

L'hiver crypto a un effet refroidissant sur les administrateurs et les dirigeants

5 AOÛT 2022 11 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Actifs numériques et chaînes de blocs](#)
- [Affaires réglementaires](#)
- [Gestion de risques et réponse aux crises](#)
- [Insolvabilité et restructuration](#)

Auteur: [Matthew T. Burgoyne](#)

L'hiver crypto persiste. Pendant la « période hivernale », certaines entités et certains investisseurs pourraient être « laissés dans le froid ». Le 14 juillet 2022, Celsius Network LLC, une plateforme internationale de placements en cryptomonnaies, est devenue la plus récente société du secteur des cryptoactifs à faire faillite aux États-Unis. Cette faillite est survenue peu de temps après les déclarations d'insolvabilité faites par Three Arrows Capital, Ltd. (un fonds de couverture d'actifs numériques) et l'effondrement ultérieur de Voyager Digital Holdings, Inc. (une plateforme de négociation de cryptoactifs) et de ses entités liées.

Dans le présent bulletin d'actualités, nous nous penchons sur la responsabilité personnelle des administrateurs et des dirigeants de sociétés d'actifs numériques qui sont confrontées à une situation d'insolvabilité. S'ils sont généralement dégagés de toute responsabilité personnelle dans la mesure où ils agissent avec prudence, de bonne foi et au mieux des intérêts de la société, il existe tout de même d'importantes exceptions. Par exemple, dans les cas où un administrateur ou un dirigeant a tiré un avantage personnel d'une opération déraisonnable qu'il avait ordonnée, les tribunaux canadiens se sont montrés disposés à imposer une responsabilité personnelle (c.-à-d., à « soulever le voile de la personnalité juridique »).

Rappel concernant les obligations des administrateurs et des dirigeants

Comme il est indiqué dans notre guide intitulé *Responsabilités des administrateurs au Canada*, les administrateurs et les dirigeants de sociétés au Canada ont deux principales obligations.

D'abord, ils ont l'obligation fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de la société^[1]. Ensuite, ils ont une obligation de diligence, c'est-à-dire l'obligation d'agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne raisonnablement prudente^[2]. On considère habituellement qu'ils ont respecté ces obligations s'ils ont pris leurs décisions avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient, et donc qu'ils ont fait une « appréciation commerciale » raisonnable^[3]. Plutôt que d'exiger la perfection, les tribunaux canadiens évalueront si la décision s'inscrit dans un éventail de solutions possibles^[4].

L'obligation fiduciaire reste la même lorsque la société se trouve « au bord de l'insolvabilité », contrairement à ce qu'on observe dans d'autres pays^[5]. Lorsque les intérêts d'une société et ceux des parties intéressées ne concordent pas (p. ex., en cas d'insolvabilité potentielle), l'obligation des administrateurs et des dirigeants est envers la société^[6]. Cela dit, les parties

intéressées disposent de recours prévus par la loi si leurs intérêts ont été injustement ignorés (comme il est expliqué ci-après)^[7], en plus de tout droit contractuel.

Responsabilité imposée par la loi

Les administrateurs et les dirigeants peuvent être tenus personnellement responsables en vertu de différentes lois^[8] :

- **Insuffisance de capital** : Lorsqu'il autorise l'acquisition d'actions, notamment par achat ou rachat, le versement d'un dividende ou le versement de sommes à des actionnaires, l'administrateur peut être tenu personnellement responsable si l'opération fait en sorte que : a) la société ne peut acquitter son passif à échéance ou b) la valeur de réalisation de son actif est inférieure au total de son passif et de son capital déclaré^[9]. De plus, les administrateurs et les dirigeants seront tenus responsables de l'autorisation de l'émission d'actions en contrepartie d'un apport autre qu'en numéraire quand l'apport reçu est inférieur à la juste valeur de ces actions^[10].
- **Période « rétrospective »** : Lorsqu'une société devient insolvable, le tribunal analyse les activités de la direction à la période précédente (période « rétrospective »). Par exemple, les administrateurs et les dirigeants seront tenus personnellement responsables si l'on constate qu'ils ont conclu une opération sous-évaluée visant l'acquisition ou le transfert d'actifs de la société^[11] ou qu'ils ont payé une indemnité de départ ou des avantages à des cadres de la société dans certaines circonstances^[12].
- **Indemnisation** : L'administrateur ou le dirigeant peut être tenu personnellement responsable s'il autorise l'indemnisation d'un autre administrateur ou dirigeant qui n'a pas agi avec intégrité et de bonne foi (ou qui a agi d'une manière illégale, s'il n'y avait pas de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi)^[13].
- **Réclamations liées aux employés** : Les administrateurs de sociétés sont personnellement responsables envers les employés jusqu'à concurrence de six mois de salaire impayé^[14], ce qui comprend, dans certaines provinces, les indemnités de vacances^[15]. Ces sommes peuvent s'additionner et, surtout, les administrateurs ne peuvent s'appuyer sur l'« appréciation commerciale » pour ce type de réclamations.
- **Réclamations liées aux régimes de retraite** : Des réclamations peuvent être faites contre les administrateurs et les dirigeants de sociétés lorsque le promoteur de régime ne verse pas une cotisation à temps, ou lorsque la société agit à titre d'administrateur de régime et que ces obligations sont déléguées à une personne^[16].
- **Réclamations liées aux taxes et à l'impôt** : Les administrateurs et les dirigeants peuvent être tenus responsables dans les cas où la société omet de verser ou de retenir les sommes prescrites en ce qui a trait aux paiements aux employés et aux paiements aux non-employés assujettis à la retenue d'impôt^[17], ou omet de verser la taxe de vente^[18]. Les administrateurs et les dirigeants seront également tenus responsables de toute infraction

fiscale qu'ils ont « ordonnée ou autorisée, ou [à laquelle ils] ont consenti ou participé^[19] ».

- **Réclamations liées à l'environnement :** Sous la législation fédérale en matière d'environnement, les administrateurs et les dirigeants sont tenus personnellement responsables lorsqu'ils ont ordonné ou autorisé une infraction environnementale, ou lorsqu'ils y ont consenti ou participé, ou lorsqu'ils ont omis de « faire preuve de la diligence voulue » pour faire en sorte que la société se conforme à la réglementation^[20].
- **Pratiques de corruption d'agents publics étrangers :** Les administrateurs et les dirigeants qui commettent des actes de corruption et qui ont un lien réel et important avec le Canada peuvent être assujettis à des amendes et à des peines d'emprisonnement^[21].

Responsabilité pour des actes intéressés

La common law a évolué de manière à tenir les administrateurs et les dirigeants responsables des actes répréhensibles qui leur sont à juste titre attribuables, plutôt qu'à la société en soi, et ce, même si l'on pourrait soutenir qu'ils ont agi au mieux des intérêts de la société. Ainsi, il y a eu des cas où des administrateurs et des dirigeants ont été tenus personnellement responsables, par exemple :

- une conduite par laquelle les intérêts d'une partie intéressée de la société ont été injustement ignorés (c.-à-d. de l'abus) et pour laquelle il convenait d'imposer une responsabilité personnelle^[22];
- des torts, comme des déclarations frauduleuses, commis à titre personnel par un dirigeant^[23];
- une violation de l'obligation fiduciaire, alors que les administrateurs avaient pleinement connaissance des actions de la société, et donc de la violation de l'obligation fiduciaire^[24]. Il convient de noter que les réclamations faites par des organismes de réglementation contre des administrateurs, à titre personnel, sont souvent traitées séparément des obligations de ces derniers à l'égard de la société. Ces réclamations subsistent donc habituellement après l'insolvabilité et les règlements d'actions collectives^[25].

Incidence sur les sociétés de cryptoactifs

Les acteurs du secteur canadien des cryptoactifs doivent savoir qu'il n'y a pas de « règles spéciales » qui s'appliquent aux sociétés de cryptoactifs et que les cadres de ces sociétés doivent prêter attention à chacun des domaines de responsabilité potentielle susmentionnés.

La nature et la structure de nombreuses sociétés de cryptoactifs peuvent entraîner un risque supplémentaire. Normalement, en plus d'être propriétaires des actions d'une société, les administrateurs et les dirigeants sont propriétaires des cryptoactifs émis, vendus ou négociés par cette dernière, ou par les utilisateurs de ses services. Cet entrecroisement de droits et d'intérêts peut engendrer des scénarios où il pourrait être plus facile de soutenir que les actes prétendument accomplis au nom de la société visaient, en réalité, à procurer un avantage personnel aux administrateurs ou aux dirigeants. Par exemple :

- Beaucoup de sociétés de cryptoactifs se livrent à l'entreposage ou à la réhypothèque des

actifs numériques des clients. Les procédures d'insolvabilité soulèvent la question de savoir si ces actifs sont à l'abri des réclamations faites par les créanciers contre la société. Les risques d'insolvabilité ont-ils bien été expliqués aux utilisateurs? Les actifs des administrateurs et des dirigeants ont-ils fait l'objet de priorités particulières comparativement à ceux des utilisateurs? Dans la mesure où les actifs des clients sont détenus en fiducie, les administrateurs et les dirigeants peuvent être reconnus personnellement responsables lorsqu'ils prennent part en connaissance de cause à une violation de l'obligation fiduciaire.

- Bon nombre de sociétés de cryptoactifs comptent sur les exemptions des lois sur les valeurs mobilières pour la vente de produits ou le financement. En l'absence de prospectus, les administrateurs et les dirigeants peuvent avoir à présenter des déclarations directement à l'acheteur éventuel. Dans de tels cas, on peut soutenir plus facilement que ces déclarations ont été présentées à titre personnel.
- Pour les délits d'initié, les lois sur les valeurs mobilières s'appliquent aux sociétés de cryptoactifs ainsi qu'aux cryptoactifs dûment désignés comme des valeurs mobilières (sujet à aborder une prochaine fois). En plus des émetteurs de cryptoactifs, les plateformes de négociation de cryptoactifs peuvent contenir de l'information privilégiée à même d'influencer les cours du marché^[26].

Ces risques sont accrus par le fait que les cryptoactifs et les produits connexes ne sont généralement pas couverts par une assurance, et par l'incertitude relative entourant la façon dont les règles sur les créanciers prioritaires seront appliquées, en cas d'insolvabilité, aux différentes structures d'entreprise et aux diverses conditions de garde employées par les plateformes^[27]. Certaines de ces questions pourront être mises à l'épreuve (souvent pour la première fois) dans le cadre des procédures découlant des cas de Voyager et de Celsius.

Pour toute question concernant ces tendances ou toute demande de renseignements sur l'écosystème des actifs numériques au Canada, veuillez communiquer avec les membres du groupe Actifs numériques et chaînes de blocs d'Osler.

[1] *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 (« LCSA »), alinéa 122(1)a

[2] *LCSA*, alinéa 122(1)b)

[3] *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68 (« Peoples »), paragraphe 67

[4] *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69 (« BCE »), paragraphe 40

[5] *Peoples*, paragraphe 46

[6] *BCE*, paragraphe 37

[7] *LCSA*, articles 239 (recours similaire à l'action oblique) et 241 (demande en cas d'abus)

[8] Cette responsabilité est souvent conjointe ou solidaire (un seul administrateur peut être tenu responsable de la somme entière).

[9] *LCSA*, paragraphe 118(2), qui fait référence aux articles 34, 35, 36, 42 et 190. Voir aussi la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (« *LFI* »), article 101.

[10] *LCSA*, paragraphe 118(1)

[11] *LFI*, article 96

[12] *LFI*, section 101

[13] *LCSA*, article 124

[14] *LCSA*, article 119. À noter que les indemnités de départ sont exclues.

[15] *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, chap. B.16 (« *LSAO* »), article 131

[16] *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, chap. P.8, articles 109 et 110

[17] *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), article 227.1

[18] *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, paragraphe 323(1)

[19] *LIR*, article 242

[20] *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), L.C. 1999, ch. 33, article 280.1

[21] *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.C. 1998, ch. 34, article 3

[22] Voir notre publication précédente intitulée *La Cour suprême clarifie les critères régissant l'imposition d'une responsabilité personnelle à des administrateurs pour abus*.

[23] *Meridian Credit Union Limited v. Baig*, 2016 ONCA 150 [disponible en anglais seulement]

[24] Appelée « aide apportée en connaissance de cause » *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 RCS 787

[25] Voir notre publication précédente intitulée *Directors Liabilities – Even After Settlement* [disponible en anglais seulement].

[26] Par exemple, de l'information sur le moment où un cryptoactif sera ajouté à la plateforme.

[27] Certaines plateformes ont indiqué expressément qu'en cas de faillite de la société, les clients pourraient ne pas être en mesure de recouvrer leurs actifs.