Les administrateurs des ordres professionnels

11 octobre 2016

Auteur

André Vautour

Associé, Avocat

À RETENIR :

Le projet de loi 98 propose des **modifications** au ***Code des professions*** dont plusieurs touchent la **gouvernance des ordres professionnels** et l'encadrement éthique et déontologique des administrateurs.
Ce bulletin n'exprime **aucun commentaire sur la pertinence ou la suffisance des dispositions** actuelles et des modifications proposées.
La **fonction principale des ordres professionnels** projette un **éclairage déterminant** sur la **façon d'exercer la fonction d'administrateur** d'un ordre professionnel.
Les **devoirs** des administrateurs sont **les mêmes** tant pour les administrateurs membres de l'ordre que ceux nommés par l'Office des professions.
Les administrateurs et employés doivent agir **au mieux des intérêts de l'ordre** professionnel. La poursuite de ces **intérêts** implique **d'oeuvrer afin de favoriser la solvabilité, la pérennité, l'efficacité, l'intégrité et la crédibilité de l'ordre dans les décisions prises en soumettant ces décisions au test du respect de la fonction principale de l'ordre, soit la protection du public**.

Les règlements internes et les codes de déontologie doivent **respecter les principes de notre droit**, éviter la répétition et ne pas créer la confusion.
Une importance considérable devrait être accordée aux **cens ou critères d'éligibilité** des administrateurs, aux dispositions du Code de déontologie régissant les administrateurs et à **l'engagement contractuel** que devrait signer chaque administrateur de façon à pouvoir **sanctionner les défauts de respect des règles par un administrateur**.
La **remise en question régulière des façons de faire** en fonction des orientations stratégiques, les **mutations** au niveau des postes de direction, la **comparaison avec les pratiques exemplaires** tant au Québec qu'à l'étranger, **l'évaluation** régulière du rendement **et** la **sélection des priorités** font partie des **actions** que **chaque ordre** devrait prendre et que chaque conseil d'administration devrait provoquer et surveiller.
L'Office des professions et le gouvernement doivent donner aux ordres professionnels les **moyens** de remplir leur mission et les ordres eux-mêmes doivent se donner les **outils** requis à cette fin, le tout en favorisant la **flexibilité d'action**, en accordant la **priorité aux objectifs et résultats** recherchés et en permettant aux membres des ordres professionnels **de s'adapter** aux réalités du marché.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

1. Introduction

La ministre de la Justice a déposé récemment le projet de loi 98, *Loi modifiant diverses lois concernant l'admission aux professions et la gouvernance du système professionnel*.

Ce projet de loi **accorde une importance considérable à la gouvernance des ordres professionnels** (« ordres » ou « ordre ») et **accroît les pouvoirs de l'Office des professions** (« Office ») en plus de traiter de diverses autres questions.

Ce bulletin se limitera à traiter d'orientations et de mesures liées à la gouvernance des ordres en accordant une attention particulière à la façon pour leurs administrateurs d'assumer leurs devoirs et à certains enjeux particuliers des ordres.

Pour les fins du présent bulletin, **nous présumons donc que le projet de loi 98 sera adopté sans modifications** et n'exprimons aucun commentaire sur la pertinence ou la suffisance des dispositions existantes et de celles proposées.

2. Mention de certaines dispositions

Le projet de loi prévoit, entre autres, les modifications et ajouts suivants au *Code des professions*[1] (le « Code ») :

- l'obligation pour l'Office de **déterminer les normes d'éthique et les règles de déontologie** applicables aux administrateurs d'un ordre (article 5 modifiant l'article 12.0.1 du Code);
- l'imposition d'un **nombre** minimal (8) et d'un nombre maximal **d'administrateurs** (15) (article 27 modifiant l'article 61 du Code);
- l'augmentation du **nombre d'administrateurs** provenant du **public** et nommés par l'Office (article 37 modifiant l'article 78 du Code);
- l'obligation de nommer comme administrateur au moins une **personne** qui est membre de l'ordre, mais n'est inscrite au tableau de l'ordre que depuis **dix ans ou moins** (article 37 ajoutant un nouvel article 76.1 au Code);
- l'obligation pour les administrateurs de **suivre une formation** sur le rôle d'un conseil d'administration, notamment en matière de gouvernance et d'éthique (article 29 ajoutant un nouvel article 62.01 au Code);
- une **description plus détaillée du mandat du conseil** d'administration (article 28 modifiant l'article 62 du Code et article 29 ajoutant un nouvel article 62.0.1 au Code);
- une **description plus détaillée** et précise des **fonctions du président** (article 40 modifiant l'article 80 du Code);
- l'obligation pour les administrateurs de **respecter l'éthique et les règles déontologiques** déterminées par l'Office dans un règlement et celles du code de déontologie devant être adopté par chaque ordre (article 39 ajoutant un nouvel article 79.1 au Code et article 46 ajoutant un nouvel article 87.1 au Code).

3. Rappel de la fonction d'un ordre professionnel

Il est opportun de rappeler quelle est la fonction d'un ordre. Celle-ci est décrite à l'article 23 du Code :

> « 23. Chaque ordre a pour principale fonction d'assurer la protection du public.
>
> À cette fin, il doit notamment contrôler l'exercice de la profession par ses membres. »

Cet article **n'exclut pas d'autres fonctions**, notamment celle d'offrir certains services aux membres. Par exemple, **veiller à ce que les membres de l'ordre demeurent capables d'offrir des services pertinents** et puissent desservir adéquatement le public découle de cette fonction principale. Par ailleurs, ces **fonctions accessoires** que les ordres peuvent décider d'assumer ne doivent **pas nuire** au respect de la **fonction principale**.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

La **protection du public** dont traite le premier paragraphe de cet article 23 **renvoie principalement**, mais non exclusivement, à la **protection des personnes qui font appel ou sont susceptibles de faire appel aux services des membres de l'ordre**. Elle **peut également impliquer** la **participation aux débats publics** ou politiques. Une telle **participation** devrait néanmoins être **limitée** aux **domaines d'activités des membres**, ne pas entrer en conflit avec la liberté d'expression dont jouissent les membres[2] et le droit de ces membres de défendre ou servir les intérêts légitimes de leurs clients.

Par conséquent et comme nous le verrons ci-après, cette **fonction principale des ordres** projette un **éclairage déterminant** sur la façon d'exercer la fonction d'administrateur au sein de ceux-ci.

4. Respect des principes de notre droit et cohérence du langage

Les diverses modifications et ajouts en matière de gouvernance contenus au projet de Loi 98 visent à améliorer la gouvernance et le respect de l'éthique et des règles déontologiques par les administrateurs.

Rappelons que le ***Code civil du Québec*** **(CCQ) énonce déjà plusieurs règles** régissant les administrateurs.

> soit plus spécifiquement celles que l'on retrouve aux articles 321 et suivants et, en particulier, à l'article 322 de même qu'à l'article 2138 (devoir de diligence et devoir de loyauté);
> soit l'obligation d'agir de bonne foi qu'on retrouve principalement aux articles 6, 7 et 1375.

Tant l'Office que les ordres auraient donc **intérêt à ne pas réécrire** ces dispositions. Ils devraient plutôt y effectuer des renvois dans les codes de déontologie en privilégiant la stipulation de normes plus spécifiques et l'utilisation de guides pratiques.

De plus et dans toute la mesure du possible, **les lois, règlements et politiques** qui sont adoptés devraient être **conformes aux principes qui sont énoncés dans le CCQ**. De même, ces lois, règlements et politiques devraient ne pas ignorer ni contredire les **principes du droit** criminel et pénal canadien et des **chartes** des droits et libertés, tel que ceux-ci ont été interprétés par la jurisprudence.

5. Commentaires sur le caractère exécutoire des critères d'éligibilité et des dispositions du code de déontologie

Rappelons qu'un **conseil d'administration n'a généralement pas le pouvoir de démettre** un administrateur si ce dernier ne respecte pas ses devoirs ou les règles, codes et politiques d'une personne morale.

Dans un tel contexte, une **importance accrue devrait être accordée aux critères ou cens d'éligibilité des administrateurs d'un ordre** dans son règlement intérieur et un **engagement contractuel de l'administrateur devrait être souscrit envers l'ordre de respecter les codes de déontologie**, le règlement intérieur et les autres politiques de l'ordre.

Ainsi, des **critères d'éligibilité s'ajoutant** à ceux énoncés dans les lois pourraient être formulés dans le règlement intérieur de l'ordre et ce règlement devrait prescrire que la perte du cens ou critère d'éligibilité entraîne automatiquement la perte du statut d'administrateur et provoque une démission automatique. L'article 33 (4o) de la *Loi sur le Barreau*[3] constitue un exemple d'application de cette approche.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Il serait également important d'obtenir de chaque administrateur son **engagement contractuel** envers l'ordre.

(a) de respecter ses devoirs généraux de même que les codes, règles et politiques de l'ordre;

(b) de se soumettre au processus d'examen de toute violation alléguée de ses devoirs et obligations établi par l'ordre; et

(c) d'accepter d'être lié par toute décision concluant à son obligation de démissionner.

Une telle approche requiert idéalement que le **processus soit clair, indépendant et aussi impartial que possible** et respecte le droit de l'administrateur de connaître au préalable ce qui lui est reproché, d'être entendu et de pouvoir présenter une défense.

L'article 5 du projet de loi qui ajoute l'article 12.01 à la suite de l'article 12 actuel du *Code des professions* prescrit que l'Office doit par règlement :

« …

5. déterminer dans quel cas et suivant quelles modalités un administrateur peut être relevé provisoirement de ses fonctions. »

Il sera intéressant de voir comment le règlement qu'adoptera l'Office traitera de ce **droit de suspension provisoire** et dans quelle mesure les dispositions de ce règlement pourraient faire l'objet d'une inclusion de clauses similaires dans le Code de déontologie entraînant l'obligation pour l'administrateur de démissionner par le biais d'un engagement contractuel.

6. Devoirs d'un administrateur d'un ordre professionnel

Les devoirs généraux des administrateurs d'un ordre sont les mêmes que pour tous les administrateurs des différents types de personnes morales. Dans le cas des administrateurs des ordres, on les retrouve à l'article 322 et à l'article 2138 du CCQ, c'est-à-dire que :

l'administrateur doit agir avec prudence et diligence;
il doit aussi agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale.

Dans notre document intitulé « L'administrateur de société : questions et réponses »[4], nous avons traité de ces deux devoirs généraux et de ce qu'ils impliquent à la lumière de la loi et de la jurisprudence. Nous renvoyons donc le lecteur à ce document pour nous concentrer sur certains aspects dans la rubrique qui suit.

7. Ce qu'impliquent les devoirs généraux dans le cas des administrateurs des ordres professionnels

La Cour suprême du Canada a offert une interprétation de ces devoirs de diligence, d'honnêteté et de loyauté. Dans le cas du devoir de diligence, elle l'a fait principalement au paragraphe 67 de l'arrêt *Peoples*[5] :

« [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

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

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)

Dans le cas du devoir dit de « loyauté » c'est de l'arrêt *BCE*[6] que l'on peut tirer les critères que la Cour suprême a retenus pour interpréter la notion d'intérêt de la personne morale tels qu'ils ont été appliqués toutefois à un émetteur assujetti :

personne morale comme « entreprise socialement responsable »
respect de la bonne foi, de l'intégrité et respect des lois, règlements et contrats (y compris pas d'abus de droit)
l'intérêt ne se limite pas à la valeur des actions ou au profit à court terme
l'intérêt à long terme (par opposition à court terme) dans un contexte de continuité
il peut être opportun sans être obligatoire dans tous les cas de tenir compte de l'effet des décisions sur les parties intéressées ou prenantes (« stakeholders »)
un traitement équitable des parties intéressées doit être accordé à la lumière du recours en oppression ouvert aux dirigeants, administrateurs et détenteurs de valeurs mobilières (également aux créanciers dans le cas de la LCSA)
si les intérêts des parties intéressées sont non réconciliables avec ceux de la personne morale, ceux de la personne morale doivent prévaloir
la règle de l'appréciation commerciale s'applique mais l'intensité des précautions devra être plus grande, plus forte selon les circonstances (p. ex. : opérations avec des parties intéressées ou apparentées)

La poursuite de l'intérêt d'un ordre implique d**e favoriser la solvabilité, la pérennité, l'efficacité, l'intégrité et la crédibilité de l'ordre dans les décisions prises en respectant les parties intéressées et en soumettant ces décisions au test du respect de la fonction principale de l'ordre soit la protection du public**.

Les administrateurs sont soumis aux **mêmes devoirs**, qu'ils soient des **membres de l'ordre ou** aient été **nommés par l'Office**.

Ainsi, l'**administrateur membre de l'ordre**, ne saurait faire passer son intérêt ou celui d'un tiers au détriment de celui de l'ordre et de sa fonction principale, qui est d'assurer la protection du public. L'ordre n'est pas un syndicat professionnel ni une association de protection des intérêts des membres. Par ailleurs, dans nombre de cas, les intérêts de l'ordre et ceux de ses membres sont réconciliables. Ainsi, la capacité pour les membres d'offrir des services professionnels dans différents champs et dans différentes régions ou, en d'autres termes, leur capacité d'offrir des services pertinents au public se conjugue parfaitement avec la fonction principale de protection du public qui est celle de l'ordre.

Quant à **l'administrateur qui n'est pas un membre de l'ordre** et qui est désigné par l'Office, ses intérêts et ceux de l'ordre sont moins susceptibles de se retrouver en conflit. Par ailleurs, bien qu'il ait été désigné par l'Office, cet administrateur ne doit pas voir son rôle comme celui d'un **mandataire de l'Office** ou d'un exécuteur des instructions de ce dernier. Comme l'énonce le CCQ, à l'article 321, tout administrateur, peu importe qui le nomme, est le mandataire de l'ordre et l'article 2158 CCQ précise que le **mandataire doit agir dans l'intérêt de son mandant, soit l'ordre**.

Tous les administrateurs doivent donc **veiller à ce que l'ordre exécute adéquatement sa fonction principale** de protection du public et **fournisse aux membres** l'encadrement, de même que des moyens et des outils aussi complets que possible pour que ceux-ci demeurent pertinents et qu'ils puissent desservir adéquatement le public.

Leur **rôle ne se limite pas à la surveillance** des activités de l'ordre et de la gestion de la direction. En effet, ils doivent **créer de la valeur** c'est-à-dire fournir une **contribution active et créative** qui

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

favorisera un rendement optimal de l'ordre dans la poursuite de sa mission. C'est à ce concept de « gouvernance créatrice de valeurs » que les professeurs Yvan Allaire et Mihaela Firsirotu[7] ont invité les lecteurs à adhérer. L'Institut sur la gouvernance des organisations privées et publiques (« IGOPP ») en fait, avec d'autres, la promotion.

8. Exemples non exhaustifs d'éléments découlant de ces devoirs

Dans l'exercice de leurs devoirs généraux, les administrateurs d'un ordre devraient, **entre autres**, veiller :

à l'**implantation de saines pratiques de gouvernance**;
à la mise en place de mécanismes d'**audit** et de **contrôle** interne efficaces;
à la qualité de la **formation** donnée aux membres;
à la mise en oeuvre d'une **rigueur budgétaire** et financière;
à la mise en oeuvre d'une véritable **gestion des risques**, dont les risques réputationnels;
à la formulation et à la mise en place de mesures favorisant **l'accès du public aux services** offerts par les membres;
à l'**optimisation des ressources internes de l'ordre**;
à la mise en place d'outils fiables d'**évaluation** du rendement, à l'analyse des résultats de ces évaluations et à l'adoption de mesures de correction et d'amélioration continue;
à ce que les **autres fonctions** que l'ordre désire assumer, comme la prestation de certains services aux membres, n'aient pas d'incidence négative sur le respect de la fonction principale;
à l'**encadrement des membres** au plan déontologique et au plan de la pratique professionnelle, de même qu'à la **surveillance** de l'efficacité et de la qualité des mesures prises par l'ordre pour assumer ces responsabilités;
à l'**identification des défis et enjeux de la profession** et des moyens disponibles pour permettre aux membres de s'adapter aux changements.

9. Commentaires supplémentaires sur la gouvernance des ordres et l'exercice de la fonction d'administrateur

La **remise en question régulière des façons de faire** en fonction des orientations stratégiques, les mutations au niveau des postes de direction, la **comparaison avec les pratiques exemplaires en matière de gouvernance** tant au Québec qu'à l'étranger, l'**évaluation** régulière de la performance de l'ordre et de ses instances, la **sélection des priorités** font partie des actions que chaque ordre devrait prendre et que chaque conseil d'administration devrait provoquer et surveiller.

Le gouvernement, l'Office et les ordres devraient **s'abstenir d'alourdir indûment la tâche des ordres** par une trop grande quantité de règles, de rapports à fournir et de formules à remplir. Les ordres doivent pouvoir préserver une forte dose de **flexibilité et d'agilité** pour être en mesure d'agir efficacement et rapidement dans un contexte en évolution. Un juste équilibre doit être trouvé et l'inspiration devrait être puisée dans l'approche du CCQ qui privilégie les principes, les objectifs et les résultats recherchés.

De plus, le g**ouvernement et l'Office doivent donner aux ordres les moyens** législatifs et réglementaires de remplir leur mission. Ils ne peuvent ignorer le contexte de la pratique. Le gouvernement, l'Office et les ordres doivent se méfier de l'érosion du système professionnel québécois. Cette érosion est provoquée entre autres par les offres de **services de personnes qui ne sont pas encadrées par le régime applicable aux professionnels**, mais qui sont néanmoins identiques (ou quasi identiques) aux services offerts par les membres des ordres et par l'**« opting out » de plusieurs membres** des ordres qui décident tout simplement de démissionner de leur ordre. Ce faisant ces démissionnaires cessent de devoir payer une cotisation annuelle et de devoir se soumettre à un ensemble de règles et normes qui, pour plusieurs, n'ont que peu d'incidences sur la façon dont ils exercent leurs activités.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Les **professionnels doivent pouvoir faire évoluer leur pratique et s'adapter à la réalité du marché** dans un contexte de forte concurrence, de mondialisation, d'harmonisation des lois et pratiques et d'abolition des barrières.

Les **administrateurs doivent être formés et s'informer sur les enjeux de l'exercice de la profession exercée par les membres de l'ordre dont ils sont administrateurs** et sur les moyens pris par cet ordre pour respecter sa fonction principale. Ils doivent être à l'affût non seulement de ce qui se passe au sein de cette profession au Québec, mais également des **pratiques exemplaires et de l'encadrement offert ailleurs**, de façon à pouvoir **offrir une réflexion stratégique éclairée et provoquer un processus d'amélioration continue**. Ils doivent **apporter des idées et suggestions** dans les délibérations du conseil de l'ordre. Il s'agit donc d'un rôle proactif et non simplement réactif, qui doit s'inscrire dans une démarche collégiale qui recherche le consensus et est créatrice de valeurs.

Le **contrôle des cotisations** payables par les membres de l'ordre pour les réduire ou tout au moins pour éviter des augmentations régulières n'est pas en soi un mauvais objectif. Toutefois, la recherche de cet objectif ne doit **pas** être faite **aux dépens** de la qualité des mesures prises pour assurer la formation des candidats à l'inscription au tableau de l'ordre et des membres, le respect des règles déontologiques, la prévention des violations à ces règles déontologiques, la discipline, le contrôle de la qualité des candidats admis au tableau de l'ordre et la surveillance adéquate de la qualité des services offerts par les membres, notamment par l'intermédiaire de l'inspection professionnelle. **Une gestion rigoureuse, à l'enseigne d'un choix éclairé des priorités et d'une utilisation optimale des ressources s'impose pour contrôler le montant de ces cotisations sans affecter la qualité de l'exécution des responsabilités de l'ordre qui découlent de sa fonction principale**.

Le **président de l'ordre** de son côté se doit de créer un **contexte favorable** à l'apport de chacun des administrateurs et ce, même si cet apport prend à l'occasion la voie de la critique et de la remise en question de la part des administrateurs. Il doit à ces fins agir comme un véritable président de conseil et savoir faire la distinction entre ses fonctions exécutives et celles de président de conseil.

10. Conclusion

Les défis auxquels feront face les ordres et leurs responsabilités sont importants et ont tendance à s'accroître. **La fonction d'administrateur d'un ordre exige donc une contribution sérieuse, éclairée, proactive et rigoureuse**.

---

1. Code des professions, RLRQ c C-26.
2. *Doré* c. *Barreau du Québec*, 2012 CSC 12.
3. *Loi sur le Barreau*, LRQ c B-1.
4. lavery.ca/Publications/André Laurin/« L'administrateur de société : questions et réponses ».
5. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de)* c. *Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68.
6. *BCE Inc.* c. *Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, 2008 CSC 69.
7. Gouvernance créatrice de valeurs, Allaire et Firsirotu, 2003, 2005. (voir site Internet d'IGOPP).

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.