

GOUVERNANCE

L'ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉ :  
QUESTIONS ET RÉPONSES

Par André Laurin

Avec la collaboration de André Vautour

Mai 2015

**lavery**  
Avocats

Des alliés performants

**L'ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉ : QUESTIONS ET RÉPONSES**  
par André Laurin  
avec la collaboration d'André Vautour et de Philippe Décary

## **INTRODUCTION**

Les personnes qui songent à devenir administrateur d'une personne morale ou qui le sont déjà se posent ou devraient se poser à l'occasion certaines questions. Nous avons tenté d'y répondre de manière pratique et concrète en respectant l'encadrement juridique. Toutefois, ce bulletin ne se veut pas et n'est pas un traité de droit ni un avis juridique. Le lecteur aura intérêt à consulter son conseiller juridique s'il désire obtenir un avis juridique.

Chaque question est numérotée. Dans la mesure où une réponse à une question donnée réfère à une autre question, le numéro de cette autre question est indiqué en bas de page. D'autres bulletins ont été également publiés en matière de gouvernance et sont accessibles sur le site internet du cabinet Lavery (Lavery → Publications → André Laurin).

### **1. L'administrateur doit-il être actionnaire ou membre de la personne morale?**

Sous réserve de ce qui suit, la **réponse** à cette question est **négative**.

Toutefois, la loi constitutive, les statuts, le règlement interne ou administratif ou la convention unanime d'actionnaires peuvent stipuler des conditions d'admissibilité particulières.

Ainsi, à titre d'exemples non exhaustifs,

- la loi constitutive ou le règlement d'un organisme à but non lucratif, d'un ordre professionnel ou de certaines autres personnes morales peut prescrire des exigences quant à la qualité de membre, de résidence, de citoyenneté, etc.;
- les statuts d'une société ou une convention unanime d'actionnaires peuvent conférer un pouvoir de nomination d'un ou de plusieurs administrateurs à un actionnaire ou encore prévoir que l'administrateur doit être un actionnaire.

### **2. Qui est admissible à devenir administrateur?**

Les conditions d'admissibilité se retrouvent principalement soit au *Code civil du Québec*<sup>1</sup> pour les personnes morales qui sont régies par celui-ci soit dans la loi constitutive de la personne morale telles que complétées, dans les deux cas, par le règlement interne ou administratif dûment adopté par la personne morale ou par une convention unanime d'actionnaires.

En vertu de toutes les lois pertinentes, l'**administrateur** doit être une **personne physique**. Une personne morale ne peut être membre du conseil d'administration d'une autre personne morale.

---

<sup>1</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

Ainsi, l'article 327 du *Code civil du Québec*<sup>2</sup> stipule que « les mineurs, les majeurs en tutelle ou en curatelle, les faillis et les personnes à qui le tribunal interdit l'exercice de cette fonction » sont inhabiles à exercer la fonction d'administrateur. On retrouve des exclusions similaires, en tout ou en partie, dans la majorité des lois constitutives des personnes morales.

La plupart des lois constitutives n'exigent **pas** que l'administrateur soit un **actionnaire** ou, dans le cas d'un OBNL, un **membre** de la personne morale.

Par ailleurs, **certaines lois constitutives** prescrivent des conditions d'admissibilité telle la citoyenneté ou la **résidence**.

Certaines lois autres que les lois constitutives ou certains règlements ou décisions d'autorités réglementaires établissent par ailleurs des **prohibitions** d'exercer la fonction d'administrateur en général ou, dans d'autres circonstances, d'agir comme administrateur de certaines personnes morales en particulier.

Nous avons traité sous la question « L'administrateur peut-il être destitué par le conseil d'administration en cours de mandat »<sup>3</sup> de **certaines conditions d'admissibilité additionnelles** qui peuvent être **prescrites dans le règlement interne ou administratif**. Certaines personnes morales voudront par exemple imposer comme condition d'admissibilité l'absence de dossier criminel pour éviter d'avoir à présenter une requête au tribunal en vertu de l'article 329 du *Code civil du Québec*<sup>4</sup> pour obtenir la destitution d'un administrateur trouvé coupable d'un acte ou d'une infraction au Code criminel.

Le fait de **ne pas respecter** les conditions d'admissibilité de même que le fait de **perdre le sens d'éligibilité** devrait, selon nous, entraîner dans la plupart des cas et pour la plupart des fins, la **déchéance** automatique de la personne physique comme administrateur.

Toute personne qui est invitée à devenir administrateur d'une personne morale donnée de même que la personne morale en question doivent donc **vérifier** le respect des conditions d'admissibilité applicables en l'espèce.

### **3. Quelles précautions le candidat-administrateur devrait-il prendre avant d'accepter de siéger comme administrateur d'une société?**

Le candidat à un poste d'administrateur devrait clairement procéder à certaines **vérifications préalables**. Parmi celles-ci, **notons** :

- l'intérêt du candidat pour l'organisation et ses objectifs;
- les exigences que suppose la fonction en termes de temps et d'efforts et la disponibilité de l'administrateur à cet égard;

<sup>2</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991 « L'administrateur de société : questions et réponses »

<sup>3</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur de société : questions et réponses » → « 20. L'administrateur peut-il être destitué par le conseil d'administration en cours de mandat? »

<sup>4</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

- la possibilité réelle d'apporter une contribution significative, et donc de fournir une valeur ajoutée à la personne morale;
- la qualité des administrateurs déjà en place qui seront ses collègues s'il accepte de siéger;
- la réceptivité de la direction à une saine gouvernance et l'aide apportée par cette direction aux administrateurs pour qu'ils puissent respecter leurs devoirs et jouer pleinement leur rôle;
- la qualité de la gouvernance en place;
- la santé financière de la personne morale;
- l'existence de poursuites ou de menaces de poursuite significatives contre la personne morale;
- le respect par l'organisation des lois et contrats;
- l'existence de garanties d'assurance « Administrateurs et dirigeants » adéquates;
- la disponibilité d'un engagement d'indemnisation en faveur de l'administrateur par la personne morale;
- l'existence de démissions récentes d'administrateurs et les raisons de ces démissions;
- la proportionnalité de la rémunération par rapport aux risques de responsabilité (principalement dans le cas d'un émetteur assujetti).

Des **conversations préliminaires** avec le chef de la direction, le président du conseil et quelques administrateurs actuels et anciens peuvent permettre d'obtenir certaines confirmations adéquates à l'égard de plusieurs de ces items. Toutefois ces conversations devraient être **complétées par l'examen de documents** (états financiers, plunitifs des cours, procès-verbaux, ...).

La personne qui est dirigeant, administrateur ou employé d'une société doit également veiller à ce que la nouvelle **charge** d'administrateur soit **acceptable** à la première société. La nouvelle charge pourrait en effet contrevenir à une politique de la société, au contrat entre l'individu et la société ou à l'intérêt de la société.

Les **risques à la réputation** reliés à l'acceptation de la fonction d'administrateur auprès de certaines personnes morales ne sont pas non plus à négliger. On a vu récemment la réputation de certaines personnes de haute qualité qui avaient accepté d'assumer bénévolement une charge d'administrateur auprès d'un organisme à but non lucratif être écorchée. Les médias, les politiciens et même les vérificateurs généraux tirent quelquefois des conclusions rapides qui ne sont pas bien fondées quant au respect par les administrateurs de leurs devoirs.

#### 4. À quels devoirs un membre de conseil d'administration est-il soumis?

Des lois constitutives, notamment, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>5</sup> et la *Loi sur les sociétés par actions* (Québec)<sup>6</sup> et le *Code civil du Québec*<sup>7</sup> se dégagent **deux devoirs généraux** auxquels sont soumis les administrateurs, soit le devoir de **diligence** et le devoir de **loyauté**. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* formule ces devoirs comme suit :

<sup>5</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44

<sup>6</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31.1 art. 119

<sup>7</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991, articles 321 et suivants

« 122(1) **[Devoir des administrateurs et dirigeants]** 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. »

Outre ces devoirs généraux, l'administrateur est également assujéti à **certaines obligations statutaires ou à des présomptions de responsabilité ou de culpabilité** en vertu de diverses lois particulières, notamment en ce qui concerne les salaires impayés et la remise des déductions à la source ainsi que de la TPS/TVQ. Il est important que l'administrateur soit parfaitement au courant de **toutes les obligations** et présomptions statutaires et sache les reconnaître et qu'il veille à ce que la personne morale prenne les mesures appropriées à ces égards et à ce que le conseil effectue une surveillance de ces mesures.

## 5. Que suppose le devoir de diligence?

Le **devoir de diligence** signifie que l'administrateur doit être présent aux réunions du conseil et des comités du conseil dont il fait partie, se préparer pour ces réunions, s'informer sur la personne morale, ses activités et son marché, surveiller la gestion de la personne morale et fournir une contribution positive et active selon ses connaissances et compétences. Cette contribution comprend également la **communication de renseignements** qu'il recueille et qui peuvent aider la personne morale.

L'administrateur doit donc être **bien informé, proactif et avoir le courage d'agir**. Le **courage d'agir** signifie qu'il ne doit pas hésiter à exprimer ce qu'il pense réellement et proposer ce qui lui apparaît devoir être fait dans le meilleur intérêt de la société, même si cela peut déplaire à la direction ou à des collègues ou affecter ses ambitions et intérêts personnels.

La Cour suprême du Canada a ainsi interprété le devoir de diligence dans l'arrêt *Peoples*<sup>8</sup> :

« [67] « On ne considèrera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence énoncée à l'article 122 (1)(b) de la LCSA s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les décisions prises devaient constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence, il convient de répéter que l'on n'exige pas d'eux la perfection. Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. »

(nos soulignements)

<sup>8</sup> Magasins à rayons *Peoples' inc. c. Wise*, 2004 CSC 68

Tant le **processus** menant à la décision que la **décision** elle-même doivent respecter les **critères de diligence et de raisonabilité** dans les circonstances. Les tribunaux comparent le processus suivi avec les pratiques des autres personnes morales du même domaine d'activités mais en prenant en compte les circonstances particulières. Le processus implique que l'administrateur doit **s'informer** adéquatement et, dans certains cas, obtenir des **avis d'experts** indépendants.

Lorsque le **conseil délègue** une partie de ses devoirs à un comité ou aux dirigeants, il doit veiller à ce que cette délégation soit faite à des **personnes compétentes** qui, selon le jugement raisonnable du conseil, verront elles-mêmes à faire preuve de diligence et de loyauté.

Dans le cadre d'une poursuite, diverses circonstances et de nombreux **éléments** peuvent être pris en compte par les tribunaux **dans la détermination de l'exercice ou non d'une diligence raisonnable** par la personne morale et par ses administrateurs dans les circonstances. Mentionnons certains éléments qui ont été considérés par les tribunaux selon les circonstances :

- la nature et la **gravité** du préjudice;
- les systèmes d'**enquête** et de détection mis en place et plus généralement le système de gestion des risques (appréciation et traitement);
- la **qualité des vérifications** effectuées sur une base régulière et sur une base ponctuelle;
- la **culture** de l'entreprise;
- les **politiques** adoptées par l'entreprise dans le domaine et le suivi donné à ces politiques;
- la **formation** et l'assistance fournies aux employés en matière de **prévention** du type de risque qui s'est matérialisé;
- le **caractère prévisible** du sinistre, du problème ou de l'événement;
- la **connaissance** au préalable du problème ou d'**indices** d'un problème potentiel;
- le **temps mis pour réagir** et les mesures prises pour corriger le problème une fois celui-ci connu;
- le bilan ou l'**historique de l'entreprise** en la matière;
- le **degré de tolérance** face au risque ou à des manquements dans le passé;
- la **disponibilité de mesures** pour prévenir le préjudice ou en réduire l'impact;
- les **compétences** des personnes responsables.

## 6. Que suppose le devoir de loyauté?

Le devoir de loyauté comporte trois éléments : agir de bonne foi, avec intégrité et au mieux des intérêts de la personne morale dont il est l'administrateur.

La bonne foi est essentiellement une norme de conduite. Elle suppose une attitude et une démarche positives. Dans le *Code civil du Québec*, elle est définie principalement par l'expression de certains paramètres à l'exercice des droits :

« Art. 7 Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »<sup>9</sup>

(nos soulignements)

L'intégrité, quant à elle, est une valeur morale. Elle est synonyme de probité et d'honnêteté. Elle suppose de ne pas altérer les faits ou la réalité dans les relations ou les communications avec les tiers et de ne pas chercher à tromper. Cette valeur se rapproche donc de la norme de conduite qu'est la bonne foi dont nous venons de traiter.

Examinons maintenant la troisième composante du devoir de loyauté. La recherche du meilleur intérêt de la personne morale doit évidemment être effectuée dans le respect des obligations légales et contractuelles de la personne morale. La Cour suprême du Canada, dans l'affaire BCE,<sup>10</sup> a fourni certains paramètres qui devraient ou pourraient incorporer la poursuite du meilleur intérêt de la personne morale :

- cet intérêt de la personne morale doit être interprété comme celui de la personne morale agissant comme « une entreprise socialement responsable » (« as a good corporate citizen »);
- cet intérêt ou plus précisément l'obligation des administrateurs à cet égard « ne se limite pas à la valeur des actions ou au profit à court terme », et, « dans le contexte de la continuité de l'entreprise, cette obligation vise les intérêts à long terme de la société. »;
- ce faisant, il peut être opportun sans être obligatoire pour les administrateurs dans tous les cas de tenir compte de l'effet des décisions sur les parties intéressées ou prenantes identifiées en anglais comme « stakeholders » (i.e. employés, clients, fournisseurs, communauté, gouvernement, ...);
- toutefois dans un tel cas, si les intérêts des parties intéressées ou prenantes ne peuvent être réconciliés avec l'intérêt de la personne morale, l'intérêt de la personne morale doit prévaloir.

Par conséquent, le respect du devoir de loyauté implique que les administrateurs agissent de bonne foi et avec intégrité, respectent la loi et les contrats auxquels la société est partie,

<sup>9</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

<sup>10</sup> *BCE inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69

évitent les abus de droit et favorisent, autant que faire se peut, un traitement équitable des parties intéressées.

Le troisième élément du devoir de loyauté comprend, entre autres :

- l'obligation de **confidentialité** qui doit être respectée même envers la personne qui a fait élire ou nommer l'administrateur;
- l'obligation de **divulguer** les intérêts autres que ceux de la personne morale que l'administrateur peut avoir;
- l'obligation de **s'abstenir de voter** en cas de conflit d'intérêts;
- l'obligation d'être **solidaire** face aux tiers (sauf dans certaines situations face aux actionnaires ou membres) relativement aux décisions prises; et
- l'obligation de **ne pas utiliser les biens et renseignements** de la personne morale à ses fins personnelles ou aux fins d'autres personnes que la personne morale.

L'article 120 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>11</sup> décrit ainsi les **conflits d'intérêts visés** de l'administrateur :

*« 120. ... un contrat ou une opération - en cours ou projeté - d'importance avec elle, dans l'un ou l'autre des cas suivants :*

- a) il est partie à ce contrat ou à cette opération;*
- b) il est administrateur ou dirigeant - ou un particulier qui agit en cette qualité d'une partie à un tel contrat ou à une telle opération;*
- c) il possède un intérêt important dans une partie au contrat ou à l'opération. »*

La *Loi sur les sociétés par actions* (Québec)<sup>12</sup> utilise un langage un peu différent aux articles 122 et 123 :

*« 122. ...Pour l'application de la présente sous-section, on entend par « intérêt » tout avantage financier relatif à un contrat ou à une opération qui peut raisonnablement être considéré comme étant susceptible d'influencer une prise de décision. En outre, un projet de contrat ou un projet d'opération, y compris les négociations s'y rapportant, est assimilé à un contrat ou à une opération.*

*123. ... tout contrat ou opération auquel est partie la société et :*

- 1° une personne liée à cet administrateur ou dirigeant;*
- 2° un groupement dont il est administrateur ou dirigeant;*
- 3° un groupement dans lequel il a un intérêt ou dans lequel une personne qui lui est liée a un intérêt. »*

<sup>11</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44

<sup>12</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31.1



Ces cas de conflits identifiés par les lois précitées ne sont **pas exhaustifs**. Les intérêts susceptibles d'être conflictuels ne sont **pas seulement financiers**.

L'**obligation** de respecter ce volet du devoir de loyauté n'est **pas modifiée** par le fait que la personne morale est une **filiale à part entière d'une société-mère** ou est une **société d'État**, le tout sous réserve en partie des stipulations de la loi constitutive ou d'une convention unanime d'actionnaires.

Nous recommandons aux administrateurs d'indiquer par écrit au conseil leurs charges et liens externes dans une **déclaration annuelle** et de s'assurer qu'ils mettent cette déclaration à **jour** promptement en cas de changement des faits et circonstances. La déclaration devrait être complète et, en cas de doute, l'administrateur devrait opter pour la divulgation.

Nous avons traité de certains conflits particuliers dans un **bulletin distinct** intitulé « L'administrateur-représentant ou « nommée » et les conflits de loyauté ». Le lecteur pourra y avoir accès sur le site internet de Lavery<sup>13</sup>.

## 7. Les devoirs de l'administrateur se limitent-ils à leur aspect « fiduciaire »?

La réponse est **non**.

En common law, on qualifie souvent les devoirs généraux de l'administrateur, soit les devoirs de diligence et de loyauté, de devoirs fiduciaires (« fiduciary duties »). La **notion de fiducie en droit civil québécois est différente** et ne peut être correctement utilisée pour qualifier ces devoirs. Le *Code civil du Québec* a par ailleurs incorporé les composantes des devoirs fiduciaires de la common law aux articles 321 et suivants.<sup>14</sup>

L'**approche « fiduciaire »** est essentielle et suppose comme nous l'avons vu certaines composantes dont la plupart empruntent des caractéristiques qui se déclinent à l'enseigne de la **surveillance** et du **respect d'un certain mode de fonctionnement**.

Tout au moins en droit québécois mais fort probablement en common law également, ces « devoirs fiduciaires » supposent, comme l'ont souligné les professeurs Allaire et Firsirotu<sup>15</sup>, de jouer un rôle actif dans la **création de valeurs** pour la personne morale. En d'autres mots, **l'administrateur doit aider la personne morale à remplir sa mission et à atteindre ses objectifs** en contribuant ses compétences et connaissances.

Il est facile de se concentrer sur le volet surveillance et de traiter de sujets objectifs et vérifiables. Toutefois, et sans nier de quelque façon l'importance du mandat de surveillance, l'administrateur ne doit **pas perdre de vue ce qui est important** pour la personne morale et consacrer à la création de valeurs, le temps, les efforts et les énergies requis.

---

<sup>13</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur-représentant ou « nommée » et les conflits de loyauté »

<sup>14</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

<sup>15</sup> Gouvernance créatrice de valeurs, Allaire et Firsirotu, 2003, 2005. (voir site internet d'IGOPP)

8. Les devoirs d'un administrateur d'une PME ou d'une OBNL sont-ils différents de ceux d'un administrateur d'une grande société?

Les devoirs généraux d'un administrateur sont **les mêmes**, peu importe le type de personne morale. Bien que les devoirs généraux (i.e. diligence et loyauté) soient les mêmes pour tous les administrateurs, diverses **caractéristiques** dont notamment la nature de la personne morale et de ses activités, ses objets et objectifs, sa loi constitutive et les autres lois et règlements auxquels est soumise la personne morale de même que les ressources humaines et financières dont elle dispose **vont influencer la façon dont l'administrateur devrait s'acquitter de ceux-ci.**

Ainsi, **l'objet ou la raison d'être d'une société qui n'a pas un but lucratif** comme les organismes à but non lucratif (« OBNL ») privés, les ordres professionnels, et la plupart des sociétés d'état ou parapubliques ne permet pas dans la plupart des cas à ces OBNL d'avoir des activités aussi diversifiées que celles que peuvent se permettre les sociétés à but lucratif. La plupart du temps, sinon dans tous les cas, l'objet, la raison d'être ou la mission de l'OBNL est expressément défini dans sa loi constitutive ou ses lettres patentes. Ainsi, la mission fondamentale d'un ordre professionnel est la protection du public à l'égard de l'exercice de la profession qu'il doit encadrer. Toute activité qui ne va pas dans ce sens ne peut qu'être subordonnée à cette mission ou être accessoire à celle-ci. Une telle **activité accessoire ne saurait**, selon nous, **nuire à la poursuite de la mission principale** ou diluer les effets de celle-ci.

L'administrateur d'un tel OBNL **doit donc veiller au respect de la mission** de l'OBNL en protégeant la poursuite de cette mission et **en prenant les mesures appropriées pour éviter les égarements** ou diversifications d'activités qui ne sont pas cohérents avec la mission ou les objets de l'OBNL. Nous avons traité des OBNL dans un autre bulletin.<sup>16</sup>

Dans notre bulletin intitulé « *L'administrateur externe de PME* »<sup>17</sup> accessible sur le site internet du cabinet Lavery, nous avons traité de diverses mesures contextuelles formelles et informelles qui peuvent être ou devraient être mises en place pour s'adapter à la réalité des **PME**. La plupart de ces mesures s'avèrent tout **aussi pertinentes dans le cas d'un OBNL**. Il est clair que l'actionnariat d'une PME et ses ressources matérielles et humaines plus limitées que celles des grands émetteurs assujettis ou des sociétés d'état ont un impact sur les moyens mis à la disposition de ses administrateurs. Dans un tel contexte, **les pratiques de gouvernance doivent être plus simples et souvent informelles.**

Quant aux **obligations et responsabilités issues de la loi**, certaines sont **communes** à toutes les personnes morales (exemple : salaires impayés, TPS, TVQ, déductions à la source, etc.) alors que d'**autres sont propres** au type de personne morale ou à la nature de ses activités (exemple : émetteur assujetti).

<sup>16</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur d'un organisme sans but lucratif »

<sup>17</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'Administrateur externe d'une PME »

9. **L'administrateur considéré individuellement a-t-il des droits et pouvoirs distincts de ceux du conseil d'administration?**

Sous réserve des pouvoirs qui ont pu lui être conférés par le conseil, l'administrateur n'a pas de droit ou de pouvoir personnel distinct autre que ceux de formuler ses questions, points de vue et suggestions au sein du conseil et d'exercer son droit de vote à titre de membre du conseil. L'administrateur n'est pas le conseil.

C'est en effet, le conseil qui assure la gestion de la personne morale. Le conseil peut toutefois lui donner un mandat précis ou lui déléguer l'exercice d'un pouvoir qui lui appartient.

10. **Un administrateur peut-il donner une procuration?**

La fonction d'administrateur est une fonction confiée à titre personnel et aucune procuration n'est valide sauf dans le cas d'exceptions explicites énoncées dans les lois constitutives.

Les lois constitutives stipulant des dispositions d'exception sont très rares. La *Loi sur le Barreau*<sup>18</sup> qui régit cet ordre professionnel énonce une telle exception à son article 10(4°) en prévoyant la possibilité de substituts aux administrateurs réguliers. Aucune des lois constitutives des sociétés par actions qui régissent les sociétés ayant leur siège social au Québec ne contient une disposition permettant une telle substitution.

Toutefois, en l'absence d'une telle exception, rien n'empêcherait le conseil d'administration de permettre, à la suggestion de l'administrateur absent ou à l'initiative du conseil, la présence d'une personne (un « invité ») à une réunion du conseil et même de lui accorder le droit de prendre la parole. Toutefois, le conseil n'aurait pas le droit d'accorder un droit de vote à une telle personne et il devrait prendre certaines précautions avant de l'admettre à ses délibérations telles que la signature par l'invité d'un engagement de confidentialité.

L'invité devrait par ailleurs être conscient du fait que, dans certaines circonstances (i.e. s'il est considéré comme administrateur « *de facto* »), il pourrait devoir assumer les mêmes risques de responsabilité et de culpabilité que les administrateurs régulièrement nommés ou élus.

11. **L'administrateur a-t-il quelque devoir légal envers la personne qui l'a fait élire ou nommer au conseil d'administration?**

Dans l'exercice de sa fonction, l'administrateur doit agir au mieux des intérêts de la personne morale. Les intérêts de la personne qui l'a fait élire ou nommer au conseil doivent donc céder le pas à l'intérêt de la personne morale. En droit québécois, l'administrateur a le statut d'un mandataire de la personne morale.

Il est possible que l'administrateur porte également d'autres chapeaux. Ainsi, il est parfois l'employé ou le fournisseur d'un actionnaire ou d'une autre personne qui l'a fait nommer ou

---

<sup>18</sup> *Loi sur le Barreau*, R.L.R.Q., c. B-1

élire au conseil d'administration de la personne morale. **À titre d'employé ou de fournisseur**, il assume également des devoirs de diligence et de loyauté similaires à ceux auxquels il est tenu à titre administrateur mais, dans ces cas, ces devoirs sont assumés envers ou l'employeur ou le client.

Cependant, **lorsqu'il exerce sa fonction d'administrateur, sa loyauté doit être uniquement envers la personne morale dont il est l'administrateur**. Ce devoir comporte notamment l'obligation de respecter la confidentialité des renseignements auxquels il a accès en sa qualité d'administrateur et ce, même à l'égard de la personne qui l'a fait élire ou nommer à moins d'une autorisation explicite du conseil, d'une disposition explicite des règlements, d'une convention unanime d'actionnaires ou d'une autre convention valide à laquelle la personne morale est partie le relevant de cette obligation de confidentialité. Les règles relatives aux transactions d'initiés doivent également être respectées, le cas échéant.

12. **Les devoirs et la responsabilité potentielle d'un observateur, d'un membre d'un comité consultatif ou d'un comité aviseur sont-ils les mêmes que ceux d'un administrateur?**

Ni l'observateur ni le membre d'un comité consultatif ou aviseur n'assume **les mêmes responsabilités qu'un administrateur**, sauf dans les cas mentionnés dans les paragraphes qui suivent.

Le membre d'un comité aviseur ou consultatif peut être soumis aux **devoirs et obligations d'un fournisseur de services**. À ce titre, il risque d'engager sa responsabilité s'il ne s'acquitte pas de ses devoirs et obligations adéquatement, à tout le moins, à l'égard de la société qui a fait appel à ses services.

Il existe **cependant certaines exceptions** à la réponse d'ordre général énoncée dans le premier paragraphe. En effet, les personnes qui jouent le rôle d'administrateur en cas de démission en bloc et de révocation de tous les administrateurs, lorsque ceux-ci ne sont pas remplacés, sont réputées être des administrateurs en vertu de certaines lois. Ces exceptions comportent elles-mêmes leurs propres exceptions. Mentionnons à titre d'exemple le paragraphe 109(4) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>19</sup>.

« (4) Si tous les administrateurs démissionnent ou sont révoqués sans être remplacés, quiconque gère les activités commerciales et les affaires internes de la société ou en surveille la gestion est réputé être un administrateur pour l'application de la présente loi. »

(N.B. : des exceptions semblables à celle de ce paragraphe 4 se retrouvent dans les dispositions auxquelles renvoie le paragraphe suivant.)

Tant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* que la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*<sup>20</sup> contiennent une disposition similaire à celle de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

<sup>19</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985 c.-199

<sup>20</sup> *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 5.1, *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985 c. C-36, art. 50(18) et articles 5.1(4) et 11.03(3)

De plus, la **jurisprudence a élargi ces présomptions spécifiques**. Me Paul Martel a résumé ainsi cette tendance jurisprudentielle :

*« Comme son nom l'indique, l'administrateur de facto sera considéré comme un administrateur si dans les faits, il usurpe cette fonction en posant des actes normalement réservés aux administrateurs : par exemple, participer aux réunions du conseil d'administration, signer des résolutions du conseil, prendre ou participer à des décisions d'administration ou d'aliénation, donner des instructions au nom de la société, se présenter aux tiers comme un administrateur, etc. »<sup>21</sup>*

(nos soulignements)

L'observateur et le membre d'un comité consultatif ou aviseur ont donc intérêt à être prudents et à limiter leur rôle et leurs interventions. Ainsi, ils devraient **éviter d'exercer quelque rôle décisionnel** concernant la gestion de la personne morale.

### 13. Les actionnaires qui exercent certains pouvoirs relevant habituellement du conseil d'administration assument-ils les « devoirs fiduciaires » des administrateurs?

Si en vertu d'une convention unanime d'actionnaires, les actionnaires exercent des **pouvoirs habituellement réservés au conseil**, ils pourraient être considérés comme des **administrateurs « de facto »** dans les cas précis d'exercice de ces pouvoirs. Dans ces cas, la responsabilité des actionnaires pourrait donc être la même que celle des administrateurs. Toutefois, si une décision quelconque doit être soumise aux actionnaires pour approbation en vertu de la loi constitutive de la personne morale, les actionnaires ainsi appelés à approuver cette décision n'ont pas de devoir de loyauté, à ce titre, envers la personne morale et peuvent donc agir, dans le respect des lois et contrats, au mieux de leurs intérêts propres en exerçant leur droit de vote.

Tant en vertu de l'article 214 de la *Loi sur les sociétés par actions*<sup>22</sup> qu'en vertu de l'article 146(5) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>23</sup>, les **droits, pouvoirs, devoirs et responsabilités des administrateurs** qui ont été retirés à ces administrateurs par la convention unanime d'actionnaires sont alors **dévolus aux actionnaires** à la convention et les administrateurs en sont déchargés dans la même mesure. Dans un tel cas, les actionnaires ont également droit aux mêmes **moyens de défense** que ceux dont pouvaient se prévaloir les administrateurs.

### 14. Quels sont les éléments principaux du mandat du conseil d'administration?

Tant les autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM »)<sup>24</sup> que la *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État* (Québec)<sup>25</sup> et d'autres écrits ont proposé divers éléments

<sup>21</sup> Paul MARTEL, *La Société par actions au Québec*, Volume 1, Le aspects juridiques, Wilson & Lafleur, 2012, 21-68

<sup>22</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31.1

<sup>23</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. c. C-44

<sup>24</sup> *Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance*, émise par les autorités canadiennes en valeurs mobilières dont l'Autorité des marchés financiers (principalement à l'article 3.4) tel que celle-ci est complétée par le Règlement 52-110 sur le comité d'audit

que le mandat du conseil (directement ou par l'intermédiaire de ses comités) devrait contenir. Ces éléments sont applicables, en leur apportant les adaptations nécessaires, à presque tous les types de personnes morales.

Voici notre **synthèse des éléments principaux** du mandat d'un conseil :

- **surveiller la gestion de la personne morale;**
- veiller à l'**intégrité** de la personne morale (et de ses dirigeants), notamment l'intégrité financière, en favorisant, entre autres, l'implantation d'une culture d'intégrité au sein de la personne morale;
- veiller au respect par la personne morale des **lois et contrats** qui lui sont applicables ou qui la lient;
- élaborer une approche en matière de **gouvernance**, y compris une description des tâches et mandats des différentes instances et une formulation des attentes;
- adopter un **processus de planification stratégique** et participer à cette planification;
- identifier les principaux risques et veiller à la mise en place d'une **gestion des risques**;
- planifier la **relève**;
- veiller à l'implantation de systèmes de **contrôle interne et d'information de gestion**;
- dans le cas des émetteurs assujettis, adopter une politique de communication et des mesures de réception des commentaires des actionnaires;
- élaborer une politique de même que des procédures de réception et de gestion des **plaintes et dénonciations**;
- adopter les **états financiers et le budget**;
- examiner et approuver la **politique de rémunération**, réviser et approuver les objectifs du chef de la direction, évaluer sa prestation et déterminer le niveau et les modalités de sa rémunération;
- recommander le choix des **auditeurs externes**, fixer leur rémunération, s'assurer de leur indépendance et surveiller leurs travaux;
- adopter un **code de conduite** des affaires et veiller à son respect;
- adopter des critères de **composition** du conseil et **évaluer** régulièrement la composition du conseil et son fonctionnement.

Ce mandat doit évidemment être influencé par la création de valeurs (tel qu'il est recommandé par le professeur Yvan Allaire et Mihaela Firsirotu<sup>26</sup>) et favoriser la réalisation de la mission de la personne morale et l'atteinte de ses objectifs, le tout dans le respect des personnes intéressées ou parties prenantes (« stakeholders »).

15. Quel devrait être le niveau d'intervention d'un conseil d'administration dans la gestion de la personne morale?

En vertu des lois régissant les sociétés, c'est le conseil d'administration qui est responsable de la gestion de la personne morale. La gestion quotidienne est habituellement déléguée par le conseil à la direction. Toutefois, le conseil établit les orientations et objectifs et surveille l'implantation qui en est faite par la direction, de même que la gestion quotidienne. Il doit veiller également à ce qu'il y ait un encadrement adéquat des pratiques de la personne morale par l'adoption de politiques et de règles de conduite et à faire le suivi de cet encadrement.

Certains ont identifié cette approche par l'acronyme (« NIFO ») signifiant « *nose in fingers out* » ou « nez dedans, doigts dehors ». Cet acronyme ou plus précisément cette approche peut toutefois avoir pour effet de réduire indûment le rôle du conseil. L'expression « doigts dehors » vise essentiellement l'exécution des décisions du conseil et l'implantation des orientations adoptées par le conseil. Ce dernier n'est pas là que pour approuver ou désapprouver ce que la direction lui soumet. Il doit se satisfaire de la stratégie d'affaires et des moyens empruntés pour exécuter cette stratégie, et proposer, le cas échéant, des correctifs, des avenues ou des moyens différents.

Nous traitons du contenu du mandat du conseil en réponse à une autre question<sup>27</sup>.

Le conseil n'est donc pas là simplement pour les apparences, il doit avoir, en tout temps, un rôle actif.

Ce rôle doit être plus intense,

- à l'égard du plan stratégique et de son implantation;
- en cas d'opération importante;
- en cas de situation financière difficile;
- lorsque des problèmes sérieux se manifestent ou sont anticipés;
- lorsque des plaintes de comportement illégal, frauduleux ou inapproprié sont formulées contre la direction; et

<sup>26</sup> Gouvernance créatrice de valeurs, Allaire et Firsirotu, 2003, 2005

<sup>27</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur de société : questions et réponses » → « 14. Quels sont les éléments principaux du mandat du conseil d'administration? »

- en cas de **situation de conflits d'intérêts** de membres de la direction ou d'administrateurs envers la société.

**Certains organismes à but non lucratif (« OBNL ») vivent avec difficulté la séparation des pouvoirs** entre le conseil et la direction. En effet, certains dirigeants ont tendance à se transformer en petits dictateurs ou en ambitieux futurs politiciens alors que dans d'autres cas les membres du conseil et plus particulièrement certains présidents de conseil résistent difficilement à la tentation de se mêler de l'administration courante et de traiter le directeur général comme un simple exécutant de leurs décisions. De **telles façons de faire ne correspondent pas à de saines pratiques** de gouvernance. À chacun son rôle. L'imputabilité de chaque instance passe par une distinction claire des tâches et attentes et par un respect des zones respectives de responsabilité de chacune de ces instances.

## 16. Les pouvoirs du conseil d'administration peuvent-ils être restreints ou retirés?

Les **pouvoirs usuels** du conseil d'administration **peuvent être restreints ou retirés** par la loi constitutive ou une autre loi. Ils peuvent aussi l'être en vertu de la plupart des lois constitutives, dans le cas des sociétés par actions qui ne sont pas des émetteurs assujettis, par une **convention unanime d'actionnaires**.

Les **lois constitutives** réservent habituellement certains pouvoirs aux actionnaires ou membres. En d'autres termes, les actionnaires ou membres sont ceux qui doivent décider de certaines questions. Ainsi, par exemple, **l'approbation des actionnaires** doit être obtenue à l'égard des **questions suivantes** :

- nomination des auditeurs externes;
- nombre, élection et destitution des administrateurs;
- approbation du règlement interne ou administratif;
- dissolution de la société;
- fusion ou arrangement;
- vente, location ou échange de la totalité ou de la quasi-totalité des biens de la société qui n'intervient pas dans le cours normal des activités de celle-ci;
- modification du capital-actions;
- certaines autres opérations (ceci varie selon la loi constitutive);
- ...

Les **conventions unanimes d'actionnaires** ne sont possibles que dans le cas de sociétés par actions dont les titres ne sont pas inscrits à la cote d'une bourse (i.e. émetteurs assujettis). Ces conventions restreignent généralement les pouvoirs des administrateurs en énonçant une série de décisions relatives à la société ou à ses activités qui sont du ressort des actionnaires et non du conseil d'administration, celles-ci devant être adoptées par les actionnaires selon des majorités prévues à la convention avant de pouvoir lier la société. Les opérations ou sujets suivants font habituellement partie des décisions qui doivent être soumises aux actionnaires en vertu de telles conventions :

- emprunts au-delà d'un montant minimum;
- certaines opérations de vente, d'acquisition ou autres formes d'aliénation d'éléments d'actif hors du cours normal des affaires au-delà d'un certain montant;



- modification du capital-actions et émission de nouvelles actions;
- remplacement d'un administrateur démissionnaire ou destitué;
- certains contrats;
- plan d'affaires;
- choix, congédiement et rémunération de dirigeants principaux;
- octroi d'options;
- changement du siège social;
- établissement d'une place d'affaire à l'extérieur du pays;
- nouveaux champs d'activités ou élimination des champs actuels;
- transfert de propriété intellectuelle;
- liquidation ou dissolution de la société;
- ...

Notons toutefois que **certaines responsabilités des administrateurs découlant de la loi ne seront pas nécessairement éliminées** par une limitation de leurs pouvoirs énoncée dans une convention unanime d'actionnaires, notamment celles relatives aux déductions à la source et à la remise de la TPS/TVQ, si les administrateurs ne font pas preuve de diligence raisonnable à ces égards. De plus, si les personnes qui agissaient comme administrateurs **continuent** en fait à gérer la personne morale, elles pourront être considérées comme les administrateurs réels ou « de facto », et nonobstant le retrait de leurs pouvoirs énoncés par la convention unanime d'actionnaires, faire face aux mêmes risques ou responsabilités qu'auparavant.

Ajoutons également que le règlement interne ou administratif de la personne morale peut prescrire une **proportion de votes des administrateurs supérieure à la majorité simple** à l'appui de certaines décisions. De telles dispositions viennent donc encadrer les pouvoirs du conseil sans pour autant les retirer ou les réduire directement.

Enfin, il importe de mentionner que le retrait au bénéfice des actionnaires de certains pouvoirs du conseil entraîne certaines **responsabilités et obligations pour ces actionnaires**. Nous en traitons en réponse à une autre question<sup>28</sup>.»

#### 17. Quels sont les renseignements ou documents de la personne morale auxquels le conseil d'administration a le droit d'avoir accès?

**Sous réserve de possibles exceptions très limitées, le conseil a le droit d'obtenir de la part de la direction tous les renseignements et documents concernant la personne morale et tous les éléments de ses activités.**

Ce droit est un droit inhérent aux pouvoirs conférés par les lois constitutives aux conseils d'administration. En effet, c'est le **conseil qui assume la gestion de la personne morale** et la **direction ne dispose que de pouvoirs délégués**. Cette dernière ne peut donc refuser au conseil de lui fournir les renseignements et documents demandés.

<sup>28</sup>

Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur de société : questions et réponses » → « 13. Les actionnaires qui exercent certains pouvoirs relevant habituellement du conseil d'administration assument-ils les « devoirs fiduciaires » des administrateurs? »

Certaines lois constitutives contiennent en outre des dispositions précises obligeant la société à tenir des registres, de même que certains documents et renseignements spécifiques auxquels les administrateurs ont le droit d'avoir accès. Les documents et renseignements visés concernent la société elle-même (statuts, règlements, résolutions, registre des valeurs mobilières) ou sont de nature financière (livres comptables). L'article 20.4 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>29</sup> et les articles 31 à 39 de la *Loi sur les sociétés par actions* (Québec)<sup>30</sup> constituent des exemples de ce type de dispositions.

Par ailleurs, **l'administrateur individuel n'a par lui-même pas de pouvoir distinct et séparé de celui du conseil**. C'est ce dernier qui a le pouvoir de gérer la personne morale.

Certaines lois constitutives étrangères stipulent expressément que **l'administrateur individuel a un droit d'accès à l'information**. La jurisprudence américaine a confirmé ce droit, tout en reconnaissant par ailleurs certaines exceptions reliées principalement à des conflits d'intérêts de l'administrateur. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* précitée et la *Loi sur les sociétés par actions* (Québec) également précitée sont quant à elles silencieuses à ce sujet. Le règlement interne ou administratif de la personne morale peut toutefois prévoir ce droit et ainsi combler ce silence. Toutefois, même en l'absence d'une disposition en ce sens, la direction ne pourrait refuser à un administrateur l'accès à l'information sans faire valider au préalable son refus par la **majorité du conseil**. En effet, le droit de l'administrateur d'obtenir les renseignements et outils constitue une contrepartie légitime et logique à la prestation que la loi exige de lui.

Le fait que l'administrateur qui fait la demande soit en conflit d'intérêts pourrait constituer un motif légitime de refus par le conseil. En cas de refus de la majorité du conseil d'appuyer sa demande, celui-ci devra sans doute **s'adresser aux tribunaux** pour faire trancher le différend. Dans un tel cas, **l'administrateur en cause** devrait se demander s'il serait opportun pour lui de **démissionner** compte tenu du fait qu'on refuse de lui donner les moyens d'exercer sa fonction de façon appropriée.

La **direction doit respecter l'autorité du conseil**, être transparente et assister le conseil dans l'exercice de sa fonction. Elle devrait faciliter la tâche de chaque administrateur individuel, **répondre aux demandes raisonnables de chacun d'entre eux et ne pas attendre systématiquement une demande formelle du conseil**. En d'autres termes, elle doit faciliter l'exercice par chaque administrateur de sa fonction.

#### **18. L'administrateur doit-il ou peut-il s'abstenir de voter à l'égard de certaines questions?**

L'administrateur **doit** s'abstenir de voter sur une question lorsque ses propres intérêts entrent en conflit avec ceux de la personne morale. Les lois constitutives principales prévoient toutefois des exceptions notamment reliées à la rémunération et à l'indemnisation de l'administrateur.

Dans tous les **autres** cas, l'administrateur **ne devrait pas avoir recours à l'abstention**. Les devoirs généraux de l'administrateur (loyauté et diligence) font en sorte qu'il doit se

<sup>29</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44

<sup>30</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31.1

prononcer. L'administrateur n'est pas élu pour se tenir sur la clôture. Rien ne l'empêche toutefois de suggérer un report du vote pour lui permettre d'obtenir des renseignements ou confirmations additionnelles ou, plus généralement, de se former une opinion plus claire.

#### 19. L'administrateur peut-il être libéré de l'obligation de confidentialité?

À moins d'obtenir le consentement du conseil ou de faire l'objet d'une libération automatique suivant les règles adoptées par la personne morale ou d'être contraint par une autorité publique, un administrateur n'est **jamais libéré** de son obligation de confidentialité et se doit donc de respecter la confidentialité des renseignements auxquels il a accès en sa qualité d'administrateur et qui lui sont communiqués par la personne morale.

En pratique, certains renseignements sont de **connaissance publique** ou sont accessibles au public. Toutefois, même dans de telles circonstances, l'administrateur devrait dans tous les cas **faire preuve de prudence et de réserve** dans de telles circonstances et **faire valider au préalable par la personne morale** toute divulgation qu'il entend faire. Il devrait aussi aviser au préalable la personne morale de toute demande de divulgation formulée par une autorité publique.

#### 20. L'administrateur peut-il être destitué par le conseil d'administration en cours de mandat?

La réponse est négative.

Un administrateur ne peut être destitué ou voir son mandat révoqué par le conseil d'administration. La règle générale veut que seule la personne qui nomme puisse révoquer, le tout sous réserve de certaines nuances.

L'administrateur peut être destitué :

- par l'assemblée des membres ou l'assemblée des actionnaires convoquée spécifiquement à ces fins et, dans le cas d'une société d'État, par le gouvernement qui l'a nommé;
- par le tribunal habilité à ce faire ou par l'autorité réglementaire compétente dans certaines circonstances très spéciales et limitées (condamnation pour acte criminel, violation de certaines règles régissant les valeurs mobilières ...) comme le prévoit, par exemple, l'article 329 du *Code civil du Québec* :

*« Art. 329. Le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, interdire l'exercice de la fonction d'administrateur d'une personne morale à toute personne trouvée coupable d'un acte criminel comportant fraude ou malhonnêteté, dans une matière reliée aux personnes morales, ainsi qu'à toute personne qui, de façon répétée, enfreint les lois relatives aux personnes morales ou manque à ses obligations d'administrateur. »<sup>31</sup>*

(nos soulignements)

<sup>31</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

Dans le cas des organismes à but non lucratif constitués en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies*, les **lettres patentes** devraient idéalement énoncer le pouvoir de destitution d'un administrateur par les membres.

De plus, l'administrateur **peut être automatiquement déchu s'il cesse de respecter les conditions d'admissibilité** prescrites spécifiquement par la loi. Ainsi, un administrateur qui devient failli ou est déclaré incapable au sens du *Code civil du Québec* (i.e. santé mentale).<sup>32</sup>

L'administrateur pourrait **aussi probablement** être automatiquement déchu s'il ne respecte plus les **conditions d'admissibilité énoncées dans le règlement** interne ou administratif de la personne morale dûment adopté par l'assemblée des actionnaires ou des membres et ce, avant l'élection de l'administrateur. Toutefois, les **conditions d'admissibilité doivent alors être objectives**, ne pas laisser place à une évaluation ou à une **détermination subjective par le conseil** d'administration ni à l'appréciation du conseil et doivent être formulées clairement dans le règlement adopté par les actionnaires ou les membres. Ajoutons que, selon une telle approche, la notion de déchéance devrait être préférablement accompagnée d'une stipulation de démission présumée de l'administrateur visé dans les mêmes circonstances comme l'a fait le *Code des professions* à son article 61<sup>33</sup>. Le choix et la formulation des conditions d'admissibilité requièrent une attention, une rigueur et une prudence importantes, de façon à éviter à la personne morale une invalidation judiciaire.

À titre d'**exemples non-exhaustifs de conditions d'admissibilité**, mentionnons :

- dans le cas d'un **OBNL**, la perte de statut de membre, le non-paiement à l'échéance de la cotisation, la perte de caractéristiques particulières (ex. : membre d'un organisme, changement de résidence) et le fait d'être déclaré coupable d'un acte criminel par un tribunal compétent;
- dans le cas d'une **société par actions**, la perte de citoyenneté, la résiliation de la désignation par un actionnaire en vertu d'une convention unanime d'actionnaires, la perte du statut d'actionnaire et le fait d'être déclaré coupable d'un acte criminel par un tribunal compétent.

## 21. Quels sont les cas les plus fréquents de conflit entre les intérêts de la personne morale et ceux de l'administrateur?

Il est **impossible** de faire un **inventaire complet** de tous les cas possibles de conflits d'intérêts. Les lignes qui suivent présentent **certaines exemples**.

Soulignons, tout d'abord, un cas qu'on oublie trop fréquemment : celui de l'administrateur qui pour s'assurer de se maintenir en poste, de recueillir d'autres postes d'administrateurs ou de préserver ou obtenir des mandats ou contrats se montre indûment **complaisant** et ne fournit pas l'apport auquel on pourrait s'attendre d'un administrateur. Ainsi, on a vu certains cas dans le passé (qualifiés en anglais de « entrenchment ») amenant des administrateurs à

<sup>32</sup> Article 327 du *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-199

<sup>33</sup> *Code des professions*, R.L.R.Q., c. C-26

rejeter une opération dont la conclusion aurait entraîné la perte de leur poste d'administrateur.

Voici certains autres exemples non exhaustifs :

- favoriser l'**octroi d'un contrat** à une personne qui a des liens avec l'administrateur ou favoriser l'embauche d'une telle personne;
- **utiliser des biens ou renseignements** de la personne morale pour le bénéfice d'une personne autre que celle-ci, notamment en divulguant des renseignements confidentiels (ex. : liste de clients, propriété intellectuelle, ...);
- **favoriser une opération** qui bénéficiera plus à soi qu'à l'ensemble des actionnaires, toutes autres choses étant égales;
- surtout dans le cas des OBNL, **utiliser la plateforme** de la personne morale pour se constituer du capital politique ou faire avancer des dossiers qui n'ont rien à voir avec les objets principaux de l'OBNL;
- favoriser l'intérêt de la personne qui a proposé la candidature de l'administrateur au conseil;
- protéger les intérêts d'un ou de plusieurs actionnaires ou membres au détriment du meilleur intérêt de la personne morale, y compris, par exemple voter selon les indications d'une telle personne.

## 22. Quels sont les formations et renseignements que l'administrateur devrait recevoir et obtenir?

On ne peut s'attendre à une contribution optimale d'un **administrateur** qui n'est pas adéquatement **informé** sur la personne morale, ses activités, son environnement et ses enjeux.

*En début du mandat*

Tout nouvel administrateur devrait **recevoir de la personne morale** dès le **début de son mandat** des présentations verbales et écrites de la direction portant sur

- le bilan, les états financiers et le budget;
- le financement (prêts, capitalisation, fonds auto générés);
- le plan stratégique et son état d'implantation de même que les principaux enjeux et risques;
- le secteur d'activités dans lequel la personne morale exerce ses activités et sur le positionnement de celle-ci dans ce secteur; et sur

- le processus et les systèmes de gouvernance (qui est responsable de quoi et comment s'effectue l'évaluation et le contrôle).

*En cours de mandat*

La **direction devrait fournir** à tous les administrateurs les mêmes renseignements que ceux qu'elle possède et qui sont **susceptibles d'influencer les décisions** que le conseil est appelé à prendre ou encore **d'avoir un impact sur le degré d'intervention du conseil**. La direction ou, en d'autres termes, les employés de la personne morale ont eux aussi un devoir de diligence et un devoir de loyauté envers la personne morale et donc, en pratique, envers l'instance qui en assume la gestion, soit le conseil d'administration.

Les membres du conseil devraient aussi pouvoir bénéficier de **formations continues** principalement sur les tendances du marché (besoins et perspectives) et sur d'autres sujets susceptibles de bonifier leurs connaissances pertinentes à l'égard de l'exercice de leur fonction comme administrateur de la personne morale.

Par ailleurs, **l'administrateur lui-même a l'obligation de se renseigner**. De nos jours, une masse incroyable de renseignements est disponible sur **internet**. L'administrateur peut, comme nous venons de le souligner, s'attendre à ce que la direction l'informe adéquatement et lui fournisse des formations. Toutefois, il doit lui-même **prendre des initiatives et consacrer du temps à des recherches et consultations**. Il ne peut agir comme un nourrisson passif. Comme l'athlète ou l'artiste, il doit s'entraîner pour donner un rendement de haut niveau. La majeure partie de ces efforts seront déployés hors du cadre des réunions formelles.

Rappelons les mots de la Cour suprême dans l'arrêt *Peoples'* à l'égard du devoir de diligence :

« [67] ... *Les décisions prises devraient constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir*. ... »<sup>34</sup>

(nos soulignements)

### 23. Quels sont les risques de responsabilité ou de culpabilité auxquels est exposé l'administrateur?

L'administrateur est soumis au **régime de responsabilité légale prévu dans la loi constitutive de la personne morale et, possiblement, à celui de son siège social de même qu'à certains égards, aux régimes en place dans les territoires où la personne morale exerce ses activités**. Il est donc important de **bien connaître les lois** qui s'appliquent à la personne morale de même qu'aux administrateurs. En droit québécois, l'administrateur est confronté à deux grands types de responsabilité potentielle, soit :

- la responsabilité **contractuelle** envers la personne morale dont il est l'administrateur ou, par voie d'action oblique, envers les personnes qui peuvent chausser les souliers de la personne morale dans certaines circonstances (actionnaires ou créanciers de la personne morale); et

<sup>34</sup> *Magasins à rayons Peoples' c. Wise*, 2004 CSC 68

- la responsabilité **extracontractuelle** (délictuelle, quasi-délictuelle et pénale) envers les tiers mais aussi la personne morale.

### *Responsabilité contractuelle*

La responsabilité contractuelle civile découle de la nature du lien entre la personne morale et son administrateur. En droit québécois, ce dernier est le mandataire de la personne morale. Il peut engager sa responsabilité envers la personne morale s'il ne respecte pas ses devoirs (diligence et loyauté) envers elle ou s'il excède les limites de son mandat.

### *Responsabilité extracontractuelle*

La responsabilité extracontractuelle peut être **civile** ou **pénale**.

La personne qui recherche une condamnation en **responsabilité civile** contre un administrateur doit prouver que l'administrateur, dans l'exercice de ses fonctions, a commis une **faute qui lui a causé un dommage**. Toutefois, elle peut bénéficier dans certains cas de **présomptions légales de responsabilité** à l'encontre de l'administrateur. De telles présomptions font porter le fardeau de la preuve à l'administrateur. Le tribunal évaluera les éléments présentés selon la règle de la prépondérance de preuve.

Ainsi, un administrateur qui appuierait, en toute connaissance de cause, la décision du conseil d'autoriser la mise en marché d'un produit qu'il sait être dangereux ou non conforme aux normes réglementaires du secteur et susceptible de causer des dommages à des tiers pourrait être condamné à payer des dommages aux victimes qui subiront de tels dommages. De même, l'administrateur qui vote en faveur d'une recommandation aux actionnaires d'approuver une fusion ou d'accepter une offre publique d'achat pour une contrepartie qu'il sait ou aurait du savoir être inéquitable ou ne pas être dans l'intérêt de la personne morale et des actionnaires peut engager sa responsabilité envers les actionnaires.

Le **non-respect par l'administrateur de son devoir de diligence ou de devoir de loyauté** envers la personne morale peut en certaines circonstances être considéré par les tribunaux comme une **faute civile** dans le cadre d'une poursuite contre l'administrateur par la personne morale elle-même ou par des tiers.

Des lois particulières identifient certains comportements comme constituant des **infractions pénales** ou des **actes criminels**. Certaines lois créent également des **présomptions de culpabilité**. Voici deux exemples de présomptions dont le premier est puisé dans la *Loi sur la santé et sécurité du travail*<sup>35</sup>

*« 241. Lorsqu'une personne morale a commis une infraction, tout administrateur, dirigeant, employé ou représentant de cette personne morale qui a prescrit ou autorisé l'accomplissement de l'acte ou de l'omission qui constitue l'infraction ou qui y a consenti est réputé avoir participé à l'infraction et est passible de la même peine qu'une personne physique, que la personne morale ait ou non été poursuivie ou déclarée coupable. »*

(nos soulignements)

<sup>35</sup>

*Loi sur la santé et la sécurité du travail*, R.L.R.Q, chapitre S-2.1

et le second dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*<sup>36</sup>.

*« 115.40. Lorsqu'une personne morale, un agent, mandataire ou employé de celle-ci ou d'une société de personnes ou d'une association non personnalisée commet une infraction à la présente loi ou à ses règlements, l'administrateur ou le dirigeant de la personne morale, société ou association est présumé avoir commis lui-même cette infraction, à moins qu'il n'établisse qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration.*

*Pour l'application du présent article, dans le cas d'une société de personnes, tous les associés, à l'exception des commanditaires, sont présumés être les administrateurs de la société en l'absence de toute preuve contraire désignant l'un ou plusieurs d'entre eux ou un tiers pour gérer les affaires de la société. »*

(nos soulignements)

De plus, le *Code criminel du Canada*<sup>37</sup>, principalement à son article 21, ouvre la porte à la notion de **complicité ou de participation** à un acte criminel ou à une infraction pénale. L'administrateur trouvé coupable peut, selon le cas et la nature de l'infraction de ou de l'acte criminel, être condamné au paiement d'une amende, à une limitation de ses droits et même à l'emprisonnement.

La preuve sera évaluée en fonction du critère « hors de tout doute raisonnable ».

Dans presque tous ces cas, une **défense de diligence raisonnable** peut être offerte, même à l'encontre d'une présomption, si l'administrateur a, dans les faits, été diligent. Par ailleurs, soulignons que plus la détermination de la faute ou de l'infraction est objective, moins accessible devient la défense de diligence raisonnable.

### *Responsabilité solidaire*

Chacun des administrateurs qui commet une faute qui cause un même dommage à un tiers a une **obligation solidaire**, avec les autres personnes qui ont également commis une faute, envers la victime ou le réclamant. Ce dernier peut donc réclamer de l'un ou l'autre des administrateurs, de plusieurs d'entre eux ou de la totalité d'entre eux le paiement entier des dommages-intérêts qui pourront lui être alloués. Les administrateurs qui paieront pourront néanmoins réclamer la part proportionnelle de chacun des administrateurs fautifs.

Notons que l'administrateur qui a fait inscrire sa **dissidence** pourra être exonéré de toute responsabilité s'il a dans les faits voté contre la décision prise par le conseil. Nous traitons de la dissidence en réponse à la question #25<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> *Loi sur la qualité de l'environnement*, R.L.R.Q., c. Q-2

<sup>37</sup> *Code criminel du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-46

<sup>38</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur de société : questions et réponses » → « 25. L'administrateur devrait-il faire inscrire sa dissidence à l'égard d'une décision du conseil? »



De même, certains administrateurs qui ont approuvé une décision ou une action pourront dans certains cas offrir une **défense de diligence raisonnable** qui n'est pas disponible à tous les administrateurs et ainsi éviter une condamnation solidaire. Tel pourrait, à certaines conditions, être le cas de l'administrateur qui n'a pas eu accès à la même information ou qui n'avait pas le même pouvoir d'influence ou encore qui n'avait pas les mêmes compétences que ses collègues.

#### *Autres recours et commentaires*

Le **recours en oppression** et la **demande d'injonction** viennent compléter l'arsenal des moyens ou recours pouvant être exercés contre les administrateurs.

**En pratique**, les **poursuites** contre les administrateurs **ne sont pas courantes au Québec**. Les plus grands risques sont reliés aux salaires impayés (jusqu'à concurrence de six (6) mois) à la non-remise des déductions à la source, de la TPS et TVQ non payées aux autorités fiscales et d'autres contributions à des régimes établis par des lois particulières. Toutefois, l'appétit des avocats en demande et la tendance des gouvernements, sous forme de présomptions ou autrement, à responsabiliser les individus qui gèrent les personnes morales devraient faire augmenter le nombre de poursuites.

#### 24. Que peut faire l'administrateur pour se protéger contre les risques potentiels de responsabilité ou de culpabilité?

La réponse la plus simple est la suivante : **respecter adéquatement ses devoirs généraux et les obligations qui lui sont imposées par la loi**.

Pour ce faire, **trois démarches s'imposent** :

- comprendre l'environnement juridique;
- assurer un cadre de gouvernance adéquat;
- être proactif et agir avec courage et discernement, au mieux des intérêts de la personne morale.

L'administrateur doit donc connaître et comprendre ses devoirs et obligations. Comme ceux-ci doivent être assumés dans le contexte des obligations de la personne morale et des lois et règlements qu'elle doit elle-même respecter, il importe de bien **reconnaître ce qui régit la personne morale**. Est-il nécessaire de rappeler que nul n'est censé ignorer la loi?

La Cour suprême du Canada a clairement indiqué dans l'arrêt *Peoples*<sup>39</sup> que la **gouvernance peut constituer un bouclier susceptible de protéger l'administrateur contre sa responsabilité potentielle**.

---

<sup>39</sup> *Magasins à rayons Peoples' inc. c. Wise* [2004] 3 R.C.S. 68 au paragraphe 32

L'administrateur devrait donc **veiller** à ce que diverses **mesures** soient **mises en place** ou maintenues pour créer un cadre propice à l'exercice de ses fonctions. Parmi ces **mesures**, mentionnons :

- l'accès à l'information pertinente, y compris sur les raisons motivant l'adoption d'une proposition recommandée par la direction;
- l'obtention de rapports et de certificats;
- une formulation claire des tâches et responsabilités des différentes instances et des attentes à leur égard;
- des réunions en bonne et due forme avec un ordre du jour type comportant une rubrique « *Affaires découlant des réunions précédentes* »;
- des procès-verbaux non personnalisés, mais démontrant un processus diligent de la part des administrateurs.

Nous traitons dans un autre bulletin des différentes mesures que nous recommandons aux administrateurs externes d'utiliser (« L'administrateur externe d'une PME »<sup>40</sup>).

L'administrateur devrait aussi obtenir un **engagement contractuel d'indemnisation** de la part de la **personne morale** et s'assurer qu'une police d'assurance-responsabilité « Administrateurs et Dirigeants » a été souscrite par la personne morale et le couvre adéquatement. De plus, lorsque l'administrateur est appelé à siéger à un conseil d'administration à la demande d'un **actionnaire**, d'un **membre**, d'un **investisseur** ou d'un **prêteur**, il serait opportun qu'il obtienne également un engagement d'indemnisation de la part de cette personne et qu'il soit couvert également par les garanties d'assurance responsabilité administrateurs et dirigeants de cette personne.

Certaines lois constitutives sont silencieuses en matière d'indemnisation, alors que d'autres comportent certaines stipulations. Dans le premier cas, (i.e. lois silencieuses) l'engagement contractuel d'indemnisation de la personne morale envers l'administrateur est nécessaire. **Dans tous les cas, il est utile car il précise et complète la protection que certaines lois constitutives accordent ou comble le silence législatif.** De plus, en privilégiant l'approche contractuelle, **l'administrateur se protège contre la modification unilatérale** par la personne morale des mesures d'indemnisation. Un règlement ou une résolution devrait être adopté par le conseil d'administration accordant le pouvoir au conseil de conclure de tels engagements selon les modalités et conditions qu'il jugera opportunes tout en respectant les paramètres établis par la loi. Dans le cas d'un OBNL constitué en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies* (Québec)<sup>41</sup>, l'assemblée des membres doit autoriser le conseil à ce faire de manière ponctuelle ou dans le cadre du règlement interne ou administratif ou d'une résolution administrative.

**Parmi les précisions** que peut apporter un engagement d'indemnisation de la part de la personne morale envers un administrateur mentionnons : la présomption de respect des devoirs et de la loi, les modalités relatives aux avances, le droit pour chaque administrateur de choisir son avocat et ses autres experts et la survie de l'engagement pour un nombre minimal d'années après la fin du mandat.

---

<sup>40</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'Administrateur externe d'une PME »

<sup>41</sup> *Loi sur les compagnies*, R.L.R.Q., c. C-38

Quant aux **garanties d'assurance**, il est important de souligner que **toutes les polices ne sont pas identiques**. Il est donc essentiel que l'administrateur demande au courtier d'assurance de la société de lui préciser ce qui est couvert, ce qui est exclu, de même que les droits de résiliation de l'assureur et les conditions qui doivent être respectées par la personne morale pour maintenir les garanties d'assurance en vigueur. L'identification préalable de toutes les obligations et responsabilités imposées à l'administrateur par la loi et des risques en découlant, de même que la comparaison de ces risques avec les garanties offertes devraient permettre d'évaluer les protections qui devraient être obtenues, dans la mesure évidemment où elles sont disponibles. Le courtier d'assurance devrait être un spécialiste reconnu dans ce type de contrats d'assurance. Or, cette spécialisation n'est pas le lot de tous les courtiers. Mentionnons qu'au Québec, les frais de défense doivent être assumés par l'assureur en sus de la limite monétaire de la garantie. Tel n'est pas nécessairement le cas pour les contrats d'assurance émis dans d'autres territoires.

Notons que les **administrateurs de certaines personnes morales** (ex. : certaines sociétés d'État) bénéficient d'une **immunité** contre les poursuites s'ils ont agi de bonne foi et dans l'exercice de leurs fonctions.

## **25. L'administrateur devrait-il faire inscrire sa dissidence à l'égard de certaines décisions du conseil d'administration?**

En pratique, le recours à la dissidence **ne devrait être utilisé qu'à l'égard de questions ou de décisions importantes** et en aucun cas comme une tactique de l'administrateur.

Aux termes des lois sur les sociétés qui traitent de la **dissidence** (certaines ne le font pas), cette dernière vise à **fournir la possibilité à l'administrateur de s'exonérer de sa responsabilité potentielle à l'égard de la décision prise par le conseil**. Le fait de l'exprimer ne constitue toutefois pas une garantie totale d'exonération dans la mesure où les circonstances ne le justifient pas. Ainsi, l'administrateur ne pourra inscrire sa dissidence à l'égard d'une décision qu'il a approuvée.

La dissidence doit être **exprimée** lors de la réunion et être **consignée** au procès-verbal **ou formulée dans un écrit** transmis par courrier recommandé au siège social de la personne morale conformément à la procédure décrite dans la loi constitutive, le tout **immédiatement** après la réunion.

Notons qu'en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>42</sup> et de la *Loi sur les sociétés par actions (Québec)*<sup>43</sup>, **l'administrateur absent est présumé avoir acquiescé** aux décisions prises par le conseil. Tout administrateur absent qui veut inscrire sa dissidence doit **le faire par écrit et immédiatement** après avoir pris connaissance de la décision car les lois prescrivent généralement un délai très court pour ce faire.

Par ailleurs, la **valeur relative** d'une dissidence sera bien faible si l'administrateur continue de siéger au conseil et approuve diverses mesures accessoires d'implantation de la décision à l'égard de laquelle il a fait inscrire sa dissidence. Dans de telles circonstances,

<sup>42</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, article 123(3)

<sup>43</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c.-5.31, art. 139

l'administrateur devrait sans doute s'interroger sur l'opportunité de démissionner de son poste d'administrateur de la personne morale.

## 26. Quelle importance devrait être accordée par l'administrateur à l'intégrité?

L'intégrité est une valeur morale en soi. Celle-ci fait partie de l'éthique, qui est synonyme de moralité ou de valeurs morales.

On utilise souvent l'expression **code d'éthique** pour décrire ce qui est en réalité un **code de conduite** ou un code de déontologie. Tel que mentionné précédemment, l'éthique est synonyme de moralité ou de valeurs morales. La déontologie, quant à elle, est synonyme de règles de comportement ou de conduite. Ces règles font partie du domaine de la **conformité**. La **conformité** doit donc être **distinguée de l'intégrité**.

La **conformité** peut faciliter l'atteinte de l'intégrité mais une personne morale peut être conforme ou respecter des règles sans pour autant être intègre, tel que l'a illustré la saga Enron.

Le mot **culture** est utilisé fréquemment dans notre société pour traiter, entre autres, des valeurs d'une société ou d'une entreprise. Lorsqu'on parle de **culture d'intégrité**, on réfère à un système de valeurs qui influencent le comportement des gens qui font partie d'un groupe donné. Le mot « valeur » dans ce contexte n'a pas le même sens que dans la notion de « création de valeurs » à laquelle l'administrateur est censé participer.

L'auteur Sims s'exprimait ainsi à l'égard de la culture d'intégrité :

« Une culture est un système de croyances et de réponses partagées qui conditionnent le comportement des gens dans l'environnement d'une organisation. »

La culture éthique d'une organisation est définie par ce qu'elle récompense et le comportement éthique d'un individu dépend tant de ses valeurs que du climat éthique d'une organisation. De plus, tant le contenu que la force de la culture d'une organisation influencent le comportement éthique de ses dirigeants et employés. »<sup>44</sup>

(nos soulignements et notre traduction)

Comme notre réponse à la question « 14. Quels sont les éléments principaux du mandat du conseil d'administration »<sup>45</sup> l'a souligné, le **mandat d'un conseil d'administration** devrait comprendre la responsabilité de « veiller à l'intégrité de la personne morale (et de ses dirigeants) et à leur intégrité financière en particulier en favorisant, entre autres, l'implantation d'une culture d'intégrité au sein de la personne morale ».

<sup>44</sup> Ethics and Corporate Social Responsibility : Why Giants Fall, Ronald R. Sims, Praeger, 2003, p.214

<sup>45</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur de société : questions et réponses » → « 14. Quels sont les éléments principaux du mandat du conseil d'administration »

Dans l'arrêt BCE<sup>46</sup>, la Cour suprême du Canada a rappelé que dans l'analyse du devoir des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la personne morale, les intérêts de la personne morale doivent être ceux d'une « **entreprise socialement responsable** ».

L'auteur Sims que nous avons cité précédemment confirmait en 2003 l'**importance intrinsèque de l'intégrité** et du comportement socialement responsable de la façon suivante :

*« Être socialement responsable, éthique et un bon citoyen corporatif est important aux fins de répondre aux attentes des parties intéressées (« stakeholders ») de toute personne morale. À moins que les organisateurs d'aujourd'hui ne reconnaissent l'importance de développer et de soutenir une réputation fondée sur « faire les bonnes choses » et « les faire correctement » telle qu'envisagée par leurs parties intéressées principales, elles ne survivront pas ou ne connaîtront pas le succès comme cela a été le cas pour plusieurs organisations au cours des dernières décennies »<sup>47</sup>*

(nos soulignements et notre traduction)

L'**actualité** des dernières années a mis en lumière de **sérieuses violations de l'intégrité** dans la société québécoise entre autres. Les médias, la Commission Charbonneau de même que les travaux de l'UPAC nous les ont abondamment révélées. Collusion, paiements de pots-de-vin, contributions politiques illégales, non-respect des lois constituent certaines des avenues que ces violations à l'intégrité ont empruntées. Les auteurs de ces violations ont subi les conséquences de ces violations ou devraient vraisemblablement les subir. Ces **conséquences** ne se traduisent pas seulement en poursuites civiles, en accusations criminelles mais également en perte d'accréditation ou en perte de réputation. Pour nombre de personnes morales ainsi accusées, ces conséquences comprennent déjà la perte de contrats importants et sont susceptibles de mettre en péril leur survie. Les **clients et fournisseurs de ces entreprises** subiront également des effets négatifs même s'ils n'ont pas participé aux violations.

En résumé, l'intégrité et le comportement socialement responsable :

- sont des **valeurs** auxquelles tous devraient adhérer;
- leur implantation et le suivi de cette implantation font partie du **mandat** d'un conseil;
- constituent des éléments essentiels des **attentes des parties intéressées** ou parties prenantes (« stakeholders ») et des tribunaux;
- font, et feront davantage dans le futur l'**objet de règles et d'encadrements** comme ceux qui se retrouvent déjà dans plusieurs lois<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> BCE inc. c. Détenteurs de débentures de 1976, 2008 CSC 69

<sup>47</sup> Ethics and Corporate Social Responsibility : Why Giants Fall, Ronald R. Sims, Praeger, 2003, p. 8

<sup>48</sup> À titre d'exemples : Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics; Loi sur les contrats avec les organismes publics; Loi concernant la lutte contre la corruption, R.L.R.Q. c. L-6.1; Loi sur la corruption d'agents publics étrangers, L.C. 1988, ch. 34 qui fut modifiée par la Loi visant à combattre la corruption transnationale

L'administrateur doit donc veiller à cette **intégrité** de la personne morale au moyen de **politiques**, de **vérifications**, d'une **surveillance** régulière et de la **prise des mesures correctives**, de **même que des sanctions** qui s'imposent. La gestion des risques de la personne morale doit comprendre cet élément. Négliger de veiller à cette intégrité constituerait pour l'administrateur un défaut de respecter son devoir de diligence. L'administrateur ne pourra invoquer une défense de diligence raisonnable s'il ne prend pas de moyens.

Dans une conférence qu'il prononçait à Davos, le 27 janvier 2010, dans le cadre du World Economic Forum sous le titre « Re-thinking Values », le professeur Yvan Allaire, président exécutif du conseil d'administration de l'Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques (« IGOPP ») décrivait l'éthique comme étant « **la résistance des valeurs sous pression** ». Il ajoutait ce qui suit « Cette résistance aux pressions de l'intérêt personnel n'est pas illimitée. Les individus, sauf les saints et les héros, ont tous un point de rupture des valeurs, un point de bascule entre l'intégrité et la cupidité. Le conseil d'administration doit être vigilant pour s'assurer que les systèmes de **mesure des performances** et les critères pour l'établissement des **rémunérations** ne créent pas une pression indue sur les valeurs éthiques de ses cadres et dirigeants ».

Le **secteur de pratique « Intégrité en entreprise »** de Lavery peut assister les personnes morales à se doter de mécanismes de prévention et de gestion de l'intégrité. Il peut aussi aider à gérer une crise qui se présente<sup>49</sup>.

## **27. Quelle importance l'administrateur doit-il accorder à la gestion des risques?**

Comme nous l'avons souligné dans le cadre d'une autre question, la gestion des risques **doit faire partie du mandat du conseil d'administration** et l'administrateur doit lui accorder une importance considérable.

La **réalisation de certains risques** peut en effet **mettre en péril** l'existence même de la personne morale ou à tout le moins affecter de manière importante et défavorable la personne morale, la poursuite de ses activités selon le plan stratégique, sa santé financière, sa capacité financière, sa réputation ou plusieurs de ces aspects.

L'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent ou d'un produit concurrent, la désuétude d'un produit, l'institution d'une enquête, le dépôt de plaintes contre la personne morale, la destruction d'une usine de fabrication, la perte d'un client ou d'un fournisseur important, un **sinistre** tel qu'une inondation, un tremblement de terre, un incendie ou autre sinistre ne constituent que certains **exemples de risques** qui peuvent avoir une incidence négative sur une entreprise.

Ajoutons que la réalisation de risques chez un **fournisseur** ou un **client** de la personne morale constitue aussi un risque pour cette personne morale à cause du possible effet domino.

---

<sup>49</sup> Site internet Lavery → Intégrité en entreprise

La gestion de risques est un **processus continu** bien qu'elle puisse devoir être intensifiée compte tenu d'un incident particulier. Elle suppose l'**appréciation des risques et le traitement des risques** ainsi appréciés.

Nous avons publié un bulletin détaillé sur cette question intitulé « La gestion des risques et l'administrateur »<sup>50</sup> et invitons le lecteur à le consulter sur le site internet de Lavery pour obtenir plus de renseignements à ce sujet.

## **28. Quelle importance le conseil d'administration doit-il accorder à l'évaluation du rendement des diverses instances?**

L'évaluation régulière de la prestation des diverses instances d'une personne morale est **essentielle**. Il est impossible de s'ajuster, de s'améliorer et de progresser sans procéder à une telle évaluation.

Un conseil doit veiller à ce qu'il y ait une évaluation non seulement de la direction mais également du **conseil lui-même**. De telles évaluations s'inscrivent à l'intérieur d'un **processus d'optimisation constante des ressources et d'amélioration continue du fonctionnement du conseil**.

Compte tenu de l'importance relative de telles évaluations pour la personne morale et du fait qu'elles font partie des bonnes pratiques reconnues de gouvernance, tous les conseils d'administration devraient procéder à de telles évaluations. En ce faisant, les administrateurs améliorent la qualité du respect de leur **devoir de diligence**.

Les **méthodes d'évaluation peuvent varier et doivent être adaptées** à la réalité et aux moyens financiers de la personne morale.

Dans le cas de l'évaluation du conseil, nous favorisons une approche qui

- protège adéquatement la **confidentialité**;
- favorise la formulation de commentaires par des **questions ouvertes** plutôt que l'évaluation de type examen objectif; et qui
- fait place à l'expression de commentaires des administrateurs sur les enjeux qu'ils désirent voir traiter au conseil, sur les éléments qui devraient être ajoutés ou retranchés du **plan stratégique**, et sur les **préoccupations** des administrateurs.

Selon nous, les approches proposées par plusieurs organismes et qu'on retrouve sur Internet ne donnent pas des résultats adéquats et logent davantage à l'enseigne de l'évaluation de la conformité que de l'évaluation du rendement et du traitement des enjeux.

Plusieurs personnes morales peuvent faire l'objet de **demandes d'accès à l'information**. La plupart d'entre elles veulent sans doute ne pas avoir à divulguer les résultats des évaluations. L'octroi par le conseil d'un contrat **spécifique** à un cabinet d'avocats peut offrir une telle protection à la personne morale compte tenu du droit reconnu du client au **secret professionnel** de l'avocat et de l'obligation de protéger ce droit qui incombe à l'avocat.

---

<sup>50</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « La gestion des risques et l'administrateur »

Le secteur de régie d'entreprise de Lavery offre un tel service d'évaluation du fonctionnement du conseil. Les membres de ce secteur œuvrent depuis plusieurs années dans le domaine de la gouvernance et ont acquis une expérience pertinente comme administrateurs et gestionnaires.

**29. Que devrait faire le conseil en cas de transaction projetée mettant en cause un membre de la direction ou un autre administrateur à titre de co-contractant?**

Comme il s'agit d'un cas de conflit d'intérêts du membre de la direction ou de l'administrateur, des **précautions particulières** devraient être prises par le conseil.

Dans le cas d'un simple **contrat d'approvisionnement ou de vente de produits ou de services, ou encore d'embauche**, le conflit devrait évidemment être divulgué, la personne en conflit ne devrait pas recevoir l'information confidentielle et elle devrait en outre s'abstenir de participer aux délibérations et de voter. **Si la personne en conflit ne le fait pas de son propre chef**, le conseil devrait prendre des mesures pour protéger l'intérêt de la société, procéder à des rencontres informelles du conseil hors la présence de cette personne, ne pas lui donner accès aux renseignements confidentiels et, lorsque cela ne cause pas de préjudice à la personne morale, ne pas la laisser piloter la négociation pour le compte de la société. Toutefois, certaines de ces mesures pratiques pourraient être contestables au plan juridique, à tout le moins lorsqu'elles visent un administrateur. Si l'administrateur conteste l'utilisation de ces mesures pratiques, le conseil pourrait être forcé de s'adresser au tribunal.

Dans le cas d'une opération importante de la nature d'un **arrangement**, d'une fusion, d'une recommandation favorable du conseil à l'acceptation d'une offre d'achat d'actions ou de la **vente de l'entreprise** ou d'une partie substantielle de celle-ci :

- mettant en cause une autre partie dans laquelle la personne en conflit a un intérêt actuel ou potentiel, ou
- susceptible de conférer un bénéfice important à la personne en conflit supérieur ou additionnel à celui de l'ensemble des actionnaires,

le conseil devrait également **constituer un comité spécial** du conseil composé en majorité sinon en totalité d'administrateurs indépendants pour coordonner et surveiller les négociations et veiller au meilleur intérêt de la société et de l'ensemble de ses actionnaires.

Dans le cas des **émetteurs assujettis**, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM ») ont **encadré** ces opérations par l'adoption du *Règlement 61-101 sur les mesures de protection des porteurs minoritaires lors d'opérations particulières*<sup>51</sup>. Les mesures et précautions prises par le conseil ne devraient toutefois pas être limitées à celles prescrites par le règlement.

---

<sup>51</sup> *Règlement 61-101 sur les mesures de protection des porteurs minoritaires lors d'opérations particulières*, R.L.R.Q. C. V-1.1, r. 33



### 30. Pour quelles raisons et comment démissionner de son poste d'administrateur?

Une personne qui occupe la fonction d'administrateur cesse d'occuper cette fonction à l'échéance de la période fixée dans son mandat ou immédiatement avant qu'elle ne soit remplacée. Toutefois, elle devrait cesser d'occuper cette fonction ou démissionner avant la date d'échéance de son mandat si elle ne respecte plus les **conditions d'admissibilité** (voir la question : « 20. L'administrateur peut-il être destitué par le conseil en cours de mandat »<sup>52</sup>).

L'administrateur devrait aussi examiner l'**opportunité de démissionner** dans les cas suivants :

- s'il n'a plus l'intérêt, le temps ou la capacité de s'acquitter de ses devoirs et de contribuer positivement à la mission de la personne morale;
- si sa **contribution** est en pratique très faible;
- si la personne morale ne lui donne pas les moyens de s'acquitter adéquatement de ses devoirs;
- s'il est en désaccord avec les valeurs, orientations ou décisions importantes de la personne morale et qu'elle n'entrevoit pas une possibilité sérieuse et raisonnable de provoquer des changements à ces égards;
- en cas de situation financière difficile ou d'insolvabilité de la personne morale, s'il ne peut obtenir de garanties d'indemnisation ou de protection adéquate contre les risques de responsabilité personnelle;
- si la personne morale ne respecte pas adéquatement la loi et ses obligations contractuelles et n'agit pas comme devrait le faire une entreprise socialement responsable; ou
- s'il se retrouve systématiquement et régulièrement en situation de conflits d'intérêts avec ceux de la personne morale ou qu'il n'a plus la capacité, selon des critères raisonnables, d'exercer un jugement indépendant et au mieux des intérêts de la personne morale.

Une démission doit être effectuée dans le respect du devoir de loyauté de l'administrateur envers la personne morale. Ceci suppose que la démission doit être faite avec dignité de manière à réduire le plus possible les incidences négatives de cette démission pour la personne morale. Le lecteur aurait intérêt à lire le bulletin plus détaillé sur la question publié par l'auteur sous le titre « *Quand l'administrateur devrait-il démissionner?* »<sup>53</sup>.

L'administrateur qui démissionne doit s'assurer que les registres publics soient corrigés immédiatement de manière à ce que son nom n'apparaisse plus comme administrateur. Tant

---

<sup>52</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur de société : questions et réponses » → « 20. L'administrateur de société peut-il être destitué par le conseil en cours de mandat »

<sup>53</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « Quand l'administrateur devrait-il démissionner »

que les registres ne sont pas corrigés, le tiers de bonne foi peut, en certaines circonstances, se fier à l'information qui s'y trouve. Il doit également ne pas continuer à agir en pratique comme administrateur s'il ne veut pas courir le risque d'être considéré comme un administrateur « *de facto* ».

### 31. La démission de l'administrateur le libère-t-il de ses obligations?

Sous réserve de ce qui est mentionné dans les paragraphes qui suivent, la **démission de l'administrateur et la correction des registres publics libèrent** l'administrateur de ses obligations à l'égard de la gestion de la personne morale à partir de la plus tardive des deux dates suivantes : la date de prise d'effet de sa démission et la date de correction des registres.

Toutefois, l'administrateur démissionnaire n'est **pas libéré des obligations** découlant de l'exercice de sa fonction comme administrateur de la personne morale au cours de la période **précédant sa démission**. Il pourra donc être poursuivi pour le non-respect de ces obligations de même que pour toute faute civile ayant causé un dommage à autrui et pour toute infraction à une loi ou un règlement applicable ou pour tout acte criminel survenu pendant la durée d'exercice de sa fonction d'administrateur.

Ainsi, à titre d'**exemple**, il ne sera pas libéré de sa responsabilité pour les salaires impayés avant la date de sa démission et pour la remise des déductions à la source et de la TPS/TVQ qui aurait dû être effectuée avant la date de sa démission, le tout sous réserve évidemment de la défense de diligence raisonnable qu'il pourrait offrir.

Notons **toutefois** que si malgré sa démission l'administrateur continue à agir en pratique comme administrateur, il sera probablement considéré être un administrateur « *de facto* » et assumera donc les mêmes obligations qu'un administrateur et les mêmes risques de responsabilité.

### 32. L'administrateur démissionnaire qui n'est pas remplacé est-il toujours réputé être en fonction ou est-il libéré de ses obligations?

Le fait que l'administrateur démissionnaire ne soit pas remplacé n'a **aucune incidence sur les effets libératoires de sa démission et ne change rien à la réalité**. L'administrateur démissionnaire n'est pas réputé être resté en fonction et est libéré de ses obligations sous réserve de ce que nous avons mentionné en réponse à une autre question<sup>54</sup> dont la modification des registres publics. En effet, la *Loi sur la publicité légale*<sup>55</sup> prévoit à son article 98 que certains renseignements qui se retrouvent au registre (dont le nom et le domicile de chaque administrateur) font preuve de leur contenu en faveur de tiers de bonne foi. L'administrateur démissionnaire a donc intérêt à ce qu'une déclaration modificatrice soit déposée promptement pour faire enlever son nom du registre.

<sup>54</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « L'administrateur de société : questions et réponses » → « 31. La démission de l'administrateur le libère-t-il de ses obligations »

<sup>55</sup> *Loi sur la publicité légale des entreprises*, R.L.R.Q., c. P-44.1

La démission diffère de la fin de la durée prévue d'un mandat. Certaines lois constitutives comme la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>56</sup> à l'article 106(6) et la *Loi sur les sociétés par actions (Québec)*<sup>57</sup> à l'article 143 prévoient que malgré la date de fin prévue de son mandat, l'administrateur demeure en fonction jusqu'à ce qu'il soit réélu ou remplacé. Cette disposition est identifiée en anglais comme « **holding over** ». L'administrateur qui ne veut pas demeurer en fonction au-delà de la date d'expiration prévue de son mandat doit donc remettre sa **démission**.

### 33. Que suppose la fonction de président du conseil d'administration ou de président de comité?

Dans le cas de nombreuses personnes morales, les tâches et attentes reliées à ces fonctions sont énoncées par écrit.

Le président du conseil et le président d'un comité ont comme fonctions principales de permettre aux membres du conseil ou du comité, selon le cas, de pouvoir s'acquitter adéquatement de leurs devoirs et d'agir comme intermédiaire entre la direction et le conseil ou le comité, selon le cas.

Ceci suppose, entre autres,

- la **préparation des réunions** et en particulier des **ordres du jour** avec la direction;
- l'**obtention** de la direction ou d'experts externes des **outils, renseignements, document et avis** qui selon lui sont nécessaires ou utiles afin que le conseil ou le comité, selon le cas, s'acquitte de son mandat;
- s'informer **des sujets dont les membres** du conseil ou du comité **veulent discuter** et donner suite aux demandes d'assistance de ces membres;
- l'**animation efficace et respectueuse des réunions** en veillant à ce que la majeure partie des réunions soit consacrée aux questions et commentaires des administrateurs;
- le **suivi des décisions** prises par le conseil ou le comité auprès de la direction;
- la **communication à la direction** des commentaires et suggestions des membres et la communication aux membres du conseil des commentaires de la direction sur l'amélioration de la prestation des administrateurs; et
- de manière plus générale, la **coordination de la poursuite d'une exécution la plus complète possible du mandat du conseil**.

L'administrateur qui exerce la fonction de président du conseil ou de président d'un comité est soumis, en cette qualité, aux **mêmes devoirs** que les autres administrateurs. Toutefois, en cas de poursuite en responsabilité, les tribunaux prendront en compte dans leur analyse la

---

<sup>56</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44

<sup>57</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31-1

façon dont le président s'est acquitté de sa fonction particulière dans les circonstances. En ce sens, les tribunaux auront des **attentes plus élevées** à son égard.

Une analyse plus détaillée de la fonction de président du conseil a été faite dans un autre bulletin publié par l'auteur sous le titre « *La fonction de président de conseil d'administration* »<sup>58</sup> auquel le lecteur peut avoir accès sur le site internet de Lavery.

#### **34. Quelle est l'utilité des procès-verbaux et que devraient-ils contenir?**

Les procès-verbaux de réunions sont extrêmement utiles. Ils permettent, entre autres,

- de bien **cerner les décisions** prises et les objectifs recherchés par ces décisions;
- de **démontrer le processus suivi par la direction** pour en arriver à recommander la décision et les motifs qui en justifiaient l'adoption;
- de **démontrer le processus de diligence raisonnable suivi par les administrateurs** avant d'adopter la décision; et
- de **faciliter le suivi** de l'implantation des mesures ayant fait l'objet des discussions des administrateurs et de l'atteinte des objectifs recherchés pour justifier l'adoption de la décision.

Les procès-verbaux ne devraient **pas** être **personnalisés** sauf en cas de demande spécifique et spéciale d'un administrateur. De même, ils ne devraient **pas ouvrir la porte à des poursuites** ou en fournir le fondement.

Par ailleurs, ces procès-verbaux devraient, **dans le cas de toute décision importante** et pourvu que cela puisse être fait sans risques, sommairement

- référer à la présentation (y compris les documents soumis) de la direction et des experts;
- décrire les motifs à l'appui de la recommandation et les vérifications effectuées;
- décrire les autres hypothèses considérées et non retenues en indiquant qu'elles n'étaient pas disponibles ou de qualité équivalente;
- mentionner les questions les plus importantes soulevées par les administrateurs et leur satisfaction à l'égard des réponses obtenues en décrivant les réponses aux questions les plus importantes; et
- indiquer qu'il y a eu des échanges et une discussion lors de la réunion du conseil.

De même, les procès-verbaux devraient **référer aux confirmations et aux certificats** de la direction.

---

<sup>58</sup> Site internet Lavery → Publications → André Laurin → « La fonction de président de conseil d'administration »

Lorsqu'un **président de comité fait rapport au conseil** des travaux du comité qu'il préside, le procès-verbal du conseil d'administration devrait faire état des sujets discutés par le comité (i.e. simple énumération) et souligner que le rapport du président du comité correspond en tous points au procès-verbal de la réunion du comité. Dans les cas où le **comité recommande** au conseil d'adopter une décision donnée, le procès-verbal devrait en traiter de la même façon que celle que nous avons suggérée précédemment dans le cas d'une décision importante recommandée par la direction.

À moins de circonstances spéciales, les procès-verbaux devraient se limiter à indiquer que la résolution a été dûment adoptée **sans référer aux notions d'unanimité ou de majorité**.

**35. Quels types de certificats devraient être obtenus par l'administrateur de la direction et quelle est leur utilité?**

Trois types de certificats devraient être obtenus de la direction. Ces trois types de certificats **peuvent être consolidés** en un seul ou en deux sauf dans le cas des émetteurs assujettis qui doivent respecter les règles stipulées au *Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs*<sup>59</sup>.

Un **premier** certificat devrait confirmer que la personne morale s'est acquittée, jusqu'à la date du certificat, de toutes ses obligations en vertu des différentes lois qui énoncent des **obligations** que les administrateurs doivent respecter ou qui sont susceptibles d'entraîner quelque **responsabilité ou culpabilité des administrateurs à l'égard des responsabilités qui leur sont imposées par la loi**. Un tel certificat devrait précisément référer à chacune des lois en cause. Il devrait aussi confirmer que le contrat d'assurance « Administrateurs et dirigeants » est en vigueur, que les **primes d'assurance** de cette police « Administrateurs et dirigeants » ont été payées, que les conditions de cette police ont été respectées et que la personne morale n'a pas reçu d'avis de résiliation ni de questions de l'assureur.

Un **deuxième** certificat devrait être obtenu de la direction confirmant les mêmes éléments que ceux visés par les certificats imposés aux émetteurs assujettis selon le Règlement 52-109 précité, à **l'égard de l'exactitude des renseignements financiers, de l'existence de contrôles et d'un audit interne et de l'efficacité de mesures de contrôle et d'audit interne**. Dans le cas des émetteurs assujettis, ce certificat devrait être conforme en tous points au Règlement 52-109 précité.

Un **troisième** certificat, **plus général**, devrait être obtenu du chef de la direction, ou directeur-général confirmant, entre autres, que

- (a) **tous les renseignements et documents importants** en possession de la direction qui étaient ou sont ceux susceptibles d'influencer les décisions des membres du conseil d'administration ont été **fournis** par la direction aux membres du conseil;
- (b) la direction n'a pas **connaissance** de quelque **fait ou circonstance** qui soit **susceptible d'affecter défavorablement et de manière importante** la personne morale et la

---

<sup>59</sup> *Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs*, R.L.R.Q., c. V-1.1, r. 27

poursuite de ses activités selon le budget et le plan stratégique adoptés par le conseil d'administration qui n'a pas été divulgué au conseil; et

- (c) la direction n'a pas connaissance de quelque **poursuite, menace de poursuite** ou de circonstances pouvant entraîner des poursuites contre la personne morale qui n'ont pas été divulguées au conseil d'administration et qui sont susceptibles d'avoir un **effet défavorable et important** sur les résultats financiers de la personne morale, sur son bilan ou sur sa réputation.

L'obtention de tels certificats peut apparaître à première vue comme une opération lourde. Toutefois, ces certificats comportent les **avantages** suivants :

- ils **réduisent le temps réservé aux questions** lors des réunions étant donné que les renseignements contenus dans ces certificats constituent des réponses préalables aux questions qui devraient être posées par les administrateurs;
- ils **offrent une certaine protection aux administrateurs** en leur permettant de démontrer l'exercice d'une diligence raisonnable; et
- ils **protègent aussi le chef de la direction** qui devra lui-même obtenir des confirmations écrites appropriées des personnes qui se rapportent à lui selon leurs responsabilités respectives (opération pyramidale).

L'expression « **au meilleur de la connaissance** » du signataire **ne devrait pas être incluse** dans les certificats. Par ailleurs, l'utilisation de l'expression « après vérification » devrait être incluse.

Soulignons que le fait pour un dirigeant de **devoir signer** un certificat l'amène la plupart du temps à être **plus prudent** et à effectuer des vérifications plus rigoureuses et approfondies.

### **36. Quelle est l'utilité des rapports ou avis d'experts externes et dans quels cas l'administrateur devrait-il les exiger?**

Tant la *Loi sur les sociétés par actions* (Québec)<sup>60</sup> à l'article 121 que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>61</sup> aux articles 123(4) et 123(5) établissent une **présomption d'exercice de diligence** raisonnable par les administrateurs lorsqu'ils s'appuient sur les rapports ou avis de certains experts externes (ex. : avocat, CPA, ...). **Même en l'absence de dispositions expresses** des lois constitutives, de tels rapports ou avis externes sont **utiles** pour démontrer l'exercice d'une diligence raisonnable par les administrateurs.

Notons toutefois que cette **présomption peut être renversée** si le rapport ou l'avis n'est pas sérieux ou encore si d'autres éléments devraient être pris en compte et ne le sont pas dans l'exercice d'une diligence raisonnable.

Ces rapports ou avis qui permettent d'invoquer la présomption de diligence raisonnable comprennent non seulement **ceux directement demandés par le conseil mais également**

<sup>60</sup> *Loi sur les sociétés par actions*, R.L.R.Q., c. S-31-1, art. 121

<sup>61</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 123(4) et art. 123(5)

**ceux fournis par la direction.** En cas de conflit d'intérêts possible entre la direction et la personne morale, le conseil devrait privilégier la rétention directe de ses propres experts, comme par exemple dans les cas du choix des auditeurs et de celui des conseillers en rémunération comme les règlements ou lignes directrices applicables aux émetteurs assujettis le stipulent.

**Les administrateurs ne devraient obtenir de tels rapports ou avis que dans le cas de décisions importantes ou délicates ou dans le cas de conflits d'intérêts de la direction ou d'administrateurs avec ceux de la personne morale.**

Les administrateurs n'ont malheureusement **pas toutes les compétences** et ce, malgré les formations et informations qui ont pu leur être données. De plus, certaines activités sont sophistiquées ou très techniques ou, encore, ont lieu dans des pays éloignés. Dans de telles circonstances, les administrateurs ne sont pas toujours en mesure d'évaluer adéquatement les projets soumis par la direction, les mesures prises par celle-ci et les risques en cause. Enfin, le rapport de l'auditeur externe, qui est responsable de la certification financière, ne soulève pas nécessairement les problèmes d'optimisation des ressources et les difficultés rencontrées sur le terrain dans l'implantation de décisions. Ces faits et circonstances peuvent également, entre autres, justifier l'utilisation par le conseil d'administration d'experts externes.

Plusieurs **mandats** (« charters » en anglais) écrits de **conseils d'administrations** stipulent le droit et le pouvoir du conseil de retenir les services d'experts lorsque le conseil le juge opportun et ce, aux frais de la personne morale.

Le conseil devrait donc

- identifier les confirmations d'experts dont il a besoin et retenir de tels experts comme par exemple à l'égard du plan stratégique; et
- à l'occasion, faire procéder à un **audit** des pratiques de la personne morale et des projets importants et à une validation de ces pratiques et projets par des experts externes.

**37. Est-ce que le conseil doit ou devrait constituer des comités du conseil d'administration et qui devrait en faire partie?**

À moins de **dispositions explicites** dans la loi constitutive ou les règlements auxquels la personne morale est soumise, le conseil n'a **pas d'obligation** de constituer des comités.

Par ailleurs, le conseil, comme nous l'avons vu dans des réponses à d'autres questions **peut procéder à des délégations** dont à des comités mais doit ultimement demeurer imputable des actions et décisions prises par ces comités.

Voici **deux (2) exemples de dispositions explicites** concernant des comités du conseil :

- la *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État* (Québec)<sup>62</sup> impose aux sociétés d'État du Québec qui sont régies par cette loi de constituer les comités suivants : un comité de vérification (i.e. comité d'audit), un comité de gouvernance et d'éthique et un comité des ressources humaines composés exclusivement de membres indépendants; et
- la réglementation applicable aux émetteurs assujettis<sup>63</sup> impose à ceux-ci la constitution d'un comité d'audit composé exclusivement de membres indépendants du conseil et recommande, sans toutefois l'imposer, la constitution d'un comité de rémunération et d'un comité de mise en candidature composé exclusivement de membres indépendants du conseil d'administration.

Dans ces deux exemples, on retrouve également un **contenu obligatoire ou recommandé**, selon le cas, **du mandat** de chacun de ces comités.

Dans le cas où la **composition** du comité est **prescrite** par la loi ou la réglementation comme dans le cas des deux (2) exemples précités, il est clair que seuls les membres indépendants du conseil nommés aux comités en cause peuvent voter. Toutefois, d'autres personnes peuvent être invitées à participer aux délibérations du comité **mais sans exercer de droit de vote**.

Même en l'absence de prescription législative ou réglementaire, le conseil aurait intérêt à distinguer entre, d'une part, les comités de type aviseurs ou **consultatifs** et, d'autre part, les **comités dits décisionnels** soit des comités auxquels le conseil délègue véritablement les pouvoirs qu'il se doit de conserver en vertu de son mandat (« charter »). Dans le premier cas, d'autres personnes que les membres du conseil pourraient avoir le droit de voter alors que dans le second cas, seuls les membres du conseil devraient avoir droit de voter.

L'**utilité** de la formation de comités du conseil ne fait **pas de doute** lorsque le conseil comprend un nombre assez important d'administrateurs. Les comités peuvent consacrer plus de temps à l'examen de certains sujets importants. Ils assurent donc une plus grande efficacité et une meilleure productivité du conseil. Par ailleurs, si **moins de sept (7) personnes** composent le conseil, l'utilisation de comités peut alourdir inutilement l'exercice des fonctions des administrateurs et priver l'ensemble des administrateurs de la possibilité de jouer un rôle actif.

Même dans le cas des comités prescrits par la loi ou la réglementation, le **mandat** d'un comité peut être **regroupé** avec celui d'un autre comité, pourvu que les autres exigences législatives ou réglementaires applicables soient respectées (ex. : indépendance de tous les membres ou de la majorité des membres).

Plusieurs conseils d'administration ont constitué un **comité exécutif**. Nous ne privilégions généralement **pas** une telle approche car elle a pour effet, très souvent, de reléguer les administrateurs qui ne font pas partie du comité exécutif à un rôle accessoire et secondaire. Toutefois, nous comprenons qu'un tel comité exécutif peut s'avérer utile lorsque le conseil comprend un nombre important d'administrateurs (ex. : plus de 15). Dans un tel cas, il pourrait probablement être préférable de réduire la taille du conseil quitte à créer un conseil honoraire des gouverneurs ou un autre organe de même type.

<sup>62</sup> *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État*, R.L.R.Q., chapitre G-1.02

<sup>63</sup> *Règlement 52-110 sur le comité d'audit*, R.L.R.Q., chapitre V-1.1, r. 28; *Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance*



**38. Est-ce qu'une résolution unanime écrite de tous les administrateurs peut remplacer une réunion formelle du conseil d'administration?**

**Oui.** Une résolution **unanime** écrite de tous les administrateurs peut remplacer une réunion formelle du conseil dûment convoquée et respectant le quorum.

Pour être valide, la résolution **doit être signée par tous** les administrateurs sans exception. Une telle résolution devrait indiquer une date et **refléter réellement la volonté des administrateurs à la date indiquée** ou à tout le moins à une époque contemporaine à cette date indiquée. Tenter de corriger rétroactivement une situation sans en faire expressément mention dans la résolution pourrait constituer une opération douteuse et ouvrir la porte à une contestation de la validité de la résolution.

Une **résolution signée par tous les administrateurs** sans exception, exprimant le consentement de tous à cette façon de procéder et une renonciation à une réunion formelle dûment convoquée devrait être valide et lier le conseil **même si une minorité d'administrateurs expriment leur désaccord avec la position de la majorité**. Rappelons toutefois que la décision du conseil exprimée par voie de résolution écrite doit être une **décision d'affaires raisonnable** dans les circonstances et avoir donc fait l'objet d'une réflexion diligente comme les décisions adoptées lors de réunions formelles afin d'éviter que ces décisions ne se conforment pas aux normes établies par la jurisprudence et soient invalidées ou modifiées par les tribunaux.

**39. Quelle est la recette d'une réunion efficace et respectueuse du conseil d'administration ou d'un comité?**

La recette comporte **plusieurs ingrédients et techniques** dont les principaux sont les suivants :

- l'identification préalable de l'**objectif de la réunion** et l'établissement d'un **ordre de priorité** des sujets à discuter;
- la **préparation** par tous (animateur, participants et direction) de la réunion;
- la **qualité de l'animateur** ou président d'assemblée;
- des **règles de fonctionnement** de la réunion claires et respectueuses, communiquées à l'avance par l'animateur, qui s'éloignent de la « procédurite »;
- la qualité de l'**écoute** des points de vue exprimés et l'ouverture d'esprit aux points de vue des autres;
- la **concentration sur les objectifs et le respect des autres** (i.e. pas de personnalisation);
- la **concision** dans les interventions et la **non-répétition** de ce qui a été exprimé par d'autres; et

- le **respect du temps** alloué et l'allocation du temps aux questions et à la discussion (et non à ce qui a été soumis par écrit au préalable et à ce qui peut être réglé en-dehors de la réunion).

Le rôle du président d'assemblée ou de l'animateur est fondamental. Idéalement, cet animateur devrait être un **administrateur qui ne fait pas partie de la direction**.

Le **président d'assemblée ou l'animateur** devrait

- être **conscient**, avant la réunion, des **enjeux et contraintes** reliés aux sujets, des personnalités des membres et des approches susceptibles d'être adoptées;
- **avoir préparé la réunion** avec les dirigeants et s'être assuré que les membres du conseil ou du comité, selon le cas, reçoivent les renseignements, documents et présentations qu'ils ont requis ou que lui-même juge utiles pour qu'ils puissent délibérer de manière éclairée;
- être extrêmement **respectueux des membres et de leurs points de vue**;
- **faire préciser les points de vue qui ne sont pas clairs**;
- **encourager la participation de tous**;
- procéder à des **synthèses** sur l'état d'évolution de la réunion (« sense of the meeting »);
- **encourager** ceux qui sont en désaccord avec une proposition à proposer d'**autres solutions ou mesures**;
- **faire évoluer la discussion** avec des solutions ou des aménagements (i.e. faire preuve de créativité) susceptibles de rallier la majorité sinon la totalité des membres;
- **stopper** immédiatement les **répétitions** et les **attaques personnelles** ou prêts d'intentions et donc gérer la réunion rondement de manière dynamique, proactive, respectueuse et disciplinée;
- **ne pas intervenir constamment avec son propre point de vue** et ne pas se donner de droit de parole prioritaire;
- souligner de manière respectueuse aux **minoritaires** qui se sont déjà exprimés que leur point de vue n'est pas prêt pour acceptation et qu'il ne sert à rien de revenir à la charge; et
- assurer un **suivi adéquat**.

Il importe de rappeler que l'**être humain** a tendance à être **intuitif et émotif**. Ainsi que le soulignent certains auteurs, il trouve des arguments rationnels, plus souvent qu'autrement,

pour justifier son intuition<sup>64</sup>. Une véritable écoute des autres alliées à une ouverture d'esprit peut amener une mise à l'écart ou une modification de son intuition.

Si le chef de la direction ne peut être convaincu de laisser un autre administrateur que lui présider les réunions, celui-ci devrait au moins adopter un mode de fonctionnement qui favorise les questions et commentaires des administrateurs et qui respecte les priorités d'intervention des autres administrateurs et agir comme le ferait un animateur ou président d'assemblée indépendant.

#### 40. Qu'est-ce que le voile corporatif et quelle est sa pertinence pour les administrateurs?

La constitution d'une entité en société par actions ou, dans le cas d'un OBNL, en organisation à but non-lucratif (Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif) ou en compagnie de Partie III (Loi sur les compagnies (Québec)), a pour effet de conférer la **personnalité juridique** à cette société par actions, organisation ou compagnie et donc de lui accorder un **statut** de même que des pouvoirs, des droits et des obligations **distincts** de ceux des requérants, actionnaires ou membres. L'article 309 du *Code civil du Québec*<sup>65</sup> l'exprime ainsi :

*« Art. 309. Les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Leurs actes n'engagent qu'elles-mêmes sauf les exceptions prévues par la loi. »*

*(nos soulignements)*

C'est ce qu'on appelle le voile corporatif.

Le *Code civil du Québec*<sup>66</sup> prévoit par ailleurs à l'article 317 que cette personnalité juridique distincte ne peut être invoquée dans certaines circonstances.

*« Art. 317. La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. »*

*(nos soulignements)*

Le **soulèvement du voile corporatif n'a donc pas en soi de pertinence pour l'administrateur**. Ce soulèvement n'a d'effet que sur les actionnaires ou membres de la personne morale qui perdent le bénéfice, dans de telles circonstances, de la personnalité juridique distincte de la personne morale et fait en sorte que ces actionnaires ou membres devront répondre directement envers les tiers des actes ou omissions reprochés à la personne morale.

<sup>64</sup> Daniel Kahneman, *Thinking fast and slow*, Toronto, Doubleday Canada, 2011 ; Jonathan Haidt, *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*, New York, Pantheon Books, 2012

<sup>65</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

<sup>66</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

Par ailleurs, si l'administrateur participe à l'acte ou à l'omission fautive, sa responsabilité **extracontractuelle pourrait être engagée**. En effet, un tribunal pourrait conclure que la faute de l'administrateur a causé un dommage aux tiers. Comme nous l'avons souligné dans le cadre de la réponse à une autre question, le non-respect par l'administrateur de ses devoirs envers la personne morale le rend passible de devoir payer des dommages-intérêts au terme d'une poursuite intentée par la victime de cette faute.

L'administrateur doit donc se méfier des demandes d'actionnaires ou de membres qui pourraient être susceptibles de constituer des actes ou omissions de la nature de ceux permettant le soulèvement du voile corporatif et décrits à l'article 317 du *Code civil du Québec*.

#### 41. Quels sont les risques associés aux critères d'admissibilité des membres d'un OBNL?

L'élaboration et l'adoption des critères d'admissibilité à titre de membre d'un OBNL sont extrêmement importantes et doivent recevoir une **attention toute particulière**.

Dans le cas des OBNL de type « **associations représentatives** », ces critères d'admissibilité posent habituellement moins de problèmes. Ils comprendront soit l'exigence de caractéristiques de base ou l'adhésion volontaire en payant ou non une cotisation ou une combinaison de ces deux éléments. Parmi les caractéristiques de base de telles personnes morales, on peut penser par exemple :

- à l'exercice d'une activité professionnelle artisanale, culturelle ou sportive;
- à la fréquentation passée d'une maison d'éducation; ou encore
- à la résidence dans un territoire donné.

Dans le cas des **OBNL non représentatives** (par exemple, un club social ou un club sportif, un organisme de charité, etc.), les objets de l'OBNL sont reliés essentiellement à la mission de l'OBNL ou aux activités qu'il entend avoir, organiser ou produire. Dans ces cas, les critères d'admissibilité sont très souvent fondés sur l'intérêt des personnes pour la mission de l'OBNL ou leur apport réel ou potentiel à cette mission et leur adhésion à l'OBNL peut être accompagnée ou non d'une exigence de validation par le conseil.

Alors que dans le cas des **associations représentatives**, ce sont des **critères objectifs** qui doivent habituellement déterminer si une personne peut devenir membre ou non, tel n'est pas fréquemment le cas pour les autres OBNL.

La **prise de contrôle** de la personne morale par des « indésirables » et l'**absence de date de péremption** ou de déchéance du statut de membre constituent les deux risques principaux auxquels fait face un OBNL en général et plus particulièrement un OBNL dont les membres ne partagent pas une caractéristique objective commune à tous.

Ainsi, lorsqu'un OBNL a d'**importantes liquidités** provenant des fruits de ses activités ou de donations, la tentation peut être forte pour certaines personnes de prendre le contrôle de l'OBNL aux fins d'utiliser cet OBNL et plus particulièrement ses liquidités à des fins qui ne

correspondent pas aux objets de l'OBNL ou aux raisons pour lesquelles les donateurs avaient décidé de contribuer financièrement à l'OBNL.

De même, le maintien du statut de membre sans date de péremption ou d'échéance peut provoquer la sclérose ou le conservatisme inapproprié d'un OBNL.

Les fondateurs ou le conseil d'administration devraient donc réfléchir à ces risques et élaborer des mesures de protection s'y rapportant en insérant des critères d'admissibilité adéquats pour l'adhésion comme membre d'une personne et la perte de ce statut, le tout dans le respect du meilleur intérêt de l'OBNL.

#### 42. Quel sens doit-on donner aux mots ou expressions « importance », « raisonnable », « indépendance » et « fiduciary out »?

Dans l'exercice de sa fonction, l'administrateur croisera régulièrement les adjectifs « important », « indépendant », « raisonnable » et pourra, surtout s'il siège au conseil d'administration d'un émetteur assujetti, être confronté à l'expression « fiduciary out ».

Voici certaines pistes d'interprétation de ces mots et expressions.

##### « Important »

On retrouve fréquemment cet adjectif dans la législation en matière de valeurs mobilières et dans les normes comptables de même qu'à au moins 16 reprises dans le *Code civil du Québec*.<sup>67</sup>

Les dictionnaires associent cet adjectif à la caractéristique de ce qu'il qualifie en conférant à ce qui est qualifié une valeur, un intérêt ou un rôle considérable.

La *Loi sur les valeurs mobilières (Québec)*<sup>68</sup> l'utilise en relation avec les mots « fait » et « changement » de la façon suivante :

- « *Fait important : tout fait dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il aura un effet appréciable sur le cours ou la valeur d'un titre émis ou d'un titre dont l'émission est projetée.* » (Article 5)
- « *Changement important : dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur de l'un des titres de l'émetteur.* » (Article 5.3)

La traduction anglaise souvent utilisée est « material ». En matière de contrats rédigés en anglais, on retrouvera souvent l'expression « material adverse change ».

Pour les fins des états financiers l'Institut canadien des comptables agréés a ainsi défini l'adjectif « important » :

<sup>67</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

<sup>68</sup> *Loi sur les valeurs mobilières*, R.L.R.Q., chapitre V-1.1

*« Les utilisateurs s'intéressent aux informations qui sont susceptibles d'influer sur leurs décisions. L'expression « importance relative » est utilisée pour décrire le caractère significatif, pour les décideurs, des informations contenues dans les états financiers. Un élément d'information ou un ensemble d'éléments d'information est important s'il est vraisemblable que son omission ou son inexactitude aurait comme conséquence d'influencer ou de modifier une décision. L'appréciation de l'importance relative est une question de jugement professionnel dans chaque cas d'espèce. »<sup>69</sup>*

(nos soulignements)

La **qualification est quelque peu subjective**, réfère à une notion de proportionnalité et donc au caractère relatif de l'élément qualifié. Cette qualification suppose une évaluation qui doit être faite dans le contexte ou dans les circonstances, de manière raisonnable et en utilisant des comparables. Elle utilisera, comme nous l'avons vu en matière de valeurs mobilières et de normes comptables, l'influence ou les effets que leur connaissance ou leur ignorance a ou aurait pu ou peut ou pourrait avoir, selon le cas, sur le lecteur ou l'investisseur.

#### « **Indépendant** »

Cet adjectif réfère à l'**autonomie d'une personne et à ses capacités d'agir ou de décider librement et sans contrainte**, influence ou lien de subordination qui pourrait l'empêcher d'agir au mieux des intérêts de la personne morale pour laquelle elle est appelée à agir ou à décider.

Il a été utilisé fréquemment en matière de **gouvernance**, par exemple, pour prescrire ou recommander soit un critère de sélection d'un administrateur ou d'un membre d'un comité de conseil soit encore un critère d'embauche d'un fournisseur de services.

Ainsi les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM ») ont traité de la notion d'indépendance en énonçant un critère général et en utilisant certaines présomptions de non-indépendance. On retrouve le tout dans le *Règlement 52-110 sur le comité d'audit* à l'article 1.4 :<sup>70</sup>

#### *« 1.4 Indépendance*

*1) Un membre du comité d'audit est indépendant s'il n'a pas de relation importante, directe ou indirecte, avec l'émetteur.*

*2) Pour l'application du paragraphe 1, une relation importante s'entend d'une relation dont le conseil d'administration pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle nuise à l'indépendance du jugement d'un membre du comité.*

*3) Malgré le paragraphe 2, les personnes physiques suivantes sont considérées comme ayant une relation importante avec un émetteur  
... »*

(nos soulignements)

<sup>69</sup> Manuel de l'ICCA - comptabilité, Parties II et III, Édition 2013, chapitre 1000, paragraphe 1000.14

<sup>70</sup> Règlement 52-110 sur le comité d'audit, R.L.R.Q., chapitre V-1.1, r. 28

De même, la *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État* (Québec)<sup>71</sup> a utilisé une approche similaire à celle des ACVM à l'article 4.

« 4. Au moins les deux tiers des membres du conseil d'administration, dont le président, doivent, de l'avis du gouvernement, se qualifier comme administrateurs indépendants.

Un membre se qualifie comme tel s'il n'a pas, de manière directe ou indirecte, de relations ou d'intérêts, par exemple de nature financière, commerciale, professionnelle ou philanthropique, susceptibles de nuire à la qualité de ses décisions eu égard aux intérêts de la société.

*Un administrateur est réputé ne pas être indépendant ... »*

(nos soulignements)

L'utilisation de la notion d'indépendance a connu plusieurs applications excessives. Dans la réalité de tous les jours et dans le contexte dans lequel nous vivons au Québec, seuls les purs esprits seraient vraiment indépendants. Il importe donc de relativiser quelque peu la notion et de privilégier le critère de la capacité d'exercer un jugement indépendant dans le meilleur intérêt de la personne morale comme les ACVM l'ont fait. Il importe aussi de préciser que la survenance d'un **conflit d'intérêts ponctuel ne devrait pas faire perdre à un administrateur sa qualification d'indépendant** en l'absence d'une présomption à l'effet contraire expresse dans la loi constitutive de la personne morale ou dans les règlements la régissant.

« **Raisonnable** »

L'adjectif « raisonnable » est utilisé environ 56 fois dans le *Code civil du Québec*.<sup>72</sup>

Dans l'arrêt *Peoples*<sup>73</sup>, la Cour suprême du Canada y a référé comme critère de détermination du respect du devoir de diligence par l'administrateur :

« Les décisions prises devraient constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir. »

(nos soulignements)

Plusieurs lois et jugements l'ont utilisé pour reconnaître la **défense de diligence raisonnable** qu'un administrateur poursuivi peut offrir à l'encontre d'une poursuite en responsabilité ou d'une accusation dirigée contre lui, qu'elle s'appuie ou non sur une présomption de responsabilité ou de culpabilité. À titre d'exemple, citons l'article 123 (4) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*<sup>74</sup>:

« (4) [**Défense de diligence raisonnable**] La responsabilité de l'administrateur n'est pas engagée en vertu des articles 118 ou 119 et

<sup>71</sup> *Loi sur la gouvernance des sociétés d'État*, R.L.R.Q., chapitre G-1.02

<sup>72</sup> *Code civil du Québec*, R.L.R.Q., c. C-1991

<sup>73</sup> *Magasins à rayons Peoples' inc. c. Wise*, 2004 CSC 68, par. [67]

<sup>74</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 123

*celui-ci s'est acquitté des devoirs imposés au paragraphe 122(2), s'il a agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente, notamment en s'appuyant de bonne foi sur :*

*a) les états financiers de la société qui, d'après l'un de ses dirigeants ou d'après le rapport écrit du vérificateur, reflètent équitablement sa situation;*

*b) les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations. »*

(nos soulignements)

Cette notion suppose l'utilisation de principes et de moyens pour prendre une décision ou rendre un jugement. On peut aussi l'assimiler à l'**utilisation du gros bon sens** de manière réfléchie comme le fait le Petit Larousse Illustré.

La **caractérisation** comme raisonnable d'une décision suppose :

- une analyse du contexte et des circonstances;
- une analyse du processus suivi et des mesures prises; et
- une comparaison des mesures prises par l'administrateur avec les pratiques suivies dans le même domaine par d'autres administrateurs.

Comme le soulignait la Cour suprême dans l'extrait de l'arrêt *Peoples*<sup>75</sup> cité précédemment, la « raisonabilité » de la diligence d'un administrateur **ne loge pas à l'enseigne de la perfection**. Ajoutons que le devoir de diligence est une **obligation de moyens et non de résultat**. L'examen de son respect ne peut donc se faire dans l'absolu. La **comparaison** avec les pratiques suivies dans le même domaine met par ailleurs en évidence la nécessité pour l'administrateur de s'informer adéquatement sur les moyens utilisés par d'autres sociétés qui pourraient être disponibles dans le contexte propre à la personne morale dont il est l'administrateur et à ses activités.

« **Fiduciary out** »

Cette expression décrit principalement les **dispositions contractuelles** qui visent à **permettre à un conseil d'administration**, principalement d'un **émetteur assujéti**, de résilier une entente avec une autre société avec laquelle la personne morale a convenu de recommander à ses actionnaires l'acceptation :

- d'une offre d'achat des actions qu'ils détiennent, ou
- d'une opération de vente de la totalité ou d'une partie substantielle des éléments d'actifs de la personne morale, ou encore
- d'une autre opération de type arrangement ou fusion entre la personne morale et l'autre société

le tout dans le cas où une **meilleure offre** ou une **offre supérieure** serait faite ultérieurement par un tiers avant la clôture de l'entente avec le cocontractant.

Les tribunaux ont reconnu que de telles dispositions contractuelles sont nécessaires afin de permettre aux administrateurs d'assumer adéquatement leurs devoirs qualifiés en

<sup>75</sup> *Magasins à rayons Peoples' c. Wise* 2004 CSC 68



common-law de « fiduciary duties » et, plus précisément, d'agir au mieux des intérêts de la personne morale.

Ces dispositions contractuelles comprennent habituellement et notamment :

- une définition de ce qui constituerait une meilleure offre, ou une offre supérieure;
- un encadrement des mesures qui peuvent être prises par le conseil d'administration de la personne morale pour solliciter ou au moins considérer une offre d'un tiers;
- l'octroi au cocontractant d'un droit d'égaliser l'offre supérieure du tiers (i.e. pacte de préférence ou droit de premier refus); et
- une clause prévoyant le paiement par la personne morale d'une indemnité de résiliation au cocontractant représentant un pourcentage du montant de la transaction projetée (« break-up fee »).

Les tribunaux et les organismes œuvrant dans le secteur des valeurs mobilières ont déterminé que l'**indemnité de résiliation** (« break-up fee ») devrait se situer **dans des limites** qui ne rendent pas impossible en pratique la présentation d'une offre supérieure par un tiers. Ainsi, bien que le pourcentage de l'indemnité puisse varier selon le montant de la contrepartie offerte, il ne saurait excéder 5 % et devrait se retrouver dans une fourchette habituellement de 2 % à 3 % selon les précédents reconnus.

#### **43. Quelle est la pertinence des réunions hors la présence de la direction?**

La direction et le conseil d'administration doivent **travailler de concert** pour poursuivre la mission de la personne morale et contribuer à la création de valeur. Sans restreindre cette approche de collaboration, les administrateurs externes, c'est-à-dire les administrateurs qui ne sont pas membres de la direction, devraient toutefois **adopter la pratique de se réunir hors la présence de la direction**. On qualifie souvent ces réunions de « réunions à huis-clos » ou « *in camera* ».

Le **but principal** de telles rencontres est de permettre aux administrateurs d'échanger sur les **améliorations que la direction devrait apporter** dans sa relation avec le conseil afin que les administrateurs jouent pleinement leur rôle soit généralement, soit à l'occasion d'un dossier particulier. Ces rencontres ont également pour but de favoriser l'**expression plus libre d'inquiétudes ou de questions** d'un ou de plusieurs des administrateurs à l'égard de certaines actions ou omissions de la direction, de comportements de membres de la direction ou encore de la qualité de la prestation de l'un ou l'autre des dirigeants. La discussion qui pourra suivre l'expression de ces inquiétudes ou questions devrait permettre de constater si ces inquiétudes ou questions sont partagées par les autres administrateurs externes.

Le président du conseil ou l'**administrateur principal** (indépendant) doit bien comprendre et résumer le résultat des discussions et **en traiter avec le chef de la direction** le plus rapidement possible après cette réunion. Il doit le faire en toute transparence, mais dans toute la mesure du possible de **façon positive** en mettant l'accent principalement sur les points qui faisaient l'objet d'un consensus tout en mentionnant également les autres points.

La **fréquence de ces réunions** peut varier selon le contexte propre à chaque conseil. Les auteurs privilégient quant à eux une formule à **deux volets** soit une courte rencontre de

quelques minutes après chaque réunion formelle du conseil et une réunion plus longue et en profondeur au moins une fois l'an à l'époque de l'évaluation du fonctionnement du conseil.

Par ailleurs, il peut être opportun et préférable sinon nécessaire dans certaines circonstances que les **administrateurs indépendants** se réunissent non seulement hors la présence de la direction, mais également **hors la présence des autres administrateurs externes qui ne sont pas indépendants**. Nous avons traité en réponse à la question #42 de la notion d'indépendance.

Ajoutons que le conseil ou un comité du conseil devrait **aussi rencontrer hors la présence de la direction** :

- les **auditeurs externes** suite à la présentation des états financiers pour discuter, entre autres, de la collaboration reçue de la direction, des différends qui ont pu surgir avec les membres de la direction quant au traitement ou à l'interprétation de certains éléments, de déficiences qu'ils ont pu identifier dans la cueillette, le traitement et l'audit interne des renseignements financiers et de la qualité des contrôles internes;
- les **conseillers externes en rémunération** lors du dépôt de recommandations concernant la rémunération de la direction; et
- **certains autres experts externes** pour discuter de leurs rapports ou recommandations touchant un aspect important des activités de la personne morale dans le but d'obtenir le même genre de réconfort que celui recherché des auditeurs externes et décrit précédemment; ainsi, dans le cas d'une opération d'achat ou de fusion, les conseillers juridiques, comptables, évaluateurs, spécialistes en environnement et autres experts externes qui ont pu être impliqués dans la **vérification** au préalable ou **diligente** du vendeur ou de l'autre société qui est partie à la fusion devraient être rencontrés par le conseil.

© André Laurin, Lavery de Billy, 2014. Tous droits réservés.

**AVERTISSEMENT**

**AUCUN EXTRAIT DE CE DOCUMENT NE PEUT ÊTRE UTILISÉ OU CITÉ SANS INDIQUER LA SOURCE ET LES AUTEURS AU COMPLET.**

**COPIES ADDITIONNELLES**

Des copies additionnelles de ce document pourront être fournies sur demande en communiquant par courriel avec André Laurin ([alaurin@lavery.ca](mailto:alaurin@lavery.ca)) ou par téléphone avec son adjointe (514-871-1522).

### MONTRÉAL

1, Place Ville Marie  
Bureau 4000  
Montréal (Québec) H3B 4M4  
Téléphone : 514 871-1522  
Télécopieur : 514 871-8977

### SHERBROOKE

Cité du Parc  
95, boul. Jacques-Cartier Sud  
Bureau 200  
Sherbrooke (Québec) J1J 2Z3  
Téléphone : 819 346-5058  
Télécopieur : 819 346-5007

### QUÉBEC

925, Grande-Allée Ouest  
Bureau 500  
Québec (Québec) G1S 1C1  
Téléphone : 418 688-5000  
Télécopieur : 418 688-3458

### TROIS-RIVIÈRES

1500, rue Royale  
Bureau 360  
Trois-Rivières (Québec) G9A 6E6  
Téléphone : 819 373-7000  
Télécopieur : 819 373-0943