

L'ARTICLE 144 DU *BUSINESS CORPORATIONS ACT* D'ONTARIO ET L'ÉVOLUTION DES DEVOIRS DE SOIN, COMPÉTENCE ET HABILITÉ DES ADMINISTRATEURS DE COMPAGNIE

Yves Lauzon

Volume 5, numéro 1, 1974

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059705ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059705ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lauzon, Y. (1974). L'ARTICLE 144 DU *BUSINESS CORPORATIONS ACT* D'ONTARIO ET L'ÉVOLUTION DES DEVOIRS DE SOIN, COMPÉTENCE ET HABILITÉ DES ADMINISTRATEURS DE COMPAGNIE. *Revue générale de droit*, 5(1), 117–168. <https://doi.org/10.7202/1059705ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1974

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

L'ARTICLE 144 DU BUSINESS CORPORATIONS ACT D'ONTARIO ET L'ÉVOLUTION DES DEVOIRS DE SOIN, COMPÉTENCE ET HABILITÉ DES ADMINISTRATEURS DE COMPAGNIE

par Yves LAUZON,
professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Introduction

- I. — Les recommandations du Rapport Lawrence et la législation subséquente
 - A. Les recommandations du Rapport
 1. Le rôle de l'administration
 2. Les critères de l'action administrative
 3. La sanction judiciaire des critères de compétence et de soin
 - B. Le critère du « reasonably prudent person »
 1. L'action « représentative » de l'actionnaire
 2. La codification du devoir de compétence, d'habileté et de soin : l'article 144 du *Business Corporations Act*, 1970
 - II. — La position traditionnelle de la Common Law
 - A. Le critère de l'honnêteté administrative
 - B. Le critère de l'habileté d'une personne possédant la même expérience et les mêmes connaissances que l'administrateur impliqué
 1. Caractère subjectif de ce critère
 2. L'incidence des erreurs de jugement (« business judgment rule »)
 3. L'aboutissement du critère : la négligence grossière
 - C. Le degré d'attention aux affaires de la corporation
 1. L'assiduité aux assemblées
 2. Le comportement aux assemblées
 - D. Les limites de l'obligation de supervision des administrateurs
 1. La possibilité pour l'administrateur de se fier aux serviteurs de la compagnie
 2. L'obligation d'information et de renseignement
 - E. Tentative d'explication de la position jurisprudentielle classique
 - III. — La recherche d'un critère objectif
- Remarques préliminaires
- A. Le « meilleur intérêt » de la corporation
 1. L'utilisation légitime des pouvoirs de l'administration (« proper purpose doctrine »)
 2. Le problème des donations par les corporations

B. Le critère du «reasonably prudent person»

1. La loi des compagnies du Manitoba
2. L'article 408 du Business Corporations Act de Pennsylvanie
3. L'article 717 du Business Corporations Act de l'État de New-York
4. Le droit québécois des compagnies

C. L'incidence des «circonstances semblables ou comparables»

1. Les circonstances objectives
2. Les circonstances subjectives

D. Les erreurs de jugement

E. Les frontières de l'article 144 B.C.A.

Conclusion

Le monde du droit des compagnies est actuellement en effervescence : en Grande-Bretagne, le Rapport Jenkins et la jurisprudence récente ont entraîné des amendements considérables¹; en Ontario, une nouvelle loi concernant les corporations commerciales² a donné suite au Rapport Lawrence³; pour sa part, le ministère fédéral de la Consommation et des Corporations a finalement déposé, le 18 juillet 1973, le Bill C-213, dont on prétend qu'il donne suite au Rapport Dickerson⁴. De façon générale, la préoccupation principale vise à rajeunir le droit des compagnies et à l'aligner sur des pratiques plus modernes, tels les modes d'incorporation simplifiés, l'incorporation «d'un seul homme», la présence et le contrôle accrus des actionnaires, etc.

Pourtant, l'aspect le plus significatif de cet effort récent et continu réside certes dans la protection accrue des investisseurs et du public en général; ainsi, à la remorque de la réforme américaine en matière de valeurs mobilières, l'Ontario amendait et réformait sa *Loi des valeurs mobilières* en 1966⁵ et le Parlement fédéral adoptait des amendements majeurs à la *Loi sur les corporations canadiennes*, en 1970, amendements

¹ *Report of the Company Law Committee* (Rapport Jenkins) 1962, Cmnd. 1749: quant à la jurisprudence mentionnons simplement: *Ebrahimi c. Westbourne Galleries Ltd.*, (1972) 2 All E.R. 492 (C.A.), concernant la liquidation des corporations selon la «just and equitable rule» et poussant ses limites, la «partnership doctrine».

² *Ontario Business Corporations Act*, 1970 R.S.O. Chap. 53.

³ *Interim Report of the Select Committee on Company Law*, 1967, (sous la présidence de M^e Allan F. Lawrence) (Rapport Lawrence).

⁴ *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales*, 1971, en deux volumes (Rapport Dickerson). Remarquons, qu'au moment de la vérification du présent texte, le Bill C-29 destiné à amender le Bill C-213 sous certains rapports, venait d'être introduit en Chambre le 21 octobre 1974. A date, il a reçu sa deuxième lecture, mais n'a pas encore été adopté.

⁵ 1966 S.O. Chap. 142, maintenant contenu à 1970 R.S.O. Chap. 426, amendé par 1971 S.O. Chap. 31, par 1973 S.O. Chap. 11; de plus, le Projet de loi 75 fut introduit en Chambre le 7 juin 1974, comportant de nouveaux amendements à la loi. En date de la révision finale du présent texte, cette loi n'avait pas encore été adoptée.

surtout axés sur la protection des actionnaires-investisseurs et visant à contrôler l'appétit désordonné des dirigeants et initiés aux affaires de la compagnie⁶. Finalement, la législature québécoise, après des retards et attermolements, adoptait, en 1973, le Projet de Loi 6, destiné à raffermir une *Loi des valeurs mobilières* jusque-là en grande partie idéaliste et édentée⁷.

La philosophie «corporative» actuelle semble donc tournée vers la protection de ceux qui, par hypothèse, bien que non dupes, sont soumis à la merci de ce manipulateur légendaire: l'administrateur de compagnie, initié par excellence aux affaires de la compagnie et instrument statutaire de ses principaux emprunts et de ses prospectus, i.e. de son financement public. Sont particulièrement significatifs certains des amendements fédéraux de 1970; l'initié (lequel sera souvent un autre personnage, mais sera, dans la plupart des cas, l'administrateur) ne peut plus, impunément, se servir de sa position privilégiée pour réaliser des bénéfices impronptus au détriment de la corporation et de ses actionnaires⁸. De même, l'administrateur, ni le conseil d'administration, ne peuvent plus perpétuer leur prise d'étranglement sur les affaires corporatives en obtenant, de façon plus ou moins subreptice, des procurations de vote destinées à assurer leur réélection⁹: l'administration doit maintenant aviser de ses intentions lorsqu'elle sollicite des procurations. Peu à peu, sous la pression de l'opinion publique et parfois en vertu de la plus élémentaire décence, la vieille licence s'effrite: la «moralité commerciale» a évolué et les

⁶ 1970 S.C. Chap. 10, amendant la *Loi sur les corporations canadiennes*.

⁷ Voir *Loi des valeurs mobilières du Québec*, 1964, S.R. Chap. 274, modifiée à diverses reprises depuis 1967, l'amendement le plus important étant cependant le Projet de loi 6 sanctionné le 6 juillet 1973. Voir, en particulier, les articles 139ss relativement aux «Transactions des initiés» et voir *supra*, note 5, pour une comparaison avec la législation ontarienne et *infra*, note 8, pour la comparaison avec la législation fédérale.

⁸ *Loi sur les corporations canadiennes*, 1970 S.R.C. Chap. 32, aux articles 100 à 100.6, plus particulièrement l'article 100.4. Remarquons l'extension donnée par le législateur au terme «dirigeant», lequel comprend toutes les personnes connaissant de près ou de loin les affaires internes de la corporation de façon susceptible de conférer un avantage inappropriée quant à une opération relative aux valeurs de la compagnie. Nous ne parlons pas ici de la possibilité de répercussions pénales, démontrées de façon retentissante par l'affaire Littler [*R. c. Littler*, (1974) 13 C.C.C. (2d) 530]: au moment de la revision finale du présent texte, la Cour d'Appel avait rejeté de façon unanime l'appel de Littler dans un jugement non encore rapporté (cf. C.A., Montréal, n° 10-000283-72, MM. les juges Brossard, Turgeon et Bélanger, jugement rendu le 5 décembre 1974).

⁹ *Ibid.*, articles 108.0 à 108.9, plus particulièrement 108.3 et 108.4; notons cependant que cette nouvelle législation oblige la direction d'une compagnie d'expédier à tout actionnaire une formule de procuration conforme aux exigences de la loi; si la formule de procuration est accompagnée d'une sollicitation en faveur de la direction, elle doit être complétée par une circulaire d'information ou «Mémoire explicatif» conforme au Règlement sur l'activité des dirigeants (C.P. 1971-539, 23 mars 1971, partie 2, articles 6 à 11 et la formule 3). Remarquons cependant que l'article 108.5 limite l'application de ces règles aux seules compagnies publiques ayant 15 actionnaires et plus.

promoteur et administrateur ne semblent plus justifiés de se garnir les goussets, avec la plus grande frénésie et dans une impunité relative.

Le rôle de l'administration a été remis en question: d'un côté, son pouvoir de gestion doit être perpétué et sa position classique maintenue à cet égard car il lui revient d'administrer les affaires de la corporation¹⁰; par ailleurs, la tradition libérale séculaire doit être rompue, au chapitre des devoirs et des responsabilités de l'administrateur: c'est un des buts du présent ouvrage, que de démontrer la carence du common law à cet égard. Ainsi, à la rigueur, en contexte anglo-saxon, le concept des relations «quasi fiduciaires» peut suffire au chapitre de l'obligation de bonne foi, de loyauté et de fidélité que doit l'administrateur à la compagnie¹¹; mais que dire des obligations dites de «care and skill¹²»? En réalité, s'il faut, comme nous l'avons vu, restreindre l'appétit directorial, que doit-on dire de l'habileté et de la compétence requises de l'administrateur: la nécessité de révolutionner le droit de l'administration ne s'étend-elle pas à élever les critères d'activité administrative? Le Rapport Lawrence en était convaincu et suggéra certaines réformes, lesquelles ont mené à l'article 144 du Ontario Business Corporations Act, reproduit plus loin¹³. Notre but premier est d'évaluer l'impact de cette législation sur les devoirs de compétence, de soin et d'habileté de l'administration: nous devons comparer les règles classiques avec ce texte pour mieux le jauger. Nous serons aussi amené à faire certaines comparaisons avec d'autres systèmes, pour mieux dégager les règles sous-jacentes et l'évolution possible de l'article 144 B.C.A. Auparavant, nous parlerons de l'optique générale du Rapport Lawrence sur le sujet.

I. — LES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT LAWRENCE ET LA LÉGISLATION SUBSÉQUENTE.

A. LES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT.

Le Rapport Lawrence consacre son chapitre septième aux devoirs et responsabilités des administrateurs, nous nous préoccupons ici des trois premières sections relatives au rôle de l'administrateur, aux critères de

¹⁰ La plupart des lois sur les corporations comporte un article laconique consacrant les droits absolus des administrateurs sur les affaires de la corporation: cf. à titre d'exemple *The Corporations Act* d'Ontario, 1970 R.S. Chap. 89, art. 313(1); *The Business Corporations Act of Ontario*, *supra* note 2, article 132; *Loi des compagnies du Québec*, S.R.Q. Chap. 271, art. 80; *An act respecting joint stock companies*, 1970, R.S. Manitoba, Chap. 160, art. 168(1)(2).

¹¹ Rapport Lawrence, parag. 7.2.2, p. 53.

¹² Voir GOWER, *The Principles of Modern Company Law*, 3rd Ed., 1969, Londres, Stevens & Sons, aux pages 549ss, où l'auteur souligne le caractère peu développé des obligations de soin, d'habileté et de compétence, en relation avec la fonction et l'obligation de loyauté et de bonne foi due par les administrateurs.

¹³ Cf. *infra*, p. 9.

conduite et de compétence de l'administrateur et à la sanction judiciaire de ces devoirs et responsabilités.

1. *Le rôle de l'administration.*

Avant le Business Corporations Act (B.C.A.), le droit des compagnies ontarien était régi entièrement par le Companies Act¹⁴ dont l'article 313 prévoit, à l'instar de la plupart des législations canadiennes, que les affaires de la corporation seront gérées ou administrées par un conseil d'administration (« The affairs of every corporation shall be managed by a board of directors... »). Le Rapport critique cette formulation traditionnelle pour y ajouter une obligation de « supervision », aussi bien que de gestion (« The business and affairs of every corporation shall be managed or supervised by a board of directors... »). Nous porterons plus loin un intérêt particulier à cet aspect de la question, car il est certain que les administrateurs de compagnie sont de plus en plus des coordinateurs que de véritables gérants de telle sorte que leurs obligations traditionnelles de supervision relativement aux « serviteurs » de la Compagnie, doivent être réévaluées de façon sérieuse.

Le rôle ultime de l'administrateur est cependant de veiller en général au destin de la corporation. Mais, comme le souligne le Rapport Lawrence, une question fondamentale se pose d'abord : quels sont les devoirs et responsabilités de l'administrateur dans l'exercice de sa fonction administrative ?

2. *Les critères de l'activité administrative.*

De façon traditionnelle, l'étude des devoirs et responsabilités de l'administrateur a conduit le droit corporatif d'inspiration anglo-saxonne à faire la distinction essentielle suivante : d'une part, les devoirs de bonne foi, tirés du droit du « trust » furent à l'origine de critères dits « quasi fiduciaires » : ainsi, les administrateurs doivent à la compagnie des devoirs de bonne foi et d'indépendance, doivent agir dans son meilleur intérêt (« proper purpose doctrine ») et, devoir suprême d'un fiduciaire ou « quasi-fiduciaire », ils doivent, en toute occasion, éviter les conflits d'intérêts¹⁵. D'autre part, les avantages de cette analogie avec le droit du « trust » cessent dès que l'on considère l'obligation pour le conseil d'administration de

¹⁴ 1970 R.S.O. Ch. 89, amendée par 1971 S.O. Ch. 25 et 1972 S.O. Ch. 1. Il faut noter que cette loi s'applique toujours aux corporations qui ne sont pas sous l'empire du *Business Corporations Act* : cf. art. 2.

¹⁵ Ces solutions sont classiques : cf. GOWER, *op. cit.*, note 12, aux pages 515ss; PRENTICE & PALMER, *Cases and Material on Company Law*, Toronto, Butterworths, 1969, pp. 228ss, en particulier les notes aux pages 239 et 240; E. E. PALMER, *Directors' Powers and Duties*, dans ZIEGEL, *Études sur le droit canadien des compagnies*, Butterworths, Vol. 1, 1967, Chap. 12, aux pages 368ss; CLARRY, *Powers and Duties of Directors*, 1968, L.S.U.C.S.L. 65, aux pages 73ss.

faire prospérer la compagnie: en effet, la notion classique du «trustee» supporte difficilement l'idée de spéculation, pourtant essentielle au rôle de l'administrateur, autrement la compagnie ne saurait progresser, ni les investisseurs en retirer profit.

Le Rapport Lawrence considère la première facette comme satisfaisante, mais déplore de façon très claire les solutions du Common Law quant à l'obligation de soin, de diligence, de compétence et d'habileté. La nécessité de définir de nouveaux standards ou de rehausser ceux que l'on retrouve de façon plus ou moins constante dans la jurisprudence est apparue comme une nécessité, devant mener pour la première fois à une véritable codification des devoirs de soin, compétence et habileté de l'administrateur. Codification d'ailleurs entendue non pas uniquement dans le sens de la répétition statutaire de règles préexistantes, mais comprenant en outre un rajeunissement des critères et leur adaptation aux exigences économiques modernes¹⁶.

Le Comité définit donc certains standards et les propose à titre d'amendements à la loi. Cette procédure est d'autant plus remarquable que la jurisprudence britannique avait toujours refusé de définir des critères généraux en la matière, les juges se contentant généralement de se pencher sur les aspects particuliers d'une affaire spécifique¹⁷. La recommandation du Rapport s'exerce particulièrement dans le sens de relever les degrés de compétence et de soin dus par les administrateurs: à l'avenir, l'on devrait appliquer un test «professionnel», dans ce sens que l'administrateur devra agir avec ce «degré de soin, diligence et habileté ou compétence qu'un *administrateur raisonnablement prudent* exercerait dans des circonstances semblables¹⁸».

3. *La sanction judiciaire des critères de compétence et de soin.*

Le Rapport devait se pencher avec une attention particulière sur le problème de l'appréciation judiciaire et de la mise en application et en vigueur des critères: autrement, toute recommandation devenait illusoire, devant la répugnance des tribunaux à sanctionner l'administration interne des compagnies. En réalité, la position de la jurisprudence classique sur

¹⁶ Rapport Lawrence: «The law is clear as to what duties of good faith are owed by the director to the company arising from his fiduciary relationship. What is not clear, however, is the proper measure or standard of the duties of probity, care, diligence and skill owed by the director to the company in the discharge of his office. Here the trustee analogy breaks down and even the honest, well intentioned director is left to flounder in a sea of murky jurisprudence. Directors manage or supervise the management of businesses. As such, so far as commercial enterprises are concerned, they cannot owe the duties of care, diligence and skill owed by trustees — as business managers they must be risk-takers seeking a profit for the company and its shareholders» (parag. 7.2.1., p. 53).

¹⁷ Cf. *In re City Equitable Fire Insurance Company Limited*, (1925) 1 Ch. 407.

¹⁸ Rapport Lawrence, parag. 7.2.3, p. 53.

cet aspect se résume à un principe de non-intervention : les tribunaux, s'inclinant devant la compétence administrative statutaire des directeurs, ne s'immiscent pas dans les affaires internes des corporations¹⁹. La perpétuation d'une telle attitude eût émasculé les recommandations du Rapport : en effet, les tribunaux n'appliqueraient probablement pas les standards visés, sans une forme de coercition statutaire. Voilà pourquoi le Rapport recommande, à la section quatre du chapitre sept²⁰, d'introduire dans la loi ontarienne le pouvoir pour un actionnaire de poursuivre l'administrateur en défaut, au bénéfice de la compagnie. Une telle recommandation comportait deux avantages : celui auquel nous venons de faire allusion, i.e. donner au tribunal un remède applicable à la conduite défectueuse de l'administrateur ; en outre, les tribunaux pouvaient ainsi s'introduire dans les affaires de la corporation, de la façon la plus justifiée. L'effet global augmenterait et revaloriserait les critères de compétence et d'habileté habituellement exigés des administrateurs de compagnie, si ce n'est que par la crainte des poursuites.

B. LA LÉGISLATION SUBSÉQUENTE AU RAPPORT.

Le *Business Corporations Act* ontarien fut adopté en 1970 et entra en vigueur le premier janvier 1971 ; il fut subséquemment amendé par le Bill 52 en 1971, lequel entra en vigueur le premier septembre 1971 : la désignation officielle demeure 1970 R.S.O. Chap. 53, am.²¹. Nous ne traiterons que des articles susceptibles d'affecter les devoirs de compétence, d'habileté et de soin des administrateurs.

1. *L'action « représentative » de l'actionnaire.*

Il faut se féliciter que l'article 99 du B.C.A. ait cristallisé de façon efficace les recommandations du Rapport. Il prévoit la possibilité pour un actionnaire de poursuivre en son propre nom, mais pour le bénéfice de la corporation, en « vue d'obtenir la sanction de tout devoir ou obligation dû à la Corporation en vertu du Statut »²², ce qui inclut de façon évidente la

¹⁹ Cf. La célèbre affaire *Foss c. Harbottle*, (1843) 2 Hare 461; Marc GIGUÈRE, *Les devoirs des dirigeants des sociétés par actions*, Québec, Presses de l'Université Laval, Québec, 1967, 245, p. 49.

²⁰ *Supra*, note 16, parag. 7.4.3.

²¹ Pour fins de commodité et simplification, nous utiliserons l'abréviation : B.C.A.

²² Traduction de l'article 99(1) dont voici le texte : « *Representative actions on behalf of corporation.* — Subject to subsection 2, a shareholder of a corporation may maintain an action in a representative capacity for himself and all other shareholders of the corporation suing for and on behalf of the corporation to enforce any right, duty or obligation owed to the corporation under this Act or under any other statute or rule of law or equity that could be enforced by the corporation itself, or to obtain damages for any breach of any such right, duty or obligation. » Remarquons l'extension donnée à cette action qui existe aussi en vertu de statut et règle de droit autre que le B.C.A.

poursuite contre un administrateur pour avoir manqué à son devoir de compétence, de diligence ou habileté envers la corporation; les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article prévoient la procédure à suivre par l'actionnaire. L'intérêt accru de cette mesure est que le droit d'action envisagé diffère essentiellement de la soi-disant «action dérivée», traditionnellement permise aux actionnaires minoritaires opprimés par la majorité avec l'assentiment implicite de la corporation (puisque les administrateurs, qui autorisent les poursuites, ne se poursuivront pas eux-mêmes). En effet, l'article 99 ne suppose pas que le demandeur soit «minoritaire», ni «opprimé»: tout actionnaire possède le droit de poursuivre un administrateur ou toute autre personne obligée à un devoir envers la corporation.

Sur cet aspect, l'on doit reconnaître que la législature ontarienne a su reproduire de façon expresse le besoin souligné par le Rapport Lawrence. Malheureusement, l'absence de jurisprudence ne nous permet pas d'évaluer l'attitude judiciaire face à ce recours dont l'évolution sera certes importante, surtout en ce qui concerne l'autorisation préliminaire prévue par l'article 99(2): en effet, l'actionnaire doit obtenir l'autorisation préalable du tribunal avant d'exercer son recours. À date, la doctrine n'est pas plus loquace que le pouvoir judiciaire, les auteurs se bornant à souligner que le refus d'autorisation préalable est sujet à appel en vertu de l'article 270 B.C.A.²³.

2. *La codification du devoir de compétence, de diligence, d'habileté et de soin: l'article 144 B.C.A.*

La législature ontarienne n'a cependant pas accepté avec la même grâce les recommandations relatives au devoir de compétence et d'habileté des administrateurs: en effet, le texte définitif de l'article 144 de la Loi s'énonce comme suit:

Every director and officer of a corporation shall exercise the powers and discharge the duties of his office honestly, in good faith and in the best interests of the corporation, and in connection therewith shall exercise the degree of care, diligence and skill that a reasonably *prudent person* would exercise in comparable circumstances.

La comparaison de ce texte avec celui de la recommandation du Rapport²⁴ fait ressortir une différence déterminante: le statut utilise l'expression «reasonably prudent *person*», alors que le Rapport suggérait «reasonably prudent *director*». Nous commenterons plus loin, en détail, cet aspect, mais indiquons immédiatement que le Législature a au moins voulu affecter la position traditionnelle des administrateurs en codifiant un critère objectif de compétence, ce que la jurisprudence s'était toujours

²³ Samuel LAVINE, *The Business Corporation Act..., an Analysis*, 1971, Carswell, p. 189.

²⁴ *Supra*, note 3.

refusé de faire²⁵. L'importance de cette modification doit être évaluée en relation avec les standards préexistants; de plus, cet examen peut aussi faire ressortir les carences de la nouvelle législation; c'est la démarche que nous poursuivons dans les chapitres suivants. De façon générale, nous constaterons que les critères jurisprudentiels classiques étaient surtout subjectifs et empreints d'un libéralisme plus ou moins inquiétant.

II. — LA POSITION TRADITIONNELLE DE LA COMMON LAW.

Une certaine carence d'arrêts sur la question durant le dernier demi-siècle s'explique par une attitude judiciaire extrêmement favorable à l'exonération de l'administrateur. Nous constaterons que les tribunaux n'ont pas imposé des standards stricts aux administrateurs de compagnie. Fut surtout retenue l'obligation d'agir de façon « honnête », mais il semble bien qu'on puisse être « honnêtement » stupide ou malhabile, sans coup férir. Malgré la dureté d'une telle affirmation, un examen approfondi des arrêts les plus importants emporte la conviction que l'attitude judiciaire britannique sur le sujet est pour le moins surannée, sinon complètement désuète, malgré l'optimisme de certains commentateurs²⁶. De toute façon, l'on retrouve les divisions traditionnelles dans la célèbre affaire *In re City Equitable Fire Insurance Company Limited*²⁷. Nous emprunterons ces divisions désormais consacrées pour étudier la jurisprudence britannique et ontarienne.

A. LE CRITÈRE DE L'HONNÊTÉTÉ ADMINISTRATIVE.

En réalité ce critère est un pré-requis, sans lequel aucune corporation ne peut fonctionner, l'honnêteté étant une prémisse de base en matière d'administration des biens d'autrui. En réalité, en contexte britannique, cette obligation découle des relations quasi-fiduciaires imposées aux administrateurs de compagnie. Nous avons déjà vu que l'article 144 codifie cet aspect de la loi traditionnelle et il est bien évident que ceci n'altère pas la situation classique de l'administrateur sous ce rapport précis.

Pourtant, la question n'est pas simplement celle d'une administration honnête, sans plus; le véritable problème est celui de savoir si un administrateur agit honnêtement, lorsqu'il accepte ses fonctions, sachant qu'il n'est pas qualifié pour les remplir dans les meilleurs intérêts de la compagnie. À partir de quel moment devient-on « malhonnête » si on assume un directorat d'honneur, tel un politicien à la retraite, ne connaissant rien aux affaires en général et encore moins aux affaires particulières de la corporation dont on devient ainsi un des principaux fonctionnaires? Il n'y a certes rien dans la jurisprudence traditionnelle qui suggère que les

²⁵ Voir *Dovey c. Cory* [1901] A.C. 477.

²⁶ Voir GOWER, *op. cit.*, note 12, p. 551.

²⁷ *Supra*, note 17.

tribunaux anglo-saxons aient jamais abordé le problème en ce sens : l'on a toujours fait une cloison étanche entre, d'une part, cette « obligation » de décharger ses fonctions « de façon honnête » et, d'autre part, les autres devoirs de l'administrateur portant directement sur sa compétence et son habileté. À notre avis, le Rapport Lawrence ne va certes pas plus loin que la jurisprudence traditionnelle sur ce point.

La jurisprudence contient des exemples frappants de malhonnêteté, tel, justement, celui de l'administrateur Bevan, dans l'affaire *In re City Equitable Fire*²⁸. Pourtant, cette malhonnêteté n'a pu s'exercer à fond que grâce à l'incurie ou au manque d'intérêt des autres administrateurs : où est la frontière de l'honnêteté administrative²⁹ ? La leçon à tirer de la tradition judiciaire est que tout administrateur qui n'agit pas de manière à voler la compagnie ou à la priver frauduleusement de ses biens ou intérêts est « honnête », peu importe ses qualifications.

B. LE CRITÈRE DE L'HABILETÉ D'UNE PERSONNE POSSÉDANT
LA MÊME EXPÉRIENCE ET LES MÊMES CONNAISSANCES
QUE L'ADMINISTRATEUR IMPLIQUÉ.

1. *Caractère subjectif de ce critère.*

Ce critère est mis en relief dans *In re City Equitable Fire*; de façon pratique, il signifie, pour paraphraser le juge Romer lui-même³⁰, que l'administrateur d'une compagnie d'assurance n'est pas obligé de posséder la compétence ni les connaissances d'un actuaire ou d'un médecin, bien que ce soit ces derniers qui, par leurs rapports d'experts, fixeront les risques à assumer par la compagnie d'assurance et la façon dont elle devra les assumer. L'on verse dans le subjectivisme, car l'on doit interpréter la conduite de l'administrateur en fonction des qualités qu'il possède lui-même. Cependant, la jurisprudence n'a jamais défini ce que l'on attend d'un administrateur : les qualités particulières seront celles de la personne dont il s'agit justement d'analyser le comportement. Ce serait la même chose que de dire : vous ne devez rien attendre de cet administrateur, car c'est un homme stupide. Aussi surprenante que puisse paraître cette affirmation, on la retrouve presque textuellement dans une espèce ontarienne, *Western Ontario Natural Gas Company Limited c. Aikens et al.*³¹. Dans le cours du déroulement de cette affaire, impliquant une émission présumée frauduleuse d'obligations de la compagnie demanderesse, le tribunal, appelé à se prononcer sur la question de la négligence coupable des ad-

²⁸ *Ibid.*, voir en particulier l'argument du procureur Topham, p. 423 et le juge Romer, pp. 425 et 426 : « Bevan's nefarious activities ».

²⁹ *Ibid.*, p. 426.

³⁰ *Supra*, note 28, p. 428.

³¹ [1946] O.R. 661.

ministrateurs, décrit un des administrateurs, Dougher, dans les termes suivants :

After careful consideration of this man's evidence [Mr. Martin], I cannot conclude that at the time of the meetings in question Dougher did not act as an honest, though possibly dull and not mentally alert man would under the circumstances, finding himself a director on a board³²...

Il semble donc que ni l'intelligence ni la capacité de se concentrer ne fassent partie du profil d'un administrateur. L'auteur ne peut résister à la tentation de répéter ici une citation rapportée dans un article écrit en 1934 par l'actuel juge de la Cour suprême des États-Unis, William O. Douglas :

English companies apparently have a great demand for « financial gigolos ». The London Daily Telegraph of October 4th, 1932, carried the following advertisement :

« A titled Gentleman is invited to communicate with a progressive company with a view to installing him as a director. Write A., Box 10, 160³³. »

En réalité, le critère est tellement subjectif qu'il aboutit littéralement à l'absence de qualifications. Ce résultat est apparent dans l'affaire *Brazilian Rubber Plantations and Estates Limited*³⁴ où le tribunal indique clairement que l'on peut certes devenir administrateur d'une compagnie agissant dans un domaine spécialisé, en l'occurrence celui du caoutchouc, sans avoir aucune connaissance du domaine et n'encourir aucune responsabilité en raison de son ignorance. On y retrouve d'ailleurs textuellement l'opinion suivante :

He [un administrateur] is, I think, not bound to bring any special qualifications to his office³⁵.

Par ailleurs, cette même affaire est à l'effet que si l'administrateur possède malgré tout des qualifications particulières, il doit en faire bénéficier la compagnie. De là à mettre en garde les personnes aux connaissances spécialisées contre les méfaits du directorat, il n'y a qu'un pas vite franchi en pratique. Il faut donc éviter de témoigner d'une habileté particulière et se contenter, en somme, d'être le personnage que l'on est. En terminant sur ce point particulier, rappelons les paroles laconiques du juge en chef de la Cour du Banc du Roi du Manitoba dans l'affaire *Northern Trust Co. c. Butchart* :

In the first place directors are bound to use fair and reasonable diligence in the management of the company's affairs, and to act honestly, but they are not bound to do more³⁶.

³² *Ibid.*, p. 688.

³³ William O. DOUGLAS, *Directors who do not direct*, (1934) 47 *Harvard Law Review*, 1305, à la page 1318.

³⁴ (1911) 1 Ch. 425.

³⁵ *Ibid.*, p. 437.

³⁶ 35 D.L.R. 169, à la page 176; voir aussi *In re Forest of Dean Coal Mining Co.*, 10 Ch. 450, à la page 452.

Le cercle est clos : agir honnêtement signifie simplement éviter les actes frauduleux. L'honnêteté n'a aucune autre dimension morale, telle celle d'être qualifié pour la fonction que l'on occupe. Par ailleurs, l'administrateur devra agir suivant les pouvoirs que la loi, les lettres-patentes ou règlements lui accordent et il devra éviter un autre faux pas : l'acte ultra-vires. En réalité, la jurisprudence est constante sur ce point. Pour pouvoir se réfugier dans sa médiocrité, l'administrateur doit agir dans les limites de ses pouvoirs. Il faut remarquer que cet aspect des choses est passablement illusoire dans les juridictions où les administrateurs tirent leurs pouvoirs de la loi et non d'« articles d'association » comme en Angleterre³⁷.

2. *L'incidence des erreurs de jugement (« business judgment rule »).*

Dans la perspective déjà dégagée, il est à prévoir que l'administrateur, n'ayant pas l'obligation d'être qualifié, pourra éviter toute responsabilité en matière d'erreurs de jugement. Cette proposition est unanime en jurisprudence. On la retrouve en particulier dans l'affaire de *Western Ontario Natural Gas*³⁸ : après avoir considéré la responsabilité de l'administrateur Dougher³⁹, le tribunal se penche sur le cas de l'administrateur Martin. On décrit celui-ci comme ayant eu une connaissance étendue des affaires de la compagnie et du cas particulier faisant l'objet du litige (« he had a very considerable knowledge of the whole business ») ; le tribunal l'excuse ensuite sous prétexte qu'il a commis une « honnête erreur » quant à l'acte envisagé. Dans l'état actuel de la jurisprudence, cet aspect des choses n'est pas étonnant : si l'on n'impose pas de critères objectifs dans l'exécution des fonctions d'administrateur, il faut aller jusqu'au bout de la logique et ne pas lui tenir grief d'erreurs de jugement. Seule l'imposition de critères d'ordre professionnel permettrait de le faire et nous aurons à nous interroger sur la portée de l'article 144 B.C.A. dans ce contexte précis.

Pourtant, malgré l'adoption de standards professionnels, il serait extrêmement difficile d'imposer aux administrateurs une obligation de résultat, en ce qui concerne la progression économique de la compagnie. En effet, les administrateurs ne sont pas des assureurs des profits de la compagnie, ni ne garantissent-ils l'honnêteté ou l'efficacité des officiers qu'ils emploieront dans l'exécution des affaires de la compagnie⁴⁰. L'aven-

³⁷ Ainsi en va-t-il de l'article 132 B.C.A. de l'Ontario, précité : cf. aussi article 80 de la *Loi des compagnies du Québec* : dans ces juridictions, la main mise des administrateurs sur la gestion de la compagnie est complète et il est difficile d'imaginer un acte ultra vires. Il ne faut pas d'ailleurs confondre avec les actes illégaux, tel celui de déclarer un dividende qui entame le capital, etc.

³⁸ *Supra*, note 31.

³⁹ *Ibid.*, p. 688.

⁴⁰ Ceci a été dégagé en particulier aux États-Unis : voir *McEwen c. Kelly*, 140 Ga. 720, 79 S.E. 777 (1913) ; *Briggs c. Spaulding*, 141 U.S. 132, 11 Sup. Ct. 924 (1841) ; *Graham c. Allis-Chalmers Mfg Co.* 40 Del Ch. 335, 182 A 2d 328 (1962) et voir, KNEPPER, *Liability of Corporate Officers and Directors*, The Allen Smith Company, 2d Ed. 1973, p. 80.

ture corporative demeure spéculative et risquée et il serait impensable et impraticable de prétendre imposer des résultats à ses principaux fonctionnaires.

Le critère des « erreurs de jugement » permissibles est bien ancré dans la jurisprudence classique d'inspiration anglo-saxonne. On le retrouve dans un jugement datant de 1892: *In re New Mashonoland Exploration Company*.⁴¹ En réalité, on l'appelle habituellement la « business judgment rule ». L'affaire *In re City Equitable Fire* est assez explicite sur le sujet et le juge Romer, faisant allusion à la règle, déclare :

It is perhaps only another way of stating the same proposition to say that directors are not liable for mere errors of judgment⁴².

Le même juge avait déjà dégagé ce critère dans l'affaire *Lagunas Nitrate Company c. Lagunas Syndicate* :

... mere imprudence or want of judgment would not itself make a director liable⁴³.

Lord Lindley, dans l'appel de cette cause, est encore plus explicite, car il porte le principe à ses limites en indiquant que les administrateurs ne sont pas responsables pour leurs erreurs de jugement, même s'il est prouvé qu'ils les eussent évitées en prenant un meilleur soin des affaires de la corporation. Le critère débouche ainsi finalement sur la négligence grossière⁴⁴.

Soulignons que cette affaire Lagunas est d'autant plus importante en raison d'un conflit d'intérêt virtuel, les administrateurs faisaient partie du conseil tant du syndicat que de la compagnie. Nonobstant cette grave circonstance, les administrateurs de la compagnie ne furent pas blâmés d'avoir commis une erreur de jugement en adoptant un contrat qui s'avéra être au détriment de la compagnie et à l'avantage du syndicat.

3. *L'aboutissement du critère : la négligence grossière.*

Il y aura toutefois des cas où l'incapacité ou le manque de compétence de l'administrateur seront trop flagrants pour ne pas entraîner sa responsabilité. Cependant, à la lumière de ce qui précède, l'on peut immédiatement pressentir que la responsabilité de l'administrateur ne sera engagée qu'en des circonstances extrêmes. La négligence, l'incapacité ou l'incapacité devraient présenter un caractère tellement exorbitant que l'homme normal, dans les mêmes circonstances, n'aurait pas agi de la

⁴¹ (1892) 3 Ch. 577.

⁴² *Supra*, note 17, p. 429.

⁴³ (1899) 2 Ch. 392, à la page 418.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 435: « Their negligence must be not the omission to take all possible care: it must be much more blameable than that: it must be in a business sense culpable or gross. I do not know how better to describe it. »

sorte. Ce principe ressort d'un arrêt déterminant décidé en 1872, *Overend & Gurney Co. c. Gibb*⁴⁵. Le critère établi dans cette affaire gravite autour de la notion du « soin ordinaire » de l'homme prudent et confine la responsabilité administrative à la négligence grossière (« *crassa negligentia* »). La citation suivante est d'ailleurs devenue un lieu commun sur le sujet :

... because the question is then simply reduced to this, — whether or not the directors exceeded the powers intrusted to them, or whether if they did not so exceed their powers they were cognisant of circumstances of *such a character, so plain, so manifest, and so simple of appreciation*, that no men with *any ordinary degree of prudence*, acting on their own behalf, would have entered into such a transaction as they entered into? Was there *crassa negligentia* on their part which, though not charged in words, is, it is argued, shewn by the facts, so that they should be fixed with the loss of the fund intrusted to their hands for the purpose of making the acquisition of the business; was the acquiring of that subject-matter, through the medium of those funds, with the amount of knowledge which the directors had attained, an instance of *crassa negligentia*⁴⁶?

Après cette affaire, la démarche de la recherche de la responsabilité de l'administrateur commence ordinairement par la question de déterminer si l'on est en présence de négligence grossière. Ainsi, en est-il dans l'affaire *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Limited*⁴⁷, et aussi dans *In re City Equitable Fire*⁴⁸. Nous désirons faire remarquer que cet aboutissement est propre au système britannique, comme le démontre une comparaison avec certaines juridictions américaines, comparaison que nous ferons plus loin. Soulignons que le critère de l'homme raisonnable ne devrait pas être celui explicité dans la citation ci-dessus parce que l'homme raisonnable applique un plus grand soin à ses affaires que ne semble l'indiquer le tribunal. En d'autres termes, il ne s'agit pas de demander à l'homme raisonnable d'éviter la négligence grossière, ce que l'on est en droit de s'attendre de lui, mais bien plutôt de démontrer une habileté convenable. Le critère est positif et non négatif. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence britannique ne retient pas la responsabilité de l'administrateur, en dehors du contexte de fraude ou d'acte ultra vires, sauf dans les cas de négligence grossière. L'habileté de l'administrateur est donc l'habileté la plus ordinaire qui soit.

Après avoir constaté le très bas niveau des critères de soin et habileté requis de l'administrateur et l'avoir excusé de ses fautes de jugement, que reste-t-il de ses devoirs envers la compagnie ? De tout temps, se sont posés des problèmes particuliers qui ont donné lieu à l'établissement de critères précis concernant les devoirs de « soin ou d'attention aux affaires de la compagnie » : de plus, les affaires corporatives étant souvent confiées à des

⁴⁵ (1872) L.R. 5 H.L. App. 480.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 486-487.

⁴⁷ *Supra*, note 34.

⁴⁸ *Supra*, note 17, aux pages 427 et 428.

employés ou officiers de la corporation, un problème fréquent consiste à savoir dans quelles limites les administrateurs peuvent se fier aux représentations de ces subalternes. Ces aspects feront l'objet des deux sections suivantes.

C. LE DEGRÉ D'ATTENTION AUX AFFAIRES DE LA CORPORATION.

Nous proposons sous cette rubrique une double analyse: l'assiduité aux assemblées et la qualité des décisions administratives prises en assemblée.

1. *L'assiduité aux assemblées du Conseil d'administration.*

Dans *In re City Equitable Fire*, le juge Romer dégage la règle suivante :

A director is not bound to give continuous attention to the affairs of his company. His duties are of an intermittent nature to be performed at periodical board meetings, and at meetings of any committee of the board upon which he happens to be placed. He is not, however, bound to attend all such meetings, though he ought to attend all whenever, in the circumstances, he is reasonably able to do so⁴⁹.

Les affaires d'un conseil d'administration sont collégiales: en principe, un conseil d'administration agit par résolutions ou règlements adoptés suite à une assemblée délibérante⁵⁰. Cependant, la fréquence de ces assemblées n'est nulle part réglée par statut car il s'agit, à proprement parler, de régie interne, la fréquence des assemblées dépendant de l'état et de la nature des affaires de la compagnie. Il appartient aux administrateurs d'en fixer la régularité. Ceci dit, quel degré d'assiduité l'administrateur doit-il témoigner en regard des assemblées qui ont effectivement lieu? A partir de quel moment est-il négligent et devient-il responsable des déboires de la compagnie s'il n'assiste pas ou presque pas aux assemblées? Encore là, la jurisprudence britannique a fait preuve d'une grande clémence envers les administrateurs. Mentionnons d'abord une espèce au résultat étonnant; *In re Cardiff Savings Bank*⁵¹, mieux connue sous le nom de *Marquis of Bute's Case*. Le marquis fut président et administrateur de la Banque dès l'âge de six (6) mois; à sa majorité, il assista à une assemblée des administrateurs de la Banque et en signa les minutes. L'extrait suivant de son témoignage, avec toute sa naïve et extraordinaire candeur, démontre son état d'esprit à l'époque :

I cannot recollect the circumstances under which I attended the meeting, but I suppose that, happening to be at Cardiff at the time, it was suggested to me that I should attend, and, considering the bank as a charity and worthy of support, I acted as above stated⁵².

⁴⁹ *Ibid.*, p. 429.

⁵⁰ Cf. généralement sur ces notions, GIGUÈRE, *op. cit.*, note 19, p. 118ss.

⁵¹ (1892) 2 Ch. 100.

⁵² *Ibid.*, p. 102.

Par la suite, le marquis n'assista jamais aux autres assemblées, de telle sorte que le souvenir de son directorat s'estompa tellement dans son esprit qu'il fut abasourdi de constater, à la liquidation de la banque, qu'il en était toujours l'administrateur. Le liquidateur chercha à établir sa responsabilité pour le motif de négligence dans l'accomplissement de ses fonctions. Cette affaire est reliée à une autre : *Davie's Case*⁵³, dans laquelle Davie, administrateur et gérant de la Cardiff Savings Bank, avait été reconnu responsable des irrégularités et fraudes commises dans la marche des affaires de la banque. Le tribunal en vint à la conclusion que le marquis ignorait ces fraudes et posa la question de savoir s'il était responsable nonobstant son ignorance des faits, c'est-à-dire si sa responsabilité pouvait être retenue en raison du fait même du manque d'accomplissement de son devoir. Le tribunal considéra le grand nombre des « trustees » de la Banque et fut d'avis que l'on ne doit pas s'attendre à ce que chaque membre d'un tel conseil prenne une part active à la direction des affaires ni assiste à chaque assemblée et l'on conclut que le marquis n'avait pris aucunement part active aux affaires de la banque⁵⁴. D'après le tribunal, il fallait distinguer entre la négligence ou l'omission d'assister aux assemblées et la négligence ou l'omission d'accomplir un devoir qui devrait être accompli lorsqu'on assiste à l'assemblée. Certes, pour retenir la responsabilité d'un administrateur absent, il faut conclure à la solidarité entre les administrateurs et il est aussi nécessaire de concevoir le poste d'administrateur au même titre qu'une fonction dont une des obligations consisterait précisément à assister aux assemblées. Le tribunal ne fut pas de cet avis⁵⁵.

Le Marquis ne fut donc pas tenu responsable même s'il est difficile d'imaginer un comportement plus négligent que le sien. Nous sommes d'avis que le tribunal a tiré la mauvaise conclusion de la distinction entre le devoir d'assistance aux assemblées et le devoir de comportement lors d'une assemblée. En effet, malgré la réalité de cette distinction, elle ne doit pas servir à une exonération du défaut d'assistance aux assemblées, car, autrement, elle devient factice, l'administrateur n'ayant qu'à s'abstenir d'assister aux assemblées devant traiter des points délicats. L'aboutissement d'une telle utilisation de cette distinction valable sous d'autres égards a des effets désastreux sur le droit de la corporation au conseil et à l'opinion de son administrateur. Soulignons d'ailleurs cette vérité évidente que l'on ne peut guère s'acquitter de ses devoirs en assemblée si on n'assiste pas.

⁵³ 54 Ch. 537.

⁵⁴ *Supra*, note 51, p. 108.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 109; voir aussi les remarques suivantes à la page 110: « To hold that the Marquis was guilty of neglect or omission in respect of this duty, in the absence of any knowledge or notice that it was not duly performed, would, in my opinion, be to fix him with liability for the neglect and omission of others rather than his own. »

Dans l'affaire *In re Denham & Co.*⁵⁶ les faits se rapprochaient de ceux du *Marquis of Bute's Case*, en ce sens qu'un des administrateurs, Crook (nom prédestiné s'il en fut), n'avait assisté à aucune assemblée du Conseil pendant environ quatre ans, période durant laquelle des dividendes illégaux avaient été émis. Lui non plus ne fut pas tenu responsable, car, dans l'opinion du juge, son comportement n'était pas équivalent à une négligence grossière!

Il faut critiquer sévèrement cet aspect de la jurisprudence traditionnelle car un des aspects primordiaux de l'activité administrative est de réfléchir aux problèmes de la corporation et à la marche de ses affaires pour, ensuite, pouvoir en discuter avec ses collègues, dans le but de les convaincre de modifier une ligne de conduite, d'en adopter une nouvelle ou d'empêcher des changements intempestifs. Comment l'administrateur peut-il exercer ce rôle vital, s'il n'assiste pas aux assemblées. Évidemment, à l'époque où furent rendus les jugements évoqués, les administrateurs visés étaient surtout des personnages de convenance, pour ne pas dire des hommes de paille: ils constituaient ce que l'on a appelé du «window dressing» à l'avantage de la compagnie, sans être des administrateurs sur lesquels la compagnie comptait pour diriger ses affaires⁵⁷. Pourtant, leur présence cherchait parfois à attirer la confiance du public, comme dans le cas du marquis of Bute, et ces administrateurs, bien que non rémunérés en tant que tel, n'en encassaient pas moins des dividendes, comme dans le cas de M^r Crook. Peut-on, alors, dire qu'ils pouvaient pratiquer l'ignorance systématique des affaires corporatives? Est-ce que ceci n'équivaut pas à dire que l'administrateur peut ultimement éviter toute responsabilité en prenant bien soin de ne pas assister aux assemblées du Conseil et en se tenant le plus éloigné possible de tout renseignement susceptible de troubler sa quiétude? Un tel résultat est manifestement contraire à l'esprit des lois sur les compagnies, qui, toutes, créent une fonction, soit par statut soit par le biais d'articles d'associations, dans le but évident qu'elle soit remplie dans le meilleur intérêt de la compagnie. En ce sens, la rédaction actuelle de l'article 144 B.C.A. qui stipule de façon expresse l'intérêt de la compagnie comme norme de conduite administrative rendra peut-être les tribunaux plus hardis relativement à l'abstention aux assemblées.

2. *Le comportement aux assemblées.*

Malgré les avantages que procure aux administrateurs la jurisprudence précédente, dont les énoncés, depuis l'arrêt *In re City Equitable Fire*⁵⁸ sont devenus des axiomes, il arrive qu'un malheureux ad-

⁵⁶ 45 Ch. 752.

⁵⁷ Voir GOWER, *op. cit.*, note 12, p. 549 ss.; TREBILCOCK, *The Liability of Company Directors for Negligence*, 1969, 32 *Modern Law Review*, 499.

⁵⁸ *Supra*, note 17.

ministrateur assiste aux assemblées du Conseil d'administration. Il faut alors se pencher sur son comportement lors des assemblées.

Rappelons l'exemple de l'affaire *Western Ontario Natural Gas*⁵⁹, concernant l'administrateur Dougher dont le manque d'attention et de discernement l'avaient empêché de découvrir la moindre irrégularité lors des assemblées auxquelles il avait assisté. Il y a d'autres exemples jurisprudentiels, dont l'arrêt *Land Credit Company of Ireland c. Lord Fermoy*⁶⁰ : les administrateurs avaient effectivement assisté aux assemblées lors desquelles furent autorisés des paiements illégaux destinés à ceux d'entre eux faisant partie du Comité exécutif dans le but de leur faciliter l'achat d'actions de la compagnie. Ils invoquèrent tous la même excuse : ils ne connaissaient pas la destination des chèques dont ils avaient autorisé l'émission et parfois même signés, en assemblée. Ils s'en rapportaient entièrement au Comité exécutif d'où provenait les demandes d'émission de chèques. Le juge du procès rejeta ces défenses dans un style vigoureux, soulignant qu'il suffisait alors aux administrateurs de prendre soin de ne pas s'informer du but des chèques dont on réclame leur signature. Dans l'esprit du tribunal, la fonction ou le rôle d'administrateur fut créé justement pour accomplir ce type de devoir⁶¹.

Langage remarquable pour l'époque « libérale » d'alors (1869), surtout devant le fait que les administrateurs prétendaient que leur refus d'autoriser l'émission des chèques eut entraîné la dissolution de la compagnie en raison des graves disputes qui l'auraient disloquée. Le tribunal ne se laissa pas impressionner par un tel argument et déclara que, possiblement, il eût été préférable pour les actionnaires de dissoudre la compagnie que de se faire voler⁶². Les conséquences d'un tel jugement sur le droit des compagnies eurent été incalculables, eut-il été suivi. Le droit de l'administration aurait certes suivi une évolution différente. Malheureusement, il ne fut même pas confirmé en appel. Faisant preuve

⁵⁹ *Supra*, note 31.

⁶⁰ [1869] L.R. 8 Eq. 7.

⁶¹ *Ibid.*, p. 11 et 12 : « It appears to me that all these defences are equally futile. If a director could justify himself for sanctioning an improper payment by asserting ignorance of the purposes for which the money was meant to be applied, no director would ever be liable for the most flagrant abuse of the trust funds confided to his care, as he would always take care to be uninformed of the purpose for which the money was required. But the answer is, that it is his duty to learn how the money is intended to be applied which is voted at a board when he is present: that it is for this purpose that the office of director is created, and that he has been elected by the shareholders. A plea of ignorance by a director, or that anything was done by him for the sake of conformity, is merely a plea of guilty, and it is an admission of liability to account for the sums misapplied. The same excuse might be alleged if the greater part of the funds of the company were, by one-half of the directors present, confided to the other half, and if they thereupon distributed the money amongst themselves, and retired out of the jurisdiction of this Court. »

⁶² *Ibid.*, p. 12.

d'un laconisme qui témoigne de leur réticence face à cette conception révolutionnaire. Les juges de la Cour d'appel indiquèrent simplement que l'opinion du premier juge poussait trop loin la responsabilité des administrateurs⁶³. L'on refuse donc de sanctionner l'omission de comportement des administrateurs. Ce n'est pas l'obligation de l'administrateur de s'enquérir des agissements du Comité exécutif.

Par ailleurs, diverses jurisprudences subséquentes arrivent à des résultats différents. Ainsi, dans *Ramskill c. Edwards*⁶⁴, l'administrateur fut tenu responsable d'avoir signé un chèque, sachant que le prêt représenté par ce chèque était illégal; sa défense allait dans le sens de celle de Lord Fermoy en ce qu'il maintenait n'avoir signé que de façon purement administrative, invoquant de plus que quelqu'un d'autre aurait signé s'il ne l'avait fait⁶⁵. Contrairement au résultat précédent, sa responsabilité fut engagée. Citons encore l'affaire *In re Railway and General Light Improvement Co. (Marzetti's Case)*⁶⁶. Marzetti était présent à une assemblée du Conseil d'administration où l'on résolut d'émettre un chèque à l'ordre d'un certain Général Davison pour ses dépenses de promoteur de la compagnie: en réalité, il n'en était rien, car il s'agissait plutôt de payer le Général pour avoir manipulé le stock de la compagnie sur le marché public. Il était évident que le paiement était invalide et même illégal mais la question était de savoir si Marzetti pouvait plaider son ignorance, c'est-à-dire invoquer son innocence par suite du fait qu'il ne s'était pas enquis de la nature du paiement ni de sa destination. Le tribunal rejeta ces arguments, en reprenant la position du juge de première instance dans l'affaire de *Lord Fermoy*⁶⁷. On ne doit pas, dit-il, disposer de l'argent des autres sans enquête⁶⁸. Ce jugement rappelle, en outre, une affaire antérieure, *Joint Stock Discount Company c. Brown*⁶⁹.

⁶³ (1870) L.R. 5 Ch. App. 763, à la page 772: «But it would be carrying the doctrine of liability too far to say that the directors are liable for negligence, not because they did not ask whether Costelloe and Oliphant were solvent and respectable, but because they did not inquire what they were going to do with the money. To do this would be carrying the doctrine of the responsibility of directors far beyond anything laid down in this Court.»

⁶⁴ (1886) 31 Ch. D. 100.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 111 et 112.

⁶⁶ (1880) 42 L.T.n.s. 206 (C.A.).

⁶⁷ *Supra*, note 60.

⁶⁸ *Supra*, note 66, p. 208: «Could he be heard to say in any court of justice that this is a defence when he pays away other people's money without any inquiry at all, and it turns out to have been paid wrongfully? But I go further, and say, if he had understood what he ought to have understood in his business as a director, he would have inquired what the brokerage and the commission was for, and then he would have been told it was for brokerage and commission, and the papers spoke for themselves. They would have shown that the sums in question had been paid for a most improper purpose; that they were paid after the registration of the company, and were therefore not preliminary expenses at all. We do not want authority to whom that Mr. Marzetti, under these circumstances, is liable.»

⁶⁹ [1869] L.R. 8 Eq. 381.

Dans cette dernière affaire un des administrateurs, Bravo, avait signé des chèques de façon purement administrative (« mere ministerial act »). Son argument en ce sens ne reçut pas la faveur de la Cour dont l'opinion fut que si l'on doit signer des chèques pour le compte d'une compagnie, l'on doit au moins s'informer de la raison du paiement⁷⁰. Par ailleurs, cet arrêt illustre, de plus, un autre comportement blâmable aux assemblées d'un Conseil d'administration; en effet, l'administrateur Brown, qui savait que le paiement autorisé allait servir à l'achat illégal d'actions de la compagnie s'est contenté de protester sous forme d'une lettre générale référant vaguement à l'affaire, mais sans indiquer à aucun des administrateurs qu'il désapprouvait l'opération. Le tribunal refusa de l'exonérer et le tint responsable pour ne pas avoir agi de façon plus énergique; il semble même, d'après la citation suivante, que Brown eut dû poursuivre pour empêcher la commission d'actes illégaux:

All I can say is this, if he could have done it in no other way, it was his duty as a director, knowing what was going on, not to have remained quiescent, or acquiescent, which is much the same thing, in what his brother directors were doing; but to have filed a bill, supposing that a bill was necessary⁷¹.

Quant à un autre directeur, Gillespie, il illustre la première proposition que nous avons développée dans le présent chapitre, à savoir qu'il ne s'est pas du tout occupé des affaires de la compagnie et ne s'est pas présenté aux assemblées du Conseil: il fut exonéré, à l'instar du marquis of Bute, mais dut cependant, sans doute en guise de « punition », payer ses propres frais⁷².

Dans une espèce canadienne, *In re Ontario Fire Insurance*⁷³, les administrateurs avaient autorisé un transfert d'actions à des personnes incapables de les payer, sans s'enquérir aucunement sur leur apparente solvabilité: ils furent tenus responsables comme ayant agi de façon négligente et coupable lors des assemblées autorisant les transferts et furent condamnés à payer le montant des actions transférées au liquidateur de la compagnie.

Cet aspect des devoirs des administrateurs n'apparaît pas encore tellement bien défini: en effet, si depuis *In re City Equitable Fire*⁷⁴ l'on peut affirmer que l'assiduité aux assemblées de la compagnie n'est pas requise des administrateurs en général, il est cependant difficile d'ignorer les anciennes jurisprudences qui ont condamné le comportement négligent et l'attitude négative des administrateurs en assemblée. Nous nous croyons

⁷⁰ *Ibid.*, p. 404.

⁷¹ *Ibid.*, p. 403.

⁷² *Ibid.*, p. 401.

⁷³ (1915) 23 D.L.R. 758.

⁷⁴ *Supra*, note 17.

justifiés de dire que *In re City Equitable Fire* conclut trop vite sur cette question de l'absence d'attention aux affaires de la compagnie, sans souligner l'obligation de comportement aux assemblées. Nous croyons qu'il est dans le meilleur intérêt de la compagnie que les administrateurs assistent généralement aux assemblées et la codification effectuée de l'article 144 B.C.A. amènera, nous l'espérons, les juges à redécouvrir les normes plus draconiennes appliquées dès l'origine et dont le *Marquis of Bute's Case*⁷⁵ et *In re Denham & Co.*⁷⁶ sont une malheureuse bifurcation, non justifiée par la jurisprudence subséquente. Quant à l'obligation de comportement aux assemblées, la codification effectuée par l'article 144 B.C.A. ne change peut-être pas le droit, mais devrait attirer l'attention sur la jurisprudence que nous avons évoquée.

D. LES LIMITES DE L'OBLIGATION DE SUPERVISION DES ADMINISTRATEURS.

Le droit corporatif confie aux administrateurs la responsabilité ultime de la gestion: cependant, le conseil confie généralement la gérance quotidienne à des serviteurs, officiers, comptables, teneurs de livres, caissiers, etc. Conséquemment, le problème du contrôle de ce personnel se pose de plus en plus. Du point de vue historique, cependant, c'est encore une jurisprudence vieillie qui inspire les principes à ce sujet. Les plus grandes corporations ayant déjà acquis depuis longtemps l'habitude de déléguer les pouvoirs du Conseil d'administration à des spécialistes. En ce sens, la jurisprudence s'est cristallisée dans des espèces impliquant des banques, ses sociétés d'assurance, des chemins de fer et autres complexes de grandeur comparable.

1. *La possibilité pour l'administrateur de se fier aux serviteurs de la compagnie.*

C'est encore *In re City Equitable Fire* qui contient l'affirmation la plus catégorique à ce sujet:

In respect of all duties that, having regard to the exigencies of business, and the articles of association, may properly be left to some other official, a director is, in the absence of grounds for suspicion, justified in trusting that official to perform such duties honestly⁷⁷.

Il y a donc deux (2) tests: d'abord, la délégation doit être «proper» c'est-à-dire doit être légale, statutaire ou réglementaire. Ainsi en va-t-il de l'article 141 B.C.A. qui prévoit que les différentes fonctions au sein de la corporation sont créées par les administrateurs; mais il n'en reste pas moins qu'en vertu de l'article 132, la conduite générale des affaires de la compagnie revient aux administrateurs ainsi que l'obligation de «superviser» les

⁷⁵ *Supra*, note 51.

⁷⁶ *Supra*, note 56.

⁷⁷ *Supra*, note 17, p. 429.

affaires en question. Remarquons d'ailleurs que cette obligation de supervision ou contrôle constitue certes un rehaussement, indépendamment de l'article 144, des critères que nous allons maintenant discuter. En effet, désormais, les administrateurs ont l'obligation de contrôler les affaires de la compagnie ce qui signifie que, du point de vue statutaire, ils ne peuvent plus se contenter de gérer de loin mais devront s'appliquer à contrôler les personnages qui leur sont subordonnés. En ce sens, l'article 132 recoupe et complète l'article 144.

En outre, l'administrateur ne doit pas être sur ses gardes : il ne doit pas posséder des motifs de soupçon contre le subalterne, car, alors, il ne serait pas fondé de se fier à ses représentations. Dans un tel cas, l'administrateur doit faire enquête.

De façon générale, le problème est très bien posé par l'arrêt *In re National Bank of Wales Limited*⁷⁸ confirmé par la Chambre des Lords sous le nom de *Dovey c. Cory*⁷⁹. La Banque était sous liquidation et le liquidateur Dovey cherchait à faire établir la responsabilité de Cory, administrateur, par suite du paiement de dividendes illégaux, entamant le capital, ainsi qu'en raison d'avances illégales aux administrateurs et de prêts risqués aux clients. Le liquidateur alléguait que Cory n'avait pas fait preuve d'attention aux affaires de la compagnie ni de diligence et de soin en se fiant simplement aux représentations des vérificateurs de la compagnie; en réalité, comme le souligne le tribunal⁸⁰, les bilans préparés par les vérificateurs étaient en fait frauduleux. Le problème se distingue de ceux envisagés auparavant puisque les administrateurs avaient été assidus aux assemblées du Conseil d'administration. On reprochait de façon spécifique à Cory, ni plus ni moins de n'avoir pas découvert que certains autres administrateurs étaient des fourbes lesquels, de connivence avec le gérant général de la compagnie, avaient réussi à obtenir les paiements et les avances déjà mentionnés. En fait, suite à cette connivence, de mauvaises dettes et de mauvais prêts n'avaient pas été mentionnés aux bilans, de telle sorte que ceux-ci apparaissaient meilleurs qu'ils ne l'étaient en réalité. La Chambre des Lords, en particulier, mit l'accent sur un critère qui sera isolé de nouveau dans *In re City Equitable Fire*⁸¹, à savoir l'ampleur de l'entreprise. La Banque avait plusieurs succursales et plusieurs sous-officiers et il semble que ce soit l'opinion de la Chambre des Lords qu'une telle entreprise, pour bien fonctionner, doit pouvoir se fier aux représentations faites aux personnes en autorité par des officiers inférieurs et autres serviteurs de la compagnie. Dans l'ensemble on a jugé

⁷⁸ (1899) 2 Ch. 629.

⁷⁹ [1901] A.C. 477.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 482.

⁸¹ *Supra*, note 17.

que Cory était fondé à se rapporter à l'opinion du gérant général et des gérants de succursales, puisque leur nomination était valide et qu'il n'avait aucune raison de les soupçonner de malhonnêteté⁸².

Le jugement de la Cour d'appel est aussi très intéressant mais nous ne voulons en faire ressortir que l'énoncé de principe suivant: la Cour d'appel indique clairement qu'en matière commerciale la bonne foi doit présider à tous les rapports:

Business cannot be carried on upon principles of distrust. Men in responsible positions must be trusted by those above them, as well as by those below them, until there is reason to distrust them. We agree that care and prudence do not involve distrust⁸³.

Il est donc assez clair que les tribunaux entérinent le principe que les administrateurs ont le droit d'être plus ou moins aveugles lorsqu'ils considèrent les rapports de leurs subordonnés, du moins lorsque l'ampleur de l'entreprise les justifie de s'en rapporter à des subordonnés.

Soulignons encore l'affaire *In re Kingston Cotton Mills Company (n° 2)*⁸⁴ où le tribunal absout les administrateurs d'avoir autorisé des dividendes illégaux sur la foi de bilans incorrects par suite de représentations du gérant de la compagnie, Jackson, lequel avait délibérément « gonflé » la valeur de certains actifs de la compagnie, de façon à déjouer les calculs autant des vérificateurs que des administrateurs.

Par ailleurs, soulignons la ressemblance des faits dans *Dovey c. Cory*⁸⁵ avec ceux de la célèbre affaire *Préfontaine c. Grenier*⁸⁶ dont l'origine est québécoise. Il s'agissait de la faillite de la Banque du Peuple, incorporée en 1843. Grenier était président de la banque et était rémunéré pour ces fonctions; quant à Préfontaine, il était un « commanditaire » de la Banque et l'on peut à peu près identifier sa position à celle d'un actionnaire privilégié, la banque ayant été incorporée sous une forme inusitée, par statut spécial. Il faut aussi souligner que Grenier, en plus d'être président,

⁸² *Supra*, note 79; ceci ressort en particulier de l'opinion de Lord Davey: cf. pp. 491 et 492; voir aussi l'opinion de l'Earl of Halsbury à la page 485. C'est d'ailleurs dans cette affaire que l'on retrouve le célèbre passage qui suit, indiquant bien l'attitude classique des juristes britanniques en matière de codification des devoirs et obligations des administrateurs de corporation. C'est Lord Macnaghten, juriste considérable, dont l'influence s'est faite puissamment sentir en matière commerciale, qui parle comme suit: «And I do not think it desirable for any tribunal to do that which Parliament has abstained from doing — that is, to formulate precise rules for the guidance or embarrassment of business men in the conduct of business affairs. There never has been, and I think there never will be, much difficulty in dealing with any particular case on its own facts and circumstances; and, speaking for myself, I rather doubt the wisdom of attempting to do more» (p. 488).

⁸³ *In re National Bank of Wales Limited*, *supra*, note 78, page 673.

⁸⁴ (1896) 1 Ch. D. 331.

⁸⁵ *Supra*, note 79.

⁸⁶ [1907] A.C. 101.

était « membre » de la corporation, ce qui signifiait, dans le langage du statut incorporatif, un « directeur ». Les raisons immédiates de la faillite sont rapportées dans le jugement comme ne faisant aucun doute⁸⁷ : un caissier de la Banque, sans la connaissance de Grenier ni de ses codirecteurs et agissant outre les instructions reçues, avait accordé à certains clients préférés de la Banque des découverts de caisse considérables lesquels acculèrent l'institution à la liquidation. Entre autres allégations, Préfontaine prétendait que Grenier avait été négligent dans la conduite des affaires de la banque. Le tribunal de première instance avait donné raison partiellement à Préfontaine, mais le jugement fut cassé par la Cour de revision pour le motif que l'action était prescrite. La Cour du Banc du Roi préféra ne pas s'occuper de la question de prescription mais bien de la question de fond et déclara que l'action devait être rejetée au mérite par application des principes du droit anglais⁸⁸.

Ce dernier jugement fut porté devant le Comité judiciaire du Conseil privé et les Lords confirmèrent la décision du Banc du Roi. En ce qui concerne l'allégation de négligence dans l'accomplissement des fonctions du président et directeur de la banque, le Comité judiciaire indique clairement que le directeur a le droit de se fier aux représentations des officiers mineurs de la compagnie. en l'occurrence le caissier général de la banque⁸⁹.

Par ailleurs, le plus important sur la question, *In re City Equitable Fire*⁹⁰, considéré comme déterminant, présentait de nouveau des faits semblables. Il s'agissait d'une importante compagnie d'assurance dont le président du Conseil d'administration, Bevan, s'avéra être un fraudeur de première classe dont les déprédations causèrent la perte de 1.200.000 Livres dans le laps de temps remarquablement court entre le 27 janvier 1916 et le 14 février 1922. Bevan faisait partie du Comité des finances (« finance committee ») formé à même le Conseil d'administration; ce Comité fut à l'origine de toutes sortes d'actes répréhensibles : prêts prohibés, avances illégales, investissements douteux, etc. Ce même Comité autorisa la plupart des actes illégaux, Bevan en étant l'instrument détermi-

⁸⁷ *Ibid.*, p. 106.

⁸⁸ Voir (1906) 15 B.R. 143: en particulier les remarques du juge Hall à la page 154.

⁸⁹ *Supra*. note 86: « In this country questions as to the nature and extent of the duty and responsibility of directors and others, in respect of the conduct of the affairs of companies, have been frequently under consideration. Attempts have repeatedly been made to render them personally liable, on the ground that they have trusted the regularly authorized officers of the company; that they have failed to detect, and been misled by, misrepresentation or concealment by such officers, when there was no reason for doubting their fidelity. But such attempts have not been successful. It is sufficient to refer to the case of *Dovey c. Cory* [1901] A.C. 477, in which the subject was fully considered by the House of Lords » (pp. 109 et 110).

⁹⁰ *Supra*, note 17.

nant principal. Dans l'ensemble, les administrateurs furent absous de tout blâme et une des raisons principales fut qu'ils avaient le droit de se fier aux représentations du gérant général, du comptable et du secrétaire de la compagnie⁹¹.

En terminant sur ce point, nous devons considérer une espèce aux répercussions importantes, bien qu'elle soit rarement citée : *Claridge's Patent Asphalt Company Limited*⁹². Cette vieille organisation commerciale, dont l'existence corporative forme presque un parallèle de l'histoire du développement des compagnies en Angleterre, avait formé une filiale en 1914 aux fins de l'exploitation de l'asphalte pour les routes publiques et y avait investi quelque 8.500 Livres. Cette filiale fut éventuellement liquidée : par la suite, une demande en liquidation fut logée contre Claridge et le liquidateur poursuivit ses administrateurs en invoquant l'illégalité de l'investissement dans la filiale. Le liquidateur prétendait qu'en vertu de sa constitution, Claridge avait agi ultra vires en investissant de l'argent dans sa filiale⁹³. L'aspect important de l'affaire réside dans le fait qu'avant de former la filiale et d'investir les deniers, les administrateurs de Claridge avaient obtenu une opinion d'un avocat en vue (« well-known Chancery Barister »), lequel leur avait donné l'opinion que l'aventure était intra vires. Le tribunal excusa l'administrateur poursuivi, Allback, parce qu'il avait agi après avoir obtenu cet avis légal⁹⁴. Ce résultat nous semble parfaitement logique : si l'on peut se fier à des officiers mineurs lesquels, bien souvent, ne possèdent que des capacités limitées, il faut pouvoir invoquer en toute sécurité l'opinion des experts. Les administrateurs ont donc le droit de se fier aux représentations de leurs subordonnés ; bien plus, nous

⁹¹ *Ibid.*, voir p. 453ss, 465ss, et surtout aux pages 467ss. Voir aussi *Huckerby c. Elliot*. (1970) 1 All E.R. 189, en particulier à la page 194, jugement de la Cour d'appel et dernier jugement que nous ayons pu relever sur la question ; la Cour d'appel y applique *In re City Equitable Fire* pour exonérer un administrateur de s'être fié au secrétaire de la compagnie, lequel lui avait représenté avoir obtenu une Licence de Jeux, alors qu'il n'en était pas le cas. La responsabilité de la compagnie fut engagée mais l'administrateur disculpé parce qu'il avait le droit de s'en rapporter au secrétaire et qu'il n'avait pas le devoir de veiller à la supervision des affaires quotidiennes de la compagnie (« nor do I think it is right to say that there is a duty to supervise the running of the company and in particular a co-director who is the secretary ») (page 194). À remarquer la différence de langage d'avec l'article 132 B.C.A. : « The board of directors shall manage or supervise the management of the affairs and business of the corporation. » Il semble que les tribunaux anglais soient encore loin de reconnaître une véritable obligation de contrôle de la part des administrateurs.

⁹² (1921) 1 Ch. 543.

⁹³ Il faut bien se rappeler que nous sommes en Angleterre, c'est-à-dire dans une juridiction qui n'incorpore pas par lettres-patentes mais bien par mémoire de convention et articles d'incorporation ; dans ce contexte l'arrêt *Ashbury Railway Carriage and Iron Company c. Riche* (1875) 53 L.T.n.s. 450 s'applique et si l'acte n'est pas autorisé par les documents constitutifs, il est ultra vires. Ce problème précis ne se pose pas dans les juridictions qui utilisent les modes d'incorporation par lettres-patentes en vertu de la très célèbre affaire *Bonanza Creek Gold Mining Company Limited c. The King* [1916] A.C. 566.

⁹⁴ *Supra*, note 92, à la p. 549.

sommes d'opinion qu'il se dégage de la jurisprudence qu'ils ont le *devoir* de se fier car autrement ils ne déchargeraient pas leurs obligations de façon adéquate. En vertu de l'affaire *Claridge* ils peuvent aussi se fier aux procureurs et autres experts de la compagnie car ils ont justement fait preuve de diligence et de soin en consultant un expert. Par ailleurs, ont-ils l'*obligation* de consulter des experts? Répondre par la négative serait priver l'affaire *Claridge* de son sens véritable, car si l'on veut exonérer les administrateurs assez diligents pour consulter, il est normal d'exiger que l'administrateur prenne conseil. Nous examinerons maintenant cet aspect.

2. *L'obligation d'information et de renseignement.*

Nous sommes d'opinion que la jurisprudence oblige les administrateurs à se renseigner avant de prendre des décisions, même en l'absence de soupçons à l'encontre des subalternes de la corporation. L'obligation d'enquêter s'il y a soupçon ne se présente que dans le contexte où les serviteurs de la compagnie présentent effectivement des rapports aux administrateurs. Ceux-ci sont pourtant obligés à faire plus, en temps normal, relativement à certaines décisions importantes, telles les déclarations de dividendes, les investissements des fonds corporatifs, etc. L'administrateur ne doit pas agir aveuglément. Voilà la thèse de la présente section; cependant, il faut dire que les commentateurs soulignent rarement cet aspect, pourtant appuyé sur une jurisprudence constante⁹⁵.

Nous ne voulons pas non plus parler de la responsabilité pouvant incomber aux administrateurs pour des erreurs commises dans la sélection des officiers de la compagnie ou dans la division interne des responsabilités. Le professeur Gower, à titre d'exemple, soumet qu'il y aurait faute si l'on confiait à un garçon de bureau la politique d'investissement d'une compagnie de finance⁹⁶. Cet aspect de la responsabilité des administrateurs nous semble, somme toute, assez claire.

A notre avis, cependant, la jurisprudence va plus loin. Ainsi, dans *Re Owen Sound Lumber Co.*⁹⁷, des émissions d'actions et de dividendes avaient été faites sans que des rapports financiers suffisants eussent été soumis aux administrateurs. La Cour d'appel exculpa les administrateurs, renversant le jugement de première instance. Le premier juge avait pourtant été catégorique :

But more than honesty is required; reasonable intelligence and diligent attention to business are also essential. No one, at any rate in view of the numerous decisions to the contrary, would expect a director of a company to be

⁹⁵ Cf. GOWER, *op. cit.*, note 12, p. 549ss; E. E. PALMER, *Directors Powers and Duties*, in ZIEGEL, *Études sur le droit canadien des compagnies*, Butterworths, 1967, Chap. 12, pp. 384ss.

⁹⁶ GOWER, *op. cit.*, note 12, p. 552.

⁹⁷ (1917) 38 O.L.R. 414.

familiar with all its details; but, before paying the extraordinary dividends declared in the case of the company, the directors should at least have had proper and adequate balance-sheets; and they ought not to have divided profits not yet earned. The whole situation is most suggestive. The large sums paid to directors for becoming sureties for advances, contemporaneously with the earning of these extraordinary profits, indicates, if not wilful blindness, at least such an absence of the exercise of any care and discretion as, in my view, to render the directors personally liable⁹⁸.

Nous préférons cette dernière thèse à celle de la Cour d'appel, car il nous semble y avoir suffisamment d'autres autorités pour soutenir la proposition avancée par le juge de première instance. A titre d'exemple, l'affaire *In re Sharpe, In re Bennet*⁹⁹: le premier juge, commentant une émission illégale de dividendes, pose les jalons de la responsabilité administrative dans un tel cas. Il faut, au moins, que les livres de comptes de la compagnie aient été tenus de façon suffisante à leur permettre d'établir l'existence de profits à même lesquels ils pourraient déclarer un dividende. Dans l'éventualité où cette comptabilité n'existe pas, comment justifier la déclaration d'un dividende¹⁰⁰?

La décision fut confirmée en appel, la Cour se préoccupant surtout d'une question auxiliaire de prescription; mais Lord Lindley en particulier releva le fait que les administrateurs avaient déclaré des dividendes pendant dix (10) ans, sans jamais se soucier d'obtenir des rapports de vérificateurs sur l'état des profits de la compagnie. Malgré l'absence de confirmation directe de la Cour d'appel nous croyons que le principe du premier juge mérite d'être retenu. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il se base sur une affaire décidée par la Cour d'appel en 1870: *In re County Marine Insurance Company*, mieux connue sous le nom de *Rance's Case*¹⁰¹. Les faits présentent un caractère répétitif: les administrateurs avaient déclaré des dividendes sans rapport de vérificateur ni avis de spécialiste. En première instance, ils avaient été exonérés de responsabilité. En appel, le jugement fut renversé, le tribunal soulignant le manque d'états financiers

⁹⁸ *Ibid.*, en particulier à la page 421: cependant il faut noter que le juge en vient à la conclusion qu'il aurait rendu le même jugement même si des rapports de vérificateurs avaient été effectués, étant d'opinion que les administrateurs impliqués n'eussent pas pu discerner la fraude nonobstant un tel rapport.

⁹⁹ (1892) 1 Ch. 154.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 157 et 158: «Moreover, none of the steps were taken which have been considered in some cases to justify directors in making a payment in respect of dividend in the bona fide belief that there were profits, when in point of fact there were none. None of the ordinary steps were taken which directors who are acting carefully and diligently ought to take, to have the accounts properly made out in such a manner as to enable them to say whether there was a profit or not. As a matter of fact, no profit and loss account was ever made out from the beginning to the end of the company. How, under such circumstances, could the directors be justified in proceeding upon the footing that there was a profit?»

¹⁰¹ (1871) L.R. 6 Ch. App. 104.

adéquats¹⁰². Il existe donc l'autorité d'une Cour d'appel en faveur de la proposition que nous avons avancée. De toute façon, nous nous appuyons encore sur l'affaire *Drincqbier c. Wood*¹⁰³. Dans cette affaire, le tribunal rendit des administrateurs responsables pour les fausses représentations contenues dans un prospectus que certains d'entre eux ne s'étaient même pas donnés la peine de lire. Il en ressort clairement que dans l'accomplissement de leur fonction, les administrateurs ne peuvent se réfugier dans leur ignorance des faits. Ils ont le devoir, d'abord, de s'informer, ensuite de prendre des avis pour vérifier la portée de leur information. Comment excuser un administrateur qui ne prend même pas connaissance des bilans ou prospectus de la compagnie¹⁰⁴?

Par ailleurs, nous trouvons confirmation beaucoup plus récente de ces opinions dans l'affaire *In re Duomatic Limited*¹⁰⁵, jugée en 1968. Les faits étaient les suivants: la compagnie avait été incorporée en 1960, MM. Elvins, Hanley et East en ayant toujours été les administrateurs. Les affaires de la compagnie furent menées avec la plus grande négligence quant aux formalités administratives. À un certain moment, Hanley, qui s'occupait de la supervision des livres, versa dans l'ivrognerie et son comportement se détériora de telle sorte qu'il alla même jusqu'à menacer de séduire les employées de la compagnie: en outre, il manquait de discrétion dans les affaires de la compagnie, etc. Pour s'en débarrasser, les autres administrateurs lui payèrent en fait quelque 10.000 Livres, malgré qu'il n'ait droit à aucune rémunération en tant qu'administrateur. Par la suite, la compagnie fut éventuellement mise en liquidation et le liquidateur réclama d'Elvins, entre autres sommes, un montant approximatif de 5.000 Livres, payé illégalement à Hanley. Le tribunal refusa d'exonérer Elvins suivant les termes de l'article 448 de la Loi des compagnies anglaises de 1948¹⁰⁶. Le juge déclara expressément qu'à son avis Elvins avait agi de façon honnête, cependant, il le tint responsable de n'avoir pas agi de façon raisonnable à l'avantage de la compagnie parce qu'il ne s'était pas renseigné auprès d'un avocat pour déterminer si Hanley avait le droit de percevoir

¹⁰² *Ibid.*, voir en particulier Sir W. M. James à la page 116, où il exprime son étonnement devant la façon de procéder des administrateurs; à la page 117, il se pose la question à savoir s'il y eut jamais un bilan préparé et répond par la négative.

¹⁰³ (1899) 1 Ch. 393.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 405. Parlant de l'administrateur Wood, le tribunal rapporte les faits et le témoignage suivants: «He said he expected a prospectus would be drawn up, and that his brother and Collins mentioned it to him at the time of the issue of the debentures in 1895. Neither of them showed it to him. They told him they were issuing a prospectus, and he said, «I did not ask to see a copy of the prospectus. I took no interest in the prospectus, and felt every confidence that whatever was done was done in a straightforward way.»

¹⁰⁵ (1969) 1 All E.R. 161.

¹⁰⁶ (1948) 11 et 12 Geo. VI. Chap. 38, article 448, lequel constitue un «saving provision» analogue aux dispositions de l'article 219 de la *Loi sur les corporations canadiennes*.

du salaire ou une indemnité de congédiement. Il nous semble donc clairement établi dans la jurisprudence même la plus récente que l'administrateur ne peut pas tout bonnement attendre les événements. S'il a le droit et parfois le devoir de se fier aux représentations des employés de la compagnie, il a au moins l'obligation d'aller aux renseignements et de prendre les avis nécessaires pour accomplir pleinement ses fonctions¹⁰⁷.

E. TENTATIVE D'EXPLICATION DE LA POSITION JURISPRUDENTIELLE CLASSIQUE.

De ce qui précède, il est assez clair que les tribunaux d'inspiration britannique n'appliquent que des standards très légers aux administrateurs relativement à leurs devoirs de soin, d'habileté et de diligence dans la conduite des affaires de la compagnie. Le professeur Gower a suggéré que la raison en est les tribunaux anglais sont fort bien préparés quand il s'agit d'appliquer aux administrateurs les principes du trust: ainsi, les obligations résultant des devoirs quasi-fiduciaires de loyauté, les règles régissant les conflits d'intérêts ainsi que celles régissant les profits indirects sont dégagées de façon qui semble satisfaisante. Cependant, les juges ne sont pas généralement gens d'affaires et ils ne se sentent pas prêts à intervenir dans la conduite des affaires d'une corporation¹⁰⁸. Très tôt s'est dégagée la règle du respect absolu de la régie interne des compagnies: dès l'affaire *Foss c. Harbottle*¹⁰⁹ cette notion est acquise. L'étape suivante s'élabora tout naturellement: si les tribunaux ne doivent pas s'arroger la gestion des compagnies, l'on voit mal en vertu de quel principe ils pourraient juger des actes ou omissions relatives à la conduite des affaires commerciales et spéculatives d'une corporation. Les multiples affaires que nous avons analysées indiquent que les tribunaux ne sont pas prêts de substituer leurs jugements à ceux des hommes d'affaires. C'est la règle du «business judgment rule».

De toute manière, une autre difficulté se présente: celle de relier la conduite administrative au dommage subi par la compagnie ou à la liquidation survenue à la suite de mauvaises affaires. Ainsi, il est apparu presque impossible aux tribunaux d'affirmer que la non-assistance aux assemblées du conseil d'administration d'une compagnie entraîne une relation de cause à effet entre l'émission de dividendes illégaux et la liquidation sub-

¹⁰⁷ *Supra*, note 105, p. 171: «In my judgment a director of a company dealing with a matter of this kind who does not seek any legal advice at all but elects to deal with the matter himself without a proper exploration of the considerations which contribute, or ought to contribute, to a decision as to what should be done on the company's behalf, cannot be said to act reasonably.»

¹⁰⁸ Voir GOWER, *op. cit.*, note 12, p. 550. Nous avons déjà souligné que le Rapport Lawrence estime suffisant le droit relatif aux obligations quasi-fiduciaires des administrateurs (*supra*, note 16).

¹⁰⁹ (1843) 2 Hare 461.

séquente de la corporation par suite de l'hémorragie de ses capitaux. Nous citons le professeur Gower :

Here, as throughout this branch of the law, questions of causation are of paramount importance; if a director is party to a decision to take a particular course of action it may be possible to show that this led directly to loss by the company, but it will be next to impossible to show that his laziness was the cause of the damage or that the action would have been different had he attended¹¹⁰.

Problème d'optique, donc, et problème de causalité, les deux (2) relevant de cette impossibilité pour les tribunaux d'inspiration britannique de concevoir l'administration d'une compagnie au titre d'une véritable fonction dont les titulaires sont des professionnels. Le professeur Gower fait ressortir que cette démarche manque encore en droit britannique, les tribunaux se sentant incapables de voir dans l'administrateur un professionnel. Il semble alors impossible d'élaborer des critères objectifs et l'on demeure prisonnier du problème de causalité; comment relier l'acte ou l'omission de l'administrateur à la perte subie par la compagnie, toute question de fraude étant par ailleurs écartée¹¹¹? L'article 144 B.C.A. parvient-il à cette «objectivisation»: dans l'affirmative, quelles en sont les sources et l'évolution possible? Voilà la question à laquelle nous tenterons de répondre dans le prochain chapitre.

III. — LA RECHERCHE D'UN CRITÈRE OBJECTIF.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES.

Pour le juriste de formation civiliste, les bénéfices de la codification sont nombreux et évidents, en particulier en ce qu'elle prévoit une règle plus ou moins claire sur laquelle les tribunaux peuvent s'orienter. Par ailleurs, cette démarche a toujours répugné en contexte britannique; en particulier est-il évident que l'on a tenté d'éviter de formuler des règles générales en ce qui a trait aux obligations de soin des administrateurs. Il est inutile d'insister car la jurisprudence abonde d'avertissements en ce sens¹¹².

¹¹⁰ GOWER, *op. cit.*, note 12, p. 551.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 550: «The evolution of a class of company managers is one of the distinctive features of the present epoch, but the courts hardly seem prepared to recognise that it has attained professional status and standards»; voir aussi TREBILCOCK: *The liability of company directors for negligence* (1969) 32 *Modern L.R.* 499, en particulier aux pages 508ss. La situation est cependant différente pour les comptables et vérificateurs dans la préparation des documents qu'ils doivent soumettre aux corporations. Voir en particulier, malgré ses aspects contradictoires, l'arrêt de la Chambre des Lords: *Hedley Byrne and Co. Ltd c. Heller and Partners Ltd*, [1964] A.C. 465, et BAXT, *The Liability of Accountants and Auditors for Negligent Statements in Corporate Accounts*, (1973) 36 *Modern L.R.* 42, ainsi que DICKERSON, *Accounts and Law of Negligence*, (1966) Canadian Institute of Chartered Accountant, p. 91 à 95.

¹¹² Voir *supra*, note 82, les remarques de Lord Macnaghten dans *Dovey c. Cory*.

Le Rapport Lawrence, conscient de la nécessité de rehausser les critères d'appréciation de la conduite des administrateurs, devait énoncer une règle de façon formelle; nous avons déjà dit que la recommandation initiale prévoyait que le critère serait axé sur l'administrateur moyen, mais que la législature a préféré celui de « l'homme moyen ». De toute façon, le rapport devait aussi tenir compte de l'opinion très répandue qui ne veut pas trop imposer aux administrateurs, de peur de décourager les meilleurs hommes d'accepter ce poste. Cette opinion est presque un leitmotiv dans la jurisprudence et la doctrine traditionnelles¹¹³. Ce raisonnement a conduit à des résultats extrêmement nocifs, comme nous l'avons vu: son aboutissement normal fut même de mettre tout le blâme sur la corporation pour avoir choisi des administrateurs négligents et peu doués. Ceci ressort en particulier d'une affaire importante, *Turquand c. Marshall* où l'accent est mis uniquement sur l'élément ultra-vires: à condition d'agir dans les limites de ses pouvoirs, l'administrateur ne saurait encourir aucune responsabilité, sa conduite dût-elle être ridicule ou absurde. Le langage suivant est significatif, pour ne pas dire symptomatique:

Whatever may have been the amount lent to anybody, however ridiculous and absurd their conduct might seem, it was the misfortune of the company that they chose such unwise directors: but as long as they kept within the powers of their deed, the Court could not interfere with the discretion exercised by them¹¹⁴.

Le cercle vicieux est complété: il ne faut pas blâmer les administrateurs mais bien la compagnie. Il est évident que devant un tel résultat, il faut élaborer de nouveaux critères et de nouveaux standards. L'article 144 B.C.A. a choisi celui du « degree of care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances ». Nous allons maintenant examiner ce critère, en particulier à la lumière de certaines juridictions américaines, avant de déterminer l'impact de cette législation sur les devoirs de compétence et de soin de l'administrateur de compagnie¹¹⁵. Cependant, l'article 144 prévoit aussi, après avoir stipulé que l'administrateur doit agir honnêtement et de bonne foi, qu'il doit en outre agir dans les meilleurs intérêts de la corporation (« in the best interests of the corporation »). Nous avons cru bon d'apporter cer-

¹¹³ Ainsi, dans l'affaire d'origine ontarienne *Cook c. Deeks*, (1916) 1 A.C. 544, le Conseil Privé affirme: « It is quite right to point out the importance of avoiding the establishment of rules as to directors' duties which would impose upon them burdens so heavy and responsibilities so great that men of good position would hesitate to accept the office » (p. 563). D'ailleurs, il ne manque pas de commentateurs pour affirmer que l'occupation d'un poste administratif dans une corporation n'est pas une tâche enviable: voir ROBERTSON, *The Liability of Directors*, (1926) IV *Can. Bar Rev.* 358, à la p. 364; une formulation toute récente de cette crainte malade se retrouve dans J. M. WAINBERG, *Duties and Responsibilities of Directors in Canada*, C.C.H., 1972, p. 7ss.

¹¹⁴ *Turquand c. Marshall* (1869) L.R. 4 Ch. App. 376, à la page 386.

¹¹⁵ C'est d'ailleurs WAINBERG, *op. cit.*, note 113, p. 22, qui fait remarquer que l'article 144 s'inspire des législations newyorkaise et pennsylvanienne.

taines précisions sur ce critère particulièrement difficile à isoler nonobstant qu'il relève plutôt des devoirs quasi-fiduciaires de loyauté imposés à l'activité administrative que des devoirs de compétence et de soin. Cependant, agir dans le meilleur intérêt de la corporation, présuppose déjà, d'une part, l'absence de fraude, d'autre part, un certain degré d'attention et de soin aux affaires corporatives.

A. LE « MEILLEUR INTÉRÊT » DE LA CORPORATION.

Après avoir stipulé l'obligation d'honnêteté et de bonne foi de l'administrateur et de l'officier, l'article 144 B.C.A. les oblige d'agir dans le meilleur intérêt de la corporation. Il n'y a pas de notion plus nébuleuse en droit des compagnies d'inspiration britannique et nous sommes d'avis que son inclusion dans l'article 144 comporte plus de désavantages que d'avantages. En effet, rien n'indique une étude spécifique sur ce problème dans le Rapport Lawrence et il semble bien que l'on a, en quelque sorte, simplement ramassé la notion dans la jurisprudence que nous avons analysée au chapitre précédent¹¹⁶. Pourtant, les tribunaux ontariens devront maintenant rechercher d'abord si les administrateurs ont agi dans le meilleur intérêt de la corporation.

Évidemment, si les administrateurs agissent de mauvaise foi, l'intérêt de la société est violé par le fait même, du moins si leur mauvaise foi est dirigée contre elle. Il en est ainsi lorsqu'ils cherchent à s'accaparer les biens de la compagnie ou à la frauder. De même, s'ils fraudent un tiers pour le bénéfice de la compagnie, ils agissent contre ses intérêts, puisqu'ils l'exposent à des poursuites en dommages ou des poursuites pénales¹¹⁷. Cependant, la situation est beaucoup plus compliquée que ces quelques remarques laissent présager. Il y a des cas où les administrateurs, agissant de bonne foi, n'utilisent pourtant pas leurs pouvoirs dans le but primordial pour lequel ces pouvoirs leur furent accordés: la jurisprudence britannique récente a maintes fois envisagé de tels cas, à l'occasion desquels les tribunaux ont isolé la doctrine dite du «proper purpose».

1. *L'utilisation légitime des pouvoirs de l'administration* («proper purpose doctrine»).

Les administrateurs doivent agir dans un but légitime, à l'intérieur des limites de leurs pouvoirs. La législature ontarienne a, en quelque sorte,

¹¹⁶ Certes, aucune étude spécifique sur le sujet n'apparaît dans le Chap. 12 de ZIEGEL, *Studies in Canadian Company Law*, vol. 1, écrit par E. E. PALMER, *Directors Powers and Duties*, dont la première note du texte indique que cette recherche fut préparée pour le Select Committee on Company Law of the Ontario Legislative Assembly (Lawrence Committee); on ne trouvera rien, non plus, au chapitre pertinent du Rapport (cf. Chap. VII, aux pages 49ss).

¹¹⁷ Voir en particulier la jurisprudence dite «du soulèvement du voile corporatif» élaborée à partir de *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; au Canada, voir *Rex c. Fane Robinson Ltd.*, (1941) 3 D.L.R. 409; *R. c. H. J. O'Connell Ltd.*, [1962] B.R. 666.

codifié cette règle, du moins en germe, en légiférant sur le « meilleur intérêt » de la corporation. Les situations qui illustrent cette règle présentent un aspect particulier et un caractère extrême. Il n'entre pas dans notre propos de faire une étude détaillée sur le point et nous nous contenterons d'évoquer le cas précis des émissions d'actions en vue de bloquer une prise de contrôle (« take-over bid ») de la compagnie. Soulignons qu'il peut être de l'intérêt de la compagnie que son contrôle ne change pas, mais que cette stabilité ou permanence concerne d'abord l'intérêt du conseil d'administration dont l'emprise sur les affaires corporatives est alors menacé d'écroulement. Le cas mêle donc l'intérêt de la compagnie et celui des administrateurs et expose l'ambiguïté fondamentale du rôle de l'administration: en effet, il lui incombe, dans une situation donnée, de déterminer l'intérêt collectif, tout en ayant à l'esprit la perpétuation de son propre intérêt.

Les tribunaux anglais se sont penchés directement sur ce problème dans des espèces récentes; nous n'en évoquerons que deux: *Hogg c. Cramphorn Ltd.*¹¹⁸ et *Bamford c. Bamford*¹¹⁹.

Dans l'affaire *Hogg*, un certain Baxter offrit à un des principaux actionnaires de la compagnie, le colonel Cramphorn, d'acheter toutes les actions émises de la compagnie, y compris les actions privilégiées. Le colonel eût la conviction que l'acceptation de l'offre de Baxter entraînerait des bouleversements dans la politique administrative de la compagnie. Avec cette idée en tête, le colonel fit rapport de l'offre au conseil d'administration de la compagnie; après avoir pris certains avis légaux, Cramphorn, Sheldrake et Cottam (tous administrateurs et actionnaires de la compagnie) établirent un plan par lequel fut formée une fiducie entre la compagnie et ces trois actionnaires et administrateurs pour le bénéfice des employés de la compagnie. Ce « trust » offrit d'acheter 5.700 actions privilégiées de la compagnie à la condition que chaque action comporte dix (10) droits de vote, ce qui fut fait. De plus, l'achat de ces actions se fit à même un prêt consenti par la compagnie aux fiduciaires. Le résultat de cette opération fut le suivant: en vertu des quelques 37.000 actions (privilégiées et ordinaires) du capital-actions de la compagnie déjà détenues par eux, auxquelles venaient s'ajouter les 5.700 actions privilégiées représentant 57.000 votes, les trois personnages contrôlaient plus de la moitié des votes aux assemblées des actionnaires de la compagnie. Par la suite, un prêt additionnel fut fait aux fiduciaires pour leur permettre d'acheter, encore une fois, un nombre considérable d'actions privilégiées de la compagnie. Dans l'intervalle, le demandeur Hogg (associé de l'offrant Baxter) acheta 50 actions ordinaires de la compagnie

¹¹⁸ (1967) 1 Ch. 254.

¹¹⁹ (1970) 1 Ch. 212; (1969) 1 All E.R. 969.

en mai 1963. Ayant découvert subséquemment l'émission des 5.700 actions privilégiées et prétendant avoir intérêt à ce que l'offre de Baxter fut acceptée, il prétendit que les dix votes donnés à chacune de ces actions constituaient une émission ultra vires du conseil d'administration, faite uniquement en vue de circonvenir l'offre de Baxter.

Le tribunal reconnut que la mauvaise foi des administrateurs n'était pas impliquée; ils avaient agi dans ce qu'ils croyaient être l'intérêt de la compagnie. Cependant, l'arrangement qu'ils avaient fait l'avait été en vue de leur assurer un contrôle continu des affaires corporatives. Ils n'avaient donc pas exercé leurs pouvoirs de façon légitime et en particulier l'émission des actions privilégiées comportant dix (10) droits de vote n'était pas valide.

Les faits furent sensiblement les mêmes dans l'affaire *Bamford*, la Cour d'appel exprimant l'opinion que l'exercice de leurs pouvoirs par les administrateurs n'avait pas été fait dans un but légitime. Cependant, il faut remarquer qu'en Angleterre, la règle veut que la majorité des actionnaires puisse ratifier les actes de l'administration, pourvu qu'ils ne soient pas illégaux et ceci fut permis dans *Bamford* ainsi que dans *Hogg*. Le fait n'en demeure pas moins que dans les deux affaires, les administrateurs croyaient agir dans l'intérêt de la compagnie en venant à la conclusion qu'il était préférable pour la compagnie qu'ils maintiennent leur contrôle sur ses destinées. Pour en arriver à ce résultat, les administrateurs, malgré leur bonne foi, abusèrent de leurs pouvoirs légitimes d'autoriser l'émission d'actions de la compagnie.

En légiférant de façon précise sur les devoirs des administrateurs, l'article 144 B.C.A. donne ouverture à ce genre de considérations et ceci a des répercussions sur leur devoir général de soin, d'habileté et de compétence. En réalité, la difficulté principale réside dans le fait que ce sont habituellement les administrateurs eux-mêmes qui sont dans la meilleure position de juger de l'intérêt de la compagnie. Ils ne doivent pas alors confondre leurs intérêts avec celui de la compagnie, car les deux ne coïncident pas nécessairement. En codifiant leurs obligations d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie, la législature ontarienne attire l'attention judiciaire sur cet aspect fondamental de l'action administrative. Il n'y a pas nécessairement. En codifiant leurs obligations d'agir dans le meilleur «l'intérêt» de la corporation. Certains auteurs vont même jusqu'à prétendre que doit être pris en considération l'intérêt des actionnaires actuels et futurs de la compagnie ainsi que l'intérêt de ses employés¹²⁰. Il se peut que, de façon ultime, l'intérêt de la corporation, en particulier des plus grosses entreprises, en vienne à coïncider avec l'intérêt de la société en

¹²⁰ Cf. GIGUÈRE, *op. cit.*, note 19, aux pages 38ss.

général. La loi ontarienne, dans son aspect général, semble prêter à ce genre de spéculation.

2. *Le problème des donations par les corporations.*

Évoquons brièvement un autre aspect relevant du problème de l'intérêt de la corporation: celui des donations. Est-il de l'intérêt d'une corporation commerciale de donner ses biens ou ses deniers? Les administrateurs prennent-ils un soin raisonnable des affaires de la compagnie en faisant des dons aux universités, ou aux employés? Dans l'affaire *In re Lee, Bherens and Co.*, le tribunal isole les normes à suivre, après avoir indiqué le principe fondamental que les déboursés des argents corporatifs ne peuvent être faits que pour des fins incidentes aux affaires de la compagnie. Le tribunal propose trois (3) tests: *a*) la donation est-elle raisonnablement reliée aux affaires de la compagnie; *b*) est-elle faite de bonne foi; *c*) est-elle consentie de façon à promouvoir la « prospérité » de la compagnie¹²¹: à notre avis, l'article 144 B.C.A. impose désormais aux administrateurs d'avoir ces critères à l'esprit avant de consentir des libéralités à même les biens corporatifs. Dans l'affaire *Parke c. Daily News Ltd.*, les tribunaux ont refusé d'approuver un plan des administrateurs visant à distribuer les actifs de la compagnie, en liquidation, en faveur des employés¹²². L'on sent que cette notion d'intérêt, même codifiée par l'article 144, posera de façon de plus en plus aiguë le problème de la responsabilité sociale des compagnies: il incombe aux administrateurs d'agir alors, dans le meilleur intérêt de la compagnie et de décider eux-mêmes de cet intérêt¹²³.

B. LE CRITÈRE DU « REASONABLY PRUDENT PERSON ».

Le vœu du Rapport Lawrence, avons-nous dit, était de rehausser les standards dont nous avons parlé. On n'accomplit pas ce résultat par la simple codification de principes existants. Il faut donc conclure que le « reasonably prudent director » proposé par le Rapport était destiné à changer le droit sous ce rapport. Cependant, l'article 144 a retenu un autre critère: celui de la personne raisonnablement prudente. Pour certains commentateurs, ce changement ne signifie rien¹²⁴. Nous ne sommes pas

¹²¹ *In re Lee, Bherens and Co.*, (1932) 2 Ch. 46, à la p. 51.

¹²² [1962] Ch. 927: voir surtout à la page 963.

¹²³ Voir, en général, sur le problème des donations: *Hutton c. West Cork Railway Company*, (1883) 23 Ch. D. 654, à la page 673 (« It is not charity sitting at the board of directors, because as it seems to me charity has no business to sit at boards of directors qua charity »); *Evans c. Brunner Mond & Co.*, (1921) 1 Ch. 359 (donation à une université en vue de la formation de spécialistes); *Cook c. Hinds*, 42 O.L.R. 273 (voir à la page 307 le problème de donations consenties aux administrateurs). Il faut lire généralement sur le sujet, GOWER, *op. cit.*, p. 520ss; GIGUÈRE, *op. cit.*, p. 38ss.

¹²⁴ Cf. LAVINE, *op. cit.*, note 23, page 230.

d'accord. En effet, le critère suggéré était d'ordre professionnel, alors que celui que l'on a choisi ne l'est pas. Il est certain que les termes « reasonably prudent « person » n'entraînent pas l'application d'un standard aussi rigoureux que si on avait érigé virtuellement la fonction d'administrateur en « profession ». Si l'on avait adopté le Rapport dans sa version intégrale, il serait maintenant juste d'affirmer que l'on a établi un critère distinct et particulier au droit des compagnies : celui de l'administrateur type, dont les qualités servent à identifier et sanctionner les obligations et les façons de procéder de tout administrateur. Par ailleurs, le critère adopté fait-il fi de la recommandation du Rapport au sujet du rehaussement des critères ? En d'autres termes, en est-on toujours au critère du soin et de la prudence ordinaire de l'administrateur impliqué ? La jurisprudence ontarienne n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer. Certaines comparaisons s'imposent, car plusieurs autres juridictions possèdent déjà le même critère¹²⁵ ; par ailleurs la comparaison avec le critère québécois du bon père de famille nous a aussi semblé utile. Avant d'aborder ces comparaisons, rappelons que l'on retrouve parfois les mêmes termes dans la jurisprudence britannique. A titre d'exemples, citons *In re City Equitable Fire*¹²⁶, *In re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Limited*¹²⁷ et *Overend & Gurney Co. c. Gibb*¹²⁸. Nous avons déjà critiqué l'interprétation que donne la jurisprudence britannique de ces termes¹²⁹. Évidemment, si les tribunaux ontariens s'inspirent de ces décisions pour interpréter ce critère, le résultat sera le *statu quo* et il n'y aura pas de rehaussement des standards. Pour le juge Romer, dans *In re City Equitable Fire*, la prudence, l'habileté et le soin de l'homme raisonnable sont interprétés comme des qualités à rabais et n'impliquent pas vraiment des qualités dignes d'un administrateur ; même l'adjonction du critère de l'agissement à « son propre compte » (« degree of care as a reasonable man might be expected to take in the circumstances on his behalf ») n'entraîne pas, en common law, un résultat différent. Le critère demeure négatif et le degré de soin n'est plus celui de l'homme raisonnable mais bien celui de l'homme médiocre¹³⁰.

Nous ne croyons pas que le législateur ontarien ait eu l'intention de maintenir cet aspect du droit corporatif dans son état actuel, malgré la substitution du mot « person » à celui de « director » suggéré par le Rapport Lawrence. Le fait demeure que, malgré une certaine confusion, le Rapport

¹²⁵ Cf. WAINBERG, *op. cit.*, notes 113 et 115.

¹²⁶ *Supra*, note 17.

¹²⁷ *Supra*, note 35.

¹²⁸ *Supra*, note 45.

¹²⁹ *Supra*, p. 130.

¹³⁰ Voir la discussion du juge Romer dans *In re City Equitable Fire* (*supra*, note 17), à la page 428. On retrouve la même opinion dans le plus récent traité britannique : 7 *Halsbury's Laws of England*, 4^e Ed., n° 521, p. 403 et la note 10, p. 305.

Lawrence avait pour but de relever les critères de l'activité administrative; dans la réalisation de cette fin, il s'est inspiré de modèles américains, car les exemples britanniques sont clairement insatisfaisants. Le fait que la législature n'ait pas voulu adopter un critère vraiment professionnel ne signifie pas nécessairement un retour en arrière. Examinons maintenant certaines lois pouvant guider dans l'interprétation du critère de l'homme raisonnable.

1. *La Loi des compagnies du Manitoba.*

La *Loi des compagnies* du Manitoba fournit, depuis 1964, un exemple de codification des devoirs de l'administrateur. L'article 83(1) prévoit: «The directors and officers of a company shall, at all times, use reasonable diligence and act honestly in the discharge of the duties of their office¹³¹.»

La diligence est traitée en elle-même, de façon, en quelque sorte, objective, sans suggestion d'un critère particulier. Aucune allusion n'est faite ni à l'homme raisonnable, ni à l'administrateur raisonnable. De prime abord, il semble donc que la législature manitobaine a tout simplement codifié la position traditionnelle, sans ajouter au degré de diligence aucun qualificatif, ni éclaircissement. Malheureusement, le pouvoir judiciaire n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, à notre connaissance, sur cet article, tellement la pratique corporative fuit ce type d'action, en raison des positions traditionnelles. Il est heureux que le Rapport Lawrence ne se soit pas contenté de cette démarche mais ait plutôt cherché à ajouter aux obligations de l'administrateur, plutôt que de les répéter. Pourtant, l'article 144 B.C.A. n'en est pas plus éclairé et il faut chercher ailleurs pour en saisir la véritable portée. En particulier, les statuts correspondants des États de Pennsylvanie et de New York prêtent à des commentaires susceptibles d'aider à l'interprétation de l'article 144 B.C.A.

2. *L'article 408 du «Business Corporations Act» de Pennsylvanie.*

En 1933, la loi sur les corporations commerciales de l'État de Pennsylvanie était amendée, et l'article 408 prévoyait désormais les termes suivants:

Officers and directors shall be deemed to stand in a fiduciary relation to the corporation, and shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that diligence, care and skill which ordinarily prudent men should exercise under similar circumstances in their personal business affairs¹³².

Il s'agit là d'une codification très particulière, par suite de l'adjonction des mots «in their personal business affairs». En effet, la

¹³¹ 1970, R.S. Manitoba, Chap. 160, article 83(1) d'abord introduit dans la législation manitobaine par 1964, S.M. Chap. 3, art. 82(1).

¹³² Loi du 5 mai 1933, P.L. 364, art. IV, §408.15 P.S. §2852-408.

jurisprudence classique pennsylvanienne, malgré son utilisation du critère de « l'homme prudent », refusait de l'assortir de la notion de prudence telle que celle que l'on exercerait dans ses propres affaires. Dans *Swentzel et al. c. Penn Bank*¹³³, les faits ressemblaient à ceux de *Préfontaine c. Grenier*¹³⁴ et à tant d'autres arrêts britanniques déjà analysés et où les administrateurs s'étaient fiés aux états financiers hebdomadaires fournis par des officiers subalternes, et où ceci avait entraîné des pertes catastrophiques. La Cour suprême de l'État de Pennsylvanie distingua clairement entre le soin ordinaire qu'un homme prend de ses propres affaires du soin qu'un administrateur bancaire doit prendre des affaires de la banque¹³⁵. La Cour suprême s'érige même à l'encontre de l'opinion populaire voulant que les administrateurs prennent le même soin aux affaires de la banque qu'ils prendraient dans leurs propres affaires :

In the popular mind they are held to the rule that they ought to take the same care of the affairs of the bank that they do of their own private business....

It cannot be the rule that the director of a bank is to be held to the same ordinary care that he takes of his own affairs¹³⁶.

Cette opinion était basée sur une affaire célèbre, *Spering's Appeal*¹³⁷, encore utilisée pour illustrer la règle du « soin ordinaire », critère essentiellement le même que celui élaboré par la jurisprudence britannique¹³⁸. Dans *Spering*, la base juridique de la responsabilité des administrateurs est la négligence grossière (« gross negligence ») équivalant à fraude¹³⁹. Cette opinion, analogue à celle de la jurisprudence britannique classique, est fondée sur la constatation de la gratuité du poste d'administrateur; le raisonnement semble être celui que l'on peut accepter un poste, exercer une fonction, sans être qualifié, habile, ni diligent, à condition de ne pas être payé. Pourtant, les avantages indirects découlant de la fonction d'administrateur, le prestige attaché à ce poste, les opportunités d'affaires auxquelles il donne lieu, constituent une compensation adéquate, encore qu'aujourd'hui les directorats soient habituellement compensés dans le plein sens du mot¹⁴⁰.

Le critère de la négligence grossière était tellement ancré dans les mœurs judiciaires pennsylvaniennes que, dans *Hunt c. Aufderheide*, bien

¹³³ (1892) 23 A. 405.

¹³⁴ *Supra*, note 86.

¹³⁵ *Supra*, note 133, en particulier à la p. 414.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ 71 Pa 11 (1872).

¹³⁸ Cf. 3 Fletcher Cyc. Corp. (perm. ed.) #1037 et 1038.

¹³⁹ *Supra*, note 137, p. 24.

¹⁴⁰ Voir, pour une analyse judicieuse de cet aspect, RHOADS, *Personal Liability of Directors for corporation Mismanagement*, (1916-1917) Vol. 65, *University of Pennsylvania L.R.* 128, p. 132.

que le jugement fût rendu cinq (5) ans après l'adoption de l'article 408, le même critère que celui de *Swentzel* fut utilisé, sans égard au critère des affaires personnelles¹⁴¹. L'on retrouve la même anomalie dans *Otis & Co. c. Pennsylvania R. Co.*, où l'on cite avec approbation le raisonnement de l'affaire *Hunt*¹⁴².

Deux affaires ont pris carrément en considération l'article 408 : *Scott c. Stanton Heights Corporation*¹⁴³ et *Selheimer c. Manganese Corporation of America*¹⁴⁴. Dans l'affaire *Scott*, il s'agissait d'une poursuite intentée par un actionnaire, visant à empêcher la vente d'un terrain de golf à un groupe formé du président de la corporation et deux autres individus et visant en outre à faire reconnaître la négligence des administrateurs dans l'exécution de leurs fonctions pour avoir autorisé la vente de cet actif corporatif dans les circonstances suivantes. En décembre 1954, les actionnaires voulurent dissoudre la corporation, surtout en raison du fait que sa principale source de revenu, le terrain de golf, était devenue déficitaire. Le procureur de la compagnie leur avait cependant émis l'opinion que la compagnie pouvait épargner un montant important en impôt si la liquidation se faisait dans le laps d'une année, en raison de certaines dispositions de la loi sur l'impôt. Le 17 février 1955, le conseil d'administration prit en considération quatre offres d'achat concernant le terrain de golf et décida d'accepter la plus forte soumission, au montant de \$165.000, soumise par une société formée par le Président de la compagnie et deux autres individus: subséquemment, les officiers de la corporation exécutèrent avec ce groupe une entente en vertu de laquelle \$10.000 furent payés comptant, le solde de \$155.000 devant être payé le ou vers le 1^{er} mai 1955 sur livraison du contrat de vente. L'entente était cependant conditionnelle à l'approbation des actionnaires à une assemblée qui devait avoir lieu le 16 mars 1955. Avant cette assemblée, un avocat approcha la compagnie au nom d'un groupe indéterminé et offrit ultimement de payer \$190.000, quelques minutes avant l'assemblée des actionnaires du 16 mars 1955, dont \$5.000 comptant et sans autres termes définis. A l'assemblée, le procureur de la compagnie émit l'opinion que la seule offre pouvant légalement être considérée par les actionnaires était la première puisqu'elle était la seule entérinée par le Conseil; les actionnaires votèrent en faveur de l'acceptation de cette offre, sans jamais considérer la deuxième¹⁴⁵.

Dans ces circonstances, *Scott* poursuivit pour empêcher la finalisation de la vente et faire déclarer les administrateurs négligents; la seconde

¹⁴¹ *Hunt c. Aufderheide*, 199 A. 345, p. 354.

¹⁴² 61 F. Supp. 905, p. 910 et 911.

¹⁴³ 131 A. 2d S. 113.

¹⁴⁴ 224 A. 2d S. 634.

¹⁴⁵ *Supra*, note 143, p. 113-114.

partie de son action nous intéresse plus particulièrement, surtout parce qu'elle pose directement le problème de l'application de l'article 408. En fait, le demandeur ne prétendait pas que la compagnie ne puisse vendre à son président puisque les faits étaient connus de tous. Cependant, il s'interrogeait sur la sagesse commerciale d'accepter une offre de \$165.000 plutôt qu'une de \$190.000.

Le tribunal ne manqua pas d'attirer l'attention sur le fait que la première offre avait déjà été acceptée et qu'il s'agissait donc de casser une première entente en faveur d'une seconde, prétendue meilleure, mais reçue près de trois (3) semaines après l'exécution de la première. A la lumière de ces faits, comment le « reasonable business man » agirait-il ? La Cour en vint à l'opinion que toutes les circonstances d'une affaire particulière doivent être prises en considération avant que l'homme prudent arrive à une décision et la Cour ne considère pas le seul facteur du plus haut prix comme déterminant. Par ailleurs, l'on tient compte du critère du soin raisonnable apporté à « ses propres affaires », car la question est bien de savoir si un homme d'affaires moyen et prudent, dans les circonstances précises décrites ci-dessus, entérinerait la vente de *sa propre* propriété au détriment de la deuxième offre¹⁴⁶. Le critère est donc envisagé de façon directe et il faut apporter, dans l'accomplissement de ses fonctions administratives, la même prudence et le même soin qu'à ses propres affaires.

Critère beaucoup plus onéreux que celui de la négligence ordinaire et dont le caractère strict est particulièrement mis en relief dans l'affaire *Selheimer*¹⁴⁷. Affaire décevante, pourtant, car la Cour suprême de Pennsylvanie y déclare que la responsabilité des administrateurs eût tout aussi bien été reconnue sous l'ancien droit qu'en vertu de l'article 408, de sorte que le critère de l'article 408 est peu explicité¹⁴⁸. Toutefois, le tribunal ne manque pas de relever l'aspect rigoureux du critère :

This statute mandates a standard of care for directors *much more stringent and harsh than the standard enunciated by our courts prior to the passage of the statute*. Our case law prior to the statute taught that the directors of corporations — whether business, banking, or otherwise — were held simply to a standard or ordinary care and diligence and that, absent fraud or gross

¹⁴⁶ Le tribunal formula la question précise dans le sens suivant : « The basic question in this case concerns the propriety of performing the contract to sell the property at \$165,000. Appellant poses the question in his brief thus : « Would any ordinarily prudent man sign an agreement for the sale of his own personally owned real estate for \$165,000 in the face of the receipt of an offer of \$190,000 and without investigating or consideration of that higher offer ? » If we modify that question to conform to the facts in this case, we would have : Would any ordinarily prudent man perform an agreement previously made for the sale of his own personally owned real estate for \$165,000 in the face of the subsequent receipt of an offer of \$190,000 ? »

The query so attuned to the facts, unquestionably requires an affirmative answer » (*ibid.*).

¹⁴⁷ *Selheimer c. Manganese Corporation of America*, *supra*, note 144.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 646.

negligence amounting to fraud. such directors would not be personally liable for their actions. The standard *prior* to section 408 might well be stated as that care, skill and diligence which the ordinary prudent man would exercise in similar circumstances¹⁴⁹.

La dernière phrase de cette citation est remarquable, car elle reproduit les termes mêmes de l'article 144 B.C.A.: appliquée littéralement à cet article, elle indique que la législature ontarienne a arrêté son choix sur un critère désuet, analogue au critère anglais que le Rapport Lawrence visait pourtant à rehausser.

D'ailleurs, le critère de l'article 408 a toujours été interprété, en Pennsylvanie, comme étant le plus rigoureux que l'on puisse imposer aux administrateurs¹⁵⁰. Ceci explique la réticence que l'on sent dans l'affaire *Selheimer*. Une telle attitude a eu son aboutissement inévitable: en 1968, la législation pennsylvanienne a amendé l'article 408 pour en retrancher les mots «in their personal business affairs¹⁵¹». Malheureusement nous n'avons pu relever aucune jurisprudence depuis cet amendement, mais il semble bien que l'on a voulu faire un retour en arrière¹⁵². Il sera intéressant de suivre l'évolution jurisprudentielle, en vertu de la similitude avec les termes de la législation ontarienne.

3. L'article 717 du «*Business Corporations Act*» de l'État de New-York.

Le droit newyorkais n'a pas suivi la même démarche que celui de la Pennsylvanie. Depuis le premier septembre 1963 les devoirs de soin et d'habileté des administrateurs ont été codifiés sous l'article 717 du Business Corporations Law, à l'effet suivant:

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 640-641.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 642-643, où l'on souligne en particulier que les arrêts *Spring* et *Swentzel* (*supra*, notes 137 et 133) avaient déjà refusé d'approuver le critère des affaires personnelles. Voir, en particulier, *Notes, Liability of Directors for Negligent Mismanagement* (1934), *University of Pennsylvania Law Review*, 364ss., en particulier aux pages 366 et 367; l'auteur opère une graduation dans les critères employés aux États-Unis indiquant comme le plus bas, celui de «soin ordinaire», pour ensuite émettre l'opinion que le critère du «même soin qu'à ses propres affaires» est plus rigide que le critère professionnel du «soin de l'administrateur prudent». En d'autres termes, pour l'auteur de cette Note, le critère élaboré par l'article 408 est plus onéreux que le critère professionnel.

¹⁵¹ Loi du 20 juillet 1968, Purdon's Pennsylvania Statutes Ann., Title 15 §1408.

¹⁵² Voir 3 Fletcher, 1973, Cumulative Supplement, aux pp. 127 et 128, sous nos 1037 et 1038. L'on y indique que le standard serait actuellement celui du «reasonably prudent director or officer»; en réalité, ceci ne reflète pas un amendement législatif en ce sens, parce que l'amendement n'a fait que retrancher les derniers mots de l'article 408, tel que nous venons de l'indiquer. Fletcher se base plutôt sur un commentaire de législation paru dans *Pa. Bar Ass. Quarterly*, Vol. XL, March 1969, aux p. 433-435. Étant donné la situation antérieure à 1933 et l'aspect original que comportent les derniers mots de l'article 408 tel que voté alors, nous ne sommes pas d'avis que les derniers amendements législatifs, retranchant ces mêmes mots, aient entraîné l'application du critère de l'administrateur raisonnablement prudent, critère professionnel s'il en est et dont l'adoption rehausserait plutôt que mitigerait les normes. À notre avis, l'intention du législateur était d'adoucir les termes et non pas donner ouverture à un critère plus rigoureux.

Duty of directors and officers:

Directors and officers shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that degree of diligence, care and skill which ordinarily prudent men would exercise under similar circumstances in like position. In discharging their duties, directors and officers, when acting in good faith, may rely upon financial statements of the corporation represented to them to be correct by the president or the officer of the corporation having charge of its books of accounts, or stated in a written report by an independent public or certified public accountant or firm of such accountants fairly to reflect the financial condition of such corporation¹⁵³.

Nous n'envisageons pas pour l'instant la deuxième partie de l'article, laquelle vise la situation particulière de l'administrateur qui se fie aux représentations des officiers subalternes ou aux états financiers et bilans fournis par certaines personnes à l'emploi de la corporation dans une capacité professionnelle. Ceci dit, il faut remarquer la grande similitude de la première partie de l'article avec l'article 144 B.C.A., sauf pour les mots de la fin. « in like position ».

De façon traditionnelle la jurisprudence newyorkaise appliquait aux administrateurs le critère de l'homme prudent mais, à la différence des tribunaux pennsylvaniens, les tribunaux ajoutaient à cette notion le critère des « affaires personnelles ». Dans la célèbre affaire de *Hun c. Cary* considérée comme déterminante, le critère fut libellé comme suit :

The same degree of care and prudence that men prompted by self-interest generally exercise in their own affairs¹⁵⁴.

Ceci ne fut jamais ébranlé par la suite et l'on retrouve ce standard dans d'autres espèces encore souvent citées avec approbation. Dans *Kavanaugh c. Gould*, après avoir signifié son approbation au critère de *Hun c. Cary*, la Cour d'appel condamne, contrairement à la position du common law, les directorats honorifiques dans un langage lapidaire :

No custom or practice can make a directorship a mere position of honor void of responsibility, or cause a name to become a substitute for care and attention¹⁵⁵.

Par la suite, d'autres affaires importantes telles *Litwin c. Allen*¹⁵⁶, *Simon c. Socony-Vacuum Oil Co. Inc. et al.*¹⁵⁷, *Bayer et al. c. Beran et al.*¹⁵⁸, *The Platt Corporation c. Ronald L. Platt et al.*¹⁵⁹, ont toujours réaffirmé ce principe. Après 1963, l'on retrouve encore une décision pour affirmer que les obligations de compétence, d'habileté et de soin des administrateurs

¹⁵³ Cf. *McKinney's Consolidated Laws of New York*, annotated, Book 6, Business Corporations Laws, Section 1 to 800, p. 695.

¹⁵⁴ *Hun c. Cary*, 82 NY 65; 37 Am. Rep. 546.

¹⁵⁵ *Kavanaugh c. Gould*, 119 NE Rep. 237, à la page 238.

¹⁵⁶ 25 N.Y.S. 2d 667.

¹⁵⁷ 38 N.Y.S. 2d 270.

¹⁵⁸ 49 N.Y.S. 2d 2.

¹⁵⁹ 249 N.Y.S. 2d 1.

doivent toujours être interprétées à la lumière de la jurisprudence classique, malgré la codification de l'article 717. Il s'agit plus précisément de *Syracuse Television Inc. c. Channel 9, Syracuse Inc. et al.*¹⁶⁰. C'est d'ailleurs l'opinion que l'on retrouve dans Fletcher, sous l'analyse du critère du «soin de l'homme ordinaire dans ses propres affaires», ajoutant que la Loi de 1963 a simplement codifié la position jurisprudentielle déjà existante¹⁶¹.

De façon concrète, les mots «in like position» semblent donc signifier la réalité des circonstances propres aux affaires personnelles de l'administrateur. En d'autres termes, ces mots n'ajoutent ni ne retirent rien à la position traditionnelle de la jurisprudence newyorkaise et ne servent qu'à préciser les mots «in similar circumstances». Dans l'État de New York l'administrateur doit donner aux affaires de la corporation le même soin qu'il apporterait aux siennes propres.

4. *Le droit québécois des compagnies.*

Il est hors de doute que le Rapport Lawrence ne s'est pas inspiré de l'exemple québécois, vu la réputation d'immobilisme de notre droit corporatif. Cependant, quelques exemples jurisprudentiels auraient pu servir de base à une réforme des obligations d'habileté et de soin des administrateurs.

Nous ne voulons pas nous immiscer dans une certaine controverse existant à l'heure actuelle quant à la nature précise de la fonction d'administrateur dans la Province de Québec. Certains auteurs, appliquant les principes du droit anglais, concluent à ce que les administrateurs québécois sont des «quasi-fiduciaires¹⁶²»; d'autres, par ailleurs, se fondant en particulier sur l'art. 1890 C.c. et une certaine jurisprudence, concluent à ce que les administrateurs sont des mandataires¹⁶³. Si la question présente un intérêt, c'est bien celui de la responsabilité des administrateurs.

En effet, comme nous l'avons déjà démontré, le test anglais verse dans le subjectivisme le plus complet, alors que le test québécois, concrétisé par l'art. 1710 C.c. est un test objectif, permettant de rendre des administrateurs responsables dans des cas où la jurisprudence anglaise ne le ferait pas. Voici le texte de l'art. 1710 C.c.:

Le mandataire, dans l'exécution du mandat, doit agir avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille.

¹⁶⁰ 273 N.Y.S. 2d 16, plus particulièrement à la page 27.

¹⁶¹ 3 Fletcher, *Corp.* 1965, revised volume, n° 1037, aux pp. 614ss.

¹⁶² Clément FORTIN, *De la nature juridique de la fonction d'administrateur et d'officier en droit québécois des compagnies*, (1970) 1 R.D.U.S. 129.

¹⁶³ James SMITH, *Le statut juridique de l'administrateur et officier au Québec*, (1972-1973) 73 R. du N. 530.

Néanmoins, si le mandat est gratuit, le tribunal peut mitiger la rigueur de la responsabilité résultant de la négligence ou de la faute du mandataire, suivant les circonstances.

Remarquons que la version anglaise de cet article traduit l'expression « bon père de famille » par « prudent administrator ». A première vue, il semblerait donc que la position québécoise se rapproche plus des notions américaines que des notions anglaises, malgré l'origine anglaise de notre droit du mandat.

De toute façon, nous voulons simplement illustrer, par l'étude de quelques cas, les positions parfois prises par les tribunaux québécois relativement aux obligations d'habileté et de soin de l'administrateur de compagnie.

Dans l'affaire *Giguère c. Colas et al.*¹⁶⁴, la Cour supérieure reconnaît que les administrateurs d'une compagnie sont des mandataires et leur applique l'article 1710 C.c.; il s'ensuit que l'administrateur est tenu envers la compagnie de tous les soins d'un bon père de famille. Cependant, cette expression n'est pas précisée, ni les modalités de son application en droit corporatif.

La plus importante affaire sur le sujet demeure cependant *McDonald c. Rankin*¹⁶⁵. Dans cet arrêt dont la similitude des faits avec ceux de l'affaire *Préfontaine c. Grenier*¹⁶⁶ est frappante, la Cour supérieure, dans un volumineux jugement, s'appuyant surtout sur les principes du mandat, conclut à la responsabilité du directeur d'une banque qui n'avait jamais rempli ses fonctions, mais s'était fié uniquement aux représentations du président, du gérant général et du caissier de la banque. Les faits dénotaient la perte de plus de \$3.000.000,00 en trois (3) ans. Le tribunal, appliquant 1710 C.c., en fit une règle objective, ignorant les qualifications personnelles de l'administrateur impliqué et refusant de l'absoudre de son omission d'accomplir ses devoirs. Le tribunal dégage diverses normes, que l'on peut résumer de la façon suivante: a) les administrateurs doivent gérer et ne peuvent se réfugier derrière les employés¹⁶⁷; b) l'acceptation d'une fonction suppose les capacités et connaissances requises pour la remplir¹⁶⁸; c) l'ignorance et l'habileté sont assimilées à la faute lourde¹⁶⁹.

¹⁶⁴ (1915) 48 C.S. 198.

¹⁶⁵ (1891) 7 M.L.R. 44 (C.S.).

¹⁶⁶ *Supra*, note 86.

¹⁶⁷ *McDonald c. Rankin*, *supra* note 165, à la page 71.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 71: « La loi suppose que celui qui accepte de gérer l'affaire d'un autre, possède les capacités et les connaissances nécessaires. Elle exige du mandataire l'habileté convenable pour l'affaire dont il se charge. »

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 72: « L'ignorance, l'inhabilité ou l'impéritie, et la négligence sont également comparés à la faute lourde et au dol: *imperitia culpæ annumeratur; lata negligencia dolo æquiparatur.* »

Ces trois normes sont la mesure de « l'habileté convenable ». Cette notion, loin de constituer une soupape de sécurité pour l'administrateur, est passablement rigoureuse.

L'on est loin de la démarche anglaise et en particulier de celle concrétisée dans *In re City Equitable Fire*¹⁷⁰; dans cette dernière affaire, l'administrateur apporte dans l'accomplissement de ses fonctions ses propres qualités, sa propre connaissance et sa propre expérience (test concret et subjectif); dans *McDonald c. Rankin*¹⁷¹, l'administrateur doit apporter à ses fonctions les qualités d'un administrateur normal et prudent (test abstrait et objectif). D'ailleurs, le critère du bon père de famille ne doit pas être interprété de façon purement concrète, c'est-à-dire en se référant aux qualités particulières de l'individu impliqué dans une faute de gestion. Le critère doit plutôt s'interpréter de façon objective, et, dans le cas d'un administrateur de compagnie, il s'agit d'isoler le comportement d'un administrateur normal, non celui de l'individu même dont on recherche précisément la responsabilité. La meilleure expression jurisprudentielle de ce critère réside peut-être dans l'opinion du Banc du Roi dans l'affaire de *L'Oeuvre des Terrains de Jeux du Québec c. Cannon* :

Le plus sûr critère de la faute, dans des conditions données, c'est le défaut de cette prudence et de cette attention moyennes qui marquent la conduite d'un bon père de famille: en d'autres termes, c'est l'absence des soins ordinaires qu'un homme diligent devrait fournir dans les mêmes conditions. Or, cette somme de soins varie suivant les circonstances, toujours diverses, de temps, de lieux et de personnes. Aussi convient-il pour juger d'un cas comme celui qui nous est soumis, de déterminer d'abord les circonstances particulières dans lesquelles il se présente¹⁷².

Le « prudent administrator » en droit québécois verrait donc sa conduite analysée en fonction de celle de l'administrateur moyen et non pas en fonction des qualités personnelles qu'il peut ou pas posséder¹⁷³.

C. L'INCIDENCE DES « CIRCONSTANCES SEMBLABLES OU COMPARABLES ».

L'établissement d'un critère objectif ne doit pas faire perdre de vue l'importance des circonstances entourant l'acte¹⁷⁴. Il faudra attacher une

¹⁷⁰ *Supra*, note 17.

¹⁷¹ *Supra*, note 165.

¹⁷² (1940) 69 B.R. 112, à la page 114.

¹⁷³ Cet aspect du droit délictuel québécois n'est nulle part ailleurs mieux isolé que dans le remarquable volume de M^e J. L. BAUDOUIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 1973, Presses de l'Université de Montréal, aux pages 49ss. plus particulièrement aux pages 52, 53 et 54. L'auteur fait ressortir le dosage nécessaire entre les aspects abstrait et concret de la conduite humaine. Il dégage ainsi un critère juste et équitable qui permet à l'homme moyen de voir sa conduite jaugée de la façon la plus objective possible sans besoin de se cacher derrière des particularités personnelles dont la mise en relief ne saurait servir qu'à des exonérations pour le moins intempestives, à preuve la tendance majoritaire des tribunaux anglais en la matière. Voir aussi NADEAU et NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile et délictuelle*, Wilson et Lafleur, 1971, n^{os} 62ss, pp. 49ss.

¹⁷⁴ Voir BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 53 et 54.

très grande importance pratique à cet aspect de l'article 144 B.C.A. Il faudra apprécier la conduite de l'administrateur à partir de celle de l'homme prudent dans des circonstances semblables («in comparable circumstances»). La loi fait donc part aux aspects concrets de la situation et l'évaluation de la conduite de l'administrateur se fera nécessairement en relation avec les circonstances particulières de la faute de gestion présumée. Pour Wainberg, l'expression «in comparable circumstances» comporte des éléments hétéroclites où le subjectivisme l'emporte graduellement sur les critères objectifs. Nous citons :

To consider the words «in comparable circumstances» one should take into account:

- (a) the significance to the corporation of the corporate act involved;
- (b) the data available to the director when making the decision;
- (c) the alternative decisions which were available at the time;
- (d) the time within which the decision was to be made; and
- (e) the knowledge, experience and skill of the director¹⁷⁵.

Une telle démarche, confinant le critère à l'expérience et à l'habileté personnelles de l'administrateur impliqué, réduit la codification aux anciennes règles et revient à *In re City Equitable Fire*¹⁷⁶. Le véritable problème est celui de la nature même des «circonstances» envisagées: peut-on y inclure des notions d'ordre purement subjectif et personnel ou bien ne doit-on tenir compte que des facteurs objectifs, étrangers à la personne de l'administrateur? Nous offrons des éléments de solution à même une brève comparaison de la jurisprudence américaine déjà évoquée.

1. *Les circonstances objectives.*

Les législations américaines étudiées précédemment tiennent compte des circonstances entourant la négligence, l'omission ou la faute imputée à l'administrateur de compagnie. Cette démarche peut être relevée dans la très grande majorité des arrêts newyorkais et pennsylvaniens auxquels nous avons référé. Dans l'arrêt *Syracuse Television Inc. c. Channel 9, Syracuse Inc. et al.*¹⁷⁷, cet aspect ressort plus clairement qu'ailleurs: le critère de compétence et de soin y apparaît comme une conception relative que l'on ne peut examiner de façon complète qu'en prenant en considération les circonstances objectives entourant l'acte.

Dans ce sens, il est vrai que l'on doit prendre en considération l'importance de l'acte envisagé; cependant, c'est là une circonstance nécessairement objective et qui suppose que plus l'acte sera important, plus l'administrateur devra y prendre soin et plus il devra s'informer. Il est aussi nécessaire de prendre en considération la nature des affaires corporatives et l'ampleur de l'entreprise, ce qui, d'ailleurs, a toujours été fait,

¹⁷⁵ WAINBERG, *op. cit.*, note 113, page 22.

¹⁷⁶ *Supra*, note 17.

¹⁷⁷ *Supra*, note 160, plus particulièrement à la page 27.

même par la jurisprudence britannique¹⁷⁸. Cependant, cette jurisprudence américaine, à laquelle on peut raisonnablement rapprocher les décisions québécoises, ne s'attarde pas, contrairement aux principes britanniques, aux circonstances personnelles de l'administrateur. L'aboutissement logique de la position britannique est que si un administrateur est ordinairement négligent, on ne peut l'en tenir responsable, car c'est justement son caractère; il en ira de même de son ignorance ou insouciance, etc. La doctrine américaine, en particulier, évite ce résultat en écartant les aspects personnels de la question¹⁷⁹.

2. *Les circonstances subjectives.*

Nous l'avons déjà fait remarquer : la prise en considération des circonstances subjectives entraînerait l'application de la doctrine classique britannique et équivaldrait probablement à enlever tout caractère coercitif à l'article 144 B.C.A. Il est à souhaiter que les tribunaux ontariens, lorsqu'ils auront à se pencher sur la question, éviteront le piège et donneront à l'article 144 sa véritable portée. On retrouve d'ailleurs cette préoccupation dans certains commentaires préalables à la législation et portant sur le Bill proposé suite au Rapport Lawrence¹⁸⁰.

Il serait regrettable que les tribunaux ontariens ignorent l'intention derrière la loi et annihilent l'effort du Rapport Lawrence en l'affublant de considérations personnelles dont la pertinence est, pour le moins, surannée.

¹⁷⁸ Voir, en général la jurisprudence citée au chapitre 2 *infra*, et en particulier les affaires *Marquis of Bute's Case (In re Cardiff Savings Bank)* (1892) 2 Ch. 100, et *Dovey c. Cory* [1901] A.C. 477.

¹⁷⁹ FLETCHER, *op. cit.*, note 151, n^{os} 1037 et 1038, p. 614ss.

¹⁸⁰ Voir Ian DOUGLAS, alors étudiant à la Faculté de Droit de l'Université de Toronto : « Putting aside these fairly obvious considerations, the most interesting question is whether « in comparable circumstances » can be extended and construed to cover a multitude of subjective matters. One example would be the director who has not many calls on his time, but has lent his name to a company. Another would be the director with no commercial acumen to lent to the company, but whose name has prestige value to the company. What is the standard required of these « sinecure » directors? Is it the same as that of any reasonably prudent director of that particular type of corporation, or merely that of any reasonably prudent director who is appointed by the company in the full knowledge and expectation that he is bringing nothing, or perhaps little, more to the company than his name? If that is the situation, and the company acquiesces in it, why should the Legislature require more? Or consider the situation of a director appointed for his extraordinary technical expertise in one very limited field. Will he be held to the general standard of skill required of the general directors of the company, or will he be held to a lower standard of skill in fields not his own, and a higher standard of skill in his own domain? How subjective is « in comparable circumstances »? It is submitted that the phrase can easily be extended to cover the differences in corporate activities, as suggested in *Litwin c. Allen* but probably does not extend to the more personal considerations noted above » (*Directors Duties under Bill 125*, (1969) 27 *Faculty of Law Review*, University of Toronto, 102, aux pages 110 et 111).

D. LES ERREURS DE JUGEMENT.

Par ailleurs, l'unanimité de la jurisprudence britannique, américaine, ontarienne ou québécoise est à l'effet que les administrateurs ne sont pas des assureurs de profit. En d'autres termes, s'ils agissent de façon diligente et, suivant les juridictions, avec l'habileté et le soin objectif requis, ils ne sont pas responsables d'erreurs de jugement. Cette règle est trop ancrée dans les mœurs judiciaires pour que l'article 144 B.C.A., dans sa formulation actuelle, y opère quelque changement, lequel serait d'ailleurs peu souhaitable.

E. LES FRONTIÈRES DE L'ARTICLE 144 B.C.A.

À la lumière de tout ce qui précède, jusqu'à quel point l'article 144 B.C.A. affecte-t-il le droit corporatif de common law, en ce qui a trait aux devoirs de soin, d'habileté et de compétence des administrateurs.

À notre avis, il est évident que cet article contient les germes d'un retour en arrière. En effet, la législature a clairement refusé d'adopter un critère d'ordre professionnel¹⁸¹. Nonobstant ceci, une saine interprétation pourrait se faire dans le sens newyorkais, c'est-à-dire exiger de l'administrateur la même diligence et le même soin qu'il apporterait à ses propres affaires¹⁸². Encore faudrait-il éviter d'entendre ces termes dans le même sens que la jurisprudence anglaise.

¹⁸¹ On peut en dire autant de l'article 114(1)(b) du Bill C-213 (lequel a reçu sa première lecture le 18 juillet 1973) et dont le texte est le suivant : « (1) Dans l'exercice de ses pouvoirs et l'accomplissement de ses fonctions, tout administrateur et dirigeant d'une corporation doit... b) apporter à ses fonctions les soins, la diligence et la compétence dont une personne raisonnablement avisée ferait preuve dans des circonstances comparables. » Ce texte diffère de celui proposé par l'article 9.19(1)(a)(b) du Rapport Dickerson (vol. 11, p. 81, version française), par l'adjonction des termes « circonstances comparables ». Dans le premier volume du Rapport Dickerson (parag. 242, p. 92), les commissaires font les mêmes commentaires, en substance, que le Rapport Lawrence, et soulignent les aspects négatifs de l'obligation traditionnelle. Cependant, aucun critère vraiment professionnel n'est même envisagé. On peut se demander si le critère des « circonstances comparables » (évidemment inspiré de l'article 144 B.C.A.), ne servira pas, justement, à réintroduire les considérations personnelles que le Rapport Dickerson semblait vouloir éviter (parag. 242, *supra*). Par ailleurs, nous ne sommes pas d'accord avec les commissaires lorsqu'ils disent avoir implicitement établi un critère professionnel en déclarant que le standard de la « personne raisonnablement prudente » proposé, est le même que celui d'un professionnel (parag. 242). Il y a une marge entre la personne prudente et l'avocat ou le comptable prudent. Soulignons enfin l'ambiguïté des termes « personne raisonnablement avisée » contenus dans la version française de l'article 114(1)(b) du Bill C-213 : certes, le mot « avisé » signifie « prudent », mais il implique de plus que la personne a pris avis ou conseil, ce que la version anglaise (« reasonably prudent person ») n'implique pas nécessairement. Remarquons que le Bill C-29 reproduit la même disposition à son article 117(1) (b).

¹⁸² Certains auteurs se méfient de ce critère. Pour ADKINS et JANIS, dans *Some Observations on Liabilities of Corporate Directors*, (1964-1965) 20 *The Business Lawyer*, 817, il est préférable d'appliquer simplement le critère du « reasonably prudent man », car celui des « affaires personnelles » tend vers le subjectivisme (p. 820)! Pourtant, ces mêmes auteurs reconnaissent l'autorité de *Hun. c. Cary*, et *Kavanaugh c. Gould* (voir note 15, à la page 820). Pour Adkins et Janis, le critère des « affaires personnelles » comporte des inconvénients car un homme peut prendre des risques dans la conduite de ses propres affaires

Par ailleurs, l'article illustre, à notre avis, les difficultés inhérentes au critère dit « professionnel », lequel pose peut-être des difficultés insurmontables. L'on peut, en effet, mettre fortement en doute la théorie qui veut que les administrateurs de compagnie soient devenus des professionnels dans les faits. Ce sont plutôt les officiers ou les administrateurs-gérants qui ont acquis une spécialisation suffisante pour qu'on les affuble du titre de « professionnels ». D'ailleurs, l'article 144 B.C.A. les vise autant que les administrateurs. Pourtant, les officiers n'ont pas la direction ultime des affaires corporatives, laquelle réside entre les mains des administrateurs. Dans la perspective corporative totale, la séparation des pouvoirs entre administrateurs et officiers présente un caractère factice, mais il est évident que la fonction d'administrateur est loin de disparaître. Encore faut-il en faire une fonction responsable. Un article tel l'article 144 B.C.A. pallie au silence traditionnel de la loi mais il ne sera aussi coercitif que ne voudra bien le rendre la jurisprudence. Les difficultés sont énormes relativement à l'établissement d'un critère judiciaire purement professionnel aux administrateurs. Il y a une prolifération de questions confrontant les tribunaux.

Quelles sont les décisions administratives? Certaines sont prévues par la loi : nomination des officiers, déclarations de dividendes, émissions d'actions, etc. Ces décisions sont imposées, en quelque sorte, et leurs critères traditionnels en regard de leur exécution. Mais, il y a plus, car il l'attention judiciaire sur ces « devoirs » et aura pour effet de rehausser les critères traditionnels en regard de leur exécution. Mais, il y a plus, car il appartient aux administrateurs de prendre les décisions concernant la politique générale de la corporation (policy making decisions). Dans cet ordre d'idée, on peut diviser les décisions en deux catégories : celles affectant la corporation à long terme, tels les emprunts, les immobilisations, la localisation du siège des affaires, la formation des filiales, etc., et celles ayant un effet immédiat sur les affaires corporatives, tels la division des tâches, les dépenses de publicité et mise en marché, l'engagement des cadres et du personnel, etc. Les administrateurs doivent-ils être traités sur le même pied, en ce qui concerne les deux catégories de décision? La tentation est grande de verser dans le subjectivisme classique et varier la responsabilité suivant les qualités de chacun.

qu'il ne devrait pas prendre à la barre d'une compagnie. C'est là une confusion des concepts : le standard n'est pas celui de « l'homme dans ses propres affaires », mais bien celui de « l'homme *raisonnablement prudent* dans ses propres affaires ». Si l'on écarte la notion de prudence, il y a certes des risques, mais il ne faut pas oublier que le critère ne se scinde pas et qu'il faut le prendre pour un tout. Sa supériorité sur le simple critère de « l'homme raisonnablement prudent » nous semble amplement démontrée par la comparaison entre les affaires newyorkaises et pennsylvaniennes que nous avons évoqué ci-dessus (*supra*, chapitre 3). C'est, d'ailleurs, toute la différence entre *Spering's Appeal*, *supra* note 137 et *Hun c. Cary*, *supra* note 154.

Malgré cette tentation, l'on devrait pouvoir dire que l'administrateur de compagnie doit être un professionnel de l'information. Mandataire, fonctionnaire, « trustee » ou « agent », il n'en demeure pas moins qu'il administre pour autrui. Comment, devant l'évolution économique moderne, ne pas prétendre que l'administrateur est devenu une sorte de professionnel de la corrélation, un spécialiste de la coordination, celui dont la profession est précisément de s'informer sur les compétences précises qu'il ne possède pas. Certes, le rôle d'administrateur expose l'individu à des domaines souvent inconnus de lui. L'aspect « professionnel » de son rôle consiste précisément à s'informer pour prendre la meilleure décision possible, dans les circonstances.

La difficulté de formuler un critère entièrement objectif, sinon purement professionnel, entraîne certains commentateurs à une notion que nous qualifions de « responsabilités spécialisées¹⁸³ ». Ainsi l'administrateur financier sera astreint à un critère professionnel pour les décisions d'ordre financier mais demeurera assujetti aux règles classiques en ce qui a trait aux autres décisions du conseil d'administration. Point n'est besoin de souligner l'incongruité d'une telle suggestion. Elle constitue un parfait mélange des concepts et un partage indu des responsabilités qui ne trouve d'écho dans aucune formulation statutaire connue. Les lois sur les compagnies ne font pas de telles distinctions et il est clair que sous une formulation ou une autre, l'administrateur participe à une direction collégiale et l'on ne saurait faire de distinctions artificielle entre les administrateurs. Le problème fondamental est celui de la marche vers le critère objectif, dégagé de la personne et des qualités propres de l'administrateur impliqué. Tel que formulé, l'article 144 B.C.A. constitue au moins une recherche partielle de cette notion objective que l'on retrouve en particulier chez les américains et dont les résultats historiques sont, somme toute, plus satisfaisants que les résultats britanniques dans des affaires comparables, sinon analogues.

Par ailleurs, l'inclusion de la notion des « circonstances comparables » dans l'article 144 B.C.A. donnera peut-être lieu à une élaboration judiciaire identique à l'ancienne jurisprudence, si les tribunaux y voient l'occasion de considérer les circonstances personnelles et particulières de l'administrateur impliqué. À notre avis, la notion de circonstances comparables ne devrait pas servir d'échappatoire aux tribunaux dans le but de reconduire l'antique notion libérale. En fin d'analyse, sujet à l'interprétation des tribunaux ontariens, on peut dire que l'article 144 B.C.A. débarrasse le droit ontarien des corporations des notions par trop subjectives de la tradition jurisprudentielle dont *In re City Equitable*¹⁸⁴ demeure

¹⁸³ Cf. TREBILCOCK, *op. cit.*, note 57, à la page 511.

¹⁸⁴ *Supra*, note 17.

l'expression la plus décevante, en faveur d'un critère objectif sinon professionnel. Cependant, il contient en lui-même les germes de sa propre destruction et tout dépendra de l'interprétation que l'on donnera à la notion des circonstances comparables; il faut souhaiter que l'interprétation américaine l'emporte car alors l'article 144 aura rénové les devoirs de compétence et de soin des administrateurs de compagnies.

CONCLUSION.

Au bout de notre recensement, nous devons confesser un certain pessimisme. L'enracinement de la doctrine de non-intervention judiciaire demeure le principal obstacle à une saine élévation des standards administratifs: il apparaît presque impossible aux tribunaux de substituer leur jugement aux décisions «d'affaires» des administrateurs. Cette optique n'est pas entièrement négative, néanmoins, elle n'est pas susceptible de servir de tremplin à un rehaussement des normes applicables aux administrateurs. À notre avis, les tribunaux ontariens se serviront du critère des «circonstances comparables» pour éviter les problèmes et reconduire les vieilles notions farcies d'un subjectivisme qui ne peut qu'enliser cet aspect vital du droit des compagnies. Le problème de causalité constitue un autre obstacle de taille spécialement en ce qui concerne l'attention aux affaires corporatives. Comment relier le défaut d'assistance aux assemblées à la perte subie ou à la commission d'un acte répréhensible par les autres administrateurs? Nous avons démontré qu'une certaine jurisprudence civiliste n'hésite pas à tenir les administrateurs responsables dans de tels cas, mais nous sommes loin de ce résultat en contexte de common law. Nous sommes d'opinion que le seul remède véritable est d'ériger le poste d'administrateur en une fonction autonome, à l'instar de certains postes administratifs ou de certaines professions, dont les exigences naturelles tendent vers des degrés plus élevés d'attention et d'habileté. Cette évolution nous semble nécessaire, voire même inévitable, si les structures internes de la corporation moderne doivent survivre. Autrement, la confiance dans les administrateurs continuera d'être minée et les soupçons d'augmenter.

Il est d'ailleurs significatif de retrouver, dans les principales juridictions, le souci d'accorder plus d'initiative aux actionnaires. On retrouve ceci en particulier au Rapport Dickerson, ainsi qu'au Bill C-213, dont l'art. 137(2) reconnaît la validité d'une convention unanime d'actionnaires, intervenue par écrit, restreignant le pouvoir de gestion des administrateurs¹⁸⁵. Par ailleurs, si le Business Corporations Act ontarien ne contient pas de telles dispositions, on y retrouve cependant le pouvoir pour l'actionnaire de poursuivre l'administrateur en défaut de remplir son devoir, suivant l'article 99; de plus, un actionnaire dissident, insatisfait

¹⁸⁵ Rapport DICKERSON, *supra*, note 4, Vol. 2, art. 11.14.

d'une décision administrative concernant, entre autres, la disposition des biens de la compagnie, peut, selon l'article 100(1) contraindre la compagnie à acheter ses actions. Remède négatif, peut-être, mais qui a l'avantage d'éviter à l'actionnaire la dépréciation totale de ses actions par une liquidation entraînée par l'impéritie des administrateurs.

L'article 99 B.C.A. nous semble offrir les meilleures garanties. La carence actuelle d'arrêts ne nous empêche pas de prédire de nombreux litiges, à l'instar de la situation anglaise depuis l'adoption de l'article 210 actuel, dont la législation ontarienne s'inspire¹⁸⁶. Les termes très larges de l'article 99(1) B.C.A. en font une alternative à la liquidation de la compagnie et inciteront les actionnaires à poursuivre les administrateurs en cas de fraude, omission ou mauvais accomplissement de leurs devoirs, ou oppression. Une telle pratique devrait entraîner le renouvellement de l'appréciation de la conduite de l'administration.

Conjugué à l'article 99, l'article 144 B.C.A. ne suffirait probablement pas à faire évoluer les devoirs de soin et de compétence de l'administrateur. En effet, le sort de cette évolution dépendrait, dans une trop large mesure, de l'interprétation judiciaire. Un autre article vient compléter le tableau : l'article 132(1), lequel, par l'adjonction de l'obligation de « supervision », rénove la formulation traditionnelle des pouvoirs et devoirs de l'administration et indique la voie aux tribunaux.

L'insistance statutaire mise sur l'obligation de supervision devrait empêcher les tribunaux d'exonérer un administrateur qui pratique l'absentéisme de façon systématique. Il y aura probablement resserrement judiciaire sur ce point. Ainsi, sera anéantie cette notion extrêmement nocive des « directorats honorifiques » ou des directorats inactifs. L'on ne devrait plus pouvoir prêter simplement son nom à la compagnie, sans jamais y consacrer de temps, confiant de son invulnérabilité¹⁸⁷.

À la condition de le considérer à l'intérieur d'un ensemble de règles nouvelles, l'article 144 B.C.A. accomplira peut-être le vœu du Rapport Lawrence de rehausser les critères d'activité administrative. Il n'en reste pas moins que sa formulation actuelle est imprécise et malheureuse, en ce qu'elle ne dit pas. Une fois admise l'impossibilité actuelle du critère purement professionnel, il eût été préférable d'inclure le critère des « affaires personnelles ». Compris dans sa portée véritable, ce critère a, du moins, l'avantage d'imposer plus à l'administrateur qu'un « soin ordinaire ». Il reste aux tribunaux ontariens de s'en convaincre et de l'appliquer.

¹⁸⁶ (1948) 11 et 12 Geo VI, Chap. 38, art. 210.

¹⁸⁷ Pour une apologie du directeur inactif, voir *Note, A Defense of Non-managing Directors*, 1938, 5 *U. Chicago L. Rev.* 668.