



DEVENIR ADMINISTRATEUR D'UNE SOCIÉTÉ— LES RESPONSABILITÉS ET LES RISQUES

Au Canada, les entreprises peuvent se constituer en société soit au niveau fédéral ou au niveau provincial, et, dans les deux cas, la constitution en société présente de nombreux avantages. Tout d'abord, les sociétés possèdent une existence juridique distincte de celle de leurs actionnaires, ce qui offre une protection à ces derniers à l'égard des actions de la société, ou d'une éventuelle négligence de la part de la société. Il existe aussi des avantages fiscaux à la constitution en société, puisque les taux d'imposition applicables aux sociétés, en particulier aux petites entreprises, sont généralement inférieurs à ceux des particuliers.



Wolters Kluwer

De même, la constitution en société confère à l'entreprise une existence perpétuelle et lui permet d'être détenue par plus d'une personne, un avantage pour un propriétaire unique ou pour des associés qui désirent léguer l'entreprise à une prochaine génération. Que la constitution en société s'effectue au niveau fédéral ou au niveau provincial, les règles encadrant la structure et l'exploitation de l'entreprise varient peu, quelles que soient les raisons de cette constitution ou le type d'activités de l'entreprise. Et l'une des règles qui ne changent pas est que toute société, petite ou grande, doit avoir au moins un administrateur.

Qui peut agir comme administrateur de société?

Chaque société peut choisir le nombre d'administrateurs au sein de son conseil d'administration (ou, ce qui est plus courant, établir un nombre minimal et un nombre maximal d'administrateurs). Ce nombre, ainsi que d'autres détails concernant la structure de l'entreprise, est fixé dans les statuts constitutifs de la société. Bien qu'il soit possible pour une société d'avoir un seul administrateur, cette situation ne s'observe généralement que chez les entreprises les plus petites. Pour devenir un administrateur de société, une personne (il doit s'agir d'une personne physique, car une personne morale ne peut agir comme administrateur de société) doit être âgée d'au moins 18 ans, doit être saine d'esprit (c'est-à-dire qu'elle ne doit pas avoir été déclarée incapable par un tribunal), et ne doit pas être actuellement en faillite. Il n'est pas nécessaire d'être un résident canadien pour agir comme administrateur d'une société canadienne, mais les règles exigent qu'au moins 25 % des administrateurs d'une telle société soient des résidents canadiens. De plus, lorsque le conseil d'administration d'une société compte moins de trois membres, au moins un des administrateurs doit être un résident canadien. Les administrateurs peuvent être élus pour un mandat d'une durée maximale de trois ans, mais lorsque les documents constitutifs de la société ne spécifient pas une durée de mandat fixe, un administrateur conserve son poste jusqu'à la prochaine assemblée des actionnaires de la société,

moment où il pourra être réélu. Les assemblées des actionnaires se tiennent annuellement.

Pour terminer, la loi n'exige pas qu'un administrateur détienne des actions de la société dont il est membre du conseil d'administration. La société peut toutefois exiger que ses administrateurs possèdent des actions comme prérequis pour faire partie de son conseil d'administration.

Premier conseil d'administration

Lorsqu'une entreprise demande un certificat de constitution à Corporations Canada, elle doit fournir les statuts constitutifs de la nouvelle société ainsi qu'un formulaire précisant la composition du premier conseil d'administration.

Ce formulaire contient les noms et adresses des membres du premier conseil d'administration de la société, et indique si chacun est un résident canadien. Les responsabilités de ces administrateurs débutent à la date où Corporations Canada émet le certificat de constitution pour la nouvelle société et prennent fin à la première assemblée des actionnaires, moment auquel les actionnaires procéderont à l'élection des administrateurs de la société. Lors de cette première élection, les administrateurs peuvent être élus parmi les membres du premier conseil d'administration, mais un ou plusieurs des membres du conseil initial peuvent également être remplacés.

Les responsabilités des administrateurs de société

Pour de nombreux Canadiens, l'image typique des administrateurs de société est celle d'administrateurs au salaire élevé travaillant pour une multinationale de renom et voyageant à bord du jet de leur entreprise afin d'assister à des réunions tenues dans des endroits exotiques avec d'autres administrateurs. Bien qu'il existe certainement des administrateurs de société répondant à cette description, la réalité est que la plupart des entreprises canadiennes sont de petites ou moyennes entreprises gérées par leur propriétaire. Dans de telles entreprises, il n'est pas inhabituel que les membres de la famille ou les amis deviennent administrateurs, particulièrement dans le premier conseil d'administration de la société à la suite de sa constitution. Dans d'autres



circonstances, une personne peut accepter de faire partie du conseil d'administration d'un organisme local sans but lucratif afin de soutenir les activités de cet organisme. Même si plusieurs administrateurs voient leur fonction comme purement symbolique ou honorifique – particulièrement les administrateurs inexpérimentés dans de petites entreprises –, le fait est qu'occuper une fonction d'administrateur de société signifie assumer des responsabilités bien réelles. Et quelle que soit la taille de l'entreprise ou de l'organisme, les responsabilités des administrateurs sont les mêmes.

Les administrateurs sont responsables de la gouvernance générale de la société. Bien qu'ils ne soient généralement pas impliqués dans la gestion des activités au quotidien, ils nomment et supervisent les dirigeants de la société (le directeur général, le directeur financier, etc.) qui prennent les décisions importantes au quotidien. De même, les administrateurs d'une société ont le pouvoir d'effectuer des changements importants touchant la structure et la direction de la société, et nombre de ces décisions peuvent être prises sans l'approbation préalable des actionnaires. À titre d'exemple, le conseil d'administration d'une société peut approuver les états financiers de la société et peut modifier les règlements administratifs ainsi que les statuts constitutifs de la société, lesquels déterminent

la structure de cette dernière et les règles gouvernant son exploitation. Les changements aux règlements d'exploitation doivent toutefois être approuvés par les actionnaires de la société lors de la prochaine assemblée des actionnaires.

Le pouvoir des administrateurs sur la conduite des affaires de la société s'assortit d'une responsabilité équivalente à l'égard des actions de la société.

En général, les administrateurs ont ce que l'on appelle une « obligation fiduciaire » à l'égard de la société. En pratique, cette obligation force les administrateurs à placer les intérêts de la société au-dessus des leurs. À titre d'exemple, lorsqu'une occasion d'affaires se présente à la société, il est interdit aux administrateurs de la société de tirer avantage de cette occasion pour leur propre bénéfice ou pour celui d'une autre entreprise.

Dans l'ensemble, il est attendu des administrateurs qu'ils agissent avec honnêteté et au mieux des intérêts de la société, et qu'ils exercent au moins le niveau de soins et de diligence qu'une personne raisonnable exercerait dans des circonstances similaires.

Bien qu'en fin de compte, les administrateurs soient responsables de tous les aspects des activités de la société, certains secteurs posent plus de difficultés que d'autres pour les administrateurs, en particulier les obligations de l'entreprise envers l'Agence du revenu du Canada (ARC).

Quelle est la responsabilité potentielle d'un administrateur?

Une entreprise, selon sa taille et l'industrie dans laquelle elle exerce ses activités, peut avoir diverses obligations juridiques et fiscales, lesquelles incluent habituellement l'obligation de remettre différents montants au gouvernement fédéral sur une base régulière. Toujours selon l'industrie et les activités de la société, ces obligations de versement peuvent impliquer un droit d'accise, un remboursement d'impôt à l'égard de dépenses pour recherche scientifique et développement expérimental, des crédits d'impôt à l'achat d'actions ou des paiements à des non résidents, et les administrateurs de société peuvent être tenus responsables en cas de défaut de versement de la totalité ou d'une partie de ces montants. Toutefois, il existe une obligation de versement qui est commune à pratiquement toutes les entreprises : le versement des retenues à la source sur la paie. Toute société qui emploie du personnel doit prélever de l'impôt sur le revenu, des cotisations au Régime de pensions du Canada de même que des cotisations à l'assurance-emploi sur le salaire de ses employés, et doit verser ces montants à l'ARC, avec toute cotisation de l'employeur requise, sur une base régulière. Par conséquent, il n'est pas étonnant que la plupart des cas où des administrateurs ont été tenus personnellement responsables d'un défaut de versement par leur entreprise aient été liées aux retenues à la source. Lorsqu'une société est en défaut de verser ces retenues, il convient de se poser les questions suivantes :

- Qui peut être tenu responsable, et de quoi?
- De quelle façon la responsabilité peut-elle être évitée?
- Quelles sont les conséquences potentielles lorsque la responsabilité est établie?

Le prélèvement des retenues à la source et leur versement à l'ARC est une fonction habituellement assumée par le service de la paie de l'entreprise ou, dans les petites entreprises, par un comptable ou un commis-comptable. Bien que les administrateurs de société n'aient pas à être directement impliqués dans ce processus,

ils doivent s'assurer que l'entreprise effectue les retenues de façon appropriée; selon l'ARC, ils « doivent faire tous les efforts raisonnables pour s'assurer que les retenues à la source [...] sont retenu[e]s, perçu[e]s, versé[e]s et payé[e]s. » Cet effort raisonnable s'inscrit dans la responsabilité de « diligence raisonnable » de l'administrateur. Les administrateurs ne sont pas tenus responsables s'ils font preuve de diligence raisonnable, c'est-à-dire la diligence qu'une personne raisonnablement prudente exercerait dans des circonstances semblables pour s'assurer que la société déduit, retient, perçoit, verse ou paie les sommes en temps opportun.

La notion de « diligence raisonnable » pour un administrateur de société a été examinée dans de nombreuses décisions de justice. Vous trouverez ci-dessous un résumé des tâches qui, selon l'ARC, sont associées à cette responsabilité dans le contexte des versements devant être effectués par une entreprise. Pour faire preuve de diligence raisonnable, un administrateur de société doit utiliser des méthodes comme les suivantes :

- maintenir un compte distinct pour les sommes déduites sur le traitement des employés ainsi que pour le versement des retenues à la source et d'autres montants devant être remis à l'ARC;
- demander aux agents financiers de la société de présenter des rapports réguliers sur l'état du compte; et
- obtenir régulièrement la confirmation que les retenues, les versements ou les paiements ont été faits dans toutes les périodes appropriées.

Concrètement, un administrateur de société pourrait s'acquitter de cette responsabilité en demandant à l'employé chargé du prélèvement et du versement des retenues à la source de créer un compte distinct pour déposer les retenues à la source et de fournir des rapports régulièrement au conseil d'administration, avec une preuve écrite, sous la forme de reçus et/ou de relevés de compte provenant de l'ARC, confirmant que toutes les retenues à la source ont été versées comme exigé. Un administrateur qui procède de la sorte sera probablement considéré comme ayant déployé



tous les efforts raisonnables pour s'assurer que l'entreprise respecte ses obligations.

Toutefois, en cas de non-respect de ces obligations, l'ARC demandera d'abord à l'entreprise de remédier à la situation. C'est uniquement lorsque la société est dans l'impossibilité de respecter ses obligations, c'est-à-dire lorsqu'un jugement rendu contre elle ne peut être exécuté, lorsqu'elle a été liquidée ou dissoute, ou lorsqu'elle est en faillite et ne dispose plus des fonds nécessaires pour s'acquitter de ses obligations, que l'ARC avisera les administrateurs, par une « proposition pré cotisation », qu'ils pourraient être tenus responsables des dettes de l'entreprise. Un administrateur qui reçoit une telle communication de l'ARC doit répondre par écrit à l'intérieur de la période établie dans la proposition, en expliquant toutes les mesures qu'il a prises pour s'assurer que la société respecte ses obligations, et doit fournir une preuve écrite des mesures qui ont été prises. L'ARC examinera alors cette réponse afin de décider si elle doit ou non établir une cotisation à l'égard de l'administrateur pour les dettes de la société envers l'ARC.

Lorsqu'une société est en retard dans le versement à l'ARC des retenues à la source de ses employés, c'est souvent parce qu'elle est en difficulté financière. À mesure que la situation s'aggrave, il est possible que d'autres obligations financières de la société ne soient pas remplies, y compris parfois le versement des salaires des employés. Lorsque cela se produit, les employés peuvent exercer un recours contre les administrateurs de la société pour obtenir le paiement de jusqu'à six mois de salaires impayés.

De quelle façon la responsabilité d'un administrateur est-elle déterminée – comprendre la responsabilité solidaire

Lorsque les administrateurs sont tenus personnellement responsables des dettes de la société, cette responsabilité est « solidaire », ce qui signifie que chaque administrateur peut être cotisé pour le plein montant de la dette de la société, incluant les pénalités et intérêts; les cotisations pour de telles dettes ne sont pas établies au prorata. Cela dit, chaque administrateur qui est jugé responsable

des dettes de la société et qui paye ces dettes peut se retourner contre les autres administrateurs afin d'obtenir compensation jusqu'à concurrence de leurs parts respectives de la dette.

Qui considère-t-on comme un administrateur de société?

Compte tenu des exigences détaillées prescrites par la loi en ce qui concerne la nomination et l'élection d'administrateurs, il peut sembler étrange de demander qui peut être considéré comme un administrateur de société. Toutefois, il faut savoir qu'une personne peut être tenue responsable d'obligations de la société même si elle n'a jamais été élue comme membre du conseil d'administration. L'ARC interprète la notion d'administrateur de façon très large. Selon l'Agence, « [L]es lois ne font aucune distinction entre les administrateurs, qu'ils soient administrateurs actifs, passifs, désignés ou externes. » Toute personne détenant le titre d'administrateur peut être tenue personnellement responsable du fait que l'entreprise ne remplisse pas ses obligations envers l'ARC. On croit généralement à tort qu'un administrateur qui n'est pas impliqué dans les affaires d'une société – par exemple, qui n'assiste pas aux réunions des administrateurs, ne lit pas les comptes rendus des réunions ou ne signe pas les résolutions des administrateurs – ne peut être tenu responsable des décisions prises aux réunions auxquelles il n'a pas assisté ou des décisions mises en œuvre par des résolutions dont il n'était pas au courant. En fait, c'est tout le contraire; de façon générale, non seulement un manque d'implication dans les affaires de l'entreprise ne décharge pas un administrateur d'une responsabilité potentielle, mais ce manque d'implication peut être perçu comme un défaut de respecter les obligations liées à la fonction d'administrateur de société. Pour terminer, il n'est même pas nécessaire d'occuper officiellement une fonction d'administrateur pour être tenu responsable des manquements d'une entreprise. En effet, l'ARC estime que « [L]es dirigeants, les employés ou autres personnes qui ne sont pas officiellement nommés ou élus dans un poste d'administrateur, mais assument des fonctions qui relèvent normalement des administrateurs, peuvent être responsables. »

Protection des administrateurs et des dirigeants d'une société

Il y a quelques décennies, un rôle au sein du conseil d'administration d'une société était perçu comme une sinécure, c'est-à-dire un travail exigeant peu d'efforts, mais offrant une compensation pouvant s'avérer généreuse.

Un certain nombre de changements survenus au cours de la dernière décennie ont contribué à changer cette perception. Plusieurs faillites et/ou fraudes d'entreprises bien en vue, et les pertes que celles-ci ont occasionnées aux actionnaires, aux employés (anciens et actuels), et aux entreprises créancières ont remis à l'avant-plan les responsabilités des administrateurs et la mesure dans laquelle ces derniers s'en acquittent. Au même moment, une intensification de l'activisme actionnarial a fait en sorte que les administrateurs sont désormais tenus responsables plus que jamais lorsqu'il est démontré que les dirigeants de la société ont commis une faute ou qu'ils ont fait preuve de négligence pendant le mandat des administrateurs.

Le resserrement de la surveillance et l'accroissement de la responsabilité potentielle ont instauré une certaine réticence à devenir administrateur chez les personnes qualifiées pour cette fonction, ou, du moins, ont poussé ces dernières à s'assurer que des mesures appropriées seraient mises en place pour les protéger face à d'éventuels recours qui pourraient être exercés contre eux. Corporations Canada indique que la société peut, à titre d'exemple, adopter une ou plusieurs des mesures de protection suivantes :

- prendre une assurance-responsabilité qui couvre ses administrateurs et ses dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions;
- dédommager ou indemniser ses administrateurs et ses dirigeants des coûts qu'ils doivent assumer dans certains cas, sauf s'ils n'ont pas agi honnêtement et dans l'intérêt de la société; ou
- dans certaines circonstances, avancer des fonds pour permettre aux administrateurs et aux dirigeants de payer les frais associés à leur défense dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite menant à un procès. Veuillez noter, toutefois, que dans les cas où les administrateurs ou les dirigeants ne réussissent pas à se défendre avec succès, ils doivent rembourser l'avance reçue à la société.

Quitter le conseil d'administration – à quel moment la responsabilité d'un administrateur prend-elle fin?

Heureusement, bien que la responsabilité potentielle d'un administrateur à l'égard des montants dus par la société à l'ARC soit importante, elle n'est pas illimitée. L'ARC doit établir toute cotisation à l'égard d'un administrateur dans les deux ans suivant la fin du mandat de ce dernier au sein de l'entreprise. En d'autres termes, quitter un poste d'administrateur de société ne dégage pas un administrateur de sa responsabilité à l'égard de ses actes ou de ses omissions alors qu'il était en poste. Par contre, afin d'être valide, toute cotisation relative à ces actes ou omissions doit être établie par l'ARC dans les deux années suivant la date de démission de l'administrateur.

La plupart des administrateurs de société, que ce soit au sein de petites, de moyennes ou de grandes entreprises, ne seront jamais tenus personnellement responsables des montants dus par l'entreprise à l'ARC. Cependant, toute personne qui accepte la fonction d'administrateur au sein d'une société, peu importe la taille de celle-ci, ou dans un organisme sans but lucratif, doit comprendre qu'une telle fonction n'est jamais que symbolique ou honorifique. Devenir un administrateur de société signifie assumer des responsabilités bien réelles, et l'ignorance de ces responsabilités, ou le fait de ne pas les prendre au sérieux, ne peut être invoquée par un administrateur pour éviter d'engager sa responsabilité personnelle.

L'ARC a récemment mis à jour sa publication sur les obligations et responsabilités potentielles des administrateurs de société, et cette publication (la circulaire d'information IC89 2R3) peut être consultée sur le site Web de l'Agence au <http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic89-2r3/ic89-2r3-14f.pdf>.

