Quels devoirs et responsabilités pour les administrateurs de sociétés face à la crise de la COVID-19?

27 avril 2020

Auteur

André Vautour

Associé, Avocat

Cette publication a été rédigée en collaboration avec André Laurin.

De toute évidence, la pandémie du coronavirus et les mesures prises par les gouvernements ont provoqué une situation particulièrement difficile et délicate pour presque toutes les organisations.

Malgré cette situation extraordinaire, les devoirs généraux des administrateurs (respect de la loi, diligence et loyauté) prescrits par les lois constitutives des différentes catégories de personnes morales et le *Code civil du Québec* demeurent les mêmes. Toutefois, dans le contexte actuel, les administrateurs d'une personne morale doivent rehausser de façon importante la qualité et l'intensité de leurs actions et réflexions pour assurer le respect de ces devoirs et, en particulier, pour que les gestes posés soient dans le meilleur intérêt de cette personne morale. Rappelons que selon ces lois constitutives et le *Code civil du Québec*, le conseil d'administration a la responsabilité de la gestion de la personne morale ou, selon le cas, celle de surveiller la gestion qui en est faite par les personnes à qui les pouvoirs de gestion ont été délégués, soit les membres de la direction de la personne morale.

Devoir de diligence

Le respect du devoir de diligence imposé aux administrateurs des personnes morales implique notamment, et ce, plus qu'à tout autre moment :

- une compréhension des enjeux et des risques associés à l'impact de la COVID-19 sur l'entreprise de la personne morale, ses clients, ses employés, ses fournisseurs, etc.;
- la recherche des meilleures mesures de gestion disponibles en s'appuyant sur les pratiques qui leur apparaissent raisonnablement être les meilleures à appliquer dans les circonstances;
- un suivi attentif de la mise en œuvre des décisions prises et l'adoption d'ajustements à ces décisions au fur et à mesure de l'évolution des choses.

À cet égard, notons que les lois constitutives des sociétés par actions prévoient spécifiquement que

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

les administrateurs sont réputés avoir respecté leur devoir de diligence si leur décision s'appuie de bonne foi sur des rapports de personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations.

Devoir de loyauté

En plus de leur imposer un devoir de diligence, la loi impose également aux administrateurs des personnes morales un devoir de loyauté qui prescrit à ces derniers, entre autres, d'agir au mieux des intérêts de cette personne morale. La Cour suprême du Canada a fourni des pistes d'interprétation de ce devoir de loyauté dans l'*arrêt BCE*[1] de 2008 (plusieurs de ces pistes ont été récemment explicitement intégrées dans des modifications récentes à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*[2]), entre autres :

> en caractérisant l'intérêt de la personne morale comme étant celui d'une entreprise socialement responsable (autrement dit, la personne morale doit agir comme un « bon citoyen corporatif » (« *good corporate citizen* »));
> en soulignant qu'il est permis aux administrateurs dans l'accomplissement de leur devoir de loyauté de tenir compte des intérêts des diverses parties intéressées par leurs décisions, telles les actionnaires, les employés,les retraités et les pensionnés, les créanciers, les consommateurs, les gouvernements ou l'environnement;
> en précisant par ailleurs que si les intérêts des diverses parties intéressées ne peuvent être réconciliés, l'intérêt de la société doit prévaloir en privilégiant son intérêt à long terme par rapport à son intérêt à court terme, et ce, dans un contexte de continuité.

En pratique, pour respecter ce devoir, tout d'abord, les administrateurs ne peuvent aller à l'encontre de la loi et, de plus, doivent aussi notamment :

> s'assurer que la personne morale prenne les mesures requises pour respecter les directives des autorités publiques;
> s'assurer que la personne morale prenne les mesures appropriées aux circonstances pour protéger la santé de ses employés, de ses clients et de ses fournisseurs;
> ne pas tolérer des pratiques qui nuisent à la personne morale en général ou qui tentent de profiter frauduleusement de la situation de crise actuelle;
> privilégier les mesures qui favorisent la survie d'une partie substantielle de l'entreprise de la personne morale et la reprise, si possible, de la plus grande partie de ses activités une fois la situation redevenue normale[3].

Nous sommes d'avis que dans les circonstances actuelles, les administrateurs devraient examiner les intérêts des parties intéressées. Or, un tel examen implique l'identification de ces intérêts et une évaluation raisonnable et équitable de ceux-ci de même que de la possibilité de les réconcilier avec le meilleur intérêt de la personne morale.

Il est évident que la situation présente permet difficilement de réconcilier, à court terme, tous les intérêts de toutes les parties intéressées avec l'intérêt qui doit prévaloir, soit celui de la personne morale. Ainsi, le maintien des conditions et des relations prévalant avant la crise est, dans la plupart des cas, difficilement réconciliable avec le meilleur intérêt de la personne morale à long terme, tel que défini et interprété par la loi et les tribunaux. Les administrateurs doivent donc faire un arbitrage raisonnable entre tous ces intérêts en privilégiant les intérêts de la personne morale, même si cet arbitrage est difficile.

Cette crise, les directives gouvernementales et leurs effets exigent que les administrateurs fassent preuve de leadership et de créativité. Comme le soulignent plusieurs intervenants, la crise actuelle favorisera des approches nouvelles quand la pandémie prendra fin. Les administrateurs doivent donc être proactifs et aider les dirigeants à trouver des solutions tant pour limiter les effets négatifs que pour élaborer les activités et planifier comment celles-ci devront être exercées dans les prochaines années.

---

1. *BCE Inc.* c. *Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, 2008 CSC 69.
2. Voir le paragraphes 122 (1.1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, LRC 1985, c C-44.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

3. Un article très à propos sur la façon dont les administrateurs peuvent s'acquitter de leurs devoirs de diligence et de loyauté a été publié sur le forum du Harvard Law School of Corporate Governance du 29 mars 2020 : GREGORY, Holly J., GRAPSAS, Rebecca et HOLLAND, Claire, *Ten Considerations for Boards of Directors*, Cambridge, Harvard Law School of Corporate Governance, en ligne : https://corpgov.law.harvard.edu/2020/03/29/ten-considerations-for-boards-of-directors/.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.