



MÉMOIRE DE L'INSTITUT DES ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS – SECTION DU QUÉBEC RELATIF AU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS DU PROJET DE LOI 26

PRÉPARÉ PAR

P^r STÉPHANE ROUSSEAU, S.J.D.

**TITULAIRE DE LA CHAIRE EN GOUVERNANCE ET DROIT DES AFFAIRES
UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL**

14 JANVIER 2015

PRÉAMBULE

L'Institut des administrateurs de sociétés (IAS) est une association à but non lucratif comptant plus de 9 000 membres et 11 sections régionales à travers le Canada. La Section du Québec de l'IAS (IAS – Québec) compte plus de 1000 membres. La vision de l'IAS consiste à être la principale organisation au Canada à représenter les administrateurs et administratrices œuvrant dans les secteurs à but lucratif, à but non lucratif et dans les sociétés d'État. Sa mission consiste à stimuler l'excellence au sein des conseils afin de renforcer la gouvernance et la performance des sociétés et autres organisations. Cette mission est réalisée au moyen de la formation, de la certification et de la promotion des meilleures pratiques de gouvernance.

Ayant pris connaissance du Projet de loi 26 intitulé *Loi visant principalement la récupération de sommes obtenues à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*, l'IAS - Québec dépose le présent mémoire en réponse aux consultations menées par la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec. L'intervention de l'IAS a pour objectif spécifique de formuler des commentaires relativement au nouveau régime de responsabilité civile visant les administrateurs. En effet, l'IAS - Québec partage les préoccupations du gouvernement du Québec face au phénomène de la corruption dans le cadre de contrats publics. En revanche, l'IAS-Québec est préoccupé au plus haut point par le régime de responsabilité des administrateurs proposé en raison des conséquences préjudiciables qu'il engendrera pour les administrateurs et la saine gouvernance des sociétés.

Le mémoire déposé par l'IAS - Québec a été préparé par le Professeur Stéphane Rousseau conformément au mandat qui lui a été confié d'étudier la portée et les conséquences des dispositions du nouveau régime de responsabilité civile visant les administrateurs. Le Professeur Rousseau est titulaire de la Chaire en gouvernance et droit des affaires à l'Université de Montréal. Il est un expert reconnu du droit des sociétés, de la gouvernance d'entreprise et du droit des marchés financiers. Auteur de nombreux ouvrages de référence dans ses domaines d'expertise, il a notamment fait partie du comité des experts créé par le ministère des Finances du Québec pour le conseiller sur les orientations et le contenu de la réforme de la *Loi sur les compagnies*.

SOMMAIRE EXÉCUTIF

L'IAS-Québec dépose le présent mémoire dans le cadre des consultations menées par la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec relativement au Projet de loi 26 intitulé *Loi visant principalement la récupération de sommes obtenues à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*.

L'IAS – Québec reconnaît la nécessité de mettre en place des mesures vigoureuses pour lutter contre la fraude et les manœuvres dolosives visant les contrats publics. De même, l'IAS comprend la pertinence d'établir des mécanismes de recouvrement des sommes obtenues injustement auprès d'organismes publics relativement à des contrats publics. En revanche, l'IAS – Québec est préoccupé au plus haut point par le régime de responsabilité des administrateurs proposé en raison des conséquences préjudiciables qu'il engendrera pour les administrateurs et la saine gouvernance des sociétés.

PRÉOCCUPATIONS

Le régime de responsabilité des administrateurs proposé déroge de manière substantielle au droit commun, ce qui soulève les inquiétudes suivantes :

- **Création d'une nouvelle norme de conduite affectant la saine gouvernance**

Alors qu'il existe un principe centenaire de confiance reconnu par la jurisprudence, le P.L. crée une nouvelle norme de conduite pour les administrateurs qui exige qu'ils soient constamment en mesure d'identifier l'existence d'une fraude ou d'une manœuvre dolosive de la société afin de pouvoir empêcher sa réalisation. Cette nouvelle norme de conduite exige que les administrateurs effectuent la surveillance de la conformité juridique de tous les actes de la société.

Nous craignons que le nouveau régime vienne forger le comportement futur de tous les administrateurs s'inquiétant d'une application généralisée de cette nouvelle obligation de surveillance. Afin de limiter leur risque de responsabilité, les administrateurs prendront des mesures de précaution strictes en supervisant étroitement les dirigeants et les activités de la société. En plus de générer des coûts de conformité additionnels, l'intensification de la surveillance détournera les administrateurs de l'objectif de création de valeur qui est l'essence de leur rôle.

- **Application rétroactive d'une nouvelle norme de conduite remettant en cause les principes de gouvernance en vigueur**

Le Projet de loi édicte une nouvelle norme de conduite qui s'applique rétroactivement aux événements survenus dans les 20 ans précédant son entrée en vigueur. L'imposition rétroactive d'une nouvelle norme de conduite qui exige la surveillance de la conformité juridique des actes de la société remet en cause les pratiques de gouvernance qui guidaient les administrateurs.

- **Déséquilibre dans l'application du nouveau recours en responsabilité**

L'objectif principal du nouveau recours en responsabilité visant les administrateurs est l'indemnisation de l'organisme public. Pour atteindre cet objectif, le régime de responsabilité met de côté de nombreux principes fondamentaux du droit commun concernant la norme de conduite, la défense de diligence raisonnable, la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité et la prescription. L'ensemble des dérogations créent un régime déséquilibré. Les administrateurs peuvent difficilement s'exonérer de leur responsabilité. De même, les conditions d'application compliquent grandement le partage de responsabilité avec d'autres intervenants fautifs, tels que des employés de l'organisme public.

- **Assurance-responsabilité des administrateurs : moins accessible et plus coûteuse?**

L'impact du recours sur l'assurance responsabilité des administrateurs est très préoccupant. Nous nous interrogeons sur la disponibilité d'une couverture d'assurance dans le cadre d'un recours où il est reproché aux administrateurs de connaître ou d'avoir dû connaître l'existence d'une fraude ou de manœuvres dolosives. Même si la couverture était disponible, le risque accru de responsabilité pourrait bien se traduire par un coût plus élevé d'assurance responsabilité.

- **Impact négatif sur le recrutement d'administrateurs externes indépendants**

Compte tenu de sa portée sans précédent, le nouveau régime expose les administrateurs à un lourd risque de responsabilité personnelle. Tout en reconnaissant sa portée temporelle limitée, nous craignons que la création d'un nouveau risque de responsabilité émanant d'une intervention législative *ex post facto* ait un impact négatif sur le recrutement de candidats de haut calibre pour siéger comme administrateurs indépendants. À terme, cela pourrait nuire à la qualité de la gouvernance et à la compétitivité des sociétés.

RECOMMANDATIONS

Compte tenu des préoccupations identifiées, nous formulons les recommandations suivantes :

Recommandation No 1

Afin d'éliminer toute ambiguïté dans les conditions d'application du régime de responsabilité des administrateurs, nous recommandons :

Que la nature du régime de responsabilité des administrateurs soit clarifiée pour préciser qu'il s'agit d'un régime où la faute des administrateurs doit être prouvée.

Ainsi, il serait clair que la poursuite doit prouver la faute des administrateurs pour engager leur responsabilité.

Recommandation No 2

En décrétant que les administrateurs « auraient dû savoir » qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise, le recours en responsabilité civile crée une nouvelle norme de conduite qui s'applique rétroactivement. Cette nouvelle norme de conduite exige que les administrateurs surveillent *ex post facto* la conformité juridique des actes de la société, contrairement à ce que prévoyait le droit applicable auparavant. Étant donné les conséquences préjudiciables pour la gouvernance qui résulteront de cette nouvelle norme de conduite, il est recommandé :

Que la norme de conduite soit révisée pour éliminer l'expression « auraient dû savoir » afin que la norme de conduite reflète le rôle et la réalité d'un conseil d'administration en évitant d'imposer aux administrateurs une obligation de surveillance de la conformité juridique des actes de la société.

Ce faisant, le nouveau régime de responsabilité maintiendrait l'état du droit actuel fondé sur le principe centenaire de confiance reconnu par la jurisprudence.

Recommandation No 3

Le régime de responsabilité des administrateurs proposé ne fournit pas une défense de diligence raisonnable, contrairement à la plupart des régimes statutaires de responsabilité civile. Même s'ils ont pris les mesures nécessaires pour que cesse la conduite en cause, pour sanctionner les dirigeants ou pour instituer des correctifs appropriés après avoir eu connaissance des impropriétés, les administrateurs demeurent responsables. Pour remédier à cette lacune, il est recommandé :

Qu'il soit prévu que l'administrateur peut s'exonérer en démontrant qu'il a agi avec diligence après avoir eu connaissance de la fraude ou de la manœuvre dolosive.

Ainsi, les administrateurs pourront se défendre en démontrant qu'ils ont agi de manière raisonnable après avoir eu connaissance des impropriétés.

Recommandation No 4

Le régime de responsabilité civile des administrateurs met de côté toute analyse du lien de causalité entre la faute des administrateurs et le préjudice subi par l'organisme public. La responsabilité des administrateurs peut être engagée même si la cause véritable du dommage, à savoir le montant payé pour le contrat visé, réside dans la fraude ou une manœuvre dolosive commises par des employés ou des dirigeants de la société, voire de

l'organisme public. Pour éviter de tenir les administrateurs responsables d'un dommage qui est sans relation avec leur faute, il est recommandé :

Que la preuve du lien de causalité entre la faute de l'administrateur et le préjudice subi par l'organisme public soit requise pour retenir la responsabilité des administrateurs.

Recommandation No 5

Le Projet ne balise pas la portée temporelle de la responsabilité solidaire des administrateurs. Un administrateur peut être tenu responsable de tout le préjudice subi par un organisme public, même le préjudice qui s'est manifesté alors qu'il ne siégeait plus au conseil de la société en cause. Pour éviter d'imposer aux administrateurs un niveau de responsabilité potentiellement insoutenable, il est recommandé :

Qu'il soit précisé que la responsabilité solidaire de l'administrateur se limite au préjudice ayant été causé durant la période où il siégeait au conseil d'administration de la société.

Recommandation No 6

Le régime de responsabilité des administrateurs est soumis à un délai de prescription de 20 ans qui est exorbitant du délai de trois ans de droit commun. Ce délai est hautement préoccupant en ce qu'il augmente le risque de distorsion dans l'analyse de la faute des administrateurs. Par ailleurs, ce délai ne s'applique pas aux recours récursoires des administrateurs qui veulent invoquer en défense la faute contributive d'un autre intervenant, tel qu'un employé d'un organisme public bénéficiant du délai de prescription de trois ans. Pour répondre à ces préoccupations, nous recommandons :

Que le délai de prescription à l'égard des administrateurs soit révisé pour qu'il corresponde au délai de trois ans de droit commun et qu'il bénéficie également aux recours récursoires des administrateurs.

Nous estimons qu'il est impératif de procéder à la modification du régime de responsabilité des administrateurs en donnant suite aux recommandations afin d'éviter les conséquences désastreuses présentées ci-dessus. Sans ces modifications, bien des efforts de renforcement de la gouvernance sont mis en péril. Il deviendra extrêmement difficile de recruter des administrateurs externes indépendants de haut calibre alors que le Législateur lance le signal qu'il est disposé à adopter des régimes de responsabilité mettant tout le patrimoine personnel des administrateurs en jeu. De plus, l'adoption du régime de responsabilité proposé causera une onde de choc générale auprès des conseils d'administration qui se répercutera par la création d'un climat de méfiance dans les relations entre les administrateurs externes indépendants et l'équipe de direction. Dans ce contexte, le temps et les efforts du conseil d'administration seront détournés du pilotage stratégique et de la création de valeur.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉAMBULE	ii
SOMMAIRE EXÉCUTIF	iii
TABLE DES MATIÈRES	vii
I. INTRODUCTION	1
II. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS EN CAS DE FRAUDE OU DE MANŒUVRES DOLOSIVES DE LA SOCIÉTÉ : LE DROIT COMMUN	2
A. La place de la responsabilité civile des administrateurs dans la gouvernance	2
B. Le devoir de prudence et diligence des administrateurs en droit des sociétés	4
1. Présentation générale	4
2. Obligation de surveillance	4
C. La responsabilité civile extracontractuelle des administrateurs à l'égard des tiers lors de fraude ou de manœuvres dolosives	6
D. Le périmètre de la responsabilité civile	7
III. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS EN CAS DE FRAUDE OU DE MANŒUVRES DOLOSIVES DE LA SOCIÉTÉ : UNE MODIFICATION SUBSTANTIELLE DU DROIT COMMUN	8
A. La nature du régime de responsabilité : une ambiguïté à lever	8
B. La formulation de normes de conduite dont la portée est imprévisible	9
1. Les administrateurs savaient qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise	9
2. Les administrateurs « auraient dû savoir » qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise	10
3. Absence de défense de diligence raisonnable	11
C. Le périmètre étendu de la responsabilité civile	12
1. La création de présomptions de lien de causalité et de préjudice	12
2. Un régime de solidarité étendu	13
3. Un délai de prescription exceptionnel	14
IV. DES CONSÉQUENCES PRATIQUES DÉSASTREUSES POUR LES ADMINISTRATEURS ET LA GOUVERNANCE DES SOCIÉTÉS	15
A. La création d'une nouvelle norme de conduite affectant la saine gouvernance	16
B. L'application rétroactive d'une nouvelle norme de conduite remettant en cause les principes de gouvernance en vigueur	16
C. La poursuite d'un objectif d'indemnisation créant un déséquilibre dans l'application du nouveau recours en responsabilité	17

D.	L'assurance-responsabilité des administrateurs : moins accessible et plus coûteuse?	18
E.	L'impact négatif sur le recrutement d'administrateurs	18
V.	RECOMMANDATIONS	19
	Recommandation No 1	19
	<i>Que la nature du régime de responsabilité des administrateurs soit clarifiée pour préciser qu'il s'agit d'un régime où la faute des administrateurs doit être prouvée.</i>	
	Recommandation No 2	19
	<i>Que la norme de conduite soit révisée pour éliminer l'expression « auraient dû savoir » afin que la norme de conduite reflète le rôle et la réalité d'un conseil d'administration en évitant d'imposer aux administrateurs une obligation de surveillance de la conformité juridique des actes de la société.</i>	
	Recommandation No 3	20
	<i>Qu'il soit prévu que l'administrateur peut s'exonérer en démontrant qu'il a agi avec diligence après avoir eu connaissance de la fraude ou de la manœuvre dolosive.</i>	
	Recommandation No 4	20
	<i>Que la preuve du lien de causalité entre la faute de l'administrateur et le préjudice subi par l'organisme public soit requise pour retenir la responsabilité des administrateurs.</i>	
	Recommandation No 5	20
	<i>Qu'il soit précisé que la responsabilité solidaire de l'administrateur se limite au préjudice ayant été causé durant la période où il siégeait au conseil d'administration de la société.</i>	
	Recommandation No 6	21
	<i>Que le délai de prescription à l'égard des administrateurs soit révisé pour qu'il corresponde au délai de trois ans de droit commun et qu'il bénéficie également aux recours récursoires des administrateurs.</i>	
	CONCLUSION	21

I. INTRODUCTION

Le 3 décembre 2014, le gouvernement du Québec a présenté le projet de loi 26 (ci-après « P.L. 26 ») intitulé *Loi visant principalement la récupération de sommes obtenues à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*. Selon l'article 1, le projet de loi prévoit des « mesures exceptionnelles adaptées au remboursement et au recouvrement de sommes obtenues injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion de contrats publics ».

Parmi les mesures exceptionnelles édictées par le projet de loi se retrouve la création d'un nouveau régime de responsabilité civile visant les administrateurs. Les paramètres de ce régime sont énoncés à l'article 10 du P.L. 26 :

Toute entreprise ou toute personne physique qui a fraudé ou s'est livrée à une manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public est présumée avoir causé un préjudice à l'organisme public concerné.

Le cas échéant, la responsabilité de ses dirigeants en fonction au moment de la fraude ou de la manœuvre dolosive est engagée, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. Il en est de même pour ses administrateurs s'il est établi qu'ils savaient ou auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise relativement au contrat visé.

Les entreprises et les personnes visées au présent article sont solidairement responsables du préjudice causé, à moins que l'organisme public n'y renonce.

Dans le cadre du recours, l'article 11 crée une présomption de préjudice qui correspond à la somme réclamée par l'organisme public lorsque cette somme ne représente pas plus de 15 % du montant total payé pour le contrat visé. De plus, le projet de loi établit un délai de prescription qui déroge au droit commun en permettant de couvrir des préjudices causés jusqu'à vingt (20) ans avant la date d'entrée en vigueur du recours en responsabilité fixée par le Gouvernement, à condition que l'action soit intentée dans les cinq (5) ans suivant cette date. Pour l'instant, l'article 37 prévoit que ce régime exceptionnel de responsabilité des administrateurs sera en vigueur pendant cinq (5) ans suivant la date d'entrée en vigueur fixée par le Gouvernement pour ce recours.

L'IAS – Québec partage les préoccupations du gouvernement du Québec face au phénomène de la corruption dans le cadre de contrats publics. Ainsi, l'IAS - Québec reconnaît la nécessité de mettre en place des mesures vigoureuses pour lutter contre la fraude et les manœuvres dolosives survenant lors de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion des contrats publics. De même, l'IAS – Québec comprend la pertinence d'établir des mécanismes de recouvrement des sommes obtenues injustement auprès d'organismes publics relativement à des contrats publics.

L'IAS – Québec estime toutefois que le nouveau régime de responsabilité civile des administrateurs mérite d'être révisé. Comme le fait ressortir notre mémoire, les conditions d'application de ce régime dérogent de manière substantielle au droit commun de la responsabilité civile des administrateurs. Or, nous sommes d'avis que les dérogations avec le droit commun pourraient avoir des effets inattendus portant atteinte à la saine gouvernance des sociétés. Nos préoccupations sont d'autant plus grandes que le nouveau régime de responsabilité est destiné à s'appliquer rétroactivement aux événements survenus durant le délai de prescription de 20 ans. Dans ce contexte, le mémoire formule des recommandations visant à pallier les difficultés soulevées par le régime de responsabilité des administrateurs du Projet de loi 26.

II. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS EN CAS DE FRAUDE OU DE MANŒUVRES DOLOSIVES DE LA SOCIÉTÉ : LE DROIT COMMUN

A. La place de la responsabilité civile des administrateurs dans la gouvernance

Le Projet de loi 26 propose de créer un nouveau régime de responsabilité civile à l'encontre des administrateurs. Pour prendre la mesure de l'impact de la proposition, il convient d'abord de situer la place de la responsabilité civile des administrateurs dans la gouvernance des sociétés.

Le conseil d'administration est un rouage central de la gouvernance des sociétés¹. Fondamentalement, son rôle consiste à « assurer le pilotage stratégique de l'entreprise et la surveillance effective de la gestion »², comme le reconnaît d'ailleurs l'énoncé de mandat du conseil d'administration proposé par l'*Instruction générale 58-101 relative à la gouvernance* adoptée par l'Autorité des marchés financiers et les autres commissions des valeurs mobilières canadiennes. Dans la poursuite de sa mission, le conseil d'administration est investi d'un ensemble de pouvoirs qui viennent soutenir son autorité décisionnelle.

Un système de gouvernance ne peut se contenter d'attribuer l'autorité décisionnelle. Il doit assurer la responsabilisation des titulaires de l'autorité décisionnelle. Parmi les mécanismes de responsabilisation, les régimes de responsabilité civile occupent une place particulière : « La responsabilité des administrateurs compte parmi les principaux

¹ Art. 119, *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1 (ci-après « LSAQ ») ; art. 102, *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C., c. C-44, art. 102 (ci-après « LCSA »). Voir Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 326-330.

² *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, Paris, 2004, p. 24.

instruments dont se servent les décideurs pour promouvoir la bonne gouvernance des sociétés »³.

Ainsi, en droit des sociétés, la fonction d'incitation (ou de prévention) de la responsabilité civile occupe une place prépondérante par rapport à la fonction classique de réparation⁴. Spécifiquement, les régimes de responsabilité visent à obliger les administrateurs « à faire preuve de prévention quant à la surveillance des mesures que doit prendre la société pour respecter les exigences des lois »⁵. Le risque de responsabilité incite les administrateurs à adopter « des mesures de prévention ou de surveillance pour accroître les chances de conformité et que (dans les cas opportuns) des mesures correctives soient prises pour mitiger et corriger les conséquences de la non-conformité »⁶.

Tout en reconnaissant sa pertinence comme instrument de gouvernance qui reflète le rôle central du conseil d'administration, la responsabilité civile des administrateurs doit être maniée avec discernement. Avant de soumettre les administrateurs à un nouveau régime de responsabilité, il est nécessaire de tenir compte de facteurs qui peuvent générer des effets négatifs inattendus pour la gouvernance. Parmi ces facteurs, citons l'aversion au risque des administrateurs, les limites de l'assurance responsabilité et l'impact d'un régime de responsabilité imprévisible dans ses conditions d'application⁷. En outre, il faut éviter d'utiliser la responsabilité des administrateurs pour mettre en œuvre des objectifs sociétaux trop étendus qui vont au-delà du rôle du conseil d'administration dans la gouvernance⁸. Ces mises en garde sont importantes puisque « [l']imposition aux administrateurs de responsabilités personnelles toujours plus grandes risque de finir par influencer sur la gestion et l'efficacité des sociétés »⁹.

³ Andrew KITCHING, *La responsabilité des administrateurs sous le régime de la Loi canadienne sur les sociétés par actions*, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, 2008, p. 5.

⁴ Bernard S. BLACK, Brian R. CHEFFINS et Michael KLAUSNER, « Liability Risk for Outside Directors: A Cross-Border Analysis », (2005) 11 *European Financial Management* 153, 154.

⁵ INDUSTRIE CANADA, *Responsabilité des administrateurs*, Document de consultation – Loi canadienne sur les sociétés par actions, Ottawa, 1995, p. 26.

⁶ *Ibid.*

⁷ Ronald J. DANIELS, « Must Boards Go Overboard? An Economic Analysis of the Effects of Burgeoning Statutory Liability on the Role of Directors in Corporate Governance, (1995) 24 *Canadian Business Law Journal* 229, 255.

⁸ *Ibid.*, 257.

⁹ Andrew KITCHING, *La responsabilité des administrateurs sous le régime de la Loi canadienne sur les sociétés par actions*, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, 2008, p. 5.

B. Le devoir de prudence et diligence des administrateurs en droit des sociétés

1. Présentation générale

La législation soumet tout administrateur à un devoir de prudence et diligence envers la société¹⁰. Pour établir la responsabilité civile d'un administrateur, il est nécessaire de démontrer qu'il a commis une faute, c.-à-d. que sa conduite a dérogé à la norme de prudence et diligence, qui a causé un dommage à la société. À cet égard, bien que le conseil d'administration soit un organe collégial, la responsabilité des administrateurs s'apprécie de manière individuelle.

La norme de prudence et diligence est construite au regard de la personne raisonnable. Chaque administrateur a l'obligation de se conduire comme une personne raisonnablement prudente afin d'éviter les erreurs et de minimiser les risques potentiels de dommage. En référant à la personne raisonnable, la jurisprudence n'impose pas un degré de prudence et diligence particulier comme c'est le cas en matière professionnelle où la personne visée doit se comporter comme le ferait un professionnel raisonnablement prudent et diligent.

L'appréciation de la conduite des administrateurs s'effectue en tenant compte des circonstances. Ainsi, il convient de placer la personne raisonnable dans les mêmes circonstances que les administrateurs en cause. La contextualisation permet de tenir compte d'éléments factuels tels que le statut de l'administrateur, les événements contemporains, l'objet de la décision ou la taille et les caractéristiques de la société.

2. Obligation de surveillance

Dans les sociétés de moyenne et de grande taille, les administrateurs délèguent la gestion des affaires de la société aux dirigeants. Dans ces circonstances, le devoir de prudence et diligence impose aux administrateurs une obligation de surveillance. Cette obligation comporte deux dimensions : la surveillance individuelle et la surveillance institutionnelle¹¹.

La surveillance « individuelle » réfère à la supervision de la prestation des dirigeants qui se voient déléguer des pouvoirs. Faisant preuve de pragmatisme, les tribunaux ont défini l'obligation de surveillance individuelle en regard du principe de confiance : « The business of life could not go on if people could not trust those who are put into a position of trust for the express purpose of attending to details of management »¹².

¹⁰ Art. 119 LSAQ; art. 122 LCSA.

¹¹ Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 408-415

¹² *Dovey c. Cory*, [1901] A.C. 477, 486 (C.P.).

Compte tenu du principe de confiance, les tribunaux n'exigent pas que les administrateurs effectuent une surveillance constante des dirigeants¹³. Ce n'est que s'ils ont des motifs raisonnables de douter de l'intégrité ou de la compétence des dirigeants que les administrateurs doivent enquêter et prendre les mesures nécessaires¹⁴. En ce sens, la Cour suprême du Canada a statué que « les administrateurs ne seront tenus responsables des mauvaises actions de représentants de la société que s'ils ont personnellement fait preuve de négligence ou s'ils ont agi déraisonnablement en s'en remettant à un représentant alors qu'ils avaient une raison de douter de son intégrité ou de sa compétence »¹⁵. Dans l'analyse de l'obligation de surveillance individuelle, les tribunaux ont reconnu la pertinence de tenir compte de la position particulière des administrateurs externes qui ont un accès limité à l'information relative à la gestion quotidienne des affaires de la société¹⁶.

La surveillance dite « institutionnelle » concerne les mécanismes d'information et de contrôle interne. L'obligation de surveillance institutionnelle est un corollaire de la fonction des administrateurs. Les administrateurs doivent demeurer informés des affaires de la société et s'abstenir de faire preuve de confiance aveugle à l'égard des dirigeants et des employés. Pour ce faire, ils ont l'obligation de voir à l'implantation de mécanismes d'information et de contrôle interne adéquats¹⁷. Ces mécanismes devraient leur fournir une assurance raisonnable quant à l'efficacité de la gestion, l'intégrité de l'information financière et la conformité des activités avec la réglementation.

Au regard de ces principes, la réalisation d'une fraude par des dirigeants de la société n'emporte pas automatiquement la responsabilité des administrateurs. Il est nécessaire d'établir que les administrateurs ont commis une faute dans les circonstances. Selon la jurisprudence, la faute des administrateurs peut prendre la forme de l'omission d'agir alors qu'ils ont des motifs raisonnables de douter de l'intégrité des dirigeants. Alternativement, la faute peut consister en l'omission des administrateurs de voir à l'implantation ou au maintien de mécanismes d'information et de contrôle adéquats.

¹³ Selon l'auteur Martel, « [o]n ne fixe pas à l'administrateur de devoir de surveillance à proprement dit ». Paul MARTEL, *La société par actions au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Éd. Wilson & Lafleur Martel ltée, 2013, par. 23-76.

¹⁴ *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124, 160, 161 (C. A. F.).

¹⁵ *Blair c. Consolidated Enfield Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 5, 36, 37.

¹⁶ *Wightman c. Widdrington* (Succession de), 2013 QCCA 1187, par. 402.

¹⁷ *Varrocci c. Tsovikian*, [2010] J.Q. no 8841, par. 81 (C.S.); Marie-Andrée LATREILLE, « La responsabilité des avocats administrateurs », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit des affaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 149.

C. La responsabilité civile extracontractuelle des administrateurs à l'égard des tiers lors de fraude ou de manœuvres dolosives

Outre pour un manquement au devoir de prudence et diligence en vertu du droit des sociétés, la responsabilité des administrateurs peut être engagée lorsque ceux-ci commettent une faute extracontractuelle à l'égard des tiers. La responsabilité des administrateurs relève alors du régime général de l'article 1457 C.c.Q. Ce régime peut être invoqué dans deux contextes. Contractuel, d'une part, lorsqu'un cocontractant de la société recherche la responsabilité extracontractuelle des administrateurs. Extracontractuel, d'autre part, lorsqu'un tiers qui n'est pas lié contractuellement à la société demande aux administrateurs de réparer un préjudice lui ayant été causé.

Dans un contexte contractuel, le principe de l'immunité des mandataires offre une protection aux administrateurs contre les recours des créanciers de la société¹⁸. Les créanciers ne peuvent pas automatiquement tenir responsables les administrateurs pour inexécution contractuelle, quelle que soit la cause. Pour mettre de côté cette protection, les créanciers doivent démontrer que les administrateurs connaissaient les obligations contractuelles de la société et ont commis une faute autonome, distincte de celles-ci, en marge de leurs fonctions¹⁹. La faute ne doit pas résulter uniquement de la transgression d'une obligation contractuelle de la société, mais bien de la transgression d'une obligation légale qui incombe aux administrateurs.

De plus, la jurisprudence a exigé que le créancier prouve l'existence d'une faute autonome « caractérisée » pour retenir la responsabilité des administrateurs lors d'une inexécution ou d'une fraude contractuelles. Ce degré de faute se trouve « à mi-chemin entre un comportement discutable et un comportement frauduleux ou abusif »²⁰. Autrement dit, le créancier doit établir que la conduite des administrateurs s'apparente à la « négligence grossière »²¹, c.-à-d. à la faute lourde.

Dans un contexte extracontractuel, incluant dans la phase précontractuelle, les administrateurs ne bénéficient pas de l'immunité du mandataire. S'ils commettent une faute personnelle, les administrateurs sont responsables des dommages subis par les tiers qui en découlent. En effet, le titre d'administrateur ne constitue pas un motif d'exonération lorsqu'une faute personnelle a été commise²².

¹⁸ Art. 2157 C.c.Q.

¹⁹ Patrick DESALLIERS, « La responsabilité des administrateurs en vertu du droit commun », dans Stéphane ROUSSEAU, dir., *Droit des sociétés*, Jurisclasseur Québec, Toronto, Lexis Nexis, par. 56, 57.

²⁰ *Corp. d'hébergement du Québec c. Gestion V.S.P. (1982) inc.*, [2001] J.Q. no. 1834, par. 43; conf. [2003] J.Q. no. 4895 (C.A.).

²¹ Patrick DESALLIERS, « La responsabilité des administrateurs en vertu du droit commun », dans Stéphane ROUSSEAU, dir., *Droit des sociétés*, Jurisclasseur Québec, Toronto, Lexis Nexis, par. 40.

²² *Proulx c. Entreprises de radiodiffusion de la Capitale Inc.*, [1996] J.Q. no. 763, par. 32 (C.S.).

Dans les cas où la société commet une faute extracontractuelle à l'égard des tiers, telles qu'une fraude ou une manœuvre dolosive, « le fait d'être administrateur ne crée pas de présomption de faute ou de présomption de responsabilité »²³. Les tiers doivent établir l'existence d'une faute personnelle de la part des administrateurs, laquelle consiste en le fait d'avoir participé activement et de façon directe à la faute extracontractuelle de la société²⁴. Pour ce faire, il faut aussi que les tiers démontrent que les administrateurs savaient qu'une faute de la société était en cours de réalisation. Compte tenu de cette exigence, la faute de l'administrateur tend à se rapprocher d'une faute intentionnelle. De plus, force est de constater que la connaissance des actes fautifs de la société nécessite une participation active de l'administrateur à la gestion des affaires courantes.

D. Le périmètre de la responsabilité civile

Le périmètre de la responsabilité civile des administrateurs est dicté par le droit commun. En plus de prouver l'existence d'une faute de l'administrateur, le demandeur doit établir l'existence d'un préjudice qui en constitue une conséquence directe et immédiate. Le préjudice qui résulte du comportement fautif doit avoir un caractère certain, *c.-à-d.* réel ou véritable. Il n'existe donc pas de présomption de préjudice, ni de présomption de lien de causalité en matière de responsabilité civile des administrateurs en droit commun.

Par ailleurs, l'obligation des administrateurs d'indemniser le préjudice est solidaire lorsqu'ils commettent une faute en participant activement à une faute extracontractuelle de la société qui cause un dommage unique à la victime²⁵. Dans ce cas, les administrateurs peuvent être tenus de la totalité du préjudice découlant de leur faute contributive²⁶.

En matière contractuelle, la faute extracontractuelle des administrateurs commise en parallèle à la faute contractuelle de la société peut donner ouverture à la responsabilité *in solidum* « lorsque ces fautes sont intimement liées »²⁷. Ainsi, le créancier peut cumuler un recours contractuel contre la société et un recours en responsabilité extracontractuelle contre les administrateurs²⁸.

²³ Patrick DESALLIERS, « La responsabilité des administrateurs en vertu du droit commun », dans Stéphane ROUSSEAU, dir., *Droit des sociétés*, Jurisclasseur Québec, Toronto, Lexis Nexis, par. 78.

²⁴ *Brasserie Labatt ltée c. Lanoue*, [1999] J.Q. no. 505, par. 29 (C.A.).

²⁵ Art. 1526 C.c.Q. *Chiasson c. Fillion*, [2005] R.R.A. 459 (C.S.), conf. par [2007] R.J.Q. 867 (C.A.).

²⁶ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1-720, 1-721.

²⁷ Paul MARTEL, *La société par actions au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Éd. Wilson & Lafleur Martel ltée, 2013, par. 24-279. Pour un exemple récent, voir *Larrivée c. Roy*, 2014 QCCQ 6269.

²⁸ Patrick DESALLIERS, « La responsabilité des administrateurs en vertu du droit commun », dans Stéphane ROUSSEAU, dir., *Droit des sociétés*, Jurisclasseur Québec, Toronto, Lexis Nexis, par. 72.

Finalement, la responsabilité civile des administrateurs est soumise au régime général de la prescription triennale de l'article 2925 C.c.Q. Le point de départ du délai se situe au moment de la réunion des conditions de la responsabilité civile²⁹. Il s'agit toutefois d'une question complexe. En cas de simultanéité de la faute et du dommage, le délai de prescription se calcule à compter de cette occurrence³⁰. En revanche, lorsque le préjudice se manifeste suite à la faute, l'article 2926 C.c.Q. prévoit le délai de prescription commence à courir à compter du moment où il apparaît.

III. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS EN CAS DE FRAUDE OU DE MANŒUVRES DOLOSIVES DE LA SOCIÉTÉ : UNE MODIFICATION SUBSTANTIELLE DU DROIT COMMUN

A. La nature du régime de responsabilité : une ambiguïté à lever

L'article 10 du P.L. 26 édicte des recours en responsabilité civile contre les dirigeants et les administrateurs des sociétés ayant fraudé ou s'étant livrés à une manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public.

En ce qui concerne les dirigeants, le recours en responsabilité crée une présomption de faute du fait d'avoir été en fonction au moment de la fraude ou des manœuvres dolosives. Il incombe aux dirigeants de s'exonérer en démontrant qu'ils n'ont pas commis de faute. Pour ce faire, les dirigeants doivent prouver qu'ils ont « agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente ».

Après avoir formulé le régime de responsabilité des dirigeants, l'article 10 prévoit : « Il en est de même pour [les] administrateurs s'il est établi qu'ils savaient ou auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise relativement au contrat visé ». L'expression « Il en est de même » soulève une ambiguïté quant à la nature du régime de responsabilité. Dans le contexte, cette expression pourrait être interprétée comme signifiant que l'article 10 crée une présomption de faute des administrateurs en fonction comme pour les dirigeants visés par le recours dans la phrase précédente.

Deux arguments militent à l'encontre de cette interprétation. Premièrement, par l'expression « s'il est établi », le texte de la disposition paraît subordonner la responsabilité des administrateurs à la preuve d'une faute qui est définie comme le fait de savoir ou d'avoir dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive avait été commise. Deuxièmement, un régime de faute présumée devrait viser les administrateurs uniquement lorsqu'il est nécessaire pour les inciter à assurer le respect par la société d'obligations précises découlant d'un régime réglementaire. Or, en l'occurrence, le P.L.

²⁹ *P. Talbot inc. c. Entreprises Michaudville inc.*, 2012 QCCS 4093 par. 39-42.

³⁰ Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1-1321.

26 ne met pas en place un tel régime réglementaire, poursuivant plutôt un objectif de recouvrement de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives.

Néanmoins, l'ambiguïté soulignée relativement au régime de responsabilité visant les administrateurs mérite d'être levée. Pour ce faire, nous recommandons de remplacer l'expression « Il en est de même » par « La responsabilité des administrateurs en fonction au moment de la fraude ou de la manœuvre dolosive est également engagée ».

B. La formulation de normes de conduite dont la portée est imprévisible

1. Les administrateurs savaient qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise

En vertu de l'article 10 du P.L. 26, la responsabilité des administrateurs peut être engagée s'il est établi qu'ils savaient qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise par la société dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public.

La première difficulté soulevée par cette composante du régime de responsabilité concerne la connaissance subjective requise. Concrètement, que doivent savoir les administrateurs en cause pour que leur responsabilité soit engagée? Doivent-ils avoir effectué une qualification juridique des faits dont ils ont eu connaissance et avoir conclu en l'existence d'une fraude ou d'une manœuvre dolosive? Doivent-ils seulement avoir eu connaissance de faits qui, *ex post facto*, peuvent être qualifiés de fraude ou de manœuvre dolosive?

Dans la mesure où la conduite des administrateurs est appréciée en droit commun au regard de la personne raisonnable, la connaissance de la fraude ou de la manœuvre dolosive à laquelle réfère l'article 10 ne devrait pas s'effectuer dans la perspective d'un juriste. Compte tenu des contours malléables des notions juridiques en cause, cela signifie que les administrateurs ne sauront pas toujours qu'une « fraude » ou une « manœuvre dolosive », au sens légal du terme, a été commise en regard des faits en leur possession.

Dans ce contexte, cette composante du régime de responsabilité pourrait mener à une analyse juridique *a posteriori* dans le cadre du recours. Concrètement, les faits dont avaient connaissance les administrateurs seront identifiés et mis en preuve. Le cas échéant, ces faits seront alors qualifiés juridiquement de fraude ou de manœuvre dolosive *ex post facto*. Puis, la connaissance de cette qualification juridique sera imputée aux administrateurs pour constituer une faute génératrice de responsabilité.

Ce résultat est hautement préoccupant. En droit commun, toute personne est responsable des dommages qui résultent de gestes qu'elle a posés qui constitue une fraude ou une manœuvre dolosive. Les gestes posés, vérifiables objectivement, sont

générateurs de responsabilité lorsqu'ils constituent une faute, indépendamment du fait que leur auteur connaisse leur qualification juridique au moment où ils sont posés.

Toutefois, qualifier de faute le fait de « savoir » qu'une fraude ou qu'une manœuvre dolosive a été commise a pour effet de créer une norme de conduite très exigeante pour les administrateurs. Cela équivaut à exiger de leur demander d'être continuellement en mesure de qualifier juridiquement la conduite de la société et de ses dirigeants dont ils ont connaissance. Pour ce faire, les administrateurs seront contraints de constamment chercher les avis de conseillers juridiques, ce qui pourra être coûteux tout en créant des rigidités inévitables dans le processus décisionnel.

2. Les administrateurs « auraient dû savoir » qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise

L'article 10 du P.L. 26 prévoit que la responsabilité des administrateurs est également engagée s'il est établi « qu'ils [...] auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise relativement au contrat visé ».

Cette composante du régime de responsabilité vise vraisemblablement à sanctionner une faute d'omission des administrateurs que certains qualifient d'aveuglement volontaire³¹. Bien que l'article 10 soit silencieux sur cette question, la faute d'omission devrait s'apprécier en regard du critère de la personne prudente et diligente. Tel que rédigé, la disposition marque toutefois une rupture avec le droit antérieur pour deux motifs.

Premièrement, l'expression « auraient dû savoir » peut être interprétée comme signifiant que la faute consiste en le défaut d'avoir surveillé les dirigeants et les employés pour détecter et empêcher une fraude ou une manœuvre dolosive reliée à un contrat public³². Selon cette interprétation, n'eût été cette omission, les administrateurs auraient su qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise à l'encontre du cocontractant. En somme, cette composante du régime de responsabilité de l'article 10 vient imposer aux administrateurs une obligation de surveillance de la conformité juridique de toutes les affaires de la société pour empêcher toute fraude ou manœuvre dolosive.

Imposer une obligation de surveillance de la conformité juridique marque une rupture avec le principe de confiance du droit des sociétés qui s'appliquait jusqu'à présent. Cette rupture est d'autant plus problématique que l'article 10 ne mentionne pas que les administrateurs « auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise » en pareilles circonstances. En n'indiquant pas que les circonstances sont prises en compte, comme c'est le cas pour la responsabilité des dirigeants, le régime visant les administrateurs ouvre la porte à une analyse de l'obligation de surveillance en

³¹ Martine L. TREMBLAY et Anastasia FLOURIS, L'aveuglement volontaire d'un administrateur est incompatible avec son devoir de diligence sous l'article 322 C.c.Q., dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC, Développements récents en litige commercial, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 279.

³² Ibid., p. 291 (liant l'aveuglement volontaire au défaut de se renseigner « adéquatement »).

regard de faits révélés postérieurement. De plus, cette analyse pourrait s'effectuer sans égard au statut « d'administrateurs externes » des administrateurs en cause et de l'impact de ce statut sur l'accès à l'information relative aux affaires courantes. Pour résumer, l'article 10 pourrait mener à une analyse *a posteriori* imputant aux administrateurs la connaissance de faits sous-tendant l'existence d'une fraude ou de manœuvre dolosive au moment où les événements se sont déroulés.

Deuxièmement, cette composante du régime de responsabilité des administrateurs marque une rupture avec le régime de responsabilité extracontractuelle de droit commun envers les tiers. Plus précisément, lorsque la fraude ou la manœuvre dolosive est survenue avant la conclusion du contrat, le régime n'exige pas que les administrateurs aient participé activement et de façon directe à l'inconduite comme c'est le cas en droit commun. Il suffit d'établir « qu'ils [...] auraient dû savoir ». En d'autres termes, il est possible de soutenir que tout ce qu'il est nécessaire pour engager la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers est de leur imputer la connaissance de la fraude ou de la manœuvre dolosive.

Pour ce qui est de la fraude ou de la manœuvre dolosive survenue lors de l'exécution (ou de la gestion) du contrat, le principe de l'immunité du mandataire dont bénéficient les administrateurs peut être mis de côté simplement en leur imputant la connaissance de l'impropriété. Dérogeant au droit commun, l'article 10 n'exige pas qu'il soit établi que les administrateurs agissaient en marge de leurs fonctions. De même, cette disposition ne requiert pas que les administrateurs aient commis une faute caractérisée pour que leur responsabilité soit engagée vis-à-vis des créanciers.

3. Absence de défense de diligence raisonnable

L'article 10 dispose que la responsabilité des administrateurs est engagée une fois qu'il est établi qu'ils « savaient » ou « auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise » quant à un contrat public. Compte tenu de cette formulation, les administrateurs ne disposent pas d'une défense de diligence raisonnable. Spécifiquement, la connaissance réelle ou imputée de l'impropriété est génératrice de responsabilité, indépendamment de la conduite subséquente des administrateurs. Pour formuler autrement, les administrateurs ne peuvent pas s'exonérer en démontrant qu'ils ont agi avec diligence après avoir eu connaissance de la fraude ou de la manœuvre dolosive. En réalité, c'est tout comme si le régime de responsabilité sanctionnait l'incapacité des administrateurs à empêcher la fraude ou la manœuvre dolosive.

L'absence de défense de diligence raisonnable est déplorable. Comme le soulignait le professeur Daniels, « once policy-makers have decided to opt for directors' liability, they should be careful to ensure the availability of clear, crystallized safe harbours for diligent directors »³³. Cela s'explique par le fait que la responsabilité civile a non seulement une

³³ Ronald J. DANIELS, « Must Boards Go Overboard? An Economic Analysis of the Effects of Burgeoning Statutory Liability on the Role of Directors in Corporate Governance, (1995) 24 *Canadian Business Law Journal* 229, 256.

fonction d'indemnisation, mais aussi une fonction d'incitation qui devrait favoriser la saine gouvernance. Or, en l'absence d'une défense de diligence raisonnable, le régime de responsabilité ne permet pas de tenir compte du respect des pratiques exemplaires de gouvernance par les administrateurs. À titre d'exemple, même si après avoir eu connaissance des impropriétés ils ont pris les mesures nécessaires pour que cesse la conduite en cause, pour sanctionner les dirigeants ou pour instituer des correctifs appropriés, les administrateurs demeurent responsables.

C. Le périmètre étendu de la responsabilité civile

1. La création de présomptions de lien de causalité et de préjudice

Selon l'article 10 du P.L. 26, toute entreprise qui a fraudé ou s'est livrée à une manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public est présumée avoir causé un préjudice à l'organisme public concerné. De plus, le préjudice est présumé correspondre à la somme réclamée par l'organisme public lorsque cette dernière ne représente pas plus de 15 % du montant total payé pour le contrat visé. En somme, le P.L. 26 crée une présomption de lien de causalité et de préjudice (sous réserve du seuil de 15 %). L'entreprise peut toutefois renverser ces présomptions.

Les présomptions visant l'entreprise sont répliquées en ce qui concerne la responsabilité des administrateurs. Ainsi, s'il est établi qu'ils savaient ou auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise relativement à un contrat public, les administrateurs voient leur responsabilité engagée. Les administrateurs sont responsables d'un préjudice présumé avoir été causé à l'organisme public du fait de la fraude ou de la manœuvre dolosive de la société, et ce, jusqu'à concurrence du seuil de 15 % du montant payé pour le contrat visé.

La création d'une présomption de lien de causalité à l'égard de la conduite des administrateurs est particulièrement préoccupante. Comme le souligne Baudouin, le rôle du lien de causalité est d'éviter de « tenir l'auteur d'un acte fautif responsable d'un dommage qui est sans relation avec la faute »³⁴. Or, la présomption de lien de causalité édictée par le P.L. 26 met de côté toute analyse du lien entre la faute des administrateurs et le préjudice subi par l'organisme public.

Ainsi, la présomption fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire d'établir que le préjudice soit « la conséquence logique, directe et immédiate de la faute »³⁵. À titre d'exemple, la responsabilité des administrateurs pourrait être engagée même si la cause véritable du

³⁴ Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1-665.

³⁵ *Ibid.*, par. 1-683.

dommage, à savoir le montant payé pour le contrat visé, réside dans la fraude ou d'une manœuvre dolosive commises par des employés ou des dirigeants de la société, voire de l'organisme public. Autrement dit, bien qu'il n'y ait pas « un rapport logique et intellectuel étroit avec le préjudice »³⁶, le fait que les administrateurs « auraient dû savoir qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise » les rendrait responsables du dommage identifié.

Bien sûr, il s'agit d'une présomption réfutable. Mais force est de reconnaître que la tâche de réfuter la présomption de lien de causalité serait ardue pour les administrateurs. Ainsi, la création d'une présomption de lien de causalité étend potentiellement la sphère de responsabilité des administrateurs à des préjudices liés à des contrats publics qui ne résulteraient pas objectivement de leur conduite. La présomption tend donc à subordonner la responsabilité des administrateurs d'une société aux impropriétés qui pourraient avoir été commises par des dirigeants ou des employés de la société ou même d'un organisme public, ce qui semble injuste et exagéré.

2. Un régime de solidarité étendu

Les administrateurs sont solidairement responsables avec la société et ses dirigeants du préjudice causé à l'organisme public. La responsabilité solidaire des administrateurs édictée par le P.L. 26 déroge au droit commun, ce qui soulève trois préoccupations.

Premièrement, le Projet prévoit que la solidarité s'applique lorsqu'une faute extracontractuelle des administrateurs est commise à l'égard d'un cocontractant de la société. Or, comme nous l'avons vu précédemment, en matière contractuelle, il n'y a pas de responsabilité solidaire des administrateurs pour la faute de la société à l'égard d'un cocontractant. De fait, il peut y avoir responsabilité *in solidum*, mais à condition que la faute des administrateurs soit « intimement liée » à celle de la société.

Deuxièmement, selon le Projet, la responsabilité des administrateurs est solidaire à l'égard de tiers qui n'ont pas de relation contractuelle avec la société, comme ceux qui interagissent avec cette dernière dans la phase précontractuelle. Dans ce cas, le P.L. 26 ne pose aucune condition contrairement au droit commun qui subordonne la solidarité à l'existence d'une faute des administrateurs prenant la forme d'une participation active à une faute extracontractuelle de la société qui cause un dommage unique à la victime.

Troisièmement, le Projet ne balise pas la portée temporelle de la solidarité visant les administrateurs. Concrètement, cela signifie que dès qu'il a commis une faute en lien avec une fraude ou une manœuvre dolosive dans un contrat public, l'administrateur peut être tenu responsable de tout le préjudice subi par l'organisme public, même le préjudice qui a été causé alors qu'il ne siégeait plus au conseil de la société en cause. Prenons par exemple un administrateur ayant siégé pendant trois ans au conseil d'administration d'une société qui a commis une impropriété relativement à un contrat public. Selon le

³⁶ Ibid.

régime proposé, l'organisme public pourrait poursuivre l'administrateur en invoquant une faute commise durant ces trois ans et, en bénéficiant de la présomption de lien de causalité et de la solidarité, réclamer tout le préjudice subi, pour couvrir le préjudice ayant été causé après la fin du mandat de l'administrateur.

Comme nous pouvons le constater, le P.L. 26 étend de manière notable la portée de la responsabilité solidaire (ou *in solidum*) des administrateurs, indépendamment du degré de participation de ceux-ci à la fraude ou à la manœuvre dolosive. Cette extension de la solidarité paraît découler de l'objectif d'indemnisation qui sous-tend le recours en responsabilité. L'ajout des administrateurs comme débiteurs de l'obligation de réparer le préjudice subi par l'organisme public est vraisemblablement considéré souhaitable par certains dans la mesure où cet ajout est perçu comme augmentant la probabilité d'indemnisation.

Nous questionnons l'opportunité d'imposer la solidarité dans un objectif d'indemnisation, compte tenu de l'ensemble des modalités d'application du nouveau régime de responsabilité. Au final, la solidarité a pour effet d'imposer aux administrateurs un niveau de responsabilité potentiellement insoutenable. La solidarité met l'ensemble du patrimoine des administrateurs en jeu pour des gestes posés par la société et ses dirigeants et employés. De plus, la responsabilité solidaire n'est pas balisée dans le temps pour se limiter au préjudice causé durant la période où l'administrateur siégeait au conseil d'administration de la société.

3. Un délai de prescription exceptionnel

Le P.L. 26 crée un régime de prescription particulier pour les recours en responsabilité édictés. L'article 16 prévoit qu'une action visant la réparation d'un préjudice causé par une fraude ou une manœuvre dolosive quant à un contrat public pourra concerner des dommages causés jusqu'à vingt (20) ans précédant la date d'entrée en vigueur de du recours fixée par le Gouvernement, dans la mesure où l'action est exercée dans les cinq ans qui suivent cette date. De plus, les actions qui auront été rejetées antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi pourront être reprises, pourvu qu'elles le soient dans un délai de cinq (5) ans suivant cette date.

Le régime de prescription qu'applique le P.L. 26 aux recours en responsabilité civile déroge substantiellement du droit commun. À l'occasion de la réforme du Code civil, le législateur a abrégé les délais de prescription afin de rendre compte « de la vie juridique moderne »³⁷. Ainsi, en matière de responsabilité civile, l'article 2925 C.c.Q. édicte que le délai de prescription est « uniformément de trois ans que l'on parle de responsabilité professionnelle, extracontractuelle ou contractuelle »³⁸.

³⁷ Ibid., par. 1-1300.

³⁸ Céline GERVAIS, *La prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 34-35.

Il est vrai que la législation particulière peut déroger au droit commun en fixant des délais de prescription différents, notamment pour ce qui est de la responsabilité civile. Néanmoins, la dérogation à la prescription de droit commun devrait tenir compte des principes sous-tendant cette notion. Or, en imposant un délai de prescription aussi long, le P.L. 26 ébranle fortement ces principes.

Plus particulièrement, le délai de prescription du P.L. 26 remet en cause le principe de « sécurité dans les relations juridiques »³⁹ selon lequel il est nécessaire « après l'écoulement d'un certain laps de temps de sécuriser un individu pour le geste posé »⁴⁰. De plus, le délai retenu ignore « les séquelles liées à l'effet érosif du temps sur la mémoire et sur la valeur des éléments de preuve »⁴¹.

Par ailleurs, le délai de prescription envisagée doit s'apprécier au regard de la notion de faute qui consiste en la violation de la norme de la personne prudente et diligente qui « varie selon des impératifs de temps et de lieu »⁴². Or, l'application d'un délai de prescription s'échelonnant sur deux décennies augmente le risque de distorsion dans l'analyse de la faute des administrateurs. Non seulement les administrateurs pourraient-ils voir leur conduite révisée en fonction d'une nouvelle norme établie par le P.L. 26. En plus, avec un délai de prescription si long, leur conduite pourrait être interprétée *a posteriori*, de manière « nettement plus critique en raison de normes différentes résultant de l'évolution des valeurs, de la technologie, des droits sociaux ou de l'ordre social »⁴³.

Enfin, le champ d'application du délai de prescription proposé se limite au recours intenté par l'organisme public concerné, ce qui crée un déséquilibre certain entre les parties. Concrètement, les administrateurs qui veulent invoquer en défense la faute contributive d'un employé de l'organisme public ne bénéficieront pas du délai étendu de prescription. Ainsi, le recours des administrateurs contre un tel employé pourrait être rejeté pour motif de prescription alors que le recours de l'organisme public procéderait.

IV. DES CONSÉQUENCES PRATIQUES DÉSASTREUSES POUR LES ADMINISTRATEURS ET LA GOUVERNANCE DES SOCIÉTÉS

Le recours en responsabilité civile visant les administrateurs proposé par le Projet de loi 26 risque d'entraîner une modification substantielle du droit commun. Nous tenons à

³⁹ Ibid., p. 5. Voir *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, 36-37.

⁴⁰ *Hamel c. Canada*, [1999] 3 C.F. 335, par. 16 (C.A.F.).

⁴¹ Céline GERVAIS, *La prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 3. Voir *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, 36-37.

⁴² Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1-195.

⁴³ Ibid.

souligner cinq (5) conséquences pratiques catastrophiques découlant du nouveau régime de responsabilité des administrateurs.

A. La création d'une nouvelle norme de conduite affectant la saine gouvernance

Alors qu'il existe un principe centenaire de confiance reconnu par la jurisprudence, le P.L. crée une nouvelle norme de conduite pour les administrateurs qui exige qu'ils soient constamment en mesure d'identifier l'existence d'une fraude ou d'une manœuvre dolosive afin de pouvoir empêcher sa réalisation. Cette nouvelle norme de conduite exige que les administrateurs effectuent la surveillance de la conformité juridique de tous les actes de la société.

Imposer une telle obligation de surveillance engendrera des conséquences négatives pour la gouvernance, et ce, même en tenant pour acquis que la portée temporelle du régime de responsabilité des administrateurs sera limitée aux cinq années qui suivent la date d'entrée en vigueur du régime fixée par le Gouvernement. En effet, la reconnaissance législative d'une nouvelle norme de conduite incitera tous les administrateurs à prendre des mesures de précaution strictes sous la forme d'une surveillance accrue des dirigeants et des activités de la société afin de mitiger leur risque de responsabilité. Cette conséquence paraît d'autant vraisemblable que la jurisprudence en vertu du recours en responsabilité des administrateurs du P.L. 26 générera des enseignements qui ne seront pas aisément cloisonnés à ce seul recours. Autrement dit, la jurisprudence qui appliquera la nouvelle norme de surveillance influencera fort probablement la conception générale des devoirs des administrateurs⁴⁴.

L'adoption de mesures de précaution additionnelles va engendrer des coûts de conformité additionnels pour le conseil d'administration et l'ensemble des dirigeants et des employés. Ces mesures de précaution vont également accroître les rigidités dans la prise de décision alors que le conseil d'administration sera incité à s'impliquer davantage dans la gestion des affaires courantes. Tout aussi préoccupant, l'importance accordée aux nouvelles mesures de surveillance mises en place à des fins de précaution détournera les administrateurs de l'objectif de création de valeur qui est l'essence de leur rôle et de leur devoir de loyauté envers la société.

B. L'application rétroactive d'une nouvelle norme de conduite remettant en cause les principes de gouvernance en vigueur

Par l'entremise du régime de responsabilité des administrateurs, le Projet de loi édicte une nouvelle norme de conduite qui s'applique rétroactivement aux événements

⁴⁴ Voir, par exemple, l'interaction entre le devoir de prudence et diligence en droit des sociétés et la responsabilité civile des administrateurs pour les retenues à la source dont traite les arrêts *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68 et *Soper c. Canada*, 1997 CanLII 6352 (C.A.F.)

précédant son entrée en vigueur. La rétroactivité s'échelonne sur une période exceptionnelle de vingt ans.

Ce faisant, le Projet de loi crée une entorse au principe de la non-rétroactivité des lois qui est reconnu par les tribunaux et la doctrine depuis fort longtemps. Or, bien qu'il constitue une règle d'interprétation pouvant être mise de côté expressément ou implicitement, ce principe ne devrait pas être écarté à la légère.

En effet, les administrateurs constituent un rouage central de la gouvernance des sociétés dont la conduite est forgée par un ensemble de normes issues de la loi, de la jurisprudence et des pratiques exemplaires. Or, l'imposition rétroactive d'une nouvelle norme de conduite remet en cause les principes de gouvernance qui prévalaient à l'époque et qui guidaient les administrateurs. À titre d'exemple, le Projet de loi 26 ne concorde pas avec le mandat du conseil d'administration énoncé dans l'*Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance* qui n'envisage pas un tel niveau de surveillance de la conformité juridique de la part des administrateurs. En appliquant rétroactivement une obligation de surveillance aussi élevée, le Projet de loi porte atteinte à la valeur de cette pratique de gouvernance pourtant énoncée par l'Autorité des marchés financiers. Ce résultat est déplorable en ce qu'il mine la légitimité des pratiques exemplaires qui est pourtant déterminante pour favoriser une saine gouvernance⁴⁵.

C. La poursuite d'un objectif d'indemnisation créant un déséquilibre dans l'application du nouveau recours en responsabilité

L'objectif principal du nouveau recours en responsabilité civile visant les administrateurs est l'indemnisation. Selon l'article 1, le projet de loi prévoit des « mesures exceptionnelles adaptées au remboursement et au recouvrement de sommes obtenues injustement à la suite de fraudes ou de manœuvres dolosives dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion de contrats publics ».

L'accent placé sur la récupération a pour effet de mettre de côté les principes fondamentaux du droit commun, que ce soit en ce qui concerne la norme de conduite, la défense de diligence raisonnable, la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité et la prescription. L'ensemble des dérogations au droit commun nous préoccupe au plus haut point en ce qu'elles créent un régime déséquilibré. Selon les conditions du recours, les administrateurs peuvent difficilement s'exonérer de leur responsabilité à partir du moment où la preuve d'une fraude ou d'une manœuvre dolosive visant un contrat public est faite. De même, les conditions d'application compliquent grandement le partage de responsabilité avec d'autres intervenants fautifs.

⁴⁵ T.F. MALLOY, "Regulation, Compliance, and the Firm", (2003) 76 *Temp. L. Rev.* 451, 461-462.

D. L'assurance responsabilité des administrateurs : moins accessible et plus coûteuse?

Le nouveau recours crée un risque additionnel de responsabilité pour les administrateurs. Ce risque de responsabilité est notable compte tenu des conditions dérogatoires du droit commun du recours et de la période de prescription qui sont favorables à l'organisme public. Dès lors, l'impact du recours sur l'assurance responsabilité des administrateurs nous préoccupe grandement.

Plus particulièrement, nous nous interrogeons sur la disponibilité d'une couverture d'assurance dans le cadre d'un recours où il est reproché aux administrateurs de connaître ou d'avoir dû connaître l'existence d'une fraude ou de manœuvres dolosives. En effet, des exclusions pourraient écarter la couverture d'assurance dans ces circonstances. Même si la couverture était disponible, il est permis de se questionner sur les conditions et le coût de l'assurance⁴⁶. Puisqu'il est vraisemblable que le risque accru de responsabilité se traduise par un coût plus élevé d'assurance responsabilité⁴⁷, nous pourrions assister à l'apparition d'une surprime propre au Québec en raison de ce nouveau régime.

E. Un impact négatif sur le recrutement d'administrateurs

Compte tenu de sa portée sans précédent, le nouveau régime expose les administrateurs à un lourd risque de responsabilité personnelle. Le risque de responsabilité est particulièrement préoccupant en ce qu'il n'est pas aisément maîtrisable ni prévisible étant donné les conditions d'application libérales du régime. De plus, quelle que soit leur issue, les recours imposent des conséquences réputationnelles et morales importantes qui constituent des sanctions additionnelles dont il faut tenir compte.

Tout en reconnaissant la portée temporelle limitée du régime de responsabilité des administrateurs, nous craignons néanmoins que la création d'un nouveau risque de responsabilité émanant d'une intervention législative *ex post facto* ait un impact négatif sur le recrutement de candidats crédibles, « soit expérimentés, compétents et intègres »⁴⁸, pour siéger comme administrateurs indépendants⁴⁹. À terme, cela pourrait

⁴⁶ Voir, en ce sens, Yvan ALLAIRE et André LAURIN, *La Loi 89 sur la qualité de l'environnement : Comment convaincre les personnes compétentes de siéger aux conseils d'administration*, Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques, janvier 2013, p. 3.

⁴⁷ Zhiyan CAO et Ganapathi S. NARAYANAMOORTHY, « Accounting and Litigation Risk: Evidence from Directors' and Officers' Insurance Pricing », (2014) 19 *Review of Accounting Studies* 1 (documentant l'augmentation des primes d'assurances-responsabilité pour les administrateurs après l'entrée en vigueur du Sarbanes-Oxley Act).

⁴⁸ Yvan ALLAIRE et André LAURIN, *La Loi 89 sur la qualité de l'environnement : Comment convaincre les personnes compétentes de siéger aux conseils d'administration*, Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques, janvier 2013, p. 1.

nuire à la qualité de la gouvernance et à la compétitivité des sociétés. En effet « [l]a présence de membres de talent au sein de conseils d'administration est essentielle à la prospérité [...] afin de permettre aux entreprises du pays de s'épanouir sur les marchés intérieurs et internationaux concurrentiels »⁵⁰.

V. RECOMMANDATIONS

Compte tenu des préoccupations identifiées, nous formulons les recommandations suivantes concernant le régime de responsabilité des administrateurs proposé par le Projet de loi 26 :

Recommandation No 1

Afin d'éliminer toute ambiguïté dans les conditions d'application du régime de responsabilité des administrateurs, nous recommandons :

Que la nature du régime de responsabilité des administrateurs soit clarifiée pour préciser qu'il s'agit d'un régime où la faute des administrateurs doit être prouvée.

Ainsi, il serait clair que la poursuite doit prouver la faute des administrateurs pour engager leur responsabilité.

Recommandation No 2

En décrétant que les administrateurs « auraient dû savoir » qu'une fraude ou une manœuvre dolosive a été commise, le recours en responsabilité civile crée une nouvelle norme de conduite qui s'applique rétroactivement aux administrateurs. Cette nouvelle norme de conduite exige qu'ils effectuent la surveillance de la conformité juridique des actes de la société, contrairement à ce que prévoyait le droit applicable auparavant. Étant donné les conséquences préjudiciables pour la gouvernance qui résulteront de l'application de cette nouvelle norme de conduite, il est recommandé :

Que la norme de conduite soit révisée pour éliminer l'expression « auraient dû savoir » afin que la norme de conduite reflète le rôle et la réalité d'un conseil d'administration en évitant d'imposer aux administrateurs une obligation de surveillance de la conformité juridique des actes de la société.

⁴⁹ Ronald J. DANIELS, « Must Boards Go Overboard? An Economic Analysis of the Effects of Burgeoning Statutory Liability on the Role of Directors in Corporate Governance, (1995) 24 *Canadian Business Law Journal* 229, 255. Voir O'CALLAGHAN & ASSOCIATES, « Is There a Shortage of Qualified Canadian Directors? », 2003.

⁵⁰ INDUSTRIE CANADA, *Responsabilité des administrateurs*, Document de consultation – Loi canadienne sur les sociétés par actions, Ottawa, 1995, p. 1.

Ce faisant, le nouveau régime de responsabilité maintiendrait l'état du droit actuel fondé sur le principe centenaire de confiance reconnu par la jurisprudence.

Recommandation No 3

Le régime de responsabilité des administrateurs proposé ne fournit pas une défense de diligence raisonnable, contrairement à la plupart des régimes statutaires de responsabilité civile visant les administrateurs. Ainsi, même s'ils ont pris les mesures nécessaires pour que cesse la conduite en cause, pour sanctionner les dirigeants ou pour instituer des correctifs appropriés après avoir eu connaissance des impropriétés, les administrateurs demeurent responsables. Pour remédier à cette lacune, il est recommandé :

Qu'il soit prévu que l'administrateur peut s'exonérer en démontrant qu'il a agi avec diligence après avoir eu connaissance de la fraude ou de la manœuvre dolosive.

Ainsi, les administrateurs pourront se défendre en démontrant qu'ils ont agi de manière raisonnable après avoir eu connaissance des impropriétés en se conformant aux pratiques exemplaires de gouvernance.

Recommandation No 4

Le régime de responsabilité civile des administrateurs met de côté toute analyse du lien de causalité entre la faute des administrateurs et le préjudice subi par l'organisme public. Ainsi, la responsabilité des administrateurs peut être engagée même si la cause véritable du dommage, à savoir le montant payé pour le contrat visé, réside dans la fraude ou d'une manœuvre dolosive commises par des employés ou des dirigeants de la société, voire de l'organisme public. Pour éviter de tenir les administrateurs responsables d'un dommage qui est sans relation avec leur faute, il est recommandé :

Que la preuve du lien de causalité entre la faute de l'administrateur et le préjudice subi par l'organisme public soit requise pour retenir la responsabilité des administrateurs;

Recommandation No 5

Le Projet ne balise pas la portée temporelle de la responsabilité solidaire des administrateurs. Cela fait en sorte qu'un administrateur peut être tenu responsable de tout le préjudice subi par un organisme public, même le préjudice qui s'est manifesté alors qu'il ne siégeait plus au conseil de la société en cause. Pour éviter d'imposer aux administrateurs un niveau de responsabilité potentiellement insoutenable, il est recommandé :

Qu'il soit précisé que la responsabilité solidaire de l'administrateur se limite au préjudice ayant été causé durant la période où il siégeait au conseil d'administration de la société.

Recommandation No 6

Le régime de responsabilité des administrateurs est soumis à un délai de prescription de 20 ans qui est exorbitant du délai de trois ans de droit commun. Le délai de prescription de 20 ans est hautement préoccupant en ce qu'il augmente le risque de distorsion dans l'analyse de la faute des administrateurs. Par ailleurs, ce délai ne s'applique pas aux recours récursoires des administrateurs qui veulent invoquer en défense la faute contributive d'un autre intervenant, tel qu'un employé d'un organisme public bénéficiant du délai de prescription de trois ans. Pour répondre à ces préoccupations, nous recommandons :

Que le délai de prescription à l'égard des administrateurs soit révisé pour qu'il corresponde au délai de trois ans de droit commun et qu'il bénéficie également aux recours récursoires des administrateurs.

VI. CONCLUSION

Nous estimons qu'il est impératif de procéder à la modification du régime de responsabilité des administrateurs en donnant suite aux recommandations afin d'éviter les conséquences désastreuses présentées ci-dessus. Sans ces modifications, bien des efforts de renforcement de la gouvernance sont mis en péril. Il deviendra extrêmement difficile de recruter des administrateurs externes indépendants de haut calibre alors que le Législateur lance le signal qu'il est disposé à adopter des régimes de responsabilité mettant tout le patrimoine personnel des administrateurs en jeu. De plus, l'adoption du régime de responsabilité proposé causera une onde de choc générale auprès des conseils d'administration qui se répercutera par la création d'un climat de méfiance dans les relations entre les administrateurs externes indépendants et l'équipe de direction. Dans ce contexte, le temps et les efforts du conseil d'administration seront détournés du pilotage stratégique et de la création de valeur.