OSLER

La décision Livent et l'étendue de la responsabilité de l'auditeur

22 DÉCEMBRE 2017 11 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- Actions collectives
- Fusions et acquisitions
- Gouvernance d'entreprise
- Marchés financiers

Auteurs(trice): Allan Coleman, Christopher Naudie, Jeremy Fraiberg, Robert Carson

Dans une décision importante rendue le 20 décembre 2017, la Cour suprême du Canada a fourni d'importantes lignes directrices relativement à l'étendue de la responsabilité des auditeurs au Canada. La Cour suprême a statué que l'auditeur de Livent était responsable envers la société de négligence dans la prestation de services d'audit et qu'il a ainsi omis de détecter la fraude commise par la direction de Livent. La Cour suprême a réaffirmé le principe général établi dans l'arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young (Hercules)*, selon lequel un auditeur qui effectue un audit prescrit par la loi a habituellement une obligation de diligence envers le client de l'audit, et non envers les actionnaires ou des tiers. Dans l'arrêt *Livent*, la Cour suprême a conclu que le séquestre nommé par le tribunal du client d'un audit pouvait engager des poursuites à l'encontre de l'auditeur, même si les bénéficiaires ultimes de la poursuite étaient les créanciers. En accueillant l'appel sous-jacent, la Cour suprême a également fixé des limites importantes à l'étendue de la responsabilité d'un auditeur, et a considérablement réduit les dommages-intérêts accordés par le juge de première instance. La décision de la Cour suprême aura des conséquences importantes pour la profession d'auditeur au Canada, ainsi que pour les recours collectifs en matière de valeurs mobilières au Canada.

Depuis des années, les tribunaux du Canada et du Royaume-Uni peinaient à énoncer l'étendue de l'éventuelle responsabilité d'un auditeur en common law, étant donné le grand nombre d'intervenants qui peuvent vouloir s'appuyer sur les états financiers audités pour un éventail de fins diverses. Au cœur de cette jurisprudence, les tribunaux se sont penchés sur une question de politique fondamentale relativement à la responsabilité de l'auditeur : étant donné la grande circulation et la grande utilisation qui sont faites des états financiers audités, il pourrait être prévisible que la négligence d'un auditeur ait une incidence sur le client de l'audit, sur ses actionnaires ou sur ses créanciers. Mais quelle responsabilité l'auditeur devrait-il assumer à l'égard de la négligence, et envers qui, particulièrement lorsque les états financiers relèvent essentiellement de la responsabilité de la société et que les administrateurs de la société ont commis des actes frauduleux? De plus, l'imposition de la responsabilité créerait-elle un risque de responsabilité indéterminée pour une catégorie d'utilisateurs indéterminés des états financiers? Dans le monde moderne du commerce, l'auditeur devrait-il être l'assureur du dernier recours, particulièrement en cas de déclaration inexacte ou de fraude?

Dans l'arrêt *Livent*, la Cour suprême du Canada a fourni les importantes lignes directrices suivantes relativement à ces questions.

- Un auditeur a une obligation de diligence envers le client de l'audit en ce qui concerne la prestation de services d'audit prescrits par la loi. Toute obligation de diligence à l'égard d'autres services ou engagements, comme le fait d'aider le client à solliciter des investissements, sera limitée par les fins particulières pour lesquelles le service est rendu. Dans l'arrêt *Livent*, la Cour suprême a conclu que la responsabilité de l'auditeur se limitait

aux pertes alléguées relativement à l'audit prescrit par la loi, et qu'elle ne s'étendait pas aux autres services que l'auditeur fournissait quant à des opérations de financement antérieures.

- En ce qui a trait à la responsabilité de l'auditeur à l'égard de personnes autres que le client de l'audit, l'arrêt *Hercules* demeure le droit applicable au Canada. En l'absence de circonstances particulières, l'auditeur n'a aucune obligation de diligence envers les actionnaires et les autres personnes que le client de l'auditeur relativement à un audit.
- Dans les circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Livent*, la Cour suprême a conclu que l'auditeur avait fait preuve de négligence dans l'exécution de l'audit prescrit par la loi et que l'auditeur était tenu responsable de l'augmentation du « déficit de liquidation » de la société, au motif que si la fraude commise par la direction avait été révélée par l'audit, Livent aurait immédiatement demandé la protection contre l'insolvabilité.
- Les juges majoritaires ont statué que, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, l'auditeur ne pouvait pas s'appuyer sur le moyen de défense de la négligence de la victime ou sur l'illégalité fondée sur la non-applicabilité de la doctrine de l'identification à la société.
- L'arrêt *Livent* laisse entendre que les auditeurs courent un risque de responsabilité accru lorsque la négligence, dans le cadre d'un audit, empêche de révéler une fraude, particulièrement si la fraude dissimule la situation financière véritable d'une société insolvable.
- Cependant, cette décision assure par ailleurs une importante protection contre les allégations de fausse déclaration provenant des actionnaires. Les actionnaires devront probablement intenter une action à l'encontre des auditeurs (qui sont assujettis à certains contrôles) pour fausse déclaration en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, plutôt qu'en common law.

Contexte

Cet appel fait suite à un jugement de première instance rendu dans une action intentée par Livent (par l'entremise de son séquestre) à l'encontre de l'ancien auditeur de Livent. Livent alléguait que l'auditeur avait manqué à son obligation de diligence envers son client en ne découvrant pas la manipulation financière et, si l'auditeur avait révélé la fraude, Livent aurait cessé ses activités et demandé la protection contre l'insolvabilité pour prévenir toute autre diminution de ses actifs.

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité de l'auditeur en matière de négligence à l'égard de deux événements : (1) la fourniture d'une opinion sans réserve, et (2) la fourniture d'une lettre de confort et l'approbation d'un communiqué afin d'aider Livent à obtenir des investissements. Le juge de première instance était d'avis que le montant des dommages-intérêts équivalait à l'écart entre la valeur de Livent au moment où le manquement a eu lieu et la valeur de Livent au moment de l'insolvabilité. Toutefois, il a réduit les dommages-intérêts de 25 % (pour les ramener à environ 85 millions de dollars) afin de tenir compte des pertes subies par Livent dans ses activités de scène non rentables, qui étaient trop éloignées pour que l'auditeur puisse en être tenu responsable.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel.

La décision de la Cour suprême

Dans une décision rendue par une majorité de quatre juges contre trois, la Cour suprême du Canada a accueilli l'appel en partie, et a réduit les dommages-intérêts à environ 40 millions de dollars. Les juges majoritaires ont conclu à la responsabilité de l'auditeur uniquement à l'égard de l'audit, appliquant l'analyse relative à l'obligation de diligence strictement pour empêcher les demandes relatives à l'investissement. Les juges Gascon et Brown, s'exprimant au nom de la majorité, ont conclu que les dommages-intérêts pouvaient être évalués en tant qu'augmentation du déficit de liquidation de la société à la suite de l'audit, moins une réduction « pour éventualités » de 25 %. Ils n'ont pas retenu les moyens de défense de l'illégalité, de l'attribution d'un acte ou de la négligence de la victime pour les faits de l'affaire, dans laquelle les têtes dirigeantes de la société étaient les auteurs de la fraude.

Les juges minoritaires allaient plus beaucoup loin, concluant que l'auditeur ne devrait pas être tenu responsable de la perte essuyée par Livent, car cette perte n'était pas visée par l'obligation de diligence de l'auditeur (étant donné qu'elle n'était pas raisonnablement prévisible par l'auditeur), que la causalité n'avait pas été établie et que la perte était trop éloignée. Le juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom des juges minoritaires, s'est dit préoccupé du fait que l'approche des juges majoritaires rende un auditeur garant de toutes les pertes subies par un client à la suite d'un rapport d'audit entaché de négligence, si les conséquences de toute décision prise par la société ultérieurement sont attribuées à la négligence de l'auditeur.

La question complexe de la preuve des dommages-intérêts

Lues en parallèle, les décisions des juges majoritaires et minoritaires laissent entendre qu'en pratique, il sera souvent difficile pour les demandeurs d'établir la responsabilité de l'auditeur à l'égard des dommages-intérêts, particulièrement s'il fallait prouver ce que la direction ou les actionnaires auraient fait, « n'eût été » la négligence. À la lumière des faits de cette affaire, les juges majoritaires ont conclu que les actionnaires de Livent auraient fait cesser les activités de Livent si la véritable situation financière de Livent (c.-à-d. son insolvabilité) avait été révélée par l'audit, essentiellement parce que c'est ce qui s'est produit, une fois la fraude découverte. Par ailleurs, dans la plupart des cas, il sera difficile de prouver que la cause des pertes d'une société insolvable est la négligence de l'auditeur. Cela laisse entendre qu'il peut survenir un risque particulier pour les auditeurs lorsqu'un audit entaché de négligence ne révèle pas l'insolvabilité sous-jacente d'une société, ce qui prolonge l'existence de la société et aggrave donc son insolvabilité.

Hercules et les recours collectifs en matière de valeurs mobilières

Même si la Cour suprême était profondément divisée sur des questions essentielles, elle a confirmé que la décision qu'elle avait rendue en 1997 dans l'arrêt *Hercules* demeure le droit applicable et qu'un auditeur n'a généralement aucune obligation de diligence envers d'autres personnes que son client (p. ex. les actionnaires) dans le cadre d'un audit. Même si les actionnaires peuvent intenter une action pour fausse déclaration à l'encontre des auditeurs en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, ces actions sont habituellement assujetties à des contrôles. Dans le cas des investisseurs sur le marché secondaire, il existe habituellement un plafond pour les dommages-intérêts qui limite la responsabilité de l'auditeur au plus élevé des deux montants suivants : (i) 1 million de dollars; (ii) les revenus tirés par l'expert et ses sociétés affiliées auprès de l'émetteur et de ses sociétés affiliées au cours des 12 mois précédant la fausse déclaration. D'après l'analyse relative à l'obligation de diligence en l'espèce et la confirmation que l'arrêt *Hercules* fait autorité, on peut difficilement envisager les circonstances dans lesquelles des actionnaires pourraient alléguer de fausses

déclarations par négligence en common law pour essayer de contourner ces plafonds de dommages-intérêts.

Conclusion : qu'est-ce que cela signifie pour les auditeurs?

Le client d'un audit peut poursuivre son auditeur dans certaines circonstances pour négligence ou pour rupture de contrat relativement à l'audit. Il reste à déterminer, d'après les faits de chaque cause, les types de dommages-intérêts qui sont recouvrables et les moyens de défense applicables. Dans le cas d'autres services, l'exposition potentielle sera limitée par les fins pour lesquels les services ont été rendus.

Des actionnaires peuvent poursuivre des auditeurs dans certaines circonstances, pour fausses déclarations dans des prospectus et d'autres documents d'information, aux termes des parties XXIII ou XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario (et de lois équivalentes). Il est possible que l'auditeur puisse se prévaloir des moyens de défense prévus par la loi et d'autres protections, y compris les demandes relatives à des limites de responsabilité sur le marché secondaire. En l'absence de circonstances exceptionnelles, il semble peu probable que des actionnaires soient en mesure de présenter en common law des demandes à l'encontre d'auditeurs.