

## Développements récents en matière de régie d'entreprise et de responsabilité des administrateurs

Par André Laurin

### À retenir

- Obligation de diligence des administrateurs (norme objective)
- Obligation de loyauté des administrateurs ne bénéficie pas aux créanciers
- Obligation de diligence s'étend à d'autres bénéficiaires que la société
- Régie d'entreprise = bouclier contre la responsabilité des administrateurs
- Aux États-Unis, des administrateurs sont forcés de contribuer à des règlements à même leurs fonds personnels
- Des modifications sont apportées aux propositions de règles et de lignes directrices en matière de régie d'entreprise
- Notre bulletin d'avril 2004 a été mis à jour en janvier 2005 pour refléter ces modifications. (Voir notre site Internet ou demander un exemplaire papier)

L'environnement en matière de régie d'entreprise et de responsabilité des administrateurs a évolué de façon significative au cours des derniers mois.



La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wise* et les règlements partiels des poursuites dans les affaires *Worldcom* et *Enron* aux États-Unis constituent des développements importants qui viennent dans le premier cas, préciser la nature et l'étendue des obligations des administrateurs en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») et, dans le second cas, amorcer une tendance qui, si elle devait être suivie au Canada, accroîtrait le niveau de risques des administrateurs.

Par ailleurs, les autorités canadiennes en valeurs mobilières ont déposé, le 29 octobre 2004, des propositions modifiées et harmonisées sur les règles et lignes directrices applicables aux émetteurs assujettis en matière de régie d'entreprise.

Les propos qui suivent décrivent de façon plus détaillée ces développements.

### Responsabilité des administrateurs

#### Affaire *Wise*

Dans sa décision dans l'affaire *Wise*, la Cour suprême du Canada

- a clairement **distingué** l'obligation de loyauté (ou de fiduciaire) de l'administrateur de celle de diligence;
- a indiqué que les administrateurs n'avaient **pas d'obligation de loyauté à l'égard des créanciers** mais que l'obligation de diligence s'étendait également aux créanciers (et donc à d'autres bénéficiaires au-delà de la simple obligation envers la société);
- a conclu que la norme de **diligence est une norme exclusivement objective** (« une personne prudente en pareilles circonstances ») contrairement à ce qu'avait conclu une décision antérieure (affaire *Soper*) qui avait conféré un caractère à la fois subjectif et objectif à cette norme;
- quant aux **critères à suivre par les tribunaux** pour l'examen de la décision des administrateurs et du respect de l'obligation de diligence, la Cour s'est exprimée comme suit :



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

« 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. » (paragraphe 67)

et, ce faisant, s'est donc rapprochée du critère de la règle de l'appréciation commerciale (business judgment rule) utilisée par les tribunaux américains bien qu'une certaine ambiguïté demeure entre la place relative que doit prendre le caractère raisonnable de la décision par rapport à celui des moyens pris; et

- a confirmé explicitement **la relation entre la régie d'entreprise et la responsabilité des administrateurs** :

« L'établissement de règles de régie d'entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leurs obligations de diligence. » (paragraphe 64)

Vous pouvez consulter sur notre site Internet notre bulletin sur cette décision publié par Ian Rose et Odette Jobin-Laberge. L'action contre les administrateurs et leur assureur-responsabilité a été rejetée. Notre cabinet représentait l'un des défenseurs dans cette cause.

### **Worldcom et Enron**

Les journaux ont rapporté à la fin de la semaine du 3 janvier dernier que la majorité des administrateurs de Worldcom contribueront à même leurs propres deniers une somme globale de 18 millions de dollars US en sus des sommes déboursées par leurs assureurs-responsabilité, et que la majorité des administrateurs d'Enron feront de même à la hauteur, dans leur cas, d'une somme globale de 13 millions de dollars US.

Les demandeurs dans ces deux dossiers ont apparemment imposé, comme condition du règlement, ces déboursements à même les fonds personnels des administrateurs. Ces deux cas pourraient avoir un certain effet contagieux. Ils inciteront peut-être les assureurs-responsabilité à accroître le montant des franchises ou à prescrire des contributions personnelles et proportionnelles.

Une chose est certaine, ces deux règlements n'auront pas pour effet de calmer les préoccupations et craintes des administrateurs et des candidats-administrateurs.

### **Mise à jour sur les règles et lignes directrices - régie d'entreprise**

Vous trouverez sur notre site Internet une **mise à jour de notre bulletin** d'avril 2004 sur *Les nouvelles règles et lignes directrices en matière de régie d'entreprise*. Cette mise à jour de janvier 2005 découle du dépôt, le 29 octobre 2004, de propositions modifiées et harmonisées des autorités canadiennes en valeurs mobilières.

Nous désirons **attirer votre attention** plus particulièrement sur les points suivants :

- certaines règles sont en vigueur depuis le 30 mars 2004 dont celles relatives aux principes comptables, à l'information continue, aux vérificateurs et aux comités de vérification;
- la date d'entrée en vigueur des lignes directrices proposées est encore inconnue; toutefois, selon l'avis du personnel des autorités, elles **commenceront à s'appliquer** aux circulaires ou notices, selon le cas, déposées après la clôture des **exercices terminés le 30 juin 2005** ou postérieurement;
- les autorités du Québec, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique se sont jointes aux autres autorités pour appuyer les propositions amendées;
- les nouvelles propositions n'apportent **pas de changements majeurs** mais assouplissent ou précisent certaines notions en rapprochant entre autres la définition d'indépendance de celle de NYSE et en restructurant les dispositions du *Règlement 52-110 sur le comité de vérification* relatives à cette définition et aux présomptions de non-indépendance;
- les amendements proposés au *Règlement 52-110 sur le comité de vérification* ne sont pas en vigueur et donc le règlement tel qu'adopté le 30 mars 2004 demeure en vigueur dans sa formulation originale; et
- les règles en matière de divulgation des pratiques de régie d'entreprise ont fait l'objet de modifications importantes que nous résumons sous la rubrique qui suit.

André Laurin est membre du Barreau du Québec et se spécialise en droit des affaires, plus particulièrement en régie d'entreprise



## Divulguer

Quant à l'information à divulguer et au véhicule de divulgation, soulignons que l'émetteur devra, si ces propositions sont adoptées :

- fournir l'information en regard de l'objet de certaines lignes directrices (sauf pour les émetteurs émergents); les émetteurs n'auront donc pas à expliquer en quoi et pourquoi ses pratiques diffèrent des lignes directrices;
- fournir l'information sur ses pratiques de régie d'entreprise dans sa **circulaire de sollicitation** de procurations, s'il sollicite des procurations, plutôt que dans la notice annuelle comme cela était prévu par les premières propositions; toutefois, s'il n'en sollicite pas, il devra le faire dans la notice annuelle (ou, pour l'émetteur émergent dans son rapport de gestion annuel); et

- **divulguer les autres mandats de ses administrateurs à titre d'administrateurs d'autres émetteurs assujettis**, la liste des administrateurs indépendants et la liste des non-indépendants, en précisant dans ce cas, le fondement de cette conclusion;

Rappelons aussi que l'émetteur doit fournir dans sa **notice annuelle**, en vertu de l'article 5.1 du *Règlement 52-110 sur le comité de vérification*, l'information sur le comité de vérification prévue à l'annexe 52-110 A1 (N.B. : obligations déjà en vigueur et applicables à un émetteur à compter de sa première assemblée annuelle postérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2004 mais au plus tard au 1<sup>er</sup> juillet 2005).

Enfin, soulignons que tant que les nouvelles propositions ne seront pas en vigueur, les émetteurs (autres que les émetteurs émergents) sont toujours soumis aux responsabilités de divulgation prescrites par le TSX (information à divulguer **soit dans la circulaire de sollicitation de procurations, soit dans le rapport annuel**).

Au niveau de la divulgation de l'information, l'émetteur a donc certaines décisions à prendre. Il peut choisir de se conformer de façon minimale en répondant aux exigences du TSX et du Règlement 52-110 sur le comité de vérification ou d'aller plus loin ou, tout en respectant les exigences minimales, fournir l'information additionnelle qui sera éventuellement et probablement requise par l'Instruction Générale ou Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance. De plus, certains émetteurs voudront probablement **incorporer l'ensemble de l'information dans plus d'un document** (dans la circulaire et la notice, mais également et, au moins par renvoi, dans le rapport annuel).

André Laurin  
(514) 877-2987  
alaurin@lavery.qc.ca

## Avis à ceux qui ne sont pas des émetteurs assujettis

Bien que ces règles et lignes directrices ne s'appliqueront qu'aux émetteurs assujettis, il peut être utile de rappeler qu'elles serviront également de critères et de normes de comparaison pour les meilleures pratiques de régie d'entreprise dont les sociétés privées, sociétés d'état, coopératives, organismes sans but lucratif et autres devront s'inspirer dans toute la mesure pertinente.

## Aide ou copie d'autres bulletins

Si vous avez besoin d'aide ou de conseils, notre équipe de régie d'entreprise se fera un plaisir de vous les fournir (vérification, implantation ou adaptation de mesures et de moyens, avis, présentations, ...). Nous vous invitons à consulter notre site Internet [www.laverydebilly.com](http://www.laverydebilly.com) ou notre dépliant intitulé *Régie d'entreprise et protection des administrateurs - Des services clés en main, à prix forfaitaire, adaptés à vos besoins et destinés aux sociétés et à leurs administrateurs*.

**Vous pouvez communiquer avec les membres suivants des groupes Régie d'entreprise et Valeurs mobilières pour toute question relative à ce bulletin.**

Régie d'entreprise

**À nos bureaux de Montréal**

Josianne Beaudry  
Isabelle Lamarre  
André Laurin

**À nos bureaux de Québec**

Jacques R. Gingras

Valeurs mobilières

**À nos bureaux de Montréal**

Josianne Beaudry  
Michel Blouin  
René Branchaud  
Georges Dubé  
Martin Joyal  
Isabelle Lamarre  
André Laurin  
Larry Markowitz  
Jean Martel  
Michel Servant  
Sébastien Vézina

**Montréal**

Bureau 4000  
1, Place Ville Marie  
Montréal (Québec)  
H3B 4M4

Téléphone :  
(514) 871-1522  
Télécopieur :  
(514) 871-8977

**Québec**

Bureau 500  
925, chemin Saint-Louis  
Québec (Québec)  
G1S 1C1

Téléphone :  
(418) 688-5000  
Télécopieur :  
(418) 688-3458

**Laval**

Bureau 500  
3080, boul. Le Carrefour  
Laval (Québec)  
H7T 2R5

Téléphone :  
(450) 978-8100  
Télécopieur :  
(450) 978-8111

**Ottawa**

Bureau 1810  
360, rue Albert  
Ottawa (Ontario)  
K1R 7X7

Téléphone :  
(613) 594-4936  
Télécopieur :  
(613) 594-8783

**Abonnement**

Vous pouvez vous abonner,  
vous désabonner ou modifier  
votre profil en visitant  
notre site Internet  
[www.laverydebilly.com/htmlfr/  
Publications.asp](http://www.laverydebilly.com/htmlfr/Publications.asp) ou en  
communiquant avec Andrée  
Mantha au 514.877.3071.

Droit de reproduction  
réservé. Ce bulletin destiné  
à notre clientèle fournit des  
commentaires généraux  
sur les développements  
récents du droit. Les textes  
ne constituent pas un avis  
juridique. Les lecteurs ne  
devraient pas agir sur la  
seule foi des informations  
qui y sont contenues.