

18 JUILLET 2017

## La Cour suprême du Canada se prononce sur la responsabilité personnelle des administrateurs en cas d'abus

Auteurs : [William Brock, Ad.E.](#), [Matthew Milne-Smith](#) et [Maureen Littlejohn](#)

Le 13 juillet 2017, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Wilson c. Alharayeri* (« l'arrêt *Alharayeri* » ou « l'affaire *Alharayeri* »). Cet arrêt constitue une mise en garde importante pour les administrateurs en ce qui a trait aux conséquences éventuelles de se livrer à un comportement inapproprié ou allant à l'encontre des attentes raisonnables des actionnaires minoritaires, des créanciers ou d'autres plaignants éventuels.

La plupart des lois canadiennes sur les sociétés, y compris la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario et la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec, autorisent les parties intéressées à obtenir réparation lorsque la société ou un membre de son groupe abuse des droits des parties intéressées ou se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts : (i) soit en raison de son comportement; (ii) soit par la façon dont elle conduit ses activités commerciales ou ses affaires internes; ou (iii) soit par la façon dont ses administrateurs exercent leurs pouvoirs. Cette mesure de redressement, généralement appelée « recours en cas d'abus », accorde aux tribunaux un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances afin de redresser la situation causée par le comportement reproché. L'arrêt *Alharayeri* a confirmé et précisé les circonstances dans lesquelles un administrateur, plutôt que la société ou une autre partie, peut être tenu personnellement responsable du comportement que le tribunal juge abusif.

Les faits de l'affaire *Alharayeri* se résument brièvement à ce qui suit. De 2005 à 2007, Ramzi Mahmoud Alharayeri (« Alharayeri ») était président, chef de la direction, actionnaire minoritaire important et administrateur de Wi2Wi Corporation. Au début de 2007, à l'instigation du conseil d'administration de Wi2Wi, Alharayeri a entamé des négociations concernant la vente d'actions de Wi2Wi à Mitec Telecom Inc. Au cours de ces négociations, Alharayeri a conclu une entente avec Mitec en vue de vendre certaines de ses propres actions ordinaires de Wi2Wi. Lorsqu'il a été informé par Mitec que Alharayeri projetait de vendre ses actions, le conseil d'administration de Wi2Wi a reproché à Alharayeri de lui avoir caché l'entente et de s'être mis dans une situation de conflits d'intérêts éventuelle. En conséquence, Alharayeri a démissionné de ses fonctions auprès de Wi2Wi.

Après la démission d'Alharayeri, l'appelant Andrus Wilson (qui siégeait au conseil d'administration de Wi2Wi) (« Wilson ») est devenu président et chef de la direction de Wi2Wi. La fusion de Wi2Wi et de Mitec n'a pas eu lieu et, compte tenu de la situation financière de plus en plus précaire de Wi2Wi, le conseil d'administration a décidé d'émettre des billets garantis convertibles au moyen d'un placement privé réalisé auprès de ses actionnaires ordinaires existants. Avant la réalisation du placement privé, le conseil d'administration a devancé la conversion en actions ordinaires d'actions de catégorie C qui étaient détenues en propriété véritable pour le compte de Wilson, même si les auditeurs de Wi2Wi avaient exprimé des doutes quant au respect des critères financiers requis. Toutefois, parallèlement, le conseil d'administration a décidé de ne pas convertir en actions ordinaires les actions de catégorie A et B d'Alharayeri, et ce, en dépit du fait que les critères financiers avaient certainement été respectés. En conséquence, Alharayeri n'a pas été en mesure de participer au placement privé et la valeur de ses actions de catégorie A et de catégorie B et la proportion de ses actions ordinaires dans Wi2Wi ont été considérablement réduites.

Alharayeri a déposé une demande de redressement pour abus en vertu de l'art. 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* contre quatre des administrateurs de Wi2Wi, notamment Wilson et le Dr Hans Black (« Black »), un autre actionnaire et le président du comité de vérification. La Cour suprême du Canada a entériné les décisions des tribunaux inférieurs et statué que Black et Wilson (mais pas les autres administrateurs qu'Alharayeri avait poursuivis) étaient personnellement condamnés à payer des dommages-intérêts.

La Cour suprême du Canada (la « Cour suprême ») a donné son aval au critère à deux volets énoncé par la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision de principe rendue en 1998 dans l'affaire *Budd v. Gentra* concernant l'imposition d'une responsabilité personnelle à un administrateur en cas d'abus. Elle a statué qu'une telle responsabilité peut être imposée lorsque (i) l'administrateur est impliqué dans l'abus; et (ii) l'imposition de la responsabilité est « pertinente » compte tenu de toutes les circonstances ». Ayant constaté que la notion de la pertinence est « intrinsèquement nébuleuse », la Cour a élaboré quatre principes généraux pour « guider les cours lorsqu'elles sont appelées à façonner une ordonnance "pertinente" » :

1. La demande de redressement en cas d'abus doit en soi constituer une façon équitable de régler la situation.
2. L'ordonnance ne devrait pas accorder plus que ce qui est nécessaire pour réparer l'abus.
3. L'ordonnance peut uniquement servir à répondre aux attentes raisonnables des détenteurs de valeurs mobilières, des créanciers, des administrateurs ou des dirigeants en leur qualité de parties intéressées de la société.
4. Dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de réparation, les tribunaux devraient tenir compte du contexte général du droit des sociétés.

Le premier critère, c'est-à-dire, l'exigence que la mesure de réparation soit « équitable », est celui qui laisse planer la plus grande incertitude. La Cour suprême a expliqué que, lorsqu'un administrateur a agi de mauvaise foi ou a tiré un avantage personnel de l'abus, il est vraisemblablement (mais pas nécessairement) « pertinent » de tenir l'administrateur personnellement responsable; en revanche, lorsqu'il n'y a ni mauvaise foi ni gain personnel de la part de l'administrateur, il est peu vraisemblable (mais non impossible) qu'un tribunal juge « pertinent » de retenir la responsabilité personnelle de l'administrateur en cas d'abus. Cependant, la décision d'un tribunal d'accorder un redressement aux termes du recours en cas d'abus dépend de considérations d'équité et repose forcément sur les faits propres à l'affaire. En conséquence, la Cour suprême a émis la mise en garde que, même si la présence de mauvaise foi et l'existence d'un avantage personnel « demeurent toutefois des signes révélateurs d'une conduite susceptible d'engager à juste titre une responsabilité personnelle », ces éléments « ne doivent pas ... supplanter [d'autres considérations] dans l'analyse. » Il y aura, certes, de nombreuses situations bien moins évidentes qui devront chacune être analysées dans leur contexte factuel particulier, plus large et plus complexe afin d'établir si le comportement abusif est à juste titre attribuable à l'administrateur en raison de sa participation à l'abus.

Quels enseignements doit-on tirer de l'arrêt *Alharayeri* pour les administrateurs et leurs conseillers juridiques? Les administrateurs sont constamment préoccupés par la possibilité d'engager leur responsabilité personnelle et ils peuvent tirer plusieurs leçons de cet arrêt.

D'abord, bien que le principe selon lequel les administrateurs doivent éviter les conflits d'intérêts et les dénoncer soit bien établi depuis longtemps, l'arrêt *Alharayeri* indique clairement que, même si un administrateur agit de bonne foi, le fait qu'il tire un avantage, si accessoire soit-il, d'une décision prise par le conseil d'administration peut avoir une incidence directe sur sa responsabilité personnelle advenant un recours en cas d'abus. Par conséquent, il est essentiel que les administrateurs non seulement s'assurent de déclarer tous leurs conflits d'intérêts éventuels, mais également qu'ils veillent à ce que tous leurs collègues siégeant au conseil d'administration fassent de même.

Ensuite, même si la Cour suprême a confirmé que le simple fait de jouer un « rôle prépondérant » dans les réunions du conseil d'administration ne suffira jamais en soi pour fonder la responsabilité personnelle d'un administrateur en cas d'abus, des éléments de preuve concernant l'ampleur de l'appui qu'un administrateur a donné à une décision pourraient peser sur sa responsabilité personnelle. Dans l'affaire *Alharayeri*, la Cour supérieure du Québec s'était fiée, entre autres, à une preuve du « rôle prépondérant dans les discussions du conseil d'administration » qu'avaient joué Wilson et Black pour parvenir à la conclusion que Wilson et Black (et aucun des autres administrateurs) étaient personnellement responsables de la perte subie par Alharayeri. La Cour d'appel du Québec a approuvé cette démarche. Wilson a plaidé que les conclusions auxquelles étaient parvenus les tribunaux inférieurs étaient erronées puisque les décisions abusives étaient attribuables au conseil d'administration de Wi2Wi. Wilson a également prétendu que le fait qu'un administrateur s'affirme plus qu'un autre ne revêt aucune pertinence si, en fin de compte, le conseil d'administration a agi unanimement. Toutefois, la Cour suprême n'était pas d'accord et elle a statué que, compte tenu du « rôle prépondérant » qu'avaient joué Wilson et Black, il était loisible au juge du procès de décider que l'abus leur était attribuable à juste titre. En bref, l'unanimité d'une décision prise par le conseil d'administration ne mettra pas en soi des membres donnés du conseil d'administration à l'abri d'une responsabilité personnelle éventuelle pour les conséquences abusives qui pourraient découler de cette décision.

Enfin, malgré la conclusion de la Cour suprême selon laquelle il peut être indiqué de ne pas tenir tous les membres du conseil d'administration responsables lorsqu'une décision du conseil d'administration est prise à l'unanimité, il y a lieu d'observer que les membres du conseil d'administration disposent en tout temps du droit de faire consigner leur dissidence à l'égard des décisions contestables prises par le conseil d'administration et il s'agit toujours de la meilleure manière de protéger les administrateurs contre toute responsabilité qui pourrait découler de ces décisions.

L'arrêt *Alharayeri* apporte des précisions très utiles à la portée de la responsabilité personnelle des administrateurs dans le cadre du recours en cas d'abus, mais il laisse une marge de manœuvre considérable à l'interprétation et à la plaidoirie ultérieures au sujet des circonstances dans lesquelles il serait indiqué d'accorder une telle mesure de redressement. Les administrateurs, les sociétés et leurs assureurs devraient soigneusement examiner les clauses d'indemnisation des administrateurs en matière de responsabilité à la lumière de cet arrêt, et ce, afin d'établir les types de comportements qui pourraient ou non être visés.

Personnes-ressources : [William Brock, Ad.E.](#), [Matthew Milne-Smith](#) et [Maureen Littlejohn](#)