

L'administrateur-représentant ou « Nominee » et les conflits de loyauté.

Par André Laurin

À RETENIR

- L'administrateur doit œuvrer en tout temps au mieux des intérêts de la société.
- L'administrateur ne peut privilégier les intérêts de l'actionnaire ou du membre qui l'a fait élire si les intérêts de cette personne divergent de l'intérêt de la société.
- L'administrateur ne peut fournir de l'information confidentielle appartenant à la société à l'actionnaire ou au membre qui l'a fait élire à moins d'une convention unanime des actionnaires ou membres à cet effet (ce qui ne peut être fait dans le cas d'un émetteur assujéti).
- L'administrateur qui possède des renseignements provenant de l'actionnaire ou du membre qui l'a fait élire a l'obligation, à titre d'administrateur, de divulguer à la société cette partie des renseignements portant sur une transaction ou une opération projetée susceptible d'avoir une incidence négative sur la société.
- L'administrateur qui siège au conseil d'administration d'une société à la demande d'un actionnaire ou d'un membre dont il est l'employé peut prendre certaines précautions pour ne pas se retrouver en conflit entre ses deux obligations de loyauté.
- Ces principes et contraintes s'appliquent aussi aux conseils d'administration d'organismes sans but lucratif ou d'associations à représentativité prescrite sous réserve de quelques adaptations et nuances.
- Le prêteur qui est également actionnaire ou membre devrait utiliser une convention distincte prévoyant l'accès à certains renseignements et faire appel à un autre récipiendaire et communicateur de l'information que son représentant au conseil.



1. Mise en contexte

L'intérêt d'un actionnaire, investisseur ou membre peut à l'occasion différer de l'intérêt de la société dont il est actionnaire ou membre.

Or, l'actionnaire ou le membre peut, dans l'exercice de ses droits en cette qualité, privilégier son intérêt plutôt que celui de la société, pourvu qu'il n'abuse pas de ses droits.

La situation se complique toutefois lorsque cet actionnaire ou membre ou son représentant est administrateur de la société (l'« administrateur-représentant »). En vertu des lois qui régissent les sociétés, l'administrateur a une obligation de loyauté envers la société. Or, cette obligation de loyauté implique entre autres que l'administrateur :

- agit au mieux des intérêts de la société;
- évite les conflits entre ces intérêts de la société et tout autre intérêt, y compris le sien;
- protège la confidentialité des renseignements auxquels il a accès à titre d'administrateur;
- ne peut, que ce soit dans son propre intérêt ou celui de l'actionnaire ou du membre qui l'a fait élire, utiliser les biens de la société ou profiter de ses occasions d'affaires sans son consentement, ou jouir de ces prérogatives au détriment de la société ou de ses autres actionnaires ou membres.

Et elle se complique davantage pour la personne qui, employée d'un actionnaire ou membre, doit, à la demande de cet actionnaire ou membre, agir comme son représentant au sein du conseil d'administration de la société. Cet administrateur-représentant se trouve alors soumis à deux obligations de loyauté, soit celle qui découle de son lien d'emploi et celle qui découle de son statut d'administrateur de la société. Il doit répondre à deux mandats.

De tels exemples de situations complexes sont légion au Canada. Plusieurs émetteurs assujettis canadiens ont un ou plusieurs actionnaires de contrôle, en l'occurrence souvent des familles ou des sociétés d'investissement ou de portefeuille. De même siègent des représentants des employés ou des syndicats à plusieurs conseils d'administration d'établissements d'enseignement ou de santé. Pour ce qui est des associations ou des corporations professionnelles, on y rencontre des critères d'éligibilité fondés, entre autres, sur la provenance géographique ou le domaine d'activités.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

L'affirmation des coprésidents de Power Corporation voulant que le public choisit d'investir dans certaines sociétés dans lesquelles Power détient une participation importante ou de contrôle parce qu'il sait que Power Corporation veille au grain et fait élire des administrateurs au sein des conseils de ces sociétés ne manque certes pas de fondement. De même aux États-Unis, plusieurs investisseurs vont pencher pour les investissements de Berkshire (Warren Buffett) pour les mêmes raisons.

Par ailleurs, les récentes **règles et lignes directrices adoptées par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières** (« ACVM ») précisent certains critères d'indépendance applicables aux administrateurs. Ces règles et lignes directrices ne modifient en rien les obligations de base que nous avons décrites précédemment. Malgré la parenté de certains aspects ou de certains effets, les notions de loyauté et d'indépendance sont distinctes. Évidemment toutefois, le respect des critères de l'indépendance des ACVM peut avoir pour effet d'éliminer certaines situations de conflit d'intérêts.

2. Les sources législatives

Dans le cas des sociétés constituées en vertu de la Loi canadienne sur les sociétés par actions, on retrouve la disposition principale à l'article 122 de cette loi :

« 122. (1) [**Devoir des administrateurs et dirigeants**] Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir :

a) avec intégrité et de bonne foi **au mieux des intérêts de la société**; [...] »

Dans le cas des compagnies constituées en vertu de la Loi sur les compagnies et de la plupart des autres personnes morales, les dispositions pertinentes se retrouvent aux articles 322, 323 et 324 du Code civil du Québec :

« 322. L'administrateur doit agir avec prudence et diligence.

Il doit aussi agir avec honnêteté et **loyauté dans l'intérêt de la personne morale.**

323. L'administrateur ne peut confondre les biens de la personne morale avec les siens; il ne peut utiliser, à son profit ou au profit d'un tiers, les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions, à moins qu'il ne soit autorisé à le faire par les membres de la personne morale.

324. L'administrateur doit éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur. [...] »

L'obligation de loyauté de l'**employé** est énoncée quant à elle à l'article 2088 du Code civil du Québec :

« 2088. Le **salarié**, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, **doit agir avec loyauté** et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail. »,

celle du **mandataire** principalement à l'article 2138 :

« 2138. Le **mandataire** est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence.

Il doit également agir avec honnêteté et **loyauté dans le meilleur intérêt du mandant** et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant. »,

et celle du **prestataire de services** à l'article 2100 :

« 2100. L'entrepreneur et le **prestataire de services** sont tenus **d'agir au mieux des intérêts de leur client**, avec prudence et diligence. [...] »

3. Décisions jurisprudentielles

Les tribunaux canadiens se sont penchés à maintes reprises sur la question des conflits d'intérêts touchant les administrateurs. Ainsi, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wise*¹ a analysé le comportement d'administrateurs qui avaient des intérêts, indirects ou directs, d'actionnaires au sein de deux sociétés qu'ils contrôlaient et dont ils étaient également administrateurs. La Cour a conclu que l'obligation de loyauté avait été respectée, que cette obligation était stipulée au bénéfice de la société et qu'elle ne s'étendait pas en faveur des créanciers.

Deux décisions ontariennes jettent sans doute plus d'éclairage sur cette question. Dans chacun des cas, Air Canada s'y trouve à titre d'actionnaire. Il s'agit des affaires *De Luce* et *Gemini*. Alors que dans la première affaire, les tribunaux ont considéré que les administrateurs-représentants d'Air Canada avaient enfreint leur obligation de loyauté, dans la seconde, ce sont les administrateurs-représentants d'un coactionnaire qui ont fait l'objet d'une conclusion similaire.

Affaire De Luce²

À la fin des années 80, Air Canada a comme stratégie d'investir dans les transporteurs régionaux sans en exercer le contrôle exclusif, laissant à ces derniers une certaine indépendance sur le plan de l'exploitation.

Ainsi, Air Canada détient alors une participation de 75% dans la société mère d'Air Ontario et la famille De Luce, par le biais de sociétés de portefeuille, une participation de 25%. William De Luce assume la présidence d'Air Ontario et en dirige l'exploitation. Le conseil d'administration se compose de sept (7) administrateurs-représentants d'Air Canada et de trois (3) de la famille De Luce.

William De Luce et Air Ontario ont signé un contrat d'emploi d'une durée de cinq (5) ans se terminant à la fin de février 1992 avec possibilité de renouvellement du consentement des parties. Les actionnaires sont quant à eux liés par une convention entre actionnaires qui dispose qu'à la **cessation d'emploi** soit de Stanley De Luce (le père) ou de William De Luce, selon la dernière à survenir, Air Canada aura l'**option d'acquérir l'intérêt de 25% de la famille De Luce.**

Au début des années 90, Air Canada change de stratégie et vise le contrôle complet et interne des transporteurs régionaux comme Air Ontario.

William De Luce est informé en octobre 1991 par des représentants d'Air Canada que cette dernière souhaite qu'il démissionne. Le conseil d'Air Ontario, dont les administrateurs-représentants d'Air Canada y siégeant, s'était jusqu'alors montré **satisfait du rendement** de William De Luce. Face au refus de William De Luce de se plier à la demande de démission, **le conseil d'administration, fort de l'appui des administrateurs-représentants d'Air Canada, décide du congédiement de William De Luce par voie de résolution majoritaire.**

Le Juge Robert Blair, alors juge de la Cour supérieure de l'Ontario mais depuis devenu juge à la Cour d'appel de l'Ontario, s'exprima ainsi:

[Traduction] « À mon avis, seul un congédiement effectué dans le but de promouvoir les intérêts d'Air Ontario - sans égard à sa raison - est susceptible de constituer une « cessation d'emploi » au sens de la convention, de façon à donner naissance au droit d'Air Canada de racheter les actions de De Luceco. (p. 308) [...] »

Tel que je l'ai déjà mentionné, une preuve très convaincante indique que, **faisant en sorte que le conseil d'Air Ontario congédie Monsieur De Luce, les représentants d'Air Canada agissaient de façon à donner effet aux intentions de cette dernière et n'ont effectué que peu d'analyse, le cas échéant, de ce qui pouvait être dans l'intérêt d'Air Ontario.**

¹ People Department Stores Inc. c. Wise, [2004] 3 R.C.S., p. 461.

² Deluce Holdings Inc. v. Air Canada, 8 B.L.R. (2d), p. 294.

Qu'une telle analyse, y eut-on procédé, ait pu révéler des raisons suffisantes, du point de vue d'Air Ontario, pour procéder à ce congédiement n'est pas la question. Non seulement n'y a-t-il pas eu d'« analyse raisonnable de la situation » sous cet angle, il appert que la considération prépondérante dans l'esprit des administrateurs résidait dans la poursuite du nouvel objectif social d'Air Canada.

Je suis convaincu qu'une telle conduite pourrait être considérée en droit comme étant injustement préjudiciable et avoir injustement ignoré les intérêts de De Luceco en tant qu'actionnaire minoritaire, tels que ceux-ci sont énoncés dans la convention unanime des actionnaires ». (pages 311 et 312)

Affaire Gemini³

En 1987, PWA (Canadian) et Air Canada forment une société en commandite (« Gemini ») aux fins d'exploiter un nouveau système commun de réservation. Covia se joint également à la société. Les parts sont réparties à raison de 33% chacun et de 1% pour le commandité. Les trois commanditaires principaux se partagent également un tiers des actions du capital social du commandité, une société par actions, et font élire trois administrateurs-représentants chacun au sein du conseil d'administration du commandité. Tant Canadian qu'Air Canada ont conclu une entente avec Gemini lui accordant des droits exclusifs quant à l'utilisation de son système aux fins de réservation de billets d'avion, entente intitulée *Hosting Agreement*. Entre autres dispositions y énoncées, l'entente prend fin deux (2) ans après la cessation du lien de commandite entre Canadian et Gemini. Par ailleurs, **le contrat de société prévoit la dissolution de la société si le commandité devient insolvable.**

Le commandité a un besoin urgent d'injection d'argent additionnel de la part des commanditaires et actionnaires du commandité.

Or, Canadian connaît ses propres difficultés financières. Elle recherche donc une alliance avec American Airlines. Un tel projet implique cependant que Canadian utilise le même système de réservation qu'American Airlines, soit Sabre.

Les administrateurs-représentants de Canadian au conseil du commandité de Gemini sont également partie prenante des négociations avec American Airlines.

Les administrateurs-représentants de Canadian ne divulguent pas à Gemini ou au commandité l'existence des négociations avec American Airlines et empêchent, par leur absence aux réunions du conseil, la prise d'une décision relativement à l'appel de fonds pour Gemini ou plus précisément pour le commandité.

Canadian invoque l'insolvabilité du commandité et demande la dissolution de la société, mais les tribunaux n'obtiennent pas à sa demande. Commentant la décision du jugement de première instance, la Cour d'appel sous la plume du Juge Griffiths, écrivant pour la majorité, exprime ce qui suit :

[Traduction] « En l'espèce, le juge du procès était tout à fait fondé à conclure qu'il y a eu **manquement aux obligations fiduciaires des administrateurs représentant PWA, puisqu'ils ont omis de divulguer cette partie des négociations avec AMR qui allait nuire gravement aux affaires de la société Gemini.** En effet, la transaction avec AMR envisageait une lourde perte pour la société, soit la perte de son service de système hôte. Également, le juge du procès était fondé à conclure que ces administrateurs, siégeant à la table de négociation, ont continué à transiger activement avec AMR, sachant que cela porterait préjudice à la société Gemini et avantagerait Sabre, un de ses principaux concurrents. »

La Cour d'appel de l'Ontario fait une distinction entre les éléments de la transaction projetée susceptibles et non susceptibles d'**influer négativement sur Gemini.** Or, dans le cadre de la transaction projetée, c'était le **retrait éventuel** de Canadian de l'entente de réservation intitulée *Hosting Agreement* qui présentait un risque d'effets négatifs pour Gemini. Par conséquent, selon la Cour d'appel, les administrateurs-représentants de Canadian n'avaient pas à divulguer à Gemini la transaction projetée avec American Airlines comme telle ou dans son ensemble, mais avaient par ailleurs l'obligation de divulguer le retrait projeté de Canadian de l'entente de réservation ou *Hosting Agreement*.

4. Précautions et mesures disponibles

Dans un tel contexte :

- Comment peut-on réconcilier les intérêts légitimes des investisseurs actionnaires ou membres et les obligations de l'administrateur-représentant ?
- Quelles précautions l'administrateur-représentant, et plus particulièrement l'administrateur-représentant qui est également employé de l'actionnaire ou du membre ou l'actionnaire ou membre lui-même, devrait-il prendre?

Rappelons a priori qu'aucune règle, aucune politique ni aucune mesure ne pourront remplacer le souci de l'administrateur d'agir avec intégrité et loyauté. Comme l'a démontré l'affaire Enron, des règles de conformité peuvent en apparence être respectées sans que l'objectif d'intégrité le soit. **Une conduite démontrant une bonne compréhension des obligations**

de l'administrateur, le souci de respecter ses obligations, la vigilance constante et l'exercice du bon jugement reste la première véritable précaution.

Mais, pour éviter toute confusion sur ses intentions, on ne pêchera pas par excès de prudence en ajoutant quelques flèches à son carquois. Voici donc quelques autres précautions bien ciblées :

Pour l'actionnaire ou membre d'une société (autre qu'un émetteur assujéti) :

- Utiliser une **convention unanime** en transférant aux actionnaires ou membres certains des pouvoirs qui peuvent être transférés aux actionnaires en requérant des proportions d'appui plus ou moins élevées selon l'importance de la décision (exemple : plan stratégique);
- Insérer dans les règlements ou dans une **résolution administrative** des dispositions relatives à la communication aux actionnaires ou membres des mêmes renseignements que ceux communiqués aux administrateurs en autorisant les administrateurs à le faire;
- **Ne pas communiquer à l'administrateur-représentant d'information confidentielle** sur les projets susceptibles d'entrer en conflit avec l'intérêt de la société.

Pour l'actionnaire ou membre (y compris un émetteur assujéti) :

- Dans le cas où il y a un **prêt** par l'actionnaire ou le membre à la société ou une avance de fonds à la société, prévoir dans la convention, qui décrit les obligations des parties, l'obligation pour la société de fournir certains renseignements et de respecter certains engagements (« restrictive covenants »);
- Dans le cas d'une souscription d'actions ou d'une adhésion, intégrer à la **convention de souscription** ou d'adhésion certaines conditions quant à la communication de l'information (le consentement explicite de tous les autres actionnaires ou membres devant être préférablement obtenu);
- Nommer un **interlocuteur distinct** de l'administrateur-représentant pour traiter des intérêts de l'actionnaire ou du membre;
- Dans le cas des **sociétés de gestion ou de portefeuille** (ex. : SGF, Fonds de solidarité, ...), qui n'exercent pas un pouvoir de contrôle, faire élire des administrateurs qui ne sont pas des employés.

³ PWA Corporation v. Gemini Group Automated Distribution Systems Inc., 10 B.L.R. (2d), p. 109.

Pour la société elle-même :

- Faire en sorte que le **président du conseil** et le secrétaire corporatif de la société évitent du mieux qu'ils peuvent de placer l'administrateur-représentant en situation de conflit d'intérêts, par exemple :
 - en **informant** (i.e. avant de transmettre quelque document ou information) l'administrateur-représentant du **risque** de conflit que présente pour lui un sujet dont le conseil doit être saisi et de la pertinence d'obtenir un **avis indépendant** (sur une base confidentielle) sur ce qu'il devrait faire dans cette situation particulière;
 - en évitant de transmettre quelque information ou document avant que cet avis soit obtenu;
- Établir au préalable les **règles de fonctionnement avec l'actionnaire** ou le membre qui entend faire élire des administrateurs-représentants;
- Adopter une **politique** et des lignes de conduite pour les administrateurs en prévoyant des dispositions spécifiques ou paramètres de fonctionnement visant les administrateurs-représentants;
- Donner une **formation** aux administrateurs sur les notions de « au mieux des intérêts de la société » et de « conflit d'intérêts » ainsi que sur les meilleures façons de prévenir des comportements non conformes; intégrer l'essentiel de cette formation dans un **manuel** ou guide de l'administrateur.

Pour l'administrateur-représentant :

- **Divulguer** immédiatement tout **conflit** d'intérêts réel ou potentiel, s'abstenir de voter sur le dossier conflictuel et éviter de prendre connaissance des documents et renseignements au soutien du dossier; si la simple divulgation du conflit peut constituer elle-même une divulgation de renseignements confidentiels ou un bris de l'obligation de loyauté à l'égard de l'actionnaire ou du membre qui l'a fait

élire au conseil de la société, démissionner du conseil, s'il s'agit d'un conflit portant sur des intérêts importants, ou obtenir un avis d'un conseiller juridique externe et indépendant sur les mesures à prendre;

- **Ne pas communiquer** de renseignements ou de documents confidentiels de la société à l'actionnaire ou au membre qui l'a fait élire;
- Obtenir une **reconnaissance écrite de la part de l'actionnaire** ou du membre qui l'a fait élire des paramètres de son indépendance, incluant la reconnaissance que son obligation de loyauté envers la société a préséance sur celle qu'il a envers lui et que le fait de respecter ses obligations d'administrateur ne pourra d'aucune façon constituer une violation de quelque obligation envers lui;
- Obtenir un **engagement d'indemnisation** clair et étendu de l'actionnaire ou du membre qui l'a fait élire.

Ces précautions, bien que non exhaustives, sont néanmoins une bonne façon de se prémunir contre de regrettables faux pas ou de malheureuses méprises. L'administrateur-représentant avisé prendra les précautions que lui dictent les circonstances, soit séparément ou concurremment.

Conclusion

Dans la plupart des cas, l'intérêt de l'actionnaire ou du membre qui a fait élire l'administrateur-représentant devrait correspondre au mieux des intérêts de la société. L'administrateur-représentant doit néanmoins faire un examen attentif de la situation avant d'exécuter une « commande » de l'actionnaire ou du membre et éviter toute action qui pourrait constituer un abus de droit ou une « oppression » envers la société ou d'autres actionnaires ou membres.

Des précautions doivent et peuvent être prises pour éviter les problèmes.

Nous vous invitons à prendre connaissance de nos autres bulletins et conférences, plus particulièrement de notre bulletin intitulé « Précautions suggérées aux administrateurs » (novembre 2005). Vous pouvez y avoir accès à partir de notre site Internet ou vous les procurer en format papier en communiquant avec l'adjointe de l'auteur.

André Laurin
514 877-2987
alaurin@lavery.qc.ca

MISE EN GARDE

Ce texte ne peut être utilisé ou reproduit en tout ou en partie sans l'autorisation expresse de Lavery, de Billy ou sans faire référence à sa source.

Vous pouvez communiquer avec les membres suivants des groupes Régie d'entreprise, Valeurs mobilières et Assurances responsabilité des administrateurs et dirigeants pour toute question relative à ce bulletin.

Régie d'entreprise

À nos bureaux de Montréal
Isabelle Lamarre
André Laurin

À nos bureaux de Québec
Jacques R. Gingras

Valeurs mobilières

À nos bureaux de Montréal
Michel Blouin
René Branchaud
Georges Dubé
Isabelle Lamarre
André Laurin
Larry Markowitz
Jean Martel
Michel Servant
Sébastien Vézina

Assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants

À nos bureaux de Montréal
Anne Bélanger
Jean Bélanger
Julie Cousineau
Odette Jobin-Laberge
Bernard Larocque
Robert W. Mason
J. Vincent O'Donnell, c.r.
Ian Rose
Jean-Yves Simard

Montréal
Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec)
H3B 4M4

Téléphone :
514 871-1522
Télécopieur :
514 871-8977

Québec
Bureau 500
925, Grande Allée Ouest
Québec (Québec)
G1S 1C1

Téléphone :
418 688-5000
Télécopieur :
418 688-3458

Laval
Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec)
H7T 2R5

Téléphone :
514 978-8100
Télécopieur :
514 978-8111

Ottawa
Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario)
K1R 7X7

Téléphone :
613 594-4936
Télécopieur :
613 594-8783

Abonnement
Vous pouvez vous abonner, vous désabonner ou modifier votre profil en visitant notre site Internet www.laverydebilly.com/htmlfr/Publications.asp ou en communiquant avec Carole Genest au 514 877-3071.

© Tous droits réservés 2006, 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.