

Les obligations, la responsabilité des administrateurs et les sources d'indemnisation

Chantal Tremblay et Emmanuelle Poupart, associées en litige, McCarthy Tétrault

Marie Giguère, première vice-présidente, Affaires juridiques et secrétariat, Caisse de dépôt et placement du Québec

Martine Turcotte, vice-présidente exécutive et chef des affaires juridiques et des questions de réglementation, BCE Inc

Contexte législatif

Incorporation d'une entreprise au Québec :

- ↪ En vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., chapitre S-31.1 (LSA)
 - ↪ La LSA, est entrée en vigueur le 14 février 2011. Elle a réformé et modernisé de façon importante la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c C-38 (LCQ), qui n'avait pas fait l'objet de révisions importantes depuis 1981
 - ↪ Les dispositions transitoires de la LSA prévoient que toutes les compagnies qui étaient régies par la Partie IA de la LCQ sont maintenant automatiquement régies par la LSA
- ↪ En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) c. C-44 (LCSA)

Les devoirs généraux d'un administrateur envers la compagnie/société

Les devoirs généraux

- 1) Devoir d'agir personnellement
(art. 321, 2140 et 2141 CCQ)
- 2) Devoir d'agir avec prudence et diligence (obligation de diligence) (art. 122(1) b) LCSA, art. 322 et 1457 CCQ, art. 119 LSA)
- 3) Devoir d'agir avec honnêteté, loyauté et dans le meilleur intérêt de la compagnie (obligation fiduciaire) (art. 122 (1) a) LCSA, art. 332 CCQ, art. 119 LSA)

1) Devoir d'agir avec prudence et diligence (obligation de diligence)

- art. 322 CCQ: "l'administrateur doit agir avec prudence et diligence"
- art.119 LSA : "(...) les administrateurs sont notamment tenus envers la société, dans l'exercice de leurs fonctions, d'agir avec prudence et diligence (...)"
- art. 122 (1)b) LCSA: "les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions agir:
(...)
b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente

Selon les commentaires du Ministre en lien avec l'art. 119, on semble vouloir s'éloigner des principes dégagés notamment dans la décision Peoples

1) Devoir d'agir avec prudence et diligence (suite)

Appréciation des tribunaux?

- Composante objective (la prudence de la personne raisonnable placée en pareilles circonstances)
- Composante subjective (habilités et expérience de l'administrateur)

En somme:

"Les devoirs de prudence et de diligence imposés par la loi aux administrateurs (...) leur imposent (...) de faire de leur mieux avec la compétence et le sens des affaires qu'ils ont; ils leur imposent aussi d'agir avec diligence pour se prémunir contre leurs propres imperfections, en recherchant l'aide de conseillers qualifiés (...)."

Maurice Martel et Paul Martel, *La Compagnie au Québec: les aspects juridiques*, Wilson et Lafleur, Montréal, 2009, p.23-25

1) Devoir d'agir avec prudence et diligence (suite)

Ce devoir comporte des obligations précises:

- a) assister régulièrement aux réunions du CA
- b) demeurer informé et se renseigner sur les activités de la compagnie
- c) surveiller et contrôler les personnes qui exercent les pouvoirs délégués par les administrateurs

1a) Assister régulièrement aux réunions du conseil d'administration

- art. 123(3) LCSA: si une résolution a été adoptée ou une mesure prise lors d'une réunion, l'administrateur absent sera présumé y avoir consenti. Sa responsabilité personnelle sera engagée à moins qu'il ne fasse connaître sa dissidence dans le 7 jours suivant sa connaissance
- Au Québec, cette présomption est prévue à l'art.139 LSA

1b) Demeurer informé et se renseigner sur les activités de la compagnie

- Lire et analyser la documentation et poser les questions pertinentes
- Nécessaire afin de prendre une décision éclairée
- L'administrateur qui, de bonne foi, se fonde sur l'opinion ou le rapport de personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations, jouit d'une certaine protection (art. 123(5) LCSA et art. 121 LSA)

1b) Demeurer informé et se renseigner sur les activités de la compagnie (suite)

- Attention : Les dirigeants ne sont pas des professionnels au sens de l'article 123(5) LCSA, ce qui veut dire que l'administrateur n'est pas protégé s'il se base sur le rapport d'un dirigeant.
- *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461:

“78 Même si M. Clément était titulaire d'un baccalauréat en commerce et qu'il avait 15 ans d'expérience en administration et en finance chez Wise, cette expérience ne correspond pas au degré de professionnalisme requis pour que les administrateurs puissent invoquer les conseils reçus de lui pour faire échec à une poursuite fondée sur l'obligation de diligence. Les groupes de professionnels désignés à l'al. 123(4)b) sont les avocats, les comptables, les ingénieurs et les estimateurs. Monsieur Clément n'était pas comptable, ses activités n'étaient pas réglementées par une organisation professionnelle et il n'avait pas lui-même souscrit à une police d'assurance-responsabilité professionnelle. On ne saurait conclure qu'en raison de son titre de vice-président aux finances, M. Clément était une personne « dont la profession permet d'accorder foi à [ses] déclarations.”
- Un administrateur doit donc s'informer avant de signer les états financiers

1b) Demeurer informé et se renseigner sur les activités de la compagnie (suite)

- Art. 121 LSA: crée une présomption de conduite prudente et diligente si, de bonne foi, et pour des motifs raisonnables l'administrateur se fie à l'information ou à l'opinion fournie par:
 - 1) un dirigeant que l'administrateur croit fiable et compétent
 - 2) un conseiller juridique, un expert-comptable ou une autre personne engagée à titre d'expert par la société
 - 3) un comité du conseil d'administration dont l'administrateur n'est pas membre et qu'il croit digne de confiance

1c) Surveiller et contrôler les personnes qui exercent les pouvoirs délégués par les administrateurs

- Dans le choix des dirigeants, les administrateurs doivent s'assurer de leur compétence, de leur intégrité et de leur honnêteté (art. 2141 CCQ)
- Normalement, un administrateur n'est pas responsable des agissements des dirigeants ou autres administrateurs mais le défaut de surveillance peut être assimilé à une faute contributive
- Attention à l'aveuglement volontaire:

Blair c. Consolidated Enfield Corp., [1995] 4 R.C.S. 5:

“69 [...] Par conséquent, les administrateurs ne seront tenus responsables des mauvaises actions de représentants de la société que s'ils ont personnellement fait preuve de négligence ou s'ils ont agi déraisonnablement en s'en remettant à un représentant alors qu'ils avaient une raison de douter de son intégrité ou de sa compétence.”

Face aux tribunaux...

(Devoir d'agir avec prudence et diligence)

L'administrateur peut soulever la défense de diligence raisonnable de l'article 123(5) LCSA:

“L'administrateur s'est acquitté des devoirs imposés en vertu du paragraphe 122(1) s'il s'appuie de bonne foi sur :

- a) les états financiers de la société qui, d'après l'un de ses dirigeants ou d'après le rapport écrit du vérificateur, reflètent équitablement sa situation;
- b) les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations”

Face aux tribunaux...

(Devoir d'agir avec prudence et diligence)

Les gestes concrets de la diligence raisonnable:

- appliquer des mesures de contrôle et des systèmes internes pour s'assurer de la mise-en-œuvre des politiques
- demander des examens adéquats et des rapports périodiques
- prendre les mesures appropriées dès qu'un problème est signalé à l'administrateur

Face aux tribunaux...

(Devoir d'agir avec prudence et diligence) (suite)

- Les tribunaux font preuve de retenue à l'égard des décisions prises de bonne foi par les administrateurs en appliquant la règle de l'appréciation commerciale ("*business judgment rule*"):

Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, [2004] 3 R.C.S. 461:

“67 On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les décisions prises doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence, il convient de répéter que l'on n'exige pas d'eux la perfection. 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.”

(au même effet voir: *Kerr c. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 331 et *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560)

2) Devoir d'agir avec honnêteté, loyauté et dans le meilleur intérêt de la compagnie (obligation fiduciaire)

- art. 122(1)a) LCSA: agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société
- art. 119 LSA: les administrateurs sont tenus, envers la société, d'agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de cette dernière

2) Devoir d'agir avec honnêteté, loyauté et dans le meilleur intérêt de la compagnie (suite)

- intérêts de la société: ce concept dépasse le seul intérêt des actionnaires

Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, [2004] 3 R.C.S. 461:

“42 [...] 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.”

2) Devoir d'agir avec honnêteté, loyauté et dans le meilleur intérêt de la compagnie (suite)

- Si les intérêts sont opposés, l'obligation des administrateurs est envers la société. Les administrateurs doivent utiliser leurs compétences au mieux des intérêts de la société pour créer une "meilleure" société (*Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461)
- Il n'existe pas de règles absolues ni de principe voulant que les intérêts d'un groupe doivent prévaloir sur ceux d'un autre groupe. Il faut se demander à chaque fois si, dans les circonstances, les administrateurs ont agi au mieux des intérêts de la société en traitant notamment les parties touchées par les actes de la société de façon équitable et en tant qu'entreprise socialement responsable (Obligation de "traitement équitable") (*BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560)

2) Devoir d'agir avec honnêteté, loyauté et dans le meilleur intérêt de la compagnie (suite)

- ↪ L'administrateur ne peut pas profiter de ses fonctions...
 - ↪ pour en tirer des gains personnels
 - ↪ pour s'approprier des biens matériels de la compagnie
 - ↪ pour s'approprier des informations ou des occasions d'affaires de la compagnie. Il doit préserver la confidentialité des renseignements auxquels ses fonctions lui donnent accès
- ↪ art. 323 à 326, 2146 CCQ
- ↪ Éviter de se placer dans une situation de conflits d'intérêts avec ses obligations d'administrateur:
 - ↪ art. 120(1) LCSA: communication des intérêts et abstention de participer au vote sur la résolution concernant le contrat ou l'opération
- ↪ Art. 122 et 123 LSA : visent la dénonciation de l'intérêt d'un administrateur ou d'un dirigeant dans un contrat ou dans une opération, auxquels la société est partie
- ↪ Ce régime précise que, lorsqu'un administrateur qui a un intérêt ne peut voter relativement à la question, cet administrateur ne pourra être présent pendant les délibérations du conseil s'y rapportant

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs

- Règles générales de la responsabilité civile
- Demande de redressement pour abus (art. 241 LCSA, art. 450 LSA)
- Action dérivée ou oblique (art. 239 LCSA, art. 445 LSA)
- Définition très large du plaignant:

Toute personne qui, d'après un tribunal, a qualité pour représenter les demandes visées à la présente partie (art. 238 LCSA)

Détenteur inscrit ou bénéficiaire, ancien ou actuel, de valeurs mobilières, administrateurs ou dirigeant, ancien ou actuel et toute personne qui a l'intérêt requis d'après le tribunal (art. 439 LSA)

Dans *Léger. c. Garage Technology Ventures Canada, I.p. (Capital st-Laurent, I.p.)**, 2010 QCCS 4080, la Cour a reconnu comme plaignante une détentriche d'option d'achat. La Cour a considéré à titre de bénéficiaire de valeurs mobilières, elle constituait un véritable propriétaire puisque son droit de devenir actionnaire n'était sujet qu'à une banale formalité.

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Demande de redressement pour abus:

- ↪ Le tribunal peut par ordonnance redresser la situation provoquée par la société qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilière, ou se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts:
 - 1) soit en raison de son comportement
 - 2) soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes
 - 3) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leurs pouvoirs
- ↪ Ce recours engage la responsabilité personnelle de l'administrateur

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

→ Art. 450 LSA

- “Redressement en cas d’abus de pouvoir ou d’iniquité
Un demandeur peut s’adresser au tribunal en vue d’obtenir une ordonnance visant à redresser la situation lorsque, de l’avis du tribunal, la société ou une personne morale du même groupe agit abusivement ou s’apprête à agir abusivement à l’égard des détenteurs de valeurs mobilières de la société ou à l’égard de ses administrateurs ou de ses dirigeants, ou qu’elle se montre injuste ou s’apprête à se montrer injuste à leur égard en leur portant préjudice:

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

- 1) soit en raison de son comportement;
 - 2) soit par la façon dont elle exerce, a exercé ou s'apprête à exercer ses activités ou par la façon dont elle conduit, a conduit ou s'apprête à conduire ses affaires internes;
 - 3) soit par la façon dont les administrateurs exercent, ont exercé ou s'apprêtent à exercer leurs pouvoirs”;
- ↪ Différences avec la LCSA:
- ↪ le terme “s'apprête” (plus grande portée: conduites passées et futures)
 - ↪ Omission de la notion d'atteinte aux intérêts (« Unfairly Disregard ») que l'on retrouve à l'art. 241 LCSA qui est de la pure *equity* en Common Law et ne devrait pas être prise en compte dans les notions civilistes de faute et préjudice

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976, [2008] 3 R.C.S. 560:

“Ce recours confère au tribunal un vaste pouvoir d'imposer le respect non seulement du droit mais de l'équité. Le sort de la demande de redressement pour abus dépend en outre des faits: ce qui est juste et équitable est fonction des attentes raisonnables des parties intéressées compte tenu du contexte et des rapports entre les parties (...).”

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Appréciation du Tribunal:

→ Le tribunal saisi d'une demande de redressement pour abus doit répondre à deux questions:

- 1) La preuve étaye-t-elle l'attente raisonnable invoquée par le plaignant?
- 2) La preuve établit-elle que cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement abusif, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte d'un intérêt pertinent?

(*BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560)

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Listes non-exhaustive de facteurs pertinents à l'appréciation d'une attente raisonnable:

- les pratiques commerciales courantes
- la nature de la société (société fermée ou publique)
- les rapports entre les parties (liens familiaux ou d'amitiés)
- les pratiques antérieures
- les mesures préventives qui auraient pu être prises
- les déclarations et conventions (prospectus, circulaires et autres)
- la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

- Toutes les attentes déçues ne donnent pas ouverture à une demande sous l'article 241 LCSA
- Le terme "abus" est synonyme d'un comportement coercitif et excessif et évoque la mauvaise foi
- Le "préjudice injuste" implique une conduite moins grave que l'abus mais dont les conséquences sont injustes
- L'"omission injuste de tenir compte" réfère à une situation où un intérêt a été perçu comme sans importance

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Action dérivée ou action oblique

- Permet notamment à l'actionnaire d'intenter un recours au nom et pour le compte de la société ou l'une de ses filiales pour les dommages encourus par la société
- Les dommages peuvent résulter du manque de prudence et de diligence des administrateurs (art. 122(1) LCSA, art. 322 CCQ)

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Responsabilité civile statutaire applicable au marché secondaire prévue à la LVMQ:

- Auparavant, les administrateurs d'une compagnie n'étaient responsables que des informations fausses ou trompeuses dans les documents émis lors du premier appel public à l'épargne (PAPE)
- En se basant sur la loi ontarienne sur les valeurs mobilières, les provinces canadiennes (incluant le Québec) ont graduellement modifié leurs lois respectives
- La responsabilité des administrateurs peut maintenant être retenue 1) pour les informations fausses ou trompeuses retrouvées dans tout écrit dont le contenu peut raisonnablement avoir un effet sur le cours ou la valeur d'un titre ou 2) en raison du défaut de fournir à temps de l'information sur les changements importants

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Au Québec:

- art. 225.8 et 225.11 *Loi sur les valeurs mobilières* (LVMQ)
- art. 225.12 LVMQ

"Le demandeur n'a pas à établir qu'il a acquis ou cédé un titre en se fiant au document ou à la déclaration publique contenant une information fausse ou trompeuse ou en tenant pour acquis que l'émetteur a respecté ses obligations d'information occasionnelle"

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

- art. 225.33 LVMQ: Responsabilité limitée au plus élevé d'un des montants suivants:
 - 1° dans le cas de l'émetteur et de la personne influente qui n'est pas une personne physique, 5% de sa capitalisation boursière ou 1 000 000 \$;
 - 2° dans le cas d'une personne physique autre que l'expert, 50% de la rémunération globale reçue de l'émetteur et des sociétés du même groupe, ou 25 000 \$; dans le cas de l'administrateur ou du dirigeant de la personne influente, 50% de la rémunération globale reçue de cette dernière et des sociétés du même groupe, ou 25 000 \$;
 - 3° dans le cas de l'expert, le revenu que lui et les sociétés du même groupe ont tiré de l'émetteur et des sociétés du même groupe au cours de la période de 12 mois précédant le moment où les informations fausses ou trompeuses ont été fournies ou 1 000 000 \$.

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Conséquence :

Naissance de recours collectifs intentés par des actionnaires

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Silver v. Imax Corporation, 2009 CanLII 72334 (ON S.C.)

- Recours collectif intenté contre Imax et ses administrateurs pour représentations fausses et erronées dans les communiqués de presse et états financiers
- Premier recours collectif portant sur art. 138.3 du Ontario *Securities Act*
- Le 14 décembre 2009, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a accueilli la requête en autorisation d'exercer le recours collectif (présentement en appel)
- Le 14 février 2011, la permission d'en appeler a été refusée. Cette cause sera donc vraisemblablement entendue au mérite.

Devoirs et responsabilité envers les actionnaires et investisseurs (suite)

Au Québec :

121851 Canada Inc. c. Theratechnologies Inc. :

- Au stade de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif contre un émetteur assujetti (intentée le 26 juillet 2010)
- Le défendeur n'aurait pas divulgué un changement important, soit les préoccupations de la Food and Drug Administration des États-Unis (FDA) quant à son produit principal
- Le demandeur cherche à représenter ceux qui détenaient des actions du défendeur le 21 mai 2010 et qui s'en sont départis les 25 et 26 mai 2010
- Le 27 mai 2010, la compagnie a annoncé l'issue favorable avec la FDA et le cours des actions s'est redressé le jour suivant

Devoirs et responsabilité envers les créanciers

Devoirs et responsabilité envers les créanciers

- ↪ Principalement dans un contexte d'insolvabilité, de réorganisation ou de changement de contrôle
- ↪ les administrateurs ont, envers les créanciers, une obligation de diligence qui ne s'élève pas au niveau d'une obligation fiduciaire
- ↪ art. 122(1)b) LCSA et art. 322 al 1 CCQ (devoir d'agir avec prudence et diligence)

Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, [2004] 3 R.C.S. 461 au para 57:

“Ainsi, le bénéficiaire de l'obligation de diligence est identifié de façon beaucoup plus générale et il semble évident qu'il faut y inclure les créanciers.”

“Par conséquent, si un bris de l'obligation de diligence, lien de causalité et les dommages sont établis, les créanciers peuvent avoir recours à l'article 1457 C.c.Q. pour faire valoir leurs droits.”

Devoirs et responsabilité envers les créanciers (suite)

- ↪ Possibilité d'un recours en redressement pour abus de droit, de pouvoir ou d'iniquité (241 LCSA):
 - ↪ on reconnaît au créancier le statut de plaignant (art. 238 d) LCSA) (*First Edmonton Place Ltd. v. 315888 Alta. Ltd.*, 1988 CanLII 168 (AB Q.B.) (N.B. PL 63 art 450: les créanciers ne sont pas visés)
 - ↪ la justice et l'équité commandent un tel recours (*Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461)
- ↪ Engage la responsabilité personnelle de l'administrateur:
 - ↪ s'il a un intérêt personnel dans la décision préjudiciable
 - ↪ si la décision a pour objectif une finalité illégitime

En somme...

Les administrateurs ont certains moyens à leur disposition pour se prémunir des contestations ultérieures de leurs décisions:

1. Constitution d'un comité indépendant avec des administrateurs externes:
 - mandat: recommander différentes options
 - assure l'indépendance et évite les soupçons de conflits d'intérêts
2. Adoption d'un processus clair pour la transmission des informations pertinentes aux administrateurs
 - Les administrateurs devraient donc :
 - s'assurer d'avoir toutes les informations pertinentes transmises au conseil d'administration et demander des informations supplémentaires, au besoin
 - consigner leurs interventions, accords et désaccords aux procès-verbaux des réunions afin de démontrer ultérieurement qu'ils ont agi de façon diligente
3. Recourir à des experts indépendants lorsque nécessaire:
 - Lorsque la décision de l'administrateur est fondée sur le rapport d'expert, il doit s'assurer de le comprendre en questionnant le rapport

Devoirs et responsabilités envers les tiers

Devoirs et responsabilités envers les tiers

L'administrateur sera personnellement responsable envers le tiers, notamment dans les situations suivantes:

- il s'est engagé à assumer les obligations de la compagnie (ex: caution)
- il a participé personnellement à l'accomplissement d'un acte fautif par la compagnie
- il a maintenu un recours mal fondé alors que la compagnie est insolvable. Il pourra être personnellement tenu de payer les dépens et les frais d'expertise. (*Gestion finance Tamalia inc. c. Garrel*, [2010] R.R.A. 105. Inscrite en appel. Requêtes en rejet d'appel rejetées.)

Devoirs et responsabilités envers les tiers (suite)

L'administrateur ne sera généralement pas responsable s'il y a rupture de contrat par la compagnie, sauf si:

- ↪ L'exécution avait été personnellement promise ou garantie (art. 2333 et ss CCQ)
- ↪ L'administrateur a fait de fausses représentations ou a donné des informations erronées (art. 1457 CCQ)
- ↪ Une faute extracontractuelle a été commise en lien avec la rupture (malice, conflit d'intérêts, bénéfice personnel direct ou indirect au détriment de la compagnie) (art. 1457 et art. 1526 CCQ)
- ↪ L'administrateur a excédé le cadre de ses pouvoirs (a contracté sans l'autorisation de la compagnie)

Quelques exemples en lien avec les tiers...

Quelques exemples en lien avec les tiers...

Poursuite en diffamation:

Fillion c. Chiasson [2007] R.J.Q. 867

- La responsabilité personnelle de l'administrateur Patrice Demers, de la compagnie Genex qui emploie l'animateur de radio Jean-François Fillion, est retenue
- La Cour d'appel confirme les propos du premier juge:

“Demers connaissait les excès commis en ondes par Fillion puisqu'ils avaient fait l'objet d'une sévère mise en garde du CRTC en juillet 2002. Demers n'a rien fait de concret pour remédier à cette situation et « le salissage de la réputation de Mme Chiasson a continué par la suite ». Sur cette base, le juge conclut à la responsabilité solidaire de Demers avec les autres appelants.”

Quelques exemples en lien avec les tiers... (suite)

Violation d'une obligation fiduciaire:

Air Canada c. M & L Travel Ltd., [1993] 3 R.C.S. 787

- La CSC conçoit qu'il est "difficile de trancher la question de savoir si la violation d'une obligation fiduciaire a été malhonnête et frauduleuse parce que la société ne peut agir que par l'intermédiaire de personnes physiques qui sont souvent les tierces parties dont la responsabilité est en cause"
- La CSC retient : la conscience du gestionnaire, le fait qu'il gérait les fonds en question, le fait qu'il a fait courir sciemment et de manière injustifiée un risque au détriment du bénéficiaire
- De toute évidence, l'administrateur a participé ou aidé à la violation d'une obligation fiduciaire

Quelques exemples en lien avec les tiers... (suite)

Soulèvement du voile corporatif :

- art 317 CCQ: La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.

Quelques exemples en lien avec les tiers... (suite)

Paul MARTEL, *Le "voile corporatif" – L'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec*», [1998] 58 R. du B. 95, 135-136:

“(L’administrateur) a utilisé la compagnie qu’il contrôle comme écran, comme paravent pour tenter de camoufler le fait qu’il a commis une fraude ou un abus de droit ou qu’il a contrevenu à une règle intéressant l’ordre public ; en d’autres termes, l’acte apparemment légitime de la compagnie revêt, parce que c’est lui qui la contrôle et bénéficie de cet acte, un caractère frauduleux, abusif ou contraire à l’ordre public”

Quelques exemples en lien avec les tiers... (suite)

Décision de principe sur la levée du voile corporatif:

Lanoué c. Brasserie Labatt Limitée, J.E. 1999-857 (C.A.)

Quelques exemples en lien avec les tiers... (suite)

- ↪ L'administrateur engage aussi sa responsabilité personnelle s'il contrevient aux tests comptables (par exemple, art. 42 LCSA et art. 104 LSA)
- ↪ Exemple :
 - ↪ versement d'un dividende en contravention au test comptable
 - ↪ le bénéficiaire doit rembourser le montant
 - ↪ sans quoi, les administrateurs sont solidairement responsables des montants non remboursés
- ↪ Défense possible: motifs raisonnables de croire que les tests étaient respectés, notamment suite à l'avis d'un professionnel/expert

Quelques exemples en lien avec les tiers... (suite)

Attention aux transactions d'initiés - l'administrateur qui utilise à son profit un renseignement confidentiel afin de transiger sur les valeurs mobilières de la compagnie pourra être tenu:

- d'indemniser les personnes qui ont subi des dommages directs
- d'indemniser la société des profits/avantages obtenus
- au paiement à des dommages-intérêts

Quelques exemples en lien avec les tiers... (suite)

- art. 287 LSA – Les administrateurs engagent leur responsabilité si la société issue de la fusion ne peut acquitter son passif à échéance:

“Les administrateurs des sociétés qui ont fusionné alors qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que la société issue de la fusion ne pourrait acquitter son passif à échéance sont solidairement responsables des dettes de la société issue de la fusion subsistant après la discussion des ses biens.”

Responsabilité : salaire et bénéfices impayés

Responsabilité : salaire et bénéfices impayés

Qu'est-ce-que cela inclut?

- ↪ salaire
- ↪ vacances
- ↪ congés
- ↪ commissions
- ↪ remboursement de dépenses
- ↪ avantages sociaux
- ↪ indemnité de cessation d'emploi (mais non pas le préavis de cessation)

Responsabilité : salaire et bénéfices impayés (suite)

Responsabilité solidaire des administrateurs:

→ art. 119(1) LCSA

(*Barrette c. Crabtree (Succession de)*, [1993] 1 R.C.S. 1027)

→ art. 154 LSA

Possibilité de faire une division inégale des sommes dues:

→ art. 1537 CCQ

→ art. 119(6) LCSA

(Exemple : proportionnalité relative à la durée du mandat)

Responsabilité : salaire et bénéfices impayés (suite)

Défense possible

- art. 123(4) LCSA et 158 LSA – défense de diligence raisonnable
- Dans la LCQ – aucune défense de diligence raisonnable

Responsabilité : déductions à la source

Responsabilité : déductions à la source

Responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs en cas d'insolvabilité de la compagnie, advenant que des retenues à la source n'aient pas été remises

- ↪ art. 227.1 *Loi de l'impôt sur le revenu*
- ↪ art. 24.0.1 *Loi sur le Ministère du revenu*
- ↪ art. 21.1 *Loi sur le Régime de pension du Canada*
- ↪ art. 83(1) *Loi sur l'assurance-emploi*
- ↪ *Loi sur le régime de rentes du Québec, Loi sur l'assurance parentale, Loi sur les normes du travail, Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'oeuvre ou Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*

Responsabilité : déductions à la source (suite)

La responsabilité personnelle de l'administrateur est engagée si:

- les sommes auraient dû être retenues pendant son mandat
- le recours est intenté dans un délai de deux ans suivant la fin du mandat

Responsabilité : déductions à la source (suite)

Défense possible?

→ **Art. 24.0.2 *Loi sur le ministère du Revenu*:**

“L'article 24.0.1 ne s'applique pas à un administrateur qui a agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnable dans les circonstances ou qui, dans ces mêmes circonstances, n'a pu avoir connaissance de l'omission visée par cet article.”

Responsabilité : déductions à la source (suite)

En ce qui concerne l'art. 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un administrateur ne sera pas tenu responsable s'il a fait preuve de diligence. L'Agence du revenu du Canada considère que les exemples suivants sont des actes diligents:

- mise en place de comptes séparés pour les retenues relatives aux employés, à la TPS/TVH, à la Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien et à la taxe d'accise
- structure interne obligeant les cadres financiers à faire un rapport régulier sur l'état de ces comptes
- confirmation régulière que les retenues ont été faites

Directors' Liability Section 227.1 of the Income Tax Act, Section 323 of the Excise Tax Act, Section 81 of the Air Travellers Security Charge Act, and subsection 295(1) of the Excise Act, 2001, Income Tax Information Circular 89-2R2

Responsabilité : taxes

Responsabilité : taxes

- Les mêmes principes s'appliquent que dans le cas des déductions à la source
- art. 24 et 24.0.1 *Loi sur le ministère du Revenu*
- art. 323 *Loi sur la taxe d'accise*

Responsabilité : environnement

Responsabilité : environnement

Dans le régime actuel, deux situations possibles:

- l'administrateur a activement participé à la contravention de la loi ou du règlement qui vise à protéger l'environnement
- l'administrateur ne s'est pas acquitté de son devoir de prudence et de diligence
- *R. v. Bata Industries Ltd.*, 1995 CanLII 395 (ON C.A.)

Responsabilité : environnement (suite)

- ↪ *Loi sur la qualité de l'environnement* (Québec)
 - ↪ art. 109.3
 - ↪ art. 113
- ↪ *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*
 - ↪ art. 95(1)
 - ↪ art. 235
 - ↪ art. 280

Responsabilité : environnement (suite)

Défense possible?

- L'administrateur ne sera responsable que dans la mesure où, sciemment ou par négligence, il a causé le rejet ou y a contribué
- Il a exercé toute la diligence voulue pour l'empêcher

Responsabilité : environnement (suite)

- Le projet de loi 89 apporte des modifications majeures à Loi sur la qualité de l'environnement afin d'en renforcer le respect (présenté le 15 avril 2010, présentement en consultations particulières et auditions publiques)
- Crée une présomption de responsabilité à l'égard des administrateurs et dirigeants d'une personne morale qui commet une infraction à la LQE à moins qu'ils n'établissent que l'infraction a été commise à leur insu, sans leur consentement et malgré des dispositions prises pour en prévenir la perpétration (art. 115.39 PL89)

Responsabilité : environnement (suite)

- Introduction de sanctions administratives allant jusqu'à 2 000\$ pour la personne physique et 10 000\$ pour la personne morale
- Rehaussement des sanctions pénales. Pour avoir émis un contaminant dans l'environnement (art. 20 LQE), l'amende d'une personne morale peut maintenant aller jusqu'à 6M\$ (au lieu de 250 000\$)
- Lorsque l'infraction est commise par un administrateur ou un dirigeant, les montants minimal et maximal de l'amende sont le double de ceux prévus pour la personne physique

Responsabilité : environnement (suite)

Augmentation du délai de prescription pour les poursuites pénales qui se prescrivent par un délai de 5 ans de la perpétration de l'infraction (au lieu de 2 ans)

- Dans le cas de fausses représentations, d'une infraction relative aux matières dangereuses et de l'art. 20 LQE, suivant le délai le plus long:
 - 5 ans de la perpétration ou
 - 2 ans à compter de la date à laquelle l'inspection ou l'enquête qui a donné lieu à la découverte de l'infraction a été entreprise

Responsabilité : environnement (suite)

- Le projet de loi C-16 modifie également les lois environnementales canadiennes et accroît la responsabilité des administrateurs (sanctionné le 18 juin 2009 et partiellement en vigueur depuis le 10 décembre 2010)
- Art. 126 du PL C-16: interdiction de défense de diligence raisonnable pour toute violation de la nouvelle loi sur les pénalités administratives en matière d'environnement
- Art. 76 du PL C-16: interdiction de défense de diligence raisonnable pour certaines infractions à la loi canadienne sur la protection de l'environnement (ex.: si risque de causer des blessures)

Sources d'indemnisation

Sources d'indemnisation

Quatre sources d'indemnisation:

- Source statutaire
- Le règlement d'indemnisation
- La convention d'indemnisation
- La police d'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants

Source statutaire

- Législation provinciale
 - art. 159, 160 et 161 LSA
- Législation fédérale
 - art. 124 LCSA
- La société doit indemniser ses administrateurs et dirigeants et leur avancer certaines sommes
 - Condition: exercice des fonctions avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la société

Le règlement d'indemnisation

- L'indemnisation offerte par le règlement d'indemnisation est généralement identique à celle offerte dans les lois
- Adopté par les actionnaires qui peuvent décider de le changer sans le consentement des administrateurs

Convention d'indemnisation

- C'est un contrat entre l'administrateur et la compagnie
- Avantages:
 - consentement de l'administrateur nécessaire pour qu'il y ait modification
 - on peut y prévoir une indemnisation plus large

La police d'assurance

Objets de l'assurance:

- Indemniser
- Assumer la défense des administrateurs et dirigeants poursuivis
 - art. 2503 CCQ (disposition d'ordre public relatif, art. 2414 CCQ)

La police d'assurance (suite)

Types de couverture:

- Toutes sommes que les administrateurs peuvent légalement être tenus de payer à des tiers (couverture A) (principalement lorsque la compagnie n'indemnise pas)
- Remboursement à la compagnie des montants qu'elle a versés pour indemniser les administrateurs et dirigeants (couverture B)
- Couverture pour l'entité en cas de réclamations en lien avec les valeurs mobilières ("entity coverage") (couverture C)

La police d'assurance (suite)

L'importance de s'attarder aux définitions:

- assuré : vérifier si l'administrateur de fait (de facto) bénéficie de la couverture d'assurance
- perte : parfois une définition restrictive qui exclut les réclamations pour taxes impayées
- acte répréhensible : tout manquement, toute erreur, toute négligence ou toute fausse représentation

La police d'assurance (suite)

Principales exclusions:

- les faits connus
- la diffamation
- la responsabilité découlant des profits et des avantages obtenus en violation de l'obligation fiduciaire
- préjudice corporel ou dommage matériel
- la responsabilité liée aux transactions d'initiés
- la responsabilité environnementale (sauf parfois pour les frais de défense)
- les réclamations pour services professionnels
- les réclamations émanant d'un actionnaire important ou majoritaire
- les réclamations d'assuré contre assuré
- les réclamations relatives aux fonds de pension
- les réclamations pour faute intentionnelle

La police d'assurance (suite)

Quelques clauses intéressantes à considérer:

- clause de priorité de paiement
- clause de séparation ("severability clause")
- avenant de directorat externe

VANCOUVER

Suite 1300, 777 Dunsmuir Street
P.O. Box 10424, Pacific Centre
Vancouver (Colombie-Britannique) V7Y 1K2
Tél. : 604-643-7100
Télééc. : 604-643-7900
Sans frais : 1-877-244-7711

CALGARY

Suite 3300, 421 7th Avenue SW
Calgary (Alberta) T2P 4K9
Tél. : 403-260-3500
Télééc. : 403-260-3501
Sans frais : 1-877-244-7711

TORONTO

Box 48, Suite 5300
Toronto Dominion Bank Tower
Toronto (Ontario) M5K 1E6
Tél. : 416-362-1812
Télééc. : 416-868-0673
Sans frais : 1-877-244-7711

OTTAWA

440, avenue Laurier Ouest, bureau 200
Ottawa (Ontario) K1R 7X6
Tél. : 613-238-2000
Télééc. : 613-563-9386
Sans frais : 1-877-244-7711

MONTRÉAL

Bureau 2500
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2
Tél. : 514-397-4100
Télééc. : 514-875-6246
Sans frais : 1-877-244-7711

QUÉBEC

Le Complexe St-Amable
1150, rue de Claire-Fontaine, 7^e étage
Québec (Québec) G1R 5G4
Tél. : 418-521-3000
Télééc. : 418-521-3099
Sans frais : 1-877-244-7711

ROYAUME-UNI & EUROPE

125 Old Broad Street, 26th Floor
London EC2N 1AR
ROYAUME-UNI
Tél. : +44 (0)20 7489 5700
Télééc. : +44 (0)20 7489 5777

