

Droit transactionnel /
fusions et acquisitions

lavery
DROIT ► AFFAIRES

L'ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉ AU QUÉBEC AU LENDEMAIN DE LA CRISE ÉCONOMIQUE

GUILLAUME LAVOIE

LE RÔLE ET SURTOUT LA RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉ ONT BEAUCOUP ÉVOLUÉ DEPUIS QUELQUES DÉCENNIES. ÉVIDEMMENT, LES SCANDALES FINANCIERS DANS LES ANNÉES 90 ONT ÉTÉ GRANDEMENT RESPONSABLES DE CE CHANGEMENT QUI S'EST AMORCÉ AUX ÉTATS-UNIS AVEC L'ADOPTION DU *SARBANES-OXLEY ACT OF 2002*, CE QUI A INCITÉ LES AUTORITÉS AU CANADA À EMBOÎTER LE PAS AVEC L'ADOPTION D'UNE RÉGLEMENTATION PLUS SÉVÈRE EN MATIÈRE DE VALEURS MOBILIÈRES. CEPENDANT, JUSQU'À PRÉSENT, LA PLUPART DE CES CHANGEMENTS ONT SURTOUT VISÉ LA MISE EN PLACE D'EXIGENCES CONCERNANT LES MÉCANISMES DE CONTRÔLE INTERNE ET LA DIVULGATION DES PRATIQUES DE GOUVERNANCE DES SOCIÉTÉS OUVERTES. LES LÉGISLATEURS ET LES TRIBUNAUX NE SEMBLENT DONC PAS AVOIR CHERCHÉ À AUGMENTER LES DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS ET LEUR RESPONSABILITÉ POTENTIELLE.

Or, la crise économique de 2008 et les divulgations sur le rôle que certains dirigeants et administrateurs de grandes institutions financières américaines ont joué dans la mise en place des conditions qui ont mené à cette crise font en sorte que davantage de pressions sont exercées pour que les devoirs et responsabilités des administrateurs de sociétés soient augmentés¹. On constatera cependant que pour le moment, tant les législateurs que les tribunaux semblent résister à ces pressions. Aux États-Unis, le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*

visant à répondre à la crise financière ne traite aucunement de la responsabilité ou des devoirs des administrateurs. On constate également qu'au Québec, le législateur a aussi ignoré ces pressions lors de l'adoption de la nouvelle *Loi sur les sociétés par actions du Québec* (la « **LSAQ** ») et a maintenu le cap amorcé en décembre 2007 lors du dépôt, par la ministre des Finances du Québec de l'époque, du document de consultation relatif à la réforme de la *Loi sur les compagnies* (Québec), à savoir l'adoption d'un régime législatif offrant une meilleure protection aux administrateurs de sociétés contre d'éventuels recours.

Le législateur québécois a en effet étendu la possibilité pour les administrateurs de sociétés d'invoquer la défense de diligence raisonnable dans le cadre de recours intentés contre eux pour violation de leur devoir d'agir avec prudence et diligence, honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la société. Cette défense peut être invoquée par l'administrateur de société fédérale (régie par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*) notamment si celui-ci s'est appuyé de bonne foi sur un rapport émanant de personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations. Or, en vertu de la LSAQ, l'administrateur de société québécoise est présumé s'être conformé à son obligation d'agir avec prudence et diligence dans le cas précédemment cité, mais aussi lorsqu'il s'est fondé de bonne foi sur le rapport, l'information ou l'opinion d'un dirigeant de la société que l'administrateur croit fiable et compétent dans l'exercice de ses fonctions, ou d'un comité du conseil d'administration dont l'administrateur n'est pas membre et qu'il croit digne de confiance².

¹ Voir par exemple Tucker, Anne M., *Who's the Boss: Unasking Oversight Liability within the Corporate Power Puzzle* (February 22, 2010), *Delaware Journal of Corporate Law* (DJCL), Vol. 35, No. 1, 2010.

² Voir article 121 de la LSAQ.

Une autre protection instaurée dans la LSAQ est la possibilité, pour l'administrateur de société ayant manqué à certaines obligations incluses dans la loi, d'être exonéré, même s'il lui est impossible de démontrer au tribunal qu'il a agi avec prudence et diligence, s'il appert que cet administrateur a agi de façon raisonnable avec honnêteté et loyauté et qu'il devrait, en toute justice, être exonéré³.

Ces dispositions visent vraisemblablement à renforcer la règle suivant laquelle l'administrateur ne doit pas être jugé sur le fond de la décision prise, mais sur le processus et la méthode utilisés par celui-ci pour en venir à cette décision. Ce renforcement s'aligne parfaitement avec la tendance de la jurisprudence américaine qui, depuis la fin de la crise financière, a renforcé la défense fondée sur le « *business judgment rule* »⁴ afin de s'assurer que les administrateurs ne soient pas tenus responsables des mauvaises décisions prises de bonne foi et avec une diligence raisonnable. La codification de ces règles dans la LSAQ et la probabilité que les tribunaux au Canada suivent la tendance des décisions américaines à cet égard laissent présager que les administrateurs pourront compter dans un avenir rapproché sur le maintien, malgré la crise financière, de la ligne tracée par la Cour suprême du Canada dans *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*⁵ et dans *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*⁶ afin de s'assurer qu'un fardeau trop lourd ne soit pas imposé aux administrateurs de sociétés.

Cela ne signifie pas pour autant que l'administrateur de société ait le champ libre. Le devoir d'agir avec prudence et diligence et avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la société qui leur est imposé demeure, malgré l'existence de défenses possibles, un lourd fardeau qui ne doit pas être pris à la légère. Le législateur québécois a en outre incorporé dans la LSAQ des responsabilités que l'ancienne *Loi sur les compagnies* (Québec) ne prévoyait pas et qui dans la plupart des cas n'existaient pas ou étaient plus limitées dans la loi fédérale.

Par exemple, l'administrateur peut être tenu responsable du paiement d'une commission déraisonnable dans le cadre de l'émission de valeurs mobilières par la société⁷. Il engage également sa responsabilité s'il approuve une résolution permettant le versement d'une indemnité à un administrateur ou à un dirigeant pour les frais et dépenses que celui-ci a engagés pour se défendre dans le cadre d'une poursuite judiciaire⁸ si un tribunal ou une autre autorité compétente venait à la conclusion que l'administrateur ou le dirigeant en question ne s'est pas comporté conformément aux conditions requises afin de pouvoir bénéficier d'une indemnisation ou si l'administrateur ou le dirigeant a commis une faute lourde ou intentionnelle⁹. Enfin, un autre cas de responsabilité de la LSAQ, que ni la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ni la *Loi sur les compagnies* (Québec) ne prévoient, est la responsabilité de l'administrateur en cas d'émission d'actions par la société pour une contrepartie payable en biens ou en services rendus dont la valeur est inférieure à la somme d'argent que la société aurait dû recevoir si ces actions avaient été payées en argent¹⁰.

Ces nouvelles responsabilités imposées par la LSAQ s'ajoutent aux nombreuses autres qui existaient déjà, dont celle relative à l'administrateur qui sciemment autorise une fausse entrée dans un livre ou registre de la société¹¹, celle pour le paiement des salaires des employés¹² (bien qu'à l'égard de celle-ci, la LSAQ introduit une défense qui n'existait pas dans la *Loi sur les compagnies* (Québec), mais qui existait déjà dans la loi fédérale, soit celle fondée sur le fait d'avoir fait preuve de prudence et diligence raisonnable dans les circonstances) et celle concernant l'acquisition, notamment par achat ou rachat, d'actions en violation des articles 94, 95 ou 96 de la LSAQ¹³.

³ Voir article 158 de la LSAQ.

⁴ Voir à titre d'exemple, la décision du Delaware Court of Chancery dans *In re Citigroup Inc. Derivative Litigation* (Février 2009).

⁵ [2004] 3 R.C.S. 461.

⁶ [2008] 3 R.C.S. 560.

⁷ Voir article 156, paragr. 1 de la LSAQ.

⁸ Voir article 156, paragr. 5 de la LSAQ.

⁹ Voir article 160 de la LSAQ.

¹⁰ Voir article 155 de la LSAQ.

¹¹ Voir article 493, paragr. 2 de la LSAQ.

¹² Voir article 154 de la LSAQ.

¹³ Voir article 158 de la LSAQ.

Toutes ces responsabilités ne s'appliquent que dans des cas précis. L'intention du législateur québécois demeure clairement, sauf dans quelques situations particulières, de protéger l'administrateur en diminuant sa responsabilité éventuelle grâce aux moyens de défense décrits ci-dessus. Les tribunaux québécois risquent donc d'avoir cette intention du législateur à l'esprit en appliquant les nouvelles dispositions de la LSAQ. Ils seront de plus possiblement inspirés par les décisions rendues par les tribunaux américains en matière de responsabilité des administrateurs après la crise financière. Ces tribunaux tendent à considérer qu'une partie souhaitant démontrer qu'un administrateur a manqué à son devoir fiduciaire, doit démontrer que celui-ci n'a pas agi de bonne foi, a été grossièrement négligent ou savait qu'il manquait à son devoir fiduciaire. Citons par exemple, *In re Citigroup Inc. Derivative Litigation*¹⁴ et *In re Dow Chemical Co. Derivative Litigation*¹⁵. Il serait souhaitable que les tribunaux québécois suivent cette tendance afin d'éviter que les sociétés aient de plus en plus de difficultés à recruter des administrateurs de qualité. En outre, il ne serait pas souhaitable que le régime de responsabilité des administrateurs rende difficile la prise de risques naturellement inhérente à tout projet d'affaires.

Toutefois, même si la jurisprudence canadienne a généralement eu tendance à suivre le courant américain, le rejet par les tribunaux canadiens du « *Revlon duty* » il y a quelques années nous a démontré qu'il ne faut pas présumer que ce sera forcément toujours le cas. Par conséquent, l'administrateur de société au Québec doit demeurer vigilant et doit s'assurer que, peu importe la norme appliquée par les tribunaux, ses actes ou décisions à titre d'administrateur ne sont pas susceptibles d'engager sa responsabilité. À cette fin, l'administrateur de société au Québec doit s'assurer de chacun des éléments suivants :

- il a bien compris la question ou la décision qui lui est soumise;
- il a consacré le temps nécessaire à l'analyse de la question ou de la décision qui lui est soumise, à la lumière du niveau de complexité de celle-ci;

- si l'administrateur dispose de peu de temps pour analyser la question ou la décision qui lui est soumise, il a, à tout le moins, tenté d'obtenir un délai supplémentaire pour analyser davantage la question ou la décision;
- il a obtenu de tiers tous les avis nécessaires ou utiles à l'analyse de la question ou de la décision qui lui est soumise et il a suffisamment questionné ces tiers pour pouvoir évaluer le bien-fondé de cet ou ces avis;
- il fonde sa décision sur des cas similaires et s'est assuré que ces comparaisons sont appropriées;
- il s'est assuré que la décision prise est raisonnable du point de vue commercial eu égard aux circonstances et à l'intérêt de la société;
- les administrateurs de la société ont suffisamment échangé et débattu entre eux de la question ou décision qui leur est soumise.

S'il entretient un doute face à l'un ou l'autre des éléments décrits ci-dessus, l'administrateur de société devrait systématiquement consulter ses conseillers juridiques ou ceux de la société, selon le cas.

GUILLAUME LAVOIE

514 877-2943

glavoie@lavery.ca

¹⁴ 2003 WL 21384599 (Del. Ch. 2009).

¹⁵ 2010 WL 66769 (Del. Ch. 2010).

VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES DU GROUPE DROIT TRANSACTIONNEL / FUSIONS ACQUISITIONS
POUR TOUTE QUESTION RELATIVE À CE BULLETIN.

MARC BEAUCHEMIN 514 877-3004 mbeauchemin@lavery.ca
 JOSIANNE BEAUDRY 514 877-2998 jbeaudry@lavery.ca
 VALÉRIE BOUCHER 514 877-2933 vboucher@lavery.ca
 SERGE BOURQUE 514 877-2997 sbourque@lavery.ca
 RICHARD BURGOS 514 877-2952 rburgos@lavery.ca
 SIVE BURNS 514 877-3034 sburns@lavery.ca
 JAMIL CHAMMAS 514 878-5539 jchammas@lavery.ca
 ANDRÉ CHAMPAGNE 514 877-3031 achampagne@lavery.ca
 MARIE-EVE CLAVET 418 266-3067 meclavet@lavery.ca
 GÉRARD COULOMBE 514 878-5526 gcoulombe@lavery.ca
 FRANCIS DESMARAIS 514 877-2980 fdesmarais@lavery.ca
 JEAN-SÉBASTIEN DESROCHES 514 878-5695 jsdesroches@lavery.ca
 RICHARD DOLAN 514 877-2903 rdolan@lavery.ca
 ÉMILIE DUGUAY 514 877-2960 eduguay@lavery.ca
 MARTIN J. EDWARDS 418 266-3078 medwards@lavery.ca
 DAVID ERAMIAN 514 877-2992 deramian@lavery.ca
 OLGA FARMAN 418 266-3052 ofarman@lavery.ca
 GENEVIÈVE FOURNIER 514 877-3055 gfournier@lavery.ca
 RÉMI GAGNON 514 878-5625 rgagnon@lavery.ca
 ÉRIC GÉLINAS 514 877-2986 egelinas@lavery.ca
 MARIE-HÉLÈNE GIROUX 514 877-2929 mhgiroux@lavery.ca
 MARIE-ANDRÉE GRAVEL 514 877-2977 magravel@lavery.ca
 EDITH JACQUES 514 878-5622 ejacques@lavery.ca
 PIERRE JAUVIN 514 878-5577 pjauvin@lavery.ca
 CHANTAL JOUBERT 514 878-5653 cjoubert@lavery.ca
 CLAUDE LACROIX 418 266-3063 clacroix@lavery.ca
 ANDRÉ LAURIN 514 877-2987 alaurin@lavery.ca
 GUILLAUME LAVOIE 514 877-2943 glavoie@lavery.ca
 MARC A. LÉONARD 514 878-5560 mleonard@lavery.ca
 ARIANA LISIO 514 878-5429 alisio@lavery.ca
 FRANÇOIS MARTEL 514 878-5578 fmartel@lavery.ca
 JOHN N. MCFARLANE 613 233-2674 jmcfarlane@lavery.ca
 NIS MOLLER 514 878-5585 nmoller@lavery.ca
 ANDRÉ PAQUETTE 514 877-2973 apaquette@lavery.ca
 JACQUES PAUL-HUS 514 877-2935 jpaulhus@lavery.ca
 LOUIS PAYETTE 514 878-5581 lpayette@lavery.ca
 KARINE PELLETIER 418 266-3061 kpelletier@lavery.ca
 JACQUES PERRON 514 877-2905 jperron@lavery.ca
 CARL M. RAVINSKY 514 878-5594 cravinsky@lavery.ca
 FRANÇOIS RENAUD 514 878-5686 frenaud@lavery.ca
 CATHERINE RIOUX 514 877-2909 crioux@lavery.ca
 MARC ROCHEFORT 514 878-5587 mrochefort@lavery.ca
 LOUIS ROCHETTE 418 266-3077 lrochette@lavery.ca
 MARIE-RENÉE SIROIS 613 560-2530 mrsirois@lavery.ca
 MARC TALBOT 514 877-3035 mtalbot@lavery.ca
 SARAH TALPIS-GUILLET 514 878-5605 stalpisguillet@lavery.ca
 JEAN TESSIER 514 877-2907 jtessier@lavery.ca
 ANDRÉ VAUTOUR 514 878-5595 avautour@lavery.ca
 SÉBASTIEN VÉZINA 514 877-2964 svezina@lavery.ca

ABONNEMENT VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSABONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL
EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET lavery.ca OU EN COMMUNIQUANT
AVEC CAROLE GENEST AU 514 877- 3071.

► lavery.ca

© Tous droits réservés 2011 ► 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.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA