

LA LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

DOCUMENT DE CONSULTATION

AIDE FINANCIÈRE

ET DISPOSITIONS CONNEXES

PARUTION : MARS 1996

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	i
I. INTRODUCTION	1
II. ARTICLE 44	3
A. LA DISPOSITION	3
B. ORIGINE	5
C. FINALITÉ DE L'ARTICLE 44	10
III. DISPOSITIF RÉGISSANT LES CONFLITS D'INTÉRÊTS	12
A. RÈGLES DE LA LCSA	12
B. AUTRES RÈGLES SUR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS DE RÉGIME FÉDÉRAL	14
IV. AUTRES APPROCHES DU CONFLIT D'INTÉRÊTS	16
A. DEVOIRS FIDUCIAIRES/AVANTAGES POUR LA SOCIÉTÉ	17
B. DIVULGATION ÉLARGIE	18
C. RÉGIME GLOBAL DES CONFLITS D'INTÉRÊTS, DONT L'EXAMEN PAR UN COMITÉ INDÉPENDANT, ET LIMITES FINANCIÈRES	19
D. TEST DE LA SOLVABILITÉ ET INTERDICTIONS STRICTES	20
E. AVIS ET APPROBATION DES ACTIONNAIRES; DEVOIR DES ADMINISTRATEURS D'EMPÊCHER DES OPÉRATIONS ENTRAÎNANT L'INSOLVABILITÉ	20
F. LA <i>COMPANIES ACT</i> DU ROYAUME-UNI	22
G. AUTRES APPROCHES	24
V. PROBLÈMES ET QUESTIONS AYANT TRAIT À L'ARTICLE 44	24
A. COMPÉTITIVITÉ DES SOCIÉTÉS DE RÉGIME FÉDÉRAL	25

B.	RESPONSABILITÉS DES ADMINISTRATEURS	27
C.	LES RÈGLES ACTUELLES OFFRENT PEU DE PROTECTION AUX CRÉANCIERS ET AUX ACTIONNAIRES	28
D.	NON-DISPONIBILITÉ DES AVIS DE COMPTABLES	29
E.	LOIS SUR LES SOCIÉTÉS PAR RAPPORT AUX LOIS SUR LES VALEURS MOBILIÈRES	30
VI.	CONSULTATIONS	32
VII.	OPTIONS, CONCLUSIONS PRÉLIMINAIRES ET RECOMMANDATIONS DE MODIFICATION OU D'ABROGATION DE L'ARTICLE 44	34
A.	OPTIONS	34
B.	CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS PRÉLIMINAIRES	41
VIII.	DIVULGATION DES INTÉRÊTS (ARTICLE 120)	44
IX.	CONCLUSION	64
ANNEXE A :	ARTICLE 44 ET ARTICLES CONNEXES DE LA LCSA	
ANNEXE B :	REVUE DÉTAILLÉE D'AUTRES RÉGIMES SUR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS	
ANNEXE C :	ÉCLAIRCISSEMENTS POSSIBLES DE L'ARTICLE 44	

SOMMAIRE

AIDE FINANCIÈRE ET DISPOSITIONS CONNEXES

L'article 44 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) constitue l'un des articles les plus complexes du régime de droit fédéral sur les sociétés. L'article restreint le consentement de prêts, de cautions et d'autres formes d'aide financière de la part d'une société de régime fédéral lorsque les administrateurs ont des motifs raisonnables de croire que la société ne peut satisfaire à certains tests de l'actif et de la solvabilité déterminés. La restriction s'applique dans deux genres de situations : l'aide financière aux administrateurs, aux actionnaires et à certaines autres personnes apparentées à la société; et l'aide financière à tout acheteur d'actions de la société ou d'une société de son groupe. Si une aide financière est consentie en violation de l'article 44, les administrateurs pourraient être tenus de rembourser à la société le montant de cette aide et les prêteurs pourraient ne pas pouvoir compter sur les cautions qu'a consentie la société.

Le principe directeur qui sous-tend l'article semble être de protéger les créanciers et les actionnaires minoritaires de la société contre une réduction de son capital qui résulterait de l'aide financière accordée à ses initiés lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la société est ou qu'elle sera, après avoir consenti l'aide financière, insolvable.

L'article 120 s'apparente à l'article 44 en ce qu'il exige des administrateurs et des dirigeants de sociétés de régime fédéral qu'ils divulguent s'ils sont partie à un contrat important avec la société ou s'ils possèdent un intérêt dans une personne qui est partie à un contrat important avec la société.

Le présent document a pour objet :

- de décrire le régime actuel de l'article 44, ainsi que son origine et sa finalité;
- de situer l'article 44 dans le dispositif d'ensemble régissant les conflits d'intérêts institué par le droit des sociétés;
- de comparer d'autres régimes;
- d'étudier les problèmes et questions d'ordre général relatifs à l'article 44;
- d'examiner les commentaires sur l'article 44 qu'ont déjà soumis des intervenants;
- de présenter des options et des recommandations de modification ou d'abrogation de l'article 44; et
- d'examiner des problèmes et options qui concernent l'article 120.

L'article 44 doit être examiné à la lumière du dispositif global de règles traitant des conflits d'intérêts au niveau de la société. Les administrateurs et les dirigeants de sociétés de régime fédéral disposent de sommes énormes en capitaux et bénéfices qu'ils peuvent employer à l'avantage de tous les intervenants dans une telle société, dont les actionnaires

minoritaires et les créanciers. Parce que les administrateurs et les dirigeants possèdent un pouvoir de contrôle sur ces capitaux et bénéfices, la loi leur impose des devoirs fiduciaires envers la société. Ils sont donc tenus d'«agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société».

C'est en raison de la possibilité de conflits entre le rôle fiduciaire des initiés de la société et leur capacité à conclure des opérations avec la société qu'on a tenté par la *common law* et le droit civil, la législation sur les sociétés et d'autres lois de façonner des règles visant à protéger les autres intervenants. Le défi principal a toujours consisté à procurer une protection raisonnable tout en accordant à la société la souplesse nécessaire à ses opérations financières et ses relations d'affaires.

Il n'existe pas d'approche définitive à la réglementation des conflits d'intérêts et au consentement d'une aide financière. Plutôt que le test de l'actif et de la solvabilité en ce qui concerne l'aide financière et la responsabilité des administrateurs, certains régimes :

- ont peu ou pas de réglementation. Aussi, dans ces régimes, c'est souvent le devoir fiduciaire des administrateurs en *common law* qu'on invoque pour circonscrire les abus;
- ont élargi les obligations de divulgation;
- ont des restrictions en matière de régie d'entreprise, comme l'examen des opérations entre apparentés, par un comité d'administrateurs indépendants;
- imposent des limites financières à l'aide;
- interdisent de façon absolue le consentement d'une aide financière lorsqu'une société est insolvable ou le deviendrait; et
- imposent aux administrateurs la responsabilité de l'ensemble des dettes d'une société qui conclut des marchés tandis qu'elle est insolvable.

La nécessité de se conformer à l'article 44 peut avoir pour effet l'augmentation du coût d'une opération. Ce coût supplémentaire peut avoir une influence sur la compétitivité d'une société. La perte d'occasions au motif de l'impossibilité d'obtenir du financement pour certains projets peut également avoir une incidence négative sur la compétitivité. Par ailleurs, l'article 44 peut jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de protéger le capital de la société contre son mauvais usage ou son détournement par des initiés à leur avantage personnel. Le coût supplémentaire d'une opération pourrait donc constituer une dépense fructueuse si cela permet de protéger le capital de la société.

Des praticiens du droit et d'autres personnes ont soulevé une longue liste de problèmes techniques reliés à l'article 44, dont la responsabilité imprévisible des administrateurs. L'éclaircissement, voire l'élimination de cet article, pourrait réduire la responsabilité imprévisible, et par conséquent, injuste qui est imposée aux administrateurs. Les comptables et avocats sont réticents à fournir des avis motivés sur la solvabilité. Aussi, les administrateurs pourraient ne pas pouvoir bénéficier de la défense de bonne foi

(par. 123(4)) qu'ils peuvent actuellement invoquer. Par ailleurs, l'élimination ou la réduction des règles légales régissant l'aide financière (et d'autres règles sur les conflits d'intérêts) pourrait mener à un recours plus prononcé aux tribunaux pour fixer les normes de conduite appropriée pour les administrateurs.

Une autre préoccupation que soulève l'article, c'est que, bien qu'il semble poser problème aux administrateurs et à d'autres, la protection qu'il confère aux créanciers et aux actionnaires minoritaires pourrait être douteuse. Au contraire des règles fédérales d'avant 1975, l'aide financière n'est pas absolument interdite. La loi exige uniquement qu'il soit satisfait aux tests de la solvabilité et de l'actif. En d'autres termes, bien qu'une opération puisse bafouer gravement les actionnaires, se traduire par un conflit d'intérêts évident et même constituer une violation des devoirs fiduciaires et, par conséquent, contrevenir à d'autres dispositions de la LCSA, l'opération pourrait quand même ne pas transgresser l'article 44. Par ailleurs, cet article peut se révéler utile pour ce qui est d'imposer aux administrateurs une norme minimale en matière de protection des créanciers et des actionnaires.

Une autre question qui se pose, c'est quel rôle devrait jouer le droit des sociétés en matière d'aide financière et autres opérations entre apparentés qui sont le fait de sociétés ouvertes et qu'est-ce qui constitue l'interaction appropriée entre les lois sur les sociétés et les lois sur les valeurs mobilières? Les sociétés ouvertes de régime fédéral et les apparentés sont assujettis à la réglementation des lois provinciales sur les valeurs mobilières. Ces lois complètent les règles qu'imposent la LCSA au niveau des opérations et de la divulgation ou font double emploi avec celles-ci.

Dans le document, nous présentons onze options qui permettraient de répondre à ces problèmes, dont l'abrogation de l'article 44 et le remplacement des tests de la solvabilité et de l'actif par une série de possibilités. Parmi les solutions envisagées, on compte un test, une divulgation ou un avis de l'intérêt véritable de la société et l'approbation des opérations importantes par les actionnaires, ainsi que le maintien de l'article 44, mais en y apportant des précisions.

Le document conclut en recommandant le maintien et l'éclaircissement des exigences relatives aux tests de la solvabilité et de l'actif en vertu de l'article 44 pour ce qui a trait à l'aide financière en vue de l'achat d'actions. En ce qui a trait à l'aide financière d'un apparenté, le document recommande que la LCSA soit modifiée de sorte que soient remplacés les tests de la solvabilité et de l'actif par trois exigences : divulgation, test de l'intérêt véritable de la société et approbation des administrateurs et des actionnaires.

Dans le document, il est suggéré d'adopter une exigence supplémentaire pour les sociétés ouvertes de régime fédéral, nommément que toute opération importante entre apparentés qui serait conclue avec des actionnaires, administrateurs et dirigeants importants

de la société ou de la société mère et les personnes ayant des liens avec eux doivent également être examinées par un comité formé d'administrateurs indépendants.

Contrats importants

Dans le document, il est discuté de dix préoccupations que soulève l'article 120. Un certain nombre de ces préoccupations s'attachent au contenu de la divulgation requise et à qui la divulgation devrait être faite. Par exemple, dans le document, nous examinons la question de savoir si l'obligation de divulgation permanente qu'impose le paragraphe 120(6) ne devrait pas être éclaircie. Dans le document, il est recommandé d'adopter l'exigence qui se trouve dans la loi albertaine sur les sociétés suivant laquelle la divulgation générale doit être faite dans les douze mois qui précèdent la date à laquelle la divulgation serait par ailleurs exigée.

D'autres questions ont trait à la capacité des administrateurs intéressés à voter sur des contrats importants, le devoir de rendre compte, de même que les normes et tests auxquels il doit être satisfait. Par exemple, dans le document, il est discuté de la question de savoir si la norme de l'«équitable pour la société» est appropriée et équitable pour les administrateurs. Après examen de la question, quatre options sont présentées : 1° maintenir l'actuel test de l'«équitable»; 2° modifier la disposition en supprimant le test de l'«équitable» et en exigeant uniquement la divulgation et soit l'approbation des administrateurs soit l'approbation des actionnaires afin de rendre le contrat non annulable; 3° remplacer le test de l'«équitable» par l'exigence que le contrat soit dans «l'intérêt véritable de la société»; et 4° remplacer le test de l'«équitable» par un test subjectif, tel que le conseil ou l'administrateur était raisonnablement fondé à conclure, au moment où l'aide financière a été consentie, que cela était dans l'intérêt véritable de la société.

Les recommandations que contient le présent document de consultation ne constituent nullement une politique du gouvernement voire du ministère. Il s'agit plutôt d'idées ayant ressorti, dans une large mesure, des discussions préliminaires tenues au pays avec des intervenants. Le document, et les consultations qui suivront, vise à solliciter l'expression d'idées nouvelles sur la façon d'améliorer les dispositions sur l'aide financière. Toute suggestion sera la bienvenue.

LA LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

AIDE FINANCIÈRE ET DES DISPOSITIONS CONNEXES

I. INTRODUCTION

[1] L'article 44¹ de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*² (LCSA) constitue l'un des articles les plus complexes du régime de droit fédéral sur les sociétés. L'article restreint le consentement de prêts, de cautions et d'autres formes d'aide financière³ de la part d'une société de régime fédéral. La restriction s'applique dans deux genres de situations : l'aide financière aux administrateurs, aux actionnaires et à certaines autres personnes apparentées à la société; et l'aide financière à tout acheteur d'actions de la société ou d'une société de son groupe. Si une aide financière est consentie en violation de l'article 44, les administrateurs pourraient être tenus⁴ de rembourser à la société le montant de cette aide et les prêteurs pourraient ne pas pouvoir compter sur les cautions qu'a consenties la société.⁵

[2] Le principe directeur qui sous-tend l'article semble être de protéger, avant tout, les créanciers de la société et, de façon secondaire, les actionnaires minoritaires contre une réduction de son capital qui résulterait de l'aide financière accordée à ses initiés lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la société est ou qu'elle sera, après avoir consenti l'aide, insolvable.⁶ Bien que l'article 44 n'interdise pas les opérations d'aide financière et qu'il soit accordé de façon générale à la société de la souplesse au niveau de ses opérations financières, l'article 44 impose toutefois des restrictions à la capacité de la société à accorder son aide financière dans certains cas.

[3] Depuis son adoption en 1975, on s'est à de nombreuses reprises plaint⁷ que

¹ Reproduit intégralement en annexe A.

² L.R.C. (1985), ch. C-44.

³ L'article 44 interdit de fournir une «aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution». La LCSA n'offre pas d'autre définition de l'expression «aide financière». Pour des commentaires à cet égard, voir l'annexe C, question 7.

⁴ Suivant l'al. 118(2)(d) lu en se référant à l'art. 44.

⁵ Les problèmes que cause aux prêteurs l'art. 44 sont commentés plus bas dans les parties V(A) et (C) et à l'annexe C, questions 17-18.

⁶ Se reporter aux commentaires plus détaillés sur le principe directeur sous-jacent à l'art. 44 à la partie II(C) plus bas.

⁷ John Howard, l'un des auteurs du *Rapport Dickerson* (gouvernement du Canada, Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes, par Robert W.V. Dickerson, John L. Howard, Leon Getz, (Ottawa, Information Canada, 1971) qui a mené à l'édition de la LCSA, notait en 1976 que la disposition sur l'aide financière «[Traduction] a soulevé plus de controverse que tous les autres articles

l'article 44 est vague, sème la confusion, donne naissance à des anomalies commerciales et à des problèmes de financement/restructuration. Par exemple, les expressions utilisées dans l'article 44, telles que «même indirecte», «valeur de réalisation» et «notamment sous forme de prêt ou de caution», donnent lieu à des difficultés d'interprétation.⁸ L'abrogation ou la refonte de l'article 44 a été pointé comme constituant une priorité par les sociétés de régime fédéral, les administrateurs, les créanciers, les avocats et les comptables.

[4] Le libellé incertain dont on se sert dans l'article 44 cause aux praticiens du droit une grande difficulté lorsque vient le moment de transmettre à leurs clients des avis motivés sans réserve. De plus, en 1988, le Comité de direction du Conseil des normes de vérification de l'Institut canadien des comptables agréés (ICCA) énonçait une opinion de vérification selon laquelle les praticiens de la comptabilité ne devraient pas remettre d'avis motivé sur des questions ayant trait à la solvabilité.⁹ Parce que les administrateurs pourraient ne pas être en mesure d'obtenir un conseil approprié de la part de leurs avocats ou de leurs comptables, l'article 44 semble leur imposer une responsabilité injustifiée et imprévisible. Il se pourrait qu'il fasse également obstacle à la compétitivité des sociétés de régime fédéral.¹⁰

[5] On a également isolé des problèmes reliés à l'article 120 de la LCSA, lequel traite d'une autre situation de conflit d'intérêts : les administrateurs et les dirigeants ayant des intérêts dans des contrats importants avec la société.

[6] Le présent document a pour objet :

- de décrire le régime actuel de l'article 44, ainsi que son origine et sa finalité (partie II du document);
- de situer l'article 44 dans le dispositif d'ensemble régissant les conflits d'intérêts institué par le droit des sociétés (partie III);
- de comparer d'autres régimes (partie IV);
- d'étudier les problèmes et questions d'ordre général relatives à l'article 44 (partie V);
- d'examiner des commentaires sur l'article 44 qu'ont déjà soumis des intervenants (partie VI);
- de présenter des options et des recommandations de modification ou d'abrogation de l'article 44 (partie VII); et

réunis de la Loi».

⁸ Les problèmes techniques soulevés par l'art. 44 sont commentés à l'annexe C et les problèmes d'ordre plus général sont commentés à la partie V plus bas.

⁹ Institut Canadien des Comptables Agréés, Note d'orientation concernant la vérification et les domaines connexes - Nov-4 «Services relatifs à des questions de solvabilité», Manuel de l'ICCA. Se reporter aux commentaires détaillés à la partie V(D) plus bas.

¹⁰ Se reporter aux commentaires à la partie V(B) plus bas.

- d'examiner des problèmes et options qui concernent l'article 120 (partie VIII).¹¹

[7] Les recommandations et options ne sont soumises qu'afin d'aider à diriger les discussions. Industrie Canada ne prendra pas de décision définitive sur les options les plus appropriées tant que ne sera pas complété le processus de consultation.

II. ARTICLE 44

A. LA DISPOSITION

[8] La société de régime fédéral a la capacité d'une personne physique (para. 15(1)). Ainsi, en principe, la société est habilitée à accorder une aide financière sous forme de prêt, de caution ou sous une autre forme à qui que ce soit.

[9] Cependant, ce droit est restreint par l'article 44 de la LCSA de même que par des devoirs fiduciaires et autres obligations qu'elle impose.¹² L'article 44 impose des limites au consentement de prêts, de cautions et d'autres formes d'aide financière à une très grande variété de personnes déterminées qui ont un lien quelconque avec la société,¹³ à toutes fins que ce soit (une aide financière à un apparenté¹⁴); et à tout acheteur d'actions de la société ou d'une société de son groupe (aide financière à l'achat d'actions). Une partie de la confusion issue de cet article pourrait résider dans le fait qu'il tente de traiter de ces types distincts d'opérations avec une seule et même règle.

[10] L'article 44 interdit l'aide financière dans ces deux cas lorsque les administrateurs ont «des motifs raisonnables de croire que» soit que la société est ou deviendrait insolvable, soit

¹¹ Le présent document a été élaboré, en partie, d'après les rapports détaillés suivants : Institute of Law Research and Reform, Financial Assistance by a Corporation: Section 42, The Business Corporations Act (Alberta), rapport de consultation No. 5 (Edmonton : Août 1987) et Institute of Law Research and Reform, Financial Assistance by a Corporation: Section 42, The Business Corporations Act (Alberta), rapport définitif No. 54 (Edmonton : août 1989) (ci-après rapport définitif et de consultation LRI de l'Alberta); et d'un document préparé par Georges Dubé, de Lavery, de Billy (Montréal), aux termes d'un contrat passé avec Industrie Canada.

¹² Se reporter aux commentaires de la partie III plus bas.

¹³ Les personnes déterminées par l'article sont les «actionnaires, administrateurs, dirigeants ou employés» de la société ou de sociétés de son groupe ou les «personnes ayant des liens avec eux». L'art. 2 définit «groupe» et «liens».

¹⁴ Ainsi que mentionné ci-dessus, le libellé de la disposition est large dans sa portée et couvre des personnes qui autrement pourraient ne pas être considérées des «initiés» en mesure d'influencer le processus de prise de décision de la société. Par exemple, la disposition restreint l'aide financière consentie à un actionnaire, même celui qui détient un très petit nombre d'actions, et à tout employé.

que son actif est ou serait inférieur au total de son passif et de son capital déclaré.¹⁵ Par conséquent, l'aide financière semble autorisée dans des cas autres que les deux cas susmentionnés ou dans les cas où il y a absence de motifs raisonnables.

[11] Les administrateurs qui autorisent une aide financière en violation de l'article 44 sont personnellement tenus de restituer à la société le montant d'une telle aide financière.¹⁶ En vertu de la loi, les administrateurs jouissent d'une défense limitée, la défense de bonne foi, qui leur permet de se soustraire à la responsabilité lorsqu'ils s'appuient de bonne foi sur des états financiers ou le rapport d'un avocat, d'un comptable ou d'un autre professionnel.¹⁷ Cependant, ainsi que nous le notons plus haut, les administrateurs semblent éprouver des difficultés à obtenir des avis juridiques et comptables qui leur permettraient d'invoquer cette défense.

[12] Le paragraphe 44(2) énonce certaines exceptions suivant lesquelles l'aide financière est expressément permise, qu'il existe ou non des motifs raisonnables de croire que la société est insolvable, etc. Par exemple, le paragraphe 44(2) permet de consentir une aide financière aux employés dans le cadre d'un programme d'achat d'actions ou à une filiale en toutes circonstances. Enfin, suivant le paragraphe 44(3), la société et tout prêteur à titre onéreux de bonne foi qui n'a pas été avisé de la violation peut poursuivre l'exécution des contrats que la société a conclus en violation de l'article. Une certaine incertitude plane dans le milieu des prêteurs sur la question de savoir jusqu'à quel point cet article les protège.¹⁸

[13] L'article 44 a été adopté dans le cadre d'une refonte du régime fédéral du droit des sociétés en 1975.¹⁹ Ainsi, sauf pour ce qui est de modifications tout à fait mineures en

¹⁵ Le capital déclaré d'une société est formé du montant total de la contrepartie qu'elle touche pour des actions qu'elle émet. Voir l'art. 26 de la LCSA.

¹⁶ Voir l'al. 118(2)(d).

¹⁷ Par. 123(4) de la LCSA. Dans un autre document de consultation sur la responsabilité des administrateurs, paru en novembre 1995, on analyse la question de savoir si la défense de bonne foi devrait ou non être remplacée par une défense de diligence raisonnable complète. Se reporter au document de consultation d'Industrie Canada sur la responsabilité des administrateurs paru en novembre 1995, à la question 7, aux p. 25 à 28.

¹⁸ Se reporter aux commentaires en annexe C, question 17.

¹⁹ Art. 42 de la Loi sur les corporations commerciales canadiennes, S.C., 1974-75, ch. 33.

1978 et en 1994,²⁰ la disposition actuelle est largement identique à celle qui fut adoptée en 1975.

B. ORIGINE

[14] Les deux types d'opérations que restreint l'article 44, soit les opérations d'aide financière à l'achat d'actions et aux apparentés, ont des histoires différentes bien qu'elles aient été jointes ensemble dans le régime de droit fédéral des affaires en 1930.

[15] En ce qui concerne l'aide financière aux apparentés, le régime de droit fédéral des affaires interdisait tous les «prêts» aux actionnaires, à compter de l'édition de la première loi fédérale en 1869²¹ jusqu'à l'adoption de la LCSA en 1975.²² En 1934, l'interdiction fut élargie de façon à interdire également les prêts aux administrateurs.²³ Au cours des années, certaines exemptions furent introduites à l'égard des sociétés de crédit et à l'égard des prêts à l'achat de logements, mais, essentiellement, une interdiction stricte fut maintenue jusqu'en 1975.

[16] Les restrictions imposées aux opérations d'aide financière à l'achat d'actions sont d'origine plus récente. De nombreux auteurs²⁴ font remonter les restrictions sur l'aide financière à l'achat d'actions sur la règle de *common law* suivant laquelle il est interdit aux sociétés de «faire le trafic» de leurs propres actions, suivant l'arrêt anglais *Trevor c. Whitworth*²⁵ Dans cette affaire, la société avait acheté, avant sa liquidation, plus de 4 000 de ses actions et la valeur de cet achat se chiffrait à plus du quart du capital versé de la société. La cour statua comme suit :

²⁰ Édifiée suivant la Loi modifiant la Loi sur les corporations commerciales canadiennes, L.C. 1978-79, ch. 9, art. 17 et de la Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.C. 1994, ch. 24, art. 10. Les modifications de 1978 «[Traduction] restructuraient l'article sans changement de principes directeurs» (dossier préparatoire à l'intention du Sénat, 1978). Certains des alinéas furent déplacés et l'al. 44(2)(d) qui fut ajoutée permettait expressément les prêts en aval des sociétés mères à leurs filiales. Antérieurement, suivant la disposition adoptée en 1975, seuls les prêts en amont étaient expressément permis. La modification de 1994 ajouta le paragraphe 44(2.1) qui définit une «société [qui] appartient en toute propriété» comme incluant les filiales «petites filles» et autres filiales dans la chaîne de personnes morales pour les besoins de l'aide financière en amont.

²¹ Joint Stock Companies by Patent Act, S.C. 1869, ch. 13, art. 47.

²² Voir la Loi sur les corporations canadiennes, L.R.C. 1970, ch. C-32, art. 17. La partie I de cette loi, qui traitait des corporations commerciales fédérales, a été abrogée et remplacée par la LCSA en 1975.

²³ La Loi des compagnies, 1934, L.C. 1934, ch. 33, par. 15(1).

²⁴ À titre illustratif, voir Jonathan Levin, «Financial Assistance» (Canadian Bar Association - Ontario, Continuing Legal Education, Basic Corporate Practice, 27 avril 1985) p. 1 et suivantes, et Nicholas Dietrich, Working with the Ontario Business Corporations Act: The Practitioner's Experience (The Law Society of Upper Canada, Department of Continuing Education, 1989), p. 1.

²⁵ (1887), 12 App. Cas. 409 (H.L.).

[Traduction] Le capital peut, sans nul doute, être diminué en l'affectant à l'ensemble des objets déterminés et à des emplois raisonnablement connexes à ces objets. Une partie peut être perdue dans le cadre de l'exploitation des activités autorisées. De cela, toutes les personnes ayant mis leur confiance dans la société sont bien au fait et en acceptent le risque. Cependant, j'estime qu'ils ont le droit d'escompter... que le capital demeure à l'abri de dépenses extérieures à ces limites ou du retour de toute partie de celui-ci aux actionnaires...

Dans la présente affaire, quel est le motif qui a incité la société à acheter de ses actions? Si c'est qu'elle pouvait les vendre de nouveau, cela constituerait un trafic des actions et c'est clairement non autorisé. Si le motif était de les conserver, cela constituerait, dans mon esprit, un moyen détourné de réduire le capital de la société.²⁶

[17] Le régime précis des restrictions législatives pesant sur l'aide financière à l'achat d'actions remonte à une recommandation que faisant en 1926 le Comité Green du Royaume-Uni sur le droit des sociétés. Le Comité envisageait expressément ce type d'opération qu'on nomme la prise de contrôle adossée²⁷ :

[Traduction] Une pratique a vu le jour récemment, que nous considérons hautement non appropriée. Ainsi, un syndicat convient d'acheter auprès des actionnaires existants suffisamment d'actions pour contrôler une société, les sommes nécessaires sont fournies par une banque sous forme de prêt temporaire, pour une journée ou deux, les représentants du syndicat sont nommés administrateurs en remplacement du conseil évincé et s'affairent immédiatement à prêter au syndicat, à même les fonds (bien souvent sans garantie) de la société les sommes nécessaires pour rembourser la banque. Ainsi, la société se trouve de fait à fournir l'argent nécessaire à l'achat de ses propres actions. Nous sommes devant un exemple typique, mais il existe bien entendu de nombreuses variantes. Un tel *modus operandi* nous apparaît constituer une offense à l'esprit si ce n'est à la lettre de la loi qui interdit à une société de faire le trafic de ses propres actions, sans parler que cette pratique ouvre la porte aux plus graves abus.²⁸

²⁶ Ibid., p. 415 à 417.

²⁷ Une prise de contrôle adossée (ou PCA) est une opération par laquelle l'acheteur d'une société a recours aux éléments d'actif de cette société pour financer l'acquisition. L'offre d'achat visant à la mainmise de Chrysler Corporation que faisait Kirk Kerkorian en mai 1995 constitue un exemple récent de PCA. L'offre de 22 milliards \$ US s'appuyait sur 13 milliards \$ en fonds empruntés, 5,5 milliards \$ provenant de la société visée, Chrysler Corporation, et seulement 3,5 milliards \$ des offrants. Voir «Kerkorian pulls offer for Chrysler», *Globe & Mail* (1^{er} juin 1995): cahier B, p. 1.

²⁸ Nicholas Dietrich, Working with the Ontario Business Corporations Act: The Practitioner's Experience (The Law Society of Upper Canada, Department of Continuing Education, 1989), p. 2. Plus récemment, Frederick Toole, «Financial Assistance by Corporations [:] s. 43 Business Corporations Act (N.B.)», dans New Brunswick CLE Corporate Law Conference (14 septembre 1990) faisait les commentaires suivants en p. 1 :

[18] En 1929, la Companies Act du Royaume-Uni était modifiée de façon à interdire une «aide financière» dans le cadre de l'achat d'actions de la compagnie, souffrant cependant certaines exceptions.²⁹ L'année suivante, la loi fédérale canadienne sur les sociétés était modifiée, mais, à l'opposé de la loi du Royaume-Uni,³⁰ la loi fédérale combinait l'interdiction nouvelle d'aide financière à l'achat d'actions avec l'interdiction existant alors

La fin des années 1980 a vu le point culminant de la «prise de contrôle adossée» - une opération suivant laquelle une société acquéresse, ou un autre véhicule, utilise l'actif de sa cible pour financer l'acquisition. Bien que les prises de contrôle de grande envergure, telles celles de RJR Nabisco, aient permis de faire connaître les PCA au public, les difficultés financières largement médiatisées qu'a causé la prise de contrôle d'Allied Stores Corp. et de Federated Department Stores Inc. par Campeau Corporation ont fait la preuve des graves conséquences que cela entraîne pour la société visée lorsque ses éléments d'actif sont minés à un tel point par l'endettement qu'ils ne peuvent suffire à produire assez de revenus pour assumer les dettes de la société.

²⁹ Companies Act, 1929 (Royaume-Uni), art. 45.

³⁰ À cette époque, la loi du Royaume-Uni n'interdisait pas les prêts aux actionnaires et aux administrateurs. En effet, le rapport du Comité Green du Royaume-Uni recommandait de ne pas interdire en aucune façon des prêts aux actionnaires et aux administrateurs. Cependant, le Comité Cohen du Royaume-Uni recommanda en 1945 :

[Traduction] Rien en l'actuelle loi sur les compagnies n'empêche un administrateur ou un dirigeant d'une compagnie de contracter un emprunt auprès de la compagnie, quoique l'article 128 exige que le détail des prêts soit déclaré dans les comptes, sauf certaines exceptions... Nous considérons qu'il n'est pas souhaitable que des administrateurs puissent emprunter de leur compagnie. Si l'administrateur peut offrir de bonnes garanties, il ne lui est nullement difficile de contracter un emprunt auprès d'autres sources. S'il ne peut offrir de bonnes garanties, il n'est pas souhaitable qu'il puisse obtenir du crédit auprès de la compagnie, crédit qu'il ne pourrait obtenir ailleurs. À plusieurs reprises ces dernières années, des administrateurs ont emprunté de l'argent auprès de leur compagnie en offrant des garanties non appropriées et n'ont pu rembourser leur emprunt. Par conséquent, nous recommandons, sous réserve de certaines exceptions, qu'il soit déclaré illégal qu'un prêt puisse être consenti par une compagnie ou par une de ses filiales ou par toute autre personne sous caution ou sûreté fournie par la compagnie ou par une de ses filiales à un administrateur de la compagnie.

Board of Trade, Report of the Committee on Company Law Amendment (juin 1945), p. 49-50. La loi sur les compagnies du Royaume-Uni a été modifiée en 1948, donnant effet à cette recommandation (voir Companies Act, 1948 (Royaume-Uni) ch. 34, art. 190), mais cette disposition nouvelle sur l'aide financière aux apparentés a été, et est toujours, maintenue distincte de la disposition sur l'aide financière à une PCA qui a été adoptée en 1929.

La disposition de 1948 du Royaume-Uni était à la fois de portée plus étroite et plus large à certains égards que la loi fédérale des sociétés de cette époque. La loi du Royaume-Uni n'interdisait pas l'aide financière aux actionnaires (uniquement aux administrateurs). Cependant, la disposition du Royaume-Uni interdisait toute forme d'aide financière, non pas simplement les prêts.

sur l'aide financière aux apparentés.³¹ Les interdictions, assorties d'exceptions étroites, sont demeurées largement inchangées jusqu'à l'adoption de la LCSA en 1975.

[19] Le fondement des éléments actuels de solvabilité de l'article vient du «rapport Jenkins», qu'a produit le Comité sur le droit des sociétés du Royaume-Uni en 1962 sous la direction de Lord Jenkins.³² Le rapport énonçait que le principe directeur sous-jacent l'interdiction de l'aide financière en était un surtout de protection des créanciers et, de façon secondaire, de protection des actionnaires minoritaires.³³ Il recommandait d'autoriser l'aide financière à l'achat d'actions d'une compagnie si les administrateurs faisaient une déclaration de solvabilité sous serment et la déposait auprès du registraire des compagnies en vue de protéger les créanciers et si chaque opération était sanctionnée par une résolution spéciale (75%) en vue de protéger les actionnaires.³⁴ Il préconisait de plus d'accorder à un actionnaire minoritaire dissident qui détenait 10% ou plus des actions d'une compagnie ou d'une catégorie d'actions 28 jours pour s'adresser à un tribunal afin de bloquer une opération,³⁵ puisque une simple approbation des actionnaires constitue une protection bien minime pour les minoritaires.

[20] En 1971, la question des opérations d'aide financière fut traitée dans l'avant-projet de loi que proposait le *Rapport Dickerson* mais peu de commentaires furent faits.³⁶ L'avant-projet de loi proposait de conserver l'interdiction absolue d'une aide financière à l'achat d'actions, mais aurait autorisé l'aide financière apparentée si les actionnaires l'avaient approuvée par résolution spéciale et s'il avait été satisfait à des tests de la solvabilité et de l'actif.

³¹ Voir Loi modifiant la Loi des compagnies, 1930, S.C. 1930, ch. 9, qui ajoute l'art. 56D aux S.R.C. 1927, ch. 27. La disposition a été intégrée dans la nouvelle Loi sur les compagnies, 1934, S.C. 1934, ch. 33, art. 15. Dietrich, note 24, p. 3, fait les commentaires suivants :

[Traduction] Il est difficile de dire pourquoi une disposition de type conflits d'intérêts «d'initiés», qui s'attarde à la qualité du bénéficiaire, a été adjointe à la notion qui visait une pratique en particulier (une compagnie faisant le commerce de ses propres actions) et qui ignorait la qualité du bénéficiaire. La raison se trouve peut-être dans la conceptualisation de l'aspect «finalité» comme constituant une forme indirecte de l'aspect «qualité» puisqu'il met en scène des vendeurs et des acheteurs d'actions d'une compagnie. Sous cet angle, les deux parties de l'interdiction mettent en jeu des emprunts contractés par des personnes qui disposent d'une certaine autorité réelle ou éventuelle sur les affaires internes de la société à des fins autres que l'avantage de la société. Le dénominateur commun semble être le consentement de l'aide financière et le risque de préjudices aux créanciers ou aux actionnaires minoritaires, ou aux deux.

³² Company Law Committee, Lord Jenkins, Report(;) Command Paper 1749 (U.K.: 1962).

³³ Ibid., p. 58, par. 160.

³⁴ Ibid., p. 65, par. 178 et 179.

³⁵ Ibid., p. 68, par. 187.

³⁶ Rapport Dickerson, note 7, vol. 2, par. 5.16 et vol. 1, par. 145 et 146.

[21] La disposition sur l'aide financière de la LCSA de 1975 remplaçait les anciennes interdictions concernant les tests de la solvabilité et de l'actif à la fois pour les opérations d'achat d'actions et pour l'aide financière aux apparentés. La disposition de 1975 n'adoptait toutefois pas un processus d'approbation auprès des actionnaires que ce soit pour les opérations d'achat d'actions, tel que l'a été recommandé dans le Rapport Jenkins, ni pour l'aide financière aux apparentés, ainsi que le recommandait le *Rapport Dickerson*.

[22] Autre changement d'importance en 1975, la LCSA permettait expressément à une société de consentir une aide financière³⁷ à une société mère «si [la société] lui appartient en toute propriété». Cette nouvelle exception n'était pas recommandée par Dickerson, ni n'en trouvait-on trace dans l'avant-projet de loi initial déposé en 1973.³⁸ Les documents préparés à l'intention du Parlement expliquaient la raison d'être politique des dispositions de la LCSA (le dossier préparatoire de la LCSA de 1975) invoquait le motif suivant pour le changement : «[Traduction] L'alinéa c) a été ajouté afin de faciliter les accords d'emprunt qui sont couramment conclus dans le monde des affaires d'aujourd'hui.»³⁹

[23] Il semble que l'effet de ce changement, outre de permettre des choses plus banales telles que le financement et la garantie d'opérations inter-sociétés, fut de rendre caduc l'un des buts à l'origine de la disposition sur l'aide financière, nommément l'interdiction des PCA.⁴⁰ Hormis la question de choix du moment,⁴¹ l'exemption semble permettre à une

³⁷ Et dispensait l'opération de l'application des tests de la solvabilité/de l'actif.

³⁸ Voir la clause 40, projet de loi C-213, déposé le 18 juillet 1973. Il est intéressant de noter que la sous-clause 40(4) disposait ainsi :

Une corporation ne doit pas garantir une obligation d'une autre personne, à moins

- a) que cette personne ne soit une personne morale mère et que la corporation ne soit une filiale de celle-ci, dont cette personne morale mère est entièrement propriétaire;
- b) que cette personne ne soit une filiale de cette corporation;
- c) que les administrateurs n'aient des motifs sérieux de croire que cette garantie favorisera les affaires de la corporation; ou
- d) que les actionnaires n'approuvent cette garantie par résolution spéciale.

Par conséquent, pour ce qui est des cautions uniquement, le projet de loi de 1973 ne prévoyait pas de dérogation. Par ailleurs, cette disposition prévoyait une exemption supplémentaire, à l'égard des cautions, par approbation des actionnaires.

En 1975, l'art. 42 du projet de loi C-29, qui une fois adoptée devint la LCSA, laissait tomber la disposition sur les cautions et il y était simplement ajouté une disposition sur les filiales en toute propriété à l'exception traitant de tous les types d'aide financière. La notion d'approbation des actionnaires était également laissée de côté.

³⁹ Cette forme d'aide financière peut être dite une aide financière en «amont». En 1978, la disposition d'exemption était modifiée afin de permettre également l'aide financière en «aval» à une «personne morale qui est sa filiale»; L.C. 1978, ch. 9, art. 17. Également, une modification fut introduite par le projet de loi C-12 en 1994 afin de définir l'expression «société appartenant en toute propriété» afin de permettre l'aide financière en amont de la part d'une filiale «petite fille» : L.C. 1994, ch. 24, art. 10.

⁴⁰ À l'égard des PCA faites par une société et qui se traduisent par l'acquisition, par l'acheteur, de toutes les actions de la société. Une PCA faite par un particulier ne serait pas dispensée.

société qui achète toutes les actions d'une autre société d'obtenir alors une aide financière de cette filiale qui lui appartient en toute propriété, y compris une aide financière pour tous emprunts contractés pour acheter la filiale. En d'autres termes, l'exemption ajoutée en 1975 semble permettre expressément un type d'opération, la PCA, que les dispositions d'origine visaient à interdire.

[24] Il est également à noter que la LCSA a renversé l'interdiction de la *common law* empêchant une société de faire le trafic de ses propres actions. La loi autorise maintenant expressément la société à acheter ou autrement acquérir ses propres actions bien qu'il doive être satisfait à des tests de la solvabilité et de l'actif de façon semblable à ceux qui se trouvent à l'article 44.⁴²

C. FINALITÉ DE L'ARTICLE 44

[25] Vu son historique, le principe directeur sous-jacent à l'article 44 n'est pas totalement clair. Ce principe semble être de protéger ceux qui, au sein de la société, disposent d'un pouvoir restreint (les actionnaires minoritaires et les créanciers) contre les coups de force de ceux qui disposent du pouvoir (les actionnaires dominants, dont le pollicitant, les administrateurs et les dirigeants). Un auteur faisait les commentaires suivants :

[Traduction] Suivant la règle de *common law* énoncée dans *Trevor c. Whitworth*, la préoccupation première des tribunaux consistait à protéger les créanciers de la société des conséquences néfastes de la diminution du capital émis et en circulation de la société qui pourrait entraîner l'achat, par la société, de ses propres actions auprès d'actionnaires existants. Il semblerait que la protection des créanciers de la société demeure le principal objet des dispositions législatives modernes sur l'aide financière, quoique l'aide financière puisse ne pas se traduire par une réduction du capital de la société qui la consent. Un objet secondaire semblerait être de protéger les actionnaires minoritaires de la société qui consent une aide financière.⁴³

[26] Ainsi que nous le mentionnons plus haut, la disposition n'interdit pas les opérations, obligeant plutôt uniquement à satisfaire à un test de la solvabilité et de l'actif. Vraisemblablement, satisfaire au contrôle voulait dire que les intérêts des créanciers et des actionnaires minoritaires n'étaient pas menacés. L'exception prévue en 1975 pour les filiales tenues en toute propriété prévoyant une aide financière (en amont) aux sociétés mères semble

⁴¹ Le choix du moment des opérations d'aide financière est commentée à l'annexe C, question 6.

⁴² Art. 34 et suivants de la LCSA, et art. 30. Également pertinent à notre propos, le par. 15(1) qui dispose que les sociétés de régime fédéral ont la capacité d'une personne physique.

⁴³ G. Gordon Sedgewick, «Guarantees, Security and the Giving of 'Financial Assistance' by Corporations» (document soumis lors d'une conférence Insight, 1986), p. 6.

rendre caduque la protection des créanciers dans le cas de PCA. L'article s'applique non seulement aux initiés de la société, soit les personnes qui sont étroitement apparentées à la société et qui pourraient avoir une influence sur les décisions prises par la société, mais également aux employés et aux actionnaires minoritaires qui possèdent une très petite emprise sur la société.

[27] Un autre auteur a commenté ainsi le principe directeur sous-jacent aux exemptions accordées par le paragraphe 44(2) :

[Traduction] L'article 20⁴⁴ n'est pas entièrement constant de toute évidence. Si les créanciers constituent la principale préoccupation de l'article, il ne fait aucun sens alors que leurs intérêts ne soient pas pris en compte dans [la disposition d'exemption en amont]. Il est également anormal de constater que l'exemption se limite aux sociétés mères par opposition à d'autres types d'entités juridiques. Il n'y a également aucune justification apparente, si les actionnaires minoritaires sont les personnes concernées, à la restriction à l'aide financière entre sociétés du même groupe, chacune appartenant en toute propriété à la même société mère, quand chacune peut aider financièrement sa mère. On doit également remettre en question la sagesse de certaines exemptions, telle l'aide financière au logement, qui peuvent être source d'abus.

... Les avocats et leurs clients sont insatisfaits de l'article 20, et cela se comprend bien. Il est parsemé de pièges pour une personne non-avertie et son fonctionnement, d'un point de vue politique, est incertain et inégal. Au mieux, il est anachronique et inconstant et, à la lumière de l'existence de recours et de devoirs de remplacement, vraisemblablement non nécessaire.⁴⁵

[28] De nombreuses façons, la LCSA a libéralisé le consentement d'aide financière⁴⁶ en la restreignant uniquement lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la société est insolvable ou pourrait ne pas pouvoir satisfaire à un test strict de l'actif.

⁴⁴ De la Loi sur les sociétés par actions (Ontario), L.R.O. 1990, ch. B.16, ci-après la LSAO. Cette disposition est semblable à l'art. 44 de la LCSA.

⁴⁵ Dietrich, note 24, p. 24 et 25. Par recours et devoir de remplacement, l'auteur renvoie aux actions dérivées et pour abus d'autorité aux devoirs fiduciaires.

⁴⁶ C'est particulièrement le cas de la forme d'aide financière à l'achat d'actions. Pour ce qui est de la forme d'opération avec les apparentés, bien que permettant de façon générale l'aide financière, sauf quand il n'est pas satisfait au test de la solvabilité et de l'actif, le nombre d'opérations non réglementées a été grandement accru. La loi antérieure n'interdisait que les «prêts» aux «actionnaires ou aux administrateurs». L'article 44 réglemente toute forme d'aide financière, et non pas que les prêts, et les restrictions s'appliquent à un groupe beaucoup plus large d'apparentés, dont les dirigeants, les employés et les personnes qui ont des liens avec les actionnaires et les administrateurs.

[29] Nous croyons que la finalité première de l'article 44, qu'on peut discerner à la lumière de la disposition telle que rédigée, est de protéger les créanciers de la société et, dans une moindre mesure, les actionnaires minoritaires,⁴⁷ d'une insuffisance de son capital au moyen d'une aide financière consentie à des initiés de la société lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la société est insolvable. Bien que l'article 44 n'interdise pas l'aide financière et qu'une société jouit de façon générale de souplesse dans ses opérations financières, la disposition fixe une norme minimale que doivent respecter les administrateurs.

III. DISPOSITIF RÉGISSANT LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

A. RÈGLES DE LA LCSA

[30] L'article 44 doit être examinée à la lumière du dispositif global de règles traitant des conflits d'intérêts au niveau de la société. La société par actions est la principale forme d'organisation d'affaires au Canada. Les administrateurs, les dirigeants et les actionnaires dominants (les initiés de la société) disposent de sommes énormes en capitaux et bénéfices qu'ils peuvent employer à l'avantage de tous les intervenants dans une société de régime fédéral, dont les actionnaires minoritaires et les créanciers. Cependant, ces initiés de la société pourraient faire une mauvaise affectation des ressources de la société à leur propre avantage.

[31] Parce que les administrateurs et les dirigeants possèdent un pouvoir de contrôle sur ces capitaux et bénéfices, la loi leur impose des devoirs fiduciaires envers la société. Ils sont donc tenus d'«agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société» (al. 122(1)a)). Par exemple, les administrateurs et les dirigeants n'ont pas le droit d'obtenir des biens ni des occasions d'affaires appartenant à la société ou pour lesquels la société négocie, sans son approbation. Lorsqu'un administrateur viole ces devoirs, il doit rendre compte à la société de tout profit qu'il a fait.

[32] Toutefois, parce que les sociétés sont en affaires et exercent leur commerce en vue d'en tirer un bénéfice, les administrateurs et les dirigeants ne doivent pas éviter tout conflit d'intérêts avec la société.⁴⁸ En effet, sous réserve de certaines protections, le droit des sociétés permet aux administrateurs et dirigeants de contracter avec la société, d'en recevoir une aide financière, d'en acheter des éléments d'actif ou de lui en vendre et d'en négocier les

⁴⁷ La protection des actionnaires constitue également un but puisque l'art. 44 cherche à sauvegarder le capital de la société. Cependant, comme le droit canadien n'a pas d'exigence minimale pour ce qui est des apports de capitaux, la protection du capital de la société ne sera pas significative dans de nombreux cas parce que il se peut qu'il y ait peu de capital à protéger.

⁴⁸ Au contraire d'autres représentants, tels les fiduciaires.

actions. Pour ce qui est de l'aide financière, les régimes d'achat d'actions d'employés et les prêts de la société à ses administrateurs et dirigeants, pour les encourager à en acquérir des actions, peuvent être bénéfiques pour la société en alignant les intérêts de ces parties prenantes sur ceux des propriétaires. L'aide financière peut être considérée comme une composante raisonnable des régimes d'intéressement conçus pour attirer les meilleurs gestionnaires.

[33] C'est le conflit potentiel entre le rôle fiduciaire des initiés de la société et leur capacité à «faire affaire» avec elle qui a mené à ce que la *common law* et le droit civil, la législation sur les sociétés et d'autres lois à tenter de façonner un ensemble de règles visant à protéger les autres intervenants. Le principal défi a toujours été de procurer une protection raisonnable tout en octroyant à la société la souplesse nécessaire à ses opérations financières et d'affaires.

[34] Bien que les principales règles du droit des sociétés qui régissent les conflits d'intérêts soient les devoirs fiduciaires, il existe nombre d'autres règles de la sorte. L'article 44 constitue l'une de ces règles régissant les conflits. Parmi les autres, on note la déclaration d'intérêts dans des contrats importants (art. 120),⁴⁹ le devoir de prendre soin (al. 122(1)b)), la déclaration des opérations d'initiés, les restrictions et la responsabilité (par. 126 à 131), la déclaration d'opération d'aide financière d'une nature substantielle dans les documents de procuration,⁵⁰ la déclaration de la rémunération de la haute direction,⁵¹ et le recours en cas d'abus (art. 241).⁵² Le règlement pris en application de la LCSA exige la préparation des états financiers et la conduite des vérifications suivant le *Manuel de l'ICCA*⁵³ qui oblige à déclarer certaines opérations entre apparentés.⁵⁴ Chacune de ces règles, y compris l'article 44, fait partie de l'arsenal de la LCSA qui permet de contrôler les initiés qui abusent de leur position d'autorité dans la société.

⁴⁹ Cet article est examiné en détail dans la partie VIII du présent document. À noter cependant que cet article codifie un autre aspect du devoir fiduciaire tel qu'il s'est développé en *common law* - les administrateurs doivent faire une divulgation complète à la société de tout intérêt personnel qu'ils pourraient avoir dans des contrats conclus avec elle.

⁵⁰ Art. 149 de la LCSA et Règlement sur la LCSA, DORS/79-316, par. 35(i).

⁵¹ Art. 149 de la LCSA, par. 35(t) du Règlement sur la LCSA et formule 26. La déclaration obligatoire par procuration n'est pas imposée à toutes les sociétés de régime fédéral. En effet, seules les sociétés ayant quinze actionnaires et plus doivent solliciter des procurations et, par conséquent, dévoiler les opérations d'aide financière d'une nature substantielle et la rémunération de la haute direction.

⁵² La LCSA prévoit aussi un recours statutaire similaire à l'action dérivée qui permet aux actionnaires et à d'autres personnes d'ester en justice au nom de la société (art. 239). Au contraire du recours en cas d'abus qui prévoit des motifs indépendants pour l'action en justice, l'action dérivée ne donne pas naissance à un droit d'action; il ne fait que permettre à des tiers d'exercer un droit d'action existant (p. ex., manquement des administrateurs à leurs devoirs fiduciaires) et poursuivre au nom de la société.

⁵³ Règlement sur la LCSA, art. 44, 45.

⁵⁴ Voir le Manuel de l'ICCA, ch. 3840.

[35] Les règles ci-dessus s'adressent en grande partie à l'opération d'aide financière de type entre apparentés. Cependant, les devoirs fiduciaires sont également pertinents à la question des PCA et la LCSA a un code qui régit les offres d'achat visant à la mainmise.⁵⁵ Les règles de la LCSA qui régissent les offres d'achat visant à la mainmise sont destinées en grande partie à assurer que les droits et les intérêts des divers intervenants par une offre d'achat visant à la mainmise – les actionnaires, le pollicitant et la société visée – sont protégés adéquatement. L'article 199 de la LCSA traite de la question du financement de l'offre :

Lorsque l'offre d'achat visant à la mainmise prévoit que le prix des actions déposées sera payé intégralement ou partiellement en numéraire, le pollicitant doit s'assurer de la disponibilité des fonds nécessaires à ce paiement.⁵⁶

B. AUTRES RÈGLES SUR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS DE RÉGIME FÉDÉRAL

[36] Outre les règles de la LCSA susdécrites, les sociétés de régime fédéral sont assujetties à d'autres règles en matière de conflits d'intérêts. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁵⁷ dispose que certaines opérations, dont les opérations d'aide financière, faites par une société insolvable avec des apparentés peuvent être contestées. La loi impose également certaines responsabilités civiles et pénales aux administrateurs en cas d'opérations frauduleuses et autres de la société.

[37] Outre les règles énoncées dans la législation fédérale sur les faillites, nombre de lois provinciales interdisent les transports frauduleux et préférences frauduleuses. L'*Alberta Law Reform Institute*, dans son rapport final sur l'aide financière, a procédé à un examen soigné de la législation albertaine pertinente qui, dans le rapport, est considérée comme «un autre outil potentiel de contrôle de l'aide financière interdite de la part d'une société».⁵⁸

[38] Pour les sociétés de régime fédéral ouvertes, les règles de la LCSA sont complétées par des règles sur la divulgation et d'autres règles qu'imposent les lois provinciales sur les valeurs mobilières. Nombre de ces règles se chevauchent, comme celles qui traitent des opérations d'initiés et de la sollicitation de procurations. Les lois sur les valeurs mobilières

⁵⁵ LCSA, partie XVII (Offres d'achat visant à la mainmise).

⁵⁶ Dans le document de consultation sur les offres d'achat visant à la mainmise relatif à la LCSA, on examine la question de savoir si l'art. 199 ne devrait pas être complété par des règles restreignant les PCA. Voir la question V, pp. 54 à 59.

⁵⁷ L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 95-6, 100, 101, 137, 201 et 204.

⁵⁸ Rapport final du LRI de l'Alberta sur l'aide financière, note 11, pp. 67 et suivantes. Nous n'avons pas examiné la législation sur les préférences et transports frauduleux dans les autres provinces, mais nous présumons que des règles semblables sont en application dans toutes les provinces.

exigent une information large et détaillée de la part des sociétés ouvertes de régime fédéral en ce qui concerne le premier appel public à l'épargne et les appels ultérieurs, la rémunération de la haute direction et, encore, par l'entremise du régime de l'information continue.

[39] Certaines provinces réglementent également les opérations entre apparentés de la part de sociétés ouvertes. Par exemple, l'instruction n°9.1 de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario exige la déclaration, l'évaluation et l'approbation par les porteurs minoritaires de certains types d'opérations entre apparentés.⁵⁹ Une opération entre apparentés qui constituerait un changement important⁶⁰ doit être diffusée dans un communiqué de presse et dans des documents produits auprès de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, si possible 21 jours avant l'opération.⁶¹ Lorsque la valeur des éléments d'actif ou des titres nouveaux ou du montant en capital des éléments de passif assujettis à l'opération entre apparentés excède 25% de la capitalisation boursière d'un émetteur, l'opération est assujettie à une obligation d'évaluation (par un évaluateur compétent et indépendant) et à une obligation d'approbation de l'opération par la majorité⁶² des actionnaires minoritaires.⁶³

[40] Enfin, l'instruction n°9.1 recommande également un examen par un comité spécial : «[Traduction] L'émetteur qui est partie à une opération entre apparentés devrait prendre en considération et, s'il est raisonnable de le faire, suivre les procédures d'examen et procédures connexes par un comité spécial qui sont énoncées à la partie VII de la présente instruction générale.»⁶⁴

⁵⁹ L'instruction n°9.1 définit les apparentés comme comprenant des personnes physiques ou morales qui exercent une emprise sur des actions auxquelles sont assorties plus de 10% des droits de vote ou encore auxquelles sont assorties des droits suffisants pour avoir une influence importante sur le contrôle de l'émetteur et les administrateurs et les dirigeants de l'émetteur ou de l'apparenté ou une société du même groupe qu'un apparenté (par. 2.2(14)). La définition d'opération entre apparentés s'entend également de toute opération emportant acquisition ou prise en charge d'éléments d'actif, de titres nouveaux ou d'éléments de passif d'un apparenté ou vice-versa «[Traduction] par tout moyen, y compris un transfert, une acquisition, une fusion, une restructuration, un arrangement, une réorganisation, l'octroi d'une option, d'une redevance ou autre intérêt» (par. 2.2(15)). Cette définition pourrait s'appliquer à un PCA.

⁶⁰ Un changement important dans la Loi sur les valeurs mobilières (Ontario), L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1 s'entend «d'un changement dans ses activités commerciales, son exploitation ou son capital, s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur ...».

⁶¹ Art. 17.1.

⁶² Dans certains cas, une obligation au deux tiers est imposée (voir par. 31.1(2)).

⁶³ Art. 18 et 20.

⁶⁴ Art. 19. Le chevauchement entre les régimes de droit des sociétés est commenté plus bas à la partie V(E).

IV. AUTRES APPROCHES DU CONFLIT D'INTÉRÊTS

[41] Il n'existe pas d'approche définitive de la réglementation pour conflits d'intérêts et du consentement d'une aide financière. Plutôt que le test de l'actif et de la solvabilité en ce qui concerne l'aide financière et la responsabilité des administrateurs, certains régimes :

- ont peu ou pas de réglementation. Aussi, dans ces régimes, c'est souvent le devoir fiduciaire des administrateurs en *common law* qu'on invoque pour circonscrire les abus (*General Corporation Law*⁶⁵ du Delaware) (la GCL du Delaware), *Model Business Corporation Act*⁶⁶ (la BCA modèle));
- ont élargi les obligations de divulgation (*The Business Corporations Act*⁶⁷ de la Saskatchewan (la BCA de la Saskatchewan), le document de travail et le rapport final du LRI de l'Alberta);
- ont des restrictions en matière de régie d'entreprise, comme l'examen des opérations entre apparentés, par un comité d'administrateurs indépendants (*Loi sur les banques*⁶⁸);
- imposent des limites financières à l'aide (*Loi sur les banques*);
- interdisent de façon absolue le consentement d'une aide financière lorsqu'une société est insolvable ou le deviendrait (*Company Act*⁶⁹ de la Colombie-Britannique (la CA de la Colombie-Britannique));
- imposent aux administrateurs la responsabilité de l'ensemble des dettes d'une société qui conclut des marchés tandis qu'elle est insolvable (*Corporations Act*⁷⁰ de l'Australie (la CA de l'Australie) et *Companies Act* du Royaume-Uni (la CA du Royaume-Uni)).

[42] Ces approches et d'autres possibilités d'approches du régime de l'article 44 sont brièvement résumées dans la présente partie. Pour un examen plus détaillé, se reporter à l'annexe B.

⁶⁵ DEL. CODE ANN. tit. 8 (1993).

⁶⁶ Version révisée de 1994.

⁶⁷ R.S.S. 1978, ch. B-10.

⁶⁸ L.C. 1991, ch. 46.

⁶⁹ R.S. 1979, ch. 59.

⁷⁰ Corporations Act, No. 109, 1989.

A. DEVOIRS FIDUCIAIRES/AVANTAGES POUR LA SOCIÉTÉ

(i) La GCL du Delaware :

[43] À l'article 143, la GCL du Delaware permet aux sociétés d'offrir une aide financière à leurs dirigeants, administrateurs ou employés ou à ceux de leurs filiales si on peut raisonnablement s'attendre à ce que cela bénéficie à la société. L'aide financière peut être consentie avec ou sans intérêts, avec ou sans garantie et, si elle est assortie d'une garantie, toute garantie que le conseil approuve est acceptable, y compris la mise en gage des actions de la société. La GCL du Delaware comprend également une disposition concernant les contrats ou opérations avec des administrateurs intéressés. L'article 144 exige qu'un administrateur intéressé dévoile les faits importants qui concernent le contrat et exige également l'approbation du conseil, d'un comité ou des actionnaires. Si aucune de ces exigences n'est remplie, l'opération peut néanmoins être protégée si elle était équitable envers la société au moment où elle a été autorisée. De plus, le paragraphe 122(13) dispose expressément qu'une société peut accorder une aide financière à des sociétés apparentées au sein d'un groupe de sociétés détenues en toute propriété. La seule limite à ce pouvoir, c'est que l'aide est «[Traduction] nécessaire et utile à la conduite, à la promotion ou à la réalisation des activités de la société contractante». Bien qu'il n'y ait pas de codification du devoir de prudence des administrateurs dans la GCL du Delaware, les sociétés peuvent restreindre la responsabilité personnelle des administrateurs pour manquement aux devoirs fiduciaires, sauf dans certains cas bien déterminés, tel que dans le cas où un administrateur tirerait un avantage personnel abusif d'une opération.

(ii) La BCA modèle :

[44] La BCA modèle n'interdit pas expressément les prêts ou autres formes d'aide financière aux apparentés bien que certaines opérations mettant en cause des administrateurs puissent être réglementées en vertu du sous-chapitre F intitulé «Directors' Conflicting Interest Transactions». Selon le commentaire de l'*American Bar Association*, la question des conflits d'intérêts et des tiers, tel que les dirigeants et employés d'une société qui n'en sont pas administrateurs, est couverte par le droit du mandat.⁷¹ Même si un administrateur est partie à une opération avec la société, si la situation en cause n'est pas couverte par la définition d'opération entre intérêts en conflit, l'opération ne peut être attaquée au motif du conflit d'intérêt de l'administrateur. Cependant, si l'opération est considérée comme une opération entre intérêts en conflit et que certaines conditions, dont la divulgation par l'administrateur, sont remplies, la loi prévoit trois refuges contre l'attaque : 1° l'approbation des

⁷¹ Le droit du mandat repose sur «[Traduction] la relation entre deux personnes. L'une, nommée le mandataire, est considérée, en droit, comme le représentant de l'autre, nommé le mandant, d'une façon telle que cela influence la situation juridique du mandant par rapport à des tiers». (Daphné A. Dukelow & Betsy Nuse, eds., *The Dictionary of Canadian Law* (Toronto : Carswell, 1995) p. 33). Le mandataire est en relation de représentation avec le mandant et il a par conséquent des devoirs fiduciaires envers le mandant. La relation d'employé et d'employeur peut être considérée comme une relation entre mandataire et mandant.

administrateurs; 2° l'approbation des actionnaires; ou 3° il est établi que l'opération était équitable envers la société au moment de l'engagement. Si les conditions ne sont pas remplies, l'opération peut être attaquée comme étant un conflit d'intérêts d'un administrateur.

B. DIVULGATION ÉLARGIE

(i) La BCA de la Saskatchewan :

[45] En 1992, la Saskatchewan abrogeait la disposition sur l'aide financière, qui était virtuellement identique à l'article 44 de la LCSA, et la remplaçait par un nouveau régime. La disposition nouvelle sur les prêts et les cautions permis se trouve à l'article 42 de la BCA de la Saskatchewan. Il n'y a pas de test de la solvabilité ou de l'actif et le nouveau régime est permissif, sous réserve de la divulgation aux actionnaires de la nature et l'étendue de l'aide financière accordée. Le régime établit une distinction entre les sociétés ayant ou non fait appel au public au moment de la divulgation. Les deux types de société doivent cependant dévoiler les mêmes renseignements. La BCA de la Saskatchewan possède des dispositions sur la divulgation d'intérêts dans un contrat important qui ressemblent à celles de la LCSA, sauf pour ce qui est de deux exceptions. Une société de la Saskatchewan, par convention unanime entre les actionnaires, peut se soustraire à l'application de ces dispositions. Si elle le fait, elle se soustrait également aux règles de *common law* et d'*equity* en ce qui concerne la divulgation d'intérêts dans des contrats importants et le vote tenu sur ces contrats par les administrateurs.

(ii) Le LRI de l'Alberta :

[46] La disposition sur l'aide financière (art. 42) de la *Business Corporations Act*⁷² de l'Alberta (la BCA de l'Alberta) est identique à celle de la LCSA à une différence près. La BCA de l'Alberta exige en plus qu'il soit déclaré chaque année l'aide financière accordée par une société aux parties intéressées.⁷³

[47] En 1989, le LRI de l'Alberta fit plusieurs recommandations concernant la disposition sur l'aide financière. Son rapport demandait d'abroger les interdictions d'aide financière et de les remplacer par des exigences de divulgation de la part de sociétés n'ayant pas fait appel au public. Le rapport suggère également que la réglementation de l'aide financière accordée

⁷² S.A. 1981, ch. B-15.

⁷³ La LCSA exige uniquement de la société qui doit préparer sa circulaire de procuration de la direction, qu'elle donne le détail de l'aide financière accordée depuis le début de son exercice. De plus, la divulgation en vertu de la LCSA n'est exigée que si l'aide financière était accordée (i) à un actionnaire qui n'est pas un administrateur, un dirigeant ou un employé de la société ou d'une société de son groupe, ou toute personne qui a des liens avec l'actionnaire ou (ii) à toute personne, si l'aide a été accordée pour acheter des actions. De plus, l'aide n'a à être dévoilée que si elle était d'une nature substantielle pour la société, les sociétés de son groupe ou la personne qui l'a reçue. Voir l'al. 35(i) du Règlement sur la LCSA.

par une société ayant fait appel au public relève désormais des lois provinciales sur les valeurs mobilières. De plus, le rapport s'inquiète de ce que l'abrogation de l'article 42 aurait une incidence négative sur les créanciers à moins que les créanciers ne puissent invoquer l'action dérivée comme recours de remplacement. Pour dissiper cette inquiétude, le rapport cite une affaire de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta⁷⁴ qui avait autorisé le créancier plaignant à intenter une action dérivée. Toutefois, cette décision avait été suspendue en appel en attendant l'issue de l'action du créancier en responsabilité contre la société et l'action dérivée ne fut jamais intentée. Si les tribunaux jugent, finalement, qu'un créancier n'est pas un plaignant, alors, pour un tel cas, le rapport recommande que, pour les besoins de l'action dérivée, la définition de plaignant soit modifiée afin qu'elle englobe également les créanciers.

C. RÉGIME GLOBAL DES CONFLITS D'INTÉRÊTS, DONT L'EXAMEN PAR UN COMITÉ INDÉPENDANT, ET LIMITES FINANCIÈRES

[48] La *Loi sur les banques* régit la question de l'aide financière aux apparentés dans sa partie XI (Opérations avec apparentés). Il est interdit aux banques de conclure une «opération» (non pas simplement en vue d'une aide financière) avec un apparenté à moins que cela ne soit autorisé par la *Loi sur les banques*. La *Loi sur les banques* définit les opérations comme incluant les garanties, les placements effectués dans les valeurs mobilières d'un apparenté, l'acquisition, notamment par cession, d'un prêt consenti à un apparenté par un tiers et la constitution d'une sûreté sur les valeurs mobilières d'un apparenté. Cette liste n'est pas exhaustive. L'examen des articles de la *Loi sur les banques* qui porte sur les opérations permises révèle d'autres types d'opérations qui, bien qu'elles ne soient pas expressément énumérées, seraient néanmoins également incluses dans la définition d'une opération, dont, notamment : les prêts, les contrats de services, la vente d'éléments d'actif, l'achat d'éléments d'actif et la location de locaux. Les types d'opérations relevant du régime de la *Loi sur les banques* semblent par conséquent beaucoup plus larges que les opérations d'aide financière que restreint la LCSA.

[49] À l'opposé, la définition de «apparenté» dans la *Loi sur les banques* est plus étroite que la liste des parties que visent les restrictions de la LCSA sur l'aide financière. La raison principale en est que la *Loi sur les banques* envisage des facteurs comme l'intérêt substantiel, l'intérêt de groupe financier et le contrôle afin d'établir ce qui constitue un apparenté.

[50] Au contraire de la LCSA, la *Loi sur les banques* prévoit une procédure élaborée d'examen des opérations avec des apparentés. La majorité des opérations permises doivent être approuvées d'abord par le conseil d'administration ou le comité de révision (CR) que chaque banque est tenue de constituer. Le CR est chargé d'élaborer les procédures d'examen des opérations avec des apparentés et doit également examiner certaines opérations ainsi que

⁷⁴ First Edmonton Place Ltd. c. 315888 Alberta Ltd. (1989), 45 B.L.R. 110.

l'y oblige la partie XI de la *Loi sur les banques*. Certaines opérations n'exigent toutefois que l'approbation du conseil. Le CR doit faire rapport au conseil qui, à son tour, remet un rapport annuel au Surintendant des institutions financières.

[51] Tout comme la LCSA, la *Loi sur les banques* fait état du devoir général de prudence des dirigeants et des administrateurs. La *Loi sur les banques* exige également des administrateurs et des dirigeants d'une banque qu'ils déclarent la nature et l'étendue de tout intérêt dans un contrat important passé avec la banque. Cette disposition se trouve dans les lignes directrices de la *Loi sur les banques* sur les conflits d'intérêts et, à deux exceptions près, est virtuellement identique à l'article 120 de la LCSA.

D. TEST DE LA SOLVABILITÉ ET INTERDICTIONS STRICTES

[52] Au contraire de la LCSA, le consentement d'une aide financière par une compagnie suivant la CA de la Colombie-Britannique est, sans exception, assujettie à un test de la solvabilité. Les dispositions sur l'aide financière de la CA de la Colombie-Britannique ne prévoient toutefois pas de test de l'actif. De plus, la majorité des ententes d'aide financière suivant la CA de la Colombie-Britannique sont également assujetties à un test de l'«intérêt véritable de la compagnie». Sauf certaines exceptions, les compagnies de régime de la Colombie-Britannique ne sont pas autorisées à consentir une aide financière en vue de l'acquisition de leurs actions. Les exceptions comprennent les prêts à l'achat d'actions par ou au bénéfice d'employés de bonne foi et l'aide financière à un acheteur qui, après l'achat, sera propriétaire d'au moins 90% de la compagnie. L'aide financière à des filiales, compagnies mères et membres uniques de la compagnie ou par ses filiales, compagnies mères et membres uniques n'est également pas restreinte par l'interdiction frappant l'acquisition d'actions. La CA de la Colombie-Britannique prévoit également le devoir général de prudence des administrateurs, de même que le devoir de déclarer leurs intérêts dans des contrats ou opérations avec la compagnie. En vertu de la CA de la Colombie-Britannique, les administrateurs sont également tenus de rendre compte à moins qu'il ne soit satisfait à des exigences précises.

E. AVIS ET APPROBATION DES ACTIONNAIRES; DEVOIR DES ADMINISTRATEURS D'EMPÊCHER DES OPÉRATIONS ENTRAÎNANT L'INSOLVABILITÉ

[53] La CA de l'Australie comporte un certain nombre de dispositions qui traitent de la question du consentement d'aide financière par une compagnie. Essentiellement, il s'agit de règles strictes régissant le consentement d'une aide financière à la fois à l'achat d'actions et à des apparentés, bien que, dans les deux cas, une aide financière puisse être consentie si avis

en est donné et que les actionnaires l'approuvent.⁷⁵ Une troisième règle approche le problème des conflits d'intérêts d'une autre direction en imposant aux administrateurs le devoir d'empêcher les opérations qui entraînent l'insolvabilité.

[54] L'article 205 de la CA de l'Australie interdit à une compagnie d'accorder une aide financière à une personne dans le cadre de l'acquisition de ses actions. Cette disposition s'applique aux sociétés fermées (nommées *proprietary*) et ouvertes. L'aide financière est définie comme incluant les prêts, les cautions, consentements de sûreté, la libération d'une obligation et la remise de dettes. Sont également énumérés un certain nombre d'exceptions précises qui ne sont pas frappées d'une interdiction générale, dont le versement de dividendes et les prêts consentis dans le cours normal des activités à des conditions commerciales. Le paragraphe 205(10) permet également à une compagnie de consentir une aide financière à l'acquisition d'actions qui serait par ailleurs interdite par le paragraphe 205(1), pour autant que la compagnie convienne, au moyen d'une résolution spéciale,⁷⁶ de consentir l'aide et qu'elle se conforme aux exigences relatives à l'avis de convocation et au dépôt que prévoit le paragraphe. En cas de violation de ce paragraphe, c'est le dirigeant concerné et non la compagnie elle-même qui commet une infraction.

[55] La partie 3.2A de la CA de l'Australie traite expressément du consentement d'«avantages» financiers aux apparentés. Cette partie énonce qu'elle a pour objet de «[Traduction] protéger les ressources d'une compagnie ouverte (plus particulièrement les ressources disponibles pour payer les créanciers de la compagnie) et les intérêts de ses membres en leur qualité de membre en exigeant que, de façon générale, les avantages financiers consentis à des apparentés qui pourraient diminuer ou mettre en danger ces ressources ou qui pourraient avoir une incidence négative sur ces intérêts, soient divulgués et approuvés par une assemblée générale, avant qu'ils ne soient consentis».⁷⁷ La partie 3.2A ne s'applique pas aux compagnies fermées. En vertu de la partie 3.2A, une compagnie ouverte ne peut consentir une aide financière à un apparenté sauf de la façon autorisée par la CA de l'Australie. La division 4 de la partie 3.2A énumère sept exceptions de base à l'interdiction générale dont, notamment : les avances à concurrence d'un montant déterminé, consenties à un administrateur ou au conjoint d'un administrateur, un avantage financier consenti à des conditions de pleine concurrence et un avantage financier consenti à une filiale à peu d'actionnaires. La division 5 de la partie 3.2A énumère une autre exception qui permet de consentir des avantages financiers si une assemblée générale de la compagnie ouverte les a approuvés et s'il a été satisfait aux exigences administratives et de divulgation.

⁷⁵ Ces dispositions font actuellement l'objet d'un examen de la part du groupe de travail sur la simplification du régime de droit des sociétés de l'Australie.

⁷⁶ En vertu du par. 253(1), la résolution spéciale nécessite un vote à la majorité des $\frac{2}{3}$ des votants admissibles et un avis de convocation d'au moins 21 jours avant l'assemblée dans lequel est indiqué l'intention de proposer la résolution spéciale.

⁷⁷ Art. 243A.

[56] L'article 588G de la CA de l'Australie fait état du devoir d'un administrateur d'empêcher des opérations entraînant l'insolvabilité qui seraient le fait d'une compagnie (fermée ou ouverte). La disposition décrit la situation d'une compagnie qui contracte une dette tandis qu'elle est insolvable ou qui aurait pour effet de la rendre insolvable, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que la société est insolvable ou le deviendrait. S'il fait défaut d'empêcher que la compagnie contracte une telle dette, l'administrateur sera déclaré avoir contrevenu à la disposition et passible des conséquences civiles et criminelles qui se trouvent à la partie 9.4B de la CA de l'Australie. Dans le cadre d'une ordonnance de sanction civile, un tribunal australien peut ordonner qu'il soit interdit à l'administrateur contrevenant de gérer une société ou qu'il paie au Commonwealth une sanction pécuniaire de 200 000 \$ au maximum.⁷⁸ De plus, l'administrateur contrevenant pourrait également devoir faire face à des conséquences criminelles.⁷⁹ L'administrateur n'a pas à avoir la connaissance réelle de la situation de la compagnie si une personne raisonnable dans une situation comparable aurait pu être au courant de la situation financière de la compagnie. L'article 588G énonce un certain nombre de moyens de défense que peut invoquer l'administrateur, dont : l'administrateur avait des motifs raisonnables de croire que la compagnie était solvable au moment où l'opération a été conclue et il a pris toutes les mesures raisonnables afin d'empêcher qu'elle contracte la dette.

F. LA COMPANIES ACT DU ROYAUME-UNI⁸⁰

[57] La CA du Royaume-Uni traite de l'aide financière à des apparentés (art. 330) de façon distincte de l'aide financière en vue d'une PCA (art. 151). Sous réserve de certaines exceptions bien déterminées, il est interdit à une compagnie ouverte ou fermée du Royaume-Uni de consentir des prêts, des cautions ou des sûretés sur un prêt à un administrateur de la compagnie ou de sa compagnie mère. Une compagnie ouverte⁸¹ ou une compagnie qui fait partie d'un groupe qui contient une compagnie ouverte ne peut de plus consentir une aide financière à une personne reliée à l'administrateur.⁸² La CA du Royaume-Uni interdit

⁷⁸ Art. 1317EA.

⁷⁹ Art. 1317FA.

⁸⁰ Royaume-Uni, 1985, ch. 6.

⁸¹ Dans la CA du Royaume-Uni, une «compagnie ouverte» peut être dite «compagnie visée». La définition de l'expression «compagnie visée» comprend a) une compagnie ouverte ou b) une filiale d'une compagnie ouverte ou c) une filiale d'une compagnie qui a comme autre filiale une compagnie ouverte ou d) une compagnie qui a une compagnie ouverte comme filiale (par. 331(6)).

⁸² La personne qui est reliée à l'administrateur d'une compagnie comprend a) le conjoint, les enfants mineurs et les beaux-fils et belles-filles, b) une compagnie avec qui l'administrateur a des liens (c.-à-d. l'administrateur et les personnes reliées à lui soient possèdent une participation d'au moins 20% au capital d'actions de participation de la compagnie soit sont habilités à exercer, ou contrôlent, au moins 21% du pouvoir délibératif à une assemblée générale), c) un fiduciaire d'une fiducie dont un bénéficiaire est quiconque nommé en a) ou b), et d) un associé de l'administrateur ou quiconque est nommé en a), b) ou c).

également les accords jumelés, comme dans le cas, par exemple, où une compagnie convient d'accorder des prêts à l'administrateur d'une autre compagnie en retour de ce que cette autre compagnie accorde des prêts à ses administrateurs.⁸³ La restriction générale sur les prêts aux administrateurs et aux personnes reliées est assortie de huit exceptions, dont : les prêts entre compagnies du même groupe, les prêts de petits montants à un administrateur, les opérations commerciales mineures, les opérations avec une compagnie mère et les prêts à l'achat et à l'amélioration d'une résidence. Lorsqu'une compagnie ouverte ou fermée est autorisée, en raison d'une exception, de consentir une aide financière, elle est tenue de dévoiler des renseignements sur l'aide financière dans le rapport financier annuel de la compagnie.⁸⁴

[58] Une interdiction générale frappe également le consentement d'une aide financière⁸⁵ en vue de l'acquisition présente ou à venir d'actions de la compagnie. L'aide financière consentie afin de réduire une obligation qui a été contractée en raison de l'acquisition antérieure d'actions de la compagnie est également interdite. Cette règle souffre cependant certaines exceptions.⁸⁶ Toutefois, ni une compagnie ouverte ni une compagnie fermée ne peut invoquer ces exceptions à moins qu'elle ne dispose d'un actif net⁸⁷ qui ne sera pas réduit à la suite de l'aide financière ou, dans la mesure où cet actif en serait réduit, que l'aide soit versée à même le bénéfice distribuable.⁸⁸ Bien que ces dispositions s'appliquent à la fois aux compagnies ouvertes et fermées, la règle générale est plus souple lorsque les compagnies fermées sont concernées.⁸⁹ Aussi, l'assouplissement a pour effet que les compagnies fermées peuvent consentir une aide financière en vue de l'acquisition de leurs propres actions et les actions de leur compagnie mère. Cependant, lorsque la compagnie mère est une compagnie ouverte ou que la compagnie fermée fait partie d'un groupe qui contient une compagnie ouverte, la règle générale vaut toujours.

⁸³ Par. 330(7).

⁸⁴ Art. 232.

⁸⁵ L'aide financière s'entend également des prêts, cautions, sûretés, indemnités, dons ou de toute autre entente (art. 152).

⁸⁶ Selon l'art. 153, il y a trois groupes d'exception à la règle générale sur l'acquisition d'actions : 1° exception de finalité, lorsque soit la finalité première de l'aide n'est pas l'acquisition d'actions soit, si la finalité première est l'acquisition d'actions, l'aide est consentie dans le cadre d'une finalité plus large de la compagnie. Dans les deux cas, l'aide doit être consentie de bonne foi et dans l'intérêt de la compagnie; 2° les exceptions pour opérations permises : ces exceptions sont fondées sur la nature de l'opération et comprennent les dividendes légalement versés, l'attribution d'actions gratuites et le rachat ou l'achat d'actions suivant le ch. VII de la loi; 3° les exceptions relatives aux employés et aux prêts dans le cours normal des activités, cette exception autorisant le consentement de prêts lorsque le prêt est consenti dans le cours normal des activités de la compagnie. Cet article fait également état d'une exception relative au programme d'acquisition d'actions à l'intention des employés.

⁸⁷ L'actif net s'entend du total de l'actif de la compagnie, moins le total de son passif (par. 152(2)).

⁸⁸ Par. 154(1) et 155(2).

⁸⁹ Art. 155.

[59] Le Royaume-Uni a également adopté des dispositions sur la déchéance des administrateurs et les opérations préjudiciables. Les dispositions sur les opérations préjudiciables se trouvent dans l'*Insolvency Act* de 1986. Ce qui est considéré comme une opération préjudiciable n'est pas défini. La CA du Royaume-Uni dispose plutôt que l'administrateur d'une compagnie qui est en liquidation pour insolvabilité et qui, avant le début de la liquidation, savait ou aurait dû savoir qu'il n'était pas raisonnable de prévoir que la compagnie puisse éviter d'être liquidée pour insolvabilité, peut être tenu de contribuer à l'actif de la compagnie.⁹⁰ Il incombe à l'administrateur de démontrer qu'il a pris toutes les mesures raisonnables qui auraient dû être prises afin de réduire au minimum la perte potentielle pour les créanciers de la compagnie. De plus, l'étendue de la responsabilité de l'administrateur ne se limite pas aux dettes contractées après que l'administrateur connaissait ou aurait dû connaître la situation financière précaire de la compagnie – les tribunaux ont toute latitude pour décider du montant de la contribution. Lorsqu'un jugement déclare l'administrateur tenu de contribuer aux termes de l'article 214, un tribunal peut également rendre une ordonnance de déchéance contre l'administrateur. Au cours de la période de validité de l'ordonnance (15 ans au maximum), la personne concernée ne peut agir comme administrateur ni prendre part, directement ou non, à la promotion, à la formation ou à la gestion d'une compagnie.

G. AUTRES APPROCHES

[60] Il existe d'autres approches de la présente question. Par exemple, en vertu de la *Loi sur les corporations commerciales*⁹¹ du Nouveau-Brunswick, les opérations d'aide financière à des apparentés et à l'achat d'actions sont traitées séparément. L'aide financière aux apparentés ne peut être consentie s'il y a des motifs raisonnables de croire que la société ne peut satisfaire aux tests de la solvabilité et de l'actif. Cependant, les statuts de la société peuvent disposer autrement. Il est interdit d'accorder une aide financière à l'achat d'actions sauf pour ce qui est de certaines opérations faisant l'objet d'exceptions, de façon semblable aux opérations dont il est question au paragraphe 44(2) de la LCSA.

V. PROBLÈMES ET QUESTIONS AYANT TRAIT À L'ARTICLE 44

[61] Des praticiens du droit et d'autres personnes ont soulevé une longue liste de problèmes techniques reliés à l'article 44. Comme il n'est pas possible de les commenter

⁹⁰ *Insolvency Act*, art. 214.

⁹¹ L.N.-B. 1981, ch. B-9.1, art. 43.

tous dans la présente partie, ils sont commentés en détail en annexe C. Toutefois, il pourrait être utile d'examiner un certain nombre de problèmes de nature plus générale relatifs à la loi.

A. COMPÉTITIVITÉ DES SOCIÉTÉS DE RÉGIME FÉDÉRAL

[62] Lors d'une conférence récente, un praticien faisait les commentaires suivants :

[Traduction] Les vérificateurs ne veulent pas donner d'avis sur la solvabilité. Les administrateurs sont laissés à eux mêmes. Remarquez, de façon plus particulière, que les dispositions sur l'aide financière souffrent de carences graves au niveau de leur libellé... Je crois que les dispositions sur l'aide financière que contiennent les lois canadiennes sur les sociétés ont pour répercussion de placer les sociétés canadiennes en situation de désavantage concurrentiel vis-à-vis de leurs concurrents étrangers.⁹²

[63] Le coût accru des capitaux pour les groupes de sociétés, surtout ceux qui cherchent à se réorganiser, peut avoir une incidence sur leur compétitivité. Lorsque vient le moment de se renseigner sur la question de savoir s'il peut être satisfait à ces tests, cela peut se traduire par des frais juridiques importants, beaucoup de temps à consacrer par la direction et parfois même des frais en courtiers. De plus, il a été suggéré que les avocats sont parfois amenés à consacrer énormément de temps à restructurer des opérations, sans pourtant en changer le fonds, afin de pouvoir invoquer l'une des exemptions prévues par le paragraphe 44(2). La compétitivité peut également être influencée négativement par la perte d'occasions résultant d'une impossibilité d'obtenir le financement de certains projets.

[64] Il nous a également été fait remarquer ce qui suit :

[Traduction] Un prêteur disposant du temps voulu et de la possibilité de se renseigner peut être en mesure d'établir si la relation entre les sociétés qui sont partie à une opération fait que l'opération tombe ou non sous le coup de l'article [44]. Grâce à un examen suffisant et des discussions avec les dirigeants et les vérificateurs de la société, le prêteur pourra être en mesure de se placer dans une position où il aura des motifs raisonnables de croire qu'il est satisfait aux conditions [des alinéas 44(1)c et d)]. Toutefois, cette situation n'est pas souhaitable dans un contexte de prêt où des opérations commerciales doivent être réalisées rapidement avec un degré d'assurance raisonnable qu'elles ne seront pas ultérieurement susceptibles d'être attaquées.

De plus, dans de nombreux cas, les dispositions peuvent faire obstacle à des opérations qui sont dans l'intérêt global d'un groupe de sociétés, en raison de l'incertitude de ce qui constitue une «aide financière». Dans les situations de

⁹² Bruce McNeely, «Directors' Liability - Certain International Considerations», dans New Developments in Directors' and Officers' Liability (Canadian Institute Conference, 6 et 7 juin 1995), p. 14.

redressement qui mettent en cause des sociétés insolvables, lorsqu'il est nécessaire de réaliser le transfert d'éléments d'actif, bien souvent pour tirer avantage de situations de pertes fiscales, l'application technique des dispositions sur l'aide financière peut rendre un plan de redressement irréalisable.⁹³

[65] Comme nous venons de le voir, certains territoires n'ont pas de restrictions sur l'aide financière ou imposent des restrictions de moindre envergure que la LCSA. Les sociétés constituées sous l'un de ces régimes peuvent par conséquent disposer d'un avantage concurrentiel par rapport à une société de régime fédéral parce que les restrictions de l'article 44 ne s'y appliqueraient pas.

[66] Par ailleurs, l'article 44 peut jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de protéger le capital de la société contre son mauvais usage ou son détournement par des initiés à des fins autres que de concurrence. Par définition, l'aide financière consiste en le prêt, la caution ou la garantie de fonds versés à des personnes autres que la société. Les coûts supplémentaires d'une opération pourraient donc constituer une dépense fructueuse si cela permet de protéger le capital de la société contre un mauvais usage de la part de ces initiés.

[67] Un volume d'études récent suggérerait ce qui suit :

Dans l'économie canadienne, la propriété des entreprises est peu dispersée et la principale question qui se pose, en matière de régie d'entreprise, est celle des actionnaires dominants... En raison du niveau de concentration de la propriété du capital-actions au Canada, les problèmes qui surgissent entre les actionnaires dominants et minoritaires sont au coeur même du conflit mandant-mandataire. Le problème n'est pas lié à la fidélité des gestionnaires aux actionnaires, mais plutôt à leur fidélité à certains actionnaires - ceux qui détiennent le contrôle - au détriment des autres actionnaires minoritaires... Les actionnaires dominants incitent habituellement les gestionnaires de l'entreprise à travailler plus fort, mais le problème est que les fruits de cet effort ne sont peut-être pas répartis également entre tous les actionnaires - l'actionnaire dominant peut en tirer une part disproportionnée.⁹⁴

[68] Malheureusement, nous ne connaissons aucune preuve empirique qui pourrait nous aider à établir les répercussions de l'article 44 (ou d'un autre régime de remplacement) sur la compétitivité des sociétés.

⁹³ Certaines des difficultés que crée l'art. 44 relativement aux PCA et aux réorganisations apparaissent dans la jurisprudence. Voir, par exemple, Straight Line Contractors c. Rainbow Oilfield Maintenance Ltd. (1991), 115 A.R. 327 (Alta C.A.), qui fait objet de commentaires à la question 6, de l'annexe C.

⁹⁴ Randall Morck, Ron Daniels, (sous la direction de), Corporate Decision Making in Canada (Calgary : University of Calgary Press, 1995) pp. 798-799.

B. RESPONSABILITÉS DES ADMINISTRATEURS

[69] Comme nous l'avons mentionné, l'article 44 a été critiqué comme étant vague et imprécis. Il peut être très difficile aux administrateurs, même s'ils font preuve de toute la prudence nécessaire, de s'assurer qu'ils se sont conformés aux exigences de l'article. Ils peuvent ne pas être en mesure d'obtenir des avis motivés de la part des avocats ou des comptables portant qu'il a été satisfait aux exigences de l'article 44. Une responsabilité imprévisible constitue un problème pour eux. Éclaircir voire éliminer l'article 44 pourrait réduire cette responsabilité imprévisible et, partant inéquitable, qui pèse sur les administrateurs.

[70] Par ailleurs, l'article 44 peut distraire les administrateurs et dirigeants de se renseigner sur la question de savoir si, dans le cadre d'une opération d'aide financière, ils exécutent dûment ou non leurs devoirs fiduciaires. Il a été suggéré que certains administrateurs et dirigeants estiment que s'il est satisfait aux tests de la solvabilité et de l'actif, ils se sont conformés à la loi. Cela serait incorrect puisqu'ils doivent néanmoins agir dans l'intérêt véritable de la société ainsi que l'exige l'article 122.

[71] Par ailleurs, l'élimination ou la réduction des règles légales régissant l'aide financière (et d'autres règles sur les conflits d'intérêts) pourrait mener à un recours plus prononcé aux tribunaux pour fixer les normes de conduite appropriées pour les administrateurs. Un praticien a fait ressortir la différence entre les règles du Canada et des États-Unis en ces termes :

[Traduction] Si l'on se borne tout simplement à considérer l'ensemble des règlements, des dispositions législatives [et] des demandes d'observation, l'on songerait sans doute que les entreprises canadiennes, les sociétés ouvertes, ne font rien d'autre que de passer leur temps à conclure des opérations entre apparentés. L'on consacre une quantité faramineuse de temps et d'efforts et de facultés intellectuelles à ce sujet au Canada, tandis qu'aux États-Unis on y en consacre très, très peu. Cela fait tout simplement l'objet de litiges et les tribunaux dictent aux administrateurs quelles normes ils doivent suivre et ils élaborent leurs propres règles.⁹⁵

[72] Par conséquent, il est permis de se demander si moins d'attention à ces questions dans les lois sur les sociétés ne conduirait pas à plus de litiges afin d'élaborer des normes de conduite.

⁹⁵ Stanley Beck, «Related-Party Transactions [:] Conference Proceedings» Bullet-Proofing Your Board of Directors (Toronto: Insight Conference, 1^{er} décembre 1992), p. 80.

C. LES RÈGLES ACTUELLES OFFRENT PEU DE PROTECTION AUX CRÉANCIERS ET AUX ACTIONNAIRES

[73] Une autre préoccupation que soulève l'article, c'est que, bien qu'il semble poser problème aux administrateurs et à d'autres, la protection qu'il confère aux créanciers et aux actionnaires minoritaires pourrait être sujette à caution. Au contraire des règles fédérales d'avant 1975, l'aide financière n'est pas absolument interdite. La loi exige uniquement qu'il soit satisfait aux tests de la solvabilité et de l'actif. En d'autres termes, bien qu'une opération puisse bafouer gravement les actionnaires, se traduire par un conflit d'intérêts évident et même constituer une violation des devoirs fiduciaires, l'opération pourrait quand même ne pas transgresser l'article.⁹⁶ Ce résultat possible remet en question la protection réelle qu'offre l'article 44 aux créanciers et aux actionnaires minoritaires.

[74] L'un des motifs donné pour supprimer les restrictions actuelles au consentement d'une aide financière, c'est que, suivant la LCSA, les actionnaires et créanciers peuvent invoquer de nombreux types de recours, dont l'action dérivée et le recours en cas d'abus.⁹⁷

[75] Par ailleurs, l'article 44 peut se révéler utile pour ce qui est d'imposer aux administrateurs une norme minimale en matière de protection des créanciers et des actionnaires. Les administrateurs doivent s'assurer que ces opérations particulières d'aide financière ne sont réalisées que lorsqu'il n'y a pas de motif raisonnable de croire que la société est insolvable. Aussi, comme nous l'avons vu, d'autres régimes de droit des sociétés et de *common law* imposent des devoirs et des responsabilités beaucoup plus larges aux administrateurs.

[76] De plus, bien qu'une action doive néanmoins être intentée contre des administrateurs pour violation de cette disposition, comme cela serait le cas pour manquement aux devoirs fiduciaires et dans le cas de recours en cas d'abus, il existe deux autres mesures de contrôle qu'impose l'article 44. D'abord, si l'article 44 n'est pas respecté, le contrat d'aide financière peut être entaché de nullité. Parce que la menace de nullité du contrat pourrait constituer une préoccupation plus grande pour les parties contractantes au moment de la conclusion du contrat, cette disposition pourrait davantage inciter les parties contractantes à s'assurer que l'article 44 est respecté plutôt que la possibilité abstraite de responsabilité future. Autre point relié à ce qui précède, c'est que les prêteurs pourraient découvrir que les cautions/sûretés que leur a consenties la société dans le cadre d'opérations d'aide financière

⁹⁶ Bien entendu, la société, ses actionnaires ou ses créanciers pourraient être en mesure de poursuivre les administrateurs ou les dirigeants pour manquement aux devoirs fiduciaires ou invoquer le recours en cas d'abus.

⁹⁷ Voir, à titre illustratif, le rapport final du LRI de l'Alberta à la p. 83, note 11. Cependant, la question subsiste quant à savoir si les créanciers sont des plaignants au sens de l'art. 238 de la LCSA et disposeraient du droit d'intenter une action dérivée ou en cas d'abus. Se reporter aux commentaires du rapport final du LRI de l'Alberta, aux pp. 93 et 94.

sont nuls. Apparemment, cette préoccupation a pour effet que les établissements de crédit hésitent à conclure des opérations impliquant une aide financière.⁹⁸

[77] En effet, ce dernier frein (approprié ou non) aux opérations d'aide financière pourrait permettre d'expliquer pourquoi les problèmes n'ont surgi qu'à l'égard de l'aide financière même si les mêmes tests de solvabilité et de l'actif se trouvent dans de nombreux autres articles de la loi.⁹⁹ En vertu de ces autres articles, par exemple en ce qui concerne le versement de dividendes, les distributions sont faites à même les fonds de la société et ne sont pas fonction d'apports de prêteurs ou autres tiers. Les administrateurs doivent trancher le dilemme qui consiste à approuver des opérations en fonction de tests problématiques et pourraient devoir répondre de leurs décisions, mais il n'est habituellement pas besoin de recourir à du financement externe de la part de tiers.

D. NON-DISPONIBILITÉ DES AVIS DE COMPTABLES

[78] Comme nous le mentionnons plus haut, le *Manuel de l'ICCA* conseille, depuis octobre 1988, aux comptables de ne pas exprimer d'avis sur des questions relatives à la solvabilité.¹⁰⁰ La réticence des comptables et avocats à fournir des avis sur la solvabilité pose des problèmes à la fois aux administrateurs et aux prêteurs. Les administrateurs peuvent se soustraire à la responsabilité au titre de l'aide financière consentie en violation de l'article 44 s'ils s'appuient de bonne foi sur le rapport d'un expert. Les prêteurs peuvent également s'assurer que les cautions et sûretés que leur consent la société sont exécutoires si, en se fondant sur l'avis d'experts, de même que sur les assurances de dirigeants de la société, ils agissent «de bonne foi sans avoir été avisés de la violation».

[79] Les notes d'orientation de 1988 de l'ICCA s'inspiraient d'une initiative semblable de la part de l'*American Institute of Certified Public Accountants* aux termes d'une interprétation diffusée en février 1988.¹⁰¹ L'ICCA donne quatre motifs à la note d'orientation, qui se fondent principalement sur l'absence de clarté de la loi :

- a) Les bailleurs de fonds s'inquiètent principalement de savoir si l'octroi d'une aide financière ne risque pas d'entraîner une cession ou un transfert frauduleux. Par ailleurs, des expressions telles que «une aide financière même

⁹⁸ Se reporter aux commentaires en annexe C, question 17.

⁹⁹ Par exemple, les art. 36 et 42 de la LCSA portant sur les rachats d'actions et les dividendes.

¹⁰⁰ Manuel de l'ICCA, note 9.

¹⁰¹ Voir Farlinger, «Solvency Letters and Financial Assistance Prohibition» (1989), 3 Banking & F.L.R. 339, p. 340 renvoyant à une interprétation de la section 2010 diffusée par l'*American Institute of Certified Public Accountants* dans «Responding to Requests for Reports on Matters Relating to Solvency: An Interpretation of Statement on Standards for Attestation Engagements,» (New York: American Institute of Certified Public Accountants, février 1988), *Journal of Accountancy* (mai 1988).

indirecte» et «sous forme de prêt ou de caution» permettent de déterminer les cas dans lesquels une disposition particulière est applicable. Il s'agit-là de questions d'interprétation juridique qui, de ce fait, ne relèvent pas du champ de compétence des experts-comptables.

- b) On demande à l'expert-comptable de se prononcer sur la capacité de la société de payer ses dettes à échéance. L'attestation demandée n'est pas limitée dans le temps et on ne précise pas si les «dettes» comprennent le passif éventuel pouvant découler par exemple d'une situation de cautionnement.
- c) On demande à l'expert-comptable de se prononcer sur la «valeur de réalisation» de l'actif de la société. L'expression «valeur de réalisation» n'est pas définie et on pourrait recourir à différentes méthodes de calcul pour déterminer la valeur de l'actif.
- d) On demande à l'expert-comptable de fournir une déclaration de fiabilité de forme positive ou négative sur des questions de solvabilité. Étant donné que ces questions ne sont pas clairement définies du point de vue comptable, il n'existe pas de critères appropriés permettant d'établir un cadre général à partir duquel l'expert-comptable pourrait se faire une opinion.¹⁰²

E. LOIS SUR LES SOCIÉTÉS PAR RAPPORT AUX LOIS SUR LES VALEURS MOBILIÈRES

[80] L'une des questions qui se pose c'est quel rôle devraient jouer les lois sur les sociétés en matière d'aide financière et autres opérations entre apparentés qui sont le fait de sociétés ouvertes et qu'est-ce qui constitue l'interaction appropriée entre les lois sur les sociétés et les lois sur les valeurs mobilières? Le droit des sociétés devrait-il tout simplement imposer une norme minimale qui s'appliquerait (le cas échéant) à la fois aux sociétés fermées et aux sociétés ouvertes et devrait-on laisser aux lois sur les valeurs mobilières le soin de compléter les règles sur la divulgation et les opérations qui sont nécessaires du point de vue des sociétés ouvertes?

[81] L'article 44 s'applique à toutes les sociétés de régime fédéral, à la fois fermées comme ouvertes. C'est là l'une des critiques du rapport final et du rapport de consultation

¹⁰² L'annexe C propose un certain nombre d'éclaircissements de l'art. 44, s'il est maintenu. Ces éclaircissements portent sur les préoccupations soulevées par la note d'orientation de l'ICCA.

du LRI de l'Alberta, qui concluaient que certains aspects de l'aide financière devraient à tout le moins être réglementés par les lois sur les valeurs mobilières.¹⁰³

[82] Ainsi que nous l'avons dit plus haut,¹⁰⁴ les sociétés ouvertes de régime fédéral et les apparentés sont assujettis à la réglementation des lois provinciales sur les valeurs mobilières. Ces lois complètent les règles qu'impose la LCSA au niveau des opérations et de la divulgation ou font double emploi avec celles-ci. Certaines règles des lois sur les valeurs mobilières, comme par exemple l'instruction n°9.1 de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO), et certaines obligations provinciales d'information sur la rémunération de la haute direction, sont plus contraignantes que les règles découlant des lois sur les sociétés.

[83] En 1992, la CVMO faisait paraître une demande d'observation sur les apparentés :

[Traduction] Au cours de la dernière année, la Commission a reçu des mémoires qui exprimaient, à des degrés divers, leurs préoccupations sur les relations continues entre les émetteurs assujettis et les apparentés. Bien que certaines de ces préoccupations ne relèvent pas du champ traditionnel de compétence du droit des valeurs mobilières, la Commission a demandé à son personnel d'entreprendre une initiative, distincte de sa surveillance continue de l'application de l'instruction générale n° 9.1, d'étudier s'il est nécessaire, voire approprié, de recommander ou non des modifications aux lois, aux règlements et aux notes d'orientation comptables en cause par lesquelles les conseils d'administration, dans le cadre de telles relations, seraient tenus à des normes accrues de divulgation et à des normes minimales prescrites de conduite. Nous apprécierions recevoir vos observations sur la question de savoir jusqu'à quel point, le cas échéant, les participants au marché devraient être légalement habilités à obtenir un accroissement de la divulgation et des possibilités d'évaluation d'opérations entre apparentés afin d'assurer l'équité et l'efficacité des marchés financiers en Ontario...

Le personnel a reçu des observations qui suggèrent qu'il n'est pas inhabituel aux émetteurs assujettis de conclure des opérations avec des apparentés qui, bien qu'elles ne soient pas «importantes» pour les besoins de l'instruction n°9.1, pourraient néanmoins être significatives (considérées seules ou dans leur ensemble) pour un émetteur et ses porteurs. Parmi les exemples de telles opérations qui ont été portées à l'attention du personnel, on compte les placements dans les valeurs mobilières d'un actionnaire important ou les personnes du même groupe que lui et les opérations mettant en cause un actionnaire important ou les personnes du même groupe que lui, comme les acquisitions ou aliénations d'éléments d'actif, les prêts, les baux, les

¹⁰³ En p. 5 du rapport final du LRI de l'Alberta, note 11, il est recommandé que la loi sur les valeurs mobilières de l'Alberta devrait être modifiée afin de «[Traduction] réglementer le consentement d'une aide financière irrégulière par une société ayant fait appel au public en vue de l'achat de ses actions».

¹⁰⁴ Voir la partie III plus haut.

ententes d'approvisionnement ou l'exploitation d'activités par l'entremise de coentreprises.

Il a été suggéré que le régime juridique actuel en matière de comptabilité, de société et de valeurs mobilières pourrait ne pas constituer un cadre approprié voire offrir suffisamment de possibilités d'évaluer de telles opérations. Il a également été suggéré par certains qu'il n'est inhabituel que des opérations entre apparentés soient mises en oeuvre sans divulgation appropriée et dans les délais impartis au conseil d'administration, aux actionnaires ou aux marchés de façon générale. Si c'est le cas, il est facile de concevoir que les administrateurs, les actionnaires et le marché en général ne connaissent pas pleinement l'étendue ni la nature des relations entre certains émetteurs assujettis et des apparentés.¹⁰⁵

[84] La demande d'observation va plus loin en envisageant le rôle des administrateurs, leur indépendance et l'étendue de l'information qui est actuellement accessible au public et pose un certain nombre de questions, notamment sur les moyens qui seraient à employer pour mettre en oeuvre certaines initiatives dans ce domaine. La CVMO a reçu peu de commentaires écrits en réponse à sa demande d'observation, mais le personnel de la CVMO demeure inquiet face à cette question.

VI. CONSULTATIONS

[85] Au printemps de 1994, des représentants d'Industrie Canada ont tenu des consultations préliminaires avec certains intervenants sur la LCSA dans tout le Canada relativement à des modifications nécessaires à la LCSA. Industrie Canada a également reçu un certain nombre de mémoires écrits de la part de praticiens et d'organismes qui faisaient des commentaires sur l'article 44.

[86] Un certain nombre de personnes étaient en faveur de l'abrogation de l'article 44. Certains des commentaires soutenaient ce qui suit :

- L'article 44 devrait être reconsidéré à moins de trouver une solution au problème. Il y a cinq ans, les comptables et les avocats donnaient rapidement leur avis. Maintenant, les opérations sont beaucoup plus coûteuses.
- Les actionnaires sont en mesure d'être protégés au moyen de la divulgation. Si la finalité de l'article 44 est de protéger les créanciers, ils sont protégés par d'autres moyens tels le recours en cas d'abus.

¹⁰⁵ (1992) 15 O.S.C.B. 3253.

- L'article devrait être éliminé. Les créanciers devraient invoquer les lois en matière de transport frauduleux.
- Il n'y a pas de fondement ni de finalité politique à la disposition actuelle. Il y a déjà trop d'échappatoires techniques qui permettent de contourner la disposition pour qu'elle ait quelque utilité.
- L'article 44, comme un certain nombre d'autres dispositions, est excentrique et *ad hoc*. Il semble n'y avoir aucun principe directeur sous-jacent.
- Le chemin de la divulgation est meilleur. Une information complète devrait suffire.

[87] D'autres sont en faveur de conserver l'article mais le remanier afin d'y insérer des éléments de prévisibilité, de sécurité et de régularité dans son interprétation et son application. Certains intervenants recherchaient une plus grande souplesse pour la société et sont en faveur de dispositions législatives plus permissives. Voici la teneur de certains des commentaires faits :

- L'article 44 peut offrir plus de certitude aux administrateurs et à leurs conseillers juridiques que le recours en cas d'abus et la nécessité d'ester en justice lorsqu'il y a eu abus des actionnaires/créanciers.
- La définition de solvabilité doit être éclaircie.
- Un meilleur mécanisme de fiabilité à l'intention des administrateurs est nécessaire si vous souhaitez maintenir le test de la solvabilité. Les administrateurs ont de la difficulté à évaluer leurs responsabilités.
- Une des incertitudes réside dans le choix du moment pour ce qui est de réaliser le test de la solvabilité.
- Il y a de l'incertitude définitionnelle dans l'article pour des expressions telles «aide financière» et «valeur de réalisation».
- La CA de la Colombie-Britannique contient un certain nombre d'exceptions à l'interdiction de consentir une aide financière, comme, par exemple, la ratification à une majorité spéciale et les droits de dissidence. Cela est beaucoup plus facile pour les compagnies fermées que d'avoir à rechercher une expertise juridique et financière et en payer le prix.

- La loi du Nouveau-Brunswick permet aux sociétés de se soustraire à des dispositions analogues. Ce sont quasiment 100% des compagnies qui s'y soustraient.
- La BCA de la Saskatchewan, qui remplace les tests de la solvabilité et de l'actif par une obligation d'information, devrait être imitée.
- L'expression «aide financière» doit être définie de façon à ce que l'interdiction ne s'applique que dans des cas où une société consent un prêt ou une aide financière qui ne l'avantage pas elle-même. Les administrateurs d'une société auraient la responsabilité de décider s'il y a oui ou non avantage pour la société.
- Toute aide consentie à des sociétés du même groupe devrait être dispensée en ajoutant une exception au paragraphe (2).
- On devrait supprimer les renvois aux «personnes ayant des liens» et aux opérations indirectes.

VII. OPTIONS, CONCLUSIONS PRÉLIMINAIRES ET RECOMMANDATIONS DE MODIFICATION OU D'ABROGATION DE L'ARTICLE 44

A. OPTIONS

[88] Il existe de nombreuses options possibles pour solutionner les préoccupations que soulève l'article 44. Sont énumérées ci-dessous dix options, ainsi que leurs avantages et désavantages. Certaines de ces options sont des suggestions du milieu des affaires et du milieu juridique. D'autres ont été élaborées à partir de lois provinciales ou étrangères. Ces options ne sont pas exhaustives et toutes suggestions additionnelles faites au cours des consultations seront prises en considération.

Option 1 : Abrogation de l'article 44

- Pour :**
- Permet d'éliminer les tests de la solvabilité et de l'actif qui posent problème aux sociétés de régime fédéral, aux administrateurs, aux prêteurs, aux avocats et aux comptables.
 - Les administrateurs et dirigeants approuvant les opérations d'aide financière seront néanmoins assujettis aux devoirs fiduciaires d'agir dans l'intérêt véritable de la société.

- Permet de supprimer un test qui pourrait distraire les administrateurs et dirigeants de se renseigner sur la question de savoir s'ils remplissent bien leurs devoirs fiduciaires.

- Contre :**
- L'aide financière est un domaine clé du conflit d'intérêts et devrait être expressément réglementée.
 - Pourrait donner lieu à moins de certitude de la part des administrateurs qui pourraient voir ainsi leurs actes contrôlés aux termes du recours en cas d'abus ou les devoirs fiduciaires.
 - En se fondant sur le recours en cas d'abus ou les devoirs fiduciaires, cela pourrait se traduire par des litiges plus nombreux et, partant, des frais accrus.
 - Supprime un élément de protection dont jouissaient les créanciers et les actionnaires minoritaires.

Option 2 : Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif à la fois pour les opérations d'achat d'actions et l'aide financière aux apparentés par une autorisation expresse d'aide financière lorsqu'elle est consentie dans l'intérêt véritable de la société

[89] C'est l'approche retenue dans la GCL du Delaware.

- Pour :**
- Est fidèle aux devoirs fiduciaires imposés aux administrateurs par l'article 122 de la LCSA.
 - Élimine les tests problématiques de la solvabilité et de l'actif.

- Contre :**
- L'aide financière est un domaine clé du conflit d'intérêts et devrait être expressément réglementée.
 - Il pourrait être difficile de satisfaire aux tests dans le cas d'opérations de financement entre membres d'un même groupe de sociétés.¹⁰⁶

Option 3 : Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par une obligation d'information

[90] C'est l'approche retenue dans la BCA de la Saskatchewan, en sa version modifiée de 1992. Elle oblige à une divulgation annuelle aux actionnaires de la part des sociétés ouvertes et à une divulgation aux actionnaires dans les quatre-vingt-dix jours de la part des sociétés

¹⁰⁶ C'est-à-dire une caution ou un prêt peut être consenti dans l'intérêt véritable du groupe de sociétés considéré dans son ensemble ou de la société mère, mais il pourrait être difficile de prouver que l'opération est dans l'intérêt véritable d'une filiale en particulier.

fermées. De façon semblable, le Sous-comité du droit des sociétés de l'Association du Barreau canadien - Ontario, Section du droit des affaires (l'«ABC - Ontario») recommandait que la disposition sur l'aide financière ne restreigne que l'aide financière à l'achat d'actions. L'ABC - Ontario recommandait de plus que la divulgation d'une aide financière aux dirigeants et aux administrateurs et aux personnes ayant des liens avec eux soit traitée dans le cadre du régime de divulgation des intérêts dans des contrats par les dirigeants et les administrateurs (art. 120 de la LCSA) au moment de la réunion des administrateurs.¹⁰⁷

- Pour :**
- Les administrateurs et dirigeants approuvant les opérations d'aide financière seront néanmoins assujettis aux devoirs fiduciaires d'agir dans l'intérêt véritable de la société.
 - Divulgation des opérations exigées de toutes les sociétés.
 - Élimine les tests problématiques de la solvabilité et de l'actif.
 - Supprime les règles techniques qui peuvent distraire les administrateurs et les dirigeants de faire un examen soigné de leurs obligations fiduciaires lorsqu'ils approuvent une aide financière.
- Contre :**
- La divulgation d'opérations est déjà un fait accompli dans le cas des grandes sociétés (dans la circulaire de procuration de la direction) et une divulgation aux actionnaires de sociétés de moindre envergure a peu de sens si c'est la protection des créanciers qu'on vise.
 - L'obligation de divulgation des opérations d'aide financière dans les 90 jours qui visent les sociétés fermées (imposées par la BCA de la Saskatchewan) pourrait être trop accablante et son observation pourrait être difficile à contrôler.
 - L'aide financière est un domaine clé du conflit d'intérêts et devrait être expressément réglementée.

[91] Une variante de cette option exigerait une déclaration immédiate au directeur nommé en vertu de la LCSA dans les dix jours suivant l'opération. L'avantage d'une déclaration immédiate permettrait d'assurer un meilleur accès aux renseignements de la part des actionnaires et des créanciers. Une telle déclaration immédiate pourrait par ailleurs être considérée accablante, importune et bureaucratique. L'efficacité du dépôt comme moyen d'aviser les actionnaires et les créanciers de même que les coûts à engager par le gouvernement à des fins de publication sont sujets à caution.

¹⁰⁷ L'ABC - Ontario a remanié l'art. 20 de la LSAO en date du 19 novembre 1985 et a remanié l'art. 132 de la LSAO en date du 27 mars 1986.

Option 4 : Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par l'obligation d'un avis et de l'approbation des actionnaires¹⁰⁸ pour les opérations d'aide financière «importantes»

[92] Cette approche, à quelque variante près, est adoptée dans un certain nombre de régimes, dont la CA de l'Australie.

- Pour :**
- Le mécanisme d'avis et d'approbation pourrait aider à protéger les actionnaires minoritaires et les créanciers. Comme dans le cas de la CA de l'Australie, les actionnaires et les créanciers pourraient saisir un tribunal afin de s'opposer à une opération même si elle avait été approuvée par résolution spéciale.
 - Élimine les tests problématiques de la solvabilité et de l'actif.
- Contre :**
- Une obligation d'approbation des actionnaires pourrait être accablante dans le cas de sociétés ouvertes et se traduire par une très faible protection pour les créanciers dans le cas d'une société fermée (parce que peu susceptibles d'être avisés de l'opération).
 - L'obligation d'approbation des actionnaires semble contraire à la portée générale de la LCSA qui veut que les décisions d'affaires reviennent à la direction.

Option 5 : Maintien et éclaircissement de l'article 44

[93] L'Annexe C passe en revue dix-neuf changements qui pourraient être apportés à l'article 44 afin de l'éclaircir. Ces éclaircissements pourraient inclure :

- remplacer, dans le test problématique de l'actif, l'expression «valeur de réalisation» par une expression plus claire, soit «juste valeur» et définir ce qu'est la «juste valeur»;
- disposer qu'il ne doit être satisfait aux tests de la solvabilité et de l'actif qu'au moment de la conclusion du contrat d'aide financière;
- restreindre l'application de l'article 44 aux actionnaires «importants», aux administrateurs et aux dirigeants de la société ou de la société mère et aux personnes ayant des liens avec eux;
- élargir le paragraphe 44(3) en vue de protéger (outre les prêteurs) les créanciers et d'autres tiers qui traitent sans lien de dépendance avec la société afin de leur permettre d'obtenir l'exécution des opérations d'aide financière lorsqu'ils ont agi de bonne foi; et

¹⁰⁸ L'approbation des actionnaires pourrait se faire au moyen d'une résolution ordinaire ou spéciale. L'expression «résolution spéciale» est définie au par. 2(1) de la LCSA et s'entend d'une résolution adoptée aux deux tiers au moins des voix exprimées.

- autoriser expressément une société à consentir une aide financière sauf dans des cas précis d'interdiction ou de restriction.

Pour :

- Maintient la protection minimale aux créanciers et aux actionnaires minoritaires tout en continuant de conférer à la société et aux administrateurs une très large latitude pour ce qui est de consentir une aide financière.
- Éclaircit nombre des problèmes soulevés à l'égard de l'article.

Contre :

- Maintient une procédure problématique et accablante tout en n'offrant qu'une protection minimale aux créanciers et aux actionnaires minoritaires.
- S'attaque aux grandes préoccupations, mais laisse sans réponse certains problèmes.

Option 6 : Rationaliser l'article 44 en supprimant toutes les restrictions à l'aide financière à l'achat d'actions, mais en conservant un test de sa solvabilité pour l'aide financière à des apparentés

Pour :

- Élimine le test le plus problématique, le test de l'actif, et maintient l'obligation clé de solvabilité qui est importante pour la protection des créanciers.
- Élimine les restrictions au financement des achats d'actions. Le principe directeur sous-jacent aux restrictions actuelles n'est pas entièrement clair.

Contre :

- Maintient une procédure problématique accablante qui semble offrir peu de protection aux actionnaires et aux créanciers.
- S'attaque aux grandes préoccupations mais laisse sans réponse certains problèmes.
- Permet à une société de faire le libre trafic de ses propres actions.

Option 7 : Status quo à la fois sur l'aide financière aux apparentés et l'achat d'actions

Pour :

- Maintient une protection minimale pour les créanciers et les actionnaires minoritaires.
- Les sociétés de régime fédéral et les administrateurs possèdent à l'heure actuelle une très large latitude pour consentir une aide financière.

Contre :

- Maintient un régime qui pose problème aux sociétés de régime fédéral, aux administrateurs, aux prêteurs, aux avocats et aux comptables tout

en n'offrant qu'une protection minimale aux créanciers et aux actionnaires minoritaires.

- Si la disposition est maintenue, il y a peu de motifs militant en défaveur de ne pas apporter les éclaircissements dont il est question en annexe C.

Option 8 : Exiger des sociétés ouvertes avec un actionnaire dominant d'instaurer un comité¹⁰⁹ afin d'approuver les opérations et les contrats importants avec liens de dépendance

[94] Il s'agit de la recommandation d'un récent volume de recherche. Les rédacteurs en chef, Ronald Daniels et Randall Morck, recommandaient ce qui suit :

Nous recommandons qu'un comité spécial du conseil d'administration surveille et examine les opérations entre la société et les actionnaires dominants, d'autres entités contrôlées par les actionnaires dominants et d'autres initiés (dirigeants et administrateurs non actionnaires) afin de garantir l'équité envers les actionnaires minoritaires. Cela permettrait d'accumuler une mémoire et une expérience institutionnelle au sujet des opérations et des contrats avec lien de dépendance.

... Le conseil d'administration de toute entreprise publique au Canada où l'on trouve un actionnaire dominant devrait être tenu d'établir un «comité d'examen de la conduite des affaires de la société» qui approuverait les contrats et opérations importants avec lien de dépendance. Ce comité devrait être formé *exclusivement* d'administrateurs de l'extérieur.¹¹⁰

Une variante à cette option consisterait à exiger que chaque membre d'un groupe de sociétés, groupe qui possède un ou plusieurs sociétés ouvertes, instaure un comité de révision.

¹⁰⁹ Il n'est pas nécessaire que ce comité soit un comité nouveau ou séparé du conseil d'administration. Les fonctions de ce comité peuvent être remplies par un comité déjà en place, tel que le comité de vérification.

¹¹⁰ Morck et Daniels, note 94, p. 677. Le volume de recherche renvoie à un comité d'«administrateurs externes» mais recommande ce qui suit :

la définition d'un administrateur externe devrait être resserrée considérablement. Pour que l'on puisse établir qu'un administrateur est un administrateur externe aux termes de la Loi [canadienne] sur les sociétés par actions, il faudrait qu'il n'ait aucun lien commercial avec l'entreprise ou son actionnaire principal (ou ses actionnaires principaux). En d'autres termes, un administrateur externe ne devrait avoir aucun lien avec les gestionnaires et les propriétaires de l'entreprise. L'actionnaire principal, les conseillers juridiques, les personnes chargées du budget de publicité, les cadres des entreprises faisant affaires avec elle, etc. ne devraient pas être considérés comme des administrateurs externes. (p. 787)

En vérité, la révision devrait être accomplie par des administrateurs qui sont authentiquement «indépendants» de la société. La question de ce qui constituerait un administrateur indépendant a également été commentée dans le rapport de la Bourse de Toronto sur la régie d'entreprise aux pp. 24, 25 et 53.

- Pour :**
- S'attarde aux domaines clés de l'abus potentiel relativement aux sociétés canadiennes.
 - Un comité de révision pourrait être moins onéreux que de satisfaire aux tests confus de la solvabilité et de l'actif ou d'obtenir l'approbation des actionnaires minoritaires.
 - Il pourrait être élaboré des règles applicables au comité permettant l'approbation de formes générales d'opérations entre apparentés, sans exiger une approbation expresse pour chaque opération de la part du comité.¹¹¹
- Contre :**
- Ajoute un autre palier de réglementation qui pourrait être indûment accablant pour certaines sociétés.
 - La restriction aux seules sociétés ouvertes avec un actionnaire dominant laisse pratiquement dans l'ombre les abus potentiels de la direction dans une société à grand nombre d'actionnaires.

Option 9 : Adopter un régime de divulgation, d'évaluation, de révision par un comité spécial et d'approbation des actionnaires minoritaires pour des opérations importantes de sociétés ouvertes avec des apparentés

[95] C'est l'approche retenue dans l'instruction n°9.1 de la CVMO [*Instruction générale Q-27 de la Commission des valeurs mobilières du Québec et Policy XX de la British Columbia Securities Commission*].

- Pour :**
- Approche globale qui confère une large protection aux créanciers et aux actionnaires minoritaires.
- Contre :**
- Certaines des règles, surtout les règles sur l'évaluation et l'approbation des minoritaires, sont considérées par certains comme inefficaces ou onéreuses, ou les deux.
 - Un régime détaillé pourrait ne pas être approprié à l'ensemble des sociétés ouvertes.

Option 10 : Adopter un régime global de réglementation de toutes les opérations des sociétés ouvertes avec des apparentés

[96] C'est l'approche retenue dans la *Loi sur les banques*.

¹¹¹ Une restriction concernant l'approbation de formes générales d'opérations pourrait être imposée afin d'exiger que les opérations impliquant un certain pourcentage du capital de la société (p. ex., plus de 25%) soient approuvées de façon expresse.

- Pour :**
- Les opérations avec les apparentés, y compris les opérations d'aide financière, constituent un domaine clé des conflits d'intérêts qui devrait être réglé.
 - Une approche globale confère la protection la plus large aux actionnaires minoritaires et aux créanciers.
- Contre :**
- Un régime global, comme le régime de la *Loi sur les banques*, semble ne convenir qu'aux plus grandes sociétés et pourrait être injustement onéreux pour nombre de sociétés.
 - C'est contraire à l'orientation générale de la LCSA qui consiste à laisser à chaque société le soin d'établir des structures de régie interne d'une société.

Option 11 : Relativement à l'une ou l'autre des options ci-dessus, modifier l'article 288 de la LCSA afin de définir expressément «plaignant» comme incluant un créancier aux fins du recours en action dérivée ou des recours en cas d'abus et en action dérivée

- Pour :**
- Codifie largement la jurisprudence.¹¹²
 - Assure la protection des créanciers grâce à l'accès à des recours larges.
- Contre :**
- Non nécessaire puisque les tribunaux disposent d'une large discrétion qu'ils peuvent exercer pour assurer une protection appropriée.
 - Pourrait inciter à un plus grand nombre de litiges.
 - Définir «plaignant» pour l'action dérivée seule pourrait mener à une interprétation étroite du recours plus souple en cas d'abus.

B. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS PRÉLIMINAIRES

[97] La disposition actuelle nécessite d'être modifiée afin de protéger efficacement les créanciers et les actionnaires. Si la protection des actionnaires est la principale préoccupation, les tests de la solvabilité et de l'actif ne sont pas efficaces. La protection des créanciers est par ailleurs clairement en équilibre dans le régime de l'article 44 grâce à l'inclusion du test de la solvabilité et de l'actif. Cependant, les exemptions dont il est question au paragraphe 44(2), en particulier l'aide financière en amont et en aval au sein de groupes de sociétés, pourraient être considérées comme faisant fi de la protection des créanciers. Aussi, le régime peut-il être considéré comme étant le reflet d'un équilibre entre la protection des créanciers et le besoin de conférer une souplesse aux groupes de sociétés.

¹¹² *Bank of Montreal c. Dome Petroleum Ltd.* (1987), 54 Alta L.R. (2d) 289 (Q.B.) et *First Edmonton Place Ltd. c. 315888 Alberta Ltd.* (1989), 40 B.L.R. 28.

[98] L'exemption en faveur de l'aide financière en amont semble rendre partiellement caduc l'un des buts à l'origine de la disposition sur l'aide financière, savoir l'interdiction de l'aide financière en vue de PCA. Cependant, la disposition offre néanmoins une certaine protection aux actionnaires minoritaires dans les situations de PCA concernant une partie mais non la totalité des actionnaires. Une autre raison d'être politique souvent citée relativement aux restrictions sur l'aide financière à l'achat d'actions, soit l'interdiction provenant de la *common law* qui ne permet pas aux sociétés de «faire le trafic» de leurs propres actions, a été neutralisée par la LCSA qui permet maintenant expressément aux sociétés d'acheter leurs actions. Cependant, il doit néanmoins être satisfait à des tests de la solvabilité et de l'actif semblables à ceux qui découlent de l'article 44. Il apparaît donc anormal d'exiger des sociétés qu'elles se conforment à des tests de la solvabilité et de l'actif lorsqu'elles rachètent des actions elles-mêmes, sans imposer la même obligation à l'égard d'une aide financière à l'achat d'actions.

[99] Nous estimons que l'élimination de l'article 44 dans sa totalité cause un problème puisque cela mènerait à plus de litiges et sèmerait la confusion quant à savoir si les devoirs fiduciaires permettent l'aide financière. Bien que trouver une solution à certaines des faiblesses de l'article 44 pourrait réduire les problèmes qu'ils posent aux sociétés et à d'autres, le principe directeur confus sous-jacent à l'article 44 demeurerait néanmoins.

[100] Le régime global de la *Loi sur les banques* semble intéressant d'un point de vue politique et pourrait être approprié pour les plus grandes sociétés de régime fédéral. Cependant, ses règles détaillées sur la régie des sociétés et ses limites financières aux prêts, etc. pourraient ne pas être pratiques pour la grande majorité des sociétés de régime fédéral. Le régime d'information édicté par la BCA de la Saskatchewan est également intéressant, mais nous pensons que l'obligation faite aux entreprises fermées de faire une divulgation dans les 90 jours serait onéreuse, largement ignorée et difficile à appliquer.

[101] Par conséquent, nous faisons les recommandations préliminaires suivantes :

- 1) En ce qui concerne l'aide financière à l'achat d'actions, maintenir et éclaircir les obligations relatives aux tests de la solvabilité et de l'actif découlant de l'article 44.¹¹³ Dispenser les opérations d'aide financière entre tous les membres d'un groupe de sociétés détenues en toute propriété.
- 2) En ce qui concerne l'aide financière à des apparentés, modifier la LCSA de façon à remplacer les critères de la solvabilité et de l'actif par ce qui suit :

¹¹³ Voir l'annexe C pour des commentaires sur de possibles éclaircissements.

- a) une autorisation légale expresse voulant qu'une société puisse consentir une aide financière, de façon expressément définie,¹¹⁴ aux administrateurs, dirigeants, employés, actionnaires et autres personnes lorsqu'il est satisfait à trois conditions :
- (i) A) l'aide financière est dans l'intérêt véritable de la société, ou
 - B) dans le cas d'une aide financière aux actionnaires ou aux personnes ayant des liens avec eux, elle est dans l'intérêt véritable d'un membre du groupe de sociétés et ne s'oppose pas à l'intérêt véritable de la société;¹¹⁵
 - (ii) dans le cas d'opération d'aide financière importante¹¹⁶ avec des actionnaires qui ont un intérêt substantiel,¹¹⁷ des dirigeants et des administrateurs de la société ou de la société mère et les personnes ayant des liens avec eux,¹¹⁸ il y a eu divulgation complète au moment d'une réunion du conseil et ultérieurement à la prochaine assemblée annuelle des actionnaires; et
 - (iii) dans le cas d'opérations d'aide financière importantes avec des actionnaires qui ont un intérêt substantiel, des administrateurs et des dirigeants de la société ou de la société mère et les personnes ayant des liens avec eux, l'opération a été approuvée par les administrateurs ou les actionnaires;
- b) une obligation supplémentaire à l'intention des sociétés ouvertes de régime fédéral voulant que toute opération importante entre apparentés¹¹⁹ avec des

¹¹⁴ Voir la définition proposée pour «aide financière» en annexe C, question 7.

¹¹⁵ L'obligation voulant que l'aide financière ne s'oppose pas à l'intérêt véritable de la société pourrait sembler trop onéreuse. Par exemple, le Delaware applique la notion d'«intérêt véritable réputé» lorsque l'aide financière à une filiale, une société mère et certaines autres sociétés du même groupe est «réputée» être dans l'intérêt véritable de la société contractante (par. 122(13) de la GCL du Delaware).

¹¹⁶ Le terme «important» pourrait être utilisé de façon aussi simple qu'il l'est dans l'art. 120 de la LCSA relativement aux contrats importants ou la loi ou le règlement pourrait définir «important» soit sous forme de montants absolus en dollars (par exemple des opérations d'un montant supérieur à un certain chiffre ou à un montant considéré par rapport au capital de la société (ainsi que le fait par exemple l'instruction 9.1 de la CVMO à l'art. 18.1)).

¹¹⁷ La *Loi sur les banques* définit intérêt substantiel comme la propriété de plus de 10% des actions en circulation d'une catégorie (art. 8).

¹¹⁸ Voir les commentaires sur la question de savoir si les restrictions imposées à l'aide financière à des apparentés devrait être resserrée pour n'inclure que les personnes ayant le pouvoir d'influencer le processus de prise de décisions de la société en annexe C, question 8.

¹¹⁹ C'est à dessin qu'on utilise le mot «opération» et non simplement «opération d'aide financière».

actionnaires importants, des administrateurs et des dirigeants de la société ou de la société mère et les personnes ayant des liens avec eux doivent également être examinés par un comité constitué d'administrateurs indépendants;¹²⁰

- c) élimination des exemptions prévues par le paragraphe 44(2) qui ne sont plus pertinentes désormais à l'aide financière à des apparentés à la lumière de la nouvelle règle qui ne comprend pas un test de l'actif et de la solvabilité mais qui n'emporte que l'exercice des devoirs fiduciaires traditionnels des administrateurs et la divulgation par eux;¹²¹
- 3) En ce qui concerne à la fois l'aide financière à des apparentés et l'aide financière à l'achat d'actions :
- a) la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de l'aide financière consentie en violation de cet article, en pouvant invoquer la pleine défense de diligence raisonnable;¹²² et
 - b) l'exécution des contrats conclus en violation de l'article par la société et par un prêteur, un créancier ou autre tiers qui traite sans lien de dépendance avec la société et de bonne foi et qui n'a pas été effectivement avisé de la violation.

VIII. DIVULGATION DES INTÉRÊTS (ARTICLE 120)

Contexte

[102] L'article 120¹²³ s'apparente à l'article 44 en ce qu'il exige des administrateurs et des dirigeants des sociétés de régime fédéral qu'ils divulguent s'ils sont partie à un contrat

¹²⁰ La question des administrateurs indépendants est commentée plus haut à la note infrapaginale 110.

¹²¹ Les exemptions suivant les règles d'avant 1975 étaient sans doute essentielles puisqu'il n'y avait pas d'interdiction absolue vis-à-vis de certaines formes d'aide financière. Depuis 1975, les tests onéreux de la solvabilité et de l'actif ont également mené au besoin d'exemption. Si l'adoption d'une nouvelle règle est fondée sur les devoirs fiduciaires et la divulgation, les exemptions ne sembleraient plus appropriées. Cependant, il pourrait être soutenu que, dans certains cas, le financement dans certains groupes de sociétés pourrait être impossible (vu que l'aide pourrait ne pas être dans l'intérêt véritable de chaque filiale) et qu'exiger la divulgation de toutes les opérations d'aide financière pourrait donner naissance à des tracasseries administratives.

¹²² La question de la défense de diligence raisonnable est étudiée dans le document de consultation sur la responsabilité des administrateurs relatif à la LCSA aux pp. 25 à 28.

¹²³ Reproduit intégralement en annexe A.

important avec la société ou s'ils possèdent un intérêt dans une personne qui est partie à un contrat important avec la société.

[103] Le *Rapport Dickerson*¹²⁴ nous offre le fondement de cette disposition. Il y est expliqué que la *common law* était absolument stricte dans son traitement d'un administrateur ayant un intérêt dans un contrat avec la société dont il était administrateur. La règle de *common law*, laquelle était demeurée pratiquement inchangée depuis qu'elle avait été exprimée pour la première fois par un tribunal britannique en 1854 dans l'affaire *Aberdeen Railway c. Blaikie*,¹²⁵ voulait qu'un contrat entre un administrateur intéressé et une société dont la personne était un administrateur était entaché de nullité et que l'administrateur avait le devoir de rendre compte à la société pour tout profit reçu, nonobstant le degré d'équité du contrat envers la société.

[104] Cependant, dans un même souffle, la *common law* imposait très peu de limites à ce dont les parties pouvaient convenir dans les statuts constitutifs. Les statuts étaient en général rédigés de façon à (i) exonérer l'administrateur de l'obligation de dévoiler son intérêt, (ii) permettre à un administrateur de voter relativement à un contrat dans lequel il avait un intérêt et (iii) absoudre l'administrateur de tout devoir de rendre compte pour tout bénéfice tiré d'un tel contrat. Ces statuts étaient devenus tellement répandus qu'ils ont été à la source de la modification de la *Companies Act* au Royaume-Uni en 1929. Une nouvelle disposition qui s'attardait presque entièrement sur la divulgation de l'intérêt dans le contrat fut ajoutée. Cependant, la sanction à imposer en cas de non observation d'un administrateur intéressé était néanmoins laissée à la *common law*. L'article 95 de la *Companies Act, 1934* avait également été élargie de façon à restreindre les droits d'un administrateur intéressé à voter et à déclarer quand il n'avait pas à rendre compte pour le profit tiré d'un contrat avec la compagnie.¹²⁶

[105] Le *Rapport Dickerson* énonçait que l'article 9.17 (art. 120 de la LCSA) de son avant-projet de loi poursuivait deux objectifs :

Tout d'abord stipuler les conditions qui doivent être remplies par l'administrateur intéressé dans un contrat conclu avec la corporation. Ensuite énoncer que, si cet administrateur remplit ces conditions, le contrat n'est pas nul et que l'administrateur n'est pas tenu de rendre compte du profit ainsi fait. Il faut noter tout particulièrement

¹²⁴ Rapport Dickerson, note 7, vol. 1, par. 226.

¹²⁵ (1854) 2 Eq. 1281.

¹²⁶ Le par. 95(7) de la *Companies Act, 1934* (Royaume-Uni), 24 & 25 George V, ch. 33, dispose que rien «[Traduction] ne confère de responsabilité à un administrateur au titre du bénéfice réalisé au moyen d'un contrat qui avait été entériné par le vote des actionnaires de la compagnie au moment de la tenue d'une assemblée générale spéciale à cette fin».

le critère primordial à l'effet que le contrat doit être «raisonnable et juste» pour la corporation.¹²⁷

[106] Le fondement de l'article 120 se trouve également dans *Rhyolite Resources Inc. c. CanQuest Resource Corp.*, affaire dans laquelle le juge Ryan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique statua comme suit :

[Traduction] Cette disposition est en conflit direct avec la règle d'équité voulant qu'un tel contrat est annulable sur l'instance de la compagnie à moins qu'il n'ait été ratifié par la compagnie en assemblée générale. Il est clair que l'intention de l'assemblée législative était de remplacer la *common law*.¹²⁸

Consultations :

[107] Les consultations préliminaires relatives à la deuxième étape des modifications de la LCSA ont résulté en les commentaires suivants :

- l'article 120 n'est pas clair en ce qui concerne l'importance d'un contrat.
- Il se trouve des exemples de conflits évidents qui n'ont pas à être dévoilés aux termes de la LCSA parce qu'ils n'emportent pas contrat avec la société, p. ex. les restrictions de vote qui n'obligent pas un administrateur à s'abstenir lorsqu'il s'agit d'une opération ayant une incidence sur une société du même groupe.

[108] Il doit être ajouté que ces consultations ne prétendaient pas à l'exhaustivité et que tous les points de vue pourraient ne pas avoir été exprimés.

1. Définition de «contrat» (par. 120(1))

Question :

[109] L'accent mis sur «contrat» au paragraphe 120(1) est-il trop restrictif et, si c'est le cas, les actionnaires et le grand public seraient-ils mieux protégés si les administrateurs et les

¹²⁷ Rapport Dickerson, note 7, vol. 1, par. 228. Au contraire de la version actuelle de l'art. 120, l'art. 9.17 portait sur la question du devoir de rendre compte de bénéfice, de là, la mention absente d'obligations de rendre compte de bénéfice lorsqu'il est satisfait à certaines conditions.

¹²⁸ *Rhyolite Resources Inc. et al. c. Canquest Resource Corporation et al.* (1991), 50 B.L.R. 275, p. 282.

dirigeants étaient tenus de dévoiler leurs intérêts importants relativement à d'autres «opérations» ou «projets d'opérations»?

Contexte :

[110] Un praticien du droit a soumis ce qui suit :

[Traduction] L'accent mis sur «contrats importants» dans l'article 120 semble indûment étroit. Dans une situation récente dans laquelle j'ai joué un rôle, un administrateur de la société A possédait un placement personnel substantiel dans la société B; la société A possédait également un placement dans la société B et il n'y avait pas de contrat relatif aux placements entre la société A et son administrateur. Dans une autre situation, un administrateur de la société A est également chef de la direction et administrateur de la société B qui poursuit la société A dans le cadre d'un litige non fondé sur la violation de contrat. Il ne s'agit que de deux exemples parmi tant d'autres que j'ai connu et qui ne cadrent pas avec les dispositions législatives mais qui, à mon esprit, devraient être considérées.

[111] Le paragraphe 132(1) de la LSAO dispose que l'administrateur ou le dirigeant qui est soit partie à un contrat ou à une **opération** d'importance, ou à un projet de contrat ou d'opération d'importance avec la société, doit divulguer la nature et l'importance de son intérêt. La CA de la Colombie-Britannique a également recours au mot «opération» dans sa disposition sur les conflits d'intérêts.¹²⁹ Le *Code civil du Québec* exige que l'administrateur dénonce une **acquisition** ou un contrat avec une personne morale.¹³⁰ Ces différentes expressions semblent plus larges que celle qui est utilisée dans la LCSA.¹³¹

[112] Bien que la LSAO, la CA de la Colombie-Britannique et le *Code civil du Québec* ne définissent pas le terme «opération» ou «acquisition», leur sens semble plus large que «contrat». Le *Dictionary of Canadian Law* définit opération: «[Traduction] dans son sens ordinaire... s'entend de la réalisation ou de l'exécution d'une certaine forme d'affaires entre deux ou plusieurs personnes».¹³² La *Loi sur les banques* dispose que sont assimilés à une

¹²⁹ Voir par. 144(1) de la CA de la Colombie-Britannique.

¹³⁰ *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, ch. 64, art. 325 et 326. Une obligation plus large de divulgation se trouve dans l'art. 324 du *Code civil du Québec* (fondé sur la règle de common law découlant de *Aberdeen Ry c. Blaikie Bros.* (1854), 1 Macq H.L. 461) qui exige que l'administrateur dénonce à la personne morale «[Traduction] 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 leur valeur».

¹³¹ D'autres lois provinciales sur les sociétés ont recours au terme «opération».

¹³² Le «contrat» s'entend d'une entente entre deux ou plusieurs personnes, reconnue en droit, qui donne naissance à une obligation et que les tribunaux ont le pouvoir de faire exécuter (D.A. Dukelow, B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, 2^e éd. (Toronto : Carswell, 1995)).

«opération» la garantie, le placement, l'acquisition, notamment par cession, d'un prêt et la constitution d'une sûreté.¹³³

[113] Une autre question qui se pose c'est savoir si les administrateurs et les dirigeants devraient être tenus de dévoiler un intérêt dans le cadre d'une poursuite par ou contre la société. Le principe qui sous-tend l'article 120, c'est de permettre de déceler les situations où la capacité d'un administrateur ou d'un dirigeant à considérer, en toute équité et efficacité, les intérêts de la société pourrait être inhibée par l'intérêt personnel. Par exemple, il est permis de se poser des questions dans une situation où un administrateur vote sur la question de savoir si on doit ou non autoriser la société à intenter une action ou à se défendre contre une personne morale appartenant à cet administrateur.

Recommandation :

[114] Il est recommandé que les administrateurs et les dirigeants soient tenus de divulguer leurs intérêts non seulement par rapport à des «contrats», mais également leurs intérêts en rapport à toute «opération» ou «projet d'opération».

Option :

[115] Le terme «contrat» pourrait être remplacé par le terme «opération», la définition de laquelle pourrait être assimilée au contrat, à la garantie, au placement, à l'acquisition, notamment par cession, d'un prêt et à la constitution d'une sûreté, ainsi qu'à toute poursuite mettant en cause la société.

2. Extension de l'obligation de divulgation à «tout» contrat

Question :

[116] Obliger les administrateurs à divulguer leurs intérêts uniquement à l'égard de contrats importants ou de projets de contrats importants offre-t-il une protection appropriée aux actionnaires ou l'obligation de divulgation doit-elle s'étendre à tout contrat ou projet de contrat?

¹³³ Voir le par. 488(1) de la partie XI (Opérations avec apparentés) de la Loi sur les banques.

Contexte :

[117] À l'origine, l'article 9.17 de l'avant-projet de loi qui accompagnait le *Rapport Dickerson* ne disait pas qu'un contrat se devait d'être «important» quoiqu'il faisait référence à des «intérêts importants» dans une personne partie à un contrat ou à un projet de contrat avec la société.¹³⁴

[118] Cependant, le projet de loi C-213¹³⁵ et le projet de loi C-29, qui, après son adoption, devient la LCSA de 1975, accolaient tous deux le déterminant «important» au terme contrat. Aussi, en vertu des règles actuelles de la LCSA, pour que l'article 120 s'applique, le contrat doit être d'une nature quelque peu substantielle et non simplement un contrat symbolique.

[119] Renvoyant à la disposition équivalente de la CA de la Colombie-Britannique,¹³⁶ un document de travail de 1991 préparé en vue de la réforme de cette loi énonce ce qui suit :

[Traduction] Obliger les administrateurs à dévoiler uniquement leurs intérêts importants dans des contrats importants améliorerait l'application pratique de cette disposition. Dévoiler des contrats et des intérêts qui ne sont pas importants ne protège pas la compagnie. Les contrats non importants ne devraient pas être annulés en raison d'un oubli involontaire de la part d'un administrateur intéressé. En cas de doute sur la question de savoir si un intérêt ou un contrat est important, l'administrateur devrait alors le dévoiler.¹³⁷

Recommandation :

[120] Aucun changement n'est recommandé.

¹³⁴ Rapport Dickerson, note 7, vol. 2, art. 9.17.

¹³⁵ Le projet de loi C-213 fut le précurseur du projet de loi C-29 en 1973. Le projet de loi C-213 fut déposé en Chambre mais ne fut pas adopté.

¹³⁶ La disposition équivalente de la CA de la Colombie-Britannique ne comprend pas le déterminant «important».

¹³⁷ Colombie-Britannique, Ministry of Finance and Corporate Relations, Company Act (:) Discussion Paper (Victoria : janvier 1991), p. 24.

3. Capacité des administrateurs intéressés à voter sur des contrats importants (par. 120(5))

Question :

[121] Devrait-on permettre aux administrateurs intéressés de voter sur toutes les questions énumérées au paragraphe 120(5)?

Contexte :

[122] Le paragraphe 120(5) de la LCSA dispose comme suit :

- (5) L'administrateur visé au paragraphe (1) ne peut participer au vote sur la résolution présentée pour faire approuver le contrat, sauf s'il s'agit d'un contrat :
- a) garantissant un prêt ou des obligations qu'il a souscrits pour le compte de la société ou d'une personne morale de son groupe;
 - b) portant essentiellement sur sa rémunération en qualité d'administrateur, de dirigeant, d'employé ou de mandataire de la société ou d'une personne morale de son groupe;
 - c) portant sur l'indemnité ou l'assurance prévue à l'article 124;
 - d) conclu avec une personne morale du même groupe.

[123] Un praticien du droit a soutenu ce qui suit :

[Traduction] Le fondement politique qui sous-tend certaines des exceptions que prévoit le paragraphe 120(5) m'échappe. En ce qui concerne l'alinéa 120(5) a), j'éprouve une première difficulté quant à sa signification; à mon avis, la meilleure interprétation à lui donner (en anglais) c'est de le considérer comme si «or obligations undertaken by» était encadré de virgules, mais d'autres interprétations pourraient être avancées. Si l'on accepte mon interprétation, dès lors pourquoi un administrateur devrait-il être autorisé à voter sur un contrat de garantie lorsque la société lui prête de l'argent? Ou lorsqu'il souscrit des obligations pour le compte de la société? Quant à l'alinéa 120(5) b), pourquoi devrait-on permettre à l'administrateur de voter sur sa rémunération – bien que je reconnaisse la nécessité d'une certaine forme de disposition particulière portant sur le vote du régime de rémunération du conseil dans son ensemble, de façon distincte du régime applicable à un administrateur donné. On peut se poser des questions semblables quant aux autres exceptions...

[124] En ce qui concerne l'alinéa 120(5) a), il semble bien que de permettre aux administrateurs de voter sur un contrat garantissant un prêt d'argent qui leur est fait ou

d'obligations qu'ils souscrivent pourrait équivaloir à avaliser une situation de conflit d'intérêts. Cependant, le contrat doit être «pour le compte de la société ou d'une personne morale de son groupe».

[125] Il semblerait que l'alinéa 120(5) a) puisse s'interpréter comme signifiant que l'administrateur à qui la société prête de l'argent ne sera pas empêché de voter sur l'approbation du contrat pourvu que le prêt soit souscrit pour le «compte de la société ou d'une personne morale de son groupe». L'une des difficultés que pose cette disposition, c'est d'établir quand un tel prêt est fait pour le «compte de la société» par opposition à pour le compte de l'administrateur.

[126] De plus, il peut être soutenu qu'il est peu vraisemblable que l'approbation d'un contrat qui n'offre pas d'avantages à la société résisterait au contrôle des devoirs fiduciaires dont il est question à l'article 122, lequel oblige les administrateurs et les dirigeants à agir «au mieux des intérêts de la société». Aussi, suivant ce devoir fiduciaire, les administrateurs ne devraient probablement que consentir à des prêts qui avantagent la société. Si tous les prêts avantagent la société, les administrateurs intéressés seraient toujours habiles à voter sur un prêt qui leur est fait. Si un administrateur pouvait toujours voter, alors quelle est la nécessité d'un article qui dispose que l'administrateur ne peut voter à moins que le prêt ne soit fait pour le compte de la société?

[127] La *Loi sur les banques* possède un régime semblable à l'article 120 de la LCSA. Bien que les administrateurs, suivant la *Loi sur les banques*, soient habilités à voter sur une résolution approuvant un contrat de prêt qui leur est consenti et qui est souscrit pour le compte de la banque, le prêt serait également soumis aux obligations d'approbation d'opérations avec des apparentés suivant la partie XI de la *Loi sur les banques*. La Colombie-Britannique, quant à elle, énumère expressément trois des quatre opérations que prévoit le paragraphe 120(5) et présume que l'administrateur n'a pas «d'intérêts» dans l'opération. Il s'ensuit que les dispositions sur les administrateurs intéressés, qui s'appliqueraient par ailleurs, ne s'appliquent pas, permettant ainsi à l'administrateur, entre autre, de voter.¹³⁸

[128] L'exception relative à la capacité de voter de l'administrateur sur la question de sa rémunération (al. 120(5)b)) est conséquente avec l'article 125 qui habilite les administrateurs de la société, sous réserve des statuts, des règlements administratifs et de toute convention unanime des actionnaires de la société, à fixer la rémunération des administrateurs, des dirigeants et des employés de la société. Cependant, la rémunération de la haute direction est devenue une question primordiale à la régie d'entreprise. Certaines lois provinciales sur les valeurs mobilières ont été modifiées de façon à obliger la divulgation individuelle des hauts dirigeants les mieux rémunérés des sociétés ouvertes (ayant fait appel au public). Il est

¹³⁸ CA de la Colombie-Britannique, par. 144(4).

donc permis de se demander s'il ne faudrait pas examiner la procédure d'approbation de cette rémunération de la haute direction.

[129] Dans *Re North Eastern Insurance Co.*,¹³⁹ les tribunaux anglais ont fait ressortir un corollaire important à l'interdiction de vote imposée à l'administrateur. Ils ont statué que non seulement les administrateurs ne pouvaient voter sur une résolution d'approbation d'un contrat dans lequel ils avaient un intérêt important, mais, quand deux administrateurs ont passé des contrats distincts mais parallèles avec la société, ces administrateurs ne peuvent s'entendre pour approuver réciproquement le contrat de l'autre.

[130] De plus, il semble, bien que le paragraphe 120(5) empêche un administrateur de voter l'approbation d'un contrat dans lequel il a intérêt important, que l'administrateur aurait tout de même le droit d'approuver des mesures nécessaires à la mise en oeuvre du contrat.¹⁴⁰

Recommandation :

[131] Nous recommandons d'abroger l'alinéa 120(5) a).

Option :

[132] Relativement aux sociétés ouvertes (ayant fait appel au public), restreindre le droit de vote des administrateurs sur leur propre rémunération de haut dirigeant au seul régime de rémunération applicable à l'ensemble du conseil. La rémunération individuelle, comme celle que touche un administrateur en sa qualité de dirigeant, serait soustraite au vote de l'administrateur.

¹³⁹ *Re North Eastern Insurance Co.* (1919), 1 ch. 198. Dans cette affaire, lorsqu'il est envisagé que la société conclut des contrats distincts mais parallèles avec deux de ses administrateurs, l'un approuvant le contrat entre la société et l'autre administrateur et l'autre faisant de même avec l'autre contrat, les deux contrats devraient être considérés une seule et même opération à laquelle les deux administrateurs sont conjointement intéressés. Si l'une ou l'autre des résolutions attaquées n'était pas adoptée, l'opération convenue n'aurait pas été mise en oeuvre. Ainsi, puisque les deux administrateurs sont conjointement intéressés dans les deux résolutions, aucun n'est habilité à voter sur celles-ci.

¹⁴⁰ *Garvie c. Axmith* (1962), 31 D.L.R. (2d) 65, p. 74. La cour a statué que «[Traduction]... l'obligation de divulgation d'un intérêt et l'abstention de vote ne s'appliquaient pas à l'adoption de cette résolution de la part des administrateurs... parce que la résolution ne portait pas sur un contrat dans lequel les administrateurs étaient intéressés, mais ne constituait tout simplement qu'une mesure nécessaire à la réalisation du contrat et l'intérêt de l'administrateur dans ce contrat a été dévoilée au moment de son approbation par les actionnaires».

4. Efficacité de la divulgation permanente (par. 120(6))

Question :

[133] Devrait-on éclaircir l'obligation de divulgation permanente du paragraphe 120(6)?

Contexte :

[134] Le paragraphe 120(6) dispose comme suit :

- (6) Pour l'application du présent article, constitue une divulgation suffisante de son intérêt dans un contrat l'avis général que donne l'administrateur ou le dirigeant d'une société aux autres administrateurs et selon lequel il est administrateur ou dirigeant de l'entreprise d'une personne ou y possède un intérêt important et doit être considéré comme ayant un intérêt dans tout contrat conclu avec elle.

[135] Un praticien du droit a écrit ce qui suit :

[Traduction] J'éprouve des difficultés avec les implications temporelles du paragraphe 120(6). Selon la lecture que j'en fais, si je suis un administrateur de la société A et également de la société B et que j'informe dûment chacune de ma relation avec l'autre, alors je n'ai pas à donner d'autre avis lorsqu'un contrat est conclu entre elles, des années plus tard peut-être.

[136] Le paragraphe 120(6) oblige l'administrateur à une divulgation initiale. Cependant, il n'oblige pas l'administrateur à tenir la société au courant de l'évolution de son intérêt ni ne l'oblige-t-il à informer périodiquement la société de ses intérêts permanents.

[137] Au contraire de la LCSA, la BCA de l'Alberta dispose à l'alinéa 115(6)c) qu'un avis général donné par un administrateur ou un dirigeant constitue une divulgation suffisante à la condition que «*[Traduction]* l'avis soit donné dans les douze mois qui précèdent le moment où la divulgation serait par ailleurs requise». Par conséquent, le problème qui concerne le paragraphe 120(6) relativement à l'avis qui est prorogé à perpétuité une fois donné, n'existe pas sous le régime du BCA de l'Alberta, lequel, à toutes fins, semble exiger le renouvellement de l'avis aux douze mois.

[138] Bien qu'obliger à une divulgation périodique impose un fardeau administratif supplémentaire, l'obligation de faire une divulgation complète constitue un devoir fiduciaire

de l'administrateur envers la société.¹⁴¹ Même si le paragraphe 120(6) n'oblige pas l'administrateur à tenir la société informée de l'état de son intérêt, il pourrait être soutenu que le devoir fiduciaire qu'impose l'article 122 l'y oblige.

Recommandation :

- [139] ● Adopter l'obligation albertainne voulant qu'une divulgation générale soit faite dans les douze mois qui précèdent le moment où la divulgation serait par ailleurs requise; et
- Modifier le paragraphe 120(6) de façon à ce qu'il y soit prévu qu'un changement important dans la nature de l'intérêt de l'administrateur ou du dirigeant, soit dans un contrat important, soit dans une personne avec qui la société traite, entraîne nécessairement l'obligation de faire une déclaration nouvelle.

Option :

[140] *Statu quo.*

5. Devrait-on également faire la divulgation aux actionnaires?

Question :

[141] La divulgation aux autres administrateurs suffit-elle ou ne devrait-on pas l'étendre aux actionnaires?

Contexte :

[142] En vertu des dispositions actuelles, les actionnaires ne seront informés des contrats susceptibles de conflits d'intérêts de la part d'un administrateur que lorsqu'il s'agit d'une situation qui nécessite l'approbation des actionnaires. Toutefois, si cette ratification n'est pas nécessaire, l'administrateur n'a qu'à donner un avis à la société. Cette divulgation a été remise en question : «[Traduction] Pourquoi la divulgation n'est-elle faite qu'aux collègues administrateurs si la ratification n'est pas en cause? Pourquoi la notice annuelle

¹⁴¹ Denman c. Clover Bar Co. (1913), 48 S.C.R. 318.

n'informerait-elle pas les actionnaires des contrats ou opérations dans lesquels les administrateurs possèdent un intérêt?»¹⁴²

[143] En 1980, l'Alberta Institute of Law Research and Reform se demandait si la divulgation aux seuls administrateurs constituait une protection suffisante ou s'il ne fallait pas également informer les actionnaires.¹⁴³ Comme le notait le professeur Gower :

«[Traduction] Ce n'est pas trop cynique, il me semble, que de suggérer qu'une divulgation faite à de vieux copains constitue une contrainte moins efficace à l'intérêt personnel que la divulgation faite à ceux dont on est fiduciaire.»¹⁴⁴

[144] D'autres territoires se sont penchés sur cette préoccupation et ont étendu l'obligation d'information aux actionnaires. Par exemple, le rapport de 1980 du LRI de l'Alberta indiquait que le paragraphe 207(7) du *Ghana Code* exigeait qu'une information détaillée sur les intérêts des administrateurs dans des contrats soit compilée dans un registre que les actionnaires pouvaient consulter. De plus, le rapport indiquait que la loi de l'Afrique du Sud exige que l'information sur des contrats dans lesquels les administrateurs déclarent avoir un intérêt soit soumise à l'assemblée annuelle.¹⁴⁵

[145] Le rapport de 1980 du LRI de l'Alberta recommandait que «[Traduction] une note des divulgations faites suivant l'article 115 de la [BCA de l'Alberta] soit mise à la disposition des actionnaires au bureau des documents pour inspection». Cette obligation était assujettie à la capacité des actionnaires à le modifier par convention unanime des actionnaires.¹⁴⁶

[146] Bien que d'obliger à faire une divulgation aux actionnaires impose un fardeau administratif supplémentaire aux sociétés, les actionnaires devraient être mis au courant des intérêts que leurs administrateurs ont dans des opérations avec la société pour qu'ils puissent prendre des décisions pleinement éclairées.

¹⁴² Jacob S. Ziegel, Ronald L. Daniels, David, L. Johnston & Jeffrey G. MacIntosh, Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations, 2^e éd. (Toronto : Carswell, 1989), p. 501.

¹⁴³ Alberta, Institute of Law Research & Reform, Proposals for a New Alberta Business Corporations Act, Rapport No. 36 (Edmonton : août 1980) (le rapport de 1980 du LRI de l'Alberta).

¹⁴⁴ L.C.B. Gower, The Principles of Modern Company Law, 3^e éd. (Londres : Stevens & Sons, 1969), p. 530.

¹⁴⁵ Le rapport de 1980 du LRI de l'Alberta, note 143, p. 64.

¹⁴⁶ Ibid.

Recommandation :

[147] Nous recommandons que le paragraphe 120(6) soit modifié afin d'obliger à ce que la divulgation requise par le paragraphe 120(1) relativement aux contrats (opérations) «importants» soit également faite à la prochaine assemblée annuelle des actionnaires.¹⁴⁷

6. Norme de l'équitable (par. 120(7))

Question :

[148] La norme de «l'équitable» pour la société est-elle appropriée et juste envers les administrateurs?

Contexte :

[149] Comme pour la divulgation et l'approbation, la norme relative à la nullité énoncée au paragraphe 120(7) dispose qu'un conflit d'intérêts relatif à un contrat ne suffit pas pour l'entacher de nullité «si les administrateurs ou les actionnaires de la société ont approuvé le contrat, dans la mesure où, à cette époque, il était équitable pour elle».

[150] Le paragraphe 120(7) dispose comme suit :

- (7) Tout contrat important entre une société et, soit l'un de ses administrateurs ou dirigeants, soit une autre personne dont est également administrateur ou dirigeant l'un de ses administrateurs ou dirigeants ou dans laquelle celui-ci a un intérêt important, n'est pas entaché de nullité pour ce seul motif ou au motif que l'un de ces administrateurs est présent ou permet d'atteindre le quorum requis à la réunion du conseil d'administration ou du comité qui a autorisé le contrat, si l'administrateur ou le dirigeant a divulgué son intérêt conformément aux paragraphes (2), (3), (4) ou (6) et si les administrateurs ou les actionnaires de la société ont approuvé le contrat, dans la mesure où, à cette époque, il était équitable pour elle. [C'est nous qui soulignons].

[151] Un praticien du droit a soutenu que «[Traduction] J'estime que la norme de 'l'équitable' qui se trouve à la dernière ligne du paragraphe 120(7) est intrinsèquement inéquitable : je l'interprète comme introduisant un test objectif qui pourrait être appliqué des

¹⁴⁷ Cette recommandation correspond à la recommandation faite dans la partie VII relativement à la divulgation des opérations d'aide financière.

années plus tard après coup. Mon souci n'est que partiellement calmé par la clause 'dans la mesure où, à cette époque'».

[152] *Le Rapport Dickerson* fait allusion à l'objet de l'article 120, y compris le test de l'équitable : «Il faut noter tout particulièrement le critère primordial à l'effet que le contrat doit être «raisonnable et juste» pour la corporation. Ce critère est nécessaire pour éviter la complaisance mutuelle des administrateurs qui auraient pu autrement consentir facilement à approuver à charge de réciprocité les contrats passés par chacun d'eux avec la corporation.»¹⁴⁸

[153] Suivant la CA de la Colombie-Britannique, les contrats susceptibles de conflits d'intérêts peuvent devenir non annulables de l'une de deux façons. Le premier test exige que l'administrateur dévoile son intérêt. Après divulgation, l'opération doit être approuvée par les administrateurs et l'administrateur intéressé doit s'abstenir de voter sur l'approbation du contrat. Le second test exige que le contrat ait été raisonnable et juste pour la société au moment où il a été conclu et, après divulgation pleine de la nature et de l'étendue de son intérêt, le contrat ou l'opération ont été approuvés par résolution spéciale des actionnaires.

[154] Au contraire de la LCSA, la CA de la Colombie-Britannique n'applique le test de l'«équitable pour la société» qu'aux contrats qui sont rendus non annulables par approbation des actionnaires. Les auteurs d'un document de travail sur la CA de la Colombie-Britannique soutenaient comme suit :

[Traduction] Bien qu'il ne semble pas y avoir une très forte justification à l'application du test de l'équitable uniquement aux contrats approuvés par les membres, il y a des arguments qui militent en défaveur de se modeler sur les autres lois susmentionnées [BCA de l'Alberta, LSAO, LCSA]. L'incertitude née du fait qu'un contrat dûment approuvé peut être cassé par un tribunal constitue un sérieux désavantage. L'intention du test est clairement d'assurer que ceux qui approuvent le contrat comprennent leurs devoirs envers la compagnie. Toutefois, ce devoir est déjà manifeste pour ce qui est des administrateurs et l'intérêt des membres devrait être conséquent avec les intérêts de la compagnie dans ces circonstances. Les recours existent déjà à l'encontre des administrateurs qui approuvent illégitimement de tels contrats et le recours en cas d'abus existe si les membres minoritaires sont brimés par une approbation.

Dans l'intérêt de la certitude de tiers de bonne foi mis en cause par des contrats où il y a présence de conflits d'intérêts, de tels contrats devraient tenir s'ils sont dûment

¹⁴⁸ Voir le par. 228 du Rapport Dickerson, note 7, vol. 1.

approuvés, même si l'approbation a été irrégulière. Ceux qui approuvent irrégulièrement devraient en supporter le fardeau et non les tiers de bonne foi.¹⁴⁹

[155] Dans le cadre des recommandations du document de travail de la Colombie-Britannique, il était proposé que le test de l'équitable soit supprimé de la disposition sur l'approbation des actionnaires.¹⁵⁰

[156] Une solution de remplacement au test de l'«équitable» serait le test formulé à l'intention des devoirs fiduciaires des administrateurs et des dirigeants. En vertu de ce test, le contrat ne serait pas annulable s'il était dans «l'intérêt véritable de la société» au moment où il a été approuvé.

Options :

[157] 1) Maintenir la disposition actuelle et le test de l'équitable.

[158] 2) Modifier la disposition en supprimant le test de l'équitable et en exigeant uniquement la divulgation et soit l'approbation par les administrateurs soit l'approbation par les actionnaires afin de rendre le contrat non annulable.

[159] 3) Remplacer le test de l'«équitable» par l'obligation que le contrat soit «dans l'intérêt véritable de la société».

[160] 4) Remplacer le test de l'«équitable» par un test subjectif tel que le conseil ou l'administrateur était raisonnablement fondé à conclure, au moment où l'aide financière a été consentie, que cela était dans l'intérêt véritable de la société.

7. Devoirs de rendre compte (par. 120(7))

Question :

[161] Devrait-on modifier le paragraphe 120(7) afin d'y préciser de façon expresse qu'un administrateur ou un dirigeant n'a pas à rendre compte à la société pour tout bénéfice ou gain réalisé aux termes d'un contrat pour autant qu'il ait été satisfait aux normes relatives à la nullité et que le contrat ne devienne pas annulable?

¹⁴⁹ Company Act (:) Discussion Paper, note 137, pp. 25 et 26.

¹⁵⁰ Ibid., p. 26. «[Traduction] Le tribunal n'aurait plus le pouvoir d'annuler un contrat une fois qu'il est approuvé soit par les membres soit par les administrateurs.»

Contexte :

[162] Selon leurs devoirs fiduciaires,¹⁵¹ les administrateurs et les dirigeants ont l'obligation de rendre compte à la société pour tout profit qu'ils tirent d'un contrat entaché de conflit d'intérêt.

[163] Un praticien du droit s'est préoccupé du fait que le paragraphe 120(7) de la LCSA ne fait pas mention du fait qu'un administrateur ou un dirigeant n'a pas à rendre compte à la société pour tout profit personnel tiré d'un contrat non annulable. En d'autres termes, il n'est pas clair si le devoir fiduciaire de rendre compte s'applique à un contrat non annulable aux termes du paragraphe 120(7).

[164] Un auteur suggère que, parce que la LCSA est silencieuse sur ce point, la règle doit être qu'un administrateur ou un dirigeant dont le contrat devient non annulable aux termes du paragraphe 120(7) demeurera néanmoins tenu de rendre compte de ses profits.¹⁵²

[165] L'avant-projet de loi que proposait le *Rapport Dickerson* disposait qu'un administrateur serait tenu de rendre compte des profits qu'il retire du contrat à moins qu'il n'ait fait une divulgation appropriée, que le contrat n'ait été approuvé et qu'il ne soit juste et raisonnable à l'égard de la société.¹⁵³ Cet élément n'avait pas été retenu au moment de l'adoption de la LCSA en 1975.

[166] La LSAO et plusieurs autres lois provinciales prévoient l'obligation de rendre compte si le contrat susceptible de conflit d'intérêts est annulable.¹⁵⁴ Cependant, les dispositions prévoient expressément que l'administrateur ne sera pas tenu de rendre compte si le contrat est non annulable. L'alinéa 132(7) a) de la LSAO, tout comme le paragraphe 120(7) de la LCSA, dispose que «d'une part, l'administrateur ou le dirigeant n'est pas tenu de rendre compte à la société ou à ses actionnaires des bénéfices tirés de ce contrat ou de cette opération» si la divulgation a eu lieu, le contrat a été approuvé et qu'il était raisonnable et juste pour la société. La notion de l'obligation de rendre compte semble plus détaillée dans la LSAO que dans la LCSA.

¹⁵¹ En common law et suivant les art. 325 et 326 du Code civil du Québec.

¹⁵² Bruce L. Welling, Corporate Law in Canada (:) the Governing Principles, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1991) p. 453.

¹⁵³ Rapport Dickerson, note 7, vol. 2, par. 9.17(3).

¹⁵⁴ Par. 132(7) de la LSAO. Voir également art. 145 de la CA de la Colombie-Britannique, par. 115(7) de la BCA de l'Alberta, art. 77 (modifié en 1983, ch. 15, art. 13) de la Loi sur les corporations commerciales du Nouveau-Brunswick et art. 326 du Code civil du Québec. La disposition du Nouveau-Brunswick prévoit l'obligation de rendre compte uniquement et ne fait pas mention d'une méthode pour que les contrats ne soient pas annulables.

Recommandation :

[167] Nous recommandons que le paragraphe 120(7) de la LCSA soit modifié pour éclaircir le fait qu'un administrateur ou un dirigeant est uniquement tenu de rendre compte à la société de tout bénéfice si le contrat susceptible de conflit d'intérêts est annulable.

8. Autres motifs de demandes aux tribunaux (par. 120(8))

Question :

[168] Devrait-on élargir les motifs permettant de s'adresser à un tribunal pour demander l'annulation du contrat?

Contexte :

[169] À l'heure actuelle, le paragraphe 120(8) de la LCSA dispose comme suit :

- (8) Le tribunal peut, à la demande de la société ou d'un actionnaire de la société dont l'un des administrateurs ou dirigeants a omis, en violation du présent article, de divulguer son intérêt dans un contrat important, annuler le contrat selon les modalités qu'il estime pertinentes.

[170] Cette disposition ne renvoie qu'à l'obligation de divulgation imposée aux administrateurs et aux dirigeants. Elle ne prévoit pas qu'on puisse s'adresser au tribunal en ce qui concerne les deux autres éléments des normes relatives à la nullité, nommément lorsque le contrat n'avait pas été approuvé par les administrateurs ou les actionnaires et qu'il n'était pas équitable pour la société. Par exemple, le paragraphe 120(5) énonce que l'administrateur qui est à la source du problème de nullité en raison de son conflit d'intérêt ne doit pas voter sur l'approbation. Toutefois, si l'administrateur vote effectivement, ce qui en résultera n'est pas clair. Un auteur suggère que la possibilité du vote de l'administrateur «*[Traduction]* aurait pour effet d'annuler la résolution du conseil, puisque la tenue du vote constituerait en soi une situation de conflit d'intérêts, entraînant une 'opération' annulable non couverte par la loi et tombant ainsi sous le coup de la règle générale d'équité». ¹⁵⁵

[171] Le paragraphe 132(9) de la LSAO permet à un tribunal de rendre l'ordonnance qu'il estime pertinente si l'administrateur ou le dirigeant «ne se conforme pas au présent article».

¹⁵⁵ Welling, note 152, p. 446.

Recommandation :

[172] Nous recommandons que le paragraphe 120(8) soit modifié afin qu'il se lise comme suit : «Le tribunal peut, à la demande de la société ou d'un actionnaire de la société dont l'un des administrateurs ou dirigeants a omis, en violation du présent article, de se conformer au présent article, notamment en ne divulguant pas son intérêt dans un contrat important...» Nous recommandons de plus que le paragraphe 120(8) soit modifié afin de conférer aux tribunaux le pouvoir de rendre une ordonnance enjoignant à l'administrateur ou au dirigeant de rendre compte à la société de tout bénéfice qu'il a tiré d'un contrat.

9. Éclaircissement de l'alinéa 120(2) b)

Question :

[173] Devrait-on éclaircir l'alinéa 120(2) b) en ajoutant après «contrat» les mots «au moment de la réunion à laquelle il est renvoyé dans l'alinéa a)»?

Contexte :

[174] L'alinéa 120(2) b) se lit comme suit :

- (2) La divulgation requise au paragraphe (1) se fait, dans le cas d'un administrateur, lors de la première réunion :
 - (a) au cours de laquelle le projet de contrat est étudié;
 - (b) suivant le moment où l'administrateur qui n'avait aucun intérêt dans le projet de contrat en acquiert un;...

[175] Le paragraphe 120(2) porte sur le moment de la divulgation de l'intérêt de l'administrateur dans un contrat important. Un auteur suggère que l'article est rédigé de façon claire et ne pose pas de problèmes majeurs :

[Traduction] [Le paragraphe 120(2)] semble exhaustif, énumérant comme solution le moment de la première réunion ou, lorsque cela ne s'applique pas, alors la prochaine réunion qui suit immédiatement le moment où son intérêt est établi ou le moment où une partie intéressée devient administrateur.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Ibid., p. 445.

[176] Il pourrait être soutenu toutefois que les mots «qui n'avait aucun intérêt» n'indiquent pas clairement le moment requis pour la divulgation suivant l'alinéa 120(2)b). D'autres territoires ont libellé leurs dispositions de façon différente. La Colombie-Britannique et l'Alberta utilisent toutes deux les mots «[Traduction] au moment de la réunion à laquelle il est renvoyé dans l'alinéa a)». ¹⁵⁷

Recommandation :

[177] Modifier l'alinéa 120(2) b) de façon à ce qu'il se lise comme suit :

- b) suivant le moment où l'administrateur qui n'avait aucun intérêt dans le projet de contrat **au moment de la réunion à laquelle il est renvoyé dans l'alinéa a)** en acquiert un.

10. Adjonction de la confirmation par les actionnaires

Question :

[178] Devrait-on ajouter une disposition permettant qu'un contrat annulable puisse être rendu non annulable par confirmation des actionnaires en dépit de la non-observation des normes relatives à la nullité dont il est question au paragraphe 120(7)?

Contexte :

[179] Suivant la LCSA, un contrat important dans lequel un administrateur a un intérêt sera entaché de nullité si le paragraphe 120(7) n'est pas respecté. En d'autres termes, le contrat n'est pas entaché de nullité si l'administrateur dévoile son intérêt, si le contrat a été dûment approuvé par les administrateurs ou par les actionnaires et si le contrat était équitable au moment où il a été conclu.

[180] Si l'une ou l'autre de ces trois exigences n'est pas remplie, le contrat peut être entaché de nullité. La LSAO, à titre de comparaison, a des dispositions distinctes relativement à l'approbation des administrateurs et à l'approbation des actionnaires. Le paragraphe 132(7) prévoit l'approbation des administrateurs si 1° la divulgation a été faite au conseil, 2° l'administrateur ne vote pas sur le contrat ou l'opération et 3° s'il était raisonnable et juste pour la société. Le paragraphe 132(8) prévoit la confirmation par

¹⁵⁷ CA de la Colombie-Britannique, al. 144(2)(b) et BCA de l'Alberta, al. 115(2)(b).

résolution spéciale des actionnaires comme autre méthode de rendre un contrat non annulable même si la divulgation à la société requise par le paragraphe 132(1) n'a pas été faite.

[181] Le paragraphe 132(8) de la LSAO dispose comme suit :

- (8) Malgré le présent article, l'administrateur ou le dirigeant qui agit avec intégrité et de bonne foi n'est pas tenu de rendre compte à la société ou à ses actionnaires des bénéfices tirés du contrat ou de l'opération du seul fait de ses fonctions d'administrateur ou de dirigeant, et n'est pas nul, du seul fait de l'existence de l'intérêt de l'administrateur ou du dirigeant, le contrat ou l'opération qui était raisonnable et juste pour la société au moment de son approbation si :
- a) d'une part, le contrat ou l'opération a fait l'objet d'une confirmation ou d'une approbation par résolution spéciale adoptée à une assemblée des actionnaires convoquée à cette fin;
 - b) d'autre part, la nature et l'étendue de l'intérêt que l'administrateur ou le dirigeant avait dans ce contrat ou cette opération sont divulguées de façon suffisamment claire dans l'avis de convocation ou dans la circulaire d'information exigée par l'article 112.

[182] Un auteur a émis le commentaire qu'une disposition analogue au paragraphe 132(8) de la LSAO constitue une amélioration marquée et «*[Traduction]* devrait probablement être insérée dans les révisions futures d'autres lois canadiennes sur les sociétés». ¹⁵⁸

Recommandation :

[183] Nous recommandons que la LCSA soit modifiée de façon à ce qu'il y soit ajoutée une disposition analogue au paragraphe 132(8) de la LSAO et que le paragraphe 120(7) de la LCSA soit modifié afin de supprimer la mention relative à l'approbation des actionnaires. Par conséquent, le paragraphe 120(7) constituerait une disposition sur l'approbation des administrateurs et un nouveau paragraphe porterait sur l'approbation des actionnaires.

¹⁵⁸ Welling, note 152, p. 454.

IX. CONCLUSION

[184] L'objet du présent document de consultation, ainsi que l'objet des huit autres qui traitent de la réforme de la LCSA,¹⁵⁹ est de deux ordres :

- 1) trouver une solution aux problèmes soulevés par la loi actuelle et qui ont été portés à l'attention d'Industrie Canada; et
- 2) offrir, si possible, de nouvelles approches permettant de faire avancer le droit des sociétés au Canada.

[185] Les recommandations et options que contient le présent document ne constituent nullement le dernier mot sur le sujet. Il s'agit tout simplement d'idées surgies en majeure partie de discussions tenues avec les intervenants à travers le pays. Comme tel, il ne constitue pas une politique du gouvernement, voire du ministère.

[186] Le présent document vise à solliciter l'expression d'opinions de la part des utilisateurs de la LCSA et d'autres personnes relativement à la réglementation des opérations d'aide financière et des contrats importants suivant les articles 44 et 120 de la LCSA et, le cas échéant, l'expression d'opinions sur la manière de les améliorer.

Personnes ressources : **Patricia Harrison**
 Analyste juridique des
 politiques
 Direction de la politique
 des lois commerciales
 Industrie Canada

Tél.: (613) 952-3652

Télécopieur:
Internet:

Richard Théberge
Analyste juridique
principal des politiques
Direction de la politique
des lois commerciales
Industrie Canada

(613) 952-0593

(613) 952-2067
lcsa.revision@ic.gc.ca

¹⁵⁹ Les huit autres documents de consultation portent sur les sujets suivants :

- Exigences relatives au lieu de résidence;
- Communications relatives aux actionnaires et sollicitation de procurations;
- Transformations en société fermée;
- Amendements de nature technique;
- Responsabilité des administrateurs;
- Conventions unanimes des actionnaires;
- Transaction d'initiés; et
- Offres d'achat visant à la mainmise.

ANNEXE A

ARTICLE 44 ET ARTICLES CONNEXES DE LA LCSA

44. (1) [Prêts et cautions interdits] Sauf dans les limites prévues au paragraphe (2), il est interdit à la société ou aux sociétés de son groupe de fournir une aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution :

- a) à leurs actionnaires, administrateurs, dirigeants ou employés ou aux personnes ayant des liens avec eux;
- b) à tout acheteur d'actions émises ou à émettre par l'une d'elles,

dans les cas où il existe des motifs raisonnables de croire que :

- c) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;
- d) ou bien la valeur de réalisation de son actif, déduction faite de l'aide consentie, soit sous forme de prêt, soit par mise en gage de biens ou de constitution de charges sur des biens en vue d'obtenir une caution, serait, du fait de cette aide financière, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré.

(2) [Prêts et cautions autorisés] La société peut accorder une aide financière, notamment sous forme de prêt ou de caution :

- a) à toute personne, dans le cadre de son activité commerciale normale, si le prêt d'argent en fait partie;
- b) à toute personne, à titre d'avance sur des dépenses engagées ou à engager pour son compte;
- c) à sa société mère, si elle lui appartient en toute propriété;
- d) à une personne morale qui est sa filiale;
- e) à ses employés ou à ceux des personnes morales de son groupe :
 - (i) soit pour les aider à acheter ou à construire leur propre logement,
 - (ii) soit dans le cadre d'un programme d'achat d'actions de la société ou de ces personnes morales destinées à être détenues en fiducie.

(2.1) **[Interprétation]** Pour l'application de l'alinéa (2)c), une société appartient en toute propriété à un autre personne morale dans chacun des cas suivants :

a) toutes ses actions émises sont détenues par :

(i) soit cette autre personne morale,

(ii) soit cette autre personne morale ainsi qu'une ou plusieurs personnes morales dont toutes les actions émises sont détenues par cette autre personne morale,

(iii) soit des personnes morales dont toutes les actions émises sont détenues par cette autre personne morale;

b) elle appartient en toute propriété à une personne morale qui elle-même appartient en toute propriété à cette autre personne morale.

(3) **[Exécution forcée]** La société peut poursuivre l'exécution des contrats qu'elle a conclus en violation du présent article; il en est de même du prêteur à titre onéreux de bonne foi qui n'a pas été avisé de la violation.

• • •

120. (1) **[Divulgence des intérêts]** L'administrateur ou le dirigeant qui est :

a) soit partie à un contrat ou à un projet de contrat important avec la société;

b) soit également administrateur ou dirigeant d'une personne partie à un tel contrat ou projet, ou qui possède un intérêt important dans celle-ci,

doit divulguer par écrit à la société ou demander que soient consignées au procès-verbal des réunions la nature et l'étendue de son intérêt.

(2) **[Moment]** La divulgation requise au paragraphe (1) se fait, dans le cas d'un administrateur, lors de la première réunion :

a) au cours de laquelle le projet de contrat est étudié;

b) suivant le moment où l'administrateur qui n'avait aucun intérêt dans le projet de contrat en acquiert un;

c) suivant le moment où l'administrateur acquiert un intérêt dans un contrat déjà conclu;

d) suivant le moment où devient administrateur toute personne ayant un intérêt dans un contrat.

(3) **[Idem]** Le dirigeant qui n'est pas administrateur doit effectuer la divulgation requise au paragraphe (1) immédiatement après :

a) avoir appris que le contrat ou le projet a été ou sera examiné lors d'une réunion;

b) avoir acquis l'intérêt, s'il l'acquiert après la conclusion du contrat;

c) être devenu dirigeant, s'il le devient après l'acquisition de l'intérêt.

(4) **[Idem]** L'administrateur ou le dirigeant doit divulguer par écrit à la société ou demander que soient consignées au procès-verbal de la réunion la nature et l'étendue de son intérêt dès qu'il a connaissance d'un contrat ou projet de contrat important qui, dans le cadre de l'activité commerciale normale de la société, ne requiert l'approbation ni des administrateurs, ni des actionnaires.

(5) **[Vote]** L'administrateur visé au paragraphe (1) ne peut participer au vote sur la résolution présentée pour faire approuver le contrat, sauf s'il s'agit d'un contrat :

a) garantissant un prêt ou des obligations qu'il a souscrits pour le compte de la société ou d'une personne morale de son groupe;

b) portant essentiellement sur sa rémunération en qualité d'administrateur, de dirigeant, d'employé ou de mandataire de la société ou d'une personne morale de son groupe;

c) portant sur l'indemnité ou l'assurance prévue à l'article 124;

d) conclu avec une personne morale du même groupe.

(6) **[Divulgation permanente]** Pour l'application du présent article, constitue une divulgation suffisante de son intérêt dans un contrat l'avis général que donne l'administrateur ou le dirigeant d'une société aux autres administrateurs et selon lequel il est administrateur ou

dirigeant de l'entreprise d'une personne ou y possède un intérêt important et doit être considéré comme ayant un intérêt dans tout contrat conclu avec elle.

(7) **[Normes relatives à la nullité]** Tout contrat important entre une société et, soit l'un de ses administrateurs ou dirigeants, soit une autre personne dont est également administrateur ou dirigeant l'un de ses administrateurs ou dirigeants ou dans laquelle celui-ci a un intérêt important, n'est pas entaché de nullité pour ce seul motif ou au motif que l'un de ces administrateurs est présent ou permet d'atteindre le quorum requis à la réunion du conseil d'administration ou du comité qui a autorisé le contrat, si l'administrateur ou le dirigeant a divulgué son intérêt conformément aux paragraphes (2), (3), (4) ou (6) et si les administrateurs ou les actionnaires de la société ont approuvé le contrat, dans la mesure où, à cette époque, il était équitable pour elle.

(8) **[Demande au tribunal]** Le tribunal peut, à la demande de la société ou d'un actionnaire de la société dont l'un des administrateurs ou dirigeants a omis, en violation du présent article, de divulguer son intérêt dans un contrat important, annuler le contrat selon les modalités qu'il estime pertinentes.

ANNEXE B

REVUE DÉTAILLÉE D'AUTRES RÉGIMES SUR LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

I. La *General Corporation Law* du Delaware (la GCL du Delaware)

1. Prêts aux employés et aux dirigeants :

Suivant la GCL du Delaware, toute société peut offrir une aide financière sous forme de prêt, de caution ou d'une autre forme aux dirigeants, administrateurs ou employés de la société ou de l'une de ses filiales quand, de l'avis des administrateurs, on peut «*[Traduction]* raisonnablement s'attendre à ce qu'un tel prêt profite à la société». ¹ Cette aide financière peut être assortie ou non d'intérêts, de garantie ou non et, si elle est assortie d'une garantie, toute garantie que le conseil approuve est acceptable, y compris le gage des actions de la société.

De plus, le paragraphe 122(13) de la GCL du Delaware prévoit le consentement d'une aide financière à des sociétés apparentées lorsque cela est «*[Traduction]* nécessaire ou utile à la conduite, promotion ou réalisation des activités de la société contractante». Une telle aide financière comprend les contrats de cautionnement et de sûreté.

2. Contrats avec des administrateurs intéressés :

La GCL du Delaware traite de la question des contrats avec des administrateurs intéressés à l'article 144. En vertu de cette disposition, l'intérêt de l'administrateur dans une opération, sa présence ou sa participation à la réunion au cours de laquelle l'opération est autorisée ou le vote de l'administrateur intéressé à la réunion d'autorisation n'entachera de nullité l'opération si les conditions suivantes sont remplies :

[Traduction]

- (1) a) l'administrateur divulgue les faits importants relatifs à son intérêt dans l'opération; et
- b) (i) le conseil d'administration ou le comité² autorise de bonne foi l'opération à la suite d'un vote majoritaire des administrateurs désintéressés; ou

¹ Art. 143.

² Par. 141 c) : *[Traduction]* Sur résolution adoptée à la majorité du conseil, le conseil d'administration peut désigner un ou plusieurs comités, chacun étant composé d'un ou de plusieurs des administrateurs de la société. Ce paragraphe porte également sur les pouvoirs délégués au comité.

(ii) les actionnaires habiles à voter approuvent l'opération de bonne foi; ou

(2) l'opération est équitable pour la société au moment où elle est autorisée.

De plus, les administrateurs intéressés peuvent être pris en compte aux fins d'établir le quorum à la réunion d'autorisation d'un tel contrat ou d'une telle opération.³

3. Devoir de prudence :

La GCL du Delaware n'a pas de dispositions qui se comparent avec l'article 122 de la LCSA. La règle du jugement d'affaires⁴ en *common law* qui a trait aux devoirs de prudence de l'administrateur s'applique aux sociétés assujetties à la GCL du Delaware.

L'alinéa 102(b)7) de la GCL du Delaware permet toutefois aux sociétés de restreindre la responsabilité personnelle des administrateurs pour manquement aux devoirs fiduciaires, sauf dans certains cas bien déterminés, dont le cas où un administrateur tire un avantage personnel illégitime d'une opération.⁵

II. *Model Business Corporation Act* (la BCA modèle) de l'American Bar Association (ABA)

1. Prêts et cautions permis :

Les commentaires introductifs de l'ABA sur le sous-chapitre F énoncent qu'un prêt consenti à un administrateur constitue simplement l'une des formes d'opérations donnant lieu à un conflit d'intérêts de la part des administrateurs et qu'elle est par conséquent assujettie aux dispositions traitant de ces opérations.⁶ Sur la foi de ce commentaire, il semblerait que l'aide financière à des apparentés tombe sous le coup du sous-chapitre F.

³ Par. 144 b).

⁴ Les administrateurs bénéficient de la protection de la règle du jugement d'affaires si les cinq éléments de la règle sont réunis : décision d'affaires, désintéressement, diligence, bonne foi et absence d'abus du pouvoir discrétionnaire. (R.L. Newcomb, «The limitation of Directors' Liability : A Proposal for Legislative Reform» (1987), 66 Texas Law Review 411, p. 416.

⁵ Al. 102(b)7) : [Traduction] Les sociétés du Delaware ne peuvent restreindre la responsabilité (i) pour tout manquement aux devoirs de loyauté de l'administrateur envers la société ou ses actionnaires, (ii) pour des actes ou omissions qui ne sont pas faits de bonne foi ou qui emportent inconduite délibérée ou violation de la loi en toute connaissance de cause, (iii) aux termes de l'article 174 du présent titre ou (iv) pour toute opération dont l'administrateur tire un avantage personnel illégitime.

⁶ Commentaire introductif (2) à l'art. 8.60.

2. Chapitre 8, sous-chapitre F :

a) À qui le sous-chapitre F s'applique-t-il? Le sous-chapitre F s'applique aux administrateurs seulement. Les commentaires sur cette disposition⁷ énoncent que le conflit d'intérêts du dirigeant non administrateur ou de l'employé d'une société est régi par le droit du mandat et que, par conséquent, il n'a pas à être expressément légiféré.

b) Quand le conflit d'intérêts de l'administrateur survient-il? Pour qu'un conflit d'intérêt⁸ de l'administrateur survienne, l'administrateur doit avoir connaissance de son intérêt au moment où la société conclut l'opération. Par conséquent, si l'administrateur prend connaissance d'un intérêt qu'il possède dans une opération avec la société après que l'opération a été conclue, il n'y a pas conflit d'intérêts.

c) Définition de conflit d'intérêts : Un conflit d'intérêts se produit lorsque : l'administrateur, son apparenté ou d'autres entités déterminées auxquelles l'administrateur est économiquement lié soit sont partie à une opération, soit ont un intérêt bénéficiaire dans l'opération et que l'importance financière de l'opération est telle qu'il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elle influence le jugement de l'administrateur s'il devait voter sur l'opération. Cette définition se trouve au sous-alinéa 8.60(1)(i) et (ii). Si l'intérêt de l'administrateur n'entre pas dans cette définition, il ne s'agit pas d'un conflit d'intérêts.⁹

Chaque sous-alinéa fait état d'un seuil différent fondé sur l'importance économique de l'opération. Le sous-alinéa 1(i) traite des opérations entre la société et l'administrateur ou les apparentés de l'administrateur, qu'elles soient ou non assez importantes pour être soumises au conseil d'administration. Le sous-alinéa 1(ii) traite des opérations auxquelles sont parties d'autres entités déterminées et ne traite que des opérations dont l'importance est telle qu'elles sont ou seraient normalement soumises au conseil pour qu'il les approuve.

d) Qu'est-ce qu'une opération? Le terme opération n'est pas défini. Cependant, les commentaires de l'*American Bar Association* qui suivent cet article énoncent

⁷ Ibid.

⁸ Par. 8.60(1).

⁹ Par. 8.61(a).

qu'une opération est une «[Traduction] entente bilatérale consensuelle entre la société et une autre partie». ¹⁰

e) Qui est un apparenté? Pour l'application du sous-alinéa 1(i), l'apparenté est défini au paragraphe 8.60(3) comme «[Traduction] (i) le conjoint (ou son père ou mère ou ses frères ou soeurs de sang) de l'administrateur, ou l'enfant, le petit-enfant, le frère ou la soeur de sang, le père ou mère (ou le conjoint d'une des personnes précitées) de l'administrateur, ou une personne qui a le même domicile que l'administrateur, ou une fiducie ou une succession dont une personne précisée dans la présente disposition (i) est un bénéficiaire important; ou (ii) la fiducie, la succession, l'incompétent, l'inapte ou le mineur dont l'administrateur est un représentant». Cette liste est exhaustive : si une personne n'entre pas dans cette définition, elle n'est pas un apparenté.

f) Qui sont les personnes mentionnées au sous-alinéa 1(ii)? Le sous-alinéa 1(ii) traite des opérations entre des personnes expressément énumérées et la société. Ces personnes sont «[Traduction] a) une entité (autre que la société) dont l'administrateur est administrateur, commandité, mandataire ou employé; b) une personne qui contrôle une ou plusieurs des entités précisées à la sous-disposition a) ou une entité qui est contrôlée par une ou plusieurs des entités précisées à la sous-disposition a) ou sous le contrôle commun de cette ou ces entités; ou c) une personne qui est un commandité, mandant ou employeur de l'administrateur». Cette liste est également exhaustive.

g) Que doit-on divulguer? L'administrateur doit divulguer l'existence et la nature de la situation de conflit d'intérêts, ainsi que les faits qu'il connaît relativement à l'opération et qu'une personne normalement prudente aurait tout motif de croire importants. ¹¹

h) Quelles règles refuges peut-on invoquer? La BCA modèle dispose qu'une opération qui n'entre pas dans la définition d'opération entachée de conflit d'intérêts par un administrateur ne peut faire l'objet d'une injonction, ni être annulée, ni donner lieu à des dommages-intérêts ni à d'autres sanctions du seul motif que l'administrateur ou son apparenté possède un intérêt dans l'opération. ¹² Lorsque l'administrateur est mis en cause dans une opération entachée de conflit d'intérêts, la loi lui offre toutefois

¹⁰ Commentaire introductif (2) à l'art. 8.60. Une opération des administrateurs entachée de conflit d'intérêts (par. 8.60(2)) [«Traduction] s'entend d'une opération que réalise ou projette de réaliser la société (ou une filiale de la société ou une autre entité dans laquelle la société a une participation dominante) à l'égard de laquelle l'administrateur de la société est en situation de conflit d'intérêts.

¹¹ Par. 8.60(4).

¹² Par 8.61(a).

trois façons de le protéger contre une attaque de la part d'un actionnaire ou de la société :¹³

(i) Mesure à la disposition des administrateurs¹⁴ : L'opération entachée de conflit d'intérêts par l'administrateur peut être sanctionnée au moyen du vote d'une majorité des administrateurs habiles à voter¹⁵ au conseil ou par un comité dûment nommé du conseil et formé d'administrateurs habiles à voter. Cette mesure peut être prise avant la conclusion de l'opération ou après;¹⁶ cependant, le vote doit être pris après que la divulgation exigée a été faite par l'administrateur intéressé. Le paragraphe 8.62(b) autorise une divulgation spéciale lorsque l'administrateur intéressé est tenu par une obligation juridique ou professionnelle de confidentialité relativement à de l'information qu'il devrait autrement divulguer. Il importe de noter que la condition voulant que les mesures du conseil doivent être conformes aux devoirs de prudence de l'administrateur prescrits par le paragraphe 8.30(a) (voir commentaire plus bas) a préséance sur ce dispositif de protection.

(ii) Mesure des actionnaires¹⁷ : L'opération entachée de conflit d'intérêts par l'administrateur peut également être sanctionnée par un vote majoritaire de toutes les actions conférant un droit de vote¹⁸ de la société. Ce vote peut être pris uniquement après 1° qu'avis a été donné aux actionnaires, lequel avis décrit l'opération entachée de conflit d'intérêts de l'administrateur, 2° l'administrateur intéressé a informé la société du nombre d'actions avec droit de vote de la société qu'il détient ou dont il est propriétaire et du nombre et de l'identité des apparentés qui sont propriétaires ou détiennent des actions avec droit de vote et 3° la divulgation requise a été faite. Il est intéressant de noter l'absence, dans cette disposition, du droit de l'administrateur intéressé de

¹³ Par. 8.61(b).

¹⁴ Art. 8.62.

¹⁵ Par. 8.62(d) : [Traduction] Tout administrateur qui n'a pas soit 1° de conflit d'intérêts relativement à l'opération soit 2° une relation familiale, financière, professionnelle ou d'emploi avec un deuxième administrateur qui est en conflit d'intérêts relativement à l'opération, de laquelle relation, dans les circonstances, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle exerce une influence sur le jugement du premier administrateur lorsqu'il vote sur l'opération.

¹⁶ Voir le commentaire officiel 1 de l'ABA relativement au par. 8.62(a).

¹⁷ Art. 8.63.

¹⁸ Par. 8.63(b) : [Traduction] Toutes actions conférant le droit de vote relativement à une opération entachée de conflit d'intérêts de l'administrateur, sauf les actions qui, à la connaissance du secrétaire (ou d'un autre dirigeant ou mandataire de la société autorisé à compiler les votes), avant le vote, sont la propriété véritable (ou dont l'exercice du droit de vote qui s'y rattache est contrôlé) d'un administrateur qui est en situation de conflit d'intérêts relativement à l'opération ou d'un apparenté de l'administrateur, ou des deux.

ne pas dévoiler de l'information caractérisée par la confidentialité comme c'est le cas dans le paragraphe 8.62(b). Ainsi, si un administrateur ne divulgue pas de l'information au motif de la confidentialité, la règle refuge relative aux mesures des actionnaires ne peut être invoquée. Comme c'est le cas pour la mesure des administrateurs, la mesure des actionnaires peut être entreprise avant ou après la conclusion de l'opération.

(iii) Équité envers la société : Même si aucune mesure des administrateurs ou des actionnaires n'a été prise, l'opération entachée de conflit d'intérêts de l'administrateur peut tout de même être protégée contre une attaque si l'administrateur intéressé démontre que l'opération était équitable pour la société.¹⁹ Les commentaires de l'*American Bar Association* sur cet article font ressortir trois aspects de la question d'équité : 1° les conditions de l'opération doivent être équitables, c'est-à-dire que le prix du marché a été payé, 2° l'opération doit bénéficier à la société en ce qu'elle est susceptible de se traduire par un bénéfice ou autre issue avantageuse, et 3° le processus de prise de décision menant à la conclusion de l'opération a été équitable. Ainsi, si des mesures de l'administrateur au cours du processus de prise de décision ont été de quelque façon entachées d'irrégularités, les tribunaux peuvent néanmoins annuler l'opération même si les conditions étaient équitables, suivant les normes du marché, et que la société en a tiré un bénéfice.

3. Devoir de prudence : Le paragraphe 8.30(a) de la BCA modèle dispose que l'administrateur doit agir de bonne foi, avec le soin d'une personne normalement prudente et d'une manière qu'il croit à juste titre être dans l'intérêt véritable de la société lorsqu'il s'acquitte de ses fonctions d'administrateur.²⁰ De plus, la BCA modèle dispose expressément que, si l'administrateur se conforme au paragraphe 8.30(a), il peut se fonder sur les rapports, avis, etc. de certaines personnes énumérées. Cependant, si l'administrateur connaît un quelconque motif qui lui dicterait de ne pas se fonder sur un rapport, mais qu'il le fait néanmoins, il n'agit pas de bonne foi. Si l'administrateur se conforme à l'article 8.30, il est dégagé de toute responsabilité pour toute mesure prise en qualité d'administrateur.

Le devoir de prudence des dirigeants suivant la BCA modèle est analogue à celui dont il est question à l'article 8.30. Cependant, il y a moins de personnes sur les rapports desquelles un dirigeant peut se fonder.

¹⁹ Al. 8.61(b)3).

²⁰ Art. 8.30.

III. La *Business Corporation Act* de la Saskatchewan (la BCA de la Saskatchewan)

1. Prêts et cautions permis :

La BCA de la Saskatchewan dispose qu'une société peut consentir une aide financière à des apparentés si elle divulgue ce fait en conformité avec la loi.²¹ Il n'y a ni obligation de solvabilité ni application d'un test de l'actif. De plus, sauf pour ce qui est de l'obligation de divulgation, il n'y a pas de restriction à l'aide financière en vue de l'achat d'actions de la société.

2. Apparentés :

L'obligation de divulgation s'applique à l'aide financière consentie aux actionnaires, aux administrateurs, aux dirigeants et aux employés de la société ou une société de son groupe et aux personnes ayant des liens avec les personnes précitées.²² L'obligation de divulgation s'applique également à l'aide financière consentie à toute personne en vue de l'achat d'actions de la société ou d'une société de son groupe.²³

3. Moment de la divulgation :

- a) Sociétés n'ayant pas fait appel au public : elles doivent donner un avis à tous les actionnaires dans les 90 jours qui suivent le consentement de l'aide financière.²⁴
- b) Sociétés ayant fait appel au public : elles doivent présenter des états financiers aux actionnaires à l'assemblée annuelle, à moins que la divulgation ne soit faite autrement. Les états financiers doivent traiter de l'aide financière consentie dans la période à laquelle il se rapporte, de même que l'aide financière consentie dans les exercices antérieurs mais qui est toujours impayée.²⁵

²¹ Par. 42(1).

²² Al. 42(2)a).

²³ Al. 42(2)b).

²⁴ Par. 42(3).

²⁵ Par. 42(4).

4. Étendue de la divulgation :

Les sociétés ayant fait appel au public comme les sociétés n'ayant pas fait appel au public doivent divulguer les mêmes renseignements :²⁶

- a) l'identité de l'emprunteur;
- b) la nature de l'aide financière consentie;
- c) les conditions auxquelles l'aide financière a été consentie;
- d) le montant; et
- e) le solde de l'aide financière qui est toujours impayé.

5. Exécution :

La société, ou le prêteur à titre onéreux de bonne foi qui n'a pas été avisé de la violation, peut poursuivre l'exécution du contrat conclu en violation des dispositions sur l'aide financière de la BCA de la Saskatchewan.²⁷ Cette disposition est identique au paragraphe 44(3) de la LCSA.

6. Devoir de prudence :

L'article 117 de la BCA de la Saskatchewan porte sur le devoir de prudence des administrateurs. Cet article est identique à l'article 122 de la LCSA.

7. Divulgation des contrats de l'administrateur intéressé :

Les dispositions de la BCA de la Saskatchewan portant sur les intérêts dans des contrats importants sont identiques aux dispositions de la LCSA à cet effet, sauf deux exceptions intéressantes. D'abord, les actionnaires d'une société, par convention unanime des actionnaires (CUA), peuvent se soustraire à l'application des dispositions sur les contrats importants.²⁸ Les actionnaires, au moyen d'une CUA, peuvent également énoncer des conditions en supplément ou en remplacement de ces dispositions.²⁹ Deuxièmement, si une CUA est employée pour se soustraire à l'application des dispositions sur les contrats importants, les règles de *common law* et d'*equity* ne s'appliqueront pas également à la

²⁶ Par. 42(5).

²⁷ Par. 42(6).

²⁸ Al. 115(9)a).

²⁹ Al. 115(9)b).

divulgarion des intérêts dans des contrats importants et aux administrateurs qui votent sur de tels contrats.³⁰

IV. La *Business Corporations Act* de l'Alberta (la BCA de l'Alberta)

1. Aide financière interdite de la part d'une société :

La BCA de l'Alberta est identique à la LCSA, à une chose près en plus. La BCA de l'Alberta exige que la société divulgue le consentement d'une aide financière dans ses états financiers annuels remis aux actionnaires.³¹ Ces états doivent comporter des renseignements sur l'aide financière consentie au cours de l'exercice auquel les états se rapportent et l'aide financière consentie dans des exercices antérieurs mais qui demeurent impayée. Les états doivent énumérer l'identité du bénéficiaire, la nature de l'aide, les conditions auxquelles l'aide a été consentie et son montant. Au contraire de la BCA de la Saskatchewan, il n'y a pas de distinction d'établie entre les sociétés ayant fait appel au public et n'ayant pas fait appel au public en ce qui concerne les obligations de divulgation.

2. Intérêts dans des contrats importants :

La BCA de l'Alberta traite de la question des intérêts des administrateurs dans les contrats importants à l'article 115 et diffère à quatre égards de la LCSA. D'abord, l'article indique la façon dont l'avis doit être donné par l'administrateur intéressé lorsque le contrat important est traité au moyen d'une résolution et non d'une réunion.³² Deuxièmement, la BCA de l'Alberta prévoit un dispositif plus élaboré auquel on doit se conformer pour que l'avis de l'administrateur relatif à ses intérêts puisse être considéré comme une divulgation permanente.³³

- a) l'avis doit énoncer que l'administrateur ou le dirigeant a un intérêt important dans un contrat et indiquer la nature et l'étendue de l'intérêt;
- b) au moment où la divulgation relative à un contrat ultérieur serait requise, la nature et l'étendue de l'intérêt initialement divulgué ne doivent pas avoir augmentés; et

³⁰ Par. 115(10).

³¹ Par. 42(4).

³² Par. 115(2.1).

³³ Par. 115(6).

- c) l'avis initial doit avoir été donné dans les douze mois qui précèdent un contrat ultérieur pour lequel un avis devrait par ailleurs être donné.

Troisièmement, la BCA de l'Alberta dispose que l'administrateur ou le dirigeant n'a pas l'obligation de rendre compte si les dispositions portant sur les intérêts dans des contrats importants sont respectés.³⁴ Quatrièmement, la totalité des dispositions sur les intérêts importants dans un contrat sont assujettis à la convention unanime des actionnaires de la société.³⁵

3. Devoir de prudence :

Le devoir de prudence de l'administrateur ou du dirigeant d'une société de l'Alberta est identique à celui de l'administrateur ou du dirigeant d'une société de régime fédéral, à une différence près, mais notable. Lorsque l'administrateur ou le dirigeant décide de la question de savoir si une opération est dans l'intérêt véritable de la société, il peut accorder une attention particulière, mais non exclusive, à l'intérêt du groupe qui l'a élu ou nommé.

V. *La Loi sur les banques (la LB)*

1. Interdiction :

Les dispositions de la LB sur les opérations avec des apparentés applique une interdiction globale qui veut qu'il est interdit à la banque d'effectuer une opération avec un apparenté, que ce soit directement ou non, sauf de la façon expressément prévue par la partie XI de la LB.³⁶

2. Termes définis :

La LB définit de façon expresse de nombreux termes utilisés dans la partie XI. Les termes clés qui sont définis sont : apparenté, opération, prêt, intérêt substantiel, action concertée, entité, intérêt de groupe financier et contrôle. Toutefois, ces définitions ne sont pas exclusives.

³⁴ Al. 115(7)b).

³⁵ Par. 115(9).

³⁶ Par. 489(1).

- a) Les apparentés comprennent les personnes qui ont un intérêt substantiel dans une catégorie d'actions de la banque, les administrateurs et les dirigeants, les entités dans lesquelles les administrateurs ou les dirigeants ont un intérêt de groupe financier, les entités dans lesquelles une personne qui contrôle la banque a un intérêt de groupe financier et les entités contrôlées par l'une ou l'autre des parties susmentionnées. Des conjoints et enfants mineurs de ces parties entrent également dans cette définition. De plus, le Surintendant des institutions financières a l'autorité voulue pour désigner comme apparenté certaines personnes qui, en raison de leurs relations avec la banque, pourraient être en mesure d'influencer l'exercice du jugement de la banque concernant une opération.³⁷

L'intérêt substantiel, l'intérêt de groupe financier et le contrôle sont les trois critères clés qui servent à déterminer qui est un apparenté. Par conséquent, cette définition ne couvrirait pas les actionnaires qui détiennent moins de 10% des actions en circulation d'une catégorie.³⁸

- b) Les opérations qui sont visées par l'interdiction énoncée à la partie XI de la LB comprennent : les garanties au nom d'un apparenté, les placements dans les valeurs mobilières d'un apparenté, l'acquisition, notamment par cession, d'un prêt consenti à l'apparenté par un tiers et la constitution d'une sûreté sur les valeurs mobilières d'un apparenté. La définition d'opération n'est pas exhaustive. Une revue de la liste des opérations permises est utile pour déterminer quelles autres formes d'ententes seraient également couvertes par la définition.

La LB prévoit également des opérations réglementaires qui seraient permises et non susceptibles d'être examinées par le comité de révision (CR).³⁹

3. Opérations permises :

La partie XI de la LB énumère un certain nombre restreint d'opérations que les banques sont autorisées à conclure avec les apparentés.

³⁷ Par. 486(3).

³⁸ Ibid.

³⁹ Art. 500, par. 5D2(4); à titre illustratif, règlement DORS/92-309. Pour une définition du CR, voir le point 4 ci-après.

- a) Opérations à valeur peu importante. Cette valeur est établie en fonction de critères établis par le CR et agréés par le Surintendant des institutions financières.⁴⁰
- b) Les prêts et garanties consentis au nom d'un apparenté et entièrement garantis par le gouvernement du Canada. Cet article autorise également les prêts à des apparentés garantis par une hypothèque sur la résidence principale de l'apparenté.⁴¹
- c) La banque peut faire des dépôts auprès d'un apparenté si l'apparenté est un adhérent ou un membre d'un groupe de compensation et que les dépôts sont faits pour compensation.⁴²
- d) La banque peut emprunter de l'argent à un apparenté, en recevoir des dépôts ou lui émettre des titres de créance.⁴³
- e) La banque peut acquérir, vendre ou prendre à bail certains éléments d'actif d'un apparenté.⁴⁴
- f) La banque peut conclure certains types précis de contrats de services avec des apparentés, y compris les contrats relatifs à des services habituellement utilisés par la banque ou offerts par elle au public dans le cours normal de son activité commerciale.⁴⁵
- g) La banque peut consentir des prêts aux administrateurs ou dirigeants, à leurs conjoints et enfants mineurs, de même qu'à des entités que les administrateurs et les dirigeants contrôlent ou dans lesquels ils ont un intérêt de groupe financier pour autant que l'approbation requise du conseil ou du CR soit obtenue.⁴⁶ Cependant, le montant total des prêts consentis à des dirigeants à temps plein ne doit pas dépasser le plus élevé d'entre deux fois leur salaire annuel ou 100 000 \$.

4. Comité de révision :

L'alinéa 157(2)b) oblige la banque à constituer un CR. Ce comité doit mettre en place des mécanismes de révision des opérations avec des apparentés et revoir ces opérations suivant ce qu'exige la partie XI. Le CR doit également s'assurer que les opérations avec les apparentés

⁴⁰ Art. 490.

⁴¹ Art. 491.

⁴² Art. 492.

⁴³ Art. 493.

⁴⁴ Art. 494.

⁴⁵ Art. 495.

⁴⁶ Art. 496 et 497.

qui sont susceptibles de porter atteinte à la solvabilité ou à la stabilité de la banque soient identifiés. Le comité fait rapport au conseil d'administration de la banque. Le conseil d'administration à son tour fait rapport au Surintendant dans les 90 jours de la fin de l'exercice en ce qui concerne toutes opérations et toutes autres questions étudiées par le CR au cours de l'exercice.

Quelles opérations le CR doit-il approuver?

- a) toutes les opérations avec les apparentés afin de s'assurer qu'elles soient effectuées à des conditions au moins aussi favorables pour la banque que les conditions du marché⁴⁷ (sauf suivant ce qui est prévu ci-dessous et sauf pour ce qui est des opérations à valeur peu importante ou des opérations qui exigent l'approbation du conseil);⁴⁸
- b) des conditions plus favorables consenties sur tous les prêts à un dirigeant (autres que des prêts sur marge);⁴⁹
- c) des conditions plus favorables consenties sur tous les prêts au conjoint d'un dirigeant garantis par une hypothèque sur la résidence principale;⁵⁰
- d) des conditions plus favorables pour des services financiers, autres que des prêts ou des garanties, offerts à un dirigeant de la banque ou son conjoint et ses enfants mineurs;⁵¹
- e) toutes opérations avec des personnes qui sont d'ex-apparentés pendant les 12 mois qui suivent la date où a pris fin l'apparement.⁵²

5. Approbation du conseil :

Le conseil doit approuver certaines opérations avec les administrateurs, les dirigeants, leurs conjoints et enfants mineurs, ainsi qu'avec les entités que les administrateurs et les dirigeants contrôlent ou dans lesquels ils ont un intérêt de groupe financier. Sans l'approbation du conseil, la banque ne saurait consentir un prêt, acquérir un prêt, consentir une garantie ou faire un placement dans les valeurs mobilières d'un apparenté si le total des prêts dus, des garanties et de la valeur des valeurs mobilières à cet apparenté excède 2% du capital réglementaire de la banque. De plus, il est interdit à la banque de conclure toute telle

⁴⁷ Par. 502(1).

⁴⁸ Par. 502(4).

⁴⁹ Par. 496(4).

⁵⁰ Par. 496(5).

⁵¹ Par. 496(6).

⁵² Art. 503.

opération avec des apparentés si le total des prêts dus, des garanties et de la valeur des placements avec tous les apparentés est supérieur à 50% du capital réglementaire de la banque.⁵³

6. Devoir de prudence :

Outre les lignes directrices qu'offre la partie XI, chaque dirigeant et chaque administrateur a un devoir de prudence envers la banque.⁵⁴ Suivant un libellé très semblable à celui de la LCSA, chaque dirigeant et chaque administrateur doit, dans l'exercice de ses fonctions, agir au mieux des intérêts de la banque et avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

7. Divulgence des intérêts dans des contrats importants :

La LB possède des dispositions sur la divulgation des intérêts dans des contrats importants qui sont identiques à celles de la LCSA, à deux exceptions près.⁵⁵ Les administrateurs et les dirigeants d'une banque sont tenus de dévoiler tous intérêts qu'ils pourraient posséder dans un contrat important avec la banque. De plus, si un administrateur contrevient sciemment à cette disposition, il cesse d'office d'occuper son poste d'administrateur et devient inéligible à la charge d'administrateur pendant les cinq ans qui suivent la date de la contravention.⁵⁶

8 Conclusion :

La LB envisage la question de l'aide financière à des apparentés par une interdiction pure et simple, sauf les exceptions qui sont expressément autorisées par la loi. Si une opération n'est pas énumérée comme étant une opération permise ou est prévue par règlement, elle est interdite. De plus, toute opération permise doit être approuvée soit par le CR soit par le conseil. Pour les administrateurs et les dirigeants qui sont également des apparentés à qui une aide financière est consentie, les dispositions relatives au devoir de prudence et à la divulgation des intérêts dans des contrats importants doivent également être respectées.

⁵³ Par. 497(2).

⁵⁴ Art. 158.

⁵⁵ Art. 202 à 206.

⁵⁶ Par. 203(2).

VI. La *Company Act* de la Colombie-Britannique (la CA de la Colombie-Britannique)

1. Test de solvabilité :

La CA de la Colombie-Britannique interdit l'aide financière lorsqu'une compagnie est insolvable ou lorsqu'elle le deviendrait à la suite du consentement de l'aide financière.⁵⁷ Il n'y a pas d'autres exceptions à ce contrôle. La CA de la Colombie-Britannique n'exige toutefois pas de satisfaire à un test de l'actif. De plus, en vertu de cet article, un administrateur peut s'adresser à un tribunal pour qu'il déclare l'insolvabilité de la compagnie ou que le projet d'aide financière rendrait la compagnie insolvable.

2. Test de l'intérêt véritable de la compagnie :

La CA de la Colombie-Britannique impose également le test de l'«intérêt véritable de la compagnie» relativement à toute aide financière. Cette règle souffre cependant certaines exceptions.⁵⁸ Pour satisfaire à ce contrôle, il doit exister des motifs raisonnables de croire que le consentement d'un prêt serait dans l'intérêt véritable de la compagnie.⁵⁹

3. Aide financière à l'achat d'actions :

Le paragraphe 127(1) de la CA de la Colombie-Britannique interdit l'aide financière en vue de l'achat ou de la souscription d'actions de la compagnie ou de tout titre de créance de la compagnie qui est assorti d'un droit de conversion en actions ou d'échange contre des actions.⁶⁰ Cette disposition interdit également l'aide financière lorsque la sûreté consentie est le gage d'actions de la compagnie ou une charge les grevant.⁶¹

4. Exceptions à la règle relative à l'achat d'actions :

La CA de la Colombie-Britannique prévoit trois exceptions à l'interdiction d'aide financière à l'achat d'actions :

⁵⁷ Art. 126.

⁵⁸ Par. 127(3).

⁵⁹ Al. 127(1)c).

⁶⁰ Al. 127(1)a).

⁶¹ Al. 127(1)b).

a) Achat d'actions par les employés :

La compagnie peut procurer des fonds à des fiduciaires afin d'acheter des actions pour l'intérêt bénéficiaire d'employés de bonne foi.⁶² Toutefois, un tel achat doit être fait en conformité d'un programme en vigueur au moment de l'achat. Cette exception permet également à la compagnie de consentir une aide financière à un employé de bonne foi en vue d'acheter ou de souscrire des actions qui seraient détenues à titre bénéficiaire par lui.⁶³ Dans ces deux cas, il doit être satisfait au test de l'intérêt véritable de la compagnie et au test de la solvabilité.

b) Propriété de plus de 90% des actions :

Une deuxième exception à l'interdiction relative à l'achat d'actions permet à la compagnie de consentir une aide financière à une personne qui serait propriétaire d'au moins 90% de l'ensemble des actions de la compagnie après l'achat.⁶⁴ Pour entrer dans cette exception, le marché doit être autorisé par résolution spéciale de la compagnie avant que l'aide financière ne soit consentie et la compagnie ne doit pas être un émetteur assujéti. Il n'est pas nécessaire de satisfaire au test de l'intérêt véritable de la compagnie, mais le test de la solvabilité s'appliquerait toujours.

c) Filiales, compagnie mère et membres uniques :

Suivant cette exception, en dépit de l'interdiction au consentement d'une aide financière à l'achat d'actions, une compagnie mère peut consentir une aide financière à sa filiale en toute propriété, la filiale en toute propriété peut en consentir à sa compagnie mère, deux filiales en toute propriété de la même compagnie mère peuvent s'en consentir entre elles et la compagnie peut en consentir à son membre unique.⁶⁵ Dans ces cas, il n'est pas nécessaire de satisfaire au test de l'intérêt véritable de la compagnie, mais, encore une fois, le test de la solvabilité s'applique.

7. Définitions :

- a) Personne : la CA de la Colombie-Britannique n'énumère pas de façon expresse les personnes envers qui la société est restreinte dans le consentement d'une aide financière, la loi dit simplement «[Traduction] à une personne». Personne

⁶² Al. 127(2)a).

⁶³ Al. 127(2)b).

⁶⁴ Par. 127(3).

⁶⁵ Par 127(5).

n'est pas défini, ni n'a-t-elle été judiciairement étudiée à la lumière de la CA de la Colombie-Britannique.

- b) Aide financière : la définition d'aide financière dans la CA de la Colombie-Britannique est semblable à celle de la LCSA. La seule différence tient de ce que la CA de la Colombie-Britannique inclut de façon expresse «[Traduction] la prestation de sûretés» comme forme d'aide financière. Tout comme la LCSA, la CA de la Colombie-Britannique finit sa définition par «[Traduction] notamment sous forme de prêt ou de caution».
- c) Membre : s'entend du souscripteur de l'acte de constitution d'une compagnie (actionnaire).

8. Devoir de prudence :

Le devoir de prudence des administrateurs dans la CA de la Colombie-Britannique s'apparentent à celui prévu par la LCSA.⁶⁶ Cependant, la CA de la Colombie-Britannique dispose expressément que ce devoir de prudence s'ajoute, sans y déroger, à toute règle de droit ou d'*equity* ayant trait aux devoirs des administrateurs d'une compagnie.

9. Intérêts dans des contrats importants :

La CA de la Colombie-Britannique traite de la question des intérêts des administrateurs dans des contrats importants aux articles 144 à 148. Bien que ces articles soient analogues aux articles correspondants de la LCSA, ils comportent certaines différences marquées. Les administrateurs doivent divulguer tous intérêts directs ou indirects dans tout projet de contrat avec la compagnie. Il n'y a pas de restriction à l'expression «contrat important» comme dans la LCSA. De plus, les administrateurs ont le devoir de rendre compte des bénéfices à moins que les exigences suivantes ne soient remplies :

- il y a eu divulgation
- il y a eu approbation par les administrateurs et
- l'administrateur intéressé ne vote pas sur l'approbation; ou à moins que
- le contrat était juste et raisonnable et
- il est approuvé par résolution spéciale des membres.

La CA de la Colombie-Britannique permet à la compagnie ou à un intéressé de s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance d'annulation du contrat, enjoindre à la compagnie de ne pas conclure le contrat ou rendre toute ordonnance qu'il juge appropriée. Au contraire du

⁶⁶ Par. 142(1).

paragraphe 120(8) de la LCSA, les motifs permettant de demander une telle ordonnance suivant la CA de la Colombie-Britannique ne se limitent pas toutefois au défaut de divulgation, comprenant également le défaut de se conformer aux exigences relatives aux devoirs de rendre compte. De plus, il y a quatre situations précises où les administrateurs sont réputés ne pas être des intéressés : 1° l'administrateur garantit un prêt à la compagnie, 2° le contrat avec une société du même groupe dont l'administrateur est également administrateur, 3° le contrat d'indemnisation de l'administrateur et 4° le contrat relatif à la rémunération de l'administrateur.

10. Exécution :

La compagnie ou tout prêteur à titre onéreux de bonne foi qui n'a pas été avisé de la violation peut poursuivre l'exécution d'un contrat conclu en violation des dispositions de la CA de la Colombie-Britannique sur l'aide financière.⁶⁷ Cette disposition est identique au paragraphe 44(3) de la LCSA.

VII. La Corporations Act de l'Australie (la CA de l'Australie)

1. Compagnie finançant les opérations sur ses actions (art. 205) :

Le paragraphe 205(1) interdit à une compagnie de consentir une aide financière ayant pour objet, ou qui est reliée à, l'achat ou le projet d'achat de ses actions ou des actions de sa compagnie mère par une personne, ou de prêter de l'argent à une personne sur la foi de la garantie de ses actions. Cette disposition fait actuellement l'objet d'un examen de la part du groupe de travail sur la simplification du droit des sociétés de l'Australie. Dans cet article, l'aide financière est définie comme incluant, notamment, un prêt, une caution, le consentement d'une garantie, la libération d'obligations, la remise de dettes. Cette interdiction s'assortit d'une obligation de connaissances⁶⁸ : pour qu'une compagnie puisse être déclarée avoir consenti une aide financière reliée à un achat interdit, elle doit avoir eu la connaissance, au moment de consentir l'aide financière, que l'aide servirait à l'achat d'actions de la compagnie ou, si elles sont déjà achetées, que l'argent serait affecté au paiement d'un montant impayé de la souscription. Ce sont les dirigeants de la compagnie mise en cause dans une opération interdite, et non la compagnie elle-même, qui pourraient être déclarés coupables d'une infraction.

⁶⁷ Art. 128.

⁶⁸ Par. 205(4).

Les paragraphes 205(8) et 205(9) prévoient un certain nombre d'exemptions à l'interdiction prévue au paragraphe 205(1). Le paragraphe 205(8) énumère huit opérations non interdites, dont le versement d'un dividende, l'achat de ses propres actions par une compagnie aux termes d'une ordonnance d'un tribunal et la conclusion d'une entente permettant à un souscripteur d'actions d'acquitter la souscription par versements. Le paragraphe 205(9) énumère des opérations commerciales dispensées et il vise les opérations commerciales réalisées dans le cours normal des activités de la compagnie, c'est-à-dire des prêts consentis à des conditions commerciales normales lorsque les activités de la compagnie comprennent le prêt d'argent, et les programmes d'achat d'actions à l'intention des employés. Le paragraphe 205(10) permet à une compagnie de consentir une aide financière pour l'achat d'actions qui serait par ailleurs interdit par le paragraphe 205(1), pour autant que la compagnie convienne, par résolution spéciale, de consentir l'aide et que la compagnie se conforme aux exigences d'avis et de dépôt de l'article. Un certain nombre de parties, dont les actionnaires et les créanciers, peuvent s'adresser au tribunal en vue de s'opposer à une résolution spéciale sur laquelle a été autorisé le consentement d'une aide financière.⁶⁹ De plus, la résolution spéciale ne libère pas l'administrateur de ses devoirs envers la compagnie suivant l'article 232 de la CA de l'Australie.⁷⁰

2. Avantages financiers à des apparentés de compagnies ouvertes (art. 243) :

a) Définitions :

- (i) Apparentés⁷¹ : Suivant la CA de l'Australie, la définition d'apparenté comprend les administrateurs d'une compagnie ouverte, les administrateurs d'une personne morale qui est l'entité mère et les personnes qui constituent une entité⁷² qui est la mère d'une compagnie ouverte. Les père et mère, conjoints et enfants de ces parties entrent également dans cette définition, de même que les entités que contrôle l'une ou l'autre des parties précitées. Ces entités mère et soeurs sont également des apparentés. De plus, cette définition couvre également les parties qui étaient des apparentés dans les six mois précédents. Des entités qui pourraient à une date future quelconque devenir des apparentés et les entités qui agissent de concert avec un apparenté

⁶⁹ Par. 205(12).

⁷⁰ L'art. 232 oblige le dirigeant ou l'administrateur d'une société à agir honnêtement et faire preuve du soin et de la diligence dont ferait preuve une personne raisonnable dans une situation comparable.

⁷¹ Art. 243F.

⁷² Par. 243C (1) : [Traduction] chacune des personnes suivantes est une entité : a) une personne morale; b) une société de personnes; c) une personne non dotée de la personnalité morale; d) une personne physique; e) le fiduciaire d'une fiducie qui n'a qu'un fiduciaire.

relativement au consentement d'une aide financière ou au projet d'en consentir une (personne ayant des liens)⁷³ sont également visés par cette définition.

- (ii) Consentement d'un avantage financier⁷⁴ : La loi donne un certain nombre d'exemples qui constituent le consentement d'un avantage financier, dont : le prêt, la caution, le consentement d'une garantie, la remise de dettes, négliger l'exécution d'une obligation, la prise en charge d'une obligation, l'achat, la vente ou la prise à bail d'un élément d'actif, l'acquisition ou la fourniture de services, l'émission de valeurs mobilières ou l'octroi d'une option et le don d'argent ou de biens.⁷⁵ L'avantage qui est non pécuniaire sera également considéré un avantage financier s'il confère un avantage financier.⁷⁶

b) Interdiction : Ni une société ouverte australienne ni une entité enfant d'une compagnie ouverte⁷⁷ ne peut consentir un avantage financier à un apparenté à moins que la loi ne l'y autorise.⁷⁸ Il importe de noter que cette interdiction ne s'applique pas aux compagnies fermées.⁷⁹

c) Exceptions générales : Il y a sept exceptions générales à l'interdiction de consentir un avantage financier⁸⁰ : 1° les avantages financiers consentis aux termes d'un contrat avant l'entrée en vigueur de l'article 243H; 2° la rémunération des dirigeants; 3° les avances non supérieures à 2 000 \$ (ou un montant supérieur s'il est prescrit) aux administrateurs ou aux conjoints des administrateurs; 4° l'avantage financier consenti à une

⁷³ Par. 243F(5).

⁷⁴ Art. 243G.

⁷⁵ Par 243G(4).

⁷⁶ Par 243G(3).

⁷⁷ Nombre des termes utilisés dans cette partie de la CA de l'Australie sont définis aux art. 243C à 243G – entité enfant, au par. 243D(1) –; une entité est une entité enfant d'une autre entité si celle-ci est son entité mère ou est l'une de ses entités mères.

⁷⁸ Art. 243H.

⁷⁹ Art. 116 : «[Traduction] Compagnie fermée : une compagnie disposant d'un capital-actions (autre qu'une compagnie sans responsabilités) peut être constituée en compagnie fermée si une disposition de son acte constitutif restreint le droit au transfert d'actions, restreint le nombre de membres à 50 ou moins, interdit l'appel au public à souscrire des actions et interdit l'appel au public à déposer des fonds auprès de la compagnie pour des périodes fixes ou payables à vue».

⁸⁰ Art. 243J à 243PB.

filiale à peu d'actionnaires ou par une telle filiale;⁸¹ 5° un avantage financier consenti à des conditions sans lien de dépendance; 6° un avantage financier consenti aux actionnaires de la compagnie pour autant qu'il ne privilégie pas injustement un ou plusieurs apparentés; et 7° un avantage financier aux termes d'une ordonnance d'un tribunal.

d) Avantages financiers approuvés par l'assemblée générale d'une compagnie ouverte : Les articles 243Q à 243ZD et 243ZF traitent d'une autre exception à l'interdiction générale au consentement de l'avantage financier à un apparenté – l'avantage financier permis par résolution des actionnaires. Cette exception nécessite l'approbation au moyen d'une résolution des actionnaires adoptée dans les quinze mois précédant le consentement de l'avantage. Il existe également un certain nombre de dispositions administratives qui doivent être respectées afin que l'avantage financier consenti à un apparenté entre dans cette exception. La compagnie doit produire auprès de la Commission et transmettre à ses actionnaires un projet d'avis d'assemblée, une déclaration explicative et tout autre document qu'on peut raisonnablement estimer important pour que l'actionnaire décide de la façon dont il votera sur le projet de résolution.⁸² La déclaration explicative doit indiquer : 1° l'apparenté à qui l'avantage proposé doit être consenti; 2° la nature de l'avantage; 3° la recommandation et les motifs de chaque administrateur de la compagnie; 4° la divulgation des intérêts des administrateurs; et 5° tous autres renseignements connus de la compagnie ou de l'un ou l'autre de ses administrateurs qui seraient raisonnablement nécessaires pour que les actionnaires puissent décider si le projet de résolution est dans l'intérêt ou non de la compagnie.⁸³ La Commission peut faire des observations écrites à la compagnie relativement aux documents qu'elle dépose, mais aucune observation sur la question de savoir si le projet de résolution est dans l'intérêt véritable de la compagnie.⁸⁴

L'article 243ZF interdit le vote par un apparenté ou en son nom si celui-ci recevait un avantage financier advenant l'adoption de la résolution. Il est également interdit aux personnes qui ont des liens avec cet apparenté de voter. Si l'apparenté concerné ou une personne ayant des liens avec lui vote sur un projet de résolution, la résolution est néanmoins valide si la résolution aurait été quand même adoptée sans leur vote.⁸⁵

⁸¹ Par. 243M(3) : [Traduction] une personne morale est une filiale à peu d'actionnaires d'une autre personne morale si, et seulement si, aucun membre de la première personne morale mentionnée est une personne autre que a) l'autre personne morale, ou b) un prête-nom de l'autre personne morale ou c) une personne morale qui est une filiale à peu d'actionnaires de l'autre personne morale en raison de toute autre application du présent paragraphe ou d) un prête-nom d'une telle personne morale.

⁸² Art. 243U.

⁸³ Art. 243V.

⁸⁴ Art. 243W.

⁸⁵ Art. 243ZF et 243ZB.

Tout comme l'article 205, en cas de violation de ces dispositions, ce n'est pas la compagnie ni l'entité enfant qui se rend coupable d'une infraction. Ce sont les personnes qui prennent part à la violation,⁸⁶ ou qui sont concernées, directement ou non, et avec témérité, dans la violation ou qui sont partie à la violation, qui contreviennent à l'article 243 et sont passibles de sanctions civiles aux termes de la partie 9.4B, laquelle énonce les conséquences civiles et criminelles d'une violation des dispositions sur les sanctions civiles.

La personne qui est impliquée dans le consentement d'un avantage financier en violation de l'article 243 dispose d'un moyen de défense si elle peut prouver qu'elle n'était pas au courant d'un fait ou d'une circonstance fondamentale à la violation du paragraphe 243H(1) ou (2).⁸⁷ De plus, la violation de l'article 243H n'entache pas l'opération de nullité.⁸⁸

3. Devoir de l'administrateur d'empêcher une opération d'insolvabilité par la compagnie (art. 588G) :

Le paragraphe 588G(1) de la CA de l'Australie traite de la situation d'une société qui contracte une dette tandis qu'elle est insolvable ou qui devient insolvable par suite de cette dette contractée.⁸⁹ L'administrateur de la compagnie, au moment où la dette a été contractée, viole cet article s'il était au courant, ou si une personne raisonnable aurait été au courant, de motifs de soupçonner que la compagnie était insolvable au moment de contracter la dette.⁹⁰ Cet article prévoit quatre moyens de défense : 1° l'administrateur avait des motifs raisonnables de s'attendre, et s'attendait de fait, à ce que la compagnie soit solvable et le demeurerait même si la dette était contractée; 2° l'administrateur avait des motifs raisonnables de se fonder sur les renseignements fournis par une personne compétente et fiable relativement à la solvabilité de la compagnie et s'attendait, sur la foi de ces renseignements, que la compagnie demeurerait solvable même si la dette était contractée; 3° l'administrateur, en raison d'une maladie ou pour quelque autre motif, ne prenait pas part à la gestion de la compagnie au moment où la dette a été contractée; et 4° l'administrateur a pris toutes les mesures raisonnables afin d'empêcher la compagnie de contracter la dette. Il existe un certain nombre de dispositions qui permettent à un tribunal d'ordonner à l'administrateur qui contrevient à cet article de verser un dédommagement à la compagnie

⁸⁶ Défini à l'art. 79.

⁸⁷ Par 2432E(6).

⁸⁸ Art. 103.

⁸⁹ Par. 95A(1) : [Traduction] solvabilité - la personne est solvable si, et seulement si, est en mesure d'acquitter toutes ses dettes au fur et à mesure de leur échéance; (2) : insolvable - la personne qui n'est pas solvable est dite insolvable.

⁹⁰ Par. 588G(2).

qui correspond au montant de la perte ou du dommage subi par les créanciers à la suite de l'opération.

VIII. La *Companies Act*, 1985 du Royaume-Uni (la CA du Royaume-Uni)

1. Restrictions générales sur les prêts aux administrateurs et aux personnes qui leur sont rattachées :

Sous réserve de certaines exceptions bien déterminées, une compagnie⁹¹ du Royaume-Uni ne peut, suivant l'article 330, consentir des prêts, des cautions ou des garanties sur un prêt à un administrateur de la compagnie ou de sa compagnie mère. Il est également interdit à la compagnie de prendre en charge tous droits, obligations ou dettes aux termes d'une opération qui, si la compagnie l'avait pris en charge à l'origine, aurait violé l'article 330. Il est de plus interdit aux compagnies ouvertes de consentir des quasi-prêts⁹² à des administrateurs de la compagnie ou de sa compagnie mère, de consentir des prêts, des quasi-prêts, des cautions ou des garanties sur un prêt à une personne rattachée à l'administrateur⁹³ ou de conclure une opération de crédit⁹⁴ en qualité de créancier ou de garant d'un tel administrateur ou d'une personne rattachée à l'administrateur.⁹⁵ La CA du Royaume-Uni interdit également les ententes dos à dos.⁹⁶

⁹¹ L'expression compagnie comprend à la fois la compagnie ouverte et la compagnie fermée. Lorsque la loi renvoie à une «compagnie apparentée», elle entend a) une compagnie ouverte ou b) la filiale d'une compagnie ouverte ou c) la filiale d'une compagnie qui a une autre filiale qui est une compagnie ouverte ou d) une compagnie qui a une compagnie ouverte comme filiale (par. 331(6)).

⁹² Le quasi-prêt est une forme indirecte de prêt aux termes duquel la société verse des fonds à une partie qui a prêté des fonds à un administrateur. La loi définit le quasi-prêt comme une opération suivant laquelle une partie («créancier») convient de verser ou verse autrement qu'aux termes d'une entente une somme pour autrui («emprunteur») ou convient de rembourser ou rembourse autrement qu'aux termes d'une entente une dépense contractée par une autre partie pour autrui («emprunteur») sous condition que l'emprunteur remboursera le créancier, ou dans des circonstances qui donnent naissance à une obligation de la part de l'emprunteur de rembourser le créancier (par. 331(3)).

⁹³ La personne rattachée à l'administrateur d'une compagnie comprend a) le conjoint, les enfants mineurs et les beaux-fils et belles-filles, b) une compagnie avec qui l'administrateur a des liens (c'est-à-dire l'administrateur et les personnes rattachées à l'administrateur qui soit disposent d'une participation d'au moins 20% au capital d'actions de participation de la compagnie soit sont habilités à exercer ou contrôler à tout le moins 21% du pouvoir délibératif en assemblée générale), c) le fiduciaire d'une fiducie dont un bénéficiaire est quiconque d'entre a) ou b), et d) un associé de l'administrateur ou quiconque d'entre a), b) ou c).

⁹⁴ C'est-à-dire le contrat de location avec option d'achat, la vente conditionnelle, le bail et d'autres régimes à paiements différés (par. 331(7)).

⁹⁵ Par. 330(3), (4).

⁹⁶ C'est-à-dire l'entente suivant laquelle une compagnie convient de consentir des prêts à l'administrateur d'une autre compagnie en retour de ce que l'autre compagnie consente des prêts à ses administrateurs (par. 330(7)).

a) Exceptions à la restriction générale sur les prêts aux administrateurs et aux personnes rattachées : Il y a huit exceptions à la restriction générale⁹⁷ : (i) les quasi-prêts à court terme; (ii) les prêts inter-compagnies dans le même groupe; (iii) les prêts de petites sommes à un administrateur; (iv) les opérations commerciales mineures;⁹⁸ (v) les opérations avec la compagnie mère; (vi) le financement d'une dépense de l'administrateur; (vii) les prêts de la part de compagnies de prêt d'argent;⁹⁹ et (viii) les prêts à l'achat et à l'amélioration de résidences.¹⁰⁰

b) Exécution : L'opération qui viole l'article 330 est annulable par la compagnie à moins que la restitution ne soit plus possible, que la compagnie a été dédommée ou que la personne a acquis des droits de bonne foi à titre onéreux sans avoir été avisée de la violation.¹⁰¹ De plus, l'administrateur et toute personne rattachée à l'administrateur en faveur de qui l'opération est conclue sont tenus de rendre compte de tout bénéfice tiré, directement ou non, de l'opération et ils sont solidairement tenus d'indemniser la compagnie pour toute perte ou tout dommage ayant pu résulter de l'opération. La CA du Royaume-Uni prévoit également des sanctions criminelles pour un manquement à l'article 330.¹⁰²

c) Divulgateion : La compagnie est tenue de divulguer les renseignements relatifs aux prêts, aux quasi-prêts et aux autres opérations en faveur d'administrateurs et de personnes rattachées dans les états financiers annuels de la compagnie.¹⁰³

2. Aide financière d'une compagnie à l'achat de ses propres actions¹⁰⁴ :

Une interdiction générale frappe l'aide financière consentie en vue de l'achat présent ou à venir des actions d'une compagnie. Il est également interdit à la compagnie de consentir une

⁹⁷ Art. 332 à 338.

⁹⁸ L'opération n'est pas définie. Cependant, il s'agit d'une exception au par. 330(4) qui traite des opérations de crédit, c'est-à-dire le contrat de location avec option d'achat, la vente conditionnelle, le bail et d'autres régimes à paiements différés.

⁹⁹ Test : ni le montant du prêt ni les conditions consenties ne peuvent être plus favorables que celles qu'il est raisonnable de s'attendre que la compagnie aurait offert à une personne dans la même situation financière, mais non rattaché à la compagnie.

¹⁰⁰ Ce type de prêt peut être consenti à des conditions préférentielles par rapport à un prêt sans lien de dépendance si la compagnie a pour politique de consentir de tels prêts.

¹⁰¹ Art. 341.

¹⁰² Art. 342.

¹⁰³ Art. 232.

¹⁰⁴ Art. 151.

aide financière afin de réduire une dette qui a été contractée dans le cadre d'un achat antérieur de ses actions. Bien que ces dispositions s'appliquent à la fois aux compagnies ouvertes et fermées, il y a assouplissement de la règle générale pour les compagnies fermées.¹⁰⁵ Il est paradoxal de constater que, en dépit de l'interdiction générale d'aide financière, l'article 155 entraîne la situation où les compagnies fermées peuvent consentir une aide financière à l'achat de leurs propres actions et des actions de leur compagnie mère. Toutefois, si la compagnie mère est une compagnie ouverte ou que la compagnie fermée fait partie d'un groupe qui contient une compagnie ouverte, la règle générale s'applique. L'aide financière s'entend, notamment, des prêts, cautions, garanties, indemnités,¹⁰⁶ dons ou d'autres ententes.¹⁰⁷

a) Exceptions à la règle générale sur l'achat d'actions : Il y a trois grandes exceptions à la règle générale sur l'achat d'actions :

(i) Exception de finalité¹⁰⁸ : Il s'agit en fait de deux exceptions:
1° lorsque la finalité principale de l'aide n'est pas un achat d'actions ou
2° lorsque la finalité principale de l'aide est l'achat d'actions mais qu'elle est consentie dans le cadre d'une finalité plus large de la compagnie. Dans les deux cas, l'aide doit être consentie de bonne foi et être dans l'intérêt de la compagnie.

(ii) Exception d'opération autorisée¹⁰⁹ : Ces exceptions se fondent sur la nature de l'opération et comprennent les dividendes versés légalement, l'attribution d'actions en prime et le rachat ou l'achat d'actions fait en conformité avec le chapitre VII de la loi.

(iii) Exception relative aux prêts dans le cours normal des activités et aux employés¹¹⁰ : Cette exception permet de consentir des prêts lorsque cela est fait dans le cours normal des activités d'une compagnie. Cet article prévoit également une exception relative au régime d'achat d'actions à l'intention des

¹⁰⁵ Art. 155.

¹⁰⁶ Cependant, une compagnie peut s'assurer contre sa propre négligence ou son propre manquement (s.-al. 152(1)a)(ii)).

¹⁰⁷ Art. 152.

¹⁰⁸ Par. 153(1), (2).

¹⁰⁹ Par. 153(3).

¹¹⁰ Par. 153(4).

employés. La loi n'oblige plus les régimes d'achat d'actions à l'intention des employés d'être administrés par un fiduciaire.¹¹¹

b) Restrictions spéciales pour les compagnies ouvertes¹¹² : Cette exception exige qu'une compagnie ouverte dispose d'un actif net¹¹³ qui ne sera pas réduit du fait de l'aide financière ou, dans la mesure où cet actif en est ainsi réduit, l'aide est fournie à même les bénéfices distribuables.

c) Assouplissement de la règle générale pour les compagnies fermées : Une compagnie fermée peut consentir une aide financière à l'achat de ses propres actions ou les actions de sa compagnie mère lorsque la compagnie mère est également une compagnie fermée. Ici, comme dans le cas des compagnies ouvertes, l'aide financière ne peut être consentie à moins que la compagnie dispose d'un actif net qui ne sera pas réduit du fait du consentement de l'aide et, dans la mesure où il en est ainsi réduit, l'aide est consentie à même les bénéfices distribuables. Sauf dans le cas d'une filiale en toute propriété, l'aide financière doit être approuvée par résolution spéciale¹¹⁴ de la compagnie et par la compagnie mère lorsque la compagnie projette de consentir une aide financière à l'achat d'actions de la compagnie mère. La loi exige que les administrateurs de la compagnie fassent une déclaration solennelle à laquelle est donné le détail de l'aide financière,¹¹⁵ y compris une déclaration de leur avis sur la solvabilité de la compagnie.¹¹⁶ La déclaration des administrateurs doit être jointe au rapport du vérificateur de la compagnie qui soutient l'avis de solvabilité des administrateurs.¹¹⁷ Ce rapport, de même que copie de la résolution spéciale, doit être déposé auprès du registraire des compagnies.

3. Opération frauduleuse et irrégulière :

La CA du Royaume-Uni comporte une disposition sur les opérations frauduleuses suivant laquelle une personne est tenue responsable de l'exploitation d'une entreprise avec l'intention

¹¹¹ La loi de 1948 exigeait que les régimes d'actions soient administrés par des fiduciaires; cela fut modifié par F.S.A. 1986, art. 196.

¹¹² Art. 154.

¹¹³ Actif net : le total de l'actif de la compagnie, moins le total de son passif (par. 152(2)).

¹¹⁴ Nécessite au minimum trois quarts des suffrages des votants habiles à voter et au moins 21 jours d'avis de l'intention de proposer une résolution comme résolution spéciale.

¹¹⁵ Par. 156(1).

¹¹⁶ Par. 156(2).

¹¹⁷ La loi ne prévoit pas de sanction pour le vérificateur qui manque à cette obligation.

de frauder les créanciers.¹¹⁸ Les dispositions sur les opérations irrégulières se trouvent dans la *Insolvency Act 1986*. En vertu de l'article 214 de la CA du Royaume-Uni, la personne qui est ou a été administrateur peut être tenue de faire une contribution à l'actif de la compagnie si 1° la compagnie est en liquidation pour insolvabilité, 2° l'administrateur, avant le début de la liquidation de la compagnie, était au courant ou aurait dû être au courant qu'il n'y avait pas de possibilités raisonnables que la compagnie évite la liquidation pour insolvabilité et 3° la personne était administrateur à cette époque-là. L'administrateur peut se défendre en démontrant qu'il a pris toutes les mesures qu'il aurait dû prendre pour réduire au minimum la perte potentielle des créanciers de la compagnie.

Cette disposition ne comporte pas de définition d'opération irrégulière, mais, selon *Palmer's Company Law*, «[Traduction] l'essence de l'activité consiste en ce que la compagnie continue de faire des opérations, et de contracter des dettes, après le moment où les administrateurs ont su ou auraient dû se rendre compte qu'une liquidation pour insolvabilité était inévitable, ou, à tout le moins, paraissait probable à une personne raisonnable placée dans la situation de l'administrateur que l'on tient pour responsable».¹¹⁹ De plus, la disposition énonce que l'administrateur peut être tenu de contribuer à l'actif de la compagnie et elle ne limite pas cette responsabilité aux dettes contractées après que l'administrateur a pris connaissance de la situation financière précaire de la compagnie ou qu'il aurait dû le réaliser. L'administrateur pourrait par conséquent être tenu responsable des dettes de la compagnie, quel que soit le moment où elles ont été contractées.

En vertu de la *Company Directors Disqualification Act 1986*, quand un administrateur est déclaré redevable d'une contribution à l'actif de la compagnie au motif de l'article 214 de la *Insolvency Act 1986*, le tribunal peut également rendre une ordonnance d'incapacité contre l'administrateur. La période maximale d'incapacité est de 15 ans. La personne contre qui une ordonnance d'incapacité est rendue ne peut, sans l'autorisation du tribunal, être administrateur d'une compagnie ni, de quelque façon, prendre part à la promotion, à la formation ou à la gestion d'une compagnie.

¹¹⁸ Art. 458 de la CA du Royaume-Uni.

¹¹⁹ F.B. Palmer, C.M. Schmittoff, *Palmer's Company Law*, 24^e éd. (London: Stevens, 1987) p. 15209.

ANNEXE C

ÉCLAIRCISSEMENTS POSSIBLES DE L'ARTICLE 44

Les praticiens du droit et autres ont soulevé une longue liste de problèmes techniques relatifs à l'article 44. Ces problèmes sont commentés dans la présente annexe. L'article 44 est maintenu et éclairci suivant ce qui est avancé à l'option 5 du présent document de consultation,¹ les commentaires qui suivent pourraient former le fondement à une actualisation de l'article.

La revue qui suit commence avec la question la plus compliquée, le test de l'actif qui cause de la confusion et que l'on trouve à l'alinéa *d*) du paragraphe 44(1) (voir les questions 1 à 5). La question 6 envisage ensuite un certain nombre de considérations relatives au choix du moment, suivi des questions 7 à 13 sur les questions de définitions. Les questions 14 à 16 envisagent les exemptions qu'offre le paragraphe 44(2) et les questions 17 et 18 examinent la protection qu'offre le paragraphe 44(3) aux prêteurs et aux créanciers. Enfin, la question 19 porte sur l'emphase générale de l'article 44.

I. TEST DE L'ACTIF

Question 1 : Devrait-on remplacer l'expression «valeur de réalisation» de l'actif de la société que l'on trouve à l'alinéa 44(1)*d*) par l'expression plus usitée de «juste valeur» ou devrait-on l'éclaircir d'une autre façon?

Contexte :

L'élément test de l'actif de l'article 44 interdit les opérations d'aide financière lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la «valeur de réalisation de [l']actif [de la société], déduction faite de l'aide consentie, soit sous forme de prêt, soit par mise en gage de biens ou de constitution de charges sur des biens en vue d'obtenir une caution, serait, du fait de cette aide financière, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré». Les praticiens du droit et de la comptabilité ont soulevé un certain nombre de problèmes que leur pose ce contrôle.

Le premier problème réside dans l'expression «valeur de réalisation». Un auteur a écrit ce qui suit :

¹ Certains des éclaircissements possibles qui suivent pourraient également trouver une application si certaines des autres options mentionnées dans le document sont adoptées. Par exemple, l'extension de l'obligation de divulgation dont il est question à l'option 3 du document pourrait être touché par les éclaircissements quant au genre d'initiés et quant à la forme des opérations d'aide financière qui doivent être divulgués.

[Traduction] Il est difficile de saisir le sens de «valeur de réalisation de l'actif de la société». Il semble soulever les questions de savoir si oui ou non la juste valeur marchande actuelle de l'actif de la société est inférieure au montant qui sera nécessaire pour acquitter son passif probable sur sa dette existante (éventuelle et réelle) au fur et à mesure où il devient inconditionnel et échoit, y compris le passif en vertu de la caution.²

L'une des difficultés qu'éprouve les administrateurs, c'est que la «valeur de réalisation» est prospective et ne correspond pas à la valeur comptable historique dont on se sert en général dans les états financiers de la société.³ Par conséquent, les administrateurs sont placés dans une situation où ils ne sont pas en mesure de se fonder de façon appropriée sur les états financiers de la société pour prendre leurs décisions quant à savoir si l'article 44 est respecté ou non. Par ailleurs, le recours à une comptabilité fondée sur la valeur comptable historique ne reflète pas la valeur courante de la société et aurait pour effet de diminuer la protection des actionnaires et des créanciers.

Autre problème qui se pose, c'est que jusqu'à maintenant, il y a peu de jurisprudence emportant interprétation de l'expression «valeur de réalisation». Cependant, un tribunal de l'Ontario définissait, dans une décision de 1992, la «valeur de réalisation» comme s'entendant du prix sur lequel un vendeur et un acheteur, sérieux et bien informés, aucun n'agissant sous la contrainte, tomberaient d'accord au moment où l'aide financière est consentie. Ce prix peut être considéré comme la juste valeur marchande. La valeur de liquidation en cas de saisie n'entrerait dans le paysage qu'advenant qu'un orage monte à l'horizon – des années de perte sans espoir de redressement ou des créanciers importants qui se font pressants et pas de chevalier blanc en lice.⁴

Dans un autre jugement traitant d'un article équivalent de la BCA de l'Alberta⁵, un tribunal statuait que la «[Traduction] 'valeur de réalisation' de l'actif renvoie à la juste valeur marchande soit en fonction de la valeur de l'exploitation soit en fonction de la valeur à la pièce, selon la plus élevée des deux».⁶

Le *Manuel de l'ICCA* emploie l'expression «juste valeur» dans le cadre des principes comptables généralement reconnus (PCGR) dans des domaines tels des opérations avec des

² Belcher and Lewarne, «Corporate Guarantees as a Form of Financial Assistance : The Banker's View», (1989) 5 Banking and Finance Law Review, p. 10.

³ Ibid., p. 10.

⁴ Clarke c. Technical Marketing Associates Ltd. Estate (1992), 8 O.R. (3d) 734 (Gen. Div.) pp. 750 et 751.

⁵ S.A. 1981, c. B-15, art. 42.

⁶ Dassen Gold Resources Ltd. c. Royal Bank of Canada [1994] A.J. No. 685 (Q.B.), 14 septembre 1994, par. 193.

apparentés. La «juste valeur» se définit comme «le montant de la contrepartie dont conviendraient des parties compétentes agissant en toute liberté dans des conditions de pleine concurrence».⁷

Une option consisterait à modifier la LCSA afin de remplacer l'expression «valeur de réalisation» par l'expression «juste valeur» que l'on trouve dans le *Manuel de l'ICCA* et d'adopter une définition de juste valeur. Cette option a pour mérite de conférer une plus grande certitude à la fois aux comptables à qui il est demandé de donner des avis et aux administrateurs. Un des désavantages de l'option, c'est que la jurisprudence, qui présente maintenant une interprétation de la «valeur de réalisation», est moins utile quoique la définition du *Manuel de l'ICCA* semble alignée étroitement sur le libellé adopté par la jurisprudence.

Recommandation :

Modifier l'alinéa 44(1)d) afin de remplacer l'expression «valeur de réalisation» par l'expression «juste valeur» qui se trouve dans le *Manuel de l'ICCA* et ajouter une définition de celle-ci à l'article 44.

Question 2 : Quels éléments d'actif devrait-on exclure du test de l'actif lorsque l'aide financière prend la forme d'une mise en gage de biens ou d'une constitution de charges sur des biens en vue d'obtenir une caution?

Contexte :

Un autre problème a été décelé relativement au test de l'actif de l'alinéa 44(1)d). Ce test semble indiquer que, lorsqu'une caution est obtenue au moyen d'une mise en gage de biens ou de la constitution de charges sur des biens, tous ces éléments d'actif doivent être exclus de la définition de «valeur de réalisation de l'actif de la société». Cela pose des problèmes aux sociétés et aux prêteurs, surtout lorsqu'il existe une débenture qui grève d'une charge flottante tout l'actif d'une société. Dans un tel cas, l'ensemble de l'actif de la société devrait alors être exclu au moment d'effectuer les calculs relatifs à la solvabilité et il se trouve très peu d'opérations d'aide financière qui satisferaient à ce contrôle.

Certains commentateurs ont suggéré qu'une interprétation raisonnable consisterait en l'exclusion de biens uniquement dans la mesure nécessaire pour couvrir le passif aux termes

⁷ Manuel de l'ICCA, chapitre 3840.

de la caution.⁸ Il pourrait également être soutenu que le plein montant éventuel cautionné ne devrait pas être déduit du côté actif de l'équation. Plutôt, un montant exprimant le coût de la caution si, par exemple, elle est prise en charge par un tiers, devrait être déduit. Cependant, parce que cette aide financière entraîne une possibilité de conflit d'intérêts, il peut être soutenu que le plein montant cautionné, soit la totalité de l'obligation potentielle, devrait à tout le moins être exclu de la valeur de l'actif.

Recommandation :

Éclaircir le fait que, lorsque l'aide financière prend la forme d'une mise en gage de biens ou de la constitution de charges sur des biens en vue d'obtenir une caution, le montant exclu de la valeur de réalisation de l'actif de la société pour les besoins du test de l'actif suivant l'alinéa 44(1)d) correspond au moindre d'entre la valeur de l'actif ou le plein montant de l'obligation garantie par la mise en gage ou la caution.

Question 3 : Devrait-on éclaircir l'article 44 relativement 1° aux cautions comme élément de passif, 2° à la compensation d'indemnités reçues de tiers, et 3° au double compte?

Contexte :

On a cerné trois autres problèmes relativement aux tests de la solvabilité et de l'actif que l'on trouve aux alinéas 44(1)c) et d) par rapport au calcul de l'actif et du passif. Premièrement, il n'est pas évident que «passif» devrait comprendre le passif éventuel, surtout les cautions. Un commentateur a fait la remarque suivante :

[Traduction] En ce qui concerne le test que l'on trouve à l'alinéa 42(1)d),⁹ il est peut-être simple dans son application lorsque l'aide financière prend la forme d'un prêt, mais nous soumettons que ce test est ambigu si l'aide financière est formée d'une caution. Le mot «passif» comprend-il le passif éventuel? Quand une caution devient-elle «exigible», surtout si l'on considère que de nombreuses formes de cautions ne nécessitent pas une demande en tant que tel, rendant la caution responsable

⁸ À titre illustratif, voir Sedgwick, «Guarantees, Security and the Giving of 'Financial Assistance' by Corporations» (Insight Conference, 1986), p. 38.

⁹ De la BCA de l'Alberta, l'équivalent de l'alinéa 44(1)c) de la LCSA.

concurrentement au débiteur principal? Comment alors déterminer si la société serait oui ou non en mesure d'acquitter une telle obligation lorsqu'elle devient «exigible»?¹⁰

Il peut être soutenu que l'élément de passif éventuel aux termes d'une caution devrait être inclus dans le passif de la caution dans la mesure où il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un avenir raisonnablement prévisible, cet élément de passif deviendra une obligation réelle. On devrait peut-être songer à imposer un délai à une telle projection. L'*Instruction générale canadienne n° 48*, qui porte sur l'information financière prospective dans les documents d'information, prévoit un délai maximum de 24 mois (la fin de l'exercice suivant).

Deuxième problème qui se pose, relié au précédent, c'est comment devrait-on traiter la compensation des indemnités/cautions? Des sociétés ne sont pas habituellement habilitées à compenser une dette éventuelle par un élément d'actif éventuel lorsqu'elles effectuent les calculs relatifs à ce contrôle. L'élément d'actif éventuel est représenté par la valeur du droit de subrogation de la société à l'encontre de la partie dont les dettes sont cautionnées et le droit, le cas échéant, à une contribution de la part de tiers mis en cause dans le contrat d'aide, tel que des cocautions. Les PCGR exigent que toutes les pertes et tous les gains éventuels soient divulgués dans des notes afférentes aux états financiers. Devrait-on modifier la LCSA afin de permettre l'inclusion d'«éléments d'actif éventuels» dans le calcul de l'actif afin de compenser les éléments de passif éventuels qui sont inclus dans le calcul permettant d'établir la dette existante?

Troisième et dernier problème, c'est que l'alinéa 44(1)d) peut nécessiter un double compte d'une caution garantie. Les PCGR peuvent exiger que la caution elle-même apparaisse comme élément de passif éventuel au bilan. En plus de cette obligation pécuniaire qui doit être présentée, la loi exige que la valeur de réalisation de la garantie soit déduite de l'actif de la société. Cela constitue un double compte du montant de l'aide financière si, comme ce serait normalement le cas, le créancier accepte une garantie correspondant à la valeur de la caution.

Un autre aspect du double compte a également fait l'objet de commentaires :

[Traduction] Il est à noter que ce test peut se révéler extrêmement onéreux puisqu'on peut soutenir qu'on assiste à une certaine forme de double compte pour autant que la société soit concernée, p. ex. dans le cas d'une société qui consent un prêt à un actionnaire que permet le [par. 44(1)], la source de ce prêt étant une émission

¹⁰ Karvellas & Daniel, «Limitations On The Power Of An Alberta Corporation To Provide Guarantees And Other Financial Assistance : Section 42 Of The (Alberta) Business Corporations Act», 23 (1985) Alta L.R. 479, p. 484.

d'actions, le prêt doit être exclu du calcul de la valeur de réalisation même si le capital déclaré, qui est à la source de ce prêt, doit être inclus dans le contrôle.¹¹

Cette deuxième question relative au double compte est plus complexe que la première question parce que, outre le versement du prêt, la société est maintenant assujettie à certaines obligations nouvelles relativement aux actions nouvellement émises. Le problème ne semble pas résider tellement dans le double compte mais plutôt dans les droits des actionnaires nouveaux tandis que le prêt est en cours.

Recommandations :

(A) Définir le terme «passif» suivant l'alinéa 44(1)d) de sorte qu'il comprenne un élément de passif éventuel aux termes d'une caution lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il deviendra un élément de passif réel dans l'exercice en cours ou dans l'exercice suivant.

(B) Modifier l'article 44 afin qu'il soit prévu que, lorsqu'un élément de passif éventuel aux termes d'une caution est considéré un élément de passif aux termes de l'alinéa 44(1)d), toute caution ou indemnité compensatoire et valide pourrait entrer dans les calculs servant à établir l'actif de la société.

(C) Modifier l'article 44 de façon à ce qu'il soit prévu que, lorsqu'un élément de passif éventuel aux termes d'une caution est considéré comme un élément de passif aux termes de l'alinéa 44(1)d), les biens garantis par la caution n'ont pas à être exclus du calcul de la valeur de l'actif.

Question 4 : Devrait-on exclure une aide financière antérieure du calcul de la valeur de l'actif de la société?

Contexte :

À l'alinéa 44(1)d), il n'est pas manifeste que le montant de l'aide financière qui doit être exclu de l'actif de la société comprend l'aide financière antérieure ou uniquement celle qui concerne une opération donnée. Certains commentateurs soutiennent que seul le montant immédiat de l'aide financière a à être exclu. D'autres soutiennent que la voie «sûre» consiste à exclure toute aide financière antérieure. En effet, il est impossible de brosser un portrait

¹¹ Jonathan Levin, «Financial Assistance» (Canadian Bar Association - Ontario, Continuing Legal Education, Basic Corporate Practice, 27 avril 1985), p. 9.

réel de la situation financière d'une société sans tenir compte de toute l'aide financière qui a été consentie.

La version française de l'alinéa 44(1)d) suggère que seule l'aide financière en cause a à être déduite parce que l'expression est utilisée au singulier («l'aide consentie»), par opposition à la version anglaise qui renvoi à «toute aide financière».

Recommandation :

Exclure de la définition d'«actif» :

- (i) tout montant d'aide financière consenti par la société en tout temps sous forme de prêt;
- (ii) tout montant d'aide financière consenti par la société sous forme d'une mise en gage de bien ou de constitution de charges sur des biens en vue d'obtenir une caution; et
- (iii) tout montant d'aide financière fourni par la société sous forme de garantie consentie sur une partie ou la totalité de ses biens afin de garantir le paiement des obligations de l'emprunteur au moment où la société prend l'engagement financier et à la ou aux dates où la société est appelée à remplir ses obligations.

Question 5 : Devrait-on tenir compte des impôts exigibles et des frais d'opération afférents à l'aliénation d'éléments d'actif lorsqu'on effectue les calculs relatifs au test de l'actif (al. 44(1)d)?

Contexte :

Dans l'établissement de la valeur de l'actif suivant l'alinéa 44(1)d), la question se pose à savoir si les impôts exigibles et les frais d'opérations afférents à l'aliénation d'éléments d'actif devraient être déduits. D'une part, la [juste] valeur de «réalisation» implique un montant qui se matérialise sous forme de comptant entre les mains de la société, c'est-à-dire net d'impôts ou de tous autres frais de vente. Il pourrait également être soutenu que la LCSA devrait pêcher par précaution afin de protéger les créanciers et les actionnaires minoritaires.

D'autre part, le critère de la solvabilité, qui est déjà considéré comme onéreux, serait rendu encore plus difficile à remplir. L'obligation fiscale relative aux revenus et aux gains

en capitaux est difficile à quantifier et pourrait varier grandement selon la méthode d'aliénation utilisée. En effet, la vente d'éléments d'actif pourrait donner lieu à une perte en capital et devrait-on alors inclure le montant de la perte dans l'actif (d'un point de vue fiscal)?

Recommandation :

Aucun changement n'est proposé.

II. CHOIX DU MOMENT

Question 6 : Devrait-on éclaircir l'article 44 afin d'établir le moment où il faut satisfaire aux tests de la solvabilité et de l'actif – au moment de la conclusion du contrat ou chaque fois qu'une avance ou un versement est fait aux termes du contrat?

Contexte :

Le choix du moment requis par l'article 44 n'est pas entièrement clair. Le test de la solvabilité et le test de l'actif ont tous deux recours au temps conditionnel. Par exemple, le test de l'actif à l'alinéa 44(1)c) dit que la société ne consentira pas d'aide financière lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que «ou bien [la société] ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance». Le recours au temps conditionnel («pourrait» et les mots «de ce fait» (qui renvoient à «fournir une aide financière» qui se trouve dans le préambule du paragraphe) semblent suggérer que le test est prospectif.

Il semble bien que certains praticiens du droit aient adopté comme position qu'on n'a pas à satisfaire au test de la solvabilité chaque fois qu'une avance ou un versement est fait aux termes d'un contrat de prêt intergroupe, ni chaque fois qu'une avance est faite aux termes d'un contrat de prêt garanti par une caution. Le prêt, la caution ou une autre forme d'aide est mesuré en fonction du test de la solvabilité uniquement au moment où les documents sont signés et l'aide financière devient un engagement juridique.¹²

¹² À titre illustratif, voir Stewart, «Financial Assistance by Corporations – Statutory Prohibitions» (oct. 1988), 7 Can. Banking Newsletter 65, p.67 :

[Traduction] L'interprétation la plus pratique, c'est qu'il faut satisfaire au test au moment même où la caution ou une autre forme d'aide financière est fournie au prêteur. Une autre interprétation possible serait d'exiger qu'il soit satisfait au test chaque fois qu'un versement est fait par le fournisseur de l'aide financière. Le problème évident avec la deuxième interprétation, c'est qu'il n'y aurait jamais de certitude sur le caractère exécutoire de l'aide financière parce qu'il pourrait

La jurisprudence n'est pas entièrement claire sur ce point. Aucune décision ne semble avoir été rendue de façon directe sur ce point, bien que certains jugements portent sur des questions connexes.

Deux jugements ont examiné l'article sous l'angle du moment de l'aide financière afin de répondre à la question de savoir si une exemption s'appliquait. Afin d'établir si une société constituait une filiale d'une autre société et, par conséquent, établir si une exemption s'appliquait ou non, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué dans *Noren c. Brownie's Franchises Ltd.* que :

[Traduction] Le nombre d'actions détenues en pleine propriété lorsque l'opération a été envisagée pour la première fois n'est pas, à mon avis, pertinent. Les dates pertinentes sont formées du moment où l'opération devient un engagement juridique irrévocable et du moment où l'aide financière est véritablement consentie.¹³

Dans un deuxième jugement, *Straight Line Contractors c. Rainbow Oilfield Maintenance Ltd.*, la Cour d'appel de l'Alberta s'est fondée sur l'arrêt *Noren* pour interpréter la disposition équivalente sur l'aide financière que contient la BCA de l'Alberta. Encore une fois, dans cette décision, la Cour devait établir si une société était une filiale en toute propriété et si une exemption s'appliquait.

[Traduction] Dans la mesure où l'arrêt *Noren* débouche sur la conclusion que deux des facteurs à envisager afin d'établir si l'exemption s'applique consistent, d'abord, à examiner la situation de propriété telle qu'elle existait au moment où l'engagement juridique à aider est pris et, en deuxième lieu, d'établir si cette propriété à 100% a été maintenue au cours de la période où l'aide financière a été consentie, je suis parfaitement en accord. Cependant, je serais, respectueusement, en désaccord dans la mesure où la décision pourrait être interprétée comme signifiant que si, à quelque moment au cours de la période de validité de l'aide, la propriété à 100% prenait fin, cela aurait pour effet de permettre que les opérations en cause puissent être attaquées avec succès en invoquant le fait que l'exemption serait alors inapplicable.

Un tel résultat mènerait inévitablement à une incertitude permanente et, de fait, à une ingérence potentiellement inéquitable dans la planification et la conduite de saines pratiques d'affaires. Ce résultat est particulièrement évident si l'on envisage, par exemple, une situation où il y a aide financière consentie au moyen d'une hypothèque ou d'une débenture assortie d'une récupération à long terme. La compagnie et ses

être satisfait au test donné, mais qu'à une date ultérieure, il ne le pourrait pas.

¹³ (1987), 37 D.L.R. (4th) 1 en p. 5 (B.C.C.A.), 13 B.C.L.R. (2d) 73, 36 B.L.R. 85. Dans cette cause, la société n'était pas une filiale «[Traduction] lorsque le projet d'achat a été initialement envisagé», bien que la société était devenue une filiale au moment où l'aide financière a été versée et est devenue un engagement juridique, engageant la société (p. 4).

actionnaires seraient gravement limités dans leurs activités en attendant que soit terminé le remboursement. Ce type de restriction n'entrerait sûrement pas dans l'intention de l'assemblée législative.

À mon avis, la clé qui permet d'établir si l'exception s'applique ou non à l'opération en cause réside dans les diverses circonstances qui entourent l'opération. Ces circonstances comprendraient, comme dans *Noren*, l'examen de la question de savoir si la relation, concernant la propriété de 100% ainsi que le permet l'exemption, existait au moment où l'engagement juridique de consentir l'aide financière a été pris. Autre facteur d'importance à considérer, c'est la question de savoir si la propriété qui forme le fondement de l'exemption demandée en est une de fonds.¹⁴

Bien que ces décisions ne portent pas directement sur le point en cause, en ce qu'elles examinent l'applicabilité de l'exemption, les considérations semblables¹⁵ semblent pertinentes à la question du choix du moment relatif aux tests de la solvabilité et de l'actif.

Dans une troisième affaire, *Nelson c. Rentown Enterprises Inc.*,¹⁶ la Cour du banc de la reine de l'Alberta a examiné l'interprétation de l'article 34 de la LCSA qui impose la restriction à l'achat de ses propres actions par une société. Cet article contient des tests de la solvabilité et de l'actif qui ressemblent à ceux que l'on trouve à l'article 44 de la LCSA. La Cour était d'avis que le test de la solvabilité devrait être appliqué à la fois au moment où le contrat est conclu et au moment où il est exécuté. Dans sa décision, la Cour notait ce qui suit :

[Traduction] Cependant, aux États-Unis, la position générale a toujours été que, si le contrat de l'actionnaire concerne des paiements par versements, le test s'applique au moment de chaque paiement et non simplement au moment où le contrat est conclu...¹⁷

La Cour a maintenu que le principe directeur sous-jacent à l'article 34, lequel a pour effet de restreindre le pouvoir d'une société d'acheter ses propres actions, «[Traduction] visait à s'assurer qu'un ou que plusieurs actionnaires d'une société ne puissent pas récupérer leur mise de fonds au détriment des créanciers et des autres actionnaires».¹⁸ L'application

¹⁴ (1991), 115 A.R. 327 (Alta C.A.), pp. 332 et 333.

¹⁵ Par exemple, «conduite de saines pratiques d'affaires» et «certitude du caractère exécutoire de l'aide financière».

¹⁶ *Nelson c. Rentown Enterprises Inc.* (1993), 2 W.W.R. 71 (Alta Q.B.). En appel, la Cour d'appel de l'Alberta s'est déclarée unanimement en accord avec le jugement de la Cour du banc de la reine et l'a adopté (1994) 109 D.L.R. (4th) 608 (Alta C.A.).

¹⁷ Ibid., p. 73.

¹⁸ Ibid., p. 74.

du test à des moments différents dans le temps aide à s'assurer que les créanciers et les actionnaires minoritaires sont protégés contre les gestes d'un actionnaire important.

La Cour, dans *Nelson*, a établi une distinction par rapport à l'arrêt *Straight Line* sur la foi que les deux articles (34 et 44) avaient recours à un libellé différent et que l'article 40 de la LCSA établit un régime prioritaire pour ce qui est des contrats d'achat d'actions. Enfin, la Cour a soupesé l'«incertitude d'affaires» par rapport à la «protection des actionnaires minoritaires et des créanciers» :

[Traduction] Même en considérant que l'argument de l'«incertitude des affaires» puisse être convaincant, on doit considérer le but primordial du Parlement en adoptant l'article 34. À n'en pas douter, le Parlement ne voulait pas encourager l'incertitude en affaires. Par ailleurs, comme je l'ai dit plus tôt, le but premier de l'article 34 et de ses dispositions connexes, c'est la protection des créanciers et des autres actionnaires vis-à-vis des ententes d'achat d'actions qui pourraient avantager un ou plusieurs actionnaires dans une situation d'insolvabilité. L'interprétation de l'article 34 que propose le plaignant pourrait donner naissance à de nombreuses occasions d'abus de la position d'un actionnaire. Considérons par exemple la situation où le principal élément d'actif d'une société serait une parcelle de terre. Une entente d'achat d'actions pourrait être conclue à une date où l'avenir financier de la situation de la société est imprévisible. Une entente pourrait être conclue afin de reporter la date d'exécution bien avant dans le futur, moment auquel les perspectives de la société sont plus manifestes. Si le test de la solvabilité n'était appliqué qu'à la date de la signature et non à la date où le contrat doit être véritablement exécuté, cela pourrait avoir pour effet de conférer à l'actionnaire le droit de dépouiller la société de son principal élément d'actif, à une date éloignée dans le futur, au détriment des autres actionnaires et créanciers.¹⁹

L'objectif de protection des créanciers et des autres actionnaires est une question importante à la fois pour ce qui est des opérations d'aide financière et des opérations d'achat d'actions de la société. Dans le cas de rachat d'actions, nous sommes toujours dans le domaine des opérations entre apparentés de la société (c'est-à-dire, les actionnaires). Dans le cas des opérations d'aide financière, des tiers, par exemple des prêteurs, pourraient être en cause, lesquels pourraient faire pencher la balance en cause vers des préoccupations de certitude des opérations. Bien qu'il puisse être sensé d'assujettir chaque paiement aux termes d'un prêt par versements, que consent la société à un administrateur ou à un actionnaire sur une certaine période de mois ou d'année, aux tests de la solvabilité et de l'actif, il semble moins raisonnable d'imposer une telle exigence vis-à-vis des opérations mettant en cause des tiers qui traitent avec la société sans lien de dépendance, comme un prêteur de bonne foi.

¹⁹ Ibid., p. 78.

Les mêmes préoccupations à propos d'ambiguïté quant au choix du moment s'appliquant au test que nous commentons ci-dessus à l'égard des avances ou des paiements aux termes d'un contrat sont pertinentes aux cautions. Les alinéas 44(1)c) et d) prévoient que les tests de la solvabilité et de l'actif doivent être appliqués ou analysés à un moment dans le temps qui se situe «après avoir consenti l'aide financière». Dans le contexte d'une caution, il n'est pas évident d'établir si cette forme d'aide financière est «consentie» au moment où elle est conclue ou au moment où (ou si) la caution est véritablement sollicitée. Les mêmes préoccupations d'«incertitude d'affaires» par rapport à la «protection des actionnaires minoritaires et des créanciers» sont pertinentes.

Recommandation :

Modifier l'article 44 de façon à éclaircir le fait qu'il n'a à être satisfait aux tests qu'au moment de la conclusion du contrat d'aide financière.²⁰

Option :

Modifier l'article 44 afin d'éclaircir que, uniquement en ce qui concerne un prêteur ou un autre tiers traitant de pleine concurrence et de bonne foi avec la société, il ne devra être satisfait aux tests qu'au moment de la conclusion du contrat d'aide financière. Comme dans le cas de la règle relative aux achats d'actions, il devra être satisfait à la règle dans le cas de contrats passés directement avec des apparentés chaque fois qu'une aide financière est avancée aux termes d'un contrat d'aide financière.²¹

²⁰ À titre illustratif, les al. 44(1)c) et d) pourraient être modifiés en remplaçant les mots «de ce fait» à l'al. c) par «dès ce fait accompli» et les mots «du fait de cette aide financière» à l'al. d) par «dès le consentement de cette aide financière».

²¹ Les opérations échelonnées, font l'objet de commentaires à la question 14, constituent un autre domaine où se posent des questions relatives au choix du moment.

III. DÉFINITIONS

Question 7 : Devrait-on définir l'expression «aide financière» et en élargir la portée ou doit-on appliquer l'article 44 uniquement aux opérations d'aide financière «importantes», ou faire ces deux choses?

Contexte :

L'article 44 interdit à une société de fournir «une aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution». Les mots «même indirects, notamment» confèrent au paragraphe 44(1) une application extrêmement large qui, bien que cela soit peut-être intentionnel, donne lieu à des problèmes inhabituels. Par exemple, supposons qu'Y et Z soient des filiales en propriété partielle d'X. Si Y et Z contractent une obligation solidaire et chacune fournit une garantie subsidiaire, cela constitue-t-il une aide financière indirecte qui entrerait dans la catégorie de «notamment»? La portée de ce type d'opération est rendue d'autant problématique parce que la catégorie de personnes couvertes par l'alinéa 44(1)a) est également large.²²

Un commentateur a fait la revue qui suit des formes d'aide financière que pourrait couvrir l'article actuel :

[Traduction] Vous devriez envisager si une aide financière est consentie ou non chaque fois que vous rencontrez la situation où une partie prend en charge une obligation ou donne une garantie à un prêteur, mais que le produit du prêt est attribué totalement ou quasi-totalement à une autre partie.

Les formes d'aide financière les plus répandues sont le prêt et la caution, mais il importe de se souvenir qu'une telle aide peut prendre d'autres formes.

L'hypothèque ou autres sûretés consenties par une partie comme garantie de l'emprunt d'une autre, quelle soit ou non «sans recours» et qu'il y ait ou non caution formelle constitue une aide financière pour l'emprunteur...

L'aide financière peut également adopter la forme de la «lettre de confort» (même si elle n'entre pas véritablement dans la catégorie de caution formelle), la remise ou l'assouplissement d'une obligation, la subordination d'une garantie ou le report de paiement, le remboursement anticipé d'une dette ou une convention d'indemnisation. Elle pourrait même adopter la forme de la conclusion d'une opération qui avantage

²² Voir les commentaires à la question 8.

l'autre partie, surtout si cela «tire d'affaire» l'autre partie comme en achetant ses stocks excédentaires ou en louant des locaux inoccupés dans son immeuble.²³

Suivant la partie XI («opérations avec apparentés») de la *Loi sur les banques*,²⁴ il est interdit aux banques de conclure une «opération» avec un apparenté à moins que l'opération ne soit autorisée par la loi.²⁵ Le terme «opération» est défini de façon large de sorte à inclure les garanties consenties au nom d'un apparenté, le placement effectué dans les valeurs mobilières d'un apparenté, l'acquisition, notamment par cession, d'un prêt consenti à un apparenté par un tiers et la constitution d'une sûreté sur les valeurs mobilières d'un apparenté.²⁶ La définition d'opération n'est pas exhaustive et elle inclut les prêts aux apparentés.²⁷

La CA de l'Australie²⁸ est également large dans son approche des formes d'opération assujetties à des restrictions. L'article 205 interdit à une compagnie de consentir une aide financière à une personne dans le cadre de l'achat de ses actions. Suivant sa définition, sont assimilés à l'aide financière le prêt, la caution, la fourniture d'une garantie, la libération d'une obligation et la remise de dettes.

La partie 3.2A de la CA de l'Australie impose des restrictions au consentement d'un «avantage financier» à des apparentés de compagnies ouvertes.²⁹ Ni une compagnie ouverte australienne ni une filiale ne peut consentir un avantage financier à un apparenté à moins que la loi ne l'y autorise.³⁰ La loi donne un certain nombre d'exemples qui constituent le fait de consentir un avantage financier, dont notamment : le prêt, la caution, la fourniture d'une garantie, la remise de dettes, négliger de poursuivre l'exécution d'une obligation, prendre en charge une obligation, acheter, vendre ou louer un élément d'actif, acquérir ou fournir des services, émettre des valeurs mobilières ou octroyer une option et donner de l'argent ou des

²³ Brian Keith, «Guarantees, Financial Assistance and Independent Legal Advice», dans LSUC, *Opinions in Lending Transactions*, 24 janvier 1990, pp. 3 et 4.

²⁴ L.C. 1991, ch. 46.

²⁵ Art. 489.

²⁶ Art. 488.

²⁷ Les prêts aux apparentés ne sont pas expressément énumérés comme opérations. Toutefois, comme les prêts aux apparentés sont expressément inclus dans les opérations permises avec des apparentés, le terme «opération» devrait s'interpréter comme comprenant également les prêts à des apparentés. Un examen des articles de la *Loi sur les banques* sur les opérations permises révèle d'autres formes d'opérations qui, quoique non expressément énumérées, seraient néanmoins assujetties à la réglementation prise en application des règles de la *Loi sur les banques* sur les apparentés comme, par exemple, les contrats de services, la vente d'éléments d'actif, l'achat d'éléments d'actif et la prise à bail de locaux.

²⁸ *Corporations Act*, No. 109, 1989.

²⁹ Art. 243A.

³⁰ Art. 243H.

biens.³¹ Un avantage qui n'est pas pécuniaire sera également considéré un avantage financier s'il confère un avantage financier.³²

Certains règlements sur les conflits d'intérêts essaient de régler uniquement l'aide financière importante. Par exemple, seuls les «contrats importants» sont réglementés à l'heure actuelle, en ce qui concerne les administrateurs et les dirigeants, dans l'article 120 de la LCSA. L'instruction n°9.1 de la CVMO, dans sa réglementation des opérations entre apparentés, s'attarde sur les opérations qui constitueraient un changement important.³³ L'approche qui consiste à ne viser que les opérations importantes est intéressante en ce qu'elle permet la réglementation des opérations clés tout en évitant une réglementation indûment lourde et onéreuse de l'activité commerciale régulière des sociétés. Cependant, il est permis de se demander si, en ne réglementant que les opérations importantes, on ne permet pas du même coup un grand nombre d'opérations d'initiés.³⁴ Un régime qui engloberait tout et qui serait assorti d'exceptions précises (relativement aux opérations mineures) permettrait de fixer ce qui est important et ce qui ne l'est pas.

Recommandations :

(A) Modifier l'article 44 afin d'y ajouter une définition de l'expression «aide financière» qui comporterait une gamme élargie d'opérations déterminées et supprimer le mot «notamment». La définition d'«aide financière» inclurait les opérations suivantes :

- prêt à un apparenté
- caution au nom d'un apparenté
- fourniture d'une garantie
- libération d'une obligation
- placement dans les valeurs mobilières d'un apparenté
- acquisition, notamment par cession, d'un prêt consenti par un tiers à un apparenté
- fourniture d'une «lettre de confort»
- remise ou assouplissement d'une obligation
- subordination d'une garantie ou report de paiement
- remboursement anticipé d'une dette
- contrat d'indemnisation.

³¹ Par. 243G(4).

³² Par. 243G(3).

³³ Voir l'art. 17.1 de l'instruction n°9.1.

³⁴ À titre illustratif, voir la Request for Comments on Related Parties de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario publié dans (1992) 15 O.S.C.B. 3253, question que l'on examine à la partie V(E) du présent document de consultation.

(B) Comme corollaire à l'élargissement de la définition, modifier le paragraphe 44(1) afin de ne le rendre applicable qu'aux opérations d'aide financière qui sont «importantes».³⁵

Question 8 : Devrait-on resserrer les restrictions imposées à l'aide financière à des apparentés de sorte qu'elles s'appliquent uniquement aux personnes ayant le pouvoir d'influencer la prise de décisions de la société?

Contexte :

À l'heure actuelle, les restrictions à l'aide financière s'appliquent à une large gamme de personnes, dont l'ensemble des actionnaires et des employés. Cependant, nombre des actionnaires et des employés de sociétés ouvertes comme fermées ne sont pas en position d'influencer notablement le processus de prise de décision de la société. Nombre des régimes sur les conflits d'intérêts ne s'appliquent qu'aux dirigeants, aux administrateurs et aux actionnaires qui sont propriétaires d'une participation importante dans la société et aux personnes qui ont des liens avec de tels administrateurs, dirigeants ou actionnaires.³⁶ D'autres employés et actionnaires possédant une participation mineure ne sont pas visés par ces régimes. Si la finalité du régime est de traiter de la question des conflits d'intérêts dans le contexte des sociétés en s'attardant sur un domaine clé de la source des conflits (l'aide financière des initiés), alors il semble sensé de restreindre le régime aux initiés réels qui peuvent influencer les décisions de la société.

Le régime actuel s'applique également à tout actionnaire, administrateur, dirigeant ou tout actionnaire d'une personne morale du même groupe. Les personnes morales du même groupe comprennent les filiales, les sociétés mères et les sociétés soeurs.³⁷ Encore une fois, en termes d'influence sur la prise de décisions au niveau de la société, la société mère et ses mandants peuvent influencer les décisions d'une filiale, mais la filiale n'a probablement aucune influence sur la prise de décisions de la société mère.³⁸ Par ailleurs, on peut se poser des questions sur les opérations financières au sein d'un même groupe de sociétés et on

³⁵ Le terme «important» pourrait tout simplement être utilisé comme il l'est dans l'art. 120 de la LCSA à l'égard des contrats importants ou la loi ou le règlement d'application pourrait définir «important» soit sous forme de montant absolu en dollars (p. ex. des opérations mettant en jeu une somme supérieure à un certain chiffre (disons 2 000 \$)) ou un montant considéré par rapport au capital de la société (p. ex. comme le fait l'instruction n°9.1 de la CVMO à l'art. 18.1).

³⁶ À titre illustratif, voir l'art. 8 et l'al. 186(1)a) et la définition d'«intérêt substantiel» et l'art. 2 de la Loi sur les banques.

³⁷ Voir par. 2(2) de la LCSA.

³⁸ Encore une fois, les dispositions de la Loi sur les banques sur les apparentés ne s'applique qu'aux actionnaires importants et non aux filiales (en amont, mais non en aval).

devrait par conséquent également appliquer des restrictions à l'aide financière en aval. Toutefois, l'alinéa 44(2)d) autorise expressément, à l'heure actuelle, l'aide financière à des filiales.

Recommandation :

Modifier l'article 44 de façon à limiter son application uniquement à l'aide financière consentie à des actionnaires, administrateurs et dirigeants importants de la société ou de la société mère et aux personnes ayant des liens³⁹ avec toutes telles personnes.⁴⁰

Question 9 : Devrait-on éclaircir le mot «actionnaire» de façon à ce qu'il couvre également le propriétaire véritable d'actions?

Contexte :

Dans un passé assez proche, les actionnaires étaient en général des personnes qui avaient en leur possession des certificats réels d'actions. Cependant, maintenant, un nombre moindre d'actionnaires de sociétés ouvertes détiennent véritablement des actions nominatives. À la place, la plupart sont détenues par des prête-noms, en général des courtiers, des institutions financières et d'autres intermédiaires.

Il semble n'y avoir aucune raison politique à ce que les actionnaires véritables puissent bénéficier de règles spéciales lorsque sont concernées les opérations d'aide financière. La finalité de l'article 44 semble être de protéger les créanciers et les actionnaires minoritaires de la société d'une aide financière inéquitable consentie à des initiés de la société et cela semble s'appliquer également aux actionnaires véritables.

³⁹ L'extension des restrictions au consentement d'une aide financière suivant l'art. 44 à des «personnes ayant des liens» avec des apparentés conduit également à jeter un vaste filet. Cependant, en restreignant l'aide financière aux «personnes ayant des liens», ce qui comprend les associés, les conjoints, les enfants et les sociétés dans lesquelles l'apparenté a un intérêt important, la LCSA tente de trouver des solutions au contournement de l'art. 44 au moyen d'opérations qui avantagent clairement l'apparenté.

⁴⁰ Il apparaît également que l'exemption prévue à l'al. 44(2)d) relativement à l'aide financière consentie à des filiales ne serait plus requise.

Recommandation :

Modifier la LCSA afin d'éclaircir le fait que l'article 44 impose des restrictions identiques à l'aide financière consentie à des actionnaires véritables comme aux actionnaires inscrits.⁴¹

Question 10 : Devrait-on étendre les restrictions à l'aide financière aux «personnes ayant des liens» avec des apparentés de sorte à y assimiler le «conjoint de fait» en plus du «conjoint»?

Contexte :

La définition actuelle de «liens» que l'on trouve au paragraphe 2(1) de la LCSA ne comprend pas le conjoint de fait. Cependant, la finalité de restreindre l'aide financière aux personnes ayant des liens avec des actionnaires, des administrateurs et des dirigeants vise à empêcher le contournement des restrictions sur l'aide financière. Ce principe directeur semblerait pertinent dans son application au conjoint de fait.

Recommandation :

Élargir le sens de «conjoint» dans la définition de «liens» au paragraphe 2(1) de la LCSA de façon à y inclure le conjoint de fait.⁴²

Question 11 : Devrait-on définir de façon plus claire le terme «action»?

Contexte :

L'alinéa 44(1)b) restreint l'aide directe ou indirecte d'une société ou d'une société de son groupe à l'achat de ses actions ou des actions de la société de son groupe.⁴³ La disposition s'applique par conséquent aussi bien aux actions avec droit de vote que sans droit de vote. Elle ne s'applique pas à une société qui fournit une aide directe ou indirecte aux

⁴¹ Une option peut consister à définir les expressions «actionnaire véritable» et «actionnaire inscrit» à l'art. 2. L'al. 44(1)a) pourrait donc faire mention de l'expression «actionnaire véritable».

⁴² La définition de conjoint que l'on trouve à l'al. 252(4)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (5^e supp.), ch. 1, en sa version modifiée, pourrait être utilisée.

⁴³ Le terme action n'est pas défini dans la loi bien que ses caractéristiques, etc. soient soigneusement énoncées aux art. 24 et suivants de la LCSA.

acheteurs de ces titres de créances convertibles. L'un des buts à l'origine de la restriction frappant les opérations d'aide financière à l'achat d'actions était de traiter de la question des prises de contrôle adossées (PCA). Si c'est là l'unique principe directeur sous-jacent à l'article, il ne semble pas y avoir de raison en faveur de l'application de la disposition aux actions sans droit de vote ni d'en élargir l'application aux titres de créances en général. Cependant, les titres de créances convertibles en actions pourraient être utilisés pour réaliser une PCA.

Un autre fondement donné en vue de l'adoption des restrictions sur les opérations d'aide financière à l'achat d'actions était de confirmer l'interdiction en *common law* qui empêchait une société de faire le trafic de ses propres actions. Cette règle de *common law* a été expressément supplantée par la LCSA qui permet à une société d'acheter ses actions (art. 34). Cependant, la société et ses administrateurs doivent se conformer à des tests de solvabilité et de l'actif similaires.

À l'heure actuelle, pour l'application des dispositions sur les opérations d'initiés que l'on trouve à la partie XI, le paragraphe 126(1) définit «action» comme ceci : «Action qui confère un droit de vote en tout état de cause... y compris : a) la valeur mobilière immédiatement convertible en une telle action; b) les options et droits susceptibles d'exercice immédiat permettant d'acquérir une action ou valeur mobilière convertible.»

Recommandation :

Modifier l'article 44 de façon à y inclure une définition d'«action» à laquelle seraient assimilés les actions avec droit de vote et sans droit de vote, les valeurs mobilières immédiatement convertibles en actions et les options et droits susceptibles d'exercice immédiat permettant d'acquérir des actions ou des valeurs mobilières convertibles.

Question 12 : **Devrait-on remplacer les termes «acheteur» et «achat» par les termes «acquéreur» et «acquisition» aux alinéas 44(1)b) et (2)e)?**

Contexte :

L'article 44 a recours au terme «achat» relativement aux restrictions à l'aide financière et aux exemptions à celles-ci. Le terme «acquisition» pourrait être plus approprié puisqu'il couvrirait les souscriptions et les cessions d'actions moyennant une contrepartie autre que du comptant. D'autres lois ont recours à ce terme plus large.⁴⁴

⁴⁴ Voir la CA du Royaume-Uni, par. 151(1) et (2). La question de l'«achat» d'actions est également commentée dans Royal Bank c. Stewart (1979), 8 B.L.R. 77 (B.C.S.C.), pp. 84 et 85.

Recommandation :

Remplacer les termes «acheteur» et «achat» par «acquéreur» et «acquisition» aux alinéas 44(1)*b*) et (2)*e*).

Question 13 : Devrait-on éclaircir la définition de «filiale en toute propriété» au paragraphe 44(2.1) afin qu'elle couvre tous les membres d'un groupe de personnes morales et devrait-on rendre l'aide financière possible entre sociétés soeurs au sein d'un groupe de sociétés en toute propriété?

Contexte :

Un praticien du droit soutient que la définition de «filiale en toute propriété» au paragraphe 44(2.1) de la LCSA ne comprend pas toutes les sociétés subalternes au sein d'un groupe de sociétés dans lequel il existe une structure complexe au titre de la détention des actions. Par exemple, examinons la situation où une société mère X est propriétaire de la totalité de la filiale X1, de 50% de la filiale X2 et d'un tiers de la filiale X3; la filiale X1 est propriétaire de 50% de la filiale X2 et d'un tiers de la filiale X3; enfin, la filiale X2 est propriétaire d'un tiers de la filiale X3. Dans cette situation, le praticien fait ressortir le fait que la filiale X3, qui est la propriété partielle de X, X1 et X2, ne serait pas une filiale en toute propriété de X suivant le paragraphe 44(2.1) «*[Traduction]* nonobstant que la totalité de ces actions en circulation soient détenues au sein d'un même groupe de sociétés».

Le praticien recommande que la définition du paragraphe 44(2.1) soit modifiée en fonction du libellé suivant :

[Traduction] Pour l'application de l'alinéa (2)*c*), la société est une filiale en toute propriété d'une autre personne morale si aucune des actions émises de la société n'est détenue par une personne physique ou morale autre que :

- a) l'autre personne morale ou
- b) cette autre personne morale et une ou plusieurs filiales en toute propriété de cette personne morale.

Bien que la définition actuelle ne semble pas limitée, le libellé suggéré pourrait ne pas réussir à résoudre le problème en ce que la définition pourrait être circulaire parce que «filiale en toute propriété» apparaît dans la définition (al. *b*)). Une option possible serait de

définir groupe de sociétés en toute propriété et de permettre l'aide financière de la part de tout membre du groupe qui serait consentie à la société mère ultime.

Une autre question que l'on soulève, c'est de savoir si des sociétés soeurs, au sein d'un même groupe de sociétés en toute propriété, devraient être autorisées à se fournir de l'aide financière entre elles. D'un point de vue politique, il ne semble pas y avoir de raison en défaveur de l'aide financière entre sociétés soeurs puisque l'aide financière en amont tout comme l'aide financière en aval sont toutes deux permises.

Recommandation :

Modifier le paragraphe 44(2.1) de façon à redéfinir l'expression «filiale en toute propriété» pour y inclure tous les membres d'un groupe de sociétés appartenant finalement à une société mère et modifier le paragraphe 44(2) de façon à permettre l'aide financière entre filiales en toute propriété.

Option :

Définir un nouveau terme dans l'article 44 pour le groupe de sociétés en toute propriété et modifier le paragraphe 44(2) de façon à permettre l'aide financière entre tous les membres du groupe.

IV. OPÉRATIONS DISPENSÉES

Question 14 : **Est-il approprié de modifier l'article 44 de façon à permettre ou interdire expressément l'aide financière dans le cas d'opérations échelonnées?**⁴⁵

Contexte :

Ainsi qu'il en appert des parties du document de consultation qui portent sur l'origine et la finalité de l'article 44,⁴⁶ l'un des buts à l'origine de l'interdiction de l'aide financière à l'achat d'actions était de trouver une solution aux problèmes associés aux PCA. Toutefois,

⁴⁵ Par opération échelonnée, nous entendons l'achat de la totalité des actions (ou une position dominante) d'une société, suivie d'une autre opération, nommément le consentement d'une aide financière de la part de la société à l'acheteur.

⁴⁶ Voir les parties II(B) et II(C) du document de consultation.

l'un des changements importants survenus en 1975 fut que la LCSA permit expressément à une société de consentir une aide financière à une société mère «[Traduction] si la société est une filiale en toute propriété de la société mère». L'explication donnée pour cette modification dans le dossier préparatoire de 1975 remis aux sénateurs était que : «[Traduction] l'alinéa [42(2)]c) a été ajouté afin de faciliter les accords d'emprunt qui sont monnaie courante dans le monde des affaires d'aujourd'hui.»

Ce changement semble permettre à une société d'acheter la totalité des actions d'une autre société pour ensuite obtenir l'aide financière de cette filiale en toute propriété, y compris une aide financière au titre de toute dette acquise au moment de l'achat de la filiale. En d'autres termes, cette exception adoptée en 1975 semble expressément autoriser un type d'opération, la PCA, que les dispositions étaient destinées à l'origine à interdire.⁴⁷ Cependant, une PCA partielle (aux termes de laquelle l'acheteur n'acquiert qu'une partie des actions de la société) ou une PCA qui est le fait d'une personne physique seraient quand même assujetties aux exigences.

Dans un article juridique, on relève les commentaires suivants :

[Traduction] La structure de l'interdiction et de l'exemption d'interdiction dans... l'article 44 de la LCSA cause aux praticiens des difficultés dans le cadre d'opérations structurées en vertu desquelles l'accessibilité de l'exemption vis-à-vis de l'interdiction à l'aide financière est fonction de ce que des sociétés deviennent des filiales au moment où l'opération est complétée. Un bon exemple de ceci, c'est la structuration que nécessite les situations de prise de contrôle telles que les PCA ou les rachats de l'entreprise par les cadres dans le cadre desquelles le financement bancaire envisagé pour l'acquisition projetée de consentir une caution garantie par la société visée. Le choix du moment où est consentie cette caution est critique et peut soulever quelque inquiétude quant à savoir si l'opération ne constitue pas une opération échelonnée. Cette préoccupation tient à ce que le tribunal ignorera la séquence soigneusement orchestrée des événements et ne s'attardera qu'au fond de l'opération pour conclure que l'opération était interdite...

Dans une situation de PCA, le syndicat financier prépare habituellement un plan de financement comportant des étapes séquentielles donnant à l'achèvement de la prise de contrôle, y compris le consentement de garanties. Dans une opération de prise de contrôle amicale, ces étapes sont même parfois énoncées dans des ententes ou des documents nommés «conventions principales». Dans tous les cas, le syndicat financier est souvent partie prenante de la structuration de l'opération. Les méthodes et le

⁴⁷ Au moins à l'égard d'une société. Une personne physique qui prend le contrôle d'une société n'aurait pas le droit d'invoquer la dispense relative à l'aide financière en amont à laquelle n'a droit que la société qui est propriétaire d'une autre société. La question ci-dessous analyse une recommandation d'une partie intéressée suivant laquelle l'exemption pourrait être élargie de façon à y inclure les personnes physiques.

choix du moment du consentement de la garantie sont souvent convenus avant que la prise de contrôle ne soit même lancée. Une caution en appui à l'achat d'actions n'est permise que si la cible est une filiale de l'acquéresse parce qu'habituellement il ne peut être satisfait aux tests de la solvabilité...

Néanmoins, dans des opérations PCA, la question de la caution par la société cible n'est soulevée que strictement dans les cas où la société de façade qui achète les actions et la société visée ne procèdent pas à une fusion légale immédiatement à la suite de l'achèvement de l'opération. Toutefois, les banques exigent habituellement l'approche de la fusion légale. La raison réside dans les difficultés que soulèvent les cautions interdites et l'annulation possible de celles-ci.⁴⁸

Cet article commente également la question de la protection des créanciers. Si l'objectif politique des règles sur les opérations d'aide financière n'est que de protéger les actionnaires minoritaires, il n'y a pas de souci à se faire à propos des opérations échelonnées puisque la société doit être détenue en toute propriété. Cependant, l'article note que «[Traduction] il n'est pas inconcevable que les tribunaux chercheraient à protéger les intérêts des créanciers également» et fait ressortir le fait que les tribunaux des États-Unis annuleront les cautions consenties dans des situations de PCA s'il est causé un préjudice aux créanciers.⁴⁹

Deux affaires peuvent être interprétées comme autorisant l'aide financière dans le cas des opérations échelonnées lorsque, au moment où est pris l'engagement juridique irrévocable et au moment où l'aide financière est consentie, la société consentant l'aide financière est une filiale en toute propriété. Ces affaires, *Noren c. Brownie's Franchises Ltd.*⁵⁰ et *Straight Line Contractors c. Rainbow Oilfield Maintenance Ltd.*⁵¹ sont commentées en détail plus haut.⁵²

Il a été suggéré que, même si l'exemption de l'alinéa 44(2)c) était supprimée, cela aurait vraisemblablement aucune incidence sur la capacité des acquéreurs à obtenir du financement garanti à des fins d'opérations de PCA, par exemple en recourant à la fusion. Cependant, afin de se fusionner, le véhicule d'acquisition et la cible doivent satisfaire aux tests de la solvabilité et de l'actif réalisables que l'on trouve à l'alinéa 185(2)c) de la LCSA.

⁴⁸ Belcher and Lewarne, note 2, pp. 14 et 16.

⁴⁹ Ibid., pp. 15, 26, et 27.

⁵⁰ (1987), 37 D.L.R. (4th) 1 en p. 5 (B.C.C.A.), 13 B.C.L.R. (2d) 73, 36 B.L.R. 85. Dans cette cause, la société n'était pas une filiale «[Traduction] lorsque le projet d'achat a été initialement envisagé», bien que la société était devenue une filiale au moment où l'aide financière a été versée et est devenue un engagement juridique, engageant la société (p. 4).

⁵¹ (1991), 115 A.R. 327 (Alta C.A.), pp. 332 et 333.

⁵² Voir la question 6.

La question de savoir si l'on doit expressément autoriser les opérations échelonnées dépend de l'analyse de la question de savoir si les PCA devraient continuer à être autorisés.⁵³ Une partie du problème relatif à l'analyse de cette question pourrait être que la réglementation des PCA pourrait être mieux considérée dans le contexte du régime des offres d'achat visant à mainmise établies par la LCSA. Les règles sur les offres d'achat visant à la mainmise font l'objet d'un document de consultation distinct où cette question est discutée.

Recommandation :

Maintenir l'exemption pour les filiales en toute propriété de fournir une aide financière aux sociétés mères et éclaircir le fait que les opérations échelonnées sont permises. Continuer d'assujettir les filiales en propriété partielle aux tests de la solvabilité et de l'actif afin de protéger les créanciers.

Option 1 :

Modifier l'article 44 afin d'interdire clairement les opérations échelonnées (dont on se sert pour les PCA). Une option permettant de mettre en oeuvre cette proposition consisterait à rendre inapplicable l'exemption en amont prévue à l'alinéa 44(2)c) dans le cas d'achat d'actions.

Option 2 :

Modifier l'alinéa 44(2)c) de sorte à exiger que, lorsqu'une société fait une offre d'achat visant à la mainmise par PCA, la société ou un administrateur de la société prépare et diffuse avec l'offre une déclaration légale (semblable à la déclaration requise à l'égard des fusions).

⁵³ Tout comme, apparemment, elles l'étaient en 1975, en dépit du fait de la politique à l'origine de l'article qui visait à interdire les PCA.

Question 15 : **Devrait-on élargir l'exemption d'aide financière en amont accordée aux sociétés mères de sociétés «filiales en toute propriété» afin de permettre l'aide financière à une personne physique?**

Contexte :

Un praticien du droit a soulevé le point suivant :

[Traduction] Nous songeons au caractère approprié, suivant le sous-alinéa [sic] 44(2)d)⁵⁴ d'assujettir le droit de la société de consentir une aide financière à un actionnaire sans un test de la solvabilité à la restriction que l'actionnaire doit être une personne morale mère, dont il est une filiale en toute propriété. Ne pourrait-on pas étendre la règle à tout actionnaire par qui la société est détenue en toute propriété, que l'actionnaire soit ou non une personne morale?

Ainsi qu'il est noté ci-dessus, la seule justification donnée pour l'adoption de l'exemption à l'aide financière en amont lorsqu'elle a été adoptée en 1975 était que cela «[Traduction] faciliterait les accords d'emprunt qui sont monnaie courante dans le monde des affaires d'aujourd'hui». Si le principe directeur sous-jacent à l'article 44 est simplement de protéger les actionnaires minoritaires, alors l'exemption devrait pouvoir être invoquée lorsqu'il y a un actionnaire, que l'actionnaire soit une personne morale ou une personne physique. Cependant, si le principe directeur est également, ainsi que cela semble être le cas en raison de l'existence du test de la solvabilité, de chercher à protéger les créanciers, alors élargir l'exemption de façon à ce qu'elle s'applique aux personnes physiques n'a aucun sens.

Essentiellement, la justification de l'exemption contenue à l'alinéa 44(2)c) semble être des accords financiers entre sociétés d'un même groupe qui sont courants et nécessaires dans le monde des affaires d'aujourd'hui, et cette justification ne semble pas s'étendre aux personnes à qui appartiennent en toute propriété une société.

Recommandation :

Aucune modification n'est recommandée.

⁵⁴ Bien que la référence renvoie à l'alinéa 44(2)d), le commentaire semble se rapporter à l'alinéa 44(2)c).

Question 16 : **Devrait-on supprimer les mots «destinées à être détenues en fiducie» que l'on trouve actuellement au sous-alinéa 44(2)e)(ii)?**

Contexte :

L'une des exemptions prévues au paragraphe 44(2) (exemption vis-à-vis de l'applicabilité des tests de la solvabilité et de l'actif) porte sur l'aide financière consentie à des employés «dans le cadre d'un programme d'achat d'actions de la société ou de ces personnes morales destinées à être détenues en fiducie» (s.-al. 42(2)e)(ii). La restriction qui veut que les actions achetées dans le cadre d'un programme doivent être destinées à être détenues en fiducie pourrait être considérée comme une restriction déraisonnable par rapport à l'exemption. L'exemption semble destinée à permettre l'aide financière dans le cas de programmes d'achat d'actions à l'intention des employés, rétribution financière courante pour les employés. Les programmes d'achat d'actions peuvent promouvoir la régie d'entreprise en ayant pour résultat d'aligner les intérêts des dirigeants et des employés sur ceux des actionnaires.

En vertu de la LSAO, il n'y a pas d'obligation à ce que les actions soient détenues par un fiduciaire. La CA du Royaume-Uni de 1985 a supprimé une condition similaire qui avait été introduite en 1948.⁵⁵

Par ailleurs, il peut être soutenu que l'obligation relative à la détention par un fiduciaire devrait être conservée parce que sans cette obligation, il pourrait être facile de fabriquer un régime artificiel d'achat d'actions tout simplement pour pouvoir invoquer l'exemption.⁵⁶

Comme autre solution, on pourrait imposer l'obligation que des régimes d'achat d'actions devraient être approuvés par une commission des valeurs mobilières ou bourse canadienne.

Recommandation :

Supprimer les mots «destinées à être détenues en fiducie» du sous-alinéa 44(2)e)(ii).

⁵⁵ Companies Act, 1985 (Royaume-Uni) 1985, ch. 6, al. 153(4)b).

⁵⁶ Un auteur soutient que, suivant la LSAO, «[Traduction] le régime doit exister véritablement et ne pas être une fiction créée tout simplement afin de pouvoir invoquer l'exemption». Voir Levin, note, 11, p. 14.

Option :

Remplacer l'obligation que les actions doivent être détenues par un fiduciaire par une obligation qu'un régime d'achat d'actions doive être approuvé par une bourse ou une commission des valeurs mobilières canadienne.

V. PRÊTEUR DE BONNE FOI

Question 17 : Devrait-on modifier le paragraphe 44(3) pour mieux protéger les prêteurs?

Contexte :

Comme nous le soulignons plus haut,⁵⁷ l'article 44 tente de créer un équilibre entre des préoccupations concurrentes d'«incertitude d'affaires» et de «protection des actionnaires minoritaires et des créanciers». Le paragraphe 44(3) constitue une solution à ces préoccupations puisqu'il permet aux sociétés et «à un prêteur à titre onéreux de bonne foi qui n'a pas été avisé de la violation» de poursuivre l'exécution d'un contrat d'aide financière conclu en violation de l'article 44. L'intention des rédacteurs de cet article 44 était clairement de protéger les prêteurs. Le *Rapport Dickerson* déclarait comme suit :

L'article 5.16(6) [par. 44(3)] est de droit nouveau. Il a été ajouté pour établir clairement que la corporation et un prêteur de bonne foi ne seront pas empêchés de demander l'exécution d'un contrat de prêt conclu en contravention des dispositions de l'article 5.16.⁵⁸

Cependant, il subsiste une certaine incertitude dans le milieu des prêteurs sur la question de savoir jusqu'où cet article confère une protection réelle aux prêteurs. On se plaint que l'ensemble du processus est très coûteux et fastidieux et qu'il agit comme un désincitatif aux opérations 'légitimes' en rendant les établissements de crédit conservateurs et leurs conseillers, encore plus prudents.⁵⁹

⁵⁷ Voir la question 6.

⁵⁸ R.W.V. Dickerson, J.L. Howard, L. Getz, Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes (Ottawa : Information Canada, 1971), Vol. 1, par. 147.

⁵⁹ Les problèmes qui concernent les banques et découlent des dispositions de type art. 44 sont discutés par Sedgwick, note 8.

Une partie de la confusion pourrait provenir du fait que le régime du Royaume-Uni utilise expressément la nullité des cautions de prêts comme moyen de s'assurer du respect de l'interdiction de l'aide financière.⁶⁰ Une certaine confusion⁶¹ semble également avoir vu le jour à l'égard du jugement dans *Royal Bank c. Stewart*⁶² qui avait conclu qu'une banque ne pouvait poursuivre l'exécution d'une caution et de la garantie consentie par une société au titre de l'achat d'actions. La banque connaissait la finalité du prêt, soit l'achat d'actions. De façon semblable, dans *The Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Limited and Stonehouse Motel and Restaurant Limited*, la Cour suprême du Canada annulait une hypothèque grevant les biens d'une société ayant servi à garantir des fonds avancés en vue de l'achat des actions de la société. La banque était au courant de la finalité du prêt.⁶³

Toutefois, il faut noter que, en vertu du régime de droit des sociétés de la Colombie-Britannique et de la Nouvelle-Écosse qui s'appliquent aux deux affaires précitées, l'aide financière à l'achat d'actions est interdite,⁶⁴ tandis que, en vertu de la LCSA, l'aide financière est uniquement interdite lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la société ne pourra satisfaire aux tests de la solvabilité et de l'actif. Suivant l'article 44 de la LCSA, la simple connaissance du fait que la finalité du prêt est l'achat d'actions n'entacherait donc pas de nullité la caution/garantie comme ce serait le cas en vertu de la loi de la Colombie-Britannique.

Dans *Petro-Canada c. Cojef Ltd.*,⁶⁵ une affaire traitant de l'équivalent de l'article 44 de la LCSA dans la *Loi sur les corporations* du Manitoba,⁶⁶ la Cour d'appel du Manitoba a

⁶⁰ Voir Alberta Institute of Law Research and Reform, Financial Assistance by a Corporation : Section 42, The Business Corporations Act (Alberta), Rapport de travail N°5 (Edmonton : août 1989) p. 112 :

[Traduction] De placer le tiers ou le prêteur à risque comme l'une des sanctions les plus efficaces pour s'assurer du respect de l'article a constitué un principe directeur délibéré du droit des sociétés de l'Angleterre. Il n'y a nul doute sur le fait que cela constitue une sanction efficace, mais l'objectif est atteint au prix de dépenses énormes en temps et en efforts et au prix supplémentaire de désinciter les opérations légitimes au moyen de la prudence compréhensible des établissements de crédit et de leurs conseillers. S'il subsiste un doute quel qu'il soit sur la question de savoir si les dispositions de l'article [44] puissent être enfreintes, tout prêteur y songera à deux fois avant de conclure une opération et, habituellement, il ne le fera pas.

⁶¹ À titre illustratif, voir Sedgwick, note 8, p. 43.

⁶² (1979), 8 B.L.R. 77 (B.C.S.C.).

⁶³ [1980] 2 R.C.S. 29, 110 D.L.R. (3d) 257.

⁶⁴ CA de la Colombie-Britannique, R.S.B.C., ch. 59, art. 126, et Companies Act, de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, ch. 42, par. 96(5).

⁶⁵ [1993] 3 W.W.R. 79 (Man. CA).

⁶⁶ L.R.M. 1987, ch. C225, art. 42.

confirmé le droit d'un «prêteur» d'invoquer la disposition d'exemption lorsqu'il n'y avait aucune connaissance réelle ni aucun soupçon que la société était en difficulté financière :

[Traduction] Dans cette affaire, il n'y avait aucune preuve de connaissance réelle des finances de Mid-City de la part de Petro-Canada; le juge en instance a conclu, sur la foi de la preuve, qu'il n'existait aucun motif raisonnable de déduire que Petro-Canada avait cette connaissance; et il n'y avait aucune preuve de circonstances suspectes au moment où la caution a été obtenue qui aurait dû avoir pour conséquence de mettre Petro-Canada sur ses gardes relativement à l'état de la santé financière de Mid-City.⁶⁷

En dépit du fait qu'il s'agissait d'un prêteur averti bien au courant des risques reliés aux cautions, le tribunal a statué que Petro-Canada avait «[Traduction] droit au bénéfice de ce qu'il convenu d'appeler la disposition des 'règles refuges'». ⁶⁸

Recommandation :

Élargir la protection conférée aux prêteurs suivant le paragraphe 44(3) en exigeant un avis «réel» de violation de la part du prêteur.

Option :

Modifier le paragraphe 44(3) de façon à codifier la jurisprudence et prévoir qu'un prêteur peut poursuivre l'exécution d'un contrat conclu en violation de l'article 44 lorsque a) le prêteur n'a aucune connaissance de la violation et b) il n'existe aucun motif raisonnable de soupçon de la part du prêteur.

Question 18 : **Devrait-on élargir le terme «prêteur» employé au paragraphe 44(3) de façon à ce qu'il couvre également les créanciers et d'autres tiers?**

Contexte :

Le paragraphe 44(3) mentionne uniquement le mot «prêteur» même si d'autres tiers, tels les créanciers, y compris des fournisseurs, pourraient être partie à des opérations d'aide financière interdites. Le terme «prêteur» pourrait être interprété de façon étroite en le

⁶⁷ Petro-Canada, note 65, p. 82.

⁶⁸ Ibid., p. 80.

limitant à une personne ayant réellement avancé des fonds. Dans l'affaire *Petro-Canada c. Cojef Ltd.*, mentionnée plus haut, Petro-Canada fournissait à Cojef Ltd. des produits pétroliers. Une société du même groupe que Cojef Ltd., Mid-City Concrete Ltd., cautionna le remboursement de la dette de Cojef à Petro-Canada. Le tribunal nota ce qui suit :

[Traduction] Dans ses observations écrites, Mid-City soutenait que Petro-Canada n'était pas un «prêteur» au sens du paragraphe 42(3) tandis que Petro-Canada répondait en faisant remarquer qu'elle avait consenti du crédit à Cojef en se fondant sur la caution de Mid-City et que, ce faisant, elle devenait un prêteur au sens où ce terme est entendu à la lumière du paragraphe 42(3). Au moment de l'audition orale, les procureurs de Mid-City n'insistèrent pas plus avant sur ce point...⁶⁹

Recommandation :

Modifier le paragraphe 44(3) de façon à renvoyer à «un prêteur, un créancier ou autre tiers qui traite de pleine concurrence, à titre onéreux et de bonne foi avec la société...».

VI. GÉNÉRALITÉS

Question 19 : Devrait-on faire porter l'attention de l'article 44 sur quelle aide financière est permise plutôt que de l'articuler, comme c'est le cas maintenant, sur ce qui n'est pas permis?

Contexte :

Outre les questions plus spécifiques qui font l'objet de commentaires ci-dessus, une question d'ordre plus général se pose quant à la question de savoir si on ne devrait pas modifier l'ensemble du fondement autour duquel s'articule l'article 44. À l'heure actuelle, le paragraphe 44(1) interdit à une société de consentir une aide financière à un apparenté et une aide financière en vue d'une PCA lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que la société est insolvable ou ne pourra satisfaire au test de l'actif. Les seules opérations qui sont expressément autorisées sont les opérations exemptées (avec des filiales, etc.) énoncées au paragraphe 44(2).

⁶⁹ Petro-Canada, note 65, p. 78.

Toutefois, d'après les commentaires que contient le document sur l'origine de l'article 44,⁷⁰ il est permis de douter de la validité de certaines opérations d'aide financière, surtout celles qui mettent en jeu les actions de la société, sous le régime de la *common law*. Rédiger de nouveau la disposition de façon à clairement énoncer qu'une société peut consentir une aide financière, sauf lorsque cela lui est interdit, pourrait être approprié vu les préoccupations générales que soulèvent les opérations d'aide financière et l'effet de la *common law* sur elles.

Recommandation :

Modifier le paragraphe 44(1) afin de prévoir qu'une société pourra consentir une aide financière, sauf interdiction ou restriction prévue dans la loi.

⁷⁰ Voir la partie II(B) du document de consultation.

LES IMPACTS SUR LES ENTREPRISES

Le gouvernement fédéral est déterminé à faire en sorte que les entreprises canadiennes n'aient pas à subir de charge économique non intentionnelle et inutile. À cette fin, le gouvernement a besoin de votre aide.

Vous trouverez ci-joint un questionnaire basé sur le modèle du «Test de l'impact sur les entreprises» (TIE). Le TIE a été élaboré par les entreprises en collaboration avec l'Association des manufacturiers canadiens, le Conseil du Trésor du Canada et Industrie Canada. Il vise à faire en sorte que les modifications apportées aux lois et aux règlements ne nuisent pas à la compétitivité des entreprises canadiennes. Il vous permet aussi de faire connaître vos choix en matière de politique. Essentiellement, le questionnaire ci-joint vous donne la possibilité d'influer sur le processus d'élaboration de la politique du gouvernement en indiquant de quelle façon l'action du gouvernement peut aider ou nuire aux entreprises canadiennes.

Ce questionnaire est facultatif et ne vise qu'à faciliter le regroupement et l'analyse de commentaires sur les modifications que l'on se propose d'apporter aux lois et aux règlements. Il ne vise pas à remplacer des données plus détaillées. Nous vous invitons donc à faire des commentaires détaillés et à les joindre au questionnaire.

Étant donné qu'il y a un très grand nombre de propositions et de recommandations, vous voudrez peut-être commenter seulement celles qui touchent de près votre entreprise ou votre travail.

Nous utiliserons les renseignements fournis seulement dans leur ensemble et en aucun cas nous référerons à une entreprise particulière. Néanmoins, il importe que vous identifiez clairement tout renseignement de nature confidentielle auquel vous préféreriez restreindre l'accès conformément à l'article 20 de la Loi sur l'accès à l'information. Prière de noter dans la marge si c'est le cas.

Si vous avez des questions à propos du présent sondage, du document ou des propositions sur l'aide financière, veuillez les adresser à Trish Harrison au (613) 952-3652.

Veuillez retourner le questionnaire complété soit dans l'enveloppe ci-jointe soit par télécopieur au (613) 952-2067.

PARTIE 1 -- INFORMATION SUR LA PERSONNE INTERROGÉE

Veillez nous fournir des renseignements généraux sur vous-même et sur l'organisme pour lequel vous travaillez.

1- Nom : _____
Prénom : _____
Votre titre : _____
Nom de l'organisme pour lequel vous travaillez :

Numéro de téléphone : (____) _____

Numéro de télécopieur : (____) _____

Numéro Internet : _____

Veillez indiquer la catégorie à laquelle vous appartenez :

- Société constituée aux termes de la LCSA []
- Conseiller juridique []
- Conseiller financier []
- Investisseur institutionnel []
- Autre investisseur []
- Créancier []
- Autre (précisez) : _____

AIDE FINANCIÈRE

2- Si vous avez répondu que vous êtes une société constituée aux termes de la LCSA, veuillez répondre aux questions ci-dessous. Dans le cas contraire, passez à la **PARTIE 2 -- Accord avec les propositions concernant l'aide financière**, à la page 5.

- L'entreprise est-elle une société étrangère ou une société appartenant à des intérêts canadiens?
 étrangère intérêts canadiens

- L'entreprise est-elle une filiale d'une autre société?
 oui non

- L'entreprise est-elle une société fermée ou ouverte?
 fermée ouverte

- Quel est le principal marché visé par votre société?
 local provincial
 national international

- Identifier la ou les industries constituant l'activité principale de votre société :
 - agriculture et industries de services connexes;
 - pêche et piégeage;
 - exploitation forestière;
 - mines (y compris le forage), exploitation des carrières et des puits de pétrole;
 - fabrication;
 - construction;
 - transport;
 - communications et autres services publics;
 - commerce de gros;
 - commerce de détail;
 - immobilier et assurance;
 - services gouvernementaux;
 - hébergement, aliments et boissons;
 - autres services.

AIDE FINANCIÈRE

- Évaluez le chiffre d'affaires de votre société :
 - [] moins de 2 millions de dollars
 - [] 2 millions - 10 millions de dollars
 - [] 10 millions - 100 millions de dollars
 - [] 100 millions - 500 millions de dollars
 - [] plus de 500 millions de dollars

- Évaluez le nombre de personnes engagées par votre société :
 - [] moins de 50 personnes
 - [] 50 - 100 personnes
 - [] 101 - 500 personnes
 - [] 501 - 1 000 personnes
 - [] plus de 1 000 personnes

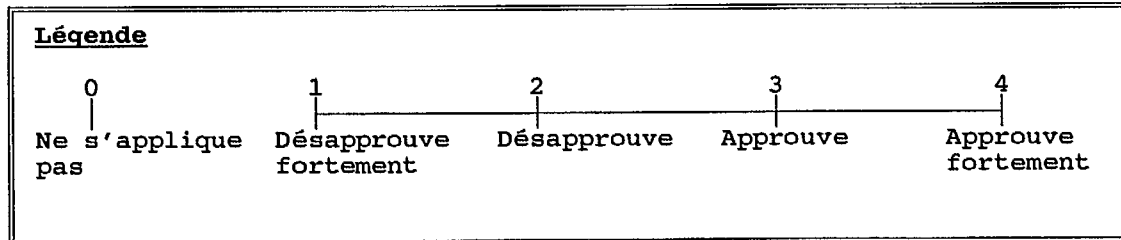
- Évaluez en pourcentage la production exportée par votre société :
 - [] moins de 10 %
 - [] 10 % - 25 %
 - [] 25 % - 50 %
 - [] 50 % - 75 %
 - [] plus de 75 %

AIDE FINANCIÈRE

PARTIE 2 -- ACCORD AVEC LES PROPOSITIONS CONCERNANT L'AIDE FINANCIÈRE

Dans cette section, veuillez indiquer si vous pensez que la LCSA doit être modifiée ou clarifiée en ce qui a trait à l'aide financière et dans quelle mesure vous êtes en accord ou en désaccord avec chacune des propositions présentées dans le document de consultation. Pour chaque recommandation, veuillez préciser votre degré d'accord ou de désaccord pour chaque énoncé. Veuillez consulter la légende ci-dessous pour les réponses possibles. Par exemple, dans le cas ci-dessous, le sujet interrogé a répondu «1» à la proposition «XYZ». Cela signifie que le sujet interrogé désapprouve fortement la proposition «XYZ». Par ailleurs, le sujet interrogé a répondu «3» à la proposition «ABC». Le sujet interrogé est donc en accord avec la proposition «ABC».

Si vous avez des questions sur la façon d'utiliser la légende, veuillez communiquer avec Trish Harrison au (613) 952-3652.



EXEMPLE

PROPOSITION	NIVEAU D'ACCORD
Proposition XYZ - que la LCSA soit modifiée de manière à ce que «XYZ»	1
Proposition ABC - que la LCSA soit modifiée de manière à ce que «ABC»	3

Veuillez continuer à la page suivante et remplir le tableau en suivant l'exemple ci-dessus.

AIDE FINANCIÈRE

PROPOSITION

NIVEAU
D'ACCORD

Question générale (art. 44)	
Faut-il apporter des modifications à l'égard des dispositions sur l'aide financière dans la LCSA?	
Options (art. 44)	
1. Les dispositions sur l'aide financière doivent être abrogées entièrement.	
2. Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par une autorisation expresse d'aide financière lorsqu'elle est consentie dans l'intérêt véritable de la société.	
3. Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par une obligation d'information.	
4. Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par l'obligation d'un avis et de l'approbation des actionnaires pour les opérations d'aide financière «importantes».	
5. Maintien et éclaircissement de l'art. 44 (voir annexe C pour 19 modifications proposées; énoncées ci-dessous).	
6. Supprimer toutes les restrictions à l'aide financière à l'achat d'actions dans l'art. 44 mais conserver un test de la solvabilité pour l'aide financière à des apparentés.	
7. Maintenir le statut quo à la fois sur l'aide financière aux apparentés et l'achat d'actions.	
8. Exiger des sociétés ouvertes avec un actionnaire dominant d'instaurer un comité afin d'approuver les opérations et les contrats importants avec liens de dépendance.	
9. Adopter un régime de divulgation, d'évaluation, de révision par un comité spécial et d'approbation des actionnaires minoritaires (CVMO instruction 9.1) pour des opérations importantes de sociétés ouvertes avec des apparentés.	
10. Adopter un régime global de réglementation de toutes les opérations des sociétés ouvertes avec des apparentés.	
11. Modifier l'art. 288 de la LCSA afin de définir expressément «plaignant» comme incluant un créancier aux fins du recours en actions dérivées ou des recours en cas d'abus ou en actions dérivées.	
Conclusions et recommandations préliminaires (art. 44)	
1. Maintenir et éclaircir les exigences relatives au test de la solvabilité et de l'actif de l'art. 44 et dispenser les opérations d'aide financière entre tous les membres d'un groupe de sociétés détenues en toute propriété.	

AIDE FINANCIÈRE

2.	(i)	Modifier l'art. 44 afin de remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif pour l'aide financière à des apparentés par les trois exigences suivantes : la divulgation, un test de l'intérêt véritable de la société et l'approbation par les administrateurs ou actionnaires.	
	(ii)	Modifier l'art. 44 afin d'exiger que les sociétés ouvertes de régime fédéral fassent examiner toute opération importante entre apparentés avec des actionnaires importants, des administrateurs et des dirigeants par un comité constitué d'administrateurs indépendants.	
3.	(i)	Modifier l'art. 44 afin de prévoir une défense de diligence raisonnable.	
	(ii)	Modifier l'art. 44 pour qu'il dise «qui n'a pas été <u>effectivement</u> avisé de la violation».	
Divulgation des intérêts d'un administrateur dans un contrat (art. 120)			
Question générale			
Faut-il faire des modifications à la LCSA à l'égard de la divulgation de l'intérêt des administrateurs dans des contrats importants?			
Options (art. 120)			
1.		Modifier l'art. 120 afin d'exiger que les administrateurs et dirigeants soient tenus de divulguer leur intérêt non seulement par rapport à des «contrats», mais également leur intérêt par rapport à toutes «opérations» ou «projets d'opérations».	
		<u>Option:</u> Remplacer le terme «contrat» avec le terme «opération».	
2.		Ne pas modifier la LCSA afin d'exiger que les administrateurs divulguent leurs intérêts dans <u>tout</u> contrat ou projet de contrat mais plutôt maintenir les obligations de divulgation uniquement à l'égard des contrats «importants».	
3.		Modifier le par. 120(5) afin de supprimer la possibilité pour les administrateurs intéressés de voter sur des contrats entrepris par eux à l'avantage de la société.	
		<u>Option:</u> Modifier le par. 120(5) afin de restreindre le droit de vote des administrateurs de sociétés ouvertes au seul régime de rémunération applicable à l'ensemble du conseil et non pas sur leur propre rémunération.	
4.	(i)	Exiger une divulgation générale dans la période de 12 mois qui précède le moment où la divulgation serait par ailleurs requise.	
	(ii)	Modifier le par. 120(6) de façon à ce qu'il soit prévu qu'un changement important dans la nature de l'intérêt de l'administrateur ou du dirigeant entraîne l'obligation de faire une déclaration nouvelle.	

AIDE FINANCIÈRE

	<p><u>Option:</u></p> <p>Ne <u>pas</u> modifier le par. 120(6).</p>	
5.	Modifier le par. 120(6) afin d'obliger à ce que la divulgation de contrats « importants » soit également faite à la prochaine assemblée annuelle des actionnaires.	
6.	<p><u>Option:</u> Dans le par. 120(7):</p> <p>(i) Maintenir le test de l'équitable.</p> <p>(ii) Supprimer le test de l'équitable et exiger uniquement la divulgation et soit l'approbation par les administrateurs soit l'approbation par les actionnaires.</p> <p>(iii) Remplacer le test de l'« équitable » par l'obligation que le contrat soit « dans l'intérêt véritable de la société ».</p> <p>(iv) Remplacer le test de l'« équitable » par un test subjectif.</p>	
7.	Modifier le par. 120(7) afin d'éclaircir le fait qu'un administrateur ou un dirigeant est uniquement tenu de rendre compte à la société de tout bénéfice si le contrat susceptible de conflit d'intérêts est annulable.	
8.	<p>(i) Modifier le par. 120(8) afin qu'il se lise comme suit : « omis, en violation du présent article, <u>de se conformer au présent article</u>, notamment en ne divulguant pas son intérêt dans un contrat important... »</p> <p>(ii) Modifier le par. 120(8) afin de conférer aux tribunaux le pouvoir de rendre une ordonnance enjoignant à l'administrateur ou au dirigeant de rendre compte à la société de tout bénéfice qu'il a tiré d'un contrat.</p>	
9.	Éclaircir l'alinéa 120(2)(b) en ajoutant : « au moment de la réunion à laquelle il est renvoyé dans l'alinéa a) ».	
10.	Adopter une disposition analogue au par. 132(8) de la LSAO et supprimer la mention relative à l'approbation des actionnaires dans le par. 120(7).	
Éclaircissements possibles de l'article 44 (Annexe C)		
1.	Modifier l'alinéa 44(1)(d) afin de remplacer l'expression « valeur de réalisation » par l'expression « juste valeur » et le définir à l'art. 44.	
2.	Modifier l'alinéa 44(1)(d) afin d'exclure de la « valeur de réalisation » le moindre d'entre la valeur de l'actif ou le plein montant de l'obligation garantie par la mise en gage ou la caution.	
3.	<p>(i) Modifier l'alinéa 44(1)(d) afin d'inclure un élément de passif éventuel à la définition de « passif ».</p>	

AIDE FINANCIÈRE

<p>(ii) Modifier l'art. 44 afin qu'il y soit prévu que lorsqu'un élément de passif éventuel est considéré un «passif» aux termes de l'alinéa 44(1)(d):</p> <p>(a) toute caution ou indemnité compensatoire et valide pourrait entrer dans les calculs servant à établir l'actif de la société; et</p> <p>(b) les biens garantis par la caution n'ont pas à être exclus du calcul de la valeur de l'actif.</p>	
<p>4. Exclure de la définition de «actif» tout montant d'aide financière consenti sous forme de : prêts, mise en gage de biens ou constitution de charges sur des biens et garanties consentis sur ces biens.</p>	
<p>5. Ne pas modifier l'alinéa 44(1)(d) afin de tenir compte des impôts exigibles et des frais d'opérations afférents à l'aliénation d'éléments d'actifs pour calculer le test de l'actif.</p>	
<p>6. Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir le fait qu'il n'a à être satisfait au test qu'au moment de la conclusion du contrat d'aide financière.</p>	
<p><u>Option:</u></p> <p>Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir que, <u>uniquement en ce qui concerne les opérations d'aide financière à distance et de bonne foi</u>, il ne devra être satisfait aux tests qu'au moment de la conclusion du contrat.</p>	
<p>7. (i) Élargir la définition de «aide financière» et supprimer le mot «notamment».</p>	
<p>(ii) Modifier le par. 44(1) afin de ne le rendre applicable qu'aux opérations d'aide financière qui sont «importantes».</p>	
<p>8. Modifier l'art. 44 de façon à limiter son application uniquement à l'aide financière consentie à des actionnaires, administrateurs et dirigeants «importants».</p>	
<p>9. Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir le fait qu'il impose des restrictions identiques à l'aide financière consentie à des actionnaires véritables comme aux actionnaires inscrits.</p>	
<p>10. Élargir le sens de «conjoint» dans la définition de «lien» au par. 2(1) afin d'inclure le conjoint de fait.</p>	
<p>11. Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir la définition d'«action».</p>	
<p>12. Remplacer les termes «acheteur» et «achat» par «acquéreur» et «acquisition» aux alinéas 44(1)(b) et (2)(e).</p>	
<p>13. Modifier le par. 44(2.1) de façon à redéfinir l'expression «filiale en toute propriété» et modifier le par. 44(2) de façon à permettre l'aide financière entre tous les membres d'un groupe.</p>	

AIDE FINANCIÈRE

	<p><u>Option:</u></p> <p>Adopter une définition dans l'art. 44 pour le groupe de sociétés en toute propriété et modifier le par. 44(2) de façon à permettre l'aide financière entre tous les membres du groupe.</p>	
14.	Maintenir l'exemption pour les filiales en toute propriété et éclaircir le fait que les opérations échelonnées sont permises.	
	<p><u>Option:</u></p> <p>(i) Modifier l'art. 44 afin d'interdire clairement les opérations échelonnées.</p>	
	<p>(ii) Modifier l'alinéa 44(2)(c) de sorte à exiger que, lorsqu'une société fait une offre d'achat visant à la mainmise par prise de contrôle adossée, une déclaration légale soit préparée et diffusée.</p>	
15.	Ne <u>pas</u> modifier la LCSA afin d'élargir l'exemption d'aide financière en amont afin de permettre l'aide financière à une personne physique.	
16.	Modifier le sous-alinéa 44(2)(e)(ii) en supprimant les mots «destinées à être détenues en fiducie».	
	<p><u>Option:</u></p> <p>Remplacer l'obligation que les actions doivent être détenues par un fiduciaire par une obligation qu'un régime d'achat d'actions doive être approuvé par une bourse ou une commission des valeurs mobilières canadienne.</p>	
17.	Élargir la protection conférée aux prêteurs suivant le par. 44(3) en exigeant un avis «réel» de violation de la part du prêteur.	
	<p><u>Option:</u></p> <p>Modifier le par. 44(3) de façon à prévoir qu'un prêteur peut poursuivre l'exécution d'un contrat conclu en violation de l'art. 44 lorsque le prêteur n'a aucune connaissance de la violation et qu'il n'existe aucun motif raisonnable de soupçon de la part du prêteur.</p>	
18.	Modifier le par. 44(3) de façon à renvoyer à «un prêteur, un créancier ou un autre tiers qui traite de pleine concurrence, à titre onéreux et de bonne foi avec la société...».	
19.	Modifier le par. 44(1) afin de prévoir qu'une société pourra consentir une aide financière, sauf interdiction ou restriction prévue dans la loi.	

PARTIE 3 -- COMMENTAIRES SUR LA RECOMMANDATION/L'OPTION PRÉFÉRÉE

Dans cette section, vous avez la possibilité de faire des commentaires sur les recommandations ou les options présentées dans le document de consultation. Pour chaque recommandation, veuillez préciser votre degré d'accord ou de désaccord pour chaque énoncé (consultez la légende ci-dessous pour des réponses possibles). Par exemple, dans le cas ci-dessous, le sujet interrogé a répondu «1» à la question de savoir si la recommandation clarifierait la LCSA. Sa réponse indique qu'il est tout à fait en désaccord avec l'énoncé selon lequel la recommandation clarifierait la LCSA. Toutefois, le sujet interrogé a répondu «3» à l'énoncé selon lequel la recommandation réduirait le coût de faire des affaires. Le sujet interrogé convient donc que le coût de faire des affaires serait réduit si la recommandation était adoptée.

Si vous avez des questions à propos de ce tableau, veuillez communiquer avec Trish Harrison au (613) 952-3652.

Légende				
0	1	2	3	4
Ne s'applique pas	Désapprouve fortement	Désapprouve	Approuve	Approuve fortement

EXEMPLE

Recommandation/Option	Cette recommandation/option aurait l'effet suivant							
	Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la paperasserie	Améliorer l'harmonisation	Réduire les duplications	Accroître la compétitivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
1. Exemple d'une recommandation (page X)	1	3	3	4	4	2	3	0

Veuillez continuer à la page suivante et remplir le tableau comme dans l'exemple ci-dessus.

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la paperasserie	Améliorer l'harmonisation	Réduire les duplications	Accroître la compétitivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	-------------------------	---------------------------	--------------------------	----------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

Options (art. 44)								
1. Les dispositions sur l'aide financière doivent être abrogées entièrement.								
2. Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par une autorisation expresse d'aide financière lorsqu'elle est consentie dans l'intérêt véritable de la société.								
3. Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par une obligation d'information.								
4. Remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif par l'obligation d'un avis et de l'approbation des actionnaires pour les opérations d'aide financière «importantes».								
5. Maintien et éclaircissement de l'art. 44 (voir annexe C pour 19 modifications proposées; énoncées ci-dessous).								
6. Supprimer toutes les restrictions à l'aide financière à l'achat d'actions dans l'art. 44 mais conserver un test de la solvabilité pour l'aide financière à des apparentés.								
7. Maintenir le statut quo à la fois sur l'aide financière aux apparentés et l'achat d'actions.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la pape- rasserie	Améliorer l'harmo- nisation	Réduire les dupli- cations	Accroître la compé- titivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obliga- tion de rendre compte
----------------------	--	---------------------------------	-----------------------------------	-------------------------------------	------------------------------------	---	---

Recommandation/Option

8. Exiger des sociétés ouvertes avec un actionnaire dominant d'instaurer un comité afin d'approuver les opérations et les contrats importants avec liens de dépendance.								
9. Adopter un régime de divulgation, d'évaluation, de révision par un comité spécial et d'approbation des actionnaires minoritaires (CVMO instruction 9.1) pour des opérations importantes de sociétés ouvertes avec des apparentés.								
10. Adopter un régime global de réglementation de toutes les opérations des sociétés ouvertes avec des apparentés.								
11. Modifier l'art. 288 de la LCSA afin de définir expressément «plaignant» comme incluant un créancier aux fins du recours en actions dérivées ou des recours en cas d'abus ou en actions dérivées.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la paperasserie	Améliorer l'harmonisation	Réduire les duplications	Accroître la compétitivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	-------------------------	---------------------------	--------------------------	----------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

Conclusions et recommandations préliminaires (art. 44)								
1. Maintenir et éclaircir les exigences relatives au test de la solvabilité et de l'actif de l'art. 44 et dispenser les opérations d'aide financière entre tous les membres d'un groupe de sociétés détenues en toute propriété.								
2. (i) Modifier l'art. 44 afin de remplacer les tests de la solvabilité et de l'actif pour l'aide financière à des apparentés par les trois exigences suivantes : la divulgation, un test de l'intérêt véritable de la société et l'approbation par les administrateurs ou actionnaires.								
(ii) Modifier l'art. 44 afin d'exiger que les sociétés ouvertes de régime fédéral fassent examiner toute opération importante entre apparentés avec des actionnaires importants, des administrateurs et des dirigeants par un comité constitué d'administrateurs indépendants.								
3. (i) Modifier l'art. 44 afin de prévoir une défense de diligence raisonnable.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la paperasse	Améliorer l'harmonisation	Réduire les duplications	Accroître la compétitivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	----------------------	---------------------------	--------------------------	----------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

(ii) Modifier l'art. 44 pour qu'il dise «qui n'a pas été <u>effectivement</u> avisé de la violation».								
Divulgation des intérêts d'un administrateur dans un contrat (art. 120)								
Options (art. 120)								
1. Modifier l'art. 120 afin d'exiger que les administrateurs et dirigeants soient tenus de divulguer leur intérêt non seulement par rapport à des «contrats», mais également leur intérêt par rapport à toutes «opérations» ou «projets d'opérations».								
<u>Option:</u> Remplacer le terme «contrat» avec le terme «opération».								
2. Ne pas modifier la LCSA afin d'exiger que les administrateurs divulguent leurs intérêts dans <u>tout</u> contrat ou projet de contrat, mais plutôt maintenir les obligations de divulgation uniquement à l'égard des contrats «importants».								
3. Modifier le par. 120(5) afin de supprimer la possibilité pour les administrateurs intéressés de voter sur des contrats entrepris par eux à l'avantage de la société.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

	Réduire le coût de la LCSA	Réduire la pape- rasserie affaires	Améliorer l'harmo- nisation	Réduire les dupli- cations	Accroître la compé- titivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obliga- tion de rendre compte
--	----------------------------	------------------------------------	-----------------------------	----------------------------	------------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

<p><u>Option:</u></p> <p>Modifier le par. 120(5) afin de restreindre le droit de vote des administrateurs de sociétés ouvertes au seul régime de rémunération applicable à l'ensemble du conseil et non pas sur leur propre rémunération.</p>								
<p>4. (i) Exiger une divulgation générale dans la période de 12 mois qui précède le moment où la divulgation serait par ailleurs requise.</p>								
<p>(ii) Modifier le par. 120(6) de façon à ce qu'il soit prévu qu'un changement important dans la nature de l'intérêt de l'administrateur ou du dirigeant entraîne l'obligation de faire une déclaration nouvelle.</p>								
<p><u>Option:</u></p> <p>Ne pas modifier le par. 120(6).</p>								
<p>5. Modifier le par. 120(6) afin d'obliger à ce que la divulgation de contrats «importants» soit également faite à la prochaine assemblée annuelle des actionnaires.</p>								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la pape-rasserie	Améliorer l'harmoni-sation	Réduire les dupli-cations	Accroître la compé-titivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obliga-tion de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	--------------------------	----------------------------	---------------------------	-----------------------------	--------------------------------	--

Recommandation/Option

<p>6. <u>Option</u>: Dans le par. 120(7) :</p> <p>(i) Maintenir le test de l'équitable.</p> <p>(ii) Supprimer le test de l'équitable et exiger uniquement la divulgation et soit l'approbation par les administrateurs soit l'approbation par les actionnaires.</p> <p>(iii) Remplacer le test de l'«équitable» par l'obligation que le contrat soit «dans l'intérêt véritable de la société».</p> <p>(iv) Remplacer le test de l'«équitable» par un test subjectif.</p>								
<p>7. Modifier le par. 120(7) afin d'éclaircir le fait qu'un administrateur ou un dirigeant est uniquement tenu de rendre compte à la société de tout bénéfice si le contrat susceptible de conflit d'intérêts est annulable.</p>								
<p>8. (i) Modifier le par. 120(8) afin qu'il se lise comme suit : «omis, en violation du présent article, de se conformer au présent article, notamment en ne divulguant pas son intérêt dans un contrat important...»</p>								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la pape-rasserie	Améliorer l'harmo-nisation	Réduire les dupli-cations	Accroître la compé-titivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	--------------------------	----------------------------	---------------------------	-----------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

(ii) Modifier le par. 120(8) afin de conférer aux tribunaux le pouvoir de rendre une ordonnance enjoignant à l'administrateur ou au dirigeant de rendre compte à la société de tout bénéfice qu'il a tiré d'un contrat.								
9. Éclaircir l'alinéa 120(2)(b) en ajoutant : «au moment de la réunion à laquelle il est renvoyé dans l'alinéa a)».								
10. Adopter une disposition analogue au par. 132(8) de la LSAO et supprimer la mention relative à l'approbation des actionnaires dans le par. 120(7).								
Éclaircissements possibles de l'article 44 (Annexe C)								
1. Modifier l'alinéa 44(1)(d) afin de remplacer l'expression «valeur de réalisation» par l'expression «juste valeur» et le définir à l'art. 44.								
2. Modifier l'alinéa 44(1)(d) afin d'exclure de la «valeur de réalisation» le moindre d'entre la valeur de l'actif ou le plein montant de l'obligation garantie par la mise en gage ou la caution.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la paperasserie	Améliorer l'harmonisation	Réduire les duplications	Accroître la compétitivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	-------------------------	---------------------------	--------------------------	----------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

3. (i) Modifier l'alinéa 44(1)(d) afin d'inclure un élément de passif éventuel à la définition de «passif».								
(ii) Modifier l'art. 44 afin qu'il y soit prévu que lorsqu'un élément de passif éventuel est considéré un «passif» aux termes de l'alinéa 44(1)(d): (a) toute caution ou indemnité compensatoire et valide pourrait entrer dans les calculs servant à établir l'actif de la société; et (b) les biens garantis par la caution n'ont pas à être exclus du calcul de la valeur de l'actif.								
4. Exclure de la définition de «actif» tout montant d'aide financière consenti sous forme de : prêts, mise en gage de biens ou constitution de charges sur des biens et garanties consentis sur ces biens.								
5. Ne pas modifier l'alinéa 44(1)(d) afin de tenir compte des impôts exigibles et des frais d'opérations afférents à l'aliénation d'éléments d'actifs pour calculer le test de l'actif.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la paperasserie	Améliorer l'harmonisation	Réduire les duplications	Accroître la compétitivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	-------------------------	---------------------------	--------------------------	----------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

6. Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir le fait qu'il n'a à être satisfait au test qu'au moment de la conclusion du contrat d'aide financière.								
<p><u>Option:</u></p> <p>Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir que, <u>uniquement en ce qui concerne les opérations d'aide financière à distance et de bonne foi</u>, il ne devra être satisfait aux tests qu'au moment de la conclusion du contrat.</p>								
7. (i) Élargir la définition de «aide financière» et supprimer le mot «notamment».								
(ii) Modifier le par. 44(1) afin de ne le rendre applicable qu'aux opérations d'aide financière qui sont «importantes».								
8. Modifier l'art. 44 de façon à limiter son application uniquement à l'aide financière consentie à des actionnaires, administrateurs et dirigeants «importants».								
9. Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir le fait qu'il impose des restrictions identiques à l'aide financière consentie à des actionnaires véritables comme aux actionnaires inscrits.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la pape- rasserie	Améliorer l'harmo- nisation	Réduire les dupli- cations	Accroître la compé- titivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obliga- tion de rendre compte
----------------------	--	---------------------------------	-----------------------------------	-------------------------------------	------------------------------------	---	---

Recommandation/Option

10. Élargir le sens de «conjoint» dans la définition de «lien» au par. 2(1) afin d'inclure le conjoint de fait.								
11. Modifier l'art. 44 afin d'éclaircir la définition d'«action».								
12. Remplacer les termes «acheteur» et «achat» par «acquéreur» et «acquisition» aux alinéas 44(1)(b) et (2)(e).								
13. Modifier le par. 44(2.1) de façon à redéfinir l'expression «filiale en toute propriété» et modifier le par. 44(2) de façon à permettre l'aide financière entre tous les membres d'un groupe.								
<u>Option:</u> Adopter une définition dans l'art. 44 pour le groupe de sociétés en toute propriété et modifier le par. 44(2) de façon à permettre l'aide financière entre tous les membres du groupe.								
14. Maintenir l'exemption pour les filiales en toute propriété et éclaircir le fait que les opérations échelonnées sont permises.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la pape-rasserie	Améliorer l'harmo-nisation	Réduire les dupli-cations	Accroître la compé-titivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obligation de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	--------------------------	----------------------------	---------------------------	-----------------------------	--------------------------------	---

Recommandation/Option

Option:								
(i) Modifier l'art. 44 afin d'interdire clairement les opérations échelonnées.								
(ii) Modifier l'alinéa 44(2)(c) de sorte à exiger que, lorsqu'une société fait une offre d'achat visant à la mainmise par prise de contrôle adossée, une déclaration légale soit préparée et diffusée.								
15. Ne pas modifier la LCSA afin d'élargir l'exemption d'aide financière en amont afin de permettre l'aide financière à une personne physique.								
16. Modifier le sous-alinéa 44(2)(e)(ii) en supprimant les mots «destinées à être détenues en fiducie».								
Option: Remplacer l'obligation que les actions doivent être détenues par un fiduciaire par une obligation qu'un régime d'achat d'actions doive être approuvé par une bourse ou une commission des valeurs mobilières canadienne.								
17. Élargir la protection conférée aux prêteurs suivant le par. 44(3) en exigeant un avis «réel» de violation de la part du prêteur.								

Cette recommandation/option aurait l'effet suivant

Clarifier la LCSA	Réduire le coût de faire des affaires	Réduire la pape-rasserie	Améliorer l'harmo-nisation	Réduire les dupli-cations	Accroître la compé-titivité	Améliorer la prise de décision	Améliorer l'obliga-tion de rendre compte
-------------------	---------------------------------------	--------------------------	----------------------------	---------------------------	-----------------------------	--------------------------------	--

Recommandation/Option

<p><u>Option:</u></p> <p>Modifier le par. 44(3) de façon à prévoir qu'un prêteur peut poursuivre l'exécution d'un contrat conclu en violation de l'art. 44 lorsque le prêteur n'a aucune connaissance de la violation et qu'il n'existe aucun motif raisonnable de soupçon de la part du prêteur.</p>								
<p>18. Modifier le par. 44(3) de façon à renvoyer à «un prêteur, un créancier ou un autre tiers qui traite de pleine concurrence, à titre onéreux et de bonne foi avec la société...».</p>								
<p>19. Modifier le par. 44(1) afin de prévoir qu'une société pourra consentir une aide financière, sauf interdiction ou restriction prévue dans la loi.</p>								