

**MÉMOIRE**

**Comité sur la modernisation de la LCQ**

**Section Affaires**

**Association du Barreau canadien / Division Québec**

## TABLE DES MATIÈRES

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCTION.....</b>                                      | <b>1</b>  |
| <b>ABRÉVIATIONS ET TERMINOLOGIE.....</b>                      | <b>3</b>  |
| <b>CHAPITRE 1 PRINCIPES DIRECTEURS.....</b>                   | <b>4</b>  |
| 1.1 Efficacité.....   | 4         |
| 1.2 Prévisibilité.....  | 4         |
| 1.3 Flexibilité.....  | 4         |
| 1.4 Ouverture sur le monde .....                              | 5         |
| 1.5 Justice .....   | 5         |
| <b>CHAPITRE 2 CONTEXTE TRANSACTIONNEL .....</b>               | <b>5</b>  |
| 2.1 Vote par catégorie.....                                   | 5         |
| 2.2 Prorogation .....   | 6         |
| 2.3 Fusion, acquisition et scission .....                     | 6         |
| 2.4 Arrangements et compromis.....                            | 7         |
| 2.5 Dissolution et reconstitution .....                       | 8         |
| 2.5.1 Dissolution.....  | 8         |
| 2.5.2 Reconstitution.....                                     | 9         |
| 2.6 Fractionnement ou « consolidation » d’actions .....       | 10        |
| 2.7 Émission d’actions non entièrement payées .....           | 10        |
| 2.8 Actions avec ou sans valeur nominale.....                 | 10        |
| 2.9 Aide financière.....                                      | 10        |
| 2.10 Opération de fermeture.....                              | 11        |
| <b>CHAPITRE 3 DROITS DES ACTIONNAIRES .....</b>               | <b>13</b> |
| 3.1 Actions subalternes – multivotantes .....                 | 13        |
| 3.2 Recours en oppression et action dérivée.....              | 13        |
| 3.2.1 La création législative d’un recours en oppression..... | 13        |
| 3.2.2 Les pouvoirs de redressement des tribunaux .....        | 14        |
| 3.2.3 L’action dérivée.....                                   | 16        |
| 3.3 Propositions d’actionnaires.....                          | 17        |

|  |  |           |
|--|--|-----------|
| 3.4  | Sollicitation de procurations.....                             | 18        |
| 3.5  | Le droit de dissidence.....                                    | 19        |
| <b>CHAPITRE 4 DROITS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS.....</b> |  | <b>20</b> |
| 4.1  | Considérations générales.....                                  | 20        |
| 4.2  | La codification de la règle de l'appréciation commerciale..... | 20        |
| 4.3  | La gouvernance d'entreprise.....                               | 22        |
| 4.4  | Le devoir de diligence.....                                    | 23        |
| 4.5  | Les conflits d'intérêts.....                                   | 24        |
| 4.6  | Les clauses d'exonération (Raincoat provisions).....           | 25        |
| <b>CHAPITRE 5 AUTRES QUESTIONS.....</b>                      |  | <b>26</b> |
| 5.1  | Compagnie à responsabilité illimitée.....                      | 26        |
| 5.2  | La Loi et les PME (assouplissement du régime des PME).....     | 26        |
| 5.3  | Obligation de résidence pour les administrateurs.....          | 27        |
| 5.4  | Améliorations au REQ et version anglaise.....                  | 27        |
| 5.5  | Nouvelles technologies.....                                    | 28        |

## INTRODUCTION

La section Affaires de l'Association du Barreau canadien/Division Québec a mis sur pied le 8 octobre 2007 un comité d'étude sur la modernisation de la *Loi sur les compagnies* (Québec).

Le comité est composé des membres suivants :

- Me Chantal Perreault, présidente
- Me Patric Besner
- Me Richard Burgos
- Me Philippe Charest-Beaudry
- Me Maxime Cloutier
- Me Stéphanie Lapierre
- Me Stéphane Rousseau, professeur agrégé
- Me Louis Séguin

Le comité s'est réuni les 17 décembre 2007, 31 janvier 2007, 28 février 2007 , a tenu des conférences téléphoniques et a échangé des commentaires écrits pour produire le présent document. Ce dernier a été soumis aux membres de l'exécutif de la section Affaires de l'Association du Barreau canadien/Division Québec qui sont :

- Me Chantal Perreault, Présidente
- Me Catherine Bohémier, Vice-présidente
- Me Sharon Druker, Présidente sortante
- Me Guy-Paul Allard
- Me Gerry Apostolatos
- Me Patric Besner
- Me Richard Burgos
- Me Maxime Cloutier
- Me Jocelyne Gagné
- Me Panagiota Koutsogiannis
- Me Annie Mathieu
- Me Cathy Villeneuve

Ce document a également été approuvé par le comité de direction de l'ABC/QC qui est composé de :

- Me Benoit Lussier, Président
- Me Patrice Vachon, Vice-président
- Me Marie Laure Leclercq, secrétaire
- Me Vincent Morie, trésorier
- Me Louis Brousseau, Président sortant
- Me Gerry Apostolatos
- Me Nancy Côté
- Me Michèle Gamache
- Me Vincent Gingras
- Me Nicolette Kost-De-Sèvres
- Me Mathieu Leblanc-Gagnon
- Me Michèle Moreau
- Me Piere E. Moreau
- Me Véronique Saulnier
- Me Martin F. Sheehan

Suite à l'étude du document de consultation reçu de la Ministre des finances, ce document contient les orientations que l'Association du Barreau canadien/Division Québec juge appropriées pour la mise en chantier d'une réforme de la *Loi sur les compagnies du Québec*. L'Association du Barreau canadien/Division Québec considère que cette réforme est hautement souhaitée par la vaste majorité des juristes afin de munir le Québec d'un outil clair, simplifié, harmonisé et amélioré favorisant une meilleure organisation corporative, autant sur le marché local que mondial, une meilleure gouvernance et ainsi une meilleure compétitivité.

Nous soulignons de plus que nous serons heureux de poursuivre notre contribution à la réforme à l'occasion de l'étude du projet de loi.

Montréal, le 18 avril 2008

---

Chantal Perreault, présidente du Comité  
d'étude sur la modernisation de la LCQ et  
présidente de la section Affaires de  
L'Association du Barreau canadien/Division  
Québec

## ABRÉVIATIONS ET TERMINOLOGIE

Dans le cadre du présent mémoire, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :

|                      |  |
|----------------------|--|
| ACVM :               | l' Autorités canadiennes en valeurs mobilières;  |
| CCQ :                | le <i>Code civil du Québec</i> L.Q. 1991, c. 64;   |
| Compagnie privée :   | une compagnie qui n'est pas un Émetteur assujetti et comprend un émetteur fermé tel que défini au <i>Règlement 45-106 sur les dispenses de prospectus et d'inscription</i> ; |
| Compagnie publique : | une compagnie qui est un Émetteur assujetti;   |
| CPC                  | le <i>Code de procédure civile</i> L.R.Q., c. 25;  |
| Émetteur assujetti : | un « émetteur assujetti » tel que défini à l'article 68 de la <i>Loi sur les valeurs mobilières</i> L.R.Q., c. V-1.1;  |
| LCQ :                | la <i>Loi sur les compagnies</i> L.R.Q., c. C-38;  |
| LCSA :               | la <i>Loi canadienne sur les sociétés par actions</i> L.R.C. (1985), C-44;   |
| LLC :                | une « Limited Liability Company » se traduisant par « compagnie à responsabilité limitée »;  |
| LLCQ :               | la <i>Loi sur la liquidation des compagnies</i> L.R.Q., c.L.-4;  |
| p.l.c. :             | une « Public limited company »;  |
| REQ :                | le Registraire des entreprises du Québec;  |
| S.A. :               | une Société anonyme;   |
| ULC :                | une « Unlimited Liability Company » se traduisant par « compagnie à responsabilité illimitée ».  |

## **CHAPITRE 1**

### **PRINCIPES DIRECTEURS**

Le but de la réforme de la LCQ est d'établir un cadre législatif efficace, moderne et clair en vue de contribuer à stimuler l'essor économique au Québec dans un esprit d'équilibre des intérêts. Il nous paraît donc important d'en reposer les bases sur les principes directeurs suivants.

#### **1.1**    *Efficacité*

La compétitivité des entreprises du Québec passe en partie par l'existence d'un cadre de fonctionnement imprégné d'efficacité, où le fardeau administratif est réduit au strict nécessaire. Un tel cadre leur permet de se concentrer sur les défis réels des marchés dans lesquels elles oeuvrent. Un environnement efficace facilite du même coup leur financement et leur développement, particulièrement lorsqu'on leur permet de faire usage de formules éprouvées et connues des fournisseurs de capitaux et des partenaires d'affaires. Les entreprises profitent également grandement des avantages de l'efficacité accrue que procure l'utilisation des moyens modernes de traitement des informations et des procédés et des modes de communication électroniques et interactifs. Nous jugeons donc primordial que la réforme du droit des compagnies du Québec cherche à maximiser l'efficacité des entreprises, tant dans leur fonctionnement interne que dans leurs rapports avec les tiers et avec l'administration publique.

#### **1.2**    *Prévisibilité*

L'essor des entreprises passe aussi par un degré important de prévisibilité dans leurs rapports avec les tiers. Limiter l'incertitude liée à l'usage de formules inédites ou uniques contribuera à favoriser l'investissement au Québec et l'attraction des entreprises, à faciliter la recherche de capitaux par les compagnies et à promouvoir l'implication des talents humains nécessaires à l'éclosion de modèles à succès. Nous croyons donc important que la réforme du droit des compagnies du Québec laisse une grande place à la prévisibilité des relations, fondées sur des principes reconnus et éprouvés tout en permettant des améliorations significatives.

#### **1.3**    *Flexibilité*

L'émergence de compagnies dynamiques et de leaders du monde des affaires requiert aussi que les entreprises soient dotées d'un grand degré de flexibilité, leur permettant d'user de créativité dans les projets qu'elles poursuivent et dans les structures qu'elles mettent en place pour atteindre leurs objectifs d'affaires. Nous croyons que cette flexibilité peut tout autant se manifester dans la mise à disposition de structures adaptées à des besoins, objectifs ou impératifs particuliers (par ex. fiscaux, liés à la responsabilité des intervenants, etc.) que dans la fluidité avec laquelle les entreprises évoluent d'un stade de développement à un autre (par ex. de PME à société au capital ouvert) eu égard au cadre de référence auquel on pourrait décider de les astreindre. Une bonne dose de flexibilité sera d'ailleurs de nature à augmenter le caractère attrayant du régime québécois.

#### **1.4 *Ouverture sur le monde***

Le succès de la réforme de la LCQ nous apparaît aussi lié à l'ouverture du régime québécois et des entreprises elles-mêmes sur le monde extérieur. La mondialisation et les échanges grandissants avec les marchés canadiens, de l'Occident et des pays en voie de développement demande plus que jamais aux entreprises d'ici de s'adapter aux réalités d'ailleurs, particulièrement celles des grands marchés dans lesquels interviennent les entreprises du Québec et là où le cadre réglementaire de l'entreprise y est le plus développé et le plus moderne. Nous croyons donc que le système de droit des compagnies doit favoriser les échanges et interactions et l'harmonisation des procédés d'affaires avec les participants aux grands ensembles économiques. À ce titre, rendre la LCQ facilement compréhensible tant en anglais qu'en français aux étrangers et investisseurs des autres provinces canadiennes devrait faire partie des objectifs recherchés et ainsi démontrer que le Québec est accueillant à l'investissement.

#### **1.5 *Justice***

En dernier lieu, la réforme ne doit pas perdre de vue les valeurs de justice et du respect de la règle de droit de la société moderne québécoise. Le cadre statutaire corporatif québécois doit assurer un environnement imprégné de transparence, de bonne gouvernance, de traitement équitable et qu'il appelle au respect des droits et d'une éthique de premier plan. Dans la même veine, le système québécois se doit de décourager et sanctionner les abus de façon efficace, sans quoi les principes qu'il mettra de l'avant risquent de rester lettre morte. Nous pensons qu'un régime de sanctions efficace et prévisible est essentiel pour rendre le cadre statutaire québécois performant et apte à atteindre les objectifs mentionnés ci-dessus.

## **CHAPITRE 2 CONTEXTE TRANSACTIONNEL**

Les principaux thèmes visés par la réforme incluent une série de mesures qui relèvent de techniques couramment utilisées dans le contexte de transactions stratégiques de l'entreprise.

Plusieurs améliorations à la LCQ peuvent être envisagées en vue de faciliter la réalisation d'opérations stratégiques par les entreprises, tout en protégeant les droits des actionnaires.

#### **2.1 *Vote par catégorie***

De façon générale, il nous apparaît raisonnable que les modifications importantes de structure soient soumises à un régime de vote par catégorie lorsqu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits des porteurs d'actions. La loi fédérale (art. 176 LCSA) contient un régime maintenant éprouvé qui répondrait bien à un bon nombre de préoccupations concernant le caractère équitable de restructurations et de transactions stratégiques. Combinée à d'autres mesures préventives, telles que le droit à la dissidence, cette protection additionnelle aidera à minimiser les abus tout en contribuant à limiter les besoins d'instituer des recours curatifs visant à réprimer de tels abus.

## **2.2 Prorogation**

Tel qu'énoncé au document de consultation, la loi québécoise fait figure d'exception au Canada en ce qu'elle est la seule qui ne permet pas la prorogation de sociétés sous son régime, que ce soit à l'« exportation » ou à l'« importation ».

S'il est vrai que l'absence de mécanisme de prorogation prévient en partie le risque d'un exode des compagnies québécoises vers d'autres régimes canadiens, nous croyons que les avantages relatifs à la flexibilité qu'apporte un mécanisme de prorogation et l'effet d'attraction qui en résulterait sont largement supérieurs à la mesure défensive que constitue l'absence de tel mécanisme. Nous sommes donc favorables à l'institution de régimes de prorogation à l'exportation comme à l'importation au Québec.

Par ailleurs, dans un esprit d'accroissement du pouvoir d'attraction du régime québécois et de flexibilité accrue, il pourrait être intéressant d'étudier la possibilité d'étendre le mécanisme de prorogation à la prorogation vers ou à partir d'autres formes juridiques (fiducies de revenus, sociétés en nom collectif ou en commandite, LLC, ULC, p.l.c., S.A.), que ce soit au Québec ou dans d'autres juridictions et ainsi permettre la réalisation des restructurations corporatives encore plus efficacement qu'il est actuellement permis au Québec ou même ailleurs au Canada. Il serait alors prudent de prévoir certaines protections à l'occasion de la mise à exécution d'une telle opération afin d'éviter qu'elle ne se traduise par des abus ou par une perte significative d'avantages ou de droits pour les porteurs de titres et créanciers de la compagnie sans leur consentement, ce qui s'avérerait d'autant plus important si les formes d'entités permises sont élargies tel que proposé ci-dessus. Le Directeur nommé en vertu de la LCSA a adopté une politique visant les « exportations » de sociétés par actions de régime fédéral visant à fournir aux actionnaires appelés à voter sur une telle mesure une information adéquate sur l'effet de cette mesure à leur égard et visant la protection contre les abus, dont on pourrait s'inspirer.

## **2.3 Fusion, acquisition et scission**

Les fusions de sociétés par actions sont couramment utilisées et s'avèrent une technique très efficace de mode d'acquisition ou de regroupement d'entreprises.

S'il y a peut-être lieu d'étendre la portée du vote par catégorie qui y est prévu à d'autres mesures de modification de structures (par exemple, la modification des statuts) dans le cadre d'une refonte du régime des droits des actionnaires et du régime des compromis et arrangements (voir les rubriques Droits des actionnaires et Arrangements statutaires) ainsi que d'y apporter quelques ajustements techniques (par exemple, permettre la fusion simplifiée d'une personne morale mère avec sa « petite-fille », permettre l'adoption de la dénomination sociale d'une compagnie fusionnante qui n'est pas celle dont les actions ne sont pas annulées, permettre à la compagnie issue d'une fusion de choisir un capital émis et payé réduit sous l'article 123.49 (3) et confirmer la technique de la fusion « tripartite »), le régime de fusion statutaire devrait être maintenu.

Aussi, à l'instar d'autres juridictions, la loi québécoise pourrait envisager permettre la « scission » ou « dé-fusion » statutaire d'une compagnie en plusieurs composantes par l'entremise d'une procédure corporative s'apparentant à l'inverse d'une fusion, procédure qui ne semble pas avoir

été introduite ailleurs au Canada jusqu'à maintenant et qui augmenterait également l'attrait du régime québécois.

Enfin, sous les réserves exprimées à la rubrique Prorogation, il pourrait aussi être intéressant d'étendre le mécanisme de fusion à la fusion de compagnies avec des entités d'une autre forme juridique et avec des entités d'autres juridictions, et ainsi combiner une fusion et une prorogation en une seule opération juridique, que ce soit à l'« importation » ou à l'« exportation ».

#### **2.4 Arrangements et compromis**

La refonte de la LCQ devrait-elle inclure une disposition sur les arrangements similaire à celle de l'article 192 LCSA? La LCQ prévoit à l'article 49 un compromis ou arrangement entre la compagnie et ses actionnaires ou une catégorie d'entre eux. Cette disposition est plus limitative que les dispositions équivalentes dans les autres lois corporatives canadiennes dont la LCSA. Pour qu'un compromis ou un arrangement se qualifie sous l'article 49 LCQ, il doit être de nature à porter atteinte aux droits des actionnaires ou d'une catégorie d'entre eux, tel qu'établi par l'acte constitutif ou les règlements de la compagnie. L'article 192 LCSA quant à lui énonce une liste de neuf opérations pouvant se qualifier d'arrangements, incluant plusieurs opérations qui ne se qualifieraient pas sous l'article 49 LCQ. L'arrangement de la LCSA peut viser notamment des fusions et l'échange de valeurs mobilières d'une société contre des biens numéraires ou d'autres valeurs mobilières soit de la société ou d'une autre personne morale. De plus, l'article 192 LCSA prévoit que les opérations peuvent viser des valeurs mobilières contrairement à l'article 49 qui vise uniquement les actions.

Depuis plusieurs années, plusieurs transactions d'importance de fusions et d'acquisitions ont été effectuées par voie d'arrangement. De telles opérations ne peuvent être effectuées sous l'article 49 LCQ à moins d'ajouter des étapes additionnelles sans réelle valeur ajoutée outre que de permettre à la transaction de se qualifier aux termes de l'article 49 LCQ en ajoutant une modification quelconque des droits des actionnaires. À la lumière des développements de la dernière décennie et de l'utilisation de plus en plus fréquente des arrangements afin d'effectuer des opérations d'envergure, nous considérons qu'il y a lieu de modifier et d'élargir l'article 49 LCQ.

La modification de l'article 49 LCQ devrait-elle modifier l'obligation de convoquer une assemblée d'actionnaires et l'approbation par ces derniers par le vote des trois-quarts des actions de chaque catégorie représentée? Certaines des autres lois corporatives donnent la discrétion aux juges d'approuver l'arrangement sans qu'une assemblée des actionnaires soit convoquée. En pratique, il est très rare que la Cour permette à une société de procéder à un arrangement sans avoir obtenu l'approbation préalable de ses actionnaires. Une autre distinction entre la LCQ et les autres lois corporatives canadiennes est le taux d'approbation requis. La LCQ requiert le vote des trois-quarts des actions de chaque catégorie représentée alors que plusieurs autres lois corporatives prévoient soit un vote aux deux-tiers ou laissent au juge la discrétion de déterminer le pourcentage d'approbation requis. En pratique les juges requièrent généralement le même pourcentage d'approbation que pour une résolution spéciale. Nous ne considérons pas que dans la majorité des opérations, l'obligation de convoquer une assemblée des actionnaires et d'obtenir un vote favorable du trois-quarts des actions soit problématique. L'approbation par un nombre important des actionnaires de la compagnie donne d'ailleurs au juge un bon indice du caractère

juste et équitable de l'arrangement. Il pourrait cependant être opportun de donner le pouvoir au juge, dans des situations exceptionnelles, de soit ne pas requérir l'approbation des actionnaires ou de réduire le pourcentage d'approbation requis.

L'utilisation de l'arrangement devrait-elle être limitée aux cas où il est pratiquement impossible (« impraticable ») pour la compagnie d'opérer en vertu d'une autre disposition de la loi une modification de structure équivalant à un arrangement? Ce critère qui est présent à l'article 192 LCSA a été interprété de façon restrictive notamment en raison de la politique concernant les arrangements adoptés par le directeur. S'inspirant des lignes directrices énoncées dans cette politique, la jurisprudence a établi que l'expression « pratiquement impossible » ne signifie pas impossible mais plutôt un « practical inconvenience ». Selon la jurisprudence, la complexité même d'une opération peut permettre à cette dernière de se qualifier aux termes de l'article 192 LCSA. Y a-t-il lieu, dans la nouvelle disposition sur les arrangements de la LCQ d'ajouter un tel critère? Nous croyons que non. Ce critère a été interprété de façon très restrictive et la révision et l'approbation de l'arrangement à la Cour s'assurera que ces dispositions soient utilisées d'une façon appropriée et dans l'intérêt des porteurs de valeurs mobilières.

Nous considérons également que le nouveau texte de l'article 49 LCQ devrait élargir la portée d'application afin d'inclure non seulement les actionnaires d'une compagnie mais l'ensemble des porteurs de valeurs mobilières. Plusieurs transactions impliquent non seulement les actions de la compagnie mais aussi les titres de créances par exemple les obligations, les débetures et les billets. De plus, plusieurs opérations impliquent une modification au régime d'octroi d'options et aux options émises par la compagnie. L'élargissement du texte permettra d'éliminer l'ambiguïté quant au droit d'inclure de façon accessoire dans un arrangement la modification des droits relatifs à une valeur mobilière.

Sur la question de l'opportunité de donner à un actionnaire le droit d'exercer un droit de dissidence quant à une opération visée par le nouvel article 49 LCQ, nous en discutons plus amplement ci-après. Il est important de noter que, considérant le nombre important de transactions ou d'opérations qui peuvent être effectuées par voie d'arrangement, il serait préférable de donner à la Cour la discrétion d'octroyer ou non un droit de dissidence aux actionnaires.

## **2.5 *Dissolution et reconstitution***

Nous croyons que les dispositions de la LCQ concernant la dissolution et la reconstitution doivent s'harmoniser avec celles du fédéral et possiblement avec celles de l'Ontario, sujet aux commentaires d'ordre généraux qui suivent.

### **2.5.1 Dissolution**

En effet, le régime actuel<sup>1</sup> qui rend les administrateurs de la compagnie dissoute solidairement responsables pour les dettes de la compagnie existantes lors de la dissolution envers les créanciers qui n'ont pas donné leur consentement à la dissolution, n'a plus sa raison d'être.

---

<sup>1</sup> Art. 29 LCQ

Nous croyons que peu importe le type de dissolution (volontaire, forcée par le tribunal ou administrative) seuls les actionnaires et non les administrateurs<sup>2</sup>, comme c'est le cas actuellement pour le fédéral<sup>3</sup>, devraient être responsables des dettes existantes lors de la dissolution, jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont reçu dans le cadre de la liquidation ou de la distribution d'actifs.

Dans la mesure où les dispositions de la LCSA sont retenues pour la nouvelle législation, la LCQ, ainsi que le *scire facias* prévu à l'article 829 du CPC (applicables à la partie I<sup>4</sup> et non à la partie IA), ne devraient plus, à notre avis, être applicables à la nouvelle loi sur les compagnies. De plus, pour éviter toute confusion à l'avenir, une mention claire devrait être ajoutée au CCQ à l'effet que les dispositions relatives à la liquidation et à la dissolution prévues audit Code ne s'appliquent pas à une compagnie régie par la LCQ. Il reste toutefois à décider si le liquidateur, comme c'est le cas actuellement, sera également régi par les dispositions du CCQ applicables à l'administrateur du bien d'autrui.

Il serait intéressant de donner au registraire, comme il est possible pour le directeur d'une société régie par la loi de l'Ontario<sup>5</sup>, le pouvoir de dissoudre une compagnie pour des « motifs suffisants ». Également, comme l'a fait l'Ontario, nous pourrions ajouter des motifs supplémentaires à ceux identifiés à l'article 214(1) LCSA<sup>6</sup> pour permettre la liquidation lorsque : « la société, bien qu'elle puisse être solvable, ne peut, en raison de son passif, poursuivre ses activités commerciales et la liquidation est à conseiller » ou lorsqu' « une procédure de liquidation volontaire a été entamée et qu'il est dans l'intérêt des créanciers que cette procédure se poursuive sous la surveillance du tribunal ».

D'autres dispositions intéressantes sont prévues à la loi de l'Ontario dont : l'arrêt des procédures en cours contre la société dès la liquidation volontaire, sauf autorisation du tribunal<sup>7</sup>, la possibilité pour le directeur de dissoudre une société qui ne se conforme pas à la loi sur l'impôt ou autres lois importantes<sup>8</sup>, etc.

### 2.5.2 **Reconstitution**

Il est impératif que la nouvelle législation du Québec possède un régime efficace de reconstitution comparable à celui du fédéral.

---

<sup>2</sup> Évidemment les administrateurs conserveraient leur responsabilité générale à l'égard de tout manquement à leurs devoirs de diligence et de loyauté.

<sup>3</sup> Art. 226(4) LCSA

<sup>4</sup> Nous croyons que les compagnies régies par la partie I de la LCQ doivent, soit être forcées à se continuer dans un délai très court après l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, soit automatiquement être continuées dans ladite législation. Si la première option est retenue, le *scire facias* devra être maintenu durant la période de transition.

<sup>5</sup> Art. 240 de la *Loi sur les Sociétés par actions (Ontario)*, L.R.O. 1990, c. B.16

<sup>6</sup> Art. 207 de la *Loi sur les Sociétés par actions (Ontario)*, L.R.O. 1990, c. B.16

<sup>7</sup> Art. 199 de la *Loi sur les Sociétés par actions (Ontario)*, L.R.O. 1990, c. B.16

<sup>8</sup> Art. 241 de la *Loi sur les Sociétés par actions (Ontario)*, L.R.O. 1990, c. B.16

## **2.6 Fractionnement ou « consolidation » d'actions**

Deux avantages existent actuellement dans la LCQ, qui n'existent pas sous la LCSA, à savoir le fractionnement ou la « consolidation » du nombre d'actions émises et en circulation sans avoir à déposer des statuts de modification<sup>9</sup>, dans la mesure où un tel fractionnement ou « consolidation » n'entraîne pas de réajustement au compte de capital émis et payé. Nous croyons que ces avantages doivent être conservés. Nous suggérons, par contre, qu'un mécanisme de protection soit mis en place lorsque la « consolidation » est utilisée pour exproprier un actionnaire minoritaire.

## **2.7 Émission d'actions non entièrement payées**

Nous croyons qu'il est approprié de conserver la possibilité d'émettre des actions qui ne sont pas entièrement payées, ce qui n'est pas possible pour les sociétés régies par la LCSA.

## **2.8 Actions avec ou sans valeur nominale**

Nous sommes d'avis que la nouvelle LCQ devrait conserver la possibilité d'émettre des actions avec ou sans valeur nominale. La possibilité d'émettre des actions avec valeur nominale est un autre avantage sur la LCSA et est notamment utile dans certaines planifications fiscales.

## **2.9 Aide financière**

L'article 123.66 de la LCQ, prévoit les termes de l'interdiction d'aide financière par une compagnie (i) à ses actionnaires; (ii) aux actionnaires de sa compagnie mère ou (iii) à une personne pour acquérir ses actions, sauf si la compagnie respecte certains tests financiers. Cette restriction est liée au souci du maintien du capital, par voie de conséquence, à la protection des actionnaires et créanciers de la compagnie. Cependant, en raison de la complexité et de la vitesse des transactions financières de nos jours, cette restriction est souvent une barrière aux dites transactions qui, à la base n'affectent pas la question de maintien du capital en soi. Ainsi, en termes pratiques pour les PME, les contraintes en matière d'aide financière nuisent au financement et souvent ajoutent aux coûts découlant de la conduite d'une étude complexe sur la légalité des transactions envisagées en raison de l'interdiction. L'exception des tests financiers aide dans certains cas mais, en raison des certitudes et opinions qu'exigent les institutions financières et les limites ou restrictions de devoir fournir les opinions requises de la part des experts-comptables, en pratique cette exception n'est souvent pas disponible ou pratique. La question qui se pose donc est de savoir si cette interdiction est vraiment nécessaire pour protéger les actionnaires et créanciers d'une compagnie dans le contexte actuel. De plus, il faut noter qu'un des objectifs de la réforme est d'harmoniser la LCQ au Québec avec les lois des autres juridictions au Canada et, le cas échéant, d'offrir des avantages concurrentiels aux « clients » potentiels.

Il faut aussi noter, qu'au cours des dernières années, les obligations des administrateurs dans toutes juridictions incluant le Québec, ont nettement évolué. Les administrateurs ont l'obligation

---

<sup>9</sup> 173(1)(h) LCSA.

d'agir de manière raisonnable, avec fidélité et loyauté, et cette obligation devrait être suffisante pour protéger les compagnies relativement à la question de maintien du capital dans le cadre spécifique de l'aide financière.

De plus, il ne fait pas de doute que la tendance dans les autres juridictions au Canada est de simplement abroger cette restriction à leur loi sur les compagnies ou d'en restreindre la portée de façon significative. Il ne fait pas de doute non plus que l'article 123.66 dans le présent contexte ne peut demeurer tel quel.

Reste donc à évaluer lesquelles des options disponibles relativement aux modifications potentielles de l'article 123.66 seraient préférables eu égard aux objectifs de la réforme, soit harmoniser et être concurrentiel, tout en continuant de protéger les actionnaires et les autres intéressés.

Voici quelques options les plus souvent considérées : a) abolition complète; b) remplacement du test comptable par un test général de solvabilité; c) remplacement du test comptable ou de solvabilité par une obligation de divulgation; ou d) remplacement du test comptable ou de solvabilité par une obligation de préavis et d'approbation des actionnaires.

La grande majorité des compagnies incorporées au Québec étant des PME, les options de divulgation ou préavis et approbation seraient plutôt académiques car l'aide financière serait, dans la plupart des cas, entre entités liées et contrôlées par le ou les mêmes groupes. Il pourrait y avoir un certain avantage pour les compagnies publiques ou à plusieurs actionnaires non entièrement liés à avoir des tests de solvabilité ou à requérir l'approbation par les actionnaires, ou le cas échéant un comité spécial du conseil dans le cas de la compagnie publique, mais en réalité ces tests ou révisions existent déjà d'une certaine manière sous la forme des obligations des administrateurs dans le cadre de leur mandat ou selon des termes de conventions d'actionnaires qui seraient en place la plupart du temps.

De plus, contrairement aux règles de maintien du capital, soit les cas de versement de dividendes ou de rachat d'actions, un prêt ou cautionnement constitue un actif ou, à tout le moins, devrait permettre à son actionnaire de générer d'autres activités commerciales. Pour ces raisons, les risques associés au maintien du capital sont quelque peu différents et nuancés dans le cas d'aide financière, ce qui mérite donc une approche différente à cet égard.

Ainsi, en raison des objectifs de la réforme, l'évolution des obligations des administrateurs, la forte inclinaison de la clientèle PME et, finalement, les modifications apportées aux règles d'aide financière aux lois sur les compagnies dans les autres juridictions au Canada, il semble que l'abolition de l'article 123.66 serait à conseiller.

## **2.10 Opération de fermeture**

Plusieurs compagnies ont choisi et choisissent encore aujourd'hui de procéder par voie d'appel public à l'épargne afin de favoriser leur croissance ou de faciliter l'accès au financement. Le fait d'être un émetteur assujéti offre certes de nombreux avantages, mais comporte également son lot d'inconvénients, tant légaux (réglementation de plus en plus lourde, processus de conformité

onéreux, etc.) que commerciaux (exposition aux fluctuations des marchés, perte d'un certain niveau de confidentialité, etc.).

Ces inconvénients conduisent ainsi certaines compagnies à désirer se retirer des marchés. D'autre part, plusieurs acquéreurs (tels les fonds à capitaux propres) souhaitent, lorsqu'ils procèdent à une acquisition ou un fusionnement, pouvoir bénéficier de la flexibilité et de la confidentialité qu'offrent les compagnies qualifiées d'émetteurs fermés.

La LCQ dans sa forme actuelle ne prévoit présentement aucun mécanisme formel pour mettre en œuvre ce type de transactions. La LCSA prévoit, depuis 2001, la possibilité pour une société fédérale de procéder à une opération de fermeture sous réserve du respect de la législation provinciale applicable en matière de valeurs mobilières (au Québec le Règlement 61-101 sur les mesures de protection des porteurs minoritaires lors d'opérations particulières trouve application). Les règles et instructions des commissions sur les valeurs mobilières canadiennes étant appelées à s'uniformiser, il y a lieu de préconiser, à l'instar de la LCSA, que les formalités entourant la réalisation de ces opérations soient régies par la législation provinciale.

Dans l'optique d'octroyer aux compagnies québécoises la flexibilité dont elles doivent pouvoir bénéficier en raison des impératifs économiques et commerciaux auxquels elles sont soumises, nous croyons qu'il serait opportun de codifier la possibilité pour les compagnies québécoises d'effectuer des opérations de fermeture.

Les opérations de fermeture résultent souvent pour certains porteurs de titre en la perte de droits de participation sans leur consentement. Il nous apparaît donc à propos d'assujettir la réalisation de telles opérations à un droit de dissidence, tel que la LCSA le prévoit. **[Veuillez consulter le paragraphe 3.5 pour nos commentaires détaillés sur le droit de dissidence]**

## CHAPITRE 3 DROITS DES ACTIONNAIRES

### 3.1 *Actions subalternes – multivotantes*

La législation sur les sociétés contemporaine fondée sur une approche contractuelle et permissive laisse beaucoup de discrétion aux membres des sociétés pour structurer les dimensions juridiques du capital-actions de manière à ce qu'il puisse répondre aux besoins des investisseurs. C'est ce que rappelait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt McClurg<sup>10</sup>. Aussi, la législation s'est abstenue d'imposer des restrictions particulières relativement aux caractéristiques juridiques des actions, dans la mesure où le principe d'égalité de traitement des actions est respecté.

Dans ce contexte permissif, les sociétés québécoises, constituées sous la LCQ et sous la LCSA, ont créé des structures de capital-actions comportant des actions à droits de vote multiples et des actions non votantes. La finalité principale de ces structures de capital consiste à permettre aux actionnaires fondateurs de conserver le contrôle de la société suite à l'appel public à l'épargne. Bien qu'elles se retrouvent ailleurs au Canada, ces structures de capital-actions sont particulièrement prédominantes au Québec<sup>11</sup>.

Il existe un vif débat dans la littérature relativement au mérite des actions à droits de vote multiples et des actions non votantes<sup>12</sup>. En l'absence de consensus à cet égard, il paraît hasardeux de vouloir encadrer de manière plus stricte l'utilisation de ces types d'actions dans la législation sur les sociétés. En effet, il ne faut pas perdre de vue que les règles du droit des valeurs mobilières et des bourses établissent déjà des exigences destinées à protéger les porteurs d'actions subalternes<sup>13</sup>. Ces règles encadrent la création d'actions subalternes et imposent des obligations de divulgation spécifique quant à ces actions. En outre, elles assurent l'égalité de traitement des porteurs des actions subalternes en cas d'offre publique d'achat sur les actions ordinaires.

### 3.2 *Recours en oppression et action dérivée*

#### 3.2.1 *La création législative d'un recours en oppression*

Le législateur a un rendez-vous incontournable pour introduire un recours visant à protéger les actionnaires minoritaires compte tenu des développements jurisprudentiels au Québec depuis

---

<sup>10</sup> *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020

<sup>11</sup> Voir Y. Bozec, S. Rousseau et C. Laurin, « Law of Incorporation and Ownership Structure: The Law and Finance Theory Revisited », (2008) *International Review of Law and Economics* (sous presse).

<sup>12</sup> Voir Institut sur la gouvernance des organisations publiques et privées, *Les actions multivotantes : quelques modestes propositions*, Document de politique #1, 2006.

<sup>13</sup> *Règlement Q-17 sur les actions subalternes*; art. 623, 624, *Guide à l'intention des sociétés de la TSX*.

près de dix ans et ainsi harmoniser notre loi avec le contexte législatif fédéral et celui de plusieurs autres provinces.

En effet, les développements sur l'abus de droit ont tracé la voie à la réforme de notre CCQ par l'enchâssement des obligations de toute personne d'agir de bonne foi et d'agir de façon raisonnable de manière à ne pas nuire à autrui telles qu'on peut les lire aux articles fondamentaux 6 et 7 CCQ, et dans différents autres articles tels 317, 1375, 1434, 1437, 1457 CCQ.

Cette toile de fond que nous vivons au niveau de nos valeurs de société depuis 1994 doit se refléter dans nos autres lois et nous devrions donc avoir une action législative qui soit conséquente et non à contre-courant.

Vu le silence de la LCQ, les tribunaux ont pris leurs responsabilités pour trouver des solutions sur la base du CCQ et de leurs pouvoirs de surveillance et de réforme prévus aux articles 2, 20, 33 et 46 CPC pour reconnaître le recours en oppression dans le droit québécois.<sup>14</sup>

Nous croyons que le courant majoritaire désire que les actionnaires de compagnies québécoises aient les mêmes droits et recours que les actionnaires des compagnies fédérales et/ou des provinces voisines.

Nous préconisons de retenir l'approche fédérale à l'art. 241(2) LCSA basée non seulement sur l'abus de droit mais aussi sur l'effet injuste des gestes reprochés qui portent préjudice ou qui ne tiennent pas compte des intérêts du plaignant afin de ne pas à nouveau marginaliser le Québec dans le contexte canadien.

Peut-être que dans les faits, les tribunaux interviennent pour corriger des situations semblables tant sous la LCSA que sous la conjugaison des articles du CCQ et du CPC mais un libellé différent annoncerait inévitablement des années d'incertitude et de litiges d'interprétation.

Il pourrait être pertinent de se questionner cependant sur la définition de «plaignant» de l'article 238 de la LCSA pour savoir si on désire y inclure les détenteurs d'options d'acquisitions d'actions ce qui nous apparaîtrait souhaitable.

### 3.2.2 **Les pouvoirs de redressement des tribunaux**

Une autre des difficultés de la situation actuelle résulte de l'absence de dispositions législatives claires comparables aux articles 241(3) à 248 de la LCSA. En effet, la jurisprudence n'a pas encore permis aux tribunaux de tracer des lignes claires quant à l'étendue des pouvoirs d'intervention de la Cour sous l'article 33 CPC et il est à craindre que cette tergiversation continue à perdurer, entraînant imprécision, instabilité, insécurité, imprévisibilité ainsi que

---

<sup>14</sup> *Grace c. Martineau Provencher Associées Ltée* [2001] R.J.Q. 2414 (C.A.)(Juges Beaugard, Baudouin et Philippon).; *Laurent c. Buanderie Villeray Laurent c. Buanderie Villeray Limitée* J.E. 2002-3 (C.S.);

*Équipements Ovila Poulin Inc. c. Carrier* J.E. 2003-180 (C.S.); *Syndic de 9022-8818 Québec inc. (Magil Construction inc.)*, [2005] J.Q. no. 1495 (C.A.) (les Honorables Michel Robert, André Brossard et Louise Otis); *Bergeron c. Paré*, [2005] J.Q. no. 1829 (C.S.) (Quicklaw).; *Massa c. Massa*, [2005] J.Q. no. 15208 (C.S.), par. 8 (Quicklaw); *Nadeau c. 2866-55060 Québec inc.*, (2004) J.E. 2005-288 (C.S.); 2004 IJCan 50026; *Gestion Famille Vallières Inc. c. Gaudet*, 2006 QCCS 2940;

d'énormes coûts tant pour l'appareil judiciaire que pour les entreprises ou leurs parties prenantes.<sup>15</sup>

Il est donc hautement souhaitable que le législateur mette fin à ces incertitudes en définissant de façon claire, comme cela est fait aux articles 241 et ss. de la LCSA, les pouvoirs du juge s'il conclut à la présence d'une oppression.

Cela aurait pour avantage de rencontrer plusieurs objectifs désirables pour tous à savoir :

- a) une confiance accrue dans notre système judiciaire quant à sa capacité de trouver une vraie solution aux problèmes soumis;
- b) une économie potentielle des ressources judiciaires, améliorant ainsi d'autant une saine administration de la justice; et
- c) des économies substantielles de frais juridiques pour tous les débats, litiges et appels évités sur ce sujet, au bénéfice de tous, tant demandeurs que défendeurs, améliorant ainsi l'accessibilité à la justice;

Nous recommandons à nouveau de retenir la même orientation que la LCSA afin d'éviter de nouveaux débats d'interprétation qui pourraient durer des années si les textes avaient une facture rédactionnelle différente.

En s'harmonisant au recours fédéral, tous bénéficieraient :

- a) du vécu des professionnels avec ces lois;
- b) de la jurisprudence développée depuis plus de 30 ans; et
- c) de la plus grande sécurité et prévisibilité que procure un système connu et éprouvé.

---

<sup>15</sup> *Desautels c. Desautels*, EYB 2005-93281 (C.S.); *Carrier c. Omegachem*, 2005 IIJCAN 46879 (C.S.) 14 décembre 2005; *Dessureault c. Thibeault*, C.S. Témiscamingue, 610-17-000062-059, 17 mai 2005, L'Honorable Laurent Guertin; 2005 IIJCan 18091; D'autres décisions viennent jeter un bémol sur l'étendue des pouvoirs du juge sous 33 C.p.c. telles les décisions rendues le 22 janvier 2007 dans *Desjardins et als c. Desjardins* 2007 QCCS 1494 et le 4 juin 2007 dans *Désormeau c. Industries Désormeau Inc et als*, 500-11-026854-055 par l'Honorable Clément Gascon. Dernièrement, l'Honorable Brian Riordan dans la cause *Grant c. Dion* 2007 QCCS 4833 IIJCan, faisait le point et soulignait que tout le débat quant aux pouvoirs de la Cour supérieure reste entier de la façon suivante : « [30] *The doctrine and the case law have made much of late about the power of the Superior Court to render judgements to remedy oppressive-type behaviour in the context of companies created under the Companies Act. The current and, we feel, correct position is to the effect that our court has the power, through its legislated<sup>7</sup> and inherent jurisdiction, to intervene in such situations.*<sup>8</sup> [31] *The jury is still out, however, as to how far that interventionary power extends, in particular, in comparison to the anti-oppression powers granted under the CBCA.*<sup>9</sup> *Several decisions of our court wrestle with the issue, with judgements falling on both sides of the line.*<sup>10</sup> [32] *This judge favours broad remedial powers. In adopting this position, we base ourselves on the wording and intent of article 46 of the Code of Civil Procedure. That remarkable provision essentially codifies the inherent jurisdiction of our court and challenges us to perform our duty fully.* »

Comme les entreprises recherchent la prévisibilité, un système connu et balisé est hautement préférable pour les attirer.

### 3.2.3 L'action dérivée

Ce recours existe aussi en droit québécois déjà mais contrairement à la LCSA, il ne nécessite pas d'autorisation préalable.<sup>16</sup>

Toutefois, cet «avantage» n'en est un qu'en apparence seulement. En effet, celui qui veut faire valoir les droits de la compagnie par action dérivée sous le droit québécois a présentement deux écueils sur sa route : celui de l'accès à l'information et celui des ressources financières.

Les mécanismes d'autorisation de la LCSA nous semblent ceux qui donnent les meilleures garanties que 1) le recours a une « apparence de fondement » au bénéfice de la compagnie puisqu'un juge aura à vérifier *prima facie* l'apparence de droit et 2) que le recours pourra être exercé efficacement et véritablement au bénéfice de la compagnie.

En effet, au moment de l'autorisation, le tribunal statue sur qui agira aux droits de la compagnie, qui choisira son procureur et qui en assumera les coûts.

L'action étant alors intentée par la compagnie même, celle-ci aura plus facilement accès aux informations nécessaires pour faire valoir ses droits et on pourra éviter plusieurs débats longs, fastidieux et coûteux sur ses droits d'accès basés sur des objections telles que le secret professionnel auxquelles sont particulièrement confrontés les demandeurs en action dérivée sous le régime québécois qui n'ont pas la légitimité de parler au nom de la compagnie.<sup>17</sup>

De plus, le fait que la compagnie paie son procureur pour faire valoir ses droits est la seule façon de rétablir les forces en présence qui sont la plupart du temps disproportionnées.

Le demandeur dérivé pourra ainsi vérifier par le biais de l'autorisation préalable si les droits qu'il entend faire valoir pour la compagnie passent ce test *prima facie* quant à l'intérêt de la compagnie qu'un tel recours soit intenté pour elle et choisir de ne pas s'engager dans un long débat au mérite si la Cour n'est pas satisfaite que les critères sont rencontrés *prima facie*.

Le fait qu'une autorisation soit accordée risque aussi d'amener les personnes visées quant aux gestes reprochés à faire un examen de conscience plus tôt que tard et à trouver une solution de règlement à l'amiable, ce qui nous semble être dans l'intérêt de tous et de l'administration de la justice.

---

<sup>16</sup> *Lagacé c. Lagacé*, (1966) C.S. 489 à la page 499 ; voir aussi *Edifico Inc. c. Gaudette*, SOQUIJ AZ-92021319 (C.S.) ; *Simard c. Moisan*, AZ- 5039415,(C.S) décision du 12 octobre 2006, 2006 QCCS 512(IJCCan), *Désormeau c. Industries Désormeau Inc et als* , 500-11-026854-055,le 4 juin 2007 par l'Honorable Clément Gascon ;

<sup>17</sup> Chantal PERREAULT, « *Le secret professionnel de la compagnie dans les recours en oppression ou actions dérivées* » Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire, Les Éditions Yvon Blais, 2007, vol.277 pages 159 à 278.

Finalement, juste le fait que cela pourrait éviter un long débat sur la nomination d'un procureur à la compagnie ou sur l'inhabilité de celui qui a généralement déjà comparu au dossier nous semble aussi favoriser une telle démarche procurant de meilleures garanties quant à la réelle loyauté du procureur de la compagnie<sup>18</sup> et une économie de temps de la Cour et d'argent des justiciables, aspect non négligeable en ces temps où l'accessibilité à la justice est souvent décriée.

Ainsi, à nouveau, d'enclôser dans notre LCQ, un recours avec les mécanismes prévus aux articles 239 et 240 de la LCSA, aurait les avantages d'offrir :

- 1) une vraie protection des intérêts de la compagnie comme personne morale distincte;
- 2) un intérêt légitime pour demander l'accès aux documents corporatifs;
- 3) un procureur totalement indépendant des intérêts de ceux qui la contrôlent ou qui sont visés par l'action dérivée;
- 4) l'accès à ses ressources financières pour assurer sa capacité à faire valoir ses droits; et
- 5) la possibilité de référer à la jurisprudence connue et développée depuis plus de 30 ans procurant ainsi des économies et plus de prévisibilité.

L'autorisation favorise donc et facilite l'exercice des droits judiciaires de la compagnie et lui procure un meilleur équilibre des armes informationnelles et financières nécessaires à la poursuite de ses intérêts au lieu de n'être adjugé qu'à la fin du procès, si le demandeur dérivé est en mesure de s'y rendre.<sup>19</sup>

### **3.3 Propositions d'actionnaires**

Le législateur québécois a introduit en 2002 un mécanisme de propositions d'actionnaires qui se trouve aux articles 98.1 à 98.12 LCQ mais qui malheureusement n'est toujours pas en vigueur. Les dispositions de ce mécanisme reprennent à peu près tous les principes qui se trouvent à l'article 137 LCSA. Le concept de propositions d'actionnaires a été introduit dans la législation fédérale dans les années 1970, soit avant le rapport Dickerson, et origine de la Règle 14a-8 adoptée par le *Securities and Exchange Commission* des États-Unis en vertu de la *Securities Exchange Act of 1934*. Les dispositions de l'article 137 LCSA ont été revues et ont subi de

<sup>18</sup> CHANTAL PERREAULT, *L'avocat corporatif et les conflits d'intérêts: Quel maître servez-vous ?*, Développements récents en droit des affaires, Les Éditions Yvon Blais, 2003, vol.187, pp181 à 264.; CHANTAL PERREAULT, *Êtes-vous habiles à reconnaître votre conflit d'intérêts ?* Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire, Les Éditions Yvon Blais, 2003, vol.191, pp107 à 171.; CHANTAL PERREAULT, *L'affaire Gold; de la lumière sur les conflits d'intérêts des avocats corporatifs dans les litiges entre actionnaires?*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire, Les Éditions Yvon Blais, 2007, vol.271, pages 107 à 177.; *Avocats (Ordre professionnel des) c. Gold*, C.D. Bar., 2004-02-26; *Gold c. Avocats (Ordre professionnel des)*, 2006 QCTP 43; *Lafontaine c. Cogismaq International Inc.*, 2007 QCCS 5138( en appel); *9048-0252 Québec Inc. c. Basile*, 2007 QCCQ 1443.

<sup>19</sup> *Hornstein c. Hornstein* (C.S., 2006-02-07), 2006 QCCS 708, SOQUIJ AZ-50355807, B.E. 2006BE-427.

nombreuses modifications en 2001, notamment par l'incorporation de certaines modifications qui ont été apportées à la Règle 14a-8<sup>20</sup>.

Nous croyons que la nouvelle législation québécoise devrait s'inspirer du texte de l'article 137 LCSA qui pourrait d'ailleurs être amélioré à certains égards<sup>21</sup>. On pourrait même innover en permettant le remboursement des frais raisonnables encourus par l'actionnaire qui a formulé une proposition si, par exemple, elle a été adoptée à la majorité des actionnaires.

Dans la même veine, et toujours dans l'esprit de donner une voie aux actionnaires minoritaires, un mécanisme de droits de vote cumulatifs, comparable à celui de l'article 107 LCSA, devait également être introduit dans la nouvelle législation québécoise.

Peut-être qu'avec l'influence croissante de l'éthique et des règles de gouvernance sur les entreprises, certaines d'entre elles, plus avant-gardistes et soucieuses de projeter une image de « transparence » que les autres, prévoient dans leurs statuts un droit de vote cumulatif et ainsi permettront aux actionnaires minoritaires d'être possiblement en mesure d'élire un représentant au conseil d'administration.

### **3.4 Sollicitation de procurations<sup>22</sup>**

La LCQ dans sa forme actuelle ne contient aucune disposition encadrant le droit de solliciter des procurations d'actionnaires. Par contre, la LCSA de même que la plupart des lois provinciales sur les compagnies réglementent expressément ce droit en obligeant, dans certaines circonstances, l'envoi d'une circulaire en la forme prescrite en cas de sollicitation de procurations effectuée par la direction (ou pour son compte), ou par tout actionnaire dissident. L'objectif principal de ces règles est d'éviter qu'une personne n'obtienne le droit de voter et d'agir, lors d'assemblées, pour et au nom d'actionnaires qui auraient été mal avisés.

Au cours des dernières années, dans la foulée des réformes visant à accorder plus de droits aux actionnaires dissidents et pour favoriser la communication des actionnaires entre eux, la LCSA et d'autres lois provinciales ont été modifiées afin, notamment, d'éliminer l'obligation d'envoyer des circulaires de sollicitation de procurations dans certains cas. Ainsi, l'article 150(1.1) de la LCSA prévoit que dès que le nombre total d'actionnaires dont les procurations sont sollicitées ne dépasse pas quinze ou que la sollicitation est transmise par diffusion publique, discours ou

<sup>20</sup> 17CPR.240.14a-8

<sup>21</sup> Améliorations telles que (i) préciser que ce mécanisme peut être utilisé pour les assemblées extraordinaires, (ii) préciser que les actionnaires peuvent faire plusieurs propositions tel que l'article 98.2 LCQ le suggère, (iii) incorporer l'article 98.12 LCQ, qui est un texte complémentaire à celui de l'article 137(1)b LCSA, tout en conservant le droit de tout actionnaire de discuter et de soulever en assemblée toute question qui aurait pu faire l'objet d'une proposition, et ce, même si cet actionnaire n'a pas soumis de proposition d'actionnaire, (iv) modifier la mécanique des seuils prévus à l'article 137(1.1) LCSA pour qu'un actionnaire n'ait qu'à respecter les seuils au moment où il soumet sa proposition et conserver ses actions jusqu'à l'assemblée, au lieu d'avoir également à respecter lesdits seuils à la date de l'assemblée, comme c'est le cas actuellement, ce qui peut comporter comme conséquence de forcer l'actionnaire à acquérir de nouvelles d'actions si, par exemple, la valeur des actions a chuté, ou s'il y a eu une nouvelle émission d'actions après le dépôt de sa proposition, (v) ajouter le concept que si la proposition est soumise selon les délais et respecte les normes de l'article 137 LCSA, l'avis de convocation sera réputé contenir ladite proposition, (vi) etc.

<sup>22</sup> Texte auquel a contribué Me Guy Paul Allard et préparé conjointement avec le comité.

publication, conformément au règlement, l'envoi d'une circulaire de sollicitation de procurations n'est plus requis, sauf si la sollicitation est effectuée par la direction ou pour son compte.

Toutefois, certains observateurs considèrent que les règles concernant la sollicitation de procurations contenues dans la LCSA empêchent la libre communication entre les actionnaires, ce qui gêne leur participation à la régie des entreprises<sup>23</sup>.

Au Québec, la LVM contient déjà des dispositions largement inspirées de la LCSA en matière de sollicitation de procurations qui s'appliquent aux émetteurs assujettis. En principe, les règles de la LVM s'appliquent à la très grande majorité des compagnies qui ont suffisamment d'actionnaires pour déclencher l'application des règles relatives aux circulaires de sollicitation de procurations.

Quant aux compagnies privées, nous sommes d'avis qu'il y aurait lieu d'incorporer dans la LCQ des dispositions visant la sollicitation des procurations, équivalentes à celles contenues dans la LCSA, afin d'assurer la protection des actionnaires de qui des procurations sont sollicitées. Néanmoins, ces règles devraient également tenir compte des exceptions et exemptions qui ont été créées dans la LCSA afin de favoriser la communication entre actionnaires, notamment dans le cas de sollicitation auprès de 15 actionnaires ou moins ou lorsque la sollicitation est diffusée publiquement. En ce qui a trait à la procédure entourant la sollicitation de procurations, nous suggérons tout simplement de renvoyer aux dispositions de la LVM afin d'éviter un dédoublement inutile entre les deux lois.

### **3.5 *Le droit de dissidence***

La LCQ ne prévoit pas de droit de dissidence aux actionnaires. Plusieurs lois corporatives canadiennes dont la LCSA confèrent à l'actionnaire un droit de dissidence lorsqu'il est en désaccord avec l'un des changements importants énoncés à l'article 190 LCSA. L'article 190 LCSA prévoit un mécanisme détaillé aux termes duquel la compagnie a l'obligation de payer à l'actionnaire dissident la juste valeur de ses actions. Le droit de dissidence a pour but la création d'un équilibre entre les droits et les intérêts respectifs des actionnaires minoritaires et majoritaires de la compagnie. Le droit permet à la compagnie d'effectuer des changements importants auxquels elle ne pourrait pas obtenir le consentement unanime de ses actionnaires.

À la lumière de notre position favorable à l'ajout de divers droits bénéficiant aux actionnaires minoritaires notamment le recours en oppression et l'action dérivée, nous considérons que le droit de dissidence doit être inclus à la LCQ afin notamment de limiter les situations où un actionnaire minoritaire pourrait considérer qu'un tel changement important est soit injuste envers lui ou contraire à ses intérêts. L'ajout de ce droit à caractère préventif permettra d'éviter la multiplication de recours curatifs contre la compagnie.

Quant au texte spécifique de cette nouvelle disposition, nous croyons que l'adoption d'un libellé similaire à l'article 190 LCSA est approprié. Il y a un nombre important de décisions appliquant

---

<sup>23</sup> MARGARET SMITH, *Loi canadienne sur les sociétés par actions : communications relatives aux actionnaires*, Gouvernement du Canada, division du droit et du gouvernement, PRB 99-33F, 18 janvier 2000.

cette disposition et plusieurs analyses doctrinales dont nos cours pourront bénéficier lors de l'interprétation et l'application de cette nouvelle disposition de la LCQ.

## **CHAPITRE 4 DROITS ET DEVOIRS DES ADMINISTRATEURS**

### **4.1 *Considérations générales***

La législation sur les sociétés impose des devoirs de prudence, diligence, loyauté et bonne foi aux administrateurs afin de les responsabiliser dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions et de leurs pouvoirs. Tout en reconnaissant la pertinence de ces devoirs, il est important d'avoir à l'esprit leurs effets potentiellement négatifs sur la gouvernance lorsque leur mise en application se traduit par des niveaux de responsabilité élevés pour les administrateurs. En effet, dans ce cas, l'équipe de direction peut en venir à craindre de prendre des décisions risquées pouvant mettre en cause leur responsabilité, malgré les bénéfices qu'elles peuvent engendrer, au détriment du patrimoine de la société. De plus, les administrateurs peuvent être tentés de passer plus de temps à instituer des mécanismes destinés à atténuer leur responsabilité, plutôt que d'assumer leur responsabilité générale de gérance du patrimoine. Finalement, il peut être plus difficile de recruter de nouveaux administrateurs, en particulier dans les sociétés en croissance, caractérisées par des opérations plus risquées. Dans ce contexte, la législation sur les sociétés devrait chercher un équilibre entre l'imposition de normes de conduite aux administrateurs, par l'entremise des devoirs, et la protection des décisions d'affaires prises de bonne foi dans l'intérêt de la société.

Dans cette optique, on devrait s'assurer que la responsabilité des administrateurs n'est pas plus large que celle prévue à la LCSA puisque l'arrêt *Crabtree*<sup>24</sup> a reconnu que sous la LCSA, les administrateurs n'avaient pas de responsabilité statutaire pour les indemnités de départ ce qui n'est pas aussi clair sous la LCQ.

### **4.2 *La codification de la règle de l'appréciation commerciale***

Au Canada, les tribunaux ont traditionnellement fait preuve de déférence à l'égard des décisions des administrateurs, comme le rappelait la Cour suprême dans l'arrêt *Wise*: « [l]es tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. »<sup>25</sup> Cette déférence a pour effet d'offrir une protection aux administrateurs dans le contexte de recours en responsabilité destinés à sanctionner des manquements au devoir de prudence et diligence. Elle vise, en parallèle, à préserver l'autorité décisionnelle du conseil d'administration. Elle est désignée couramment par l'expression « règle de l'appréciation commerciale » (*business judgment rule*).

Dans l'arrêt *Wise*, la Cour suprême a proposé une nouvelle règle de l'appréciation commerciale selon laquelle les tribunaux devraient s'abstenir de tenir les administrateurs responsables pour les

<sup>24</sup> *Barrette c. Crabtree*, [1993] 1 R.C.S. 1027

<sup>25</sup> *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, par. 67.

dommages découlant de « mauvaises » décisions d'affaires lorsque deux conditions sont satisfaites. La première concerne la qualité du processus décisionnel et exige que les administrateurs aient agi avec prudence en s'appuyant sur les renseignements raisonnables disponibles. La seconde condition implique un examen de la substance de la décision prise : « Les décisions prises doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir »<sup>26</sup>.

Malgré les précisions de la Cour suprême, le développement de la règle du jugement d'affaires par les tribunaux se fait de manière ponctuelle en ce qu'il est tributaire des décisions portant sur des litiges impliquant la prise de décisions par les administrateurs. Dans ce contexte, les efforts de raffinement des tribunaux se déploient à long terme. De plus, les décisions judiciaires laissent de nombreuses questions en suspens quant à l'application et au fonctionnement de cette règle. Pour cette raison, il semble opportun de procéder à une codification de la règle du jugement d'affaires dans la législation<sup>27</sup>.

La codification de la règle du jugement d'affaires soulèvera vraisemblablement des objections de la part d'opposants qui préféreront le maintien d'une règle jurisprudentielle. L'examen de l'expérience anglaise et australienne fait ressortir deux types d'objections à la codification de la règle du jugement d'affaires : des objections d'ordre technique et des objections d'ordre substantif. En ce qui concerne les objections techniques, certains ont fait valoir qu'il n'était pas possible de « codifier » la règle du jugement d'affaires dans une disposition législative<sup>28</sup>. Sans remettre en cause les difficultés de la codification, force est de constater qu'elles ont été surmontées en Australie. D'autres critiques ont remarqué que l'intégration d'une telle règle issue du droit américain pouvait soulever des problèmes de compatibilité avec la législation nationale sur les sociétés. Tout en reconnaissant la nécessité de faire preuve de prudence dans la transposition des principes juridiques étrangers, nous pouvons douter que la règle du jugement d'affaires soulève des difficultés majeures d'arrimage avec le droit canadien des sociétés. Tant les principes sous-jacents à cette règle que certaines de ses conditions sont déjà reconnus par la jurisprudence qui s'est développée pour interpréter les devoirs des administrateurs dans la législation canadienne.

Du point de vue substantif, des auteurs ont remarqué que l'objectif sous-jacent à l'adoption de la règle du jugement d'affaires n'avait pas été formulé de manière satisfaisante. Avec égard, il semble que les justifications qui sous-tendent la règle ont été présentées de manière très étoffée par les tribunaux et les commentateurs. D'autres mettent l'accent sur l'incertitude, la complexité et la rigidité des conditions de la règle du jugement d'affaires qui pouvaient mener à des résultats non souhaités lors de l'application. En ce qui concerne l'incertitude, nous devons admettre qu'il n'est pas aisé de déterminer si une règle législative est plus prévisible qu'une règle jurisprudentielle. Cependant, cet élément ne devrait pas être déterminant en l'absence d'une preuve concrète de la supériorité de la règle jurisprudentielle. Quant à la rigidité de la règle, nous

---

<sup>26</sup> *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, par. 67.

<sup>27</sup> Voir, en ce sens, Voir S. ROUSSEAU, « Le rôle des tribunaux et du conseil d'administration dans la gouvernance des sociétés ouvertes : réflexions sur la règle du jugement d'affaires », (2004) 45 *C. de D.* 469.

<sup>28</sup> Pour une présentation des critiques, voir J.H. FARRAR, « Towards a Statutory Business Judgment Rule in Australia », (1999) 9 *Aust. J. Corp. L.* 3.

pouvons en douter puisque les critères qui sont identifiés comme complexes fournissent indubitablement une flexibilité à la règle.

En somme, ces critiques n'érigent pas des obstacles insurmontables à la codification de la règle du jugement d'affaires. Étant donné les bénéfices que générera une formulation plus précise de cette règle, il paraît donc opportun d'amorcer des travaux destinés à en établir les contours.

### 4.3 *La gouvernance d'entreprise*

La gouvernance fait désormais partie du vocabulaire de toute personne intéressée au fonctionnement des entreprises. Parmi les nombreuses définitions offertes, nous retenons celle qui conçoit la gouvernance d'entreprise comme référant aux mécanismes de fonctionnement, de contrôle et de responsabilisation qui régissent la prise de décisions dans les sociétés<sup>29</sup>. L'objectif de la gouvernance d'entreprise est de favoriser la maximisation de la valeur des sociétés dans l'intérêt des actionnaires et des autres parties prenantes (*stakeholders*).

Depuis la fin des années 1970, la gouvernance d'entreprise fait l'objet d'une attention croissante de la part des régulateurs qui ont élaboré diverses mesures destinées à améliorer la prise de décisions dans les sociétés. Durant la première vague de réformes, les comités ont épousé l'approche facultative qui caractérise la législation sur les sociétés. Ils ont préféré retenir la voie de l'autoréglementation dans leurs recommandations afin de laisser le soin aux membres des sociétés d'élaborer leur propre régime de gouvernance à la lumière des recommandations formulées. La mise au jour des scandales financiers des sociétés américaines Enron, Worldcom, Adelphia et Tyco, a mené à un changement de cap important en matière de réglementation de la régie d'entreprise. Aux États-Unis, le Congrès a adopté la *Sarbanes-Oxley Act* qui édicte de nouvelles mesures pour contrer les fraudes et les malversations financières.

Au Canada, les réformes ont été instituées par les ACVM qui ont retenu une approche mitoyenne. Le Règlement 58-101 établit des obligations de divulgation précises sur les pratiques de gouvernance des émetteurs. Il exige que les émetteurs divulguent leurs pratiques de gouvernance. De son côté, l'Instruction générale 58-201 énonce des pratiques exemplaires de gouvernance qui ne sont pas obligatoires. Pour sa part, l'approche impérative a pris la forme de trois règlements des ACVM faisant écho à la loi Sarbanes-Oxley, à savoir le Règlement 52-108 sur la surveillance des vérificateurs, le Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des sociétés et le Règlement 52-110 sur le comité de vérification. Bien qu'elles proviennent de sources différentes, ces initiatives de réforme partagent deux grandes caractéristiques. Elles font du conseil d'administration leur point de mire en cherchant à renforcer la fonction de surveillance. De plus, elles visent à améliorer la qualité et l'intégrité de l'information transmise aux investisseurs afin d'améliorer l'efficacité des instruments marchands comme mécanismes disciplinaires. En bout de ligne, ces initiatives

---

<sup>29</sup> Gérard CHARREAUX (dir.), *Le gouvernement des entreprises*, Paris, Économica, 1997, p. 1; Voir; Paul FRENTROP, *A History of Corporate Governance 1602-2002*, Amsterdam, Deminor, 2003, p. 7-12; Réal LABELLE et Stéphane ROUSSEAU, "Réglementation financière, éthique et gouvernance", (2007) 32:1 *Gestion* 39; Lilian MILES et Giles PROCTOR, *Corporate Governance*, Londres, Cavendish Publishing, 2002, p. 3; Roland PÉREZ, *La gouvernance de l'entreprise*, Paris, Éditions La Découverte, 2003; Andrei SHLEIFER et Robert W. VISHNY, « A Survey of Corporate Governance », (1997) 52 *J. Fin.* 737.

contribuent toutefois à accroître l’empiètement du droit des valeurs mobilières sur des questions relevant traditionnellement du droit des sociétés.

Le document de consultation soulève la question de l’opportunité d’intégrer des dispositions relatives à la gouvernance d’entreprise dans la nouvelle législation sur les sociétés. Dans la mesure où la notion de gouvernance vise le conseil d’administration, notamment sa structure et sa composition, nous estimons qu’il n’est pas souhaitable que la législation sur les sociétés édicte des dispositions à cet égard. D’une part, pour les sociétés ouvertes ayant le statut d’émetteur assujéti, ces questions sont déjà régies par les instruments des ACVM. D’autre part, pour les sociétés à capital fermé, nous estimons que ces questions relèvent de l’ordonnancement privé et des choix que peuvent faire leurs membres (administrateurs, dirigeants et actionnaires). Imposer des pratiques exemplaires aux sociétés à capital fermé serait faire fausse route, compte tenu de la diversité de telles sociétés. Énoncer à titre indicatif des pratiques exemplaires pour ces sociétés serait redondant avec celles qui existent déjà dans l’Instruction 58-201.

#### **4.4 *Le devoir de diligence***

Dans l’environnement législatif canadien des sociétés par actions, le devoir de diligence imposé aux administrateurs constitue un outil important permettant de régir l’action de ceux-ci. En effet, dans une société caractérisée par la concentration de l’actionnariat, force est d’admettre que le droit de vote est souvent de bien peu d’utilité pour les actionnaires minoritaires et les impératifs reliés aux différents marchés (marché du travail, marché financier et marché des biens et services) qui permettent d’exercer un certain contrôle sur les administrateurs ne s’appliquent qu’à quelques sociétés publiques. Ainsi, il apparaît que le devoir de diligence imposé aux administrateurs est non seulement un outil de gouvernance qui peut s’avérer efficace, mais aussi un moyen de faire intervenir les tribunaux pour sanctionner la gouvernance des entreprises québécoises.

Actuellement, le devoir de diligence imposé aux administrateurs des compagnies du Québec prend sa source dans le CCQ.<sup>30</sup> Même si l’article 322 CCQ semble imposer les mêmes obligations aux administrateurs que l’article 121 LCSA<sup>31</sup> et que les dispositions similaires en vigueur dans les autres provinces canadiennes, nous considérons que dans la perspective de l’effort de réforme de la LCQ, il serait souhaitable de retrouver le devoir de diligence des administrateurs dans cette nouvelle loi.

---

<sup>30</sup> art. 321 : «L’administrateur est considéré comme mandataire de la personne morale. Il doit, dans l’exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi, l’acte constitutif et les règlements lui imposent et agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés.»

art. 322 : «L’administrateur doit agir avec prudence et diligence.

Il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans l’intérêt de la personne morale.»

<sup>31</sup> «Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir :

- a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;
- b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve en pareilles circonstances, une personne prudente.»

Nous recommandons donc que la nouvelle loi contienne une disposition expresse et impérative imposant aux administrateurs et aux dirigeants d'exercer leur fonction avec diligence, loyauté et bonne foi. Une telle disposition constitue non seulement un moyen de régir le comportement des administrateurs et des dirigeants, mais elle peut aussi être utilisée par ces derniers comme moyen de défense face à une poursuite. Il est à noter que l'arrêt *Peoples* a édicté que le devoir de diligence imposé par l'article 122(1) LCSA doit s'apprécier suivant une norme objective qui est celle de la personne raisonnablement prudente et diligente. Lors de travaux qui précéderont la rédaction de la nouvelle loi, nous croyons qu'il y a lieu de s'interroger à savoir si la norme objective qui permettrait le mieux la réalisation de l'objectif d'une telle disposition ne serait pas celle de l'administrateur ou du dirigeant raisonnable possédant les connaissances minimales nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions.

#### 4.5 *Les conflits d'intérêts*

Pour ce qui est des normes régissant les conflits d'intérêts des administrateurs des compagnies québécoises, nous les retrouvons actuellement dans le CCQ<sup>32</sup> et comme nous l'avons soulevé précédemment, nous croyons souhaitable que la nouvelle loi sur les compagnies intègre ce type de norme afin que les devoirs et obligations des administrateurs soient circonscrits avec plus de clarté. Les règles entourant les conflits d'intérêts constituant en fait la pierre angulaire du devoir de loyauté des administrateurs, il est à notre avis primordial de porter une attention particulière à cette question.

Il existe deux façons de traiter la question du conflit d'intérêts des administrateurs : 1) l'obligation de dénoncer l'existence d'un conflit d'intérêts et 2) l'obligation de se retirer des délibérations et de s'abstenir de voter lorsqu'une question soulevée place un ou des administrateurs en situation de conflit d'intérêts. Actuellement, autant dans la LCSA que dans le CCQ, c'est la première option qui est privilégiée.

Dans la préparation de la nouvelle loi, nous croyons qu'il serait souhaitable que le législateur évalue la possibilité d'adopter la deuxième option. L'obligation de se retirer des délibérations et de s'abstenir de voter dans une situation de conflit d'intérêts est devenue une règle de bonne gouvernance répandue et elle entre en ligne avec la protection de l'intérêt de la société. Cette option soulève des questions importantes, entre autres lorsque des administrateurs sont poursuivis ou sont parties à un litige entre actionnaires. Comment ces derniers peuvent-ils alors s'acquitter de leurs fonctions avec l'indépendance nécessaire afin de sauvegarder l'intérêt de la

---

<sup>32</sup> art. 322 al.2

et

art. 324. : «L'administrateur doit éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur.

Il doit dénoncer à la personne morale tout intérêt qu'il a dans une entreprise ou une association susceptible de le placer en situation de conflit d'intérêts, ainsi que les droits qu'il peut faire valoir contre elle, en indiquant, le cas échéant, leur nature et valeur. Cette dénonciation d'intérêt est consignée au procès-verbal des délibérations du conseil d'administration ou à ce qui en tient lieu.»

compagnie et qui pourra donner instructions aux avocats représentant la compagnie<sup>33</sup> ? Il s'agit là d'une question qui a un impact indéniable sur la bonne gouvernance autant des compagnies publiques que privées et qui devrait à notre avis être abordée dans la nouvelle loi. Lors de l'étude de cette question, il faudra inévitablement se poser la question du pouvoir des tribunaux lorsque tous les membres d'un conseil d'administration sont en conflit d'intérêts. Auront-ils le pouvoir de nommer un ou des administrateurs indépendants ou celui de nommer des avocats à la compagnie ? Un comité *ad hoc* pourra-t-il être formé ? La question du devoir de loyauté des administrateurs lors d'une prise de contrôle est aussi un aspect qui devra à notre avis être étudié.<sup>34</sup>

#### 4.6 *Les clauses d'exonération (Raincoat provisions)*

À l'occasion des discussions entourant la réforme de la LCQ, il sera certainement question de l'opportunité d'inclure ou non une disposition habilitante permettant l'adoption d'une clause d'exonération dans les statuts de constitution. Tout dépendant de son étendue, une clause d'exonération consiste principalement à limiter la responsabilité des administrateurs. Aux États-Unis, le Delaware et certains autres états permettent que les compagnies incluent un tel type de clause dans leurs statuts de constitution, mais au Canada l'article 122(3) LCSA<sup>35</sup> le prohibe explicitement.

À cet effet, nous croyons qu'il serait souhaitable que le législateur québécois s'inspire de la disposition précitée et rejette la possibilité d'insérer une clause d'exonération dans les statuts. Il est possible de créer un équilibre suffisant entre l'imputabilité et la protection des administrateurs autrement que par l'adoption d'une telle clause. De fait, comme il a été exprimé, la responsabilité des administrateurs devant être analysée sous l'angle de la règle de l'appréciation commerciale, les administrateurs devraient pouvoir utiliser la défense de diligence raisonnable.

---

<sup>33</sup> Sur cette question, voir : PERREAULT, Chantal, «L'affaire Gold : de la lumière sur les conflits d'intérêts des avocats corporatifs dans les litiges entre actionnaires», Service de la formation continue du Barreau du Québec 2007, Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire, volume 271, pp. 107-177.

<sup>34</sup> En ce sens, voir : ROUSSEAU, Stéphane et Patrick DESALLIERS, «Les devoirs des administrateurs lors d'une prise de contrôle : Étude comparative du droit du Delaware et du droit canadien», Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p183 ss.

<sup>35</sup> «Sous réserve du paragraphe 146(5), aucune disposition d'un contrat, des statuts, des règlements administratifs ou d'une résolution ne peut libérer les administrateurs ou les dirigeants de l'obligation d'agir conformément à la présente loi et à ses règlements d'application ni des responsabilités découlant de cette obligation»

## **CHAPITRE 5 AUTRES QUESTIONS**

En plus des considérations traitées ci-dessus, plusieurs autres questions méritent d'être soulevées et étudiées dans le cadre de la réforme de la LCQ. La liste qui suit n'est certes pas limitative mais tente d'adresser diverses préoccupations qui, si elles sont résolues, favoriseront le plein accomplissement des objectifs énoncés au début de ce présent mémoire.

### **5.1 *Compagnie à responsabilité illimitée***

Trois juridictions provinciales canadiennes permettent actuellement la constitution de sociétés par actions à responsabilité illimitée, soit la Nouvelle-Ecosse, l'Alberta et plus récemment, la Colombie-Britannique. Chacune de ce type d'entités comporte des variantes au plan technique, particulièrement quant aux moments et conditions dans lesquelles la responsabilité illimitée pouvait être recherchée par les créanciers, mais elles ont toutes l'avantage d'être reconnues comme des «*pass-through entities*» aux fins des lois fiscales américaines et se sont avérées jusqu'à récemment très utiles aux entreprises sous contrôle américain dans leur planification fiscale, de sorte que les autorités publiques de la Nouvelle-Ecosse et de l'Alberta ont bénéficié de la constitution d'un grand nombre de ces entités pour satisfaire à des besoins de planification stratégique et fiscale. Une certaine incertitude semble toutefois s'être installée récemment suite à la publication des modifications proposées au traité fiscal Canada-USA. Dans le contexte concurrentiel de «*shopping*» de juridiction, le Québec aurait tout avantage à suivre cette situation de près et insérer à sa loi un régime plus évolué propre à rendre le Québec une juridiction attrayante pour l'établissement du siège de sociétés à moins que les avantages n'aient complètement disparus ou qu'il soit à peu près certain qu'ils disparaîtront.

Par ailleurs, si d'autres formes juridiques particulières s'avèrent intéressantes tout en respectant les principes directeurs fondamentaux, l'on pourrait aussi les considérer. Voilà des avenues qu'il y a lieu d'étudier plus à fond afin de rendre la LCQ encore plus moderne, avantageuse et attrayante pour les entrepreneurs et investisseurs.

### **5.2 *La Loi et les PME (assouplissement du régime des PME)***

Dans le cadre de la modernisation du droit des compagnies, une question se pose quant à savoir si le législateur devrait soit avoir une loi spéciale visant expressément les plus petites entreprises – les PME, en l'occurrence – soit prévoir des dispositions spécifiques à l'égard des PME, ou encore ne prévoir aucun changement à la structure générale de la LCQ à cet égard.

Une autre perspective à prendre en considération est la nature même de la PME – fermée, ouverte, nombre d'actionnaires, etc. De nombreuses combinaisons émergent quant à l'établissement et l'application ou non de règles simplifiées.

Par ailleurs, il faut également revenir au point de départ et aux buts de la réforme qui sont d'harmoniser, de corriger les lacunes, d'améliorer et, au bout du compte, d'uniformiser les règles du jeu pour les « clients » au Québec – surtout pour les PME.

Sur la question d'harmonisation, on ne retrouve, de fait, aucune des juridictions au Canada qui ait cru bon de prévoir des dispositions spécifiques aux PME. Peut-on dire que les éléments opérationnels au Québec ou fonctionnels sont à corriger? À cet égard, les règles qui existent aujourd'hui sont, à quelques exceptions près, similaires à la plupart de celles des autres juridictions qu'il s'agisse de constitution en société, d'organisation, d'assemblée, de dissolution ou de fusion.

Notre impression est que même pour les PME, les règles actuelles sont assez simples et qu'elles permettent déjà certains assouplissements lorsque organisées ainsi. Il y a également un mérite à l'apport d'une certaine rigueur et formalité sur le plan du maintien et du fonctionnement d'une entité juridique. Nous ne croyons pas que l'élaboration d'une loi visant spécifiquement les PME ou qu'une section spéciale de PME dans le cadre de la LCQ soit nécessaire, bien que certains assouplissements pourraient être envisagés.

### **5.3 Obligation de résidence pour les administrateurs**

La juridiction de la LCQ a souvent été choisie par des entreprises étrangères en partie en raison du fait que les compagnies qu'elle régit n'ont pas l'obligation de maintenir un minimum d'administrateurs résidents canadiens. Il s'agit là d'un avantage important sur la plupart des autres juridictions canadiennes<sup>36</sup> et sur celle du fédéral. Le Rapport *Dickerson*<sup>37</sup> ne recommandait d'ailleurs pas d'insérer une telle obligation de résidence pour les administrateurs dans la LCSA. Les auteurs dudit rapport étaient plutôt d'avis que le gouvernement pouvait toujours exiger un tel minimum par voie de législation spéciale pour un type particulier d'industries lorsque cela s'avèrerait nécessaire.

À notre avis, l'obligation que le conseil d'administration d'une compagnie soit composé d'un pourcentage minimum de résidents canadiens ne devrait donc pas être envisagée.

### **5.4 Améliorations au REQ et version anglaise**

Le document de consultation avance l'idée que la réforme de la LCQ devrait avoir notamment pour objectif de faire en sorte qu'elle devienne suffisamment attractive pour que les entreprises étrangères désirant faire affaires au Québec soient incitées à se constituer sous sa juridiction. Pour réaliser un tel objectif cependant, nous croyons qu'en plus des questions de droit substantif deux conditions essentielles doivent impérativement être rencontrées, soit : (i) la qualité de la version anglaise de la loi et (ii) la qualité et la rapidité des services du REQ.

En effet, la version anglaise de la LCQ doit être irréprochable et de la plus haute qualité. Cela implique non seulement de s'assurer que l'anglais courant utilisé soit irréprochable, mais également de s'assurer que les concepts juridiques utilisés dans la version anglaise soient compatibles avec les *us* et coutumes juridiques (y incluant les juridictions anglophones ou

<sup>36</sup> Hormis la juridiction du Québec, seules les juridictions de la Colombie-Britannique, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Nouvelle-Écosse n'ont pas d'exigence de résidence.

<sup>37</sup> DICKERSON, Robert W. V., HOWARD, John L., GETZ, Leon, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, Information Canada, 1971, Vol 1 (page 80 par. 201) et Vol. 2 (art. 9.04(2)).

américaines) du monde des affaires, tout en respectant les concepts civilistes. Il importe que la version anglaise de la nouvelle LCQ, plus encore que bien d'autres lois, soit compréhensible pour un large auditoire du monde des affaires. Le législateur pourrait à cet égard tenir compte du travail colossal et déjà bien amorcé par le ministère de la Justice Canada pour l'harmonisation de la LCSA avec le droit civil québécois<sup>38</sup>.

De plus, pour atteindre les objectifs d'attraction et d'efficacité souhaités, toute entreprise devrait être en mesure de pouvoir communiquer efficacement avec le gouvernement, et ce tant en anglais qu'en français (langue des statuts et annexes, formulaires, services téléphoniques du REQ etc.). À titre d'exemple, seules des versions françaises des formulaires requis en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises* peuvent actuellement être déposées auprès du REQ, ce qui contribue à une perception que le régime québécois est difficile et étrange<sup>39</sup>.

Qui plus est, afin de rendre l'environnement québécois encore plus attrayant à l'investissement, l'on devrait améliorer la qualité et la rapidité des services du REQ qui sont perçus par plusieurs comme lents<sup>40</sup>, inefficaces, difficiles d'accès<sup>41</sup>, ce qui donne une image peu flatteuse de la fonction publique québécoise. Au fédéral, tous les formulaires et la documentation sont dans les deux langues officielles et les services, en plus d'être très efficaces et professionnels, sont facilement accessibles tant en anglais qu'en français. Ne serait-ce que pour ces raisons, de nombreux praticiens recommanderont à tort ou à raison une incorporation fédérale à leurs clients, surtout pour les clients dont la langue première n'est pas le français.

Par conséquent, même si nous sommes en mesure de produire une législation efficace, moderne et adaptée tant aux petites qu'aux grandes entreprises, il demeurera toujours difficile de convaincre des entreprises étrangères ou des collègues des autres provinces d'utiliser une compagnie de juridiction québécoise si nous ne nous assurons pas d'abord de la qualité de la langue anglaise utilisée dans la loi et ensuite que des mesures auront été prises pour garantir une qualité et une efficacité de premier plan des services gouvernementaux requis pour son administration.

## 5.5 *Nouvelles technologies*

La modernisation de la LCQ représente une occasion privilégiée de faire en sorte que la nouvelle loi reflète les nouvelles réalités électroniques et qu'elle soit suffisamment souple pour pouvoir

---

<sup>38</sup> Voir : ministère de la Justice Canada, *Harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec, Troisième série de propositions visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec – Document de consultation Février 2008; L'harmonisation de la Loi canadienne sur les sociétés par actions avec le droit civil québécois – Proposition de révision*, (2008) 42 Revue Thémis 310 pp.

<sup>39</sup> BAKER, Ash V. H., *Extra-provincial Corporate Registrations in Canada*, LexisNexis, 2008 à la page 137 : « Many extra-provincial registrants, particularly those controlled by unilingual Anglophones, will find Quebec's extra-provincial registration regime difficult and awkward. (...) In addition, it gives the impression of having been drafted in French and translated into English, adding to the air of unfamiliarity »

<sup>40</sup> Délais de traitement de plusieurs semaines ou mois. Par exemples : Statuts de modifications 95 jours, fusion 15 jours, Statuts de modifications pour fin de rectification 17 semaines, dissolution 2 mois, photocopie de documents 10 semaines etc.

<sup>41</sup> Ligne occupée, délais d'attente de 10 à 15 minutes et parfois même demande de rappeler plus tard parce que tous les préposés sont occupés.

s'adapter aux avancées technologiques ultérieures qui sont inexorablement appelées à survenir au cours des prochaines années.

À cet égard, permettre le vote par voie électronique lors des assemblées des actionnaires et des réunions du conseil, tel que proposé dans le document de consultation, nous semble être une mesure qui viendrait confirmer ce qu'un grand nombre de compagnies font déjà, et devrait donc pouvoir rapidement s'intégrer aux pratiques courantes des compagnies. Cette mesure favorisera une saine gouvernance et pourrait également entraîner une meilleure participation des actionnaires aux assemblées. Toutefois, il importe de préciser que la participation ou le vote électronique ne saurait faire en sorte de perturber le caractère délibérant des assemblées. En conséquence, la tenue d'une réunion physique devrait rester la règle à moins de renonciation expresse de tous les actionnaires sauf exceptions, notamment pour les sociétés ouvertes en certaines circonstances à définir.

Qui plus est, nous croyons qu'il y a lieu, à l'instar de ce que prévoit désormais la LCSA, de permettre la transmission de documents par voie électronique aux actionnaires ou aux administrateurs. Cette pratique s'est largement répandue au cours des dernières années. Encore une fois, il y a lieu de s'assurer que la nouvelle loi encourage l'adoption de méthodes permettant d'accroître le niveau de communication avec les actionnaires, les administrateurs et la direction.

Finalement, nous recommandons fortement la mise en place d'un système de dépôt électronique au REQ (**voir le paragraphe 5.4 pour nos commentaires détaillés sur l'efficacité du REQ**). En effet, rien ne justifie désormais la lourdeur du mécanisme de dépôt québécois et la lenteur de l'obtention de confirmation de dépôt. À cet égard, il y aurait lieu de s'inspirer, tel que suggéré dans le document de consultation, des sites Internet de Corporations Canada et Oncorp. La rapidité, l'efficacité et la commodité sont toutes des raisons qui militent grandement en faveur d'un système de dépôt de documents électroniques.