

Le 3 novembre 2009

Monsieur Alain Paquet
Président de la Commission des finances publiques
Assemblée nationale
Hôtel du Parlement
1045, rue des Parlementaires
Québec (Québec) G1A 1A4

**Objet : Projet de loi 63 - *Loi sur les sociétés par actions*
N/D: 26410 - Réf. 134689**

Monsieur le Président,

Le Barreau du Québec a pris connaissance avec un vif intérêt du projet de loi 63 qui a été présenté à l'Assemblée nationale le 7 octobre dernier. Ce projet de loi vise à remplacer les parties I et IA de la *Loi sur les compagnies*¹.

Le Barreau du Québec, à l'instar d'autres observateurs, considère que la *Loi sur les compagnies* du Québec accuse un retard important de compétitivité par rapport aux autres lois canadiennes et étrangères. Sa dernière mise à jour importante remonte à 1981. Au niveau fédéral, en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique des réformes ont été complétées afin d'ajuster la législation pertinente aux nouvelles réalités économiques et aux nouvelles technologies de l'information. Le Barreau du Québec, les milieux intéressés et les praticiens attendaient depuis longtemps un corpus législatif mieux adapté aux besoins de nos entreprises, à l'instar des initiatives fédérales et provinciales ailleurs au Canada.

Tout en visant une harmonisation, les particularités du Québec ont été prises en compte. Notamment, une très large partie de notre économie repose sur les PME. Les dispositions du projet de loi sont adaptées à cette réalité. Par ailleurs, le Québec constitue une juridiction de droit civil, le Code civil constituant la toile de fond de l'encadrement des personnes morales de droit privé au Québec. Cet effort de cohérence est aussi présent dans le projet de loi 63.

Le Barreau du Québec est d'accord avec le principe du projet de loi 63 et ses grandes orientations, sous réserve des commentaires particuliers formulés ci-après. En particulier, le

¹ L.R.Q., chap. C-38

chapitre XVII portant sur les mesures de surveillance et de contrôle fait l'objet d'importantes observations et recommandations. Diverses dispositions de ce chapitre sont de nature à porter atteinte au secret professionnel, droit prévu par l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*² et dont la pertinence sociale a été reconnue par la Cour suprême.

Nous soulignons par ailleurs que la législation ne peut à elle seule répondre aux besoins des entreprises et aux défis de la compétition. Les services administratifs aux entreprises constituent aussi un élément important pour les milieux d'affaires. La modernisation de l'État passe nécessairement par des services efficaces et efficients. Une loi moderne ne séduira les gens d'affaires et n'amènera les entreprises à choisir la juridiction du Québec que si le gouvernement met en place une équipe de personnes formées et prêtes à donner le service requis.

La réforme de la législation sur les sociétés par actions gravite essentiellement autour de quatre thèmes majeurs déjà identifiés dans le document de consultation de 2007³ : la protection des actionnaires et des administrateurs, l'augmentation de la compétitivité et du pouvoir d'attraction, la modernisation et l'allègement du droit des sociétés et l'introduction d'exigences en matière de gouvernance.

La protection des actionnaires et des administrateurs

Le Barreau considère qu'un actionnaire d'une compagnie constituée sous la *Loi sur les compagnies* est actuellement désavantagé par rapport à un actionnaire d'une société constituée sous la *Loi canadienne des sociétés par actions*. Comment peut-on justifier qu'un actionnaire ailleurs au Canada ou qu'un actionnaire du Québec d'une société fédérale bénéficie de plus de droits qu'un actionnaire d'une compagnie constituée sous la *Loi sur les compagnies*? Le projet de loi 63 vient remédier à la situation. À ce chapitre, le projet de loi prévoit notamment le dépôt de propositions d'actionnaires (articles 194 à 206); le recours en cas d'abus de pouvoir ou d'iniquité (articles 447 à 450) et le droit au rachat (articles 372 à 397).

En ce qui a trait aux administrateurs, la nouvelle législation précise le droit quant à leurs devoirs et met en place en contrepartie certains moyens de défense, en précisant les devoirs des administrateurs et des dirigeants, en interdisant expressément les clauses d'exonération de responsabilité empêchant toute poursuite contre les administrateurs et en prévoyant une défense de diligence raisonnable pour les administrateurs, notamment aux articles 120, 121 et 158.

Le Barreau du Québec appuie ces dispositions.

Augmentation de la compétitivité et du pouvoir d'attraction

Une compagnie, constituée en vertu de la partie IA de la loi actuelle, ne peut faire de prêt à ses actionnaires, à moins de satisfaire aux exigences de tests très complexes. Lors d'un achat ou

² L.R.Q., c. C-12

³ Réforme - Document de consultation - Loi sur les compagnies, décembre 2007

d'un rachat de ses actions, lors de la réduction de son capital-actions ou du paiement d'un dividende, une société doit actuellement passer deux tests : le test de solvabilité et le test comptable. Le test comptable ne sera pas repris dans la nouvelle loi (voir notamment les articles 93 à 105). Les deux tests seront abolis au moment de l'octroi d'une aide financière à un actionnaire ou à une personne qui désire acquérir des actions. La protection statutaire des actionnaires continuerait d'être assurée par l'application des devoirs généraux des administrateurs et, en cas de violation de ces devoirs ou d'injustice envers les actionnaires, par une intervention du tribunal.

La continuation constitue par ailleurs un mécanisme permettant aux compagnies constituées sous le régime d'une loi constitutive donnée de continuer leur existence sous le régime de la législation proposée et vice-versa. L'absence d'un tel mécanisme pouvait peut-être être justifié à une certaine époque par la crainte d'un exode des compagnies québécoises vers d'autres régimes canadiens. Le Barreau considère que les dispositions du projet de loi 63 à cet égard sont nécessaires (articles 288 à 303). La continuation constitue un attrait permettant de faciliter, dans certains cas, le choix d'une juridiction dans les cas d'acquisition et de fusion.

Le Barreau appuie ces dispositions.

Modernisation et allègement du droit des compagnies

Le Barreau du Québec considère que le régime applicable aux PME doit notamment se traduire par un assouplissement des règles de fonctionnement dans le cas de la compagnie à actionnaire et administrateur unique et par une simplification des procédures décisionnelles, notamment lorsque les administrateurs sont les seuls actionnaires de la compagnie (voir notamment les articles 140, 215 et 216). Par ailleurs, l'adaptation de la loi aux nouvelles technologies des communications électroniques entre la compagnie et ses actionnaires, l'assemblée d'actionnaires par voie électronique et le dépôt de documents par Internet constituent des réalités nouvelles qui doivent être facilitées et reconnues dans la législation québécoise.

Plusieurs dispositions du projet de loi apportent la modernisation et la souplesse recherchées, en particulier les articles 476 à 479 (transmission de documents technologiques) et les articles 240 à 270 portant sur la modification, la correction, la refonte et l'annulation des statuts.

Le Barreau appuie ces dispositions.

Introduction d'exigences en matière de gouvernance

Il est proposé de ne pas imposer aux sociétés privées des règles trop lourdes de gouvernance qui dédoubleraient les règles édictées dans la *Loi sur les valeurs mobilières*. Cependant, des règles sur les devoirs de prudence et de diligence des administrateurs et sur la divulgation de conflits d'intérêts sont prévues (articles 119 à 133).

Le Barreau appuie ces dispositions.

Commentaires particuliers

Article 31

Pour donner plus de souplesse et de facilité aux professionnels, dont les conseillers juridiques, dans la gestion des affaires corporatives, n'y aurait-il pas lieu de prévoir que les livres énumérés à l'article 31 sont tenus et conservés au siège social de la société ou en tout autre lieu désigné par le conseil d'administration, comme le prévoit l'article 34 pour les livres comptables et les livres de procès-verbaux et de résolutions du conseil d'administration?

Article 66

Le deuxième alinéa n'est pas conforme aux dispositions prévues à l'article 37.2 de la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*.

En effet, la loi cadre sur les transferts vise, à l'article 37.2, le détenteur inscrit qui a reçu un avis de la restriction et non pas un cessionnaire. Est-ce l'intention recherchée?

Article 81

Le Barreau est favorable à l'approche proposée, qui vise à soumettre le transfert d'actions à la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, sous réserve des dispositions contenues dans la *Loi sur les sociétés par actions*.

Des commentaires techniques vous seront acheminés ultérieurement concernant le transfert d'actions et l'interaction entre certaines dispositions de projet de loi 63 et la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*.

Article 191

À première vue, cette disposition portant sur les votes par catégorie d'actions semble de portée plus large que celle de l'article 176 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁴.

L'approbation des actionnaires à cet égard sera vraisemblablement plus souvent exigée au Québec pour les sociétés assujetties à la loi québécoise. Est-ce l'intention recherchée compte tenu de l'objectif d'harmonisation?

⁴ L.R.C. 1985, c. C-44

Articles 194 et 195

La portée précise de ces dispositions concernant les propositions d'actionnaires dépend de dispositions réglementaires. Les milieux intéressés souhaitent connaître le contenu de ces règlements ou avoir accès aux projets de règlement.

Articles 433, 435, 444 et 446

Selon l'article 433, le tribunal peut ordonner la communication, par un comptable membre de l'un des ordres professionnels de comptables mentionnés au *Code des professions*, de tout renseignement ou document relatif à une société qui fait l'objet d'une enquête lorsqu'un tel renseignement ou document a été obtenu ou préparé dans le cadre d'une vérification ou dans le cadre de la préparation de l'examen des états financiers de cette société. La communication peut être ordonnée même s'il peut en résulter la divulgation de renseignements protégés par le secret professionnel auquel le comptable concerné est tenu.

Quels sont les critères qui amèneront le juge à rendre son ordonnance de communication? Dans quels cas doit-il prendre cette ordonnance?

On constate, à l'article 444 deuxième alinéa, que des critères sont prévus dans le cas d'une autorisation d'agir au nom d'une société. L'article 446, pour sa part, qui porte aussi sur les autorisations d'agir au nom d'une société, comporte, au deuxième alinéa, un test de nécessité. Il n'existe aucun critère prévu dans la loi pour baliser la discrétion judiciaire à l'article 433.

Nous comprenons que l'article 435 protégerait le secret professionnel de l'avocat, ainsi que le secret professionnel d'un membre d'un ordre professionnel autre que celui d'un comptable. Toutefois, dans la mesure où les professionnels sont appelés à travailler en multidisciplinarité, il y a un risque que le secret professionnel des membres d'ordres professionnels autres que ceux des comptables soit affecté. Des litiges sont à prévoir.

Le premier alinéa de l'article 446 prévoit ce qui suit :

« S'il est autorisé par le tribunal à agir au nom de la société en vertu de l'article 443, le demandeur est réputé être le représentant de la société pour les fins du recours et, à cette fin, il a accès à tous les renseignements ou documents pertinents que détient la société ainsi qu'aux documents qui sont détenus ou qui ont été préparés pour elle par un mandataire dans le cadre de l'action ou de l'intervention ou qui sont relatifs aux faits en litige. »

L'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵ se lit comme suit :

« Chacun a droit au respect du secret professionnel.

⁵ L.R.Q., c. C-12

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel. »

Par ailleurs, l'article 131 de la *Loi sur le Barreau* prévoit :

« 1° L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession.

2° Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences ou lorsque la loi l'ordonne ou l'autorise par une disposition expresse. »

Nous soumettons que l'article 446 ne constitue pas une disposition expresse autorisant la levée du secret professionnel. En outre, à défaut pour la société de relever l'avocat de son obligation au secret, celui-ci est toujours tenu de respecter son obligation déontologique. Cependant, l'article 446 qui prévoit que le demandeur est réputé être le représentant de la société permet-il de contourner les règles du secret professionnel? Nous avons tout lieu de le craindre.

La reconnaissance législative du droit au secret professionnel dans la Charte québécoise vise non seulement la relation entre un avocat et son client, mais également les relations qu'une personne peut entretenir avec un autre professionnel à ce titre. Ces deux caractéristiques, statut quasi constitutionnel du droit au secret professionnel et application à tous les professionnels, ne se retrouvent pas dans les autres provinces canadiennes.

Le secret professionnel n'est pas un privilège conçu pour le bénéfice des professionnels. Ce secret appartient aux clients des professionnels et constitue un élément fondamental du lien de confiance entre le client et son professionnel. Le client est en droit de s'attendre à ce que son professionnel mette toute son énergie et son talent à son service. Le client doit pouvoir compter sur la discrétion du professionnel. Les clients qui consultent un professionnel doivent pouvoir s'exprimer en toute liberté.

Par ailleurs, le secret professionnel de l'avocat (et du notaire au Québec) s'est vu reconnaître à maintes reprises une protection constitutionnelle par la Cour suprême. Le secret professionnel est au cœur de la profession juridique et de notre système constitutionnel fondé sur la règle de droit. La Cour suprême a répété à maintes reprises qu'il était essentiel que les personnes puissent avoir recours à un avocat et à un notaire avec la certitude que leurs confidences et les avis qu'ils ont reçus demeureront confidentiels :

« Le secret professionnel de l'avocat est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. Sans cette garantie, l'accès à la justice et la qualité de la justice dans notre pays seraient sérieusement compromis.⁶ »

Ce n'est pas parce que l'on peut soupçonner que des dirigeants ou administrateurs d'une société ne font pas leur travail correctement ou qu'ils ont commis des gestes illégaux ou frauduleux qu'ils doivent pour autant perdre le bénéfice du secret professionnel avocat-client.

Il existe déjà une règle de droit bien établie voulant que le privilège tombe lorsque l'avocat est utilisé pour commettre un acte illégal, à sa connaissance ou à son insu. De notre point de vue, on ne peut refuser le secret professionnel de l'avocat aux dirigeants et aux administrateurs d'une société pour permettre à leurs adversaires dans un litige (les actionnaires, les ex-actionnaires, autres dirigeants, inspecteurs ou représentants de l'AMF) de connaître le contenu des avis juridiques qu'ils ont reçus pour connaître ou faire valoir leurs droits. Dans ce contexte, comment les administrateurs et dirigeants de la société vont-ils se comporter? Refuseront-ils de donner des avis juridiques ou cacheront-ils certains faits essentiels à leur avocat ou à leur notaire? Demanderont-ils des avis verbaux lorsque la question posée met en cause les actionnaires?

L'affaiblissement du secret professionnel de l'avocat et du notaire est donc de nature à affecter le comportement des clients. Vont-ils être réticents à donner toute l'information pertinente? Vont-ils cacher certaines informations ou documents essentiels? En contrepartie, les professionnels pourront-ils donner des avis en pleine connaissance de cause et agir en prévention?

Dans ce contexte, le Barreau du Québec croit que le deuxième alinéa de l'article 446 doit être modifié afin de préciser que les renseignements ou les documents dont le tribunal peut ordonner la communication sont exclusivement des renseignements ou des documents pertinents que détient la société et qui sont détenus ou préparés pour elle par un mandataire dans le cadre de l'action ou de l'intervention ou qui sont relatifs aux faits en litige. À ce sujet, nous comprenons que ce ne sont pas tous les documents préparés ou détenus par un avocat ou un notaire qui se qualifient de « documents qui sont détenus ou qui ont été préparés ... par un mandataire ». En effet, lorsqu'un avocat représente son client devant le tribunal ou produit des procédures en son nom, il agit à titre de mandataire de son client. Cependant, lorsque l'avocat ou le notaire prépare un avis juridique, il est le prestataire d'un contrat de service. Le Barreau juge donc opportun de limiter la communication au représentant de la société nommé par le tribunal aux documents et renseignements préparés par l'avocat ou le notaire à titre de mandataire de la société.

Toujours dans la perspective de limiter les atteintes au secret professionnel de l'avocat et du notaire, le Barreau soumet qu'il y a lieu de mieux encadrer la discrétion conférée au juge qui est appelé à ordonner la communication de documents ou de renseignements. Dans cette perspective, il nous apparaît que le juge ne devrait être habilité à ordonner la communication de tels renseignements ou documents que lorsque les conditions suivantes sont satisfaites :

⁶ *Commissaire à la protection de la vie privée c. Bloodtribe Department of Health*, 2008 C.s.C. 44

1. le document ou le renseignement ne contient pas de confidences échangées entre un client et son avocat ou son notaire ou d'avis qui mettent en cause les droits et obligations des administrateurs et dirigeants de la société qui ont été remplacés;
2. le document ou le renseignement est nécessaire pour les fins de l'action ou de l'intervention prévue à l'article 443 et ne peut être obtenu ou préparé autrement ou en temps utile;
3. le document ou le renseignement ne doit pas être communiqué directement ou indirectement à un organisme de surveillance ou de contrôle ou à une personne qui par ailleurs exerce ses fonctions au sein d'un tel organisme.

Enfin, le Barreau est d'accord avec le contenu et le libellé du troisième alinéa de l'article 446 qui devrait être maintenu comme tel puisqu'il serait inacceptable que les renseignements ou les documents obtenus afin de permettre à des personnes nommées par le tribunal d'exercer des recours soient utilisés à d'autres fins, notamment pour permettre à des organismes de surveillance et de contrôle de poursuivre leur enquête.

Tout compte fait, le Barreau du Québec propose que l'article 446 soit amendé afin qu'il se lise comme suit (modifications proposées en soulignés):

« 446. S'il est autorisé par le tribunal à agir au nom de la société en vertu de l'article 443, le demandeur est réputé être le représentant de la société pour les fins du recours et, à cette fin, il a accès à tous les renseignements ou documents pertinents que détient la société ainsi qu'aux documents qui sont détenus ou qui ont été préparés pour elle par un mandataire dans le cadre de l'action ou de l'intervention ou qui sont relatifs aux faits en litige.

Le tribunal peut, sur demande, ordonner la communication au demandeur, par la société ou sa filiale, ou par un administrateur, un dirigeant ou un mandataire de celles-ci, de tout renseignement ou document visé par le premier alinéa, qui lui apparaît nécessaire dans le cadre de l'action ou de l'intervention qu'il a autorisée lorsque notamment les conditions suivantes sont satisfaites :

1° le document ou le renseignement ne contient pas de confidences échangées entre un client et son avocat ou son notaire ni d'avis qui mettent en cause les droits et obligations des administrateurs et dirigeants de la société qui ont été remplacés;

2° le document ou le renseignement est nécessaire pour les fins de l'action ou de l'intervention prévue à l'article 443 et ne peut être obtenu ou préparé autrement ou en temps utile;

3° le document ou le renseignement ne doit pas être communiqué directement ou indirectement à un organisme de surveillance ou de contrôle ou à une personne qui par ailleurs exerce ses fonctions au sein d'un tel organisme.

Toutefois, un renseignement ou un document obtenu par le demandeur en application du présent article est présumé confidentiel et ne peut être utilisé que dans le cadre de

l'action ou de l'intervention autorisée par le tribunal et aux conditions qu'il détermine, le cas échéant. »

Article 447

La portée du recours pour oppression en droit québécois demeure imprécise et floue. Ce recours est fondé actuellement sur les articles 33 et 46 du *Code de procédure civile* et a été créé par les tribunaux. L'article 447 vient clarifier le droit en matière d'abus de pouvoir ou d'iniquité.

Article 493

Le mécanisme de révision quinquennale de la loi est nécessaire pour assurer la mise à jour de la législation et la concordance avec les réalités commerciales et économiques changeantes. Nous exprimons le souhait que le ministre des Finances pourra être en mesure de respecter et de suivre cette révision quinquennale de la loi.

Article 522

Le Barreau est d'accord avec le remplacement du mot « compagnie » par les mots « personne morale » à l'article 128 de la *Loi sur le Barreau*.

Article 723

Il est assez inhabituel de prévoir par règlement du gouvernement des règles transitoires qui devraient se retrouver normalement dans la loi elle-même. Par ailleurs, le deuxième alinéa prévoit qu'un tel règlement n'est pas soumis à l'obligation de publication prévue à l'article 8 de la *Loi sur les règlements*. Cette loi prévoit un délai de publication de 45 jours qui peut être plus court en cas d'urgence. Nous sommes d'avis que les projets de règlement devraient être publiés pour plus de transparence et afin de permettre la consultation des personnes intéressées. En cas d'urgence, le délai pourrait être inférieur à 45 jours.

Article 725

La mise en vigueur de la loi ne devrait pas être reportée sur une période trop longue. Un délai trop long entre l'adoption des nouvelles règles annoncées et leur mise en vigueur constituerait une source d'insécurité et d'incertitude pour les entreprises et les intervenants concernés. Cependant, nous comprenons que le Registraire des entreprises a besoin de délais pour moderniser les systèmes et processus administratifs. Cela ne doit pas pour autant retarder la mise en vigueur de l'ensemble des dispositions du projet de loi.

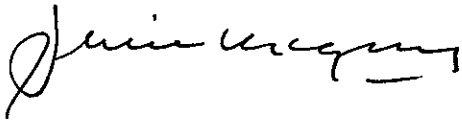
Par ailleurs, les professionnels et les usagers devront bénéficier de suffisamment de temps pour comprendre et intégrer les nombreuses règles nouvelles d'encadrement des sociétés par actions au Québec.

Pour conclure, nous félicitons le ministre des Finances d'avoir présenté ce nouveau corpus législatif visant à moderniser la législation applicable aux sociétés par actions. Nous sommes cependant préoccupés par les dispositions qui sont de nature à porter atteinte au secret professionnel. Nous déplorons par ailleurs le peu de temps qui nous a été accordé pour cet exercice d'intérêt public. Nous osons croire que des efforts sérieux seront faits dans l'avenir pour assurer une consultation de meilleure qualité, dans le respect des institutions et des intervenants concernés.

Le Barreau se réserve le droit de soumettre à la Commission des commentaires plus détaillés. Des commentaires de nature technique vous seront acheminés pour alimenter les travaux de la Commission dans le cadre de l'étude du projet de loi article par article.

Espérant que nos observations pourront contribuer à l'amélioration de la législation, nous vous prions de recevoir, Monsieur le Président, l'expression de nos respectueuses salutations.

Le bâtonnier du Québec,



Pierre Chagnon

Réf : 0091