

Les Cahiers de droit



Quelques problèmes relatifs à l'intégrité des administrateurs de compagnie

Marc Giguère

Volume 7, Number 1, April 1965

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004212ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004212ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Giguère, M. (1965). Quelques problèmes relatifs à l'intégrité des administrateurs de compagnie. *Les Cahiers de droit*, 7(1), 30–57. <https://doi.org/10.7202/1004212ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1965

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Quelques problèmes relatifs à l'intégrité des administrateurs de compagnie⁽¹⁾

MARC GIGUÈRE*

Le dépistage de l'abus de confiance et l'illégitimité des profits personnels réalisés grâce aux fonctions

En marge de l'hypothèse des prêts ou des contrats, les occasions ne manquent pas à l'administrateur de société⁽²⁾ de pouvoir tirer avantage de l'étendue et d'une certaine plasticité de ses fonctions. Gardien des capitaux qui lui ont été confiés, mandataire, agent ou voire même organe de la société qui les administre, il incarne par surcroît, à l'attention des tiers, la représentation sensible et humanisée d'une fiction juridique dont la personnalité dite morale n'est guère de nature à les inspirer, sauf peut-être si elle offre les attraits de l'opulence.

La loyauté de l'administrateur ne saurait donc être menacée que de l'intérieur ; elle peut, de l'extérieur, être assaillie par des tentations non moins pressantes. Sur les possibilités suggérées par les pratiques et aléas de la vie intérieure de la société, la loi a dressé les paravents que nous avons décrits en examinant la réglementation relative à l'élimination des indésirables, la prohibition des prêts, la divulgation des intérêts aux contrats avec la société. A ces mesures, il faut ajouter la réglementation sur la spéculation éventuelle des administrateurs grâce aux informations obtenues dans l'exercice de leur fonction. Nous avons cru devoir différer à la présente section l'étude de ce problème parce qu'il commandait l'application de principes non identiques aux précédents.

(*) I.I.d., professeur auxiliaire à la Faculté de Droit.

(1) Extrait d'un ouvrage du même auteur sur "Les devoirs des dirigeants de compagnies — étude comparative", section 4 du chapitre 3 sur l'intégrité de la gestion.

(2) Il s'agit toujours, au cours du présent exposé, de la "société par actions" que nous appelons communément "compagnie".

A cette question, on pourra adjoindre celle, non moins délicate, relative au devoir de non-concurrence, qui pose une épine aussi bien dans l'articulation du droit que sur la conscience de l'administrateur. On trouvera là la matière d'un premier paragraphe à la présente section.

Fera l'objet d'un second paragraphe, et ce sera le dernier complètement au présent chapitre, la plus générale question des profits personnels tirés de l'exercice des fonctions, de même que son importante application en matière de *take-over bids* ou tentatives faites par une société ou individu de s'emparer du pouvoir ou de la propriété d'une autre société, avec le secours généralement efficace, semble-t-il, d'offrir aux administrateurs de cette dernière une compensation pour perte ou nouvelle orientation de leur emploi. Nous verrons combien cette dernière hypothèse a été négligée en certaines législations.

De quelque hypothèse qu'il s'agisse, il n'est pas douteux que l'intention de la loi a été de dépister et de démasquer l'abus de confiance dans toutes ses directions, de même que de faire échec à l'appropriation de profits personnels aux dépens d'une fonction qu'on tend à reconnaître comme distincte de celui ou de ceux qui l'occupent.

PAR. I — LE DÉPISTAGE DE L'ABUS DE CONFIANCE ET SES APPLICATIONS EN MATIÈRE DE SPÉCULATION ET DE CONCURRENCE

En droit français, la notion d'*abus de confiance* paraît plutôt une appropriation du droit pénal, où elle reçoit une formulation technique très précise. La nette démarcation des concepts qui caractérise à ce sujet l'ensemble des droits que nous comparons, nous interdit d'en limiter l'usage à cette conception. Aussi l'expression recevra-t-elle ici une acceptation plus large, plus susceptible de favoriser la comparaison des principes. Ce sera : l'usage pour des fins personnelles de choses, matérielles ou intellectuelles, qui appartiennent en propre à la société, sans le consentement de cette dernière ; cette définition n'ayant d'autre crédit que celui que lui accorde le présent exposé.

Ce que nous voulons simplement obtenir, c'est que son contenu extensif se retrouve aussi bien dans l'"*abuse of confidence*" du droit anglais que dans la notion d'"usage abusif des biens et du crédit de la société" du droit français.

SOUS-PAR. I — LA SPÉCULATION**Le problème**

On devine de quoi il s'agit. Un administrateur qui se sera donné la peine d'assister à quelques séances du conseil d'administration, obtiendra sur le déroulement des affaires de la société, une foule d'informations des plus appréciables : projets d'acquisitions, projets de vente, déclaration éventuelle de dividendes ou nécessité de renflouement, expansion des affaires ou retrait d'un territoire, inventions, secrets d'affaires . . . etc. ; autant de faits, autant de circonstances dont l'éventuelle divulgation sera susceptible de faire fluctuer la cote des actions.

Il est superflu de décrire l'intérêt de spéculer sur les actions à la faveur de ces connaissances. La problématique qui se posait à la loi était de déterminer dans quelle mesure on pouvait demander à un administrateur de s'abstenir d'acheter ou de vendre, normalement comme toute autre personne, des actions de la société, eu égard à ces informations confidentielles qu'il détenait, et qui lui permettraient éventuellement d'effectuer les spéculations les plus avantageuses aux dépens de ceux qui ne les détenaient pas.

Les solutions**En droit français et québécois**

En droit français et québécois, on ne trouve dans les lois organiques aucune disposition relative au problème que nous venons d'évoquer. Il faut dès lors s'en remettre aux principes généraux du droit civil et commercial pour trouver à la difficulté des éléments de solution.

A la vérité, on n'en trouve guère qui soit de quelque secours.

Sur le plan contractuel, la théorie du mandat ne permet pas d'ouvrir des recours à ceux qui sont victimes des spéculations. Les administrateurs sont en effet réputés mandataires de la société et non ceux des actionnaires, et encore moins des tiers.

Sur le plan délictuel, les actionnaires ou les tiers qui ont subi un préjudice pourraient à la rigueur invoquer faute contre les administrateurs, mais comment démontrer que l'utilisation d'une information

confidentielle constitue une faute. Et s'il y avait faute, ne serait-ce pas plutôt à l'endroit de la société ?

Il y a ici, dans l'organisation des recours et l'élaboration de la preuve des difficultés qui paraissent presque insurmontables. Aussi bien nous paraîtrait-il que les administrateurs des sociétés françaises et québécoises pourraient sans grand danger utiliser à des fins de spéculation privée les informations qu'ils acquièrent au sein de la société.

Le droit québécois pourrait être tenté de faire appel à des principes de *common law* ou d'*equity*, par l'intermédiaire de la jurisprudence canadienne, et en oubliant que ces règles ont été refoulées du territoire québécois en matière de droit privé, mais y trouverait-il quelque secours ? C'est ce que nous verrons en examinant les solutions anglaise et canadienne.

Droit anglais

En droit anglais, le problème n'a pas cessé de faire l'objet de sérieux débats ; encore que des progrès appréciables ont pu être réalisés pour surmonter la difficulté.

Si, en effet, il n'était pas douteux au départ, qu'en raison des liens fiduciaires qui les unissaient à la société, les administrateurs ne pouvaient décemment profiter à titre personnel d'informations qui étaient la propriété de cette dernière ⁽³⁾, le fait que la société ne souffrait en définitive, aucun dommage d'opérations effectuées sur le dos d'actionnaires ou de tiers, rendait illusoire le respect d'une obligation que la société n'était pas matériellement intéressée à voir sauvegarder.

Les administrateurs se trouvaient de fait encouragés à ne point prendre souci de leurs indécitesses, depuis que l'arrêt *Perceval vs Wright* ⁽⁴⁾ les avaient déclarés libres de tout lien fiduciaire à l'endroit des actionnaires. Aussi bien a-t-on pu observer :

“Depuis l'arrêt *Percival vs Wright*, il semble généralement admis que les administrateurs ont carte blanche pour utiliser à des fins de spéculation privée les informations qu'ils acquièrent dans le giron de la société (*inside Knowledge*)” ⁽⁵⁾.

(3) Voir Gower, *Modern Company law* — (2e édition) p. 495.

(4) 1902 — 2 ch. 421.

(5) Gower, *op. cit.*, 495.

Cependant, au lendemain de la dernière guerre, une commission gouvernementale (la commission Cohen) ⁽⁶⁾ s'émuet de la situation.

Tout en reconnaissant qu'on ne pouvait raisonnablement demander aux administrateurs de s'abstenir d'acheter et de vendre des titres de la société qu'ils dirigeaient, elle crut trouver remède aux abus qui pouvaient survenir en proposant que les administrateurs soient astreints à faire consigner dans un registre spécial de la société les intérêts qu'ils y détenaient, de telle manière qu'on pût vérifier leurs opérations d'achats et de ventes.

Cette proposition fit l'objet d'une disposition dans la loi de 1948 art. 195, et les administrateurs de société se trouvèrent effectivement dans l'obligation de dévoiler leurs intérêts dans la société, aussi bien en actions qu'en obligations, dans la société-mère aussi bien que dans les filiales.

Mais cette législation devait se révéler en défaut et sur le fond et dans son aménagement technique. Aussi bien la Commission Jenkins devait-elle revenir à la charge et proposer de nouveaux remèdes à ces deux paliers.

Sur le fond, ce qui a paru le plus essentiel à la Commission Jenkins, a été de faire carrément échec à l'arrêt *Percival vs Wright* et d'ouvrir un recours à toute personne qui pouvait souffrir dommage des spéculations que les administrateurs avaient pu réussir à ses dépens à l'aide d'informations confidentielles ⁽⁷⁾.

Sur le plan de l'aménagement technique, on a souhaité voir le système de publicité actuel amélioré et renforcé — Le champ des divulgations élargi (inclusion des intérêts détenus conjointement) ⁽⁷⁾ — Le délai des notifications abrégé (dans les sept jours de l'opération) ⁽⁸⁾ — Les échanges par voie boursière prévus (sujets à divulgation) ⁽⁹⁾ — La sanction de violation alourdie ⁽¹⁰⁾ — L'accès au registre étendu ⁽¹¹⁾.

Sans formellement interdire la spéculation (au palier de la loi organique), le droit anglais a donc pu aménager un important dispositif

(6) Quelques commentaires sont repris par le Jenkins Report, H.M.S.O. — London — juin 1962, no 88.

(7) Jenkins Report, op. cit., no 99 (e).

(8) (9) Idem no 99 (f).

(10) Idem.

(11) Idem, no 99 (g).

de contrôle qui permet d'en dépister et réprimer les abus. Il s'agit là, estimons-nous, d'une solution intermédiaire entre l'attitude franco-québécoise d'une part, et l'attitude canadienne d'autre part, que nous allons immédiatement examiner.

Droit canadien

C'est le droit canadien qui a adopté en la matière la solution la plus radicale. On y trouve formellement exprimée l'interdiction de spéculer :

"Nul administrateur d'une société publique ne doit spéculer, pour son propre compte, directement ou indirectement avec les actions ou autres valeurs de la société dont il est administrateur" (12).

La portée de cette disposition n'est pas toutefois sans présenter quelque difficulté à l'analyse. D'une part, la notion de *spéculation* n'a reçu aucune définition ; d'autre part, le principe de l'interdiction a été intercalé entre deux autres paragraphes qui ont trait à l'obligation compétant aux administrateurs de dévoiler les opérations d'achat et de vente de titres (de la société) qu'ils ont pu effectuer durant l'année précédant l'assemblée générale (13).

En bref, il faudrait comprendre qu'il est permis à un administrateur d'acheter et de vendre mais qu'il lui est interdit de spéculer.

Sur la notion de spéculation, la difficulté n'est pas rendue plus facile. On ne peut guère procéder que par présomptions et approximations. Ainsi aurait tout lieu d'être considéré comme telle, l'achat et la revente répétée de titres avec profit, à intervalles rapprochés, la vente de titres non encore acquis, l'achat sur marge . . . et autres procédés où l'appréciation du risque joue une part importante. C'est justement sur cette possibilité d'*appréciation* que la loi n'a pas voulu rompre l'égalité des chances entre administrateurs et souscripteurs éventuels. Il est certain que si l'administrateur pouvait mettre à profit des informations auxquelles seule sa qualité lui donne accès, il pourrait non seulement détraquer les mécanismes du marché, mais aussi mettre éventuellement aux frais des propres membres de sa société les avantages qu'il a pu se procurer. C'est ce que la loi canadienne a voulu empêcher en

(12) Dominion Cies Act S.R.C. 1952 Ch. 53 Art. 98 (3).

(13) . . . vraisemblablement inspirée de la réglementation de la S.E.C. aux U.S.A.

édicte une interdiction pure et simple de spéculer, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a eu, de fait, utilisation ou non d'informations confidentielles.

Conclusion

On ne peut demander aux administrateurs de société de s'abstenir d'acheter ou de vendre des titres de la société qu'ils administrent, alors qu'au contraire l'intérêt n'est pas dissimulable de les voir partager les risques afférents aux intérêts qu'ils gèrent. Pareillement on ne peut davantage leur demander d'ignorer ce qu'ils savent sur la marche des affaires sans, de la même manière, remettre en cause l'existence même du conseil d'administration.

En réalité, le principe à sauvegarder transcende ces exigences. Il s'agit ni plus ni moins d'empêcher que les administrateurs ne commettent des "indélicatesses", c'est-à-dire qu'ils ne profitent abusivement auprès d'autres d'informations que ces derniers ne détiennent pas.

C'est le droit canadien qui adopte à ce sujet la politique la plus sûre en interdisant purement et simplement aux administrateurs de spéculer, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il y a eu ou non utilisation d'informations confidentielles.

L'attitude du droit anglais paraît plus nuancée. La législation paraît vouloir faire peser son incidence sur "l'usage impropre d'informations confidentielles", mais encore faudra-t-il écarter *Percival vs Wright* pour permettre à ceux qui doivent bénéficier de la réglementation le pouvoir de l'invoquer. La Commission Jenkins paraît vouloir s'orienter en ce sens.

Paradoxalement, les droits français et québécois n'ont adopté sur le sujet aucune législation spécifique. Est-ce à dire que les spéculations des administrateurs y soient moins fréquentes qu'ailleurs ? Il faudrait, pour répondre à cette question, organiser au préalable les dispositifs de contrôle qui permettraient de vérifier le fait. On n'a pas paru jusqu'à maintenant considérer cette tâche urgente !

SOUS-PAR. 2 – LA CONCURRENCE (14)**Le problème**

Le principe de la libre concurrence est un postulat de l'économie libérale. Il étend ses ramifications dans tous les secteurs de la vie privée. Chacun est en principe libre de travailler pour qui il veut et selon des conventions librement négociées. Et on reconnaît généralement qu'en dehors des cadres de son travail, un individu n'a aucun compte à rendre à son commettant ou patron.

Lorsqu'il y a contrat, la situation ne présente guère de difficultés. Hors le cas de clauses excessives, chacune des parties sera réputée libre de poser à sa propre liberté les limitations nécessaires à l'exécution du contrat. C'est ainsi que, dans cet ordre d'idées, un commerçant pourra stipuler contre une personne à son emploi une interdiction d'opérer un commerce analogue au sien pour un temps et dans un espace déterminés. La loi donnera effet à cette stipulation pourvu qu'elle soit raisonnable et acceptée. Ces clauses seront néanmoins interprétées restrictivement parce qu'elles sont considérées comme des exceptions au principe de la liberté de concurrence et qu'à ce titre, elles commandent une application limitative.

De pareilles clauses peuvent apparaître dans l'administration de sociétés par actions. Elles peuvent être dirigées soit contre les administrateurs, soit contre les actionnaires, soit contre les employés. Elles seront insérées soit dans les statuts ou règlements intérieurs de la société, soit dans les contrats d'engagements de ceux contre qui elles sont stipulées. La diversité de leur objet n'est pas limitée : il pourra s'agir d'une interdiction de fonder ou de gérer, pour son compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise du même type que celle à laquelle on appartient ou une autre entreprise, soit pour le temps d'exercice de l'emploi actuel soit pour une période complémentaire, le tout avec ou sans agrément de restrictions d'ordre territorial. Encore ici, l'application de ces clauses, à moins qu'elles ne soient abusives de la liberté de ceux qu'elles régissent, n'offrira pas de difficultés particulières.

Le problème ne se pose vraiment que lorsque de pareilles clauses

(14) Il ne s'agit pas ici du cumul de multiples directorats, mais du cumul de directorats de sociétés qui sont concurrentes sur le marché.

sont absentes. A quoi alors pourra-t-on mesurer la liberté de concurrence d'un administrateur de société si rien dans les statuts ni dans son contrat d'engagement ne paraît poser de limites à ses éventuelles fantaisies ? Trois hypothèses nous apparaissent particulièrement fondamentales.

Un administrateur peut-il être admis à partager sa compétence et ses services avec l'administration d'une société rivale ?

Peut-il de la même manière, les partager avec une entreprise qu'il conduirait pour son propre compte ?

Dans un cas comme dans l'autre, lui est-il permis de transporter au profit d'une autre entreprise les connaissances et la formation qu'il a pu acquérir au sein d'une première ?

Il y a là un épineux problème de loyauté qui demande d'être examiné.

Les solutions anglaises et canadiennes

En droit anglais et canadien, la règle fondamentale qui fait toujours barre sur le sujet a été émise en l'an 1891 (15). Elle a été édictée à propos d'une espèce assez singulière.

Un certain Lord, dont le nom, semble-t-il, commandait beaucoup de prestige et était de nature à inspirer la confiance des investisseurs, avait laissé porter ce nom à la tête d'une liste d'administrateurs figurant dans un prospectus émis par une société, qui était rivale de celle dont il était déjà *chairman* et administrateur. Or il se trouvait que cette dernière société avait aussi émis un prospectus dont le succès dépendait pareillement du crédit que lui vaudrait le nom du Lord.

La question se posait donc de savoir s'il était ainsi permis au Lord d'utiliser ou de laisser utiliser son nom au bénéfice de deux sociétés rivales.

Considérant que rien ne paraissait l'interdire ni dans les règlements intérieurs, ni dans le contrat d'engagement, que, d'autre part, aucun transfert abusif d'informations confidentielles n'avait été mis en preu-

(15) *London and Mashonaland Exploration Company Limited vs New Mashonaland Exploration Co.* (1891) *Weekly Notes* 185.

ve, la Cour jugea qu'en de telles circonstances, il ne pouvait être tenu compte à un administrateur d'avoir joué sur les deux fronts de sociétés rivales.

La solution devait être reprise dans une importante affaire ⁽¹⁶⁾ par la suite et faire ainsi jurisprudence.

A la question de savoir s'il était permis de faire pour son propre compte ce qu'on avait admis pour une société rivale, le juge Blanesburgh dans l'affaire *Bell vs Lever Brothers* donna une réponse péremptoire:

"Ce qu'on peut faire pour une société rivale, on peut évidemment le faire soi-même" ⁽¹⁷⁾.

C'était admettre, en termes on ne peut plus explicites, qu'un administrateur pouvait se poser en rival ou concurrent de la société qu'il administrait.

Mais la proposition avait trop vaste portée pour ne pas appeler certains correctifs.

Ainsi, dans la même affaire, a-t-on fait des réserves sur la faculté de transporter des informations confidentielles ou d'utiliser à son profit pour fins de concurrence des actifs intellectuels ou moraux de la société.

Des secrets d'affaires ⁽¹⁸⁾, des listes de clients ⁽¹⁹⁾, ne sont pas, entre autres, des biens de la société qui peuvent être utilisés privativement. Les principes que nous avons évoqués dans la section précédente demeurent à ce sujet valables.

Mais, pourrait-on se demander, les connaissances et la formation qu'une société peut conférer à ses administrateurs pourraient-elles être pareillement assimilables à des actifs qu'ils ne peuvent sans restriction utiliser à leur profit ?

C'est la troisième question que nous nous sommes posée, et à laquelle les arrêts ne donnent, malheureusement, qu'une réponse indirecte.

La meilleure indication nous est cependant fournie par une espèce où, paradoxalement, c'était le cas de simples employés sous contrat qui était pris en considération.

(16) *Bell vs Lever Brothers* 1932 A.C. 161.

(17) 1932 A.C. 195.

(18) *Idem*.

(19) *Measures Brothers Ltd. vs Measures*, 1910 — 2 ch. 248.

Il s'agissait en l'occurrence d'employés qui, par leur temps libre, utilisaient à leur profit la compétence qu'ils avaient acquise chez leur patron dans un travail qui nécessitait une très grande habileté. La question se posait de savoir si les employés ne manquaient pas ainsi à leur devoir de fidélité ou de loyauté.

“Jugé, que l'étendue du devoir de fidélité dû à un employeur par son employé peut varier selon la nature de l'emploi mais que, si la Cour peut avoir quelque répugnance à imposer aux travailleurs des restrictions qui pourraient les empêcher de gagner des revenus supplémentaires par leur temps libre, il n'est pas douteux, dans le présent cas, que les employés se sont adonnés, d'une manière consciente, délibérée et secrète, à employer leurs temps libres à des activités qui étaient de nature à nuire aux affaires de leur employeur” (20).

Malgré la prudence du propos, la référence à une restriction de caractère légal n'est pas douteuse. Gower suggère que ce raisonnement s'applique *a fortiori* aux administrateurs de sociétés par actions parce qu'il est reconnu que leurs obligations sont normalement plus lourdes que celles des simples employés (21).

Que conclure de l'ensemble de ces décisions si ce n'est que de prime abord elles paraissent pousser en des directions contraires ? En réalité rien n'est moins certain. Il pourrait être possible de les unifier en adoptant la dialectique suivante : en l'absence de clause de restrictions, la liberté de concurrence entre une société et l'un de ses administrateurs est admise, sous réserve de non-transfert au bénéficiaire du concurrent d'actifs matériels ou moraux, propriétés de la société, ou voire même de compétence acquise à ses dépens.

On reconnaîtrait toutefois que le devoir de fidélité, lorsqu'il existe, se terminerait en principe avec la cessation des fonctions (22).

Droit français et québécois

En droit français et québécois, le problème ne se pose pas différemment. Le principe de la libre concurrence dans le sens précis où nous l'entendons ici, paraît admis, en l'absence de clauses restrictives,

(20) *Hivac Limited vs Park Royal Scientific Instrument Ltd. et al*, 1946 ch. 169.

(21) En ce sens, Gower, *op. cit.*, p. 497; Pennington, *Principles of Company Law*, 402.

(22) *Nordisk Insulin laboratorium vs Gorgate Products* 1953 ch. 430.

soit dans un contrat d'engagement, soit dans les règlements intérieurs de la société.

Les exemples que nous avons pu relever, en droit français notamment, ne traitent pas spécialement de "concurrence concomitante", non plus qu'ils s'adressent à l'administrateur de sociétés par actions en particulier, mais ils paraissent fournir des indications sur l'esprit des principes que nous avons voulu dégager.

Ainsi, sur le droit à la concurrence :

"... Lorsqu'un employé met fin à son contrat de travail pour aller travailler chez un concurrent, l'ancien employeur ne peut en principe s'en plaindre, à moins qu'une clause restrictive n'ait été expressément stipulée" (23).

Sur l'illégitimité du transport d'actifs moraux ou intellectuels :

"... Est coupable de concurrence déloyale, l'ancien employé qui a fait usage de *documents*, copies serviles de ceux utilisés par son employeur . . ." (24).

... de même :

"... Le gérant d'une succursale de société . . . qui profite de la fermeture de son magasin pour attirer la *clientèle* vers une nouvelle société formée sous ses soins" (25).

Néanmoins, au regard des hypothèses précises que nous avons soulevées en droit anglais et canadien (concurrence concomitante de sa propre société, utilisation du prestige sur le front de deux sociétés rivales) nous serions étonnés si le droit français manifestait alors autant de complaisance qu'en ont révélées les décisions citées. La raison en est que la notion de faute est particulièrement bien effilée en droit français et qu'il est difficile d'échapper à sa jacence proliférante. A cet égard, il ne nous semblerait pas possible qu'on puisse se faire "le rival de son mandant ou commettant" sans donner ouverture à la possibilité d'une faute.

Nous ferions, pour le droit québécois, le même raisonnement, si la tentation ne lui était sans cesse offerte de louvoyer, en matière de

(23) Encyclopédie Dalloz — Droit commercial — Tome I, Concurrence déloyale, no 81.

(24) Civ. com. 20 juin 61. D. 1962 Somm. 6.

(25) Civ. com. 3 avril 1957 Bull. civ. 1957 — IV no 122.

Voir de même Civ. com. 16 mai 1961 D. 1961 somm. 107.

droit des sociétés, entre les critères du système anglo-canadien et ceux de la responsabilité civile. A moins que ce ne soit au mépris du contexte socio-économique, il n'est pas toujours aisé de contraindre chez soi des libertés qui sont en faveur chez le voisin. Aussi bien les chances sont-elles ici de trouver des solutions mixtes qui participent des deux attitudes.

En droit allemand, des dispositions législatives ont été adoptées qui, éventuellement, pourraient inspirer les droits que nous avons comparés.

C'est ainsi que :

“Les membres du conseil d'administration (Vorstand) ne peuvent sans le consentement du conseil de surveillance (l'Aufsichtsrat) ni exercer un commerce, ni faire des affaires commerciales dans le domaine commercial de la société, pour leur compte ou pour le compte d'autrui. Il ne leur est pas non plus permis d'être associés responsables dans une autre société commerciale”.

“Si un membre du conseil d'administration (Vorstand) contrevient à cette interdiction, la société peut exiger des dommages-intérêts ; au lieu de dommages-intérêts elle peut exiger de ce membre qu'il admette que les affaires faites pour son propre compte soient considérées comme faites au compte de la société et qu'il restitue la rémunération perçue pour les opérations contractées pour le compte d'autrui ou qu'il cède son droit à la rémunération” (26).

L'interdiction de concurrence est donc admise ici comme règle de principe. Reste à savoir si on sera tenté, dans les autres systèmes, de s'engager dans cette direction.

(26) (Duroudier — Kuhlewein — La loi allemande sur les sociétés par actions). (Aktiengesetz art. 79, 1939) Paris — Sirey 1954 p. 76 — Duroudier (note) : “On considère notamment comme activités concurrentes de celles de la société : les fonctions de directeur ou de gérant d'une autre société, la participation comme associé dans une société en nom collectif, la réalisation de transactions commerciales dans le domaine propre de la société”.

PAR. 2 – L'ILLÉGITIMITÉ DES PROFITS PERSONNELS RÉALISÉS GRÂCE À L'EXERCICE DES FONCTIONS ET SON APPLICATION EN MATIÈRE DE CONQUÊTES DE SOCIÉTÉS OU DE "TAKE-OVER BIDS"

SOUS-PAR. 1 – L'ILLÉGITIMITÉ DES PROFITS PERSONNELS RÉALISÉS GRÂCE À L'EXERCICE DES FONCTIONS

Les principes

Nous avons vu avec quelle vigueur certains principes généraux avaient été affirmés en droit anglais et canadien, relativement à la conclusion de contrats entre la société et l'un de ses administrateurs ou avec une autre entreprise où ce dernier détenait des intérêts. Nous avons de même vu le sort qui avait été réservé à ces principes par l'admission de clauses de dégagement de la part de l'assemblée générale. Sans doute, cette dernière avait-elle eu confiance que la conclusion de contrats pouvait difficilement être traitée autrement qu'au grand jour et que, de toutes manières, la présence ou l'information d'un certain nombre de personnes de même qu'une publicité minima inévitable, laissaient peu de chances à la possibilité de conventions nettement sordides.

Le problème se posait différemment en matière de profits personnels qu'un administrateur pouvait tirer de l'exercice de ses fonctions. De tels profits ne pouvaient résulter que d'actes unilatéraux ou obtenus avec le secours de collusions clandestines. Nettement interdits, on ne pouvait les faire naître que dans le secret. Aussi l'assemblée générale a-t-elle manifesté moins d'empressement qu'en matière de contrats à fermer les yeux sur des agissements qui ne pouvaient que lui être contraires. Comme question de fait, on trouve peu de clauses de dégagement de sa part en cette matière, encore que leur validité eût été questionnable.

La vigueur des principes en cette matière n'a donc pu être émasculée. N'ayant pas subi l'action corrosive des clauses dont nous avons parlé, ils sont demeurés fermes et sans faille. Par bonheur, un arrêt relativement récent les a tous réunis et il nous est possible d'en reproduire ici les plus importantes formulations.

Toute personne remplissant des fonctions d'une nature fiduciaire

doit rendre compte des profits qu'elle a pu tirer de l'exercice de ses fonctions, qu'il s'agisse de paiements ou pots-de-vin qui lui étaient destinés pour influencer son jugement ou de tout autre profit qui n'aurait pu lui survenir dans l'exercice de ses fonctions (27).

Il n'y a pas lieu de rechercher :

— s'il y a eu fraude ou non (28).

— s'il y a eu mauvaise foi ou non (29).

— si les circonstances des opérations étaient honnêtes ou non (30).

— si un dommage a été causé à la société ou non (31). (Voir cependant *Heyting vs Dupont* 1964 W.L.R. 843).

— si on n'a fait qu'exercer une opportunité dont ne pouvait profiter de son chef celui ou ceux à qui le devoir de fidélité était dû (32).

— "Le principe doit être appliqué même s'il a pour effet de reconduire les profits entre les mains de personnes qui n'avaient pas lieu de les attendre" (33).

— "... même si le résultat peut être inéquitable" (34).

— "La règle est inflexible et doit être appliquée inexorablement" (35).

— "Elle est destinée à assurer la sécurité partout où un *agent* a des devoirs à remplir envers son principal" (36).

— "Elle est d'application universelle" (37).

— "Seul un consentement de l'assemblée générale pourrait permettre à un administrateur de société de retenir les profits ainsi réalisés" (38).

(27) (28) (29) (30) (31) *Regal (Hastings) Ltd. vs Gulliver et al.* 1942. 1. All Engl. Rep. p. 378.

(28) *Idem*, Lord Russel of Killowen p. 386 (B).

(29) *Idem*, Viscount Sankey p. 381 (E).

(30) Page précédente — *idem*, et Ex p. James (1803) 43 Digest 779, 2193.

(31) Page précédente — *idem*, Lord Wright p. 392 (H) et de multiples arrêts.

(32) *Idem*, et résultant de *Keech vs Sandford* (1726) 43 Digest 633, 720.

(33) *Regal (Hastings) Ltd. vs Gulliver et al.*... *idem*.

(34) *Idem*, "editorial note" sous l'arrêt.

(35) *Idem* et *Parker vs McKenna* (1874) 10 Ch. Appeal 96.

(36) *Idem* et *Parker vs McKenna*.

(37) Lord Cranworth p. 471 dans *Aberdeen vs Blaikie* (déjà cité).

(38) *Regal (Hasting) Ltd.* et autres arrêts déjà cités.

Le critère

En présence de principes d'une aussi vaste portée, la première question qui pouvait se poser était de savoir quels profits pouvaient être ainsi réputés "profits personnels réalisés grâce à l'exercice des fonctions". A ce sujet non plus, l'arrêt n'a pas cru devoir retenir sa ferveur. A l'encontre des administrateurs, sont réputés tels . . . "tous les profits résultant d'opérations qui étaient reliées aux affaires de la société d'une manière telle qu'elles pouvaient être réputées avoir été effectuées dans le cours de leur administration et par l'utilisation d'opportunités et connaissances spéciales qui complétaient à leur qualité d'administrateurs" (39).

Cette formule laissait peu de place à l'ambiguïté. Elle permettait de dépister et de décourager les impéripiétés les plus variées, dont la moins fréquente n'est pas de soustraire à la société le bénéfice de commandes ou de contrats qui lui étaient originellement destinés.

Mais l'arrêt n'était pour autant à l'abri de tous reproches. Il n'hésitait pas d'une part à consentir à un résultat inéquitable pour sauvegarder des principes, à jeter d'autre part, le discrédit sur des actes utiles, qui en d'autres temps eussent été considérés normaux, et suggérait enfin au bénéfice des approbations de l'assemblée générale une vertu disculpatoire peu commune.

Mais voici auparavant de quoi il s'agissait :

Une société entendait s'adjoindre une filiale aux fins de l'acquisition de deux cinémas et avec le dessein ultime de disposer d'elle-même comme groupe. La création de la filiale révéla des indisponibilités que les administrateurs, avec le concours de quelques personnes de leurs relations, prirent l'initiative de combler en souscrivant personnellement aux actions de la filiale jusqu'à concurrence de ce qui manquait à la souscription originale de la société. La vente subséquente de toutes les actions de la société-groupe devait permettre aux administrateurs de réaliser un profit appréciable sur les actions qu'ils avaient personnellement souscrites dans la filiale. Les nouveaux acquéreurs de la société-groupe

(39) i) that what the directors did was so related to the affairs of the company that it can properly be said to have been done in the course of their management and in utilisation of their opportunities and special knowledge as directors; and
ii) that what they did resulted in a profit to themselves". Lord Macmillan, p. 341-2, in *re Regal (Hastings) Ltd.*

décidèrent de contraindre les administrateurs à rendre les profits qu'ils venaient de réaliser personnellement sous prétexte qu'ils n'avaient été acquis qu'à la faveur de leurs fonctions. Le succès de cette tentative ne pouvait se traduire que par une réduction virtuelle du prix d'achat qu'ils avaient payé, à la mesure des profits rendus par les administrateurs.

Une Cour de première instance et une Cour d'appel refusèrent de se rendre à la demande des nouveaux acquéreurs mais la Chambre des Lords renversa ces deux décisions en proclamant, de la manière énergique que nous avons relatée, qu'en raison de la nature fiduciaire de leurs fonctions, les administrateurs ne pouvaient retenir les profits qu'ils avaient réalisés, même si ces profits devaient finalement être reconduits entre les mains de personnes qui n'avaient pas lieu de les espérer, en l'occurrence les nouveaux acquéreurs.

L'inévitabilité du résultat était évidente, bien qu'attribuable à la circonstance accidentelle d'une substitution de propriétaires. En toutes autres circonstances, la société aurait mérité d'être remise en possession de profits que seule sa vente avait suscités, mais accepter cette solution ici revenait, à toutes fins utiles, à remettre entre les mains des acquéreurs une partie du prix de vente qu'ils avaient payé.

Mais la sauvegarde des principes a paru en l'occurrence trop importante pour que l'on accorde quelque poids à la considération de ce résultat. Ce qu'on a voulu flétrir, c'est l'acquisition de profits à la faveur d'une opportunité qui n'avait pu être utilisée par la société. Il n'est pas sûr qu'on ne l'ait fait avec un entier discernement.

S'il est concevable qu'on interdise à un administrateur de détourner à son profit l'utilisation d'une opportunité dont la société entend bénéficier, on voit moins bien l'intérêt de maintenir l'interdiction lorsque la société ne veut pas ou *ne peut pas* tirer avantage de cette "ouverture". Cette dernière circonstance était pourtant l'hypothèse de l'arrêt : les administrateurs n'ayant fait que souscrire personnellement à des titres que la société s'était vue incapable d'acquérir. On eût donc souhaité dès lors que l'arrêt fît des distinctions plus circonstanciées sur l'application de la règle. Aurait mérité d'être exceptée notamment cette hypothèse où la société se trouvait incapable de profiter de l'avantage qui lui était offert. En quoi pouvait-elle en effet tirer ombrage de ce que l'on saisisse une opportunité dont elle était incapable de profiter ?

Inversement, dans le cas d'un simple refus de sa part, l'interdiction paraîtrait conserver un certain intérêt. Comme on l'a justement fait

remarquer, il ne semblerait pas souhaitable qu'un administrateur fût mis dans la situation de pouvoir favoriser de son vote au conseil d'administration le rejet d'une opportunité dont il pourrait ensuite personnellement profiter. Le maintien de l'interdiction conservait ici l'avantage de pouvoir décourager à l'avance le succès d'un tel calcul.

Sur le pouvoir rémédiateur des approbations de l'assemblée générale, l'arrêt s'est enfin permis une assez étonnante digression. Il a en effet suggéré que si les administrateurs avaient pris la facile précaution d'obtenir l'approbation de l'assemblée générale (en l'occurrence, il ne se serait agi que d'une pure formalité, les administrateurs y détenant un "controlling interest") ils eussent pu retenir les profits qu'ils avaient réalisés.

Cette proposition laisse perplexe. On eût cru qu'à raison de leur caractère énergique et impératif, les principes énoncés engageaient l'ordre public. On s'étonnerait qu'en pareille circonstance les simples indications de volontés privées puissent trouver leur effet.

En réalité, longtemps avant le présent arrêt, le Conseil Privé avait paru disposer de cette question avec beaucoup plus de circonspection. A l'examen d'une décision⁽⁴⁰⁾ en provenance de la Province d'Ontario (Canada), il avait imaginé une dichotomie, en fait elle-même inspirée de décisions antérieures⁽⁴¹⁾, qui permettait d'opérer une discrimination sur ce qui pouvait faire l'objet du pouvoir libérateur de l'assemblée générale, notamment lorsque cette dernière était dominée par le "controlling interest" des administrateurs.

Le critère adopté pouvait revenir à dire ceci : un administrateur peut se servir de son pouvoir au sein de l'assemblée générale pour voir arraisonnée une opération relative à des biens qui lui appartiennent *at law and in equity* mais non une opération relative à des biens qui ne lui appartiennent pas, ou qui, *in equity* appartiennent déjà à la société⁽⁴²⁾. . . ce qui pourrait être le cas pour les opportunités originairement échues à la société.

(40) Cook vs Deeks, 1916, 1 A.C. 554.

(41) North West Transportation vs Beatly 12 App. Cas. 589.
Burland vs Earle 1902 A.C. 83.

(42) Construction à partir des principes énoncés dans Cook vs Deeks 1916-1-A.C. 554.

Burland vs Earle 1902 A.C. 83. Dans cette dernière affaire, on reconnut qu'un administrateur pouvait retenir les profits d'une vente faite à la société, lorsqu'il n'avait pas reçu spécialement mandat d'acheter en son nom.

En effet, dans cette dernière hypothèse, le bénéfice ultime de l'opportunité devant échoir à la société, il ne saurait être permis à un administrateur, à raison de la nature fiduciaire de ses fonctions, de retenir les profits personnels qu'il a pu tirer de l'exercice de l'opportunité, ni d'avali- ser une renonciation de la société à de tels profits.

Même s'il fallait admettre, disait l'arrêt, qu'il ne soit pas, par hypothèse, *ultra-vires* des pouvoirs d'une société de faire des cadeaux à ses administrateurs, on ne saurait admettre que ces derniers, parce qu'ils détiennent une majorité de votes à l'assemblée générale, puissent ainsi se faire des cadeaux⁽⁴³⁾. "Autant vaudrait permettre à la majorité d'op- primer la minorité"⁽⁴⁴⁾.

Ces propos nous rassurent davantage sur la difficile question des profits personnels qu'un administrateur ne peut faire légitimer par l'as- semblée générale. C'est d'ailleurs dans le sens de cette perspective qu'a paru se maintenir la jurisprudence⁽⁴⁵⁾, et il ne faut pas accorder à l'*obiter dictum* de Regal (Hastings) Gulliver Ltd. . . . plus de crédit qu'il n'en a reçu jusqu'à maintenant.

A d'autres titres cependant, ce dernier arrêt constituait une pierre de touche en la matière et c'est pourquoi nous n'avons pu négliger d'en explorer certaines dimensions. À souhait, il fournit une large illustra- tion de la nature des principes du droit anglais et canadien sur le pro- blème examiné. Trouve-t-on de la même manière des propositions équi- valentes dans les autres droits dont nous tentons la comparaison ?

Droit français et québécois

Les principes, en ces droits, n'ont pas reçu de formulation directe. C'est toujours à la notion de faute qu'on s'en remet pour tenter un dé- pistage de la déloyauté ou de l'abus de fonctions d'un administrateur. Aussi bien en sera-t-il des profits personnels réalisés grâce à l'exercice des fonctions. Ils seront assimilés à autant de pertes ou de possibilité de gain dont la société aura été privée par le fait de ses administrateurs.

Mais déjà l'on pressent que la question n'est pas si simple. S'il ne

(43) (44) *Cook vs Deeks* — 1916-1-A.C. 554.

(45) . . . où la responsabilité des administrateurs a été étendue à des tiers en vertu de la théorie du "Constructive Trusteeship".
Canada Safeway Ltd. vs Thompson 1951, 3 D.L.R. 295.
Zwicker vs Stanbury 1952, 4 D.L.R. 344.
Ballem John B. (1952) 30 C.B.R. 179.

fait pas de doute qu'on puisse imputer faute à un administrateur pour avoir dérobé à la société une opportunité dont elle entendait profiter, la question paraît demeurer ouverte dans le cas où l'opportunité a été refusée ou que la société s'est vue incapable de s'en servir.

Il n'est pas sûr qu'on puisse adopter ici les mêmes solutions qui ont prévalu en droit anglais et canadien, et qui, on se le rappelle, étaient commandées par le caractère fiduciaire reconnu aux fonctions de l'administrateur. En droit français et québécois, l'administrateur n'est guère plus qu'un mandataire et la théorie du mandat nous éclaire peu sur les hypothèses soulevées.

À toutes fins pratiques, on voit mal comment on pourrait imputer faute à un administrateur pour n'avoir fait que profiter d'une opportunité que la société avait refusée ou était incapable d'utiliser. Rien dans la théorie du mandat ne paraîtrait l'interdire et rien non plus, ne paraîtrait permettre de suppléer à ce vide juridique par quelque présomption l'interdisant.

Le danger subsisterait donc que l'administrateur ne milite en faveur du rejet de l'opportunité par le conseil d'administration pour la mieux voir retomber ensuite entre ses propres mains. En réalité, ce jeu de finesse ne saurait être aisément praticable sans le concours ou la collusion de plusieurs membres du conseil . . . hypothèse qu'on n'aurait pas lieu d'espérer courante⁽⁴⁶⁾. Pour autant que la possibilité subsiste cependant, on ne voit pas très bien, encore ici, ce qui, en droit français et québécois, serait susceptible de la décourager.

Ou peut-être bien, faudrait-il faire confiance, en droit français, à ces deux dispositions dont le rôle assigné semble bien avoir été de permettre un dépistage de la déloyauté dans toutes ses directions.

Combinées en une même proposition, ces dispositions pourraient se résumer comme suit :

Dans un but personnel ou pour favoriser une autre société dans la-

(46) C'est néanmoins celle qui était à la base de *Cook vs Deeks* (supra) :

Trois administrateurs de société avaient formé le projet d'évincer de leurs affaires le quatrième collègue qui les assistait au conseil d'administration. Ils négocièrent donc des contrats en leur propre nom et en transportèrent le bénéfice à une nouvelle société qui excluait la présence du plaignant. Il fut décidé que leurs négociations complétaient à leur qualité d'administrateur de la première société et qu'ils devaient rendre compte à cette dernière des profits qu'ils avaient pu réaliser, sans pouvoir les avaliser par un vote majoritaire de l'assemblée générale.

quelle ils sont intéressés directement ou indirectement, les administrateurs ne peuvent faire de mauvaise foi *des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci*, ni, contre le même intérêt de cette dernière, *utiliser les pouvoirs ou les voix dont ils disposent* (47).

On pourrait se demander si le poids de cette proposition ne tendrait pas à flétrir indistinctement tous les profits personnels réalisés grâce à l'exercice des fonctions.

Le dernier membre de phrase en particulier paraîtrait interdire toute collaboration positive d'un administrateur à l'auto-direction entre ses mains de semblables profits.

On ne trouve rien dans le droit québécois qui pourrait être d'un semblable secours. En réalité, on s'y trouve encore généralement condamné à rechercher dans les méandres de la *common law* ce qui peut manquer aux articulations du droit civil.

Dans un cas comme dans l'autre, ce qui paraît réellement déficient en définitive, c'est l'omission de reconnaître sans embage un caractère vraiment institutionnel à la fonction même d'administrateur de société. On n'ose pas ajouter aux "obligations d'un mandataire" ce qui est en réalité commandé par les "charges d'une fonction".

SOUS-PAR. 2 — LES POTS-DE-VIN DÉGUISÉS EN MATIÈRE DE CONQUÊTES DE SOCIÉTÉS OU DE "TAKE-OVER BIDS"

Le problème

La conquête d'une société par une autre ou par un individu peut être recherchée pour de multiples raisons.

Ou bien il s'agit d'une société prospère à la réussite de laquelle on voudrait s'associer, ou bien il s'agit d'une société qui occupe sur le marché une position stratégique dont on voudrait s'emparer, ou bien encore, de la même manière peut-il s'agir d'une société dont le contrôle est jugé indispensable à l'édification d'un réseau monopolistique.

Un motif qui n'est pas moins fréquent, pour être moins honora-

(47) Loi du 24 juillet 1867, art. 15 par. 6-7; Décret-loi 8 août 1935.

ble est aussi celui de pouvoir mettre la main sur l'accumulation de capital résultant à une société de ses profits non distribués.

Divers procédés sont possibles pour réaliser ces desseins. On peut se présenter pour acheter purement et simplement l'entreprise comme telle, ou l'on peut tenter d'en acquérir les actions soit dans leur totalité, soit en nombre suffisant pour détenir le contrôle (ce qui ne sera pas forcément la majorité des actions). Dans les deux cas, le concours ou la collaboration des administrateurs sera utile si ce n'est, parfois, indispensable.

Ce genre d'opérations n'est en rien prohibé par la loi mais l'occasion peut paraître belle d'en adoucir les implications si l'on sait mettre les administrateurs de son côté. Il est donc possible qu'on tente de les soudoyer de diverses manières.

La plus élégante et la moins voyante serait, semble-t-il, de leur offrir des "compensations" dites "pour perte de fonctions" ou "d'emploi".

Il est en effet d'usage qu'on invite les administrateurs à se retirer pour laisser leur place aux nouveaux acquéreurs ou à des personnes désignées de leur choix. Dans le cas de vente pure et simple de l'entreprise, le transfert de responsabilités va de soi.

Quoi qu'il en soit, ces compensations dites pour perte de service ou de fonctions, peuvent réserver des surprises. Avec plus ou moins d'habileté, on peut y dissimuler des pots-de-vin ou des cadeaux destinés à préjuger favorablement les administrateurs soit sur le prix de vente de l'entreprise, soit sur le prix à recommander aux actionnaires pour la vente de leurs actions.

La solution anglaise

Contrairement aux lois française, canadienne et québécoise, la loi anglaise⁽⁴⁸⁾ a paru soucieuse de parer spécifiquement à cette éventualité.

Deux dispositions ont été spécialement édictées pour contrôler les profits que pourraient tirer les administrateurs de ce genre d'opérations.

(48) Pour une étude assez poussée sur la question, voir Gower, *op. cit.*, pp. 488 et ss.

L'une a trait à l'hypothèse de la vente en tout ou en partie de l'entreprise⁽⁴⁹⁾. On y déclare que tout paiement fait à un administrateur en considération ou en relation avec la perte de son emploi devra être déclaré et rendu sujet à approbation de l'assemblée générale, à défaut de quoi le paiement sera réputé détenu *in trust* pour la société.

L'expression "in trust pour la société" voulant simplement indiquer que c'est la société et l'ensemble de ses membres actuels qui devront profiter en dernier essor de la récupération des paiements. On a justement fait observer⁽⁵⁰⁾ que contrairement à ce qui s'était produit dans *Regal (Hastings) Gulliver*... (arrêt précédemment examiné), la solution était ici tout à fait équitable, puisque les nouveaux acquéreurs ne se substituaient pas aux anciens actionnaires pour recevoir le paiement.

La seconde disposition⁽⁵¹⁾ est relative à l'hypothèse de la vente ou du transfert de tout ou partie des actions de la société, lorsqu'ils résultent : 1) soit d'une offre faite à l'ensemble des actionnaires (ce qui est l'hypothèse classique du *take-over bid* dans son sens strict), 2) soit d'une offre faite à la société dans le dessein qu'elle devienne la filiale d'une autre, 3) soit d'une offre faite par un individu dans le dessein d'acquérir au moins le tiers des votes à l'assemblée générale, 4) soit enfin d'une offre faite sous condition d'être acceptée par un nombre convenu d'actionnaires.

Comme il est d'usage (et peut-être de bonne politique !...) de faire passer ces offres par le conseil d'administration pour recommandation pertinente aux actionnaires, la loi anglaise n'a pas voulu qu'on y trouve occasion à corruption ou malversation sous le manteau. Aussi la loi a-t-elle voulu, encore ici, que les paiements ou compensations destinés aux administrateurs pour perte de fonctions soient divulgués dans une notice accompagnant la transmission de l'offre aux actionnaires.

A défaut de prendre les mesures nécessaires à cet égard et de faire ainsi accepter par une assemblée spéciale⁽⁵²⁾ d'actionnaires les paiements qu'ils ont reçus, les administrateurs seront réputés les détenir *in trust*, non pas pour la société cette fois, mais pour le bénéfice exclusif des actionnaires qui auraient cédé leurs titres en conséquence et en résultante

(49) Cies Act, art. 192.

(50) Gower, op. cit., p. 489.

(51) Cies Act, art. 193.

(52) Assemblée de ceux à qui l'offre a été délivrée.

de cette offre, la récupération ne devant profiter qu'à ceux qui ont souffert des pertes de l'opération.

Gower⁽⁵³⁾ y voit une exception à l'application du principe émis dans *Percival vs Wright* à l'effet qu'aucun devoir fiduciaire n'était dû par les administrateurs aux actionnaires. L'observation étonne un peu puisqu'il admettait par ailleurs que devait être excepté de l'application de ce principe le cas où les administrateurs s'étaient rendus "agents" non pas pour la société mais pour les actionnaires, ce qui paraît couvrir l'hypothèse que nous venons d'examiner.

Le côté particulièrement intéressant de ces dispositions tient à certaines présomptions qu'on a édictées pour en élargir la portée. C'est ainsi que l'existence de la "compensation pour perte de fonction" ne doit pas être confinée aux seuls cas où elle est ainsi formellement désignée, mais doit de même être étendue d'une part, à tout paiement participant d'un arrangement relié à la convention de transfert, d'autre part, à tout paiement dont il suffit qu'il ait été effectué dans l'année précédant ou dans les deux années suivant la convention. Ces paiements seront réputés faits en compensation pour pertes de fonctions, à moins que le contraire ne soit spécialement démontré.

De même en sera-t-il de la majoration de prix que les administrateurs ont pu personnellement obtenir pour la vente de leurs titres. L'écart entre le prix qu'ils auront reçu et celui versé aux actionnaires pour des titres de même catégorie, sera réputé leur avoir été consenti en considération de leur retrait des fonctions et sera, partant, sujet à divulgation et à approbation.

La loi n'aura donc pas ménagé son effort pour boucher les multiples issues qui pouvaient se dessiner. Il n'est pas à dire cependant qu'elle les ait toutes prévues, ou que, même, elle ait osé dominer toute la question

Les insuffisances

On reste en effet étonné que des hypothèses de grande importance aient été négligées.

De toutes, la plus saisissante est celle où, dans le cas d'une vente ou transfert d'actions on aurait soit, laissé en place les administrateurs

(53) Gower, *op. cit.*, 491.

anciens, soit, d'une manière plus générale, dirigé sur la direction des gratifications pour des raisons autres que la perte de fonctions. Il pourrait s'agir en particulier de favoriser une recommandation "pertinente" de la part de la direction sur le prix que les actionnaires devraient accepter pour leurs titres sans que cette question puisse être reliée en aucune manière à celle de compensation pour perte de services ou fonctions.

On admet que cette hypothèse échappe à l'emprise de la loi et on soumet qu'elle sera néanmoins régie par les principes normaux du *fiduciary relationship*. Cette proposition n'est en aucune manière de nature à rassurer.

Sans doute la société pourrait-elle contraindre les administrateurs à rendre compte des profits qui leur résultent à l'occasion du *take-over* (54) mais rien ne saurait l'y inviter: d'une part, parce que la société est elle-même gouvernée par les administrateurs concernés, d'autre part, parce que ce n'est pas elle qui, en définitive, supporte les frais de l'opération.

Au contraire, ceux qui sont appelés à recevoir moins pour leurs titres, à raison des manœuvres des administrateurs, ce sont les actionnaires à qui l'arrêt *Percival vs Wright* a refusé qualité pour invoquer des *fiduciary duties* de la direction à leur endroit.

Subsisterait seulement, la possibilité de démontrer que les administrateurs avaient cessé d'agir es-qualité, pour être devenus les "agents" ou mandataires directs des actionnaires. Or, à ce sujet, *Gower* (55) soumet qu'en toutes circonstances, il ne sera pas difficile aux administrateurs d'éviter cette implication.

A, de même, été malmenée, l'hypothèse où la tentative serait faite par un individu de soudoyer la direction aux fins d'acquérir moins du tiers des votes à l'assemblée générale. Pourquoi avoir limité le domaine d'application des dispositions à l'excédent de ce chiffre? On sait que dans la pratique moderne, il n'y a plus guère de relation entre le "contrôle" de l'assemblée générale et le nombre d'actions que l'on peut y détenir. On peut fort bien acquérir le contrôle à beaucoup moins de frais qu'en se portant acquéreur du tiers des actions votantes. Il sera donc permis dans ces dernières circonstances de faire à la direction tous

(54) *Tiessen vs Henderson*, 1899, 1 Ch. 861.

Kaye vs Croydon Tramways Co., 1898, 1 Ch. 358.

(55) *Gower*, op. cit., p. 493.

les cadeaux qu'elle voudra sans être menacé de l'effet des dispositions examinées.

A ces difficultés précises, la Commission Jenkins paraît malheureusement n'apporter que des remèdes indirects.

Sans doute, avons-nous vu qu'elle entendait faire échec à l'arrêt *Percival vs Wright* en ce qui a trait à l'usage abusif d'informations confidentielles aux dépens des actionnaires (ou de tiers)⁽⁵⁶⁾; mais il s'agit là, semble-t-il, d'une hypothèse parmi d'autres, si tant est que des prébendes peuvent être payées aux administrateurs sans qu'il y ait forcément utilisation ou commerce d'informations confidentielles.

Plus radicalement cependant, la Commission recommande de procéder à une vaste remise à jour des règles et pratiques actuelles organisant l'achat ou l'offre de prise à charge de sociétés (*take-over bids*)⁽⁵⁷⁾.

Elle propose notamment que soit accordé au *Board of Trade* le pouvoir d'édicter des règles tant sur la façon de présenter les offres de prise à charge que sur les documents qui ont l'habitude de les véhiculer, les "circulaires". La réglementation pourra viser aussi bien l'offre que la recommandation des administrateurs (aux actionnaires) de l'accepter ou de la refuser⁽⁵⁸⁾.

Qu'elles proviennent de l'offrant ou du conseil d'administration, les circulaires devront être enregistrées auprès du Registraire des Sociétés avant toute mise en circulation, et il sera loisible à ce dernier d'en refuser l'enregistrement si elles ne sont pas conformes aux règles établies (ou accréditées) par le *Board of Trade*, ou si elles sont de nature à créer une fausse impression⁽⁵⁹⁾.

Notons enfin, que toute circulaire devra contenir un état complet de tous les paiements qui ont été proposés aux administrateurs en considération de la perte ou du retrait de leur fonction⁽⁶⁰⁾.

Il ne paraît pas douteux que ces dispositions, ainsi que toutes celles qui les accompagnent, tendent à organiser, par voie de publicité, une certaine censure aussi bien sur la tête des offrants que sur celle des administrateurs qui se font les dispensateurs de leurs offres. Elles ne nous

(56) Jenkins Report, op. cit; no 99 (b).

(57) Idem. no 265 et s.

(58) Idem, no 294 (a).

(59) Jenkins Report, op. cit., no 294 (c).

(60) Idem, no 294 (j) et no 94 (h) (j).

paraissent pas toutefois rencontrer directement les difficultés que nous avons évoquées, mais peut-être réussissent-elles à en désamorcer l'incidence par cette restructuration à un palier supérieur.

De toute évidence, ces dispositions et recommandations du droit anglais mériteraient qu'on s'en inspire et leur opportunité ne paraîtrait pas moins certaine dans tous les droits que nous comparons.

En droit canadien

Au Canada, exception faite de la Province de Québec, la question demeure résolue par les principes généraux du *fiduciary relationship*, principes dont nous venons de constater le caractère simplement supplétif en droit anglais. Dans le présent cas, pas plus qu'en droit anglais, ils ne sont d'un secours vraiment valable, et ce, tant et aussi longtemps que *Percival vs Wright* fera aussi bien autorité au Canada qu'en Angleterre. Ils paraissent encore rares les tribunaux canadiens qui osent s'inspirer des tendances de la jurisprudence américaine en la matière. On sait qu'en ce dernier pays, on a fait, depuis *Strong vs Repide*⁽⁶¹⁾, une si large application de la théorie des *circonstances spéciales* autorisant des exceptions au principe de *Percival vs Wright* que le poids des solutions a paru s'en trouver renversé. Il semble, en effet, généralement admis aujourd'hui, aux États-Unis, que les *fiduciary duties* des administrateurs ne sont pas seulement dus à la société, entité légale ou fiction juridique, mais aussi bien aux actionnaires qui incarnent cette fiction. On ne s'embarrasse pas en outre de l'étonnante question de savoir si les actionnaires doivent être considérés individuellement ou collectivement, lorsqu'un dommage leur est causé.

En droit français et québécois

Enfin, le problème posé laissera peu de répit à la théorie de la responsabilité en droit français et québécois. Il faudra d'abord déloger les faits imputables à faute avant de démontrer cette dernière. Cette tâche ne sera pas toujours facile, pas plus qu'elle ne l'est d'ailleurs en droit anglais. Les dispositions qu'on a introduites dans ce dernier droit avaient justement cet objectif de faciliter ou de dégager une divulgation.

(61) 1909, 213 U.S. 419.

Cependant, il semble bien, qu'une fois l'aveu ou une preuve obtenue sur la réception de paiements destinés à blaiser le jugement de l'administrateur, il sera difficile à ce dernier d'échapper aux rigueurs de la loi. Ni la preuve du dommage, ni celle du lien de causalité ne devraient présenter trop de difficultés. En droit français, les deux dispositions d'ordre pénal relatives à l'usage abusif des biens et du crédit de la société, ainsi qu'à celui des pouvoirs et voix dont disposent les administrateurs, dispositions dont nous avons rappelé l'existence en discutant de la question générale des profits réalisés grâce à l'exercice des fonctions, faciliteront sans conteste la tâche du plaideur au civil, ne serait-ce que dans la caractérisation de la faute.