

# lavery

DROIT ► AFFAIRES

Régie d'entreprise

## LES OBLIGATIONS DES ADMINISTRATEURS À LA LUMIÈRE DES ARRÊTS PEOPLES ET BCE

### À RETENIR

- ▶ Les deux devoirs des administrateurs : diligence et loyauté.
- ▶ **DILIGENCE**
  - nature : exercer le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à une décision d'affaires raisonnable au moment où elle est prise
  - bénéficiaires du devoir de diligence : la société, les actionnaires, les autres parties intéressées et même les tiers
  - les administrateurs ne sont pas tenus à la perfection dans l'accomplissement de ce devoir de diligence
- ▶ **LOYAUTÉ**
  - nature : agir au mieux des intérêts de la société comme entreprise socialement responsable
  - bénéficiaires du devoir de loyauté : la société, mais les intérêts des parties intéressées (« stakeholders ») peuvent devoir être considérés
  - en cas de vente de la société, l'optimisation de la valeur pour les actionnaires n'est pas le facteur exclusif à considérer
  - si les intérêts de la société et ceux des parties intéressées (y compris les actionnaires) ne coïncident pas, la priorité doit être accordée aux intérêts de la société
- ▶ Règle de l'appréciation commerciale (« Business judgment rule ») applicable aux deux devoirs
- ▶ Des questions, toutefois, laissées sans réponse par les arrêts BCE et Peoples
- ▶ Nos suggestions d'indices et de pistes pour répondre à ces questions
- ▶ Précautions : « due process » et prendre la meilleure décision raisonnable et disponible dans les circonstances.

Par ANDRÉ LAURIN  
et ANDRÉ VAUTOUR

### I. INTRODUCTION

Au cours des dernières années, deux jugements de la Cour suprême du Canada ont apporté un éclairage important sur les paramètres et les critères d'exécution des devoirs des administrateurs au Canada.

Les deux arrêts en question sont les suivants :

- 1° *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68 (« Peoples »);
- 2° *BCE inc. c. Détenteurs de déventures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, 2008 CSC 69 (« BCE »).

Ce bulletin vise à faire le point sur :

- la nature et l'étendue des devoirs ou des obligations des administrateurs;
- l'identité des créanciers bénéficiaires de ces devoirs et de ces obligations;
- l'influence du contexte factuel et de la nature des recours exercés sur les deux premiers points;
- les paramètres d'exercice de ces devoirs;
- certaines précautions disponibles.

## 2. LES FAITS PERTINENTS ET LES QUESTIONS PRINCIPALES DE L'AFFAIRE PEOPLES

### LES FAITS

En 1992, la société **Wise acheta**, par l'intermédiaire de l'une de ses filiales, toutes les **actions de Peoples** détenues par Marks and Spencer et procéda ensuite à fusionner cette filiale avec elle-même. Toutefois, suivant les exigences du vendeur, **Peoples demeura une entité juridique distincte de Wise.**

Les **frères Wise** étaient **administrateurs de tant Wise que Peoples.**

**Wise et Peoples adoptèrent une politique conjointe d'achat** en vertu de laquelle les deux entreprises **se partagèrent la responsabilité des achats** des deux entreprises, soit Wise pour les achats auprès des fournisseurs outre-mer et Peoples pour les achats auprès des fournisseurs en Amérique du Nord.

En vertu de la politique conjointe d'achat, l'acheteur transférait à l'autre les marchandises **achetées** pour elle et lui **facturait** le prix d'achat.

Or, rapidement 82 % des marchandises achetées pour les deux entreprises, Wise et Peoples, le furent auprès des fournisseurs nord-américains avec lesquels Peoples faisait affaires; par conséquent, les **sommes dues par Wise à Peoples** furent **plus élevées** que celles dues par Peoples à Wise.

**Wise et Peoples firent toutes deux faillite.** Au moment de la faillite, les **sommes que devait Wise à Peoples** au titre de la politique conjointe d'achat étaient nettement **supérieures** aux sommes que Peoples devait à Wise.

Le **syndic** à la faillite de Peoples **poursuivit les frères Wise en leur qualité d'administrateurs de Peoples**, relativement à leur rôle dans l'adoption et l'exécution de la politique conjointe d'achat, prétendant qu'ils avaient favorisé la société Wise et n'avaient pas agi dans le meilleur intérêt de la société Peoples.

### LES QUESTIONS

Les deux **questions** qui se posaient dans l'affaire Peoples **peuvent être résumées** comme suit :

- 1° les administrateurs de Peoples avaient-ils en l'espèce un **devoir de loyauté envers les créanciers** de Peoples et dans l'affirmative, l'ont-ils respecté?
- 2° les administrateurs de Peoples avaient-ils un **devoir de diligence envers les créanciers** de cette société et dans l'affirmative, l'ont-ils respecté?

## 3. LES FAITS PERTINENTS ET LES QUESTIONS PRINCIPALES DE L'AFFAIRE BCE

### LES FAITS

Le **dossier de BCE** est très connu mais il est important de mettre en évidence certains **éléments** de ce dossier particulièrement pertinents pour les fins de notre propos.

Au printemps 2007, face à certaines **manifestations d'intérêt visant la prise de contrôle des actions de BCE** dont principalement la manifestation du groupe piloté par Ontario Teachers' Pension Plan Board (« Teachers »), qui était déjà un actionnaire important de BCE, le conseil d'administration de **BCE décida** d'amorcer un **processus de sollicitation d'offres** concurrentielles ou d'encan (aux fins d'obtenir la valeur optimale pour les actionnaires (« *to maximize shareholder value* »).

Bell Canada, filiale à part entière de BCE, avait procédé au fil des ans à plusieurs **émissions de débetures**. Le montant total des débetures venant à échéance après le mois d'août 2010 s'élevait à 5,169 milliards \$. Les agences de notation avaient conféré une note de « *Investment grade* » à ces débetures et la direction de BCE avait indiqué à quelques reprises au cours des ans son **souci de maintenir cette notation.**

Néanmoins, les **débetures ne comportaient aucune condition ni aucun engagement précis** relativement à l'obtention ou à la conservation d'une **notation précise** par les agences de notation et ne conféraient à leur détenteurs aucun droit d'approbation à l'égard d'une opération mettant en cause le changement de contrôle des actions du capital de BCE, la société-mère de Bell Canada.

Après de multiples négociations, le conseil d'administration de BCE retint l'**offre** du groupe piloté par Teachers.

Cette offre, qui représentait un prix de 42,75 \$ par action, fut soumise aux **actionnaires** qui **approuvèrent le plan d'arrangement** visant à conclure l'opération conformément à celle-ci.

L'offre prévoyait également ce qui suit :

- le **prix d'acquisition** serait pour **l'essentiel financé par de nouvelles dettes prises en charge par BCE**, plus précisément qu'à la suite des diverses opérations visant à y donner effet, la dette de BCE serait augmentée à 38,5 milliards \$, soit un coefficient dette/BAIIA de 6,2;
- **Bell Canada garantirait** le remboursement de cette dette à hauteur de 30 milliards \$.

Comme l'effet combiné de cet **endettement additionnel** et du cautionnement de Bell Canada était plus que **susceptible d'avoir une incidence défavorable sur la notation des débetures** émises par Bell Canada, les détenteurs de débetures s'**opposèrent** à l'arrangement proposé tant avant l'approbation de l'offre, au moyen de communications au conseil de BCE, que dans le cadre de la présentation de la requête de BCE au tribunal pour faire approuver le **plan** en invoquant son **caractère inéquitable**. Ils présentèrent aussi un **recours en oppression** en invoquant la frustration de leurs attentes raisonnables eu égard au comportement abusif de BCE.

## LES QUESTIONS

Outre les questions plus précises qui découlaient de la nature des procédures judiciaires et de l'application des tests propres à celles-ci, les **questions** soulevées par l'affaire BCE **peuvent être résumées** comme suit :

- 1° les administrateurs de BCE devaient-ils considérer seulement les intérêts des actionnaires, c'est-à-dire l'optimisation de la valeur que pouvaient escompter recevoir les actionnaires ou tant les intérêts des actionnaires que ceux des autres parties intéressées (« stakeholders »); en d'autres termes, avaient-ils un **devoir de loyauté envers les parties intéressées** (« stakeholders »)?
- 2° si les administrateurs de BCE avaient un **devoir de loyauté envers les parties intéressées** (« stakeholders »), c'est-à-dire les détenteurs de débetures dans ce cas, **l'ont-ils respecté?**

## 4. RAPPEL DE L'ENVIRONNEMENT LÉGISLATIF

### LES 2 DEVOIRS PRINCIPAUX DES ADMINISTRATEURS

Tant la Loi canadienne sur les sociétés par actions (« LCSA »)<sup>1</sup> que le *Code civil du Québec* (« CcQ »)<sup>2</sup> imposent aux administrateurs deux devoirs principaux qui sont respectivement connus comme étant, d'une part, le **devoir de loyauté** (agir de bonne foi avec intégrité et au mieux des intérêts de la société) et, d'autre part, le **devoir de diligence** (agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve en pareilles circonstances une personne prudente).

### LA NATURE DES LIENS ET LES RECOURS

Alors que la société (ou l'actionnaire par voie d'action oblique (c.-à-d. dans les souliers de la société)) se prévaut du lien **contractuel**<sup>3</sup> entre la société à titre de mandant et l'administrateur à titre de mandataire, le tiers, quant à lui, doit se fonder sur la responsabilité **quasi-délictuelle** de l'administrateur en prouvant que la faute de l'administrateur lui a causé un dommage.<sup>4</sup> Tous ces recours imposent le **fardeau de la preuve** au **demandeur**.

### Le recours en oppression

Outre la demande d'émission d'une **injonction** (c.-à-d. demande d'exécution spécifique) et l'**action en dommages ou en responsabilité**, certaines lois prévoient des recours spéciaux comme le **recours en oppression** en vertu de l'**article 241 de la LCSA** dans le cas des sociétés constituées en vertu de cette loi et le recours du même ordre reconnu par les tribunaux pour les compagnies constituées en vertu de la *Loi sur les compagnies (Québec)* (« LCQ ») qui emprunte la voie de l'**article 33 du Code de procédure civile du Québec**.

Le recours en oppression de l'article 241 de la LCSA, qui est un recours en redressement d'**abus de droit**, est **offert** non seulement aux détenteurs des valeurs mobilières, mais **également** aux administrateurs, aux dirigeants actuels ou passés, au directeur nommé en vertu de la LCSA mais également à tout plaignant à qui le tribunal reconnaît la qualité d'agir. Il **permet au tribunal** de **redresser la situation** provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe.

Le **tribunal** saisi d'un recours en oppression **doit, à la lumière de ses attentes raisonnables, déterminer si** le requérant a été victime ou non d'un **abus de droit**. Le **fardeau de la preuve repose sur les épaules du requérant** (c.-à-d., dans le cas de l'affaire BCE, les détenteurs de débetures) qui exerce le recours en question.

Dans l'arrêt BCE, la Cour suprême du Canada a réaffirmé la **nécessité pour le requérant** dans le cadre d'un recours en oppression **de faire la preuve** de ce qui suit, à savoir :

- a) il (c.-à-d. les détenteurs de débetures) avait une **attente raisonnable** quant au maintien de la notation « investment grade » de leurs débetures,

<sup>1</sup> Art. 122 LCSA

<sup>2</sup> Art. 321 et ss CcQ

<sup>3</sup> Art. 1458 CcQ

<sup>4</sup> Art. 1457 CcQ

\* Le recours contre la société elle-même par les personnes qui ont contracté avec elle, est fondé sur la responsabilité contractuelle de la société mais peut aussi, dans certaines circonstances, s'appuyer sur la responsabilité quasi-délictuelle.\*Dans certains cas, le canal de l'action oblique pourrait être utilisé par des personnes autres que les actionnaires.

- b) cette attente raisonnable a été **frustrée par un comportement de la société** (c.-à-d. BCE) qui peut être **qualifié d'abus, de préjudice injuste ou d'omission injuste de tenir compte d'un intérêt pertinent.**

Parmi les **éléments ou facteurs d'appréciation** qui peuvent être considérés par le tribunal pour évaluer cette preuve selon la synthèse faite par la Cour suprême, se retrouvent les éléments suivants : les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures (exemple : mesures préventives qui auraient pu être prises), les déclarations et conventions et la conciliation équitable des intérêts opposés des parties opposées.

### L'opposition à l'arrangement

Lorsqu'une société fédérale solvable veut procéder à une opération qualifiée d'« **arrangement** » au sens de l'article 192 de la LCSA (exemples : certaines fusions, un fractionnement d'activités commerciales, une cession de la totalité des éléments d'actif) et qu'il est « pratiquement impossible » ou, selon la formulation anglaise « not practicable » d'y procéder en vertu d'une autre disposition de la LCSA, elle peut s'adresser au **tribunal** pour lui demander de rendre les **ordonnances appropriées aux fins de réaliser l'opération** ainsi envisagée. Rappelons que la *Loi sur les compagnies* permet une opération quelque peu similaire (article 49 de la LCQ).

BCE avait emprunté la voie de l'arrangement pour conclure la transaction avec le groupe d'acheteurs piloté par Teachers et, à titre de requérant, elle avait **le fardeau de faire la preuve**, selon les mots de la Cour suprême, que cet **arrangement**

- a) poursuivait un **objectif commercial légitime**, et que  
b) **celui-ci répondait de façon équitable et équilibrée aux droits des détenteurs de valeurs.**

Selon la Cour suprême, les **facteurs d'appréciation** que le tribunal devait considérer sont :

- a) la **nécessité** de l'arrangement pour la continuité de la société;  
b) **l'approbation** préalable du plan **par 2/3 des détenteurs de valeurs** présents à l'assemblée des actionnaires convoquée à ces fins; et  
c) la **proportionnalité des effets** du plan d'arrangement **sur les groupes touchés.**

Précisons que les **détenteurs de débetures** de Bell Canada ne faisaient **pas partie** des **détenteurs de valeurs mobilières** dont l'accord était requis au sens des dispositions pertinentes de la LCSA. Rappelons que BCE et non Bell Canada était partie à l'arrangement. Ce n'était donc qu'indirectement que les intérêts des détenteurs de débetures de Bell Canada étaient affectés.

## 5. ANALYSE DE CES DEUX DÉCISIONS

### DISTINCTIONS IMPORTANTES ENTRE LES DEUX DÉCISIONS

Il importe de rappeler certaines **distinctions fondamentales**, au niveau des faits et des recours, **entre Peoples et BCE**, à savoir que

- dans l'affaire **Peoples**, il s'agissait de décisions prises par le conseil d'administration dans le **cours normal des affaires** et que le recours exercé par le syndic était une **action en responsabilité** dirigée contre certains administrateurs;

- dans l'affaire **BCE**, la décision du conseil d'administration de BCE se situait dans le contexte d'une **vente d'entreprise** ou opération de changement de contrôle et que les recours exercés par les détenteurs de débetures étaient de la nature tant d'un **recours en oppression** que d'une **opposition** à la demande d'approbation de l'**arrangement** présentée par BCE au tribunal.

Le **type** de décision et la **nature des recours ont donc pu influencer** les conclusions, sinon de la Cour suprême tout au moins celles de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire BCE.

Ainsi, **on peut aussi se demander si** la Cour suprême aurait énoncé exactement les **mêmes critères dans le cadre d'une action en responsabilité** contre les administrateurs que ceux qu'elle a exprimés dans le cadre du recours en oppression des détenteurs de débetures. Nous nous permettons de suggérer qu'il est possible que l'**intensité** des obligations ou critères aurait été **moins forte** dans le cadre d'une telle action en responsabilité.

### LES RÉPONSES DE L'ARRÊT PEOPLES

La Cour suprême du Canada a conclu que **dans le contexte** des faits de l'affaire Peoples, les **administrateurs** de Peoples **n'avaient pas de devoir de loyauté envers les créanciers** de Peoples. Par conséquent, la Cour **n'a pas eu à se prononcer sur le respect** ou non de ce devoir en l'espèce :

« ... Pour les motifs qui suivent, nous concluons que les administrateurs ont envers les créanciers une obligation de diligence, mais cette obligation ne s'élève pas au niveau d'une obligation fiduciaire. »<sup>5</sup>

(nos soulignements)

<sup>5</sup> Arrêt Peoples par. 1.

Pour tirer cette conclusion, la Cour suprême a tenu compte du fait que les **créanciers bénéficieraient d'autres recours** tel le recours en oppression.

Rappelons de nouveau que dans l'affaire BCE, contrairement à l'affaire Peoples, les détenteurs de débetures avaient intenté un tel recours en oppression.

Par ailleurs, la décision Peoples laissait la **porte ouverte à la considération d'autres intérêts** que ceux des actionnaires dans **l'exercice du devoir de loyauté** :

*« Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement. »<sup>6</sup>*

(nos soulignements)

Reconnaissant que le **devoir de diligence**, pouvait être invoqué par les tiers dont les créanciers, la Cour a toutefois conclu qu'il avait été **respecté** en l'espèce.

Pour tirer cette conclusion, la Cour suprême s'est servie des **critères** suivants :

- les décisions prises par les administrateurs doivent constituer **des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce que les administrateurs savaient ou auraient dû savoir au moment où elles ont été prises**;
- les **éléments factuels du contexte** sont **plus importants** que les **motifs subjectifs** d'une décision;
- la **perfection n'est pas exigée** des administrateurs.

Ce faisant, elle a rappelé et appliqué la **règle de l'appréciation commerciale** (« business judgment rule ») à l'égard du devoir de diligence :

*« Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d'établir à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. »<sup>7</sup>*

(nos soulignements)

En somme, la Cour suprême a conclu que les administrateurs de Peoples, en écoutant les avis de leur chef de direction financière et en concluant aux avantages du regroupement des achats, avaient pris une **décision d'affaires raisonnable dans les circonstances au moment où elle a été prise**.

Mentionnons en passant que la Cour a bien précisé qu'un dirigeant, malgré ses connaissances et son expérience spécialisée, ne peut être considéré comme un **expert externe** au sens où l'entend l'article 123(4) de la LCSA sur les avis ou rapports duquel les administrateurs peuvent s'appuyer pour démontrer leur respect du devoir de diligence. Rappelons que cet article 123(4) permet de manière explicite à l'administrateur de se dégager de sa responsabilité dans certaines circonstances et d'invoquer la défense de diligence raisonnable s'il agit de façon diligente « ...notamment en s'appuyant de bonne foi sur ... les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations »

## LES RÉPONSES DE L'ARRÊT BCE

La Cour suprême du Canada a **conclu** comme suit **dans l'affaire BCE** :

*« La Cour est d'avis que les détenteurs de débetures n'ont établi ni qu'il y avait eu abus au sens de l'art. 241 de la LCSA ni que le juge de première instance a commis une erreur en approuvant l'arrangement sous le régime de l'art. 192 de la LCSA. »<sup>8</sup>*

(nos soulignements)

Elle a entre autres fondé sa décision sur les **principes** suivants :

- l'obligation de **loyauté** ou le devoir fiduciaire des administrateurs **n'est dû qu'à la société** (c.-à-d. agir au mieux des intérêts de la société);
- les **intérêts de la société** sont ceux d'une entreprise socialement responsable et les administrateurs peuvent être obligés de considérer les effets de leurs décisions sur les **parties intéressées** (« stakeholders »);
- toutefois, **si les intérêts des différentes parties intéressées ne coïncident pas avec ceux de la société, ceux de la société doivent primer**, ou, en d'autres mots, l'obligation des administrateurs est alors envers la société;
- la **règle de l'appréciation commerciale s'applique aussi à ce devoir de loyauté**.

<sup>6</sup> Arrêt Peoples par. 42.

<sup>7</sup> Arrêt Peoples par. 67.

<sup>8</sup> Arrêt BCE par. 166.

Par conséquent, les **réponses de la Cour suprême aux deux questions décrites précédemment** dans ce bulletin peuvent être exprimées comme suit :

1° bien que le devoir de loyauté ne soit dû qu'à la société, « il était raisonnable de s'attendre à ce que les administrateurs tiennent compte de la position des détenteurs de débetures pour prendre leurs décisions concernant les diverses offres à l'étude. »<sup>9</sup>

2° « En l'espèce, le conseil d'administration a pris en compte les intérêts des plaignants. Cela fait, et après avoir examiné ses options dans les circonstances difficiles auxquelles il faisait face, il a pris la décision qui lui apparaissait le mieux servir les intérêts de la société. »<sup>10</sup>

(nos soulignements)

Notons que pour donner cette deuxième réponse, la Cour suprême a constaté au préalable qu'**aucune des deux autres offres** présentées à BCE n'**offrait une protection supérieure aux détenteurs de débetures** à celle découlant de l'offre de Teachers :

« [...] La preuve ne permet pas de conclure à une attente plus grande, à savoir qu'il était possible de négocier un meilleur arrangement répondant aux exigences auxquelles la société faisait face, tout en préservant mieux la valeur marchande des débetures. »<sup>11</sup>

(nos soulignements)

La Cour avait aussi conclu que tous les facteurs d'appréciation d'un recours en oppression militaient « **contre la conclusion qu'il existait en l'espèce une attente allant au-delà du respect des obligations contractuelles** rattachées aux débetures. »<sup>12</sup>

Traitant du **courant jurisprudentiel américain de l'arrêt Revlon**<sup>13</sup> qui a été interprété comme voulant qu'**un conflit entre les intérêts des actionnaires et ceux des créanciers doive être résolu en faveur des actionnaires**, la Cour suprême du Canada l'a interprété :

- en soulignant, d'une part, que ce courant jurisprudentiel « n'a pas remplacé la règle fondamentale selon laquelle l'obligation des administrateurs ne peut se réduire à l'application de règles particulières mais relève plutôt de l'appréciation commerciale de ce qui sert le mieux les intérêts de la société dans la situation où elle se trouve »<sup>14</sup>, et

(nos soulignements)

- en citant, d'autre part, **l'ancien juge en chef de la Cour suprême du Delaware**, E. Norman Veasey, qui précisait la portée de certains propos de l'arrêt Revlon en écrivant ce qui suit dans un article publié en 2005 :

« Il arrive bien sûr que l'accent soit mis directement sur les intérêts des actionnaires (comme dans Revlon). En général, cependant, les administrateurs sont obligés envers la société, et non envers les actionnaires. »<sup>15</sup>

(nos soulignements)

En précisant sa **pensée** à l'égard du **recours en oppression**, la Cour suprême s'est exprimée de la façon suivante,

« [...] Certes, la société et les actionnaires ont le droit de maximiser les bénéfices et la valeur des actions, mais ils ne peuvent le faire en traitant des parties intéressées inéquitablement. Un traitement équitable est, fondamentalement, ce à quoi les parties intéressées peuvent raisonnablement s'attendre » et le **thème central récurrent de toute la jurisprudence en matière d'abus.** »<sup>16</sup>

(nos soulignements)

## 6. LA NOTION D'« ENTREPRISE SOCIALEMENT RESPONSABLE » ET LA CONSIDÉRATION DES INTÉRÊTS DES PARTIES INTÉRESSÉES (DEVOIR DE LOYAUTÉ)

L'arrêt Peoples et surtout l'arrêt BCE ont clairement **ouvert la porte à certaines questions** à l'égard du devoir de loyauté sans toutefois y apporter des réponses claires, concrètes et définitives.

Ainsi, on peut se demander

1° **jusqu'où un conseil d'administration doit-il aller pour déterminer si sa décision est conforme « au mieux des intérêts de la société** agissant comme entreprise socialement responsable » et **pour réconcilier** les intérêts de la société avec ceux des diverses parties intéressées qu'il peut devoir considérer;

2° **quels sont les intérêts des parties intéressées** qu'un conseil d'administration peut devoir considérer?

Les conclusions des **deux jugements**, qui **n'ont pas renversé les décisions des conseils d'administration** de Peoples et de BCE, apportent toutefois un important adoucissement à l'intensité de ces questionnements. En ne renversant pas les décisions des administrateurs, la Cour suprême a non seulement confirmé l'application de **la règle de l'appréciation commerciale en matière de devoir de diligence**, mais l'a **également appliqué dans le cas du devoir de loyauté.**

<sup>9</sup> Arrêt BCE par. 102.

<sup>10</sup> Arrêt BCE par. 104.

<sup>11</sup> Arrêt BCE, par. 113.

<sup>12</sup> Arrêt BCE par. 107.

<sup>13</sup> Revlon c. MacAndrews & Forbes Holdings Inc., 506 A. 2d 173 (Del. 1985).

<sup>14</sup> Arrêt BCE par. 87.

<sup>15</sup> Arrêt BCE par. 87 et [À VENIR].

<sup>16</sup> Arrêt BCE par. 64.

La **réflexion** visant à répondre à ces questions soulevées s'**insère**, selon nous, **dans le contexte plus large de la réflexion actuelle découlant des crises financière et économique** que nous vivons. Elle est **à l'enseigne même de la remise en question** du gain financier à tout prix, de la recherche de résultats financiers à court terme de certaines entreprises et de l'avidité de certains investisseurs et dirigeants. Elle se conjugue aussi avec les **préoccupations de développement durable et de responsabilité sociale** exprimées de plus en plus par les gouvernements, certains investisseurs ou auteurs et diverses communautés.

Voici **quelques indices et pistes** suggérées par les auteurs pour répondre à ces questions :

- 1° l'entreprise socialement responsable **respecte les lois et les règlements** de même que ses **engagements contractuels** et elle agit de bonne foi et avec intégrité;
  - 2° l'entreprise socialement responsable n'agit **pas de façon abusive**;
  - 3° l'**intérêt de la société** est **synonyme**, dans une large mesure, de l'**intérêt de l'entreprise** comme si l'entreprise était une réalité distincte de la personne morale qu'est la société (c'est-à-dire dans une **optique de survie, de continuité ou de croissance de l'entreprise**, seule ou dans un autre ensemble);
  - 4° une entreprise socialement responsable est une entreprise qui cherche à être **viable** et à **préserver et même accroître ses activités en fonction de ses objets**; si une entreprise ne peut plus croître sans aide ou risque à plus ou moins long terme, par exemple, de perdre sa clientèle ou de déclarer faillite, les administrateurs de la société qui exploitent cette entreprise doivent tenter de trouver la meilleure solution;
- dans un tel contexte, une vente ou une fusion ou encore une souscription d'actions ou une autre forme d'investissement peut s'avérer la meilleure avenue pour cette société;
- 5° il faut déterminer si la décision proposée **est raisonnable et représente la meilleure solution disponible** pour l'entreprise à ce moment; pour ce faire, il faut regarder objectivement la **balance des inconvénients** ou les effets (positifs et négatifs) de prendre une décision par rapport à une autre ou à l'absence de décision;
  - 6° il faut **distinguer** entre les **décisions qui originent de l'initiative non provoquée** de la société (exemple : Peoples) et **celles qui visent à répondre à des initiatives non souhaitées ou non sollicitées** qui originent de tiers (exemple : BCE), les exigences à l'égard de la considération des intérêts des tiers et les précautions à prendre pouvant s'avérer plus élevées dans le premier cas que dans le second;
  - 7° l'**importance relative** de la décision ou de ses **effets** a également une influence considérable sur la considération à apporter à la décision; en d'autres mots, moins elle est importante ou moins ses effets sont potentiellement importants, moindre peut être également le degré de considération à y donner; ainsi, une décision de vente de l'entreprise ou une opération de changement de contrôle et une décision dans le cours ordinaire des affaires ne présentent pas, la plupart du temps, le même degré d'importance, la première étant susceptible d'avoir des effets beaucoup plus importants que la seconde;
  - 8° les actionnaires (ou les associés, membres (OSBL) ou partenaires d'affaires), les employés, les gouvernements, les fournisseurs, les clients, les autres co-contractants, les créanciers, les communautés pouvant être affectés par les activités ou la cessation des activités de la société (l'environnement) sont **susceptibles**, selon le cas, **de constituer des parties intéressées**;
  - 9° seuls les **intérêts** des parties intéressées **qui s'appuient** sur des **obligations** claires assumées par la société ou à tout le moins sur des **attentes raisonnables et objectives** peuvent devoir être considérés;
  - 10° l'**optimisation** de la valeur **pour les actionnaires** demeure un objectif **prioritaire** mais qui **ne peut** être **poursuivi de façon inéquitable** pour les parties intéressées;
  - 11° **tous les intérêts des parties intéressées n'ont pas la même importance relative** et très souvent les intérêts de toutes ces parties ne sont pas réconciliables; les intérêts des actionnaires, en premier lieu, et ceux des partenaires directs que sont les employés, en second lieu, nous semblent prioritaires;
  - 12° tenir compte des intérêts des parties intéressées ou les considérer n'impose **pas l'obligation irrévocable de trouver une réponse favorable à ces intérêts à tout prix**.

## 7. PRÉCAUTIONS SPÉCIFIQUES SUGGÉRÉES

Ces deux décisions n'ont **pas** quant à nous **changé radicalement le profil des devoirs** des administrateurs et l'**environnement du droit des sociétés**. Elles n'ont fait que fournir un certain encadrement additionnel et souligner les questions que les administrateurs devraient se poser et le processus qu'ils devraient suivre.

Les administrateurs ont été appelés par la Cour suprême à utiliser **une grille d'analyse** et à **exercer leur jugement** et leur compétence **de façon à créer de la valeur** pour l'entreprise ou, en période plus difficile au plan financier, à **préserver au maximum la valeur** de l'entreprise, le tout dans le respect de la loi, des obligations contractuelles et des attentes raisonnables et **réconciliables des parties intéressées**. L'objectif n'a pas été modifié mais les **moyens** pour l'atteindre sont désormais un peu plus onéreux.

Le « **due process** » ou le **caractère raisonnable du processus décisionnel** et la **décision elle-même constituent la précaution fondamentale**.

De manière plus détaillée et particulière, voici **quelques suggestions non-exhaustives de précautions** :

- **examiner** en profondeur à l'égard de toute question particulière
  - le contexte et l'objectif
  - les solutions disponibles (les pour et les contre)
  - l'impact des solutions disponibles sur les contrats et les « stakeholders », y compris l'identification des attentes raisonnables et la possibilité d'une oppression, d'un abus ou d'une injustice à l'égard de ces attentes
- déterminer le **caractère équitable et raisonnable de la décision envisagée pour les actionnaires**
- obtenir l'opinion d'**experts**
- **choisir la meilleure solution dans les circonstances** et dans le meilleur intérêt de la société, **tout en protégeant, si possible, les intérêts**

**des parties intéressées** « stakeholders » et en veillant à ce que la **solution soit équitable et raisonnable pour les actionnaires**

- lorsque la direction, certains dirigeants ou des actionnaires ont un intérêt personnel dans une transaction ou peuvent retirer un bénéfice personnel, faire en sorte que des **mesures**

**protectrices** soient mises en place (**divulgation, évaluations et comités spéciaux ou indépendants**)

- les **comptes rendus** et procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration devraient refléter le processus et l'examen adéquats

## CONCLUSION

Les arrêts Peoples et BCE ont circonscrit l'environnement des devoirs des administrateurs. **En précisant certains critères, ils ont toutefois soulevé des questions additionnelles** et ce, principalement à l'égard du **devoir de loyauté**. Les références de la Cour suprême à la notion d'entreprise socialement responsable dans l'arrêt BCE et à la considération possible des intérêts des parties intéressées est à la source de ces interrogations. Cette notion et cette considération ne peuvent clairement pas être ignorées.

L'exercice éclairé d'un **processus diligent** d'examen d'une décision et de ses effets potentiels et le soin mis à **prendre la meilleure décision raisonnable** dans les circonstances, devraient constituer des **protections adéquates** à l'égard de l'intégrité de leurs décisions et du risque que la responsabilité des administrateurs soit recherchée. En effet, l'application de la **règle de l'appréciation commerciale** tant au devoir de loyauté qu'au devoir de diligence et sa confirmation dans le cas des décisions Peoples et BCE devraient permettre aux administrateurs d'apaiser certaines craintes qu'auraient pu susciter chez eux les incertitudes créées principalement par les circonstances qui ont entouré les recours aux tribunaux dans l'affaire BCE.

Contrairement à certaines opinions exprimées suite au jugement dans l'affaire BCE, le **critère de l'entreprise socialement responsable**, tel que nous l'interprétons, nous apparaît conforme au droit corporatif canadien et aux valeurs de notre société. Il constitue un rappel important dans le contexte des abus qui ont provoqué la crise financière et économique.

### ANDRÉ LAURIN

514 877-2987  
alaurin@lavery.ca

### ANDRÉ VAUTOUR

514 878-5595  
avautour@lavery.ca

N.B. VOIR LES AUTRES BULLETINS SUR CE SUJET SUR LE SITE INTERNET DE LAVERY.

**ABONNEMENT** VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSABONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET [lavery.ca](http://lavery.ca) OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877-3071.

► [lavery.ca](http://lavery.ca)

© Tous droits réservés 2009 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTREAL QUÉBEC LAVAL OTTAWA