

Rôle et responsabilités des
administrateurs de sociétés
privées au Québec

2011

Rôle et responsabilités des administrateurs de sociétés privées au Québec

Christiane Jodoin, Associée
cjodoin@osler.com
514.904.5393

Robert Yalden, Associé
ryalden@osler.com
514.904.8120

Table des matières

Introduction	1
I. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS	3
1. LES DEVOIRS GÉNÉRAUX DES ADMINISTRATEURS	3
2. LES DEVOIRS STATUTAIRES DES ADMINISTRATEURS	7
II. LA GESTION DU RISQUE.....	12
1. LA LIMITATION DU RISQUE	12
2. LES INDEMNITÉS.....	15
3. LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS.....	16
4. L'ASSURANCE	16
5. VÉRIFICATION DILIGENTE AVANT D'ACCEPTER D'AGIR	17
6. STRATÉGIES PARTICULIÈRES DE LIMITATION DE RISQUES	17
CONCLUSION	18

Introduction

Les sociétés québécoises évoluent dans un environnement économique et législatif complexe. La pression des investisseurs et les exigences législatives obligent les administrateurs et dirigeants de sociétés à prendre des décisions difficiles. Ces décisions sont susceptibles d'affecter non seulement la rentabilité de la société, mais également leur patrimoine personnel.

Il existe en effet de nombreuses circonstances où les administrateurs et dirigeants peuvent être tenus personnellement responsables des conséquences fâcheuses résultant d'une décision du conseil d'administration ou des activités de la société. Ils ont donc avantage à bien connaître l'étendue de cette responsabilité ainsi que les moyens de s'en prémunir afin d'exercer leurs fonctions avec efficacité.

La nouvelle *Loi sur les sociétés par actions* du Québec (la « LSAQ »), en vigueur au 14 février 2011, remplace la *Loi sur les compagnies* et introduit de nouvelles règles de gouvernance tout en clarifiant le rôle des administrateurs et en ajoutant certaines protections et certains moyens de défense, et en prévoyant des dispositions particulières pour faciliter et encadrer les recours de parties intéressées en cas d'abus. Cette nouvelle loi comporte une réforme complète du droit applicable aux personnes morales, apporte de nombreuses précisions et modernise l'encadrement législatif désormais davantage harmonisé avec celui prévu par les dispositions de la loi fédérale et les lois de la plupart des autres provinces.

Après une brève description du rôle, des pouvoirs et des sources des responsabilités des administrateurs et dirigeants, nous examinerons les devoirs que la loi leur impose et les responsabilités qui en découlent, et la manière de gérer les risques qui s'y rattachent.

Rôle des administrateurs et des dirigeants

Sous réserve d'une convention unanime d'actionnaires, les administrateurs gèrent les activités commerciales et les affaires internes de la société. En pratique, dans la quasi-totalité des cas, le conseil d'administration délègue ses pouvoirs de gestion quotidienne des affaires de la société à des dirigeants qu'il nomme, notamment le président, le chef de la direction, le chef de l'exploitation, le chef des finances et le secrétaire de la société. En tout temps, le conseil d'administration peut retirer tout pouvoir qu'il a délégué à un dirigeant.

Les dirigeants sont les mandataires de la personne morale. De façon générale, ils ont, dans l'exercice des fonctions qui leur sont déléguées, essentiellement les mêmes devoirs et obligations que les administrateurs. Par contre, on pourra tenir compte du fait qu'ils sont plus à même de bien connaître la société et ses activités quotidiennes et, par conséquent, ils pourront avoir un fardeau plus lourd à décharger pour être exonérés de leur responsabilité. C'est aussi le cas pour les administrateurs ou dirigeants siégeant à divers comités.

Pouvoirs des administrateurs et dirigeants

Les administrateurs sont tenus d'agir personnellement et doivent assister aux réunions du conseil d'administration, bien qu'ils puissent déléguer certaines fonctions et certains pouvoirs aux dirigeants ou à divers comités. Une convention unanime d'actionnaires peut aussi avoir pour effet de limiter certains pouvoirs des administrateurs.

Les administrateurs et dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, respecter les obligations qui leur sont imposées en vertu de la loi, de l'acte constitutif et du règlement intérieur de la société et, le cas échéant, la convention unanime d'actionnaires. Ils doivent exercer leurs pouvoirs de manière à ce que la société elle-même agisse en conformité avec la loi.

Sources de responsabilité

La dernière décennie a été l'occasion d'avancées législatives et jurisprudentielles en matière de gouvernance d'entreprise auxquelles plusieurs scandales médiatisés au cours des dernières années ne sont certainement pas étrangers.

Les sources de responsabilité des administrateurs et dirigeants sont multiples. Elles incluent certaines dispositions de la loi constitutive de la société pour laquelle ils agissent, plus particulièrement la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») et la nouvelle LSAQ. Leurs devoirs et responsabilités selon ces lois constitutives sont en substance les mêmes, bien qu'il y ait certaines distinctions qui méritent d'être signalées et dont nous ferons état dans les sections pertinentes. Le Code civil du Québec (le « C.c.Q. ») s'applique de façon supplétive.

Ainsi, l'article 122 de la LCSA impose aux administrateurs et dirigeants d'agir avec intégrité et bonne foi, au mieux des intérêts de la société, et avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareille circonstance, une personne prudente.

La LSAQ prévoit, à l'article 119, que les administrateurs sont tenus envers la société, dans l'exercice de leurs fonctions, d'agir avec prudence et diligence de même qu'avec honnêteté et loyauté dans son intérêt.

De manière similaire, les articles 321 et 322 du C.c.Q. précisent que l'administrateur doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi, l'acte constitutif et les règlements lui imposent et agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés, et faire preuve de prudence et diligence, honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale.

Un grand nombre de lois particulières dans les domaines de la faillite, du droit du travail, de l'environnement, de la fiscalité, du recouvrement de créances et de la protection des renseignements personnels prévoient une responsabilité statutaire et des pénalités en cas de violation de dispositions particulières.

Enfin, les tribunaux ont élaboré certaines règles et précisé les paramètres de la responsabilité dans certaines situations. Il convient de référer plus particulièrement aux décisions de la Cour

suprême du Canada dans *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise* et *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976* qui imposent la prise en compte de certains intérêts lors de la prise de décisions comportant des impacts négatifs. Ces décisions ont été rendues dans le contexte de la LCSA, et les tribunaux québécois auront éventuellement à évaluer leur impact dans le cadre de la LSAQ.

I. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

1. LES DEVOIRS GÉNÉRAUX DES ADMINISTRATEURS

(a) Les devoirs de loyauté et d'honnêteté

(i) Le contenu des devoirs de loyauté et d'honnêteté

Les administrateurs ne doivent pas tirer un avantage personnel du poste qu'ils occupent. Par exemple, l'administrateur risque de se placer en situation de conflits d'intérêts lorsqu'un contrat intervient entre la société où il exerce ses fonctions et une autre dans laquelle il détient des actions. De plus, un administrateur ne peut profiter d'une occasion d'affaires qui concerne la société.

Les administrateurs et dirigeants ont l'obligation de divulguer tout conflit d'intérêts par avis écrit ou par une déclaration consignée au procès-verbal d'une réunion du conseil d'administration. Les administrateurs ou dirigeants concernés devront s'abstenir de participer aux délibérations et de voter sur la résolution approuvant, par exemple, un contrat dans lequel ils peuvent avoir un intérêt.

Leur devoir de loyauté exige en outre la préservation de la confidentialité des délibérations et des renseignements reçus dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions.

(ii) Qui en est bénéficiaire?

Les administrateurs doivent être loyaux et honnêtes envers la société, et non envers un ou plusieurs actionnaires. Ce devoir envers la société est prévu de façon expresse par la LCSA et de façon aussi explicite quoique plus circonscrite par la LSAQ.

Par ailleurs, les administrateurs et dirigeants peuvent dans certaines circonstances être appelés à prendre en compte des intérêts des diverses parties prenantes s'il n'y a pas atteinte à leur devoir de loyauté envers la société elle-même. En effet, la Cour suprême a affirmé dans *Magasins Peoples* qu'il était juste d'affirmer qu'afin de déterminer si les administrateurs ont agi au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime, à la lumière de l'ensemble des circonstances d'un cas particulier, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement, que la Cour suprême, dans *BCE*, a communément regroupé sous l'expression « parties prenantes » ou « parties intéressées ».

(b) Le devoir de prudence et de diligence

(i) Le contenu du devoir de prudence et de diligence

Il est important pour l'administrateur d'assister aux réunions du conseil d'administration, de lire la documentation transmise et d'être prêt à poser des questions pertinentes.

Les administrateurs sont appelés à prendre des décisions difficiles. Le devoir de diligence ne leur impose cependant pas de toujours prendre la meilleure décision. En fait, ils doivent plutôt s'assurer d'obtenir l'information nécessaire afin que leur décision soit éclairée. Le processus décisionnel doit être proportionnel à l'importance de la décision.

Il pourra s'avérer utile, voire nécessaire, de consulter un expert avant de prendre une décision difficile. En d'autres circonstances, on pourra vouloir qu'un comité spécial soit formé afin de réfléchir à une question particulièrement complexe et de présenter des recommandations au conseil.

(ii) Ses limites

• LE CARACTÈRE RAISONNABLE DU PROCESSUS DÉCISIONNEL

Ce n'est pas tant le caractère raisonnable de la décision elle-même qui est évalué, mais plutôt celui du processus mis en place pour appuyer la prise de décision. Plus la question est complexe et importante pour la société, plus on s'attendra à ce que le processus décisionnel soit sérieux et rigoureux. Les administrateurs doivent absolument identifier les enjeux afin d'être en mesure de requérir et d'obtenir les informations pertinentes à la prise de décision.

L'administrateur n'est pas un expert et n'a pas à posséder des compétences ou aptitudes particulières. Cela dit, les tribunaux ont généralement tendance à conclure qu'un administrateur nommé en raison d'une expertise particulière et qui est rémunéré pour remplir ses fonctions supporte un fardeau plus lourd que celui qui n'a aucune connaissance et qui agit à titre bénévole. Quant aux dirigeants, ils ont souvent une connaissance approfondie des affaires de la société et cet élément pourra être pris en compte.

• LE DROIT DE SE FONDER SUR LES INFORMATIONS FOURNIES PAR LES DIRIGEANTS ET LES PROFESSIONNELS

Le devoir de diligence n'impose pas à l'administrateur de vérifier toute l'information qu'on lui soumet. Ainsi, l'administrateur n'encourt aucune responsabilité personnelle si sa décision est fondée sur l'information fournie par les dirigeants et qu'il n'existe aucune raison de remettre en cause sa validité.

La LCSA comporte des dispositions concernant une défense de diligence raisonnable relativement au devoir de loyauté et au devoir de prudence et diligence. En vertu de l'article 123 (5), l'administrateur qui a agi avec soin, en s'appuyant de bonne foi sur des états financiers fiables ou des rapports de personnes qualifiées, ne devrait pas voir sa responsabilité engagée.

La LSQA établit en outre une présomption en faveur de l'administrateur relativement au devoir de prudence et diligence. En effet, l'article 121 prévoit qu'un administrateur est présumé avoir satisfait à son obligation d'agir avec prudence et diligence si, de bonne foi et en se fondant sur des motifs raisonnables, il s'appuie sur le rapport, l'information ou l'opinion fourni par :

1. un dirigeant de la société que l'administrateur croit fiable et compétent dans l'exercice de ses fonctions;
2. un conseiller juridique, un expert comptable ou une autre personne engagée à titre d'expert par la société pour traiter de questions que l'administrateur croit faire partie du champ de compétence professionnelle de cette personne ou de son domaine d'expertise et à l'égard desquelles il croit cette personne digne de confiance;
3. un comité du conseil d'administration dont l'administrateur n'est pas membre et qu'il croit digne de confiance.

- LA RÈGLE DE L'APPRÉCIATION COMMERCIALE (OU « *BUSINESS JUDGMENT RULE* »)

Selon la règle de l'appréciation commerciale (ou « *business judgment rule* »), la décision de l'administrateur ne doit pas être évaluée *a posteriori* en fonction des résultats qu'elle a engendrés, mais en fonction des circonstances qui prévalaient au moment où elle a été prise. Ainsi, l'administrateur ne pourra être tenu personnellement responsable des conséquences néfastes d'une décision dans la mesure où celle-ci était raisonnable au moment où elle a été prise. Il n'appartient pas au juge de déterminer quelle était la décision qui aurait dû être prise ou qui aurait été la meilleure. Cette règle appelle en fait les tribunaux à respecter toute décision commerciale, pourvu qu'elle fasse partie d'un éventail de solutions raisonnables.

(c) Le devoir d'agir équitablement

(i) Le devoir d'agir équitablement envers toutes les catégories d'actionnaires

En principe, les décisions des actionnaires se prennent à la majorité et les tribunaux évitent d'intervenir : c'est ce que l'on appelle la « règle de la majorité ». Cependant, les administrateurs doivent agir équitablement envers l'ensemble des actionnaires, peu importe la catégorie à laquelle ils appartiennent ou leur statut minoritaire. Une décision qui serait injuste à l'égard d'un groupe d'actionnaires, même si elle était autrement légale, pourrait néanmoins être contestée par le biais du recours en cas d'abus, souvent aussi appelé « recours en oppression ».

La LCSA et la LSAQ (quoique de façon un peu plus circonscrite) prévoient des mécanismes de protection particulière au bénéfice des actionnaires minoritaires et les tribunaux sont particulièrement soucieux du traitement qui peut leur être réservé.

(ii) Le devoir d'agir équitablement envers les « parties intéressées » touchées par les actes de la société

Ce devoir a une source principalement jurisprudentielle, et plus particulièrement les affaires précitées de *Magasins Peoples* et *BCE*.

Si la Cour suprême du Canada a confirmé la règle de l'appréciation commerciale, elle a aussi ouvert la porte à la prise en compte d'intérêts autres que ceux de la société et des actionnaires. Ainsi, le devoir de maximiser la valeur de l'entreprise peut se distinguer d'une obligation de maximiser les profits, et obliger les administrateurs à tenir compte des répercussions d'une décision pour la collectivité, les employés, les créanciers, et l'environnement. Si cette nouvelle approche, qui semble prôner une plus grande responsabilité sociale, doit encore être clarifiée, il est important de ne pas l'ignorer, tout en continuant à se soucier de façon prioritaire des intérêts de la société et de l'ensemble des actionnaires. Il s'agit en fait d'une définition élargie de ce que l'on considère être dans l'intérêt de la société.

Cela dit, il n'y a aucune prévalence des intérêts d'un groupe sur un autre, et la LSAQ est encore plus précise que la LCSA quant à la prédominance des intérêts de la société. Une fois que les administrateurs et dirigeants ont pris en compte l'ensemble des facteurs pertinents, la règle de l'appréciation commerciale devrait continuer de s'appliquer.

(iii) Les recours civils

Les articles 241 LCSA et 450 LSAQ créent respectivement le recours en oppression (ou la demande en cas d'abus), et le redressement en cas d'abus de pouvoir ou d'iniquité.

Dans le cas d'un recours fondé sur la LCSA, tout plaignant pourra saisir le tribunal d'une demande visant à redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts :

- a) soit en raison de son comportement;
- b) soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes;
- c) soit par la façon dont ses administrateurs exercent ou ont exercé leur pouvoir.

Le recours en vertu de la LSAQ reprend quant à lui certains des éléments du recours fédéral. D'une part, le recours en redressement en cas d'abus vise non seulement la conduite présente ou passée, mais également la conduite future ou appréhendée de la société ou de ses administrateurs. Par contre, il ne protège pas les détenteurs de valeurs mobilières d'une personne morale du même groupe que la société, mais uniquement les détenteurs de valeurs mobilières de la société elle-même. Autre différence notable par rapport au recours sous la LCSA, la liste des personnes protégées n'inclut pas les créanciers. Finalement, alors que le modèle fédéral inclut la notion d'une « conduite injuste » préjudiciant les intérêts d'un plaignant, la LSAQ, fidèle à la tradition civiliste, se limite aux situations où il y a eu conduite abusive, effective ou appréhendée.

Plusieurs solutions et remèdes sont prévus et les tribunaux disposent généralement d'une importante marge de manœuvre. La plupart des recours sont dirigés contre la société, mais les administrateurs peuvent être directement visés. Ainsi, à titre d'exemple, des dispositions prévoient la possibilité de remplacer tous les administrateurs ou certains d'entre eux,

d'enjoindre à la société ou à toute autre personne d'acheter des valeurs mobilières d'un détenteur ou de rembourser à un ou plusieurs détenteurs la totalité ou une partie des sommes versées pour l'acquisition des valeurs mobilières et ordonner la tenue d'une enquête.

La loi permet également à toute partie intéressée d'intenter une action au nom de la société lorsque celle-ci refuse ou néglige de le faire. En d'autres termes, ce recours pourrait permettre à un actionnaire de poursuivre au nom de la société une personne ayant causé un dommage à cette dernière, et de faire la preuve du tort causé à celle-ci (art. 239 LCSA, art. 445 LSAQ, art. 316 et 1627 CCQ).

2. LES DEVOIRS STATUTAIRES DES ADMINISTRATEURS

Outre les devoirs généraux précédemment discutés, les administrateurs sont également soumis, dans une perspective d'intérêt public, à un grand nombre d'obligations prévues par des lois particulières. Le texte qui suit ne comporte pas une liste exhaustive de toutes les lois prévoyant la responsabilité personnelle des administrateurs, mais réfère aux situations les plus courantes.

(a) Le maintien du capital de la société

Suivant un principe général en droit des sociétés, les actions émises constituant le capital de la société ne doivent pas faire l'objet par la suite de transactions avec la société. Il existe certaines exceptions à cette règle, les plus fréquentes étant les suivantes :

• L'ACQUISITION D' ACTIONS

(1) De façon générale, l'acquisition par la société d'actions provenant de son propre capital-actions aura pour conséquence l'annulation de ces actions. Dans le cas d'une société dont les statuts limitent le nombre d'actions autorisées, les actions acquises redeviendront des actions non émises (c'est-à-dire disponibles aux fins d'émission future).

(2) Dans le cas d'une société fédérale, la société ne pourra faire aucun paiement en vue d'acheter ou d'acquérir des actions qu'elle a déjà émises s'il existe des motifs raisonnables de croire que l'une des situations suivantes surviendra :

- (a) elle ne pourra ou ne pourrait de ce fait acquitter son passif à échéance;
- (b) la valeur de réalisation de son actif serait de ce fait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré.

Il existe toutefois certaines exceptions permettant à la société d'acquérir ses propres actions, par exemple afin de réaliser un règlement, d'effectuer un fractionnement des actions, ou encore d'exécuter un contrat incessible au terme duquel la société a l'option ou l'obligation d'acheter les actions appartenant à l'un de ses administrateurs, dirigeants ou employés (art. 34 et 35 LCSA).

Une société québécoise ne pourra payer le prix d'achat ou de rachat de ses actions s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle ne pourra acquitter son passif à échéance (art. 95 LSAQ).

Dans tous les cas où la société décidera de procéder à une acquisition de gré à gré de ses propres actions, un avis d'acquisition devra être transmis aux actionnaires dans les 30 jours suivant l'acquisition en question. Ceci permettra aux actionnaires de prendre le recours approprié s'ils considèrent qu'il y a abus du fait de l'acquisition par la société de ses propres actions.

- LA DÉCLARATION ET LE PAIEMENT DE DIVIDENDE.

Sous la LCSA, en matière de déclaration et de paiement de dividendes, les administrateurs doivent s'assurer qu'au moment de la déclaration, il n'y a aucun motif raisonnable de croire que la société ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance, ou encore que la valeur de la réalisation de son actif serait de ce fait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré (art. 42 LCSA).

Sous la LSAQ, les administrateurs doivent s'assurer qu'il n'y a aucun motif raisonnable de croire que, du fait de la déclaration d'un dividende, la société ne pourrait acquitter son passif à échéance (art. 104 LSAQ). Un fait important à noter : le test comptable autrefois utilisé en vertu de la *Loi sur les compagnies* (Québec) a été abrogé.

- L'AIDE FINANCIÈRE AUX ACTIONNAIRES

Sujet aux obligations générales des administrateurs (notamment de loyauté et d'honnêteté), il n'y a aucune restriction en matière d'aide financière accordée aux actionnaires.

(b) L'environnement

La portée potentielle de la responsabilité environnementale et des dommages en la matière de même que la couverture médiatique liée à ce genre d'événement sont telles qu'il semble opportun, sinon même souhaitable, que la société prévoie un cadre de gouvernance assurant que les questions environnementales soient considérées dans le processus de décision, tant par les dirigeants que par le conseil d'administration.

(i) *Le rejet de contaminants et l'exécution des travaux de décontamination aux termes de la Loi sur la qualité de l'environnement (Québec)*

Le rejet de contaminants dans l'environnement est strictement encadré par cette loi. L'administrateur ou le dirigeant d'une société qui ordonne, autorise, conseille ou encourage celle-ci à émettre, déposer, dégager ou rejeter un contaminant dans l'environnement, en contravention des dispositions de la loi ou des règlements applicables, commet une infraction et est passible d'une amende pouvant varier entre 2 000 \$ et 40 000 \$ et/ou d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'un an.

(ii) *Les dommages écologiques aux termes de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement*

Notons également que la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, qui s'applique aux sociétés qui exploitent une entreprise sur les terres fédérales ou qui exploitent une entreprise fédérale au sens de la Constitution canadienne (par exemple, les entreprises reliées à

la navigation, à l'aéronautique, à la radiodiffusion et aux télécommunications), prévoit elle aussi que les administrateurs d'une société peuvent, en certaines circonstances, être tenus personnellement responsables des dommages écologiques découlant des activités de la société. Le montant de la pénalité tiendra compte de diverses circonstances et pourra s'avérer substantiel.

(c) Le régime de retraite

(i) Le versement des cotisations

De nombreuses sociétés offrent à leurs employés une participation dans un régime de retraite. Ce type de régime est généralement soumis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (Québec) qui prévoit que les administrateurs de l'employeur sont solidairement responsables des cotisations échues et non versées au cours de leur mandat jusqu'à concurrence de six mois. Toutefois, les administrateurs peuvent s'exonérer en démontrant qu'ils ont agi avec prudence, diligence et compétence, comme l'auraient fait en pareilles circonstances des personnes raisonnables, ou encore qu'ils n'ont pu avoir connaissance du défaut.

Cette loi prévoit, en plus des pénalités, que toute personne qui encourage, conseille ou ordonne à l'employeur de ne pas verser les cotisations à la caisse est passible d'une amende de 500 \$ à 25 000 \$.

La *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension* (Canada) qui s'applique aux sociétés exploitant une entreprise fédérale au sens de la Constitution canadienne est beaucoup plus sévère. Elle prévoit que les administrateurs sont passibles d'une amende maximale de 100 000 \$ et d'une peine d'emprisonnement maximale d'un an s'ils ordonnent, autorisent, consentent ou participent à l'omission de l'employeur de verser à la caisse de retraite les montants qu'il est tenu d'y verser.

(ii) La gestion de la caisse de retraite

Il peut arriver que l'employeur soit également le gestionnaire de la caisse de retraite. Les administrateurs qui agissent également à titre de membre du comité de retraite pourront faire l'objet d'une responsabilité plus étendue et être soumis à des obligations particulières. Au Québec, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* prévoit en effet que les membres du comité de retraite agissent à titre de fiduciaires du patrimoine du régime. Il est donc important de distinguer les différents rôles qui peuvent être dévolus à un même administrateur.

(d) Les employés

(i) Les salaires

La responsabilité personnelle des administrateurs relativement au paiement des salaires des employés compte parmi les plus importantes. D'une part, il s'agit d'une responsabilité solidaire, c'est-à-dire que la totalité des sommes réclamées peut être exigée d'un seul administrateur, sous réserve d'un recours de ce dernier contre ses coadministrateurs. De plus, cette responsabilité ne résulte pas d'une décision du conseil d'administration, de sorte que l'administrateur ne peut s'y soustraire en invoquant, par exemple, qu'il était dissident.

La LCSA et la LSAQ prévoient que l'administrateur peut, en certaines circonstances, être tenu responsable des salaires (incluant les commissions, les vacances, les cotisations syndicales et les avantages sociaux, mais excluant les sommes accordées à titre d'indemnité de départ) que la société a fait défaut de verser à ses employés. Le recours peut être exercé par les employés eux-mêmes ou encore par la Commission des normes du travail.

La responsabilité des administrateurs pour salaires impayés est limitée de deux façons : elle ne porte que sur six mois de salaire et elle ne vise que la période pendant laquelle l'administrateur était en poste, de sorte que ce dernier aura parfois avantage à démissionner afin d'alléger sa responsabilité potentielle.

Les administrateurs pourront toutefois être exonérés s'ils démontrent avoir agi avec un degré de prudence et de diligence raisonnable dans les circonstances et se sont fiés sur des états financiers ou des rapports d'expert.

(ii) Les sommes dues en vertu de lois particulières reliées au travail

En plus des salaires, l'administrateur d'une société qui a omis de verser les sommes dues en vertu des lois suivantes pourra également être tenu personnellement responsable : la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, la *Loi sur l'assurance parentale*, la *Loi sur les normes du travail*, la *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre* et la *Loi sur la Régie de l'assurance-maladie du Québec* et, depuis le 1^{er} janvier 2011, la *Loi sur les accidents du travail et maladies professionnelles*.

Les administrateurs de société exploitant une entreprise fédérale au sens de la Constitution canadienne sont également soumis à une responsabilité similaire en vertu du *Code canadien du travail*.

(e) Les impôts et les taxes

(i) Les déductions à la source (salaires, contributions au régime de l'assurance-emploi et au régime de pensions du Canada)

Les administrateurs d'une société ayant fait défaut de retenir et de remettre l'impôt peuvent être tenus personnellement responsables des sommes manquantes. La *Loi sur le ministère du Revenu* (Québec) et la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) prévoient à cet égard un régime similaire en vertu duquel les administrateurs en fonction au moment où la société est en défaut sont solidairement responsables du paiement des sommes dues ainsi que des pénalités, lorsque la société fait faillite ou qu'elle a été condamnée à acquitter les sommes dues et qu'elle ne s'est pas exécutée.

Les administrateurs peuvent échapper à la responsabilité pour dettes fiscales en démontrant qu'ils ne pouvaient avoir connaissance du défaut, ou qu'ils ont agi avec un degré de soin, de diligence et d'habileté raisonnables dans les circonstances, ou encore qu'ils ont cessé d'être administrateurs de la société depuis plus de deux ans.

Il s'agit d'une des responsabilités les plus importantes pour les administrateurs en fonction au moment où la société est tenue de verser ces sommes. Cette responsabilité n'est en cause par ailleurs que dans les cas de liquidation, dissolution ou faillite de la société, ou à la suite d'un jugement ou d'une condamnation non exécutée.

(ii) Les taxes

De la même façon, les administrateurs pourront être tenus responsables du paiement de la taxe de vente et des contributions sur les carburants.

(f) Les renseignements personnels

La *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (Québec) prévoit que toute personne qui exploite une entreprise au Québec peut, lorsqu'elle possède un intérêt sérieux et légitime, constituer un dossier sur autrui qui comporte des renseignements personnels (par exemple, sur ses employés). La loi prévoit cependant certaines obligations relativement à la collecte, la détention, l'utilisation et la communication de ces renseignements. La personne qui les fournit doit être informée de l'objet poursuivi et elle doit avoir la possibilité de les vérifier et de les corriger. L'entreprise doit détenir ces renseignements d'une façon sécuritaire pour en préserver la confidentialité, et elle ne peut les utiliser que pour les fins dénoncées.

Entre autres, l'entreprise qui communique à l'extérieur du Québec des renseignements personnels, ou confie à une personne à l'extérieur du Québec la tâche de les détenir, a l'obligation de s'assurer que les renseignements ne seront pas utilisés à des fins non pertinentes à l'objet du dossier, ni communiqués à des tiers sans le consentement des personnes concernées. S'il est impossible de s'assurer que les renseignements bénéficieront de la même protection qu'au Québec, l'entreprise devra refuser de les communiquer ou de les confier à une personne à l'extérieur du Québec.

En cas de violation des obligations imposées par la loi, la personne lésée peut exercer des recours. Si une infraction est commise, les administrateurs ou dirigeants pourront être sujets à des pénalités dans la mesure où ils auraient consenti ou participé à ces violations. Les amendes prévues varient de 1 000 \$ à 100 000 \$.

(g) La responsabilité pour les dettes en cas de fusion

L'article 287 LSAQ prévoit que 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, après toutefois discussion de ses biens.

(h) L'insolvabilité et la faillite

En vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Canada), aucun dirigeant ou administrateur n'aura droit à la priorité de réclamation à l'égard de tout salaire, traitement, commission ou rémunération pour services rendus à la société.

Au surplus, les arrérages de salaire payés à des administrateurs dans les trois mois précédant la faillite de la société pourront être tenus pour frauduleux et inopposables au syndic en tant que paiements préférentiels.

Si un dividende autre qu'un dividende en actions a été déclaré par la société à un moment où elle est insolvable, ou si le versement d'un dividende a eu pour effet de la rendre insolvable, le syndic pourra, dans l'année qui suit la faillite de la société, obtenir un jugement contre les administrateurs solidairement, sauf pour l'administrateur qui aura enregistré une dissidence à l'égard du versement de dividende en question, ou qui est en mesure d'établir qu'il avait des motifs de croire que la société était solvable.

II. LA GESTION DU RISQUE

1. LA LIMITATION DU RISQUE

Le terme « gouvernance d'entreprise » réfère à la structure et au processus utilisé afin de gérer les affaires internes et externes de la société. Certaines mesures peuvent être mises en place afin de favoriser une meilleure gouvernance et d'offrir une certaine protection aux administrateurs et dirigeants.

(a) L'implantation de bonnes pratiques de gouvernance

(i) La participation aux réunions du conseil d'administration

La présence et la participation aux réunions sont primordiales. Il est important de savoir qu'il y a une présomption d'approbation de toute résolution adoptée lors d'une réunion du conseil d'administration. L'administrateur absent pourra toutefois enregistrer sa dissidence en cas de désaccord avec une décision prise par le conseil en son absence, mesure qui peut le protéger si une décision est subséquemment contestée. De plus, l'administrateur qui s'est bien préparé sera à même de poser des questions appropriées et d'obtenir les informations nécessaires à la prise d'une décision réfléchie et raisonnable.

(ii) Le processus de prise de décision

Vu l'importance du devoir de loyauté envers la société et l'importance de démontrer le sérieux dans l'analyse des enjeux, il faut assurer que le processus suivi au cours des délibérations puisse être vérifié. Les procès-verbaux doivent ainsi, tout en étant concis, être suffisamment complets pour permettre de reconstituer le cheminement ayant mené à la prise de décision et établir son sérieux.

(iii) Les comités

Des comités peuvent être formés pour remplir des fonctions particulières. On nomme en principe sur ces comités des personnes qui ont des connaissances et une expertise particulières qui permettra au comité d'accomplir son mandat et aux administrateurs de se fier à ses recommandations.

Les comités les plus fréquemment mis sur pied sont le comité exécutif (pour la gestion des affaires courantes), le comité de vérification (qui assiste le conseil dans la supervision et la

divulgarion des renseignements financiers, et surveille les travaux du vérificateur externe), le comité de gouvernance (qui élabore les règles à suivre, adopte un code d'éthique et évalue l'efficacité du conseil d'administration), le comité des ressources humaines et parfois aussi, dans les entreprises d'importance, le comité de rémunération.

Des comités spéciaux ou comités d'étude peuvent être également constitués pour un mandat ponctuel, par exemple à l'occasion de la prise d'une décision importante pour l'avenir de la société.

Il peut aussi être approprié de faire appel à des conseillers externes pour examiner à fond les paramètres et enjeux de situations particulières de façon à permettre aux comités concernés de présenter au conseil les recommandations appropriées.

Bien que la création et le maintien de comités du conseil d'administration soient explicitement prévus par les différentes lois sur les sociétés, leur choix et leur mise sur pied demeure discrétionnaire dans le cas des sociétés privées. Il s'agit par ailleurs d'un moyen reconnu pour assurer une certaine rigueur au processus décisionnel du conseil d'administration

(iv) Les codes, politiques et systèmes de divulgation et vérification

Bien que les codes, politiques et systèmes de divulgation et vérification soient une pratique ou une exigence s'appliquant d'abord aux sociétés cotées en bourse, une société soucieuse d'être à l'avant-garde en matière de gouvernance, ou encore se retrouvant confrontée à des situations d'affaires ou de gestion de risques particulièrement complexes, pourra avoir avantage, dans une perspective de diligence raisonnable, à adopter de tels codes, politiques et systèmes.

Le règlement intérieur comprend généralement des directives que doivent suivre les administrateurs et dirigeants. L'adoption d'un code d'éthique complète les règles à suivre et guide les intéressés, administrateurs, dirigeants, employés et même, dans certains cas, les fournisseurs, quant à la conduite à adopter, entre autres dans les situations de conflit d'intérêts.

(b) Les moyens de défense

(i) La dissidence

L'administrateur qui n'est pas d'accord avec une décision du conseil peut enregistrer sa dissidence. Si la décision fait par la suite l'objet d'une poursuite, il sera à l'abri. Cette dissidence doit être expresse et écrite, soit sous forme d'avis signé par l'administrateur, soit consignée au procès-verbal de la réunion au cours de laquelle la résolution est adoptée, et ce, dans les sept jours où il en prend connaissance (art. 123(3) LCSA et art. 139 LSAQ). La LSAQ prévoit expressément que l'administrateur qui vote en faveur d'une résolution ou acquiesce à celle-ci, ou même qui tout simplement s'abstient de voter sur la question, ne pourra par la suite faire valoir sa dissidence.

(ii) La diligence raisonnable

La LCSA et la LSAQ prévoient la possibilité de recourir à la défense de bonne foi et diligence raisonnable dans un certain nombre de situations autres que celle du devoir de prudence dont

nous avons déjà discuté (par exemple, l'obligation de loyauté, les salaires des employés impayés, l'émission ou le rachat d'actions, les dettes ou obligations résultant d'une fusion ou d'une dissolution).

Les tribunaux pourront considérer que les administrateurs, dans le processus de décision, ont agi de bonne foi et se sont fondés sur les rapports, informations ou opinions fournis par des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations, ou encore se sont fiés sur les états financiers de la société.

La LSAQ élargit par ailleurs la liste des personnes sur lesquelles les administrateurs peuvent se fier en incluant tout expert agissant dans un champ de compétence que les administrateurs croient digne de confiance. De même, toute recommandation émanant d'un comité chargé d'examiner une question particulière pourra appuyer une défense de diligence raisonnable.

Ainsi, l'administrateur qui aura pris soin d'obtenir l'ensemble des informations nécessaires à la prise d'une décision, aura dûment analysé les documents pertinents, délibéré de façon suffisante avec les autres membres du conseil d'administration et tenu compte, lorsqu'applicable, de l'opinion de professionnels, dans le cas de la LCSA, et de tout expert en qui l'administrateur a confiance, dans le cas de la LSAQ, ne devrait pas encourir de responsabilité.

Dans l'application de la norme de diligence, les tribunaux ont porté attention principalement à la procédure plutôt qu'à la décision elle-même. Dans la mesure où un travail sérieux a été fait, les tribunaux devraient appliquer la règle de l'appréciation commerciale et refuser de substituer à la décision des administrateurs celle qu'eux-mêmes auraient prise. En un mot, l'obligation de diligence n'exige pas la perfection.

Dans la mesure où les procès-verbaux ont été bien préparés, des règles précises et bien établies ont été mises en place, notamment dans un code de déontologie ou autres politiques, il sera plus facile pour l'administrateur d'établir qu'il a agi avec soin, diligence et loyauté.

(c) La convention d'actionnaires

(i) Convention unanime des actionnaires

Les lois corporatives permettent aux actionnaires de s'octroyer une partie des pouvoirs dévolus aux administrateurs par l'entremise d'une convention unanime d'actionnaires, que l'on retrouve souvent dans les sociétés privées. L'administrateur à qui on a retiré certains pouvoirs ne pourra par la suite être tenu responsable des conséquences de l'exercice de ce pouvoir. Cette responsabilité est en effet transférée aux actionnaires. La présence d'une convention unanime d'actionnaire pourra donc constituer un moyen de défense efficace pour l'administrateur.

Certaines questions pouvant faire l'objet d'une convention unanime entre actionnaires pourraient se retrouver plutôt dans les statuts constitutifs de la société. Dans ce dernier cas toutefois, un vote des deux tiers des actionnaires pourrait suffire à modifier les statuts, ce qui pourrait faire échec à l'intention initiale des parties.

(ii) Convention entre actionnaires

Alors qu'il n'est pas possible de lier les administrateurs à l'avance par convention (c'est-à-dire de prévoir la manière dont ils voteront sur diverses questions), les actionnaires pourront convenir entre eux, à l'avance, de divers éléments et s'engager pour l'avenir. Les conventions entre actionnaires viseront généralement : le maintien de la détention proportionnelle d'actions entre les actionnaires, le maintien du caractère privé de la société en empêchant des tiers d'en devenir actionnaire sans le consentement des parties, l'assurance d'un marché, quoique relatif, pour les actions. Ces conventions permettent aussi de régler à l'avance certains aspects de l'administration et des activités de la société qui pourraient être source de conflit entre les actionnaires et de prévoir certaines mesures de protection des actionnaires minoritaires, par le biais de droits spécifiques qui leur sont octroyés, ou encore de restrictions aux droits de l'actionnaire majoritaire ou du groupe d'actionnaires majoritaires.

Certains sujets peuvent être réglés par convention entre actionnaires ou par convention unanime entre actionnaires, alors que d'autres doivent être impérativement prévus à l'intérieur d'une convention unanime d'actionnaires.

(d) Démission

La démission d'un administrateur s'effectue par un avis écrit donné à la société et n'aura pas d'effet rétroactif. Elle permettrait peut-être par ailleurs d'éviter qu'il soit poursuivi relativement à des décisions prises après son départ, et en particulier de ne pas encourir de responsabilité pour les salaires qui peuvent être dus aux employés pour la période pendant laquelle il n'était plus en fonction.

2. LES INDEMNITÉS

L'administrateur doit être considéré comme un mandataire de la société. Conséquemment, le C.c.Q., la LCSA et la LSAQ imposent à la société d'assurer sa défense et de l'indemniser s'il est poursuivi pour un acte commis dans le cadre de ses fonctions. La société n'aura pas par ailleurs à indemniser l'administrateur qui a commis une faute lourde ou intentionnelle, ou encore une faute qui ne serait pas liée à l'exercice de ses fonctions. Si l'administrateur est poursuivi en vertu d'une infraction pénale, la société n'assume le paiement des dépenses de l'administrateur que si (1) l'administrateur avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi, ou (2) l'administrateur a été libéré ou acquitté.

Cette indemnité a toutefois des limites. D'une part, une société insolvable ne sera pas en mesure d'honorer son obligation d'indemnisation. De plus, cette indemnité ne s'applique pas si c'est la société elle-même (ou encore un actionnaire en son nom) qui poursuit l'administrateur. La société devra toutefois assumer les dépenses de l'administrateur si elle perd sa cause ou si le tribunal en décide ainsi.

Il arrive aussi fréquemment que l'obligation légale d'indemnisation soit aussi prévue dans les règlements de la société ou encore dans un contrat entre la société et l'administrateur. Le contrat peut faire intervenir la société mère ou encore l'actionnaire majoritaire. Ces dernières entités sont alors tenues de remplir les obligations de la société dans l'éventualité où cette dernière est

insolvable. L'obligation d'indemnisation sera, dans ce cas, plus large que celle imposée par la loi. Cependant, l'indemnité ne couvre jamais la contravention au devoir de loyauté envers la société.

3. LA DÉLÉGATION DE POUVOIRS

Le conseil d'administration est investi de pouvoirs importants concernant les aspects stratégiques de la vie corporative. Cependant, le fardeau imposé par ces pouvoirs est souvent lourd et le conseil choisit généralement de déléguer l'exercice de ces pouvoirs à des gens de confiance.

Tant la LCSA que la LSAQ permettent au conseil d'administration de déléguer l'exercice de nombreux pouvoirs aux dirigeants de la société. Le conseil d'administration conserve toutefois un droit de regard lui permettant de révoquer au besoin les décisions des dirigeants. Par conséquent, les administrateurs demeurent responsables des décisions prises par les dirigeants. Cette situation inconfortable peut toutefois être évitée par l'insertion d'une disposition à l'effet contraire dans les règlements de la société. Cependant, même dans ce cas, l'administrateur pourra être tenu responsable s'il a été négligent en déléguant son pouvoir à une personne qui n'était pas digne de confiance ou encore à une personne qui ne possédait pas les compétences requises pour l'exercer convenablement.

Le pouvoir de déléguer a ses limites et le conseil d'administration n'est pas autorisé à déléguer la totalité de ses pouvoirs. D'une manière générale, l'administrateur ne peut déléguer ses pouvoirs discrétionnaires. Ainsi, les administrateurs ne peuvent déléguer leur pouvoir d'adopter des règlements, d'émettre des actions, de faire des appels de versements, de déclarer des dividendes, de pourvoir aux vacances au sein du conseil d'administration ou d'approuver les états financiers. D'autres restrictions particulières sont également prévues par la LCSA et la LSAQ.

Le pouvoir de délégation peut également être exercé en confiant une partie des pouvoirs à un comité formé de membres du conseil. À titre d'exemple, la loi impose aux sociétés publiques de créer un comité de vérification chargé de vérifier les états financiers annuels de la société et suggère la mise sur pied d'un comité de rémunération pour évaluer la performance des dirigeants principaux et de fixer leur rémunération. Plusieurs sociétés privées ont également choisi de se doter de tels comités afin d'adopter des règles de gouvernance plus élevées. Des comités spéciaux *ad hoc* peuvent également être formés afin d'analyser une situation particulièrement complexe ou encore lorsque certains membres du conseil d'administration sont en conflit d'intérêts. La création d'un comité spécial est recommandée lorsque la société s'apprête à conclure une transaction avec une partie liée. La délégation de pouvoir à des comités indépendants représente ainsi un outil efficace de gestion des conflits d'intérêts.

4. L'ASSURANCE

En plus de l'indemnisation imposée par la loi ou prévue par les règlements ou un contrat, les administrateurs peuvent en outre se protéger par l'entremise d'une assurance responsabilité. Cette couverture peut s'avérer précieuse dans les cas où la société elle-même poursuit

l'administrateur. Enfin et surtout, cette couverture est disponible même si la société est insolvable.

5. VÉRIFICATION DILIGENTE AVANT D'ACCEPTER D'AGIR

Avant toute chose, le candidat au poste d'administrateur devrait compléter une vérification diligente de la société avant d'accepter de siéger au conseil. Il importe de connaître entre autres :

- les dirigeants et autres administrateurs
- les documents constitutifs et les règlements
- les politiques et règles de régie d'entreprise
- le code de déontologie
- les procès-verbaux des années antérieures
- la liste des comités et des administrateurs qui y siègent
- les recours à des experts indépendants
- la liste des principaux actionnaires
- l'existence et le contenu d'une convention d'actionnaires
- les états financiers des dernières années
- la police d'assurance

Il est fortement recommandé d'exiger et de consulter les états financiers disponibles, de requérir une présentation de la direction et de demander une rencontre privée avec la direction et le président du conseil d'administration. Il peut être utile aussi de rencontrer les administrateurs indépendants.

6. STRATÉGIES PARTICULIÈRES DE LIMITATION DE RISQUES

L'administrateur doit surveiller les affaires de la société et agir avec vigilance. C'est en général la décision du conseil d'administration qui est remise en question plutôt que la conduite individuelle de chacun des administrateurs. Ces derniers doivent s'assurer que les décisions du conseil sont conformes à la loi.

Dès qu'un administrateur est partie à un litige ou qu'il est l'objet d'une enquête par les autorités réglementaires, il devrait immédiatement consulter un avocat indépendant et non celui de la société. En effet, ce dernier pourra éventuellement devoir défendre des intérêts opposés à ceux de l'administrateur si, par exemple, la société prétend qu'elle n'est pas tenue d'indemniser l'administrateur.

CONCLUSION

L'essence du devoir de l'administrateur est d'agir honnêtement, de manière diligente et de bonne foi, dans le meilleur intérêt de la société. À ce devoir général de bonne conduite se greffent de nombreux devoirs particuliers. L'administrateur qui connaît bien l'étendue de sa responsabilité potentielle est en meilleure posture pour réduire son exposition au risque.

En premier lieu, toute personne qui envisage d'accepter un poste d'administrateur doit disposer du temps et des aptitudes nécessaires pour remplir son rôle de façon adéquate.

L'administrateur doit être en mesure de poser les questions nécessaires et de prendre des décisions après avoir obtenu et considéré les informations pertinentes.

La liste qui suit énumère certaines pistes de réflexion qui pourront aider le futur administrateur à prendre une décision éclairée et qui s'inscrivent dans le cadre d'une vérification diligente préalable :

- (a) Quelle est la nature des activités de la société? S'agit-il d'un secteur économique essentiellement cyclique? La société évolue-t-elle dans un secteur de l'industrie où les risques de contamination environnementale sont importants?
- (b) Quelle est la situation financière de la société? Existe-t-il des indices permettant de croire que la société éprouve ou pourrait éprouver à court ou moyen terme des difficultés financières?
- (c) La communication entre les dirigeants et le conseil d'administration est-elle bonne? Permet-elle aux administrateurs de remplir leurs obligations adéquatement? Le conseil d'administration peut-il avoir confiance envers les dirigeants de la société?

Quant aux administrateurs actuels, voici une liste de recommandations qui peuvent être utiles en vue de minimiser le risque associé à leur fonction :

- (a) Il est important d'assister à chacune des réunions du conseil d'administration. L'administrateur qui n'a pu être présent à une réunion doit s'informer des décisions prises en son absence et voir à ce que sa dissidence soit consignée au procès-verbal dans l'éventualité où il n'est pas d'accord avec celles-ci.
- (b) Le conseil d'administration choisit parfois de déléguer l'exercice de son pouvoir à un comité formé de membres du conseil. L'administrateur doit savoir que sa participation à l'un de ces comités est susceptible d'augmenter sa responsabilité éventuelle.
- (c) Il peut être utile de vérifier si les règlements de la société prévoient que les administrateurs n'encourent aucune responsabilité pour les actes commis par les dirigeants et, dans la négative, de proposer qu'ils soient amendés.

- (d) Le conseil d'administration ne doit pas hésiter à engager des professionnels indépendants afin d'obtenir conseil pour la prise de certaines décisions importantes.

Bien que la fonction d'administrateurs soit de nos jours scrutée avec plus d'attention, celui qui se comporte avec diligence et suit les différentes recommandations contenues dans ce guide minimise considérablement les risques attachés à ses fonctions.