of the length of time that it was operated without making remittances when legally due. The reasonableness of a director's conduct is only relevant as a defence under subsection 227.1(3) once liability under subsection (1) has been engaged. Therefore the decision that the directors of Abel were not liable for the unremitted source deductions and GST could not be supported on the ground that subsection 227.1(1) was not triggered because the bank's insistence that it approve any cheques written by the company deprived the taxpayers of control of the company's finances.

(2) The focus of this appeal should be on the conduct of the directors after October 18, 1993 when the bank

mesure potentiellement préventive. (v) Les administrateurs n'encourent aucune responsabilité personnelle par application du paragraphe 227.1(1) et n'ont donc pas besoin d'invoquer le paragraphe 227.1(3) si à un moment donné, la dette de la compagnie envers Revenu Canada, y compris intérêts et pénalités pour retard de paiement, est acquittée. Comme les retenues sur salaires ont été versées par la suite à Revenu Canada, ces administrateurs n'en ont jamais été indirectement responsables sous le régime du paragraphe 227.1(1). (vi) L'administrateur qui a perdu juridiquement le contrôle de la compagnie, à la nomination d'un séquestre-gérant, n'est pas tenu envers Revenu Canada des dettes contractées par la suite. L'exonération dans ces cas a été expliquée à la fois par le fait que le paragraphe 227.1(1) suppose que les administrateurs ont tout loisir de décider si la compagnie verse les retenues à la source, et par le fait qu'on ne saurait dire que les administrateurs qui n'ont pas le contrôle nécessaire des finances de la compagnie, n'ont pas fait preuve de «diligence raisonnable».

1) Il ne faut pas interpréter le paragraphe 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations. En premier lieu, pareils termes ne figurent pas dans le texte de loi, et le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur. En deuxième lieu, il est inutile d'insérer la notion de contrôle dans le paragraphe 227.1(1). L'exonération pour cause de diligence raisonnable que prévoit le paragraphe 227.1(3) est suffisamment générale pour fournir un moyen de défense aux administrateurs qui ont fait ce qu'il fallait faire pour essayer de prévenir le défaut de versement de leur compagnie. D'ailleurs, il sera difficile de décider si, dans un cas donné, les administrateurs ont conservé suffisamment de «contrôle» pour que le paragraphe (1) entre en jeu. En troisième lieu, si le concept de «contrôle» s'étend à l'inaptitude dans les faits à prendre des mesures pour s'assurer que les sommes dues sont versées à l'échéance, parce que la banque n'honore pas les chèques à l'ordre de Revenu Canada, cela signifie que l'administrateur concerné ne sera pas responsable par application du paragraphe 227.1(1), peu importe qu'il soit raisonnable ou non de maintenir l'entreprise en activité, et peu importe le temps pendant lequel elle reste en activité sans verser les sommes dues à l'échéance. Que les faits et gestes de l'administrateur soient raisonnables ou non n'a d'importance à titre de moyen de défense au regard du paragraphe 227.1(3) qu'une fois que cet administrateur est tenu pour responsable par application du paragraphe (1). La décision que les administrateurs en l'espèce n'étaient pas responsables du défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, ne peut donc se fonder sur la conclusion que le paragraphe 227.1(1) n'entraîne pas en jeu parce que l'insistance mise par la banque à approuver les chèques tirés par la compagnie privait les contribuables du contrôle des finances de cette dernière.

2) L'appel doit être centré sur ce qu'ont fait les administrateurs d'Abel après le 18 octobre 1993, date à laquelle la

dishonoured the second remittance cheque. In order to avail themselves of the defence provided by subsection 227.1(3), directors must normally have taken positive steps which, if successful, could have prevented the company's failure to remit from occurring. If directors decide to continue the business in the expectation that the company will turn around and will be able to make good its remittance defaults after they have occurred, and if the company nonetheless fails without having paid its tax debts, it is no defence for the directors to say that the risk that they took would have been taken by a reasonable person. It must be demonstrated that the directors exercised the care, diligence and skill that a reasonably prudent business person in comparable circumstances would have exercised to prevent a future default. The liability of a director for unremitted source deductions and GST does not crystallize until the conditions prescribed by subsection 227.1(1) have been satisfied. The fact that before crystallization, the liability of the director is inchoate is not incompatible with a finding that there was a failure to remit when no remittance was made on the date when the remittance was due. Accordingly, the directors of Abel could not have obtained the benefit of subsection 227.1(3) on the basis of an assertion that they had continued the business, reasonably relying on the chartered accountant's advice that it could be turned around in 18 months' time by which time the economy should have improved. Following this advice could not have prevented any failures to remit that occurred prior to the revival of the company's fortunes.

Given the limitations placed upon them by the bank's *de facto* control of the company's finances, on the facts of this case, the directors exercised the degree of care, diligence and skill to prevent failures to remit that would have been shown by a reasonably prudent person in comparable circumstances. That remittance cheques continued to be prepared, admittedly without a realistic hope that the bank would honour them all, also indicated that the directors were not unmindful of the company's debt to Revenue Canada. Much more important were the chartered accountant's continued efforts to find a new investor, given his belief that the company could then quickly be turned around. As long as these efforts were being made in good faith by a person with a successful track record in rescuing companies in the construction industry, the directors of Abel could reasonably say that, if an investor were found and approved by the bank, the company would obtain bonding and be in a position to bid on lucrative contracts, which might have persuaded the bank to increase its line of credit or, at least to honour Abel's next remittance cheque. If the chartered accountant had found an investor acceptable to the bank, the failures to remit might have been prevented. The facts that he was not successful and that the failures occurred did not render the directors liable if they had made reasonable efforts to prevent them. However, it would not have been open to the directors to have relied indefinitely on the chartered accountant's advice if there was no indication of

banque rejeta le second chèque de versement. Pour être en mesure d'invoquer le moyen de défense tiré du paragraphe 227.1(3), il faut normalement qu'ils aient pris des mesures concrètes qui, si elles avaient abouti, auraient pu prévenir le défaut de versement. Si les administrateurs décident de maintenir l'entreprise en activité dans l'espoir que la compagnie sera remise à flot et sera en mesure de rattraper les défauts de versement après coup, et qu'elle fasse quand même faillite sans avoir payé ce qu'elle devait au fisc, ils ne peuvent arguer en défense qu'une personne raisonnable aurait accepté le risque qu'ils ont couru. Il leur faut prouver qu'ils ont agi avec le soin, la diligence et l'habileté qu'un homme d'affaires raisonnablement prudent aurait exercé dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut. La responsabilité d'un administrateur en cas de défaut de versement des retenues à la source et de la TPS ne se cristallise qu'une fois que les conditions prévues au paragraphe 227.1(2) auront été réunies. Le fait qu'avant de se cristalliser, la responsabilité de l'administrateur soit latente n'est pas incompatible avec la conclusion qu'il y a eu défaut de versement si aucun versement n'a été fait à la date d'échéance. Il s'ensuit que les administrateurs d'Abel ne pouvaient prétendre au bénéfice du paragraphe 227.1(3) par la simple assertion qu'ils avaient poursuivi l'exploitation de l'entreprise en s'en remettant raisonnablement à l'avis du comptable agréé que celle-ci pourrait se remettre à flot dans les 18 mois et que l'économie serait dans une meilleure conjoncture entre-temps. L'adoption de ce conseil ne pouvait pas prévenir les défauts de versement qui devaient survenir antérieurement au renflouement de la compagnie.

Étant donné les restrictions que leur imposait le contrôle de fait exercé par la banque sur les finances de la compagnie, il ressort des faits de la cause que les administrateurs ont exercé, pour prévenir les défauts de versement, le même degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Le fait que la compagnie continuait à préparer les chèques de versement, manifestement sans l'espoir réaliste que la banque les honorerait tous, indique aussi qu'ils n'ignoraient pas la dette de la compagnie envers Revenu Canada. Ce qui est bien plus important encore, c'étaient les efforts soutenus du comptable agréé pour trouver un nouvel investisseur, étant donné sa conviction que dès lors, la compagnie pourrait être rapidement remise à flot. Tant que ces efforts étaient poursuivis en bonne foi par une personne qui avait fait ses preuves dans le renflouement de compagnies dans le secteur du bâtiment, les administrateurs d'Abel pouvaient raisonnablement dire que, si un investisseur pouvait être trouvé et approuvé par la banque, la compagnie pourrait obtenir le cautionnement nécessaire pour soumissionner pour des contrats lucratifs, ce qui pourrait avoir pour effet d'engager la banque à accroître sa marge de crédit ou, à tout le moins, à honorer le prochain chèque de versement d'Abel. Si le comptable agréé avait réussi à trouver un investisseur acceptable pour la banque, les défauts de versement auraient pu être évités. Le fait qu'il n'a pas réussi et qu'il y a eu des défauts de versement, ne rend pas les

potential investor interest in the company. The directors satisfied the due diligence test in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) and *Excise Tax Act*, subsection 323(3).

Per Rothstein J.A. (concurring in the result): Whether the due diligence defence will be successful is fact-driven in each case i.e. always comparing what the directors did to prevent the failure with what a reasonably prudent person would have done in comparable circumstances. The due diligence defence was established on the facts of this case. It was preferable not to hypothesize as to other circumstances which might give rise to a successful due diligence defence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 21.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 6, s. 2).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 323 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1992, c. 27, s. 90; 1997, c. 10, s. 239).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 153(1), 227.1 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. V, s. 90).
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 108(1) (as am. by SOR/97-472, s. 3).
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 54(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Soper v. Canada, [1998] 1 F.C. 124; (1998), 149 D.L.R. (4th) 297; [1997] 3 C.T.C. 242; 97 DTC 5407; 215 N.R. 372 (C.A.); *Canada v. Corsano*, [1999] 3 F.C. 173; (1999), 172 D.L.R. (4th) 708; [1999] 2 C.T.C. 395; 99 DTC 5658; 240 N.R. 151 (C.A.); *Canales v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001; (1996), 97 DTC 49 (T.C.C.); *Ruffo v. M.N.R.* (2000), 2000 DTC 6317 (F.C.A.); *Ruffo v. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (T.C.C.); *K. Merson v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2074; (1989), 89 DTC 22 (T.C.C.).

DISTINGUISHED:

Robitaille v. Canada, [1990] 1 F.C. 310; (1989), 90 DTC 6059; 30 F.T.R. 225 (T.D.); *Deschênes v. Canada*

administrateurs responsables s'ils avaient fait des efforts raisonnables pour les prévenir. Cependant, ceux-ci n'auraient pas été en droit de s'en remettre indéfiniment à l'avis du comptable agréé s'il n'y avait eu aucune indication d'intérêt de la part d'investisseurs dans la compagnie. Les administrateurs en l'espèce ont satisfait au critère de la diligence raisonnable, prévu au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Le juge Rothstein, J.C.A. (souscrivant au résultat): Le moyen de défense de la diligence raisonnable est étroitement lié aux faits du cas d'espèce, c'est-à-dire qu'il faut toujours comparer ce qu'ont fait les administrateurs pour prévenir le défaut, à ce qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. La diligence raisonnable a été établie en l'espèce au regard des faits de la cause. Il est cependant préférable de ne pas conjecturer sur la question de savoir quels autres faits ou circonstances pourraient fonder ou non le même moyen de défense.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 153(1), 227.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. V, art. 90).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 323 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1992, ch. 27, art. 90; 1997, ch. 10, art. 239).
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 54(1).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 21.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 6, art. 2).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 108(1) (mod. par DORS/97-472, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Soper c. Canada, [1998] 1 C.F. 124; (1998), 149 D.L.R. (4th) 297; [1997] 3 C.T.C. 242; 97 DTC 5407; 215 N.R. 372 (C.A.); *Canada c. Corsano*, [1999] 3 C.F. 173; (1999), 172 D.L.R. (4th) 708; [1999] 2 C.T.C. 395; 99 DTC 5658; 240 N.R. 151 (C.A.); *Canales c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001; (1996), 97 DTC 49 (C.C.I.); *Ruffo c. M.R.N.* (2000), 2000 DTC 6317 (C.A.F.); *Ruffo c. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (C.C.I.); *K. Merson c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2074; (1989), 89 DTC 22 (C.C.I.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Robitaille c. Canada, [1990] 1 C.F. 310; (1989), 90 DTC 6059; 30 F.T.R. 225 (1^{er} inst.); *Deschênes c.*

(*Minister of National Revenue — M.N.R.*), [1989] T.C.J. No. 800 (QL).

CONSIDERED:

Fancy v. M.N.R. (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29; [1988] 2 C.T.C. 2256; 88 DTC 1641 (T.C.C.); *Hamel (M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2308; (1991), 92 DTC 1288 (T.C.C.); *Champeval (J.-P.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2385; (1990), 90 DTC 1291 (T.C.C.); *affd* (1999), 99 DTC 5115 (F.C.T.D.); *Clarke v. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431; (2000), 2000 DTC 6230 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Drover v. Canada (1998), 161 D.L.R. (4th) 518; 98 DTC 6378; 226 N.R. 382 (F.C.A.).

APPEALS from Tax Court's decision that the directors were not liable under *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) in respect of the company's failure to remit employer portions of Canada Pension Plan and unemployment insurance contributions, and applications for judicial review of the Tax Court's decision that the directors were not liable in respect of unremitted GST under the *Excise Tax Act* (*Worrell et al. v. The Queen* (1998), 98 DTC 1783 (T.C.C.)). Appeals and applications for judicial review dismissed.

APPEARANCES:

Marie-Thérèse Boris for appellant/applicant.
Douglas H. Mathew and *Michael W. Colborne* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant/applicant.
Thorsteinssons, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: I am in general agreement with the reasons of Evans J.A. However, I wish to emphasize that whether the due diligence defence will be successful is fact-driven in each case, i.e. always comparing what the directors did to prevent the failure with what a reasonably prudent person would have done in comparable circumstances. I agree with Evans

Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.), [1989] A.C.I. n° 800 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Fancy c. M.R.N. (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29; [1988] 2 C.T.C. 2256; 88 DTC 1641 (C.C.I.); *Hamel (M.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2308; (1991), 92 DTC 1288 (C.C.I.); *Champeval (J.-P.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2385; (1990), 90 DTC 1291 (C.C.I.); *conf. par* (1999), 99 DTC 5115 (C.F. 1^{re} inst.); *Clarke c. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431; (2000), 2000 DTC 6230 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Drover c. Canada (1998), 161 D.L.R. (4th) 518; 98 DTC 6378; 226 N.R. 382 (C.A.F.).

APPELS contre la décision de la Cour de l'impôt concluant que les administrateurs en cause étaient exonérés par le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du défaut par la compagnie de remettre les cotisations d'employeur au Régime de pensions du Canada et à l'assurance-chômage, et demandes de contrôle judiciaire contre la décision de la Cour de l'impôt concluant que ces administrateurs n'étaient pas responsables du défaut de remettre la TPS en application de la *Loi sur la taxe d'accise* (*Worrell et al. c. La Reine* (1998), 98 DTC 1783 (C.C.I.)). Appels et demandes de contrôle judiciaire rejetés.

ONT COMPARU:

Marie-Thérèse Boris pour l'appelante/demandeur.
Douglas H. Mathew et *Michael W. Colborne* pour les intimés/défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante/demandeur.
Thorsteinssons, Toronto, pour les intimés/défendeurs.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je partage dans l'ensemble les motifs prononcés par le juge Evans, J.C.A. Je tiens cependant à souligner que le moyen de défense de la diligence raisonnable est étroitement lié aux faits du cas d'espèce, c'est-à-dire qu'il faut toujours comparer ce qu'ont fait les administrateurs dans un cas donné pour prévenir le défaut, à ce

J.A. that the due diligence defence is established on the facts of this case. However, I would prefer not to hypothesize as to what other facts or circumstances might or might not provide grounds for a successful due diligence defence.

[2] I agree with the disposition of the matter as set forth in the reasons of Evans J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[3] Company directors are jointly and severally liable to Revenue Canada for employee source deductions and Goods and Services Tax (GST) that their company has failed to remit and that cannot be recovered from it. However, it is a defence for a director to establish that he or she exercised the care, diligence and skill of a reasonably prudent person in comparable circumstances to prevent the failure.

[4] This case concerns the application of this defence of due diligence to a situation where, because the company had run into financial difficulties, its ability to make remittance payments was at the discretion of the bank to which it was indebted, but where it was also reasonable for the directors to believe that, by continuing to operate the business, they could restore the fortunes of the company.

[5] Whether the directors in this case satisfied the statutory standard of due diligence by exercising the degree of care, skill and diligence to prevent such failures as would be shown by a reasonably prudent person in comparable circumstances depends largely on the particular facts. However, some important legal issues about the scope of the due diligence defence are

qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Je conviens avec le juge Evans que la diligence raisonnable a été établie en l'espèce au regard des faits de la cause. Je préférerais cependant ne pas conjecturer sur la question de savoir quels autres faits ou circonstances pourraient fonder ou non le même moyen de défense.

[2] Je souscris à la façon dont le juge Evans tranche l'affaire dans ses motifs.

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[3] Les administrateurs sont solidairement responsables envers Revenu Canada des retenues à la source sur les salaires des employés ainsi que de la taxe sur les produits et services (TPS) que leur compagnie n'a pas versées et qu'il est impossible de recouvrer auprès d'elle. Un administrateur peut cependant se défendre en faisant la preuve que, pour prévenir ce défaut, il a agi avec autant de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables.

[4] Le point litigieux porte en l'espèce sur l'application de ce moyen de défense de la diligence raisonnable à un cas où, par suite de difficultés financières, l'aptitude de la compagnie à effectuer les versements était à la discrétion de la banque à laquelle elle devait de l'argent, et où il était aussi raisonnable de la part des administrateurs de croire qu'en continuant à exploiter l'entreprise, ils finiraient par la remettre à flot.

[5] La réponse à la question de savoir si en l'espèce, les administrateurs ont satisfait à la norme légale de diligence raisonnable en agissant avec autant de soin, de diligence et d'habileté, pour prévenir le défaut, qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables, dépend en grande partie des faits de la cause. Il se pose cependant aussi

also raised.

[6] The proceeding argued before the Court is an appeal by the Crown against a decision of the Tax Court of Canada, dated June 4, 1998 [*Worrell et al. v. The Queen* (1998), 98 DTC 1783], in which McArthur T.C.J. allowed the taxpayer's appeal against a notice of assessment, both because the directors did not have *de facto* control of the company's finances and because they had exercised the requisite degree of care, skill and diligence to be exempted from liability for the company's failure to remit the employer portions of Canada Pension Plan (CPP) and Unemployment Insurance (UI) deductions, and GST.

[7] In addition, there are five other related proceedings. Each respondent is party to two proceedings: an appeal under the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] in respect of the company's failure to remit CPP and UI, and an application for judicial review in respect of unremitted GST under the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15]. The appeals are in files A-422-98, A-423-98 and A-425-98. The section 28 [of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] proceedings are in files A-421-98, A-424-98 and A-426-98.

[8] The proceedings were heard together on common evidence; Mr. Worrell testified on behalf of both himself and the other respondents, his co-directors, Ms. McKinnon and Mr. Lapointe, who, together, were the active directors and managers of the company, Abel Metal Limited (Abel). Accordingly, one set of reasons will suffice to dispose of all six cases. A copy of these reasons will be placed in each of the files and, when filed, shall become reasons for judgment in each of the matters.

B. FACTUAL BACKGROUND

[9] Abel had been in business in the Toronto area for the best part of 30 years, manufacturing and

quelques importants points de droit quant à la portée du moyen de défense de la diligence raisonnable.

[6] La procédure en instance est un appel formé par la Couronne contre la décision en date du 4 juin 1998 [*Worrell et al. c. La Reine* (1998), 98 DTC 1783], par laquelle le juge McArthur de la Cour canadienne de l'impôt a fait droit aux recours exercés par les contribuables contre des avis de cotisation, pour ce motif que les administrateurs ne contrôlaient pas dans les faits les finances de la compagnie et qu'ils justifiaient du degré requis de soin, d'habileté et de diligence pour être exonérés de leur responsabilité du fait du défaut par la compagnie de verser les cotisations d'employeur au Régime de pensions du Canada (RPC) et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS.

[7] Il y a cinq autres procédures connexes. Chacun des défendeurs est partie à deux procédures, savoir un appel sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1] au sujet du défaut par la compagnie de verser ses cotisations au RPC et à l'assurance-chômage, et un recours en contrôle judiciaire au sujet du défaut de versement de la TPS sous le régime de la *Loi sur la taxe d'accise* [L.R.C. (1985), ch. E-15]. Les appels constituent les dossiers A-422-98, A-423-98 et A-425-98, et les recours fondés sur l'article 28 [de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)], les dossiers A-421-98, A-424-98 et A-426-98.

[8] Ces affaires ont été entendues ensemble à partir d'une preuve commune. M. Worrell a témoigné en son nom propre et au nom des autres défendeurs (défendeurs et intimés), membres comme lui du conseil d'administration, savoir M^{me} McKinnon et M. Lapointe qui, ensemble, étaient les administrateurs et directeurs actifs de la compagnie, Abel Metal Limited (Abel). En conséquence, les mêmes motifs s'appliqueront à chacune des six affaires. Une copie des présents motifs sera versée dans chacun des dossiers en question et, après dépôt, constituera les motifs de jugement y afférents.

B. LES FAITS DE LA CAUSE

[9] Abel avait été pendant près de 30 ans une entreprise de fabrication d'éléments métalliques non

supplying non-structural metal components used in construction. During the recession that hit the construction industry in the late 1980s and early 1990s Abel suffered serious losses. It began to experience financial difficulties in the fall of 1992, which continued into the following year. Nonetheless, in 1993 it still employed 70 people.

[10] Abel's bank, the Canadian Imperial Bank of Commerce, expressed concern over the company's April 1993 financial statement. As a result, one of the directors, Mr. Lapointe, gave a personal guarantee to the bank of Abel's debt, which then stood at \$1.6 million. Abel had reached the limit of its credit line by either the fall of 1992, or early in 1993. Although in the past Abel had always paid its bills, on September 30, 1993 the bank dishonoured a company remittance cheque to Revenue Canada for insufficient funds, without giving prior notice to its customer.

[11] Abel's already difficult financial situation had been made worse when its request for bonding in June 1993 was refused because there was insufficient equity in the company. The formal letter of refusal from the bonding company was dated August 30, 1993. Unless Abel could come up with new capital of some \$350,000, or find another source of bonding, the refusal of bonding would severely limit its ability to obtain profitable new contracts and to contain its already serious cash flow problem.

[12] In an attempt to extricate itself from its financial troubles, on October 16, 1993 Abel engaged a Mr. Humphreys, a chartered accountant, who had had considerable success in assisting other companies in the construction industry that had fallen into financial difficulty. Together with two of Abel's directors, he met with bank officials to discuss the bank's concerns and to try to work out solutions.

[13] However, on October 18, only two days later, the bank dishonoured a cheque for \$46,000 drawn by Abel in favour of the Receiver General of Canada in

structurels utilisés dans la construction, dans la région de Toronto. Elle a subi de grosses pertes durant la récession qui affectait le secteur du bâtiment à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Ses difficultés financières ont commencé à l'automne 1992 et se sont poursuivies l'année suivante. N'empêche qu'en 1993, elle avait encore 70 employés à son service.

[10] En avril 1993, sa banque, la Banque Canadienne Impériale de Commerce, a manifesté son inquiétude au vu de ses états financiers. Par suite, l'un des administrateurs, M. Lapointe, s'est personnellement porté garant, auprès de la banque, de l'argent qu'Abel devait à cette dernière à l'époque, savoir 1,6 million de dollars. Abel avait atteint la limite de sa marge de crédit à l'automne 1992 ou au début de 1993. Bien que par le passé, la compagnie eût toujours honoré ses factures, la banque a, le 30 septembre 1993, rejeté sans préavis son chèque de versement à Revenu Canada, pour défaut de provision.

[11] Les difficultés financières d'Abel s'étaient aggravées avec le rejet, en juin 1993 d'une demande de cautionnement, pour cause d'insuffisance d'avoir propre dans la compagnie. La lettre de rejet formel de la compagnie de cautionnement était datée du 30 août 1993. À moins qu'Abel ne pût trouver une injection de capital de quelque 350 000 \$ ou une autre source de cautionnement, le refus de cautionnement restreindrait sérieusement son aptitude à s'assurer de nouveaux contrats lucratifs et à pallier ses difficultés de trésorerie déjà graves.

[12] Dans l'espoir de se tirer de ses difficultés financières, Abel a, le 16 octobre 1993, retenu les services d'un certain M. Humphreys, comptable agréé, qui avait connu beaucoup de succès dans le renflouement d'autres entreprises de construction en difficulté financière. En compagnie de deux administrateurs d'Abel, celui-ci a rencontré des représentants de la banque pour discuter des sujets de préoccupation de celle-ci et essayer de trouver des solutions.

[13] Cependant, juste deux jours après, le 18 octobre, la banque rejeta un chèque de 46 000 \$, tiré par Abel à l'ordre du receveur général du Canada au titre

respect of September payroll source deductions. At about the same time, the bank started to reduce the company's line of credit. In a letter dated October 22, 1993 the bank informed Abel that it should be careful not to issue cheques that would take it beyond its credit limit with the bank. The bank also appointed BDO Dunwoody to "monitor" Abel's finances and to report to the bank on the company's prospects.

[14] The bank also required the directors of Abel to seek approval almost daily for permission to pay the company's creditors. After the October cheque was dishonoured for insufficient funds, it was clear both to the directors and Mr. Humphreys that the bank could not be counted on to honour any cheques issued by Abel in respect of GST or source deduction remittances. Nonetheless, Ms. McKinnon continued to prepare remittance cheques in the hope that the bank would honour them, which, on a few occasions, it did on a discretionary basis.

[15] Mr. Humphreys was satisfied that Abel was a viable company: it was well established in the construction business and had weathered previous cyclical downturns in the industry. His view was that, with an injection of new capital, the company could be turned around quickly and, even if none were forthcoming, Abel would be profitable within 18 months.

[16] Despite strenuous efforts, Mr. Humphreys could produce only one potential investor, but he was not acceptable to the bank. At this point, on April 27, 1994, the bank decided to call in its loans and Abel filed for bankruptcy. The company probably had been insolvent for the previous 12 months, even though it had apparently paid all its bills before the bank first dishonoured the first remittance cheque in September 1993.

[17] Nearly all of the company's debt to Revenue Canada for unremitted payments, from which the respondents' personal liability derives, accrued after October 18, 1993 when the bank started to exercise control over the cheques issued by Abel. After Abel

des retenues à la source sur salaires de septembre. À peu près à la même date, elle a commencé à réduire la marge de crédit de la compagnie. Par lettre en date du 22 octobre 1993, elle a averti Abel de ne pas dépasser sa marge de crédit avec ses chèques. En même temps, elle a désigné BDO Dunwoody pour «surveiller» la situation financière d'Abel et lui rendre compte des perspectives d'avenir de cette dernière.

[14] La banque imposait aussi aux administrateurs d'Abel d'obtenir presque quotidiennement sa permission pour payer les créanciers de la compagnie. Après que le chèque d'octobre eut été rejeté pour défaut de provision, les administrateurs comme M. Humphreys se sont rendu compte qu'ils ne pouvaient pas compter sur la banque pour honorer les chèques émis par Abel en paiement de la TPS et des retenues à la source sur salaires. N'empêche que M^{me} McKinnon a continué à préparer des chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, ce que cette dernière a fait, à quelques reprises, à sa discrétion.

[15] M. Humphreys était convaincu qu'Abel était une entreprise viable: elle était bien établie dans le secteur du bâtiment et s'était sortie d'autres baisses cycliques dans ce secteur. Il pensait qu'avec une injection de capital, la situation de la compagnie pourrait changer rapidement et que, même sans injection de capital, elle serait rentable au bout de 18 mois.

[16] Malgré ses efforts acharnés, M. Humphreys n'a pu trouver qu'un investisseur potentiel, mais celui-ci ne convenait pas à la banque. C'est à ce moment-là, le 27 avril 1994, que celle-ci a décidé de demander le remboursement de ses créances et que Abel a déclaré faillite. La compagnie avait été probablement insolvable pendant les 12 mois précédents, bien qu'elle eût réglé toutes ses factures avant que la banque ne rejetât une première fois son chèque de versement en septembre 1993.

[17] La quasi-totalité de la dette de la compagnie envers Revenu Canada au titre des versements manqués, lesquels mettaient en jeu la responsabilité personnelle des défendeurs, s'est accumulée à compter du 18 octobre 1993, date à laquelle la banque a

filed for bankruptcy, the trustee paid some of the money owing, namely, all the outstanding employee portions of the deductions. However, the employer portions of CPP and UI, and the GST, were not paid. The unpaid remittances (including interest and late payment penalties) amounted to \$133,747 and were the subject of the assessments with which this appeal is concerned.

C. THE LEGISLATION

Income Tax Act, R.S.C., 1985
(5th Supp.), c. 1 [as am. by
S.C. 1994, c. 7, Sch. V, s. 90]

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.

(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 under section 223 and execution for that 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 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 and Insolvency 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 the director exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

commencé à exercer son contrôle sur les chèques émis par Abel. Après que cette dernière eut déclaré faillite, le syndic de faillite a versé une partie des sommes dues, savoir toutes les cotisations d'employé qui étaient en souffrance. Cependant, les cotisations d'employeur au RPC et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS n'ont pas été réglées. Ces versements manqués (y compris intérêts et pénalités pour retard de paiement) s'élevaient à 133 747 \$, et ce sont les cotisations y afférentes qui font l'objet du présent appel.

C. LES TEXTES APPLICABLES

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985)
(5^e suppl.), ch. 1 [mod. par L.C. 1994,
ch. 7, ann. V, art. 90]

227.1 (1) Lorsqu'une société 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 VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la société, au moment où celle-ci était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme, sont solidairement responsables, avec la société, du paiement de cette somme, y compris les intérêts et les pénalités s'y rapportant.

(2) Un administrateur n'encourt la responsabilité prévue au paragraphe (1) que dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) un certificat précisant la somme pour laquelle la société est responsable selon ce paragraphe a été enregistré à la Cour fédérale en application de l'article 223 et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;

b) la société a engagé des procédures de liquidation ou de dissolution ou elle a fait l'objet d'une dissolution et l'existence de la créance à l'égard de laquelle elle encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe a été établie dans les six mois suivant le premier en date du jour où les procédures ont été engagées et du jour de la dissolution;

c) la société a fait une cession ou une ordonnance de séquestre a été rendue contre elle en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et l'existence de la créance à l'égard de laquelle elle encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe a été établie dans les six mois suivant la date de la cession ou de l'ordonnance de séquestre.

(3) L'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.

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15
[as enacted by S.C. 1990, c. 45,
s. 12; 1992, c. 27, s. 90;
1997, c. 10, s. 239]

323. (1) Where a corporation fails to remit an amount of net tax as required under subsection 228(2) or (2.3), the directors of the corporation at the time the corporation was required to remit the amount are jointly and severally liable, together with the corporation, to pay that amount and any interest thereon or penalties relating thereto.

(2) A director of a corporation 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 under section 316 and execution for that 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 subsection (1) has been proved within six months after the earlier of the date of 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 and Insolvency Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in subsection (1) has been proved within six months after the date of the assignment or receiving order.

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

[18] In addition, section 21.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 6, s. 2] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 and subsection 54(1) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 respectively incorporate section 227.1 of the *Income Tax Act* with regard to directors' liability for failing to remit CPP and UI source deductions.

D. THE TAX COURT'S DECISION

[19] On the facts essentially as outlined above, McArthur T.C.J. held (at paragraph 16) that, from

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15
[édicte par L.C. 1990, ch. 45,
art. 12; 1992, ch. 27, art. 90;
1997, ch. 10, art. 239]

323. (1) Les administrateurs de la personne morale au moment où elle était tenue de verser une taxe nette comme l'exigent les paragraphes 228(2) ou (2.3), sont, en cas de défaut par la personne morale, solidairement tenus, avec cette dernière, de payer cette taxe ainsi que les intérêts et pénalités y afférents.

(2) L'administrateur n'encourt de responsabilité selon le paragraphe (1) que si:

a) un certificat précisant la somme pour laquelle la personne morale est responsable a été enregistré à la Cour fédérale en application de l'article 316 et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;

b) la personne morale a entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution, ou elle a fait l'objet d'une dissolution, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant le premier en date du début des procédures et de la dissolution;

c) la personne morale a fait une cession, ou une ordonnance de séquestre a été rendue contre elle en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant la cession ou l'ordonnance.

(3) L'administrateur n'encourt pas de responsabilité s'il a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement visé au paragraphe (1) que ne l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances.

[18] Par ailleurs, l'article 21.1 [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 6, art. 2] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, et le paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, incorporent respectivement l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sujet de la responsabilité des administrateurs en cas de défaut de versement des retenues effectuées à la source au titre du RPC et de l'assurance-chômage.

D. LA DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT

[19] Saisi des faits tels qu'ils sont essentiellement rappelés ci-dessus, le juge McArthur de la Cour

October 18, 1993, when Abel's payroll remittance cheque was dishonoured, until the company filed for bankruptcy in April of the following year,

. . . it was the bank, and not the directors, that controlled the finances of Abel. This restriction on the directors' freedom of choice is sufficient to relieve the [directors] of personal liability for both the payroll assessment and the GST assessment. The [directors] did not have the freedom of choice to govern the corporation and prevent the failures to remit

[20] Hence, since the directors had no *de facto* control over the payment of the company's debts, they were not liable under subsection 227.1(1), since this provision assumes that the directors had freedom of choice in this regard. He relied on *Robitaille v. Canada*, [1990] 1 F.C. 310 (T.D.) as the leading authority for this proposition, although he also noted that directors who lose *de facto* financial control of the company to its banker have also been excused under subsection 227.1(3) on the ground that, if in fact it was not within their power to prevent the company's default in making payroll remittances to Revenue Canada, they had satisfied the due diligence defence.

[21] In response to the argument that, in this situation, it was within the power of the directors of Abel to have prevented the company's foreseeable defaults by closing the business, McArthur T.C.J. relied on *Fancy v. M.N.R.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (T.C.C.). In that case, where the circumstances were somewhat similar to those of the instant case, Couture C.J.T.C. had rejected this argument (at page 36), on the ground that the liability created by subsection 227.1(1) was not absolute, but was conditional upon the directors'

. . . personal conduct in respect of the circumstances linked to the omission by their company to remit the deductions from its employees' salaries.

[22] McArthur T.C.J. inferred from this statement that if a reasonable person would, like the directors in

canadienne de l'impôt a conclu (au paragraphe 16 de ses motifs) que, depuis le 18 octobre 1993, date à laquelle le chèque de versement des retenues à la source fut rejeté, jusqu'au jour où Abel déclara faillite en avril de l'année suivante:

[. . .] c'était la banque, et non les administrateurs, qui contrôlait les finances d'Abel. Cette restriction quant à la liberté de choix suffit à dégager [ces administrateurs] de la responsabilité personnelle tant à l'égard des cotisations établies pour retenues salariales que pour les cotisations de la TPS. Les [administrateurs] n'ont pas eu la liberté de choix de diriger la société et d'empêcher les manquements en ce qui concerne les versements [. . .]

[20] Il s'ensuit que, les administrateurs n'ayant eu dans les faits aucun contrôle sur l'acquittement des dettes de la compagnie, ils n'étaient pas responsables sous le régime du paragraphe 227.1(1), puisque celui-ci suppose la liberté de choix à cet égard. Le juge McArthur a cité *Robitaille c. Canada*, [1990] 1 C.F. 310 (1^{re} inst.) comme décision de principe sur cette question, tout en notant que des administrateurs qui avaient perdu le contrôle financier de fait de la compagnie aux mains de la banque avaient aussi été exonérés par application du paragraphe 227.1(3) parce que si effectivement il n'était pas en leur pouvoir de prévenir le défaut par la compagnie de remettre les retenues à la source à Revenu Canada, ils avaient rempli de ce fait les conditions du moyen de défense de la diligence raisonnable.

[21] En réponse à l'argument que dans ce cas, les administrateurs d'Abel auraient pu prévenir les défauts prévisibles de la compagnie en la fermant, le juge McArthur cite le précédent *Fancy c. M.R.N.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (C.C.I.), dont les faits s'apparentent aux faits de la cause en instance. Le juge en chef Couture de la Cour canadienne de l'impôt y a rejeté cet argument (page 36), pour ce motif que la responsabilité créée par le paragraphe 227.1(1) n'était pas absolue, mais était fonction

[. . .] de [leur] conduite personnelle dans le cadre des circonstances liées à l'omission par leur société de remettre les sommes d'impôt prélevées sur le salaire de ses employés.

[22] Le juge McArthur conclut de cette affirmation que si une personne raisonnable, comme l'ont été les

this case, have continued to operate the company, subsection 227.1(3) provided a defence to the Crown's contention that they were personally liable for Abel's foreseeable failure to make remittances. The Judge found (at paragraph 19) that, in not closing the company down prior to October 18, 1993, the "appellants took a common sense approach" in view of: the company's "obligation to its employees not to shut down without satisfactory evidence that the business was not viable"; its history of surviving previous recessions in the construction industry; Mr. Humphreys' advice, and his attempts to persuade the bank to honour its cheques to the Receiver General of Canada and to find investors acceptable to the bank; and Mr. Lapointe's guarantee.

[23] After doing what it reasonably could, the Judge concluded, the company lost effective control of its finances to the bank as from October 18, 1993, which relieved the directors of any personal liability for subsequent defaults.

E. ISSUES

1. Did the *de facto* control exercised by the bank over the company's ability to make remittances to Revenue Canada exclude the directors from the scope of subsection 227.1(1)?

2. If the answer to Issue 1 is in the negative, did the directors exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person in comparable circumstances to prevent the failures to remit so as to establish a defence under subsection 227.1(3)?

F. ANALYSIS

(i) some general principles

[24] While there is no shortage of cases on the application of subsection 227.1(3), relatively few contain statements of principle on the approach to be

administrateurs en l'espèce, continue à exploiter la compagnie, le paragraphe 227.1(3) donne à cette personne et donc aux administrateurs le moyen de défense contre la prétention par la Couronne qu'ils étaient personnellement responsables du défaut prévisible de Abel de verser les sommes dues. Il a conclu (au paragraphe 19) qu'en décidant de ne pas fermer l'entreprise avant le 18 octobre 1993, «les appelants ont adopté une approche fondée sur le bon sens», vu leur obligation «à l'égard de leurs employés [. . .] de ne pas fermer les portes de l'entreprise sans fournir de preuves satisfaisantes selon lesquelles [celle-ci] n'était pas viable», l'aptitude de celle-ci à survivre par le passé aux récessions dans le secteur du bâtiment, l'avis de M. Humphreys et ses tentatives de persuader la banque d'honorer les chèques tirés par l'entreprise au profit du receveur général du Canada et de trouver des investisseurs jugés acceptables par la banque, et enfin la garantie personnelle donnée par M. Lapointe.

[23] Le juge McArthur conclut qu'après avoir fait tout ce qu'elle pouvait faire, la compagnie a perdu le contrôle effectif de ses finances aux mains de la banque à compter du 18 octobre 1993, ce qui exonérait les administrateurs de toute responsabilité personnelle quant aux défauts subséquents.

E. LES POINTS LITIGIEUX

1. Le contrôle exercé dans les faits par la banque sur l'aptitude de la compagnie à faire des versements à Revenu Canada excluait-il les administrateurs du champ d'application du paragraphe 227.1(1)?

2. Dans la négative, les administrateurs ont-ils agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté qu'aurait exercé une personne raisonnable dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut de versement, de façon à pouvoir se prévaloir du moyen de défense prévu au paragraphe 227.1(3)?

F. ANALYSE

(i) quelques principes généraux

[24] Si les causes portant sur l'application du paragraphe 227.1(3) ne manquent pas, il y en a relativement peu qui posent les principes touchant l'approche

taken to its interpretation and application. Rather, reasons for judgment tend to be framed in terms of the facts of the particular case: analysis often does not proceed much beyond the proposition that whether the “due diligence” defence has been established is to be determined by a consideration of all the circumstances of the case.

[25] In the absence of a developed analytical framework, cases are readily distinguishable on their facts, even when those facts, including the facts in the instant appeal, conform to a recurring general pattern. Inevitably, but without express advertence, some decisions exhibit a relatively strict approach to subsection 227.1(3), while others, including the decision under appeal here, adopt a view more favourable to the director.

[26] Nonetheless, amid this wilderness of single instances some general guidance on section 227.1 is available, most notably from this Court in *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124 (C.A.). First, writing for the majority in *Soper*, *supra*, Robertson J.A. (at paragraph 11) put subsection 227.1(3) into context by explaining its rationale:

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 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.

[27] Whether or not non-remittance of taxes in the circumstances described above can always properly be characterized as “patent abuse and mismanagement”, the conduct of the directors in the present case does not, in any event, fall within the precise mischief identified by Robertson J.A. The allegation here is not that the directors chose to pay creditors other than the Crown, but that they continued to operate the business in circumstances where they knew, or ought reasonably to have known, that the bank, which controlled

à adopter pour son interprétation et son application. Les motifs de jugement tendent plutôt à se focaliser sur les circonstances du cas d'espèce; souvent l'analyse se limite à l'observation que l'examen de la question de savoir si la «diligence raisonnable» est prouvée se fait compte tenu de toutes les circonstances de la cause.

[25] En l'absence d'un cadre d'analyse méthodique, ces causes se distinguent facilement les unes des autres par leurs faits, bien que ces faits, y compris ceux qui nous intéressent en l'espèce, présentent un même profil général. Inévitablement, mais sans qu'elles en fassent expressément état, certaines décisions donnent une interprétation relativement stricte du paragraphe 227.1(3), alors que d'autres, dont celle portée en appel en l'espèce, adoptent une vue plus favorable pour les administrateurs.

[26] N'empêche que parmi cette multitude de cas d'espèce, on peut dégager certains principes généraux sur l'article 227.1, en particulier de l'arrêt de notre Cour *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124 (C.A.). En premier lieu, le juge Robertson, J.C.A., prononçant le jugement de la majorité, y met le paragraphe 227.1(3) en contexte et en explique le sens comme suit (au paragraphe 11):

Pendant la récession, il n'était pas rare non plus que des sociétés omettent de verser les 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.

[27] Que le défaut de versement au fisc dans les circonstances évoquées ci-dessus puisse être ou non toujours qualifié à juste titre d'«abus et de mauvaise gestion manifestes», ce que faisaient les administrateurs en l'espèce ne constitue en aucun cas la «situation irrégulière» que relève le juge Robertson. Ce qu'on leur reprochait, ce n'était pas d'avoir choisi de désintéresser d'autres créanciers que la Couronne, mais d'avoir continué à exploiter l'entreprise alors qu'ils savaient, ou auraient dû logiquement savoir, que

their financial life support, was likely to honour cheques to pay creditors essential to the ability of the company to remain in business, but not to permit the company to discharge its debts to the Crown, for as long, at least, as the bank believed that the company's continued operation would best protect its interest as a creditor of the company.

[28] Second, *Soper, supra*, clarified the “due diligence” test applicable under subsection 227.1(3). Robertson J.A. held that the test is hybrid “objective-subjective” in nature. Thus, in deciding whether a director has “exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have shown in comparable circumstances”, the court must take into account the characteristics of the directors whose conduct is in question, including their levels of relevant skill, experience and knowledge. The court must then ask whether, if faced with similar circumstances, a reasonably prudent director, with comparable levels of skill, experience and qualifications would have acted in the same way as these directors: paragraph 25. Applying this test, Robertson J.A. said (at paragraph 44):

... 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.

[29] To relate this to the facts of our case, it is clear that the “due diligence” owed by the respondents is at the high end of the spectrum. They were “inside” directors who managed the company, with which they had been associated from its early days, and were very experienced in and knowledgeable about the company's business.

[30] Third, “due diligence” normally requires that, when a director becomes aware, or ought to have become aware, that the company is falling behind with its remittances, he or she should take some positive steps to prevent the default, such as an attempt to increase the company's operating line of credit with

la banque, qui tenait le cordon de la bourse, honorerait en toute probabilité les chèques tirés au profit des fournisseurs essentiels au maintien en activité de l'entreprise, mais ne permettrait pas à cette dernière de désintéresser la Couronne, aussi longtemps à tout le moins, qu'elle pensait que le maintien en activité de la compagnie serait la meilleure protection de ses intérêts de créancière.

[28] En deuxième lieu, l'arrêt *Soper*, précité, clarifie la norme de «diligence raisonnable» applicable au regard du paragraphe 227.1(3), laquelle est, selon le juge Robertson, une «norme objective subjective» mixte. Ainsi donc, pour juger si un administrateur 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», le juge doit prendre en considération les caractéristiques de l'administrateur en question, y compris son niveau de compétence, d'expérience et de savoir au regard de ses fonctions. Le juge doit ensuite se demander si, dans des circonstances similaires, un administrateur raisonnablement prudent, avec un niveau de compétence, d'expérience et de connaissances comparable, aurait fait de même (paragraphe 25). En appliquant cette norme, le juge Robertson a conclu en ces termes, au paragraphe 44:

[...] 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.

[29] Par application de cette conclusion aux faits de l'espèce, il est clair que la «diligence raisonnable» à laquelle étaient tenus les défendeurs se situe au haut de l'échelle. Ils étaient des administrateurs «internes» qui dirigeaient la compagnie, à laquelle ils avaient pris part dès les débuts et dont ils connaissaient parfaitement les affaires.

[30] En troisième lieu, la «diligence raisonnable» signifie normalement que dès que l'administrateur sait ou devrait savoir que la compagnie ne peut pas faire les versements en souffrance, il doit prendre des mesures concrètes pour prévenir le défaut, par exemple en essayant d'obtenir un accroissement de la

its bank or to come to an arrangement with the bank that would enable it to make remittances. Directors have also alerted Revenue Canada to the problem and attempted to arrange to make payments by instalments.

[31] It is clear that the directors of Abel did take some positive steps to try to extricate the company from its financial difficulties. In particular, they engaged the services of Mr. Humphreys, who advised them that the company was viable, with or without an injection of new capital, and made efforts, with some success, to find interested investors.

[32] There were also discussions with the bank over the honouring of cheques drawn in favour of Abel's suppliers and employees. While it is unclear from the evidence whether either Mr. Humphreys or the directors discussed with the bank the remittance cheques to Revenue Canada, it was clear to them that the bank would honour such cheques only at its discretion, as indeed it occasionally did.

[33] It is equally clear that the directors were aware that, unless there was an early injection of capital by an investor approved by the bank, or the bank changed its position by regularly honouring the company's cheques to Revenue Canada, Abel was likely to be in default in its remittances for 18 months, the time that Mr. Humphreys had estimated that it would take for Abel to regain its financial footing.

[34] However, whether the directors thereby did enough to exempt themselves from liability for the unremitted source deductions and GST will depend, in part at least, on the fourth principle to be found in the case law: the due diligence required of company directors by subsection 227.1(3) is to prevent the failure to remit. This has been held to mean that, if directors become liable *prima facie* for a company's failure to remit, they normally cannot claim the benefit of subsection 227.1(3) if their efforts were capable only of enabling them to remedy defaults after they had occurred. Accordingly, of the measures taken in

marge de crédit ou de parvenir à un arrangement avec la banque pour être en mesure de verser les sommes dues. Des administrateurs ont aussi porté le problème à l'attention de Revenu Canada et essayé de régler les sommes dues en plusieurs versements.

[31] Il est clair que les administrateurs d'Abel ont effectivement pris des mesures concrètes pour essayer de tirer la compagnie de ses difficultés financières. En particulier, ils ont retenu les services de M. Humphreys, qui leur a dit que la compagnie était viable, avec ou sans injection de capital, et a fait des efforts, plus ou moins réussis, de trouver des investisseurs.

[32] Il y a eu aussi des discussions avec la banque au sujet du paiement des chèques tirés au profit des fournisseurs et des employés d'Abel. Bien que les témoignages produits ne permettent pas de dire si c'était M. Humphreys ou si c'étaient les administrateurs qui faisaient des démarches auprès de la banque au sujet des chèques de versement à Revenu Canada, il était clair à leurs yeux qu'elle ne les honorerait qu'à sa discrétion, ainsi qu'elle l'a fait d'ailleurs à l'occasion.

[33] Il est également clair que ces administrateurs savaient qu'à moins d'injection rapide de capital par un investisseur accepté par la banque, ou à moins que celle-ci ne change d'avis pour honorer les chèques à l'ordre de Revenu Canada, Abel serait probablement en défaut pendant 18 mois pour ce qui était des sommes à remettre, c'est-à-dire le temps que, selon les estimations de M. Humphreys, la compagnie prendrait pour se remettre à flot.

[34] Cependant, que ces administrateurs en aient fait assez ou non pour s'exonérer de la responsabilité tenant au défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, cela dépend, du moins en partie, du quatrième principe dégagé par la jurisprudence, savoir que la diligence raisonnable imposée aux administrateurs de société par le paragraphe 227.1(3) consiste à prévenir ce défaut. Il a été jugé que ce principe signifie que si ceux-ci deviennent à première vue responsables du défaut de versement de la compagnie, ils ne peuvent normalement se réclamer du bénéfice du paragraphe 227.1(3) si leurs efforts n'avaient pour

an attempt to rescue Abel, those most relevant to this inquiry are limited to the ones that were logically capable of preventing failures to remit the source deductions and GST when they became due.

[35] This point was made in *Canada v. Corsano*, [1999] 3 F.C. 173 (C.A.), where the Court emphasized (at paragraph 35) that a director's duty is to prevent default, not to condone it in the hope that matters can be rectified subsequently. And, in *Soper, supra*, Robertson J.A. said (at paragraph 48) that the purpose of the subsection

. . . 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).

Similarly, in *Canales v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001 (T.C.C.) McArthur T.C.J. (at page 2003) described it as a well-established principle that

. . . the Appellant must demonstrate that a reasonable attempt was made to prevent the failure to deduct and remit and not just an attempt to remedy the situation after the failure.

Most recently, writing for this Court in *Ruffo v. M.N.R.* (2000), 2000 DTC 6317, Létourneau J.A. said (at paragraph 6):

The appellant's duty as a director was to anticipate and prevent the failure to pay the sums owing and not to commit such failure or perpetuate it as he did from March 1992 in the hope that at the end of the day the firm would again become profitable or there would be enough money, even if it were wound up, to pay all the creditors.

[36] In our case, the most important thing done by the directors to prevent Abel's failures to remit was to engage Mr. Humphreys to find new sources of investment for the company: his advice had been that, with the injection of approximately \$350,000, the company could be turned around quickly and he expressed confidence that a suitable investor could be found. In addition, the fact that remittance cheques continued to be prepared by Ms. McKinnon in the hope that the

effet que de les mettre en état de remédier au défaut après coup. Il s'ensuit que des mesures prises en vue de remettre Abel à flot, celles qui comptent le plus pour notre propos se limitent à celles qui étaient logiquement à même de prévenir le défaut de verser, à l'échéance, les retenues à la source et la TPS.

[35] C'est ce qui se dégage de l'arrêt *Canada c. Corsano*, [1999] 3 C.F. 173 (C.A.), où la Cour souligne (au paragraphe 35) que les administrateurs ont l'obligation de prévenir les omissions et non de fermer les yeux dans l'espoir qu'une solution sera trouvée plus tard. D'ailleurs, dans *Soper*, précité, le juge Robertson, J.C.A., fait observer (au paragraphe 48) que l'objet de la disposition en question

[. . .] est de prévenir un manquement et non de réparer un manquement après coup (encore que, en pratique, cette disposition devrait aussi produire cet effet).

De même, dans *Canales c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001 (C.C.I.), le juge McArthur de la Cour canadienne de l'impôt, rappelle en page 2003 que selon un principe bien établi,

[. . .] l'appellant doit démontrer qu'une tentative raisonnable a été faite pour prévenir le manquement à l'obligation d'effectuer les retenues et de les remettre et que l'on n'a pas tout simplement tenté de redresser la situation après coup.

Tout récemment, dans *Ruffo c. M.N.R.* (2000), 2000 DTC 6317, le juge Létourneau, J.C.A., prononçant le jugement de la Cour, a dit (paragraphe 6):

L'obligation de l'appellant en tant qu'administrateur était de prévenir et d'empêcher l'omission de payer les sommes dues et non de la commettre ou de la perpétuer comme il l'a fait à compter de mars 1992 dans l'espoir qu'en fin de compte l'entreprise renouerait avec la rentabilité ou qu'il y aurait assez d'argent, même en cas de liquidation, pour payer tous les créanciers.

[36] En l'espèce, la mesure la plus importante qu'aient prise les administrateurs pour prévenir le défaut de versement d'Abel a été de retenir les services de M. Humphreys pour trouver de nouvelles sources financières pour la compagnie: il leur avait dit qu'avec une injection de quelque 350 000 \$, celle-ci pourrait se remettre rapidement à flot et il était convaincu qu'un investisseur convenable pourrait être trouvé. En outre, le fait que M^{me} McKinnon continuait

bank would honour them can also be considered a potentially preventative measure. The directors did not continue simply to operate the business on the basis of an assurance that the company was sufficiently robust to enable them wait 18 months to take advantage of an anticipated economic recovery.

[37] Fifth, directors incur no personal liability under subsection 227.1(1), and therefore do not need to invoke subsection 227.1(3), if at any time the company's debt to Revenue Canada, including interest and late payment penalties, is discharged. This is because subsection 227.1(2) qualifies subsection 227.1(1) by providing, in effect, that a director is liable to pay to the Crown the amounts not remitted by the company only after all efforts to collect have been exhausted.

[38] Thus, in this case, while Abel had failed to remit the employee portions of the payroll deductions, these amounts were subsequently paid to Revenue Canada by Abel's trustee in bankruptcy. Accordingly, the directors were never vicariously liable under subsection 227.1(1) to pay them.

[39] Sixth, a director who has lost legal control over the company, on the appointment of a receiver-manager for instance, is not liable to Revenue Canada for company debts that are incurred subsequently. Some cases have extended this principle to situations where directors have lost *de facto* control over the company's finances to another, typically its bank. Non-liability in these situations has been explained both on the ground that the charging provision, subsection 227.1(1), assumes that the directors were able freely to choose whether the company remitted its payroll deductions, and because directors who lacked the necessary control over the company's finances could not be said to have failed to show "due diligence".

à préparer les chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, peut aussi être considéré comme une mesure potentiellement préventive. Ces administrateurs n'ont pas continué à exploiter l'entreprise sur la seule foi d'une assurance que la compagnie était suffisamment solide pour leur permettre d'attendre 18 mois et de tirer profit de la reprise économique prévue.

[37] En cinquième lieu, les administrateurs n'encourent aucune responsabilité personnelle par application du paragraphe 227.1(1) et n'ont donc pas besoin d'invoquer le paragraphe 227.1(3) si à un moment donné, la dette de la compagnie envers Revenu Canada, y compris intérêts et pénalités pour retard de paiement, est acquittée. Il en est ainsi parce que le paragraphe 227.1(2) tempère le paragraphe 227.1(1) en prévoyant en effet qu'un administrateur n'est tenu de verser à Revenu Canada les sommes en souffrance qu'après que tous les efforts de recouvrement ont été épuisés.

[38] Il en est ainsi en l'espèce: il est vrai qu'Abel n'avait pas versé les retenues sur salaires au titre des cotisations d'employé, mais ces sommes ont été versées par la suite à Revenu Canada par son syndic de faillite. En conséquence, les administrateurs n'ont jamais été indirectement responsables de leur paiement sous le régime du paragraphe 227.1(1).

[39] En sixième lieu, l'administrateur qui a perdu juridiquement le contrôle de la compagnie, à la nomination d'un séquestre-gérant par exemple, n'est pas tenu envers Revenu Canada des dettes contractées par la suite. La jurisprudence a parfois étendu ce principe aux cas où les administrateurs ont perdu le contrôle de fait des finances de la compagnie aux mains d'un autre, en particulier de la banque. L'exonération dans ces cas a été expliquée à la fois par la raison que la disposition portant assujettissement à l'impôt, savoir le paragraphe 227.1(1), suppose que les administrateurs ont tout loisir de décider si la compagnie verse les retenues à la source, et pour la raison qu'on ne saurait dire que les administrateurs qui n'ont pas le contrôle nécessaire des finances de la compagnie, n'ont pas fait preuve de «diligence raisonnable».

(ii) the case law

[40] A number of cases have been decided on the basis of facts that fall broadly within the pattern presented by the instant case. While the facts of no two cases are ever identical, the decisions can be divided into two categories: those that favour the Crown, and those that favour the directors. I first examine those relied on by the appellant, the Crown.

[41] In *Deschênes v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1989] T.C.J. No. 800 (QL) the taxpayer wished to keep the business going despite its financial problems and negotiated an agreement with the bank that enabled it to pay the employees' wages, but did not also ask it to honour cheques drawn for source deductions. The company was in default in making its remittances and went into bankruptcy.

[42] In response to the taxpayer's argument that, in the circumstances, there was nothing else that he could reasonably have done to prevent the failures to remit, Lamarre Proulx T.C.J. said:

. . . the testimony of the appellant himself, cited above, indicates that it was he who deliberately chose not to pay the income tax and unemployment insurance deductions. That was a risk the appellant took. It was a risk taken in difficult circumstances, certainly; but it was still a deliberate choice which remained unchanged for a period of several weeks, and was contrary to the duty of the director of a corporation to act with care, diligence and skill in remitting source deductions from employee salaries.

[43] I should note that, unlike in our case, there was apparently no evidence in *Deschênes, supra*, that the bank had indicated that it would not necessarily honour cheques drawn in favour of Revenue Canada by Mr. Deschênes' company. In addition, the Judge seems to have been influenced by the fact that, as an endorsee of two bank loans, the taxpayer hoped that, by keeping the business going, he would avoid being called upon to honour the endorsements. Finally, there was no finding of the reasonableness, or otherwise, from a business standpoint of the taxpayer's continu-

(ii) la jurisprudence

[40] Il y a eu divers jugements sur des faits qui s'apparentent à ceux de la cause en instance. Bien que les faits ne soient jamais identiques d'une cause à l'autre, ces décisions peuvent être divisées en deux catégories: celles qui favorisent la Couronne et celles qui favorisent les administrateurs. J'examinerai en premier lieu les décisions invoquées par la Couronne, appelante en l'espèce.

[41] Dans *Deschênes c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1989] A.C.I. n° 800 (QL), le contribuable souhaitait maintenir l'entreprise en activité malgré ses difficultés financières et a négocié avec sa banque un accord qui lui permettait de payer les salaires des employés, mais ne lui a pas demandé d'honorer les chèques de versement des retenues à la source. La compagnie était en défaut de paiement à cet égard et a fait faillite.

[42] En réponse à l'argument proposé par le contribuable que dans les circonstances de la cause, il n'y avait rien d'autre qu'il eût raisonnablement pu faire pour prévenir le défaut de versement, M^{me} le juge Lamarre Proulx de la Cour canadienne de l'impôt a fait l'observation suivante:

[. . .] au témoignage même de l'appellant, déjà cité, c'est ce dernier qui a volontairement choisi de ne pas payer les retenues d'impôt et d'assurance-chômage. C'était un risque que l'appellant prenait. Un risque pris dans des circonstances difficiles, sans aucun doute. Mais tout de même un choix délibéré qui s'est continué sur une période de quelques semaines et qui va à l'encontre du devoir de l'administrateur d'une corporation d'agir avec soin, diligence et habileté dans la remise des sommes retenues à la source sur le traitement des employés.

[43] Il y a lieu de noter qu'à la différence de l'affaire en instance, il n'y avait dans l'affaire *Deschênes*, précitée, aucune preuve que la banque eût fait savoir qu'elle n'honorait pas nécessairement les chèques tirés par la compagnie de l'appellant à l'ordre de Revenu Canada. En outre, M^{me} le juge Lamarre Proulx semble avoir été influencée par le fait qu'étant l'endorseur de deux prêts bancaires, le contribuable espérait qu'en maintenant l'entreprise en activité, la banque n'exigerait pas qu'il honore les endossements. Enfin, il n'y avait dans cette décision aucune conclu-

ing to operate the company in the hope of turning its fortunes around.

[44] The Crown also relies on *Hamel (M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2308 (T.C.C.), where the facts are closer to those of our case and the cases relied on in the Tax Court were expressly considered. The Judge in *Hamel*, *supra*, concluded that, having made a conscious decision to continue in business, rather than to cease operating, the directors had not demonstrated “due diligence” and consequently remained vicariously liable for the company’s failures to remit, even though there was nothing else that they could have done to prevent them.

[45] The evidence was that, as the company got into financial difficulty, the bank closely supervised its operations and from February to June, when the company ceased operating, the bank increased its credit to enable the company to pay its employees and essential suppliers. However, the bank refused to honour cheques for the source deductions; the directors had discussed this topic with the bank, although no arrangement was ever made with respect to the remittances. Nor, the Judge found, did the directors speak with Revenue Canada about their problem.

[46] The Judge concluded (at page 2313) as follows:

If one agrees to continue operating a business despite the financial difficulties it is experiencing, and if one accepts to pay employees and suppliers, one must also accept to discharge one’s income tax obligations. One must be able to show, if not positive steps, at least concrete facts which may explain one’s inaction during such a long period of time. The decision made jointly with the bank to continue operating for several months when the animals could have been sold earlier implies that the parties had some hope of deriving some benefit from it eventually, if only by limiting their losses. Such a decision, however, implies a responsibility to ensure that the business was not being financed out of what was owed to the government.

I should note that no finding was made about the business prudence of the directors’ decision, made

sion sur le bien-fondé ou non, du point de vue commercial, de la continuation par le contribuable de l’exploitation de la compagnie dans l’espoir d’un retournement de la situation.

[44] La Couronne cite encore *Hamel (M.) c. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2308 (C.C.I.), dont les faits se rapprochent davantage de l’affaire en instance et où la jurisprudence invoquée devant la Cour de l’impôt a été expressément examinée. Il y a été jugé qu’ayant sciemment décidé de continuer à exploiter l’entreprise au lieu de la fermer, les administrateurs n’avaient pas fait preuve de «diligence raisonnable» et, par suite, demeuraient indirectement responsables du défaut de versement de la compagnie, bien qu’il n’y eût rien d’autre qu’ils eussent pu faire pour le prévenir.

[45] Il ressortait des preuves et témoignages produits que par suite des difficultés financières de la compagnie, la banque avait surveillé de près ses activités et, de février à juin, date à laquelle la compagnie cessa d’exister, elle avait augmenté sa marge de crédit pour lui permettre de payer ses employés et ses fournisseurs de biens essentiels. Elle refusait cependant d’honorer les chèques de versement des retenues à la source; les administrateurs avaient discuté de cette question avec elle, mais aucun arrangement n’a jamais été conclu à ce sujet. Le juge constatait aussi qu’ils n’en avaient pas parlé non plus à Revenu Canada.

[46] Le juge a conclu en ces termes, page 2313:

Si on accepte de poursuivre l’exploitation d’une entreprise malgré les difficultés financières qu’elle rencontre, si on accepte de payer les employés et les fournisseurs, il faut aussi accepter d’acquitter ses obligations envers le fisc. Il faut pouvoir faire état, sinon de démarches positives, du moins de faits concrets pouvant expliquer l’inaction durant une aussi longue période. La décision prise de concert avec la banque de continuer à poursuivre les opérations plusieurs mois alors que les animaux pourraient être vendus avant, laisse supposer que les intéressés avaient l’espoir d’en tirer un avantage éventuel, ne serait-ce que celui de limiter leurs pertes. Une telle décision emporte cependant la responsabilité de voir à ce que l’entreprise ne se finance pas à même ce qui est dû au gouvernement.

Il faut noter qu’aucune conclusion n’a été tirée sur la prudence, du point de vue commercial, de la décision

jointly with the bank, to continue to operate the company.

[47] I turn now to the principal cases relied on by the directors, starting with the earliest, *Fancy v. M.N.R.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (T.C.C.), which concerned the liability of husband and wife directors of an excavating company that had failed to remit source deductions. When the company ran into financial difficulties its banker monitored all its cheques and refused to authorize a deduction remittance cheque, a fact of which Ms. Fancy notified Revenue Canada as soon as she became aware of it.

[48] From the company's beginning, the bank had financed its operation, securing its loans by a general assignment of the company's accounts receivable. Hence, *Couture C.J.T.C.C.* held (at page 34), the bank had always been "in effective control of the company's cash flow" and "in a position to dominate the finances of the company and to dictate its fate." The Judge concluded that the taxpayers had shown the degree of care and skill required to bring them within subsection 227.1(3) in view of: the encumbrance that the directors had placed on the company's receivables; their attempts to raise additional capital to see the company through its difficulties; and their hope that the bank would allow the company to meet its obligations to Revenue Canada. They were, he said (at page 35), "victims of circumstances over which they had no effective control."

[49] *Couture C.J.T.C.C.* rejected the argument that, when they became aware of the seriousness of the company's financial difficulties, the taxpayers should have ceased its operations, on the ground that such a proposition "[d]oes not reflect the true intent of the legislation." His reason for so concluding was that the liability created by subsection 227.1(1) was not absolute and if, through their personal conduct in connection with the company's failure to remit, the directors had exercised the degree of care, diligence and skill required to satisfy subsection 227.1(3), they were exempted from liability.

prise par les administrateurs de concert avec la banque, de poursuivre l'exploitation de l'entreprise.

[47] Je passe maintenant aux principaux précédents invoqués par les administrateurs en l'espèce, en commençant par le plus ancien, *Fancy c. M.R.N.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (C.C.I.), au sujet de la responsabilité des deux administrateurs, qui étaient mari et femme, d'une entreprise d'excavation en défaut de versement des retenues sur salaires. Une fois que la compagnie eut connu des difficultés financières, la banque a surveillé tous ses chèques et a refusé d'autoriser un chèque de versement des retenues à la source, ce dont M^{me} Fancy a informé Revenu Canada dès qu'elle fut au courant.

[48] Depuis les débuts de la compagnie, la banque en avait financé l'exploitation, obtenant en garantie de ses prêts une cession générale des comptes clients. Le juge en chef *Couture* de la Cour canadienne de l'impôt en a conclu (page 34) qu'elle avait toujours «[contrôlé] effectivement la marge brute d'autofinancement de la société» et était «en mesure de dominer les finances de la société et de lui dicter son sort». Il a aussi conclu que les contribuables justifiaient du degré de soin et d'habileté nécessaire pour s'assurer le bénéfice du paragraphe 227.1(3), étant donné la cession consentie par eux des comptes clients de l'entreprise, leurs efforts pour trouver d'autres fonds afin de la maintenir à flot durant la période de difficultés, et leur espoir que la banque permettrait à celle-ci de s'acquitter de ses obligations envers Revenu Canada. Ils étaient, dit-il (page 35), «victimes des circonstances sur lesquelles ils n'avaient aucun pouvoir réel».

[49] Le juge en chef *Couture* a rejeté l'argument qu'une fois informés de la gravité des difficultés financières de la compagnie, les contribuables auraient dû la fermer, pour le motif que pareil argument «ne reflète pas l'intention véritable de la Loi», car la responsabilité prévue au paragraphe 227.1(1) n'était pas absolue et, si leur conduite personnelle dans le défaut de versement de leur compagnie montrait qu'ils avaient agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté nécessaire pour satisfaire à l'impératif du paragraphe 227.1(3), ils étaient exonérés.

[50] Couture C.J.T.C.C. appears to have approached subsection 227.1(3) by asking whether the taxpayers had, in a broad sense, acted honestly and responsibly when faced with a difficult situation, and when the assignment to the bank of their accounts receivable had further restricted their ability to remit source deductions. On the facts, his conclusion that they were not liable is hardly surprising. However, in my opinion the Judge's analysis is open to question in that there was little evidence of any concrete steps taken by the directors to prevent the defaults that were clearly foreseeable if the business were continued.

[51] *Robitaille v. Canada, supra*, is the other case that is regularly cited in support of a broad approach to the exemption from liability under subsection 227.1(1) when taxpayers' ability to remit source deductions has been curtailed by the *de facto* control exercised over the company's finances by its banker. However, the facts of that case were so out of the ordinary that, in my opinion, the decision sheds little light on the application of the statutory exemption of directors from liability in more familiar commercial contexts, such as that of the case under appeal.

[52] Mrs. Robitaille was the wife of one of the principals of the company and had been made a director only to comply with a statutory requirement that a federally incorporated company had to have at least three directors. She had played no active role in the company, and learned of its financial difficulties, including its failure to remit source deductions to Revenue Canada, only after the bank had assumed *de facto* control of its affairs. In any event, Addy J. concluded (at pages 319-320), even if she had been informed of the situation earlier, "she could not have done anything about it." Further, such was the control exercised by the bank over the affairs of the company, partly as a result of the assignment of its inventory to the bank, that Revenue Canada dealt with the bank, not with the company directors, over the remittances and the continuation of the business.

[50] Il appert que, dans son interprétation et application du paragraphe 227.1(3), le juge en chef Couture a examiné si les contribuables en question avaient, dans un sens large, agi de façon honnête et responsable face à une situation difficile, et après que la cession à la banque de leurs comptes clients eut réduit davantage leur aptitude à verser les retenues à la source. Sa conclusion qu'ils n'étaient pas responsables n'est guère surprenante à la lumière des faits de la cause. J'estime cependant que son analyse est discutable en ce qu'il n'y avait guère de preuve de mesures concrètes prises par ces administrateurs pour prévenir le défaut, lequel était parfaitement prévisible en cas de maintien en activité de l'entreprise.

[51] *Robitaille c. Canada, supra*, est aussi un précédent régulièrement cité à l'appui d'une interprétation libérale de l'exonération de la responsabilité au regard du paragraphe 227.1(1) dans le cas où l'aptitude des contribuables à verser les retenues à la source a été limitée par le contrôle de fait exercé par la banque sur les finances de la compagnie. Cependant, les faits de la cause étaient si exceptionnels qu'à mon avis, cette décision ne nous éclaire guère sur l'application de l'exonération légale des administrateurs dans des contextes commerciaux plus usuels, comme c'est le cas en l'espèce.

[52] M^{me} Robitaille, qui était l'épouse de l'un des propriétaires de la compagnie, avait été nommée administratrice juste pour satisfaire à l'impératif légal que toute société constituée sous le régime des lois fédérales eût au moins trois administrateurs. Elle n'avait joué aucun rôle actif dans la compagnie, et n'avait été informée de ses difficultés financières, y compris le défaut de verser à Revenu Canada les retenues à la source, qu'après que la banque eut assumé le contrôle de fait de la compagnie. Quoi qu'il en soit, le juge Addy a conclu (aux pages 319 et 320) que quand bien même elle aurait été mise au courant plus tôt, «elle n'aurait rien pu faire à cet égard». En outre, le contrôle exercé par la banque sur les activités de la compagnie, en partie à cause de la cession des stocks que lui avait consentie cette dernière, était tel que Revenu Canada traitait avec la banque, et non avec les administrateurs, pour ce qui était du versement des sommes dues et du maintien de l'entreprise en activité.

[53] In these circumstances, it is hardly surprising that the Court exempted the taxpayer from personal liability for the company's failures to remit. However, despite some broad statements by Addy J., in my opinion this case cannot be regarded as authority for the general proposition that once a bank exercises control over the cheques written by a company, the directors are not vicariously liable for source deductions not remitted to Revenue Canada.

[54] *Robitaille, supra*, was followed in *Champeval (J.-P.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2385 (T.C.C.); aff'd [1999] 2 C.T.C. 327 (F.C.T.D.), where the company had also made a general assignment of its receivables to the bank, which thus had absolute control over incoming funds and decided which of the cheques drawn by the company it would honour. In concluding that the appellant was not liable because the bank's total control over the company prevented liability from arising under subsection 227.1(1), the Judge also took into account the efforts that the taxpayer had made to come to an arrangement with Revenue Canada on the remittances.

[55] Finally, it remains to consider the recent decision of MacKay J. in *Clarke v. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431 (F.C.T.D.). In that case, the directors were held not liable for remittances due after the appointment of a receiver-manager, who assumed the legal powers of the directors, or for those that had become due earlier when the bank had put the company into "soft receivership". In contrast, the directors were found liable for source deductions that should have been remitted during the month when, concerned about the financial state of the company and its ability to recover its loan, the bank had appointed a firm of accountants to monitor the company and to report to the bank on the company's financial status and prospects. In the same month, a cheque written by the company to the Receiver General of Canada was dishonoured by the bank for insufficient funds.

[56] MacKay J. found (at paragraph 7) that, while the company was in "soft receivership", the firm of

[53] Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que la Cour ait exonéré cette contribuable de la responsabilité personnelle quant au défaut de versement de la compagnie. J'estime cependant que malgré certaines conclusions générales du juge Addy, cette cause ne peut être considérée comme posant pour principe général qu'une fois que la banque contrôle les chèques tirés par la compagnie, les administrateurs de cette dernière ne sont plus indirectement responsables du défaut de versement à Revenu Canada des retenues à la source.

[54] Le précédent *Robitaille* susmentionné a été suivi dans *Champeval (J.-P.) c. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2385 (C.C.I.); conf. par [1999] 2 C.T.C. 327 (C.F. 1^{re} inst.), la compagnie avait aussi fait une cession générale de ses comptes clients à la banque, laquelle exerçait ainsi un contrôle absolu sur les rentrées de fonds et décidait quels chèques tirés par la compagnie elle honorerait. Concluant que le contribuable n'était pas responsable, pour le motif que le contrôle absolu exercé par la banque sur la compagnie excluait la responsabilité prévue au paragraphe 227.1(1), le juge a aussi pris en compte les efforts qu'avait faits ce contribuable pour parvenir à un arrangement avec Revenu Canada au sujet des versements à faire.

[55] Le dernier précédent cité est la décision rendue par le juge MacKay dans *Clarke c. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431 (C.F. 1^{re} inst.), qui a conclu que les administrateurs n'étaient pas responsables des sommes dues après la désignation d'un séquestre-gérant, qui assumait leurs pouvoirs légaux, ou des sommes dues plus tôt, après que la banque eut mis la compagnie «sous séquestre mitigé». Par contre, ils ont été jugés responsables des retenues à la source qui auraient dû être versées durant le mois où, inquiète de la situation financière de la compagnie et de ses propres chances de recouvrer son prêt, la banque avait retenu les services d'un cabinet de comptables pour suivre de près la compagnie et lui rendre compte de l'état et des perspectives financières de cette dernière. Le même mois, un chèque tiré par la compagnie au profit du receveur général du Canada fut rejeté par la banque pour défaut de provision.

[56] Le juge MacKay a conclu (paragraphe 7) que pendant que la compagnie était «sous séquestre

chartered accountants appointed by the bank for this purpose

. . . was to have the final say in all operations, including accounts receivable, sale of inventory and of equipment, contracts, purchases, payables and payments, personnel, changes in and forecasting of operations.

In addition, the company's chequebook was taken into the custody of the "soft receiver" and the bank exercised ultimate authority over the cheques that it would honour.

[57] MacKay J. held that, since the directors had no control in fact over the company, liability under subsection 227.1(1) was accordingly never engaged. He quoted with approval the following words of Addy J. in *Robitaille*, *supra* (at page 318):

The exercise of freedom of choice on the part of the director is essential in order to establish personal liability.

(iii) conclusions

1. Subsection 227.1(1): a requirement of control?

[58] With all respect to those who have taken a different view, in my opinion it is inappropriate to import into subsection 227.1(1) a requirement that it is only engaged if the directors have *de facto* control over the financial operation of the company, particularly the payment of its bills.

[59] First, these words are not contained in the statute, and courts should normally not add words to those in the statutory text approved by Parliament.

[60] Second, the due diligence exemption in subsection 227.1(3) will prove broad enough to provide a defence to directors who have acted with propriety in attempting to prevent defaults by their company. It is therefore unnecessary to read the notion of control into subsection (1) in order to ensure that directors are not saddled with liability when their conduct to prevent the company's failure to remit satisfied the

mitigé», le cabinet de comptables nommé par la banque à cet effet était chargé

[. . .] de trancher toutes les questions concernant l'exploitation, y compris les comptes clients, la vente des stocks et du matériel, les contrats, les achats, les comptes fournisseurs et les paiements, le personnel ainsi que les changements et les prévisions touchant l'exploitation.

En outre, le séquestre a pris possession du chéquier de la compagnie et la banque avait le dernier mot quant aux chèques qu'elle honorerait.

[57] Le juge MacKay a conclu que, puisque les administrateurs n'avaient pas dans les faits le contrôle de la compagnie, il n'y avait pas de leur part responsabilité au sens du paragraphe 227.1(1). Il a cité avec approbation cette conclusion tirée par le juge Addy dans la décision *Robitaille* susmentionnée (page 318):

La responsabilité personnelle de l'administrateur ne saurait être engagée que s'il jouit d'une pleine et entière liberté de choix.

(iii) conclusions

1. Le contrôle est-il un critère d'application du paragraphe 227.1(1)?

[58] Sauf le respect que je dois à tous ceux qui sont d'avis contraire, j'estime qu'il ne faut pas interpréter le paragraphe 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations.

[59] En premier lieu, pareils termes ne figurent pas dans le texte de loi, et le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur.

[60] En deuxième lieu, l'exonération pour cause de diligence raisonnable que prévoit le paragraphe 227.1(3) est suffisamment générale pour fournir un moyen de défense aux administrateurs qui ont fait ce qu'il faut pour essayer de prévenir le défaut de versement de leur compagnie. Il est donc inutile d'insérer la notion de contrôle dans le paragraphe (1) afin que la responsabilité des administrateurs ne soit pas

standard of the care that a reasonable person would have exercised in comparable circumstances to prevent the defaults.

[61] Moreover, “control” is not a monolithic concept and it will inevitably be difficult to determine whether, in a given case, the directors retained sufficient “control” to trigger subsection (1). The situation is different on the appointment of a receiver whose legal powers supercede those of the directors who, in a functional sense, cease to be directors and thus fall outside the ambit of subsection 227.1(1): see, for example, *Drover v. Canada* (1998), 161 D.L.R. (4th) 518 (F.C.A), at paragraph 4.

[62] Third, if the concept of “control” extends to a *de facto* inability to take measures to ensure that remittances are paid when they fall due because the company’s bank will not honour cheques in favour of Revenue Canada, then a director would not become liable under subsection 227.1(1), regardless of whether it was reasonable to keep the business going, and of the length of time that it was operated without making remittances when legally due. The reasonableness of a director’s conduct is only relevant as a defence under subsection 227.1(3) once liability under subsection (1) has been engaged.

[63] Therefore, in my respectful view, the decision of McArthur T.C.J. that the directors of Abel were not liable for the unremitted source deductions and GST cannot be supported on the ground that subsection 227.1(1) was not triggered because the bank’s insistence that it approve any cheques written by the company deprived the taxpayers of control of the company’s finances.

engagée dans le cas où ce qu’ils font pour prévenir le défaut de versement de la compagnie satisfait à la norme de diligence, telle qu’une personne raisonnable l’aurait observée dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut.

[61] D’ailleurs, «contrôle» n’est pas un concept monolithique et il sera inévitablement difficile de décider si, dans un cas donné, les administrateurs ont conservé suffisamment de «contrôle» pour que le paragraphe (1) entre en jeu. Il en est tout autrement en cas de nomination d’un séquestre dont les pouvoirs supplantent ceux des administrateurs, lesquels cessent, du point de vue fonctionnel, d’être des administrateurs et échappent ainsi au champ d’application du paragraphe 227.1(1); voir par exemple *Drover c. Canada* (1998), 161 D.L.R. (4th) 518 (C.A.F.), au paragraphe 4.

[62] En troisième lieu, si le concept de «contrôle» s’étend à l’incapacité dans les faits à prendre des mesures pour s’assurer que les sommes dues sont versées à l’échéance, parce que la banque n’honore pas les chèques à l’ordre de Revenu Canada, cela signifie que l’administrateur concerné ne sera pas responsable par application du paragraphe 227.1(1), peu importe qu’il soit raisonnable ou non de maintenir l’entreprise en activité, et peu importe le temps pendant lequel elle reste en activité sans verser les sommes dues à l’échéance. Que les faits et gestes de l’administrateur soient raisonnables ou non n’a d’importance à titre de moyen de défense au regard du paragraphe 227.1(3) qu’une fois que cet administrateur est tenu pour responsable par application du paragraphe 227.1(1).

[63] Par conséquent, avec égards, la conclusion tirée par le juge McArthur de la Cour canadienne de l’impôt que les administrateurs en l’espèce n’étaient pas responsables du défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, ne peut se fonder sur la conclusion que le paragraphe 227.1(1) n’entraîne pas en jeu parce que l’insistance mise par la banque à approuver les chèques tirés par la compagnie privait les contribuables du contrôle des finances de cette dernière.

2. Subsection 227.1(3): the due diligence defence

[64] McArthur T.C.J. acknowledged that, prior to October 18, 1993, when the bank dishonoured a cheque payable to Revenue Canada, the directors could have closed the business. However, he concluded that, in following Mr. Humphreys' advice to keep the business going, the directors acted with "due diligence". I should also note that on October 25, 1993 BDO Dunwoody had submitted a report to the bank, with a copy to Abel, in which it recommended that the business not be closed down because closure would probably result in a loss of between 80-90% of the value of Abel's \$2 million worth of receivables arising from its construction contracts.

[65] In my view, the question is whether, throughout the whole period of the defaults, starting from September 1993 and ending in April 1994, the directors exercised the degree of care, diligence and skill of the reasonably prudent person in comparable circumstances to prevent the company's failures to remit the source deductions and GST.

[66] I accept that the directors of Abel are not personally liable for the amounts due prior to the dishonouring of the remittance cheque on October 18, 1993. Admittedly, the directors were well aware of the financial difficulties of the company, especially as a result of the refusal of bonding in the summer of 1993. They also knew that the bank had expressed its concerns after seeing the financial statement for April 1993, had moved Abel's account from the local branch to a department that handled troubled accounts and had dishonoured a remittance cheque at the end of September.

[67] However, a few days before the second cheque was dishonoured on October 18, there had been a meeting of the bank officers handling the Abel file, Mr. Humphreys and two of the directors of the company. As a result of the discussions at this meeting, the directors believed that the bank was satisfied with the way in which the company was dealing with its problems. Nonetheless, the bank did not warn Abel

2. Le moyen de défense de la diligence raisonnable au regard du paragraphe 227.1(3)

[64] Le juge McArthur de la Cour canadienne de l'impôt a pris acte qu'avant le 18 octobre 1993, date à laquelle la banque rejeta un chèque à l'ordre de Revenu Canada, les administrateurs auraient pu fermer l'entreprise. Il a cependant conclu que, se rangeant à l'avis de M. Humphreys qui leur conseillait de maintenir l'entreprise en activité, ils ont agi avec «diligence raisonnable». Il y a lieu de noter aussi que le 25 octobre 1993, BDO Dunwoody a soumis à la banque, avec copie à Abel, un rapport dans lequel elle recommandait de ne pas fermer l'entreprise, car la fermeture se traduirait par une perte de l'ordre de 80 à 90 p. 100 sur les 2 millions de dollars de comptes clients résultant des contrats de construction d'Abel.

[65] La question qui se pose est de savoir si tout au long de la période des défauts de versement, de septembre 1993 à avril 1994, les administrateurs ont agi avec le même degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables, pour prévenir le défaut par la compagnie de verser les retenues à la source et la TPS.

[66] J'accepte que les administrateurs d'Abel ne soient pas personnellement responsables des sommes dues avant le rejet, le 18 octobre 1993, du chèque de versement. Il est admis qu'ils avaient pleinement conscience des difficultés financières de la compagnie, en particulier après le refus de cautionnement de l'été 1993. Ils savaient aussi que la banque avait exprimé des inquiétudes après avoir examiné l'état financier d'avril 1993, qu'elle avait transféré le compte d'Abel d'une agence locale à un service chargé des comptes douteux, et qu'elle avait rejeté un chèque de versement fin septembre.

[67] Cependant, quelques jours avant que le second chèque ne fût rejeté le 18 octobre, il y avait eu une rencontre entre des représentants de la banque chargés du dossier d'Abel, M. Humphreys et deux des administrateurs de la compagnie. Les administrateurs en ont recueilli l'impression que la banque était satisfaite de la façon dont la compagnie s'occupait de ses problèmes. Qui plus est, la banque n'avait pas averti Abel

that it proposed to dishonour its cheques and, prior to the dishonouring of the cheque in October, it had not started to reduce the line of credit. It is also significant in this context that in the past Abel had always paid its bills.

[68] Consequently, the focus of this appeal should be on the conduct of the directors after October 18, 1993 when the bank dishonoured the second remittance cheque, and whether they exercised the requisite care, diligence and skill to prevent the company's subsequent failures to remit which they knew were likely to occur.

[69] Because he based his decision principally on the ground that the bank so controlled Abel's finances that subsection 227.1(1) was never engaged, the Tax Court Judge dealt relatively briefly with the due diligence defence. However, he did say that, in light of the advice that they had received from Mr. Humphreys and the efforts that he was making to find a new investor, the support that they apparently received from the bank, the cyclical nature of the construction industry, the history of the company and their duty to the employees, the taxpayers "took a common sense approach" in deciding not to close the business. However, it is not altogether clear from the reasons for judgment whether the Judge considered the possibility that the directors should have closed the business after October 18, 1993.

[70] In my opinion, it is essential to keep in mind the relevant question in this appeal: did the directors exercise due diligence to prevent the company's failure to remit? This is not necessarily the same as asking whether it was reasonable from a business point of view for the directors to continue to operate the business. In order to avail themselves of the defence provided by subsection 227.1(3) directors must normally have taken positive steps which, if successful, could have prevented the company's failure to remit from occurring. The question then is whether what the directors did to prevent the failure meets the standard of the care, diligence and skill that would

qu'elle se proposait de rejeter ses chèques et, avant de rejeter le chèque en octobre, elle n'avait pas réduit la marge de crédit de la compagnie. Il convient aussi de noter que par le passé, Abel avait toujours acquitté ses factures.

[68] En conséquence, cet appel doit être centré sur ce qu'ont fait les administrateurs d'Abel après le 18 octobre 1993, date à laquelle la banque rejeta le second chèque de versement, savoir s'ils ont exercé le degré requis de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir les défauts subséquents de la compagnie, dont ils savaient qu'ils se produiraient en toute probabilité.

[69] Ayant fondé sa décision principalement sur ce motif que la banque exerçait un tel contrôle sur les finances d'Abel que le paragraphe 227.1(1) n'avait jamais été en jeu, le juge de la Cour canadienne de l'impôt ne s'est penché qu'assez brièvement sur le moyen de défense de la diligence raisonnable. Il a cependant bien constaté qu'à la lumière du conseil qu'ils avaient reçu de M. Humphreys et des efforts faits par celui-ci pour trouver un nouvel investisseur, à la lumière du crédit que leur accordait manifestement la banque, à la lumière de la nature cyclique du secteur du bâtiment, des antécédents de la compagnie et de leur obligation envers leurs employés, les contribuables «ont adopté une approche fondée sur le bon sens» en décidant de ne pas fermer l'entreprise. Par contre, il n'est pas tout à fait clair à la lecture des motifs de sa décision s'il a examiné la question de savoir si ces administrateurs auraient dû mettre fin à l'entreprise après le 18 octobre 1993.

[70] J'estime qu'il est essentiel de ne pas perdre de vue la question qui est au cœur du présent appel, savoir si les administrateurs en l'espèce ont exercé la diligence raisonnable requise pour prévenir le défaut de versement de la compagnie. Il ne s'agit pas nécessairement de la même chose que de se demander s'il était raisonnable de leur part, du point de vue commercial, de continuer à exploiter l'entreprise. Pour être en mesure d'invoquer le moyen de défense tiré du paragraphe 227.1(3), il faut normalement qu'ils aient pris des mesures positives qui, si elles aboutissaient, auraient pu prévenir le défaut de versement. Il faut donc examiner si ce qu'ont fait ces administrateurs

have been exercised by a reasonably prudent person in comparable circumstances.

[71] It will normally not be sufficient for the directors simply to have carried on the business, knowing that a failure to remit was likely but hoping that the company's fortunes would revive with an upturn in the economy or in their market position. In such circumstances directors will generally be held to have assumed the risk that the company will subsequently be able to make its remittances. Taxpayers are not required involuntarily to underwrite this risk, no matter how reasonable it may have been from a business perspective for the directors to have continued the business without doing anything to prevent future failures to remit.

[72] This point was recently made in *Ruffo v. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (T.C.C.), affirmed by this Court on April 13, 2000 (2000), 2000 DTC 6317, where Lamarre Proulx T.C.J. stated (at paragraph 20):

I am of the opinion that the case law of the Court is consistent on the diligence that the director of a corporation must show to avoid the liability prescribed in subsection 227.1(3) of the *Act*. It is the diligence that is concerned with preventing the failure that can, in many instances, differ from the diligence that the director must exercise toward the corporation.

[73] She went on to cite with approval the following statements by Rip T.C.J. in *K. Merson v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2074 (T.C.C.), where he said (at page 2083):

The prudence required by subsection 227.1(3) in the exercise of care, diligence and skill is different from that required by a director performing his duties, under corporate law, notwithstanding that subsection 227.1(3) and subsection 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act*, for example, both use identical words. The exercise of care, diligence and skill by the director contemplated by subsection 227.1(3) is not founded on the director's obligations to the corporation; it is based on one of the corporation's obligations under the Act and the failure of the corporation

pour prévenir le défaut satisfait à la norme de soin, de diligence et d'habileté qu'aurait observée une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables.

[71] Il ne suffira normalement pas que les administrateurs aient continué à exploiter l'entreprise, sachant qu'un défaut de versement était probable mais dans l'espoir que la compagnie reprendrait pied avec une reprise de l'économie ou une amélioration de sa position sur le marché. Dans ces conditions, les administrateurs seront généralement tenus pour avoir accepté le risque inhérent à la gageure que la compagnie serait subséquemment en mesure de verser les sommes dues. Le public n'a pas à assurer contre son gré ce risque, aussi raisonnable qu'il soit du point de vue commercial pour les administrateurs de continuer à exploiter l'entreprise sans rien faire pour prévenir les défauts de versement à l'avenir.

[72] Cette conclusion a été récemment tirée dans *Ruffo c. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (C.C.I.), décision confirmée par notre Cour le 13 avril 2000 (2000), 2000 DTC 6317, et où M^{me} le juge Lamarre Proulx de la Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée en ces termes (paragraphe 20):

Je suis d'avis que la jurisprudence de notre Cour est constante sur la diligence qui doit avoir été exercée par l'administrateur d'une corporation pour lui permettre d'échapper à la responsabilité prescrite par le paragraphe 227.1(1) de la *Loi*. Elle est la diligence qui s'est préoccupée de prévenir le manquement et peut dans bien des cas, se différencier de la diligence que doit exercer l'administrateur envers la corporation.

[73] Un peu plus loin, elle a cité avec approbation cette affirmation du juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt dans *K. Merson c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2074 (à la page 2083):

La prudence qu'exige le paragraphe 227.1(3) pour agir avec soin, diligence et habileté diffère de celle que doit exercer l'administrateur qui exécute ses fonctions, en vertu du droit des compagnies, quoique le paragraphe 227.1(3) et l'alinéa 122(1)b) de la *Loi sur les sociétés par actions*, par exemple, emploient des mots identiques. Le soin, la diligence et l'habileté que le paragraphe 227.1(3) exige de l'administrateur ne reposent pas sur les obligations de ce dernier envers la corporation; ils reposent sur l'une des obligations de la corporation en vertu de la Loi et l'omission, par la corpora-

to fulfil such obligation. A director who manages a business is expected to take risks to increase the profitability of the business and the duties of care, diligence and skill are measured by this expectation. The degree of prudence required by subsection 227.1(3) leaves no room for risk.

[74] I do not understand Rip T.C.J.'s statement that the "degree of prudence required by subsection 227.1(3) leaves no room for risk" to mean that section 227.1 imposes strict liability on directors whose company ultimately proves to be unable to make good defaults in its remittances. Such a view would clearly be contrary to subsection 227.1(3), which only becomes relevant when Revenue Canada is unable to recover the money that the company ought to have remitted.

[75] Rather, I take him to have meant that, if directors decide to continue the business in the expectation that the company will turn around and will be able to make good its remittance defaults after they have occurred, if the company nonetheless fails without paying its tax debts, it is no defence for the directors to say that the risk that they took would have been taken by a reasonable person. The subsection 227.1(3) defence only applies if it can be demonstrated that the directors exercised the care, diligence and skill that a reasonably prudent business person in comparable circumstances would have exercised to prevent a future default.

[76] Whether directors have exercised due diligence to prevent such failures from occurring has both a legal and a factual aspect. As a matter of law, the liability of a director for unremitted source deductions and GST does not crystallize until the conditions prescribed by subsection 227.1(2) have been satisfied. Moreover, if the remittances are made in full, albeit late, the directors will not be liable for the company's previous failure to remit.

[77] However, the fact that, before crystallization, the liability of the director is inchoate is not incompa-

tion, d'exécuter cette obligation. On s'attend à ce que l'administrateur qui gère une entreprise prenne des risques pour accroître la rentabilité et c'est à cette attente que se mesurent les obligations du soin, de la diligence et de l'habileté. Le degré de prudence qu'exige le paragraphe 227.1(3) ne laisse aucune place au risque.

[74] Je n'interprète pas l'affirmation faite par le juge Rip que «le degré de prudence qu'exige le paragraphe 227.1(3) ne laisse aucune place au risque» comme signifiant que l'article 227.1 impose une présomption de responsabilité aux administrateurs dont la compagnie se révèle en fin de compte incapable d'acquitter les sommes en souffrance. Pareille conception serait indubitablement contraire au paragraphe 227.1(3), qui n'entre en jeu que dans le cas où Revenu Canada ne peut recouvrer l'argent que la compagnie aurait dû verser.

[75] Je pense au contraire qu'il a voulu dire par là que si les administrateurs décident de maintenir l'entreprise en activité dans l'espoir que la compagnie sera remise à flot et sera en mesure de rattraper les défauts de versement après coup, et que la compagnie fasse quand même faillite sans avoir payé ce qu'elle devait au fisc, ils ne peuvent arguer en défense qu'une personne raisonnable aurait accepté le risque qu'ils ont couru. Le moyen de défense tiré du paragraphe 227.1(3) ne peut servir que si les administrateurs peuvent prouver qu'ils ont agi avec le soin, la diligence et l'habileté qu'un homme d'affaires raisonnablement prudent aurait exercé dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut.

[76] Que les administrateurs aient fait preuve ou non de diligence raisonnable pour prévenir le défaut est à la fois un point de droit et un point de fait. Sur le plan juridique, la responsabilité d'un administrateur en cas de défaut de versement des retenues à la source et de la TPS ne se cristallise qu'une fois que les conditions prévues au paragraphe 227.1(2) auront été réunies. Qui plus est, si les sommes dues sont par la suite intégralement réglées, même tardivement, ces administrateurs ne seront pas tenus responsables du défaut par la compagnie de les verser en premier lieu.

[77] Cependant, le fait qu'avant de se cristalliser, la responsabilité de l'administrateur soit latente n'est pas

tible with a finding that there was a failure to remit when no remittance was made on the date prescribed in the relevant legislation as the date when the remittance was due. Thus, for example, subsection 108(1) of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 [as am. by SOR/97-472, s. 3] provides that amounts deducted from employees' wages in a month pursuant to subsection 153(1) of the Act shall be remitted to the Receiver General on or before the 15th day of the following month.

[78] Accordingly, in my view, the directors of Abel could not have obtained the benefit of subsection 227.1(3) on the basis of an assertion that they had continued the business, reasonably relying on Mr. Humphreys' advice that it could be turned around in 18 months' time by which time the economy should have improved. Even if the company successfully positioned itself to take advantage of the economic upturn and became profitable, it would only have become able to discharge its accrued liability and to prevent future failures to remit. Following this advice could not have prevented any failures to remit that occurred prior the revival of the company's fortunes, even if the advice had proved to be correct.

[79] Given the limitations placed upon them by the bank's *de facto* control of the company's finances, I am satisfied that, on the facts of this case, the directors exercised the degree of care, diligence and skill to prevent failures to remit that would have been shown by a reasonably prudent person in comparable circumstances. That Ms. McKinnon continued to prepare remittance cheques, admittedly without a realistic hope that the bank would honour them all, also indicates that the directors were not unmindful of the company's debt to Revenue Canada.

[80] Much more important, in my view, were Mr. Humphreys' continued efforts to find a new investor, given his belief that the company could then quickly be turned around. He told the directors that he was confident that a new investor could be found. Indeed,

incompatible avec la conclusion qu'il y a eu défaut de versement si aucun versement n'a été fait à la date qui, selon les textes applicables, est la date d'échéance. Par exemple, le paragraphe 108(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 [mod. par DORS/97-472, art. 3], prévoit que les sommes retenues sur les salaires des employés dans un mois donné en application du paragraphe 153(1) de la Loi, doivent être versées au receveur général du Canada au plus tard le 15^e jour du mois suivant.

[78] Il s'ensuit, à mon avis, que les administrateurs d'Abel ne pouvaient prétendre au bénéfice du paragraphe 227.1(3) par la simple assertion qu'ils avaient poursuivi l'exploitation de l'entreprise en s'en remettant raisonnablement à l'avis de M. Humphreys que celle-ci pourrait se remettre à flot dans les 18 mois et que l'économie serait dans une meilleure conjoncture économique entre-temps. À supposer même que la compagnie ait pu se mettre en état de tirer parti de la conjoncture économique favorable et soit devenue rentable, elle serait devenue tout au plus capable d'acquitter les sommes dues et de prévenir les défauts de versement à l'avenir. L'adoption de ce conseil ne pouvait pas prévenir les défauts de versement qui devaient survenir antérieurement au renflouement de la compagnie, à supposer même que cette prévision se soit avérée exacte.

[79] Étant donné les restrictions que leur imposait le contrôle de fait exercé par la banque sur les finances de la compagnie, je conclus des faits de la cause que les administrateurs ont exercé, pour prévenir les défauts de versement, le même degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Le fait que M^{me} McKinnon ait continué à préparer les chèques de versement, manifestement sans l'espoir réaliste que la banque les honorerait tous, indique aussi que ces administrateurs n'ignoraient pas la dette de la compagnie envers Revenue Canada.

[80] Ce qui est bien plus important encore à mon avis, c'étaient les efforts soutenus de M. Humphreys pour trouver un nouvel investisseur, étant donné sa conviction que dès lors, la compagnie pourrait être rapidement remise à flot. Il a dit aux administrateurs

he identified potential investors within two weeks of being hired, spoke with 12 people who expressed an interest in investing in Abel and produced one who was willing to invest, but who proved unacceptable to the bank for reasons that are not disclosed.

[81] As long as these efforts were being made in good faith by a person with a successful track record in rescuing companies in the construction industry, the directors of Abel could reasonably say that, if an investor were found and approved by the bank, the company would obtain bonding and be in a position to bid on lucrative contracts, which might well have persuaded the bank to increase its line of credit again or, at least, to honour Abel's next remittance cheque.

[82] Hence, if Mr. Humphreys had succeeded in finding an investor acceptable to the bank, the failures to remit might have been prevented. The fact that, in the event, he was not successful and the failures occurred, does not render the directors liable if they had made reasonable efforts to prevent them. The Court would be reluctant to second guess the likely efficacy of the directors' efforts to prevent failures to remit from occurring.

[83] However, it would not have been open to the directors to have relied indefinitely on Mr. Humphreys' advice if there was no indication of potential investor interest in the company. The company's viability and the likelihood of its attracting new investors would have had to be reassessed from time to time in order for the directors successfully to invoke the due diligence defence provided by subsection 227.1(3).

G. CONCLUSIONS

[84] For these reasons, I have concluded that the directors satisfied the due diligence test in subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*, and would therefore dismiss the

sa confiance qu'un nouvel investisseur pourrait être trouvé. De fait, il a identifié des investisseurs potentiels dans les semaines qui suivirent son engagement, a parlé à 12 personnes qui exprimaient leur intérêt à cet égard, et a trouvé une personne qui était d'accord pour mettre son argent dans la compagnie, mais qui ne convenait pas à la banque pour des raisons qui ne sont pas divulguées.

[81] Tant que ces efforts étaient poursuivis en bonne foi par une personne qui avait fait ses preuves dans le renflouement des compagnies dans le secteur du bâtiment, les administrateurs d'Abel pouvaient raisonnablement dire que, si un investisseur pouvait être trouvé et approuvé par la banque, la compagnie pourrait obtenir le cautionnement nécessaire pour soumissionner pour des contrats lucratifs, ce qui pourrait avoir pour effet d'engager la banque à accroître sa marge de crédit ou, à tout le moins, à honorer le prochain chèque de versement d'Abel.

[82] Il s'ensuit que si M. Humphreys avait réussi à trouver un investisseur acceptable pour la banque, les défauts de versement auraient pu être évités. Le fait qu'en fin de compte, il n'a pas réussi et qu'il y a eu des défauts de versement, ne rend pas les administrateurs responsables s'ils avaient fait des efforts raisonnables pour les prévenir. La Cour n'est pas encline à conjecturer après coup sur l'efficacité des efforts des administrateurs pour prévenir les défauts de versement.

[83] Cependant, ceux-ci n'auraient pas été en droit de s'en remettre indéfiniment à l'avis de M. Humphreys s'il n'y avait eu aucune indication d'intérêt de la part d'investisseurs dans la compagnie. Ils n'auraient pu se réclamer du moyen de défense de la diligence raisonnable tiré du paragraphe 227.1(3) qu'en réexaminant de temps à autre la viabilité de la compagnie et ses perspectives d'attraction de nouveaux investisseurs.

G. CONCLUSIONS

[84] Pour ces motifs, je conclus que les administrateurs en l'espèce ont satisfait au critère de la diligence raisonnable, prévu au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe 323(3) de la

appeals and the applications for judicial review with one set of costs, including taxable disbursements in each of the matters.

STONE J.A.: I agree.

Loi sur la taxe d'accise. Je me prononce en conséquence pour le rejet des appels et des recours en contrôle judiciaire, avec allocation d'un seul mémoire de dépens, y compris les débours taxables dans chaque procédure.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.