

La restriction par le Conseil d'administration du droit au dividende des actionnaires de la société par actions : quelle portée juridique?

Daniel Djedi*

Conformément à la Loi canadienne sur les sociétés par actions et la Loi québécoise sur les sociétés par actions, le Conseil d'administration (ci-après « CA ») dispose de la liberté de déclarer ou non un dividende à la fin de l'exercice comptable (Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 43 [ci-après « L.C.S.A. »] et Loi québécoise sur les sociétés par actions, RLRQ, c. S-31.1, art. 103 [ci-après « L.S.A.Q. »]). Toutefois, ce pouvoir est encadré tant par les différents législateurs que par les juges afin de protéger la société contre l'opportunisme de certains administrateurs (L.C.S.A., art. 42 et L.S.A.Q., art. 104). Leurs décisions peuvent faire l'objet de contestation devant les tribunaux.

L'article réfléchit sur cette liberté dont dispose le CA de déclarer ou non un dividende à travers la question suivante : Quelle lecture juridique peut être faite de la restriction par le CA du droit au dividende des actionnaires de la société par actions? Afin de répondre à cette question, j'ai analysé en deux sections distinctes les sources législatives, jurisprudentielles et doctrinales de la

In accordance with the Canadian Corporations Act and the Quebec Corporations Act, the Board of Directors (Hereafter known as "Board") has the freedom to declare or not a dividend at the end of the accounting exercises (L.C.S.A., art. 43 and L.S.A.Q., art. 103). However, this power is framed as by the various legislators by the judges in order to protect society against the opportunism of some administrators (L.C.S.A., art. 42 et L.S.A.Q., art. 104). Their decisions can be challenged in court.

The article reflects on the freedom available to the Board whether to declare a dividend through the following question: What legal reading may be made of the restriction by the Board of the dividend rights of shareholders of the corporation? To answer this question, I analyzed in two separate sections of relevant legislation, case law and literature of the corporation incorporated under the federal system and Quebec: the first section focuses on the legal characteristics of the restriction of the right to the dividend of the shareholders by the Board;

(2014) 19:2 Lex-[Electronica.org](http://www.lex-electronica.org) 1

Copyright © 2014 Daniel Djedi.

* Chargé de cours et doctorant en droit des affaires à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il est titulaire d'une Maîtrise (Master 2) en droit des affaires et fiscalité de l'Université d'Orléans/France.

société par actions constituée sous l'égide du régime fédéral et celui du Québec : la première section s'intéresse aux caractéristiques juridiques de la restriction du droit au dividende des actionnaires par le CA; la seconde section se questionne sur des liens éventuels entre cette restriction du droit au dividende et la notion de l'intérêt de la société.

L'ensemble des résultats indique que la restriction du droit au dividende des actionnaires et ses limites entrent dans le cadre de la notion jurisprudentielle de l'intérêt de la société telle qu'évoquée dans les arrêts Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise et BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976 de la Cour suprême du Canada. Les administrateurs ne doivent pas privilégier l'intérêt des actionnaires au détriment de l'intérêt de la société ni celui des autres parties prenantes et «vice versa». Ils doivent rechercher un équilibre entre les intérêts des uns et des autres dans l'exercice de leurs fonctions. Par exemple, ils ne doivent pas mettre en avant la primauté des actionnaires pour décider de déclarer ou non un dividende.

the second section has questions about possible links between this restriction of the right to the dividend and the concept of the company's interest.

The overall results indicate that the restriction of the right to the dividend to shareholders and its limits are part of what in case law for the benefit of society as briefly mentioned in the judgments Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise and BCE Inc. v. 1976 debenture holders of the Supreme Court of Canada. Administrators should not favor the interests of the shareholders at the expense of the company's interest and that of other stakeholders and «vice versa». They must seek a balance between the interests of each other in the performance of their duties. For example, they should not emphasize the primacy of shareholders to decide whether to declare a dividend.

Introduction	3
1. Les caractéristiques du pouvoir de restriction du droit au dividende des actionnaires par le Conseil d'administration	5
1.1. Un pouvoir discrétionnaire reconnu au Conseil d'administration	5
1.2. Un pouvoir discrétionnaire encadré	8
2. La restriction du droit au dividende des actionnaires : la primauté accordée à l'intérêt de la société?	12
2.1. Une décision profitable à la société?	12
2.2. Qu'en est-il de la primauté des actionnaires?	13
Conclusion	15

La restriction par le Conseil d'administration du droit au dividende des actionnaires de la société par actions : quelle portée juridique?

Daniel Djedi

INTRODUCTION

Les actionnaires ne jouissent d'aucune garantie de pouvoir partager les profits de l'entreprise¹

À travers une analyse approfondie des lois canadiennes et québécoises sur les sociétés par actions², de la jurisprudence et de la doctrine sur le pouvoir de restriction par le Conseil d'administration (ci-après « CA ») du droit au dividende des actionnaires et ses limites, je tente d'amorcer une discussion sur la portée juridique de l'exercice de ce pouvoir. Cette discussion pourra permettre aux administrateurs de la société par actions de rattacher la discrétion de déclarer ou non de dividendes à la notion de l'intérêt de la société qu'ils doivent prendre en considération dans l'exercice de leurs fonctions.

Dans la gouvernance des sociétés, il convient de rappeler que les actionnaires, les administrateurs et les dirigeants disposent des droits et des obligations. Chacune des « institutions » de la société par actions doit exercer ses fonctions dans la limite de ses pouvoirs sous peine des sanctions encourues en droit des sociétés et selon le régime commun prévu par le *Code civil du Québec*.

Au regard des sources formelles du droit sur les sociétés par actions précitées, l'on retient qu'un dividende est un profit déclaré par les administrateurs d'une société par actions et distribué, sous certaines conditions, aux actionnaires au prorata du

1. Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Éditions Thémis, Montréal, 2011, p. 258.
2. *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (ci-après « L.C.S.A. ») ; *Loi québécoise sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1 (ci-après « L.S.A.Q. »).

nombre d'actions qu'ils détiennent dans la société. Il s'agit d'un incitatif versé aux actionnaires en contrepartie de l'investissement qu'ils apportent à la société aux fins de son développement. Cependant, la déclaration et subséquemment le versement des dividendes par le CA sont interdits « (sauf un dividende en actions ou au Québec, en options) si la société est insolvable, ou si elle le devient suite à ce versement, ou encore (au fédéral seulement) si ces dividendes entament son capital)³ ». En effet, le paiement des dividendes ne doit pas avoir pour conséquence la réduction du capital ni occasionner la mise en difficulté de la société. Lorsque ces dernières conditions sont remplies, les administrateurs peuvent distribuer les dividendes déclarés en argent, en actions ou en biens⁴.

Je précise également que si le dividende n'est pas déclaré par le CA, ce dernier ne sera pas distribué et on parlera du dividende cumulatif. Il existe aussi d'autres types de dividendes à savoir, les dividendes non cumulatif et préférentiel⁵. Certains auteurs comme Martel, Crête et Rousseau expliquent que le dividende cumulatif est celui qui s'ajoute aux autres dividendes déclarés postérieurement par les administrateurs. En revanche, si les administrateurs décident de ne pas les déclarer l'année qui suit, ce dividende cumulatif deviendra non cumulatif, car le droit de le réclamer s'éteint chaque année. Pour le dividende préférentiel, il s'agit d'un profit accordé prioritairement aux actionnaires détenant des actions préférentielles de la société par rapport aux autres catégories d'actions. D'une manière générale, la participation au profit dépend des catégories d'actions souscrites par les actionnaires. Dès lors, les dividendes, qui sont une forme de profit distribué aux actionnaires, s'alignent sur la catégorie d'action détenue par les différents actionnaires.

[5] J'ajouterai que ce type de profit fait partie des leviers de « l'ingénierie sociale ». En effet, en variant les types d'actions, les sociétés multiplient par la même occasion les différents profits qui y sont attachés afin d'attirer divers investissements. Toutefois, la quête du profit pour les actionnaires ou certains droits au profit peuvent connaître des limites comme c'est le cas avec celui au dividende. Cet article qui s'intéresse au pouvoir du CA de restreindre le droit au dividende des actionnaires tente de répondre à la question principale suivante : quelle lecture juridique peut être faite de la restriction par le conseil d'administration du droit au dividende des actionnaires de la société par actions? Spécifiquement, quelles sont les caractéristiques de ce pouvoir ? Quelle est sa nature juridique et quelles sont ses limites? Peut-on établir un lien entre le pouvoir de restriction du droit au dividende des actionnaires et ses

3. Paul MARTEL, *La société par actions au Québec : Les aspects juridiques*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2015, ch. 19-108 et 117; R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 259 ; *Laverdure c. Du Tremblay*, (1937) 63 B.R. 108, p. 117 (l'actionnaire ne peut réclamer son droit au dividende que si celui-ci est déclaré par le CA).

4. *Id.* Martel explique bien ces différents types de paiement des dividendes que le CA peut choisir dans une résolution en conseil pour payer les dividendes aux actionnaires; L.S.A.Q., art. 103 et L.C.S.A., art. 43.

5. P. MARTEL, préc., note 3, chapitre 19-147 et 19-158.

limites à la notion de l'intérêt de la société? Le cas échéant, la décision de déclarer ou non un dividende peut-elle être profitable à la société ou serait-elle contraire à la primauté des actionnaires?

[6] Pour répondre à la question principale et aux sous-questions, la réflexion s'appuie sur le droit positif canadien et québécois sur les sociétés par actions. L'analyse juridique s'articulera autour de deux sections principales.

[7] La première section de cet article portant sur les caractéristiques du pouvoir de restriction du droit au dividende des actionnaires par le CA est composée de deux sous-sections. La première traite du pouvoir discrétionnaire reconnu au CA tandis que la seconde évoque les limites apportées à ce pouvoir.

[8] La seconde section de cet article qui est composée également de deux sous-sections réfléchit sur les liens entre le pouvoir de restriction du droit au dividende des actionnaires par le CA et la notion de l'intérêt de la société. La première s'interroge sur la profitabilité de ce pouvoir de restriction pour la société alors que la seconde se questionne sur le lien entre ce pouvoir et la primauté des actionnaires.

1. Les caractéristiques du pouvoir de restriction du droit au dividende des actionnaires par le Conseil d'administration

L'analyse des sources juridiques sur la restriction du droit au dividende m'a conduit à constater la nature discrétionnaire de ce pouvoir qui est reconnu au CA de la société par actions tant au fédéral qu'au provincial (1.1). En revanche, l'exercice de ce pouvoir est encadré par les différents législateurs ainsi que par les juges (1.2).

1.1. Un pouvoir discrétionnaire reconnu au Conseil d'administration

L'exercice de ce pouvoir se manifeste par la déclaration ou non de dividendes par le CA d'une société par actions. Dès lors que cette déclaration est faite, le CA a l'obligation de verser le dividende aux actionnaires, car cela engendre une créance au profit de ces derniers⁶. On verra que ce pouvoir discrétionnaire permet au CA de trouver un équilibre entre le droit au dividende des actionnaires et la nécessité

6. P. MARTEL, préc., note 3, chapitre 19-110.

de maintenir un fonds de roulement capable de soutenir le développement de la société⁷.

Les textes législatifs posent comme principe la discrétion du CA sur la déclaration ou non du dividende à la fin de l'exercice comptable de la société. Au titre de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, c'est l'article 43 L.C.S.A. qui énonce ce principe :

« (1) La société peut verser un dividende soit sous forme d'actions entièrement libérées, soit, sous réserve de l'article 42, en numéraire ou en biens⁸ ».

On remarque que la formulation de cet article n'est pas impérative, mais plutôt une suggestion. Le CA n'a pas l'obligation de verser de dividendes aux actionnaires, mais peut le faire en toute discrétion. Ce même pouvoir discrétionnaire accordé au CA est constaté lorsqu'on examine la Loi sur les sociétés par actions du Québec. Particulièrement, l'article 103 aborde dans le même sens que le régime juridique fédéral sur la société par actions :

« Sauf disposition contraire des statuts ou d'une convention unanime des actionnaires, le conseil d'administration peut déclarer un dividende et la société peut payer ce dividende en argent, en biens ou en actions entièrement payées qu'elle émet ou en droits d'option ou d'acquisition portant sur ces actions.

Si le paiement d'un dividende est effectué en actions, la société peut porter au crédit du compte de capital-actions émis et payé de la catégorie ou série appropriée tout ou partie de la valeur de ces actions »⁹.

À la lecture de ce texte provincial, il faut rappeler le caractère discrétionnaire de déclarer ou non un dividende, mais aussi la possibilité pour les actionnaires de contraindre unanimement le CA à déclarer de dividendes lorsque la société réalise des profits à la fin de l'exercice comptable. Toutefois, tant sur le plan fédéral que provincial (Québec), les législateurs reconnaissent sans ambiguïté la discrétion du CA de déclarer ou non un dividende. D'ailleurs, ce pouvoir existait même dans l'ancienne législation sur les compagnies comme l'indique son article 91:

« 1. Les administrateurs de la compagnie peuvent en administrer les affaires et passer, en son nom, toutes espèces de contrats permis par la loi. b) la déclaration et le paiement des dividendes¹⁰ ».

Il s'agit donc d'une volonté constante du législateur québécois en particulier, qui vise à donner une marge de manœuvre aux administrateurs dans leur tâche d'administrer justement les biens de la société.

7. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 258.

8. L.C.S.A., art. 43.

9. L.S.A.Q., art. 103.

10. *Loi sur les compagnies*, RLRQ, c. C-38, art. 91.

J'ajouterai que cette marge de manœuvre accordée au CA peut être un levier de financement intéressant pour la société au cas où celle-ci venait à éprouver des difficultés financières. Le fait par exemple de pouvoir garder un montant des bénéfices réalisés dans la réserve peut permettre à la société de s'autofinancer rapidement au lieu de recourir tout de suite au mécanisme de l'emprunt avec des taux d'intérêt parfois très élevés. Je déduis que c'est un pouvoir discrétionnaire qui peut conduire à des décisions «prudentes» telles que celles de constituer un fonds de réserve afin de préserver le bon fonctionnement de la société en cas des difficultés. Une société en bonne santé économique peut avoir des effets positifs permanents pour l'ensemble des acteurs qui «gravitent» autour d'elle, y compris les actionnaires. Martel signale que «les administrateurs doivent considérer l'intérêt de la société comme un tout avant celui des actionnaires pris individuellement ou même collectivement»¹⁶.

Toutes les sources juridiques analysées s'accordent à reconnaître sans ambiguïté le droit au CA de décider de déclarer ou non un dividende à distribuer, et ce, même si la société a réalisé des bénéfices. Les administrateurs peuvent décider d'affecter ces profits à la réserve afin de permettre à la société de faire face à certaines difficultés imprévues. C'est une décision qui peut s'avérer extrêmement prudente en termes de gestion. « Gérer, c'est prévoir ».

1.2. Un pouvoir discrétionnaire encadré

Les législateurs du fédéral et du Québec encadrent le pouvoir discrétionnaire du CA respectivement aux articles 42 L.C.S.A. et 104 L.S.A.Q.. Cet encadrement concerne la décision de déclarer ou non un dividende. Dans les deux cas, les décisions du CA peuvent faire l'objet de contestation devant les tribunaux. Par exemple, si les administrateurs de la société par actions décident de déclarer un dividende, ils doivent au préalable s'assurer que leur société n'éprouve aucune difficulté financière pouvant la mettre en difficulté. Comme nous le verrons plus loin, les décisions des administrateurs peuvent être contestées en cas de violation des obligations de loyauté et de diligence, d'abus de pouvoir, de violation des stipulations statutaires, de fraude ou de mauvaise foi.

Pour la société par actions constituée sous l'égide de la Loi canadienne, c'est son article 42 qui impose une limite au pouvoir discrétionnaire reconnu au CA de déclarer ou non un dividende :

« La société ne peut déclarer ni verser de dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que :

a) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;

16. *Id.*, ch. 19-99.

b) ou bien la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré¹⁷ ».

Les administrateurs de la société par actions constituée sous la *Loi sur les sociétés par actions du Québec* doivent respecter les exigences de l'article 104 de ladite loi selon lequel :

« La société ne peut déclarer ni payer aucun dividende, sauf le dividende en actions ou en droits d'option ou d'acquisition portant sur des actions, s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle ne peut ou ne pourrait de ce fait acquitter son passif à échéance¹⁸ ».

Cette interdiction faite aux administrateurs de la société par actions du Québec trouve également ses racines dans l'ancienne *Loi sur les compagnies*¹⁹. Les administrateurs qui décident de déclarer un dividende en violation de ces différents textes législatifs précités devront engager leur responsabilité conformément aux recours prévus par les lois²⁰.

Les législateurs tant au fédéral qu'au provincial (Québec) exigent des administrateurs qu'ils fassent preuve de loyauté et de diligence dans l'utilisation de leur pouvoir discrétionnaire de déclarer ou non un dividende²¹. Ils ont également prévu une restriction de la liberté accordée aux administrateurs de déclarer ou non un dividende lorsque leur décision reflète un abus de pouvoir²².

La jurisprudence confirme ces restrictions législatives tout en évoquant aussi les cas de fraude ou de mauvaise foi des administrateurs, qui peuvent limiter leur li-

17. L.C.S.A., art. 42.

18. L.S.A.Q., art. 104.

19. *Loi sur les compagnies*, préc., note 9, art. 123.70 : « La compagnie ne peut déclarer ni payer aucun dividende s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'en raison de ce fait :

1° elle ne pourrait acquitter son passif à échéance; ou

2° la valeur comptable de son actif serait inférieure au total de son passif et de son compte de capital-actions émis et payé ».

20. L.C.S.A., art. 118 (c); L.S.A.Q., art. 445 et 447.

21. L.C.S.A., art. 122 (1) : « Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir : a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société; b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. »; L.S.A.Q., art. 119 : « Sous réserve des dispositions de la présente section, les administrateurs sont soumis aux obligations auxquelles est assujéti tout administrateur d'une personne morale en vertu du Code civil. En conséquence, les administrateurs sont notamment tenus envers la société, dans l'exercice de leurs fonctions, d'agir avec prudence et diligence de même qu'avec honnêteté et loyauté dans son intérêt. Les dirigeants, en leur qualité de mandataires de la société, sont soumis, entre autres, aux mêmes obligations auxquelles sont tenus les administrateurs en vertu du deuxième alinéa. »; C.c.Q., art. 321 et 322.

22. L.C.S.A., art. 241; L.S.A.Q., art. 450.

berté de déclarer ou non de dividendes. Dans l'affaire *Bergeron c. Bergeron-Faucher*, l'honorable Marie Deschamps déclare :

« La Cour suprême, dans *R. c. McClurg*, tout en reconnaissant la validité d'une clause autorisant un dividende discrétionnaire, a précisé qu'une telle clause ne faisait pas disparaître l'obligation des administrateurs d'agir de bonne foi et au mieux des *intérêts de la société*. La qualification des devoirs des administrateurs est d'ailleurs maintenant inscrite au Code civil du Québec à l'article 322. *L'intérêt de la société* ne doit pas être confondu avec *l'intérêt des administrateurs ni avec celui de certains de ses actionnaires* »²³.

Le manquement à l'obligation de loyauté peut se caractériser par une décision de déclaration de dividendes reflétant en réalité une liquidation déguisée de la société. Les administrateurs doivent être loyaux envers la société. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas qui peut conduire à l'annulation par les tribunaux de la déclaration de dividendes faite par le CA. Les tribunaux sanctionnent également les décisions des administrateurs en cas d'abus de pouvoir comme dans l'affaire *Re Ferguson and Imax Systems Corp.* Selon honorable Southey J. :

« In a case like the one at bar, the section clearly requires the court to conclude that it appears that the business or affairs of the corporation have been conducted in a manner that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of the applicant before an investigation may be ordered. It is not enough that there has been a complaint made by a security holder, or that there is some evidence of oppressive conduct. The court must examine the evidence and make a finding that it appears that there has been oppressive conduct. The court cannot direct that the investigation be made in order to assist the court in making such finding. The finding must be made before the investigation can be directed²⁴ ».

Les juges sanctionnent aussi les cas de fraude ou de mauvaise foi ainsi que les violations des restrictions statutaires imposées aux administrateurs par les actionnaires²⁵. Pour l'honorable Dickson, «La déclaration de dividendes, qu'englobe ce pouvoir, est par conséquent légalement limitée du fait qu'elle ne peut être effectuée que de bonne foi et au mieux des intérêts de la société». Plus largement, les juges sanctionnent le manquement aux exigences des articles 42 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions et 104 de la Loi sur les sociétés par actions du Québec. Dans l'affaire *Zittrer, Siblin, Caron, Bélanger, Ernst & Young c. 87631 Canada Inc*, les juges ont décidé que :

« Suivant le poids des probabilités, il ressort clairement qu'il existait des motifs raisonnables de croire que la *société* ne pouvait acquitter son passif à échéance et que la valeur de réalisation de son actif serait inférieure au total de son passif et de son capital déclarés lors des déclarations de dividendes

23. *Bergeron c. Bergeron-Faucher*, 1998 QCCA 12974.

24. *Re Ferguson et Imax Systems Corp. et al.*, 1984 ONSC 2021.

25. *McClurg c. Canada*, (1990) 3 R.C.S. 1020.

dont il s'agit. En bref, les gestes posés par la société 2708311 Canada Inc. heurtaient les dispositions impératives des sous-paragraphes a) et b) de l'article 42 L.S.A »²⁶.

Il est possible de retenir de ces différentes décisions, qui sont loin d'être exhaustives que les restrictions du pouvoir de déclarer ou non un dividende par le CA s'apprécient au cas par cas afin de rechercher un équilibre entre l'intérêt de la société, l'intérêt des administrateurs et celui des actionnaires.

Parmi les limites du pouvoir discrétionnaire du CA, la doctrine parle également de fraude et de mauvaise foi. Pour Martel, il faut rappeler que :

« Les administrateurs sont libres de déclarer ou non des dividendes lorsque la société a des profits, et les tribunaux n'interviendront pas pour annuler leur décision à moins de fraude ou de mauvaise foi »²⁷.

Sont également considérées comme des limites au pouvoir discrétionnaire du CA de déclarer ou non un dividende, les manquements aux exigences d'agir avec diligence et loyauté. Par exemple, comme le soulignent Crête et Rousseau, une décision de déclarer des dividendes pourra être considérée comme violant le devoir de loyauté si les administrateurs ne visent qu'à favoriser « leur intérêt personnel à titre d'actionnaires majoritaires »²⁸. Par ailleurs, ces derniers auteurs ajoutent que des recours existent en cas d'abus de pouvoir ou d'iniquité et peuvent donner lieu aux redressements si les sociétés « ou les administrateurs agissent de manière injuste à l'égard des actionnaires »²⁹.

Ces différentes limites qui encadrent le pouvoir de restriction au droit des actionnaires de recevoir un dividende permettent d'éviter des abus à la fois contre les actionnaires et contre la société elle-même. On retient qu'il ne faut pas priver les actionnaires de leur droit au dividende. Toutefois, il ne faut pas déclarer un dividende si cela nuit à la santé financière de la société. Si le CA déclare un dividende, il doit s'assurer que cette déclaration ne porte pas préjudice à la société ou ne vise qu'à privilégier exclusivement un groupe d'actionnaires. Ce savant dosage entre la discrétion reconnue au CA et son encadrement vise simplement à trouver un certain équilibre entre le profit auquel ont droit les actionnaires et d'autres impératifs auxquels peut faire face la société.

Dans des cas énumérés par les textes législatifs et la jurisprudence, la discrétion du CA de décider de déclarer ou non un dividende peut être contestée par les parties intéressées devant les tribunaux. Les juges recherchent l'adéquation entre cette liberté du CA et l'intérêt de la société « dans son ensemble ». La recherche de cet équilibre repose néanmoins sur la casuistique c'est-à-dire au cas par cas.

26. Zittler, Siblin, Caron, Bélanger, Ernst & Young c. 87631 Canada Inc., 2003 QCCA 19603.

27. P. MARTEL., ch. 19-98.

28. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 260.

29. *Id.*

2. La restriction du droit au dividende des actionnaires : la primauté accordée à l'intérêt de la société?

La discrétion laissée au CA dans la déclaration et la distribution du dividende semble s'inscrire dans le cadre de la notion de l'intérêt de la société définie par la jurisprudence canadienne comme nous le verrons un peu plus loin. Les administrateurs ne doivent pas privilégier les actionnaires au détriment d'autres acteurs intéressés par la société et inversement.

2.1. Une décision profitable à la société?

Dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, les juges rappellent le caractère législatif de l'obligation pour les administrateurs d'agir dans l'intérêt de la société tout en précisant que ces derniers devaient prendre des décisions d'affaires raisonnables qui profitent à la société :

« Les administrateurs et les dirigeants des sociétés sont investis d'un pouvoir considérable en matière de déploiement et de gestion des ressources financières, humaines et matérielles. Dans le cas des administrateurs de sociétés constituées en vertu de la L.C.S.A., ce pouvoir trouve sa source à l'art. 102 de la Loi. Dans le cas des dirigeants, il s'agit des pouvoirs qui leur sont délégués par les administrateurs. Lorsqu'ils décident d'investir dans une société, de lui consentir un prêt ou de faire autrement affaire avec celle-ci, les actionnaires et les créanciers cèdent le contrôle de leurs actifs à la société et, par conséquent, à ses administrateurs et à ses dirigeants et s'attendent à ce qu'ils utilisent les ressources de la société pour prendre des décisions d'affaires raisonnables qui profiteront à la société³⁰ ».

Au regard de cette jurisprudence, une décision des administrateurs de ne pas déclarer de dividendes afin d'éviter de compromettre la santé financière de la société, serait une décision profitable pour cette dernière. Comme nous l'avons vu précédemment dans la partie consacrée aux restrictions ou à l'encadrement de ce pouvoir discrétionnaire accordé aux administrateurs, ces derniers doivent respecter les exigences législatives et jurisprudentielles afin d'éviter toute sanction. Toutes ces différentes exigences que nous avons analysées indiquent que le CA doit prendre en compte l'intérêt de la société dans sa décision de déclarer les dividendes³¹.

30. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68.

31. *Zittrer, Siblin, Caron, Bélanger, Ernst & Young c. 87631 Canada Inc.*, 2003 QCCA 19603; *McClurg c. Canada*, (1990) 3 R.C.S. 1020; *Bergeron c. Bergeron-Faucher*, préc., note 23.

Pour Martel, l'expression « dans l'intérêt de la société » signifie que « l'administrateur doit agir avec seul objectif le bien de la société, personne distincte, sans tenir compte des intérêts d'aucune autre personne, groupe ou entité ». L'auteur ajoute que ce devoir qui incombe à l'administrateur « est subjectif plutôt qu'objectif »³².

La prise en compte de l'intérêt de la société par le CA à travers la décision de déclarer ou non un dividende se définit à la négative. En effet, les différents textes législatifs ainsi que la jurisprudence se contentent d'énumérer un certain nombre d'interdits que les administrateurs doivent respecter pour éviter de mettre en péril l'intérêt de la société. C'est ce qui conduit à une appréciation factuelle de l'intérêt de la société par les tribunaux. L'absence de définition ou des critères précis de l'intérêt de la société reste quand même un flou qui entoure cette notion. Toutefois, le fait pour les juges d'encadrer la décision de déclarer de dividendes par le CA permet comme nous l'avons vu, de protéger la société contre l'opportunisme éventuel des certains administrateurs. Si le CA se donnait le pouvoir de déclarer un dividende sans tenir compte de la situation de la société, cela n'aurait pas été profitable à cette dernière. Les limites posées par les lois et par les tribunaux à la restriction au droit au dividende sont profitables à la société.

Les motifs évoqués par les textes législatifs et les juges pour reconnaître la discrétion au CA de déclarer ou non un dividende ainsi que pour l'encadrement de cette liberté convergent vers la notion de l'intérêt de la société. Même en l'absence d'une définition claire et limpide de cette notion de l'intérêt de la société, il y a lieu de relever la similitude des restrictions imposées au CA dans l'appréciation de déclarer ou non un dividende et dans celle concernant l'intérêt de la société. Je dirai même que la décision de déclarer ou non un dividende entre dans la notion de l'intérêt de la société, car il s'agit pour les administrateurs de ne pas mettre la société en difficulté. Par exemple, ils ne doivent pas décider de déclarer un dividende si la société risque de ne plus honorer ses engagements faute de trésorerie suffisante.

2.2. Qu'en est-il de la primauté des actionnaires?

Dans l'arrêt *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, les juges déclarent :

« En déterminant ce qui sert au mieux les intérêts de la société, les administrateurs peuvent examiner notamment les *intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement*³³ ».

32. P. MARTEL, préc., note 3, ch. 23-199.

33. *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, 2008 CSC 69.

Malgré l'absence de définition par la jurisprudence de la notion de l'intérêt de la société, elle donne néanmoins certaines indications aux administrateurs dans leur quête d'objectivation de cette notion. Grâce à ces différentes indications données aux administrateurs, on comprend que la notion de l'intérêt de la société doit être appréciée de façon large c'est-à-dire en prenant en compte plusieurs facteurs ou acteurs qui « gravitent » autour de la société. C'est ce que nous avons vu également dans l'affaire *Bergeron c. Bergeron-Faucher* où les juges insistaient sur le fait que l'intérêt de la société ne devait pas être confondu avec l'intérêt des administrateurs ni avec celui de certains de ses actionnaires³⁴. Cela signifie que la primauté jadis accordée aux actionnaires n'est plus un « objectif absolu » poursuivi par les administrateurs³⁵.

Pour Crête et Rousseau, la discrétion accordée au CA de déclarer ou non un dividende signifie que « les actionnaires ne jouissent d'aucune garantie de pouvoir partager les profits de l'entreprise³⁶ ». Le seul fait d'être actionnaire d'une société par actions ne donne pas automatiquement droit à un dividende même si l'entreprise fait des bénéfices. Des considérations économiques et/ou juridiques peuvent l'emporter sur le droit au dividende.

Toutes les sources juridiques analysées dans cette section permettent de dire que la primauté des actionnaires n'est pas un principe qui caractérise la gouvernance de la société par actions du droit fédéral ou celle constituée sous l'égide de la Loi sur les sociétés par actions du Québec. Les juges demandent aux administrateurs de faire preuve d'ouverture dans la considération des éléments qui doivent composer l'intérêt de la société. Leur mission n'est pas de rechercher exclusivement le profit pour les actionnaires au détriment des autres parties prenantes de la société.

34. *Bergeron c. Bergeron-Faucher*, préc., note 23.

35. Yvan ALLAIRE et Stéphane ROUSSEAU, « Gouvernance et parties prenantes : l'obligation du conseil d'administration d'agir dans l'intérêt de la société », p. 10-17, en ligne : <http://igopp.org/wp-content/uploads/2014/07/IGOPP_Rapport_PartiesPrenantes_FR_v2_simple1.pdf> (consulté le 12 février 2015).

36. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 258.

CONCLUSION

Cet article s'est focalisé sur l'analyse des sources législatives, jurisprudentielles et doctrinales de la société par actions constituée sous l'égide du régime fédéral et celui du Québec. Les résultats de deux sections que comprend cet article constituent une réflexion qui pourrait guider les administrateurs de la société par actions dans leur appréciation de la notion de l'intérêt de la société évoquée par la jurisprudence canadienne.

La première section s'est intéressée aux caractéristiques juridiques du pouvoir de restriction du droit au dividende des actionnaires par le CA. L'examen de ces caractéristiques a conduit à constater que c'est un pouvoir discrétionnaire reconnu aux administrateurs. Cependant, ce pouvoir est encadré afin d'éviter qu'une décision du CA de distribuer ou non un dividende ne porte atteinte à l'intérêt de la société dans son ensemble. En cas de violation des limites imposées par les textes législatifs et par la jurisprudence, les administrateurs engagent leur responsabilité selon les règles spéciales du droit des sociétés et en vertu du droit commun prévu par le Code civil du Québec. Les administrateurs ont des droits et des obligations qu'ils doivent respecter dans l'exercice de leurs fonctions.

La deuxième section s'est interrogée sur des liens pouvant exister entre le pouvoir de restriction du droit au dividende et la notion de l'intérêt de la société imposée par les textes législatifs tant au niveau fédéral que provincial (Québec) et martelée par la jurisprudence dans les arrêts *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise et BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*. Les résultats de l'analyse ont permis d'indiquer que ce pouvoir reconnu au CA et son encadrement, constituent un mécanisme juridique profitable à la société, car il empêche les administrateurs de mettre en péril sa situation financière ou de la mettre en difficulté. De plus, ce mécanisme permet d'éviter de privilégier uniquement l'intérêt des actionnaires au détriment des autres acteurs qui «gravitent» autour de la société : créanciers, salariés, fournisseurs, etc.

Bref, la restriction du droit au dividende des actionnaires et ses limites entrent donc dans le cadre de la notion jurisprudentielle de l'intérêt de la société telle que soulignée dans les arrêts précités de la Cour suprême du Canada. Les administrateurs ne doivent pas privilégier l'intérêt des actionnaires au détriment de l'intérêt de la société ni celui des autres parties prenantes et «vice versa». Ils doivent rechercher un équilibre entre les intérêts des uns et des autres dans l'exercice de leurs fonctions. Par exemple, ils ne doivent pas mettre en avant la primauté des actionnaires pour décider de déclarer ou non un dividende.

En marge de ces résultats, il convient de poursuivre la réflexion sous d'autres aspects qui pourraient permettre d'enrichir le terme général de la gouvernance d'entreprise. Par exemple, l'on sait que pour prendre une décision de déclarer ou non un di-

vidende, l'administrateur doit prendre en compte plusieurs facteurs, qui nécessitent d'avoir des connaissances variées en droit, en comptabilité ou finance, etc. Dans cette perspective, une étude empirique sur le profil des administrateurs pourrait être intéressante pour comprendre les fondements de leurs différentes décisions. Par exemple, comment arrivent-ils à prendre en compte des informations juridiques, comptable, financière, voire politique dans leur prise des décisions? Une recherche visant à recueillir leur point de vue pourrait être intéressante. Toutefois, la réflexion qui vient d'être menée dans cet article peut permettre aux administrateurs de savoir que lorsqu'ils décident de déclarer ou non un dividende, leur décision s'analysera au regard de la notion de l'intérêt de la société. En effet, de nombreux exemples donnés par les textes législatifs et par la jurisprudence dans le but de guider la décision du CA entrent dans cette notion de l'intérêt de la société.