

Administrateurs fautifs?

Par Ian Rose

Illustration : Mike Constable



LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC INFIRME UN JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE ET CONFIRME L'ABSENCE D'OBLIGATION DES ADMINISTRATEURS ENVERS LES CRÉANCIERS

En février, les administrateurs canadiens et leurs assureurs ont poussé un soupir de soulagement. En effet, la Cour d'appel du Québec venait d'infirmer le jugement rendu en 1998 par la Cour supérieure dans l'affaire *Peoples Department Stores c. Wise*. Le juge de première instance avait conclu

à la responsabilité des administrateurs de la société en faillite Peoples Department Stores Inc. et de leur assureur envers le syndic de faillite de Peoples, estimant que les administrateurs ont un devoir de loyauté (*fiduciary duty*), non seulement à l'égard de la société, mais également à l'égard de ses créanciers, lorsque leurs décisions peuvent contribuer à l'éventuelle insolvabilité de la société.

Les administrateurs, de l'avis du juge de première instance, n'avaient pas agi avec le soin, la diligence et la compétence exigés d'eux par les dispositions du paragraphe 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA), lorsqu'ils avaient instauré un nouveau système d'approvisionnement commun qui, d'après lui, avait favorisé Wise Stores Inc., la société mère de Peoples, au détriment de sa filiale. Le juge avait aussi conclu à leur responsabilité au titre de l'article 100 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI). Le nouveau système d'approvisionnement constituait en effet selon lui une transaction révisable, et la contrepartie reçue par Peoples pour les biens transférés à Wise, en application de ce système, était manifestement inférieure à leur juste valeur de marché. Le montant de la condamnation prononcée par le juge de première instance correspondait pour l'essentiel à la dette intersociétés (après ajustements) lors de la faillite, soit 4,4 millions plus les intérêts.

On a reproché à ce jugement d'étendre selon toute apparence la responsabilité potentielle des administrateurs en créant une obligation envers les créanciers des sociétés en difficulté financière, assimilés à des parties intéressées ou parties prenantes (*stakeholders*). Le juge s'était appuyé sur de la jurisprudence et des textes législatifs de pays étrangers reconnaissant l'existence d'une telle obligation. On avait pourtant fait valoir que, dans ces pays, aucune responsabilité ne peut être retenue sans qu'il ait été établi, d'une quelconque façon, que les administrateurs ont tiré un avantage ou ont conclu des transactions intéressées.

Or, dans l'affaire Wise, le juge a retenu la responsabilité des administrateurs envers les créanciers même s'ils n'avaient tiré aucun avantage personnel et s'il n'y avait eu aucune transaction intéressée. Il a critiqué en ces termes la décision d'instaurer un nouveau système d'approvisionnement : [TRADUCTION] « Il est évident que, en instaurant le nouveau système d'approvisionnement, les frères Wise ont fait prévaloir les intérêts de Wise Stores sur ceux de Peoples. Ils ont fait preuve d'insouciance coupable quant aux conséquences financières défavorables de ce nouveau système pour Peoples. » Il a alors

LIENS CONNEXES

Administrateurs, attention!, par Mindy Paskell-Mede, *CAmagazine*, janvier-février 2001

Dans l'affaire de la faillite de Peoples Department Stores Inc. et Lionel Wise, Ralph Wise, Harold Wise c. Caron, Bélanger, Ernst & Young Inc. et Compagnie d'Assurance Chubb du Canada

Intérêts divergents entre filiale et groupe, par Gerald Kandestin, *CAmagazine*, juin 1999

Peoples Department Stores c. Wise : Les administrateurs ne sont pas responsables personnellement dans le cadre d'une faillite

Sujets d'intérêt

- ▶ Comptabilité
- ▶ Certification et vérification
- ▶ Évaluation d'entreprise
- ▶ Finance
- ▶ Formation
- ▶ Fraude
- ▶ Gouvernance
- ▶ Ressources humaines
- ▶ Droit
- ▶ Personnalités
- ▶ Fiscalité
- ▶ Technologie
- ▶ Tendances
- ▶ On en parle

Cinquième enquête annuelle sur les systèmes comptables et ERP



conclu qu'en instaurant et en continuant à appliquer ce système, [TRADUCTION] «les trois frères Wise n'ont pas agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne raisonnablement prudente, et ont ainsi manqué aux obligations que leur imposait le paragraphe 122(1) de la LCSA».

Les trois administrateurs avaient plaidé s'être appuyés sur les conseils du vice-président, administration et finances. Celui-ci, après étude des problèmes d'inventaire des deux sociétés qui venaient de nouer des liens, avait recommandé l'instauration du nouveau système d'approvisionnement commun. La LCSA prévoit expressément que ce moyen de défense peut être invoqué à l'encontre d'une action intentée en vertu de l'article 122, mais en l'espèce le juge l'a rejeté.

L'aspect le plus original de la décision de première instance réside dans le recours, par le juge, à la jurisprudence et à la législation d'autres pays du Commonwealth. Il s'est fondé sur ces éléments pour conclure que le droit canadien devrait évoluer dans la direction adoptée par les tribunaux de ces pays, selon lesquels les administrateurs ont aussi une obligation envers les créanciers de la société, dans certaines circonstances. D'après les décisions en question, il fallait que la société soit insolvable ou sur le point de l'être, mais le juge a déclaré que cette obligation existait même [TRADUCTION] «lorsque la société entreprend des actions qui la rendront inévitablement insolvable à brève échéance». Jugeant que le système d'inventaire correspondait à ce genre d'actions, il a retenu la responsabilité des administrateurs envers les créanciers relativement au total de la dette intersociétés (après ajustements).

Le juge s'est aussi penché sur l'incidence en l'espèce des dispositions de la LFI et a conclu à l'existence d'une responsabilité des administrateurs en vertu de ce texte également. Selon lui, la décision d'instaurer et d'appliquer le nouveau système d'approvisionnement constituait une transaction révisable aux termes de l'article 100, et Peoples n'avait pas reçu la juste valeur de marché des biens transférés dans le cadre du système en question. Les administrateurs de Peoples, ayant pris la décision, étaient par conséquent selon lui des «personnes ayant intérêt à la transaction» (*privy to the transaction*) et devaient répondre du manque à gagner qui en avait résulté, correspondant encore là au montant de la dette intersociétés (après ajustements).

La Cour d'appel du Québec a exprimé en tout respect son désaccord avec l'opinion du juge de première instance sur chacune de ses principales conclusions. Elle a notamment réaffirmé la règle de l'appréciation commerciale (*business judgment rule*) et le moyen de défense consistant dans le fait de s'être appuyé de bonne foi sur des rapports de spécialistes pour prendre de telles décisions. Surtout, elle a réitéré que les administrateurs n'ont aucune responsabilité personnelle envers les créanciers en pareilles circonstances : «C'est ainsi que, sauf exceptions, les administrateurs ne sont pas personnellement responsables envers les tiers qui contractent avec une telle société. Il s'ensuit, aussi, que la responsabilité personnelle que les législateurs imposent aux administrateurs bénéficie, en principe et au tout premier chef, à la société elle-même et non aux tiers.»

En ce qui touche l'obligation des administrateurs d'agir de bonne foi, la Cour d'appel a déclaré : Le devoir de loyauté «ne se rapporte pas à la qualité de la gestion des administrateurs, mais plutôt à leur comportement personnel. La loi leur impose d'être loyaux envers ceux qui leur ont confié la mission de gérer les actifs mis en commun. Ce genre de devoir s'intéresse davantage à la motivation des administrateurs qu'aux conséquences de leurs gestes. Autrement dit, l'intégrité et la bonne foi s'analysent en fonction des raisons qui poussent les administrateurs à agir et non à la lumière des résultats concrets de leurs actions». Au sujet de l'obligation de gestion compétente (*duty of care*), la Cour a réaffirmé le principe suivant : «Dans l'application des règles qui en découlent, les tribunaux ont traditionnellement reconnu les difficultés que pose l'analyse a posteriori des décisions prises par les administrateurs dans le feu de l'action. C'est ainsi qu'on leur a reconnu le droit de se tromper.» Sur les règles de l'appréciation commerciale, elle s'exprime ainsi : «Si on envisage la question dans une perspective traditionnelle qui tend à faire coïncider l'intérêt de la société avec celui de l'ensemble des actionnaires dans la poursuite des objets pour lesquels la société a été formée, il faut cependant conclure que les frères n'ont pas encouru de responsabilité en vertu du sous-paragraphe 122(1)b) et que l'adoption du nouveau système d'approvisionnement commun constitue tout au plus une "*honest error of business judgment*".»

La Cour d'appel a aussi jugé que les administrateurs pouvaient invoquer le moyen de défense prévu au paragraphe 123(4) de la LCSA, estimant qu'ils s'étaient à bon droit fondés sur les conseils de leur vice-président lorsqu'ils avaient décidé d'adopter et de mettre en œuvre le nouveau système d'approvisionnement.

Surtout, la Cour d'appel a refusé de considérer les créanciers comme des parties prenantes ou des parties intéressées dans le cadre de la nécessaire relation entre la société et ses

actionnaires, même en cas de faillite. Rejetant la suggestion du juge de première instance, selon lequel le droit canadien des sociétés devrait évoluer dans la direction prise dans d'autres pays, le juge Pelletier de la Cour d'appel a déclaré : «En second lieu et avec égards, j'estime qu'en prônant l'extension de cette théorie en droit canadien, le premier juge envahit le champ d'intervention du législateur en ce qu'il établit un régime général de responsabilité des administrateurs au profit des tiers qui se verraient lésés par les actes de gestion des administrateurs. Je ne suis pas disposé à le suivre dans cette démarche.» Il poursuit ainsi : «Il est vrai que le rôle des tribunaux a évolué au cours des dernières décennies et que les juges se voient parfois conférer un rôle qui avoisine celui que notre système démocratique a traditionnellement confié aux élus. [...] Il convient cependant de bien garder en mémoire que c'est par exception que les tribunaux sont appelés à moduler les règles du droit, voire à les créer, puisque leur rôle fondamental consiste plutôt à les appliquer et à sanctionner la volonté qui s'exprime dans la loi.

«En l'espèce, j'estime donc qu'il n'appartient pas aux tribunaux de décider de l'opportunité d'une évolution du droit des sociétés que le législateur n'a pas cru bon de mettre en place lors de sa réforme.»

Ayant écarté les conclusions auxquelles était arrivé le juge de première instance à l'égard des dispositions de la LCSA, la Cour d'appel a examiné les points en litige du point de vue de la LFI. Après avoir reconnu que le nouveau système d'approvisionnement commun constituait une transaction révisable au sens de l'article 100 de la LFI, la Cour a conclu qu'en ayant isolé artificiellement certains éléments de la transaction qu'il avait jugée révisable, le premier juge avait commis une erreur d'appréciation quant à la valeur des contreparties reçues par Peoples. Il avait estimé que Peoples n'avait reçu aucune contrepartie : que les comptes débiteurs n'avaient pas été recouverts et n'étaient pas recouvrables. Or en réalité, souligne la Cour d'appel, lorsqu'on considère la transaction dans son ensemble, comme il aurait fallu le faire, on constate que Peoples avait reçu environ 59 499 749 dollars en argent et biens, alors qu'elle avait transmis à Wise des biens d'une valeur de 71 543 059 dollars. Une fois effectués d'autres ajustements, la différence se trouve réduite à 4 437 115 dollars, soit seulement 6 % de la valeur totale de la transaction. La Cour d'appel, jugeant que cette différence n'était pas manifestement inférieure à la juste valeur de marché, a conclu que la décision de première instance n'était pas justifiée à cet égard.

Par ailleurs, la Cour d'appel a jugé que les administrateurs n'étaient pas des «personnes ayant intérêt à la transaction» et que leur responsabilité ne devait pas être retenue en vertu de cette disposition, même si l'on avait estimé que la contrepartie était «manifestement inférieure».

La Cour d'appel a imputé la faillite de Peoples à nombre d'autres causes que le système d'inventaire et a conclu que le juge de première instance n'aurait pas dû conclure qu'elle en résultait directement. En condamnant les administrateurs, le juge n'avait pas tenu compte du fait qu'ils étaient de bonne foi, n'avaient retiré aucun avantage direct du système d'approvisionnement, et que Peoples avait reçu une contrepartie substantielle pour les biens livrés à Wise. Voici la conclusion de la Cour d'appel : «l'adoption du nouveau système d'approvisionnement commun [...] n'a pas le caractère de gravité que lui attribue le premier juge et [...], contrairement à la perception qu'il exprime, ce geste n'a pas non plus été la véritable cause de la faillite de Peoples Inc. «Dans un pareil contexte, et avec les plus grands égards pour les avis exprimés par le juge de première instance, je crois que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 100(2) de la LFI ne milite pas en faveur du prononcé d'une condamnation personnelle contre les frères, même si on tient compte de l'intérêt, en l'espèce purement indirect, qui découle du seul fait de leur qualité d'actionnaires majoritaires de Wise.»

Le syndic a demandé l'autorisation de porter en appel devant la Cour suprême du Canada la décision rendue par la Cour d'appel du Québec.

Ian Rose est associé principal du cabinet d'avocats montréalais Lavery, de Billy. Cette rubrique est dirigée par Mindy Paskell-Mede, B.C.L., LL.B., associée du cabinet d'avocats Nicholl Paskell-Mede à Montréal.