

FONCTIONS, DEVOIRS ET RESPONSABILITÉS LIÉS AU RÔLE D'ADMINISTRATEUR D'UNE SOCIÉTÉ

Jean-Marc Fortier / Sharon G. Druker
25 janvier 2012

Plan du cours

- ⦿ Introduction
- ⦿ Rôles de l'administrateur
- ⦿ Structure et opération d'un c.a.
- ⦿ Encadrement juridique de la responsabilité
- ⦿ Société à but non lucratif

Plan du cours (suite)

- ⊙ Responsabilité des administrateurs
 - Société publique
 - Société à but non lucratif
- ⊙ Responsabilité statutaires additionnelles
- ⊙ Les défenses possibles
- ⊙ La gestion du risque
- ⊙ Cas d'oppression et autres recours

Introduction

« VOTING TO HIRE A
CHIEF WITHOUT
MEETING HIM »

Source: New York Times
22 September 2011

"The answer, say many involved in the process, lies squarely with the troubled Hewlett board . »

"It has got to be the worst board in the history of business"

*Tom Perkins,
a former H.P. director
and a Silicon Valley legend.*

- ① *Interviews with several current and former directors and people close to them involved in the search that resulted in the hiring of Mr. Apotheker reveal a board that, while composed of many accomplished individuals, as a group was rife with animosities, suspicion, distrust, personal ambitions and jockeying for power that rendered it nearly dysfunctional.*

- ① *Among their revelations: when the search committee of four directors narrowed the candidates to three finalists, no one else on the board was willing to interview them. And when the committee finally chose Mr. Apotheker and again suggested that other directors meet him, no one did. Remarkably, when the 12-member board voted to name Mr. Apotheker as the successor to the recently ousted chief executive, Mark Hurd, most board members had never met Mr. Apotheker.*

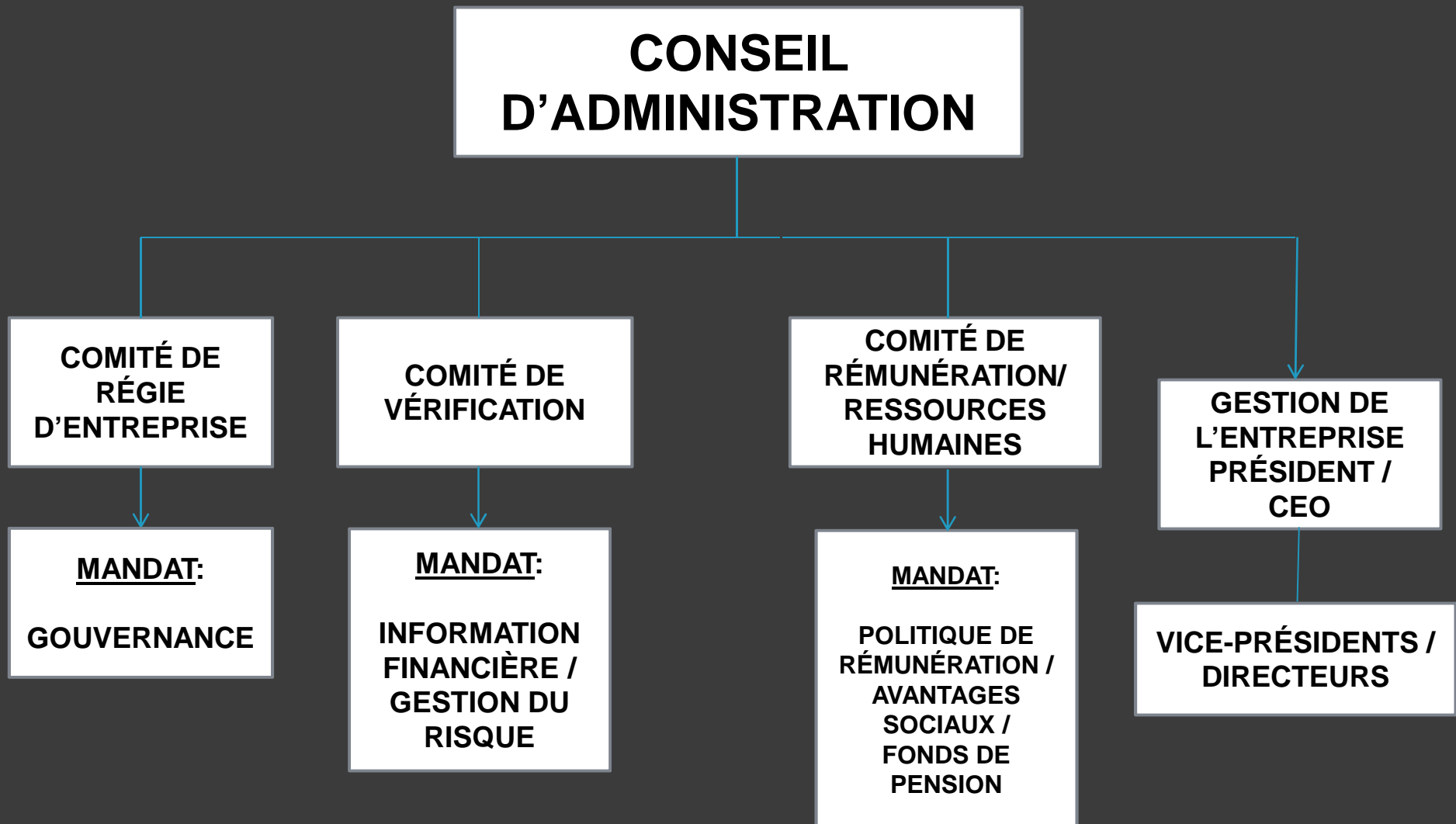
- ◎ *Some other directors were immediately distrustful. They suspected that some colleagues hoped to advance their own ambitions, including in at least one case to be the next chairman. Others were so angry over Mr. Hyatt's support for Mr. Hurd that they declined to participate in any committee he was on.*

- *Before a final vote on Mr. Apotheker, H.P. search committee members again urged other directors to meet him. No one took them up. At least one director, Ms. Salhany, tried to slow the process, worrying aloud that "no one has ever met him. Are we sure?" But her concerns were brushed aside. "Among the finalists, he was the best of a very unattractive group," one director said.*

- ① *"The company is coming apart at the seams," said one person familiar with H.P.'s operations. "Because they may or may not be selling the PC business, the enterprise side is completely frozen. The business customers who buy tens of thousands of these machines along with support contracts are shutting them out. Dell and Lenovo are all over these accounts. They're having a field day. H.P. is self-destructing." A full-page ad in major newspapers trying to reassure PC customers did little to assuage doubts.*

- ◎ *Whatever the board does now, ultimately it is going to need to examine itself."*

I. L'ADMINISTRATEUR DANS LE PROCESSUS DÉCISIONNEL D'UNE SOCIÉTÉ



RÔLES DE L'ADMINISTRATEUR

- L'administrateur agit comme membre individuel.
- L'administrateur agit en groupe dans le processus de décision.
- L'administrateur n'a pas un mandat de gestion de l'entreprise et ne peut se substituer au chef de la direction.

RÔLES DE L'ADMINISTRATEUR (suite)

- L'administrateur d'un conseil agit avec solidarité envers les autres membres du conseil.
- Les administrateurs ont un rôle de superviser la gestion de l'entreprise et de ses affaires.
- Les administrateurs doivent superviser la gestion du risque découlant des affaires de l'entreprise.

II. STRUCTURE ET OPÉRATION D'UN CONSEIL D'ADMINISTRATION

- Le nombre d'administrateurs à un conseil varie en fonction de:
 1. la taille de l'entreprise;
 2. la société fermée / ouverte;
 3. la nature de l'industrie.
- Le conseil nomme un président du conseil:
 - gère les réunions du conseil;
 - gère d'autres comités du conseil.

COMITÉS DU CONSEIL:

- Comité de vérification;
- Comité de ressources humaines et de rémunération;
- Comité de régie d'entreprise (exigée / société publique)
- Comité exécutif (dans certains cas).

COMITÉS DU CONSEIL (suite)

- Chaque comité a son propre président et ses propres membres.
- Mandat écrit pour chaque comité.
- Chaque comité fait rapport au conseil selon la nature du mandat et fréquence des réunions.

VÉRIFICATIONS REQUISES AVANT D'ÊTRE NOMMÉ

- ⦿ Vérification auprès des autres membres du conseil d'administration et de l'exécutif avant d'accepter une poste – qui sont-ils, quelle est leur réputation (Google, Linked In, références personnelles), et quelles procédures sont en place pour assurer la conformité?

- ◎ Assurer la bonne régie et structure pour les réunions:
 - Agenda détaillé;
 - Distribution de l'agenda et les documents à réviser dans un délai adéquat;
 - Accessibilité des gestionnaires pour répondre aux questions avant, pendant et après la réunion;
 - Procès-verbaux complets et fiables, niveau de détail adéquat mais non-excessif.

- ⦿ Programmes de formation pour les administrateurs, dirigeants et gestionnaires : pour les nouveaux membres ainsi que formation continue.
- ⦿ Procédure d'évaluation des administrateurs sur une base individuelle et globale, incluant l'auto-évaluation, l'évaluation 360° et l'évaluation par un expert externe.
- ⦿ Polices d'assurance:
 - Responsabilité
 - Malhonnêteté
 - Dommages

III. ENCADREMENT JURIDIQUE

❖ Loi canadienne sur les sociétés par actions

- Fonctions de l'administrateur (Art.102):
 - Gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société;
ou
 - En surveiller la gestion.

DEVOIRS JURIDIQUES DES ADMINISTRATEURS (ART. 122):

- Agir avec intégrité et de bonne foi aux mieux des intérêts de la société;
- Agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente (reasonably prudent person).

CONCEPT ET RÔLE DE FIDUCIAIRE

- ⦿ Les administrateurs sont considérés comme des fiduciaires (Trustees).
- ⦿ Le rôle des fiduciaires exige les engagements suivants:
 - Éviter les conflits d'intérêts;
 - Éviter les situations où il peut en tirer un bénéfice personnel;

CONCEPT ET RÔLE DE FIDUCIAIRE (suite)

- Maintien de la confidentialité;
- Rendre service à l'entreprise avec honnêteté et loyauté;
- Obligation d'exercer son jugement de façon indépendante - l'administrateur doit être indépendant et non intéressé.

QUELQUES EXEMPLES PRATIQUES

- ❖ Assurer que les intérêts (y compris ceux des entreprises/organisations apparentées) des administrateurs ne puissent être en conflit avec ceux de l'entreprise.

EXEMPLES DE CONFLIT

- ⦿ Administrateur également associé d'un cabinet qui agit pour l'entreprise;
- ⦿ Transaction dans laquelle l'administrateur a un intérêt direct ou indirect;
- ⦿ Confidentialité – Règles de transaction par des initiés – Règle de Tipping.

LE DEVOIR DE LOYAUTÉ REVISITÉ

(Lemieux c. CDP Capital-Technologies Gestion Inc.) (C.S. 2011)

- ⦿ Entreprise en difficulté;
- ⦿ Comportement de président / administrateur;
- ⦿ Offre de financement avantageuse pour la compagnie;
- ⦿ Impact sur la dilution pour actionnaire fondateur et pour le régime d'options du président;
- ⦿ Recours en oppression par le PDG contre la société;

LE DEVOIR DE LOYAUTÉ REVISITÉ (suite)

⊙ Jugement:

- Dirigeant manquait de loyauté;
- Administrateurs doivent tenir compte des intérêts de l'entreprise et non uniquement de ceux de certains actionnaires importants;

Comment agir comme une personne prudente?

- Prendre le temps nécessaire pour exercer ses activités d'administrateur avec diligence: présence assidue;
- Lire les informations transmises par l'entreprise;
- Utiliser les services d'experts externes lorsque nécessaire;
- Exercer leur rôle de supervision sur la gestion des dirigeants.

LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (QUÉBEC)

- Fonctions du conseil d'administration (Art. 112):
 - Exercer tous les pouvoirs nécessaires pour gérer les activités et les affaires internes de la société; ou
 - En surveiller la gestion.

DEVOIRS JURIDIQUES DES ADMINISTRATEURS (ART. 119):

- ⦿ Assujettis aux obligations d'un administrateur d'une personne morale selon le Code civil;
- ⦿ Agir avec prudence et diligence dans leurs fonctions;
- ⦿ Agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la société.

COMMENTAIRES

- ⦿ Fardeau additionnel imposé par les dispositions du Code civil;
- ⦿ Devoirs de loyauté et honnêteté semblables;
- ⦿ Même concept d'agissement avec prudence et diligence;
- ⦿ Administrateur = mandataire de la société et non un fiduciaire.

SOCIÉTÉ À BUT NON LUCRATIF

⊙ Contexte plus risqué :

- les administrateurs et dirigeants sont souvent moins bien formés et moins sophistiqués, des amateurs de la cause et non des professionnels;
- les structures de la régie gouvernance sont souvent moins rigoureux;
- la société n'a pas ou peu d'actifs et aucun profit, donc pas d'indemnisation possible sauf par le biais d'une police d'assurance responsabilité.

◎ Lois applicables :

- **Fédéral** – les parties 1 à 19 de la nouvelle *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif* (LC 2009, c 23, « LCOBNL »), axée sur la LCSA, sont en vigueur depuis le 17 octobre 2011; les Parties III et V de la *Loi sur les corporations canadiennes* sont abrogées.

◎ Lois applicables :

- **Québec** – la Partie III, supplémentée par la Partie I, de *la Loi sur les compagnies*, demeure en vigueur, mais on s'attend à son remplacement bientôt par une nouvelle loi, axée sur la nouvelle LCOBNL et la LSAQ.

IV. RESPONSABILITÉS DES ADMINISTRATEURS

- Société privée
- Société publique: devoirs additionnels
- Société à but non lucratif



COMMENTAIRES

- ⊙ Société privée:
 - Devoirs envers les employés;
 - Devoirs envers les fournisseurs de biens / créanciers;
 - Devoirs envers l'entreprise.

SOCIÉTÉ PUBLIQUE

- Tous les devoirs décrits aux lois fédérales et provinciales, selon le cas;
- Obligations additionnelles d'information envers les actionnaires découlant des lois sur les valeurs mobilières canadiennes:
 - cas Sino-Forest;
 - Information continue et véridique (Nortel);
 - Divulgation complète des informations financières.

SOCIÉTÉ PUBLIQUE (suite)

- Obligations découlant des règles des bourses.

SOCIÉTÉ À BUT NON LUCRATIF

- **Fédéral** - *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif (LCOBNL)*

SOCIÉTÉ À BUT NON LUCRATIF (suite)

- ⊙ Généralement les mêmes :
 - devoirs de loyauté et diligence
 - standard objectif
 - obligation de communication des intérêts
 - défenses de vérification diligente et diligence raisonnable
 - droits à l'indemnisation
 - responsabilités statutaires que selon la LCSA

- ⦿ Distinction entre les sociétés ayant recours à la sollicitation des fonds du public (les « sociétés sollicitantes ») et les sociétés n'ayant pas un tel recours (les « sociétés non-sollicitantes »);
- ⦿ Désormais, plus d'administrateurs *ex officio* – la majorité des administrateurs doit être élu par les membres et jusqu'à 1/3 des administrateurs peut être nommés par les autres administrateurs;

- ⦿ Minimum d'un administrateur pour les sociétés non-sollicitantes; minimum de trois administrateurs dont deux ne sont ni les dirigeants ou les employés de cette société, ni des autres membres de sa groupe pour les sociétés sollicitantes;

- Délégation possible par les administrateurs de certains de leur pouvoir à un administrateur-gérant, choisi parmi eux, ou à un comité du conseil d'administration, sauf:
 - (a) soumettre aux membres des questions qui requièrent leur approbation;
 - (b) combler les postes vacants des administrateurs ou de l'expert-comptable ni nommer des administrateurs supplémentaires;

- (c) émettre des titres de créance sans l'autorisation des administrateurs;
- (d) approuver les états financiers;
- (e) prendre, modifier ni révoquer les règlements administratifs;
- (f) déterminer la contribution ou la cotisation annuelles des membres.

- ◉ Quoique l'art. 32 de la LCOBNL prévoit que « Les administrateurs ne sont pas, en cette qualité, fiduciaires des biens de l'organisation ni de ceux qu'elle détient en fiducie », le droit commun (*common law*) les traite toujours comme des fiduciaires et peut leur appliquer un standard de conduite plus élevé.

QUÉBEC – *LOI SUR LES COMPAGNIES, PARTIES I ET III*

- ⦿ Aucun standard de conduite objectif – les administrateurs sont considérés comme des mandataires (*Code civil du Québec*) et/ou des fiduciaires (droit commun) selon les standards subjectifs élevés; aucune défense ou droit à l'indemnisation est prévu.

- ⦿ Mêmes obligations envers les employés pour les 6 mois de salaire impayé que selon la LSA, la LSAQ et la LCOBNL;
- ⦿ Les administrateurs *de jure* ou *de facto* lors de la dissolution sont solidairement responsables pour les dettes de la compagnie existantes lors de la dissolution, envers tout créancier de la compagnie qui n'y a pas consenti, à moins que l'administrateur poursuivi n'établisse sa bonne foi.

V. RESPONSABILITÉS STATUTAIRE ADDITIONNELLES

- ⦿ Salaires pour les employés en cas de faillite (jusqu'à six mois);
- ⦿ Non-versement des déductions à la source sur salaire des employés;
- ⦿ Non paiement d'impôts aux autorités fiscales;
- ⦿ Paiement préférentiel à des créanciers ou distribution de biens à l'avantage de certains intéressés;

RESPONSABILITÉS STATUTAIRES ADDITIONNELLES (suite)

- ⦿ Non paiement des bénéfices marginaux: CSST – assurance-maladie – fonds de pension du Québec ou du Canada;
- ⦿ Mesures raisonnables pour assurer la protection des employés – politique de protection des droits à la privauté et des informations personnelles;
- ⦿ Responsabilité reliée à l'environnement;

LOI SUR LA CONCURRENCE (CANADA)

- Complot et fixation de prix – le Projet de Loi C-10 élimine les sentences aux services communautaires et augmente le délai pour l'obtention d'un pardon (requis pour visiter les États-Unis) de 5 à 10 ans, ce qui pourrait avoir un impact négatif sur la carrière de l'exécutif dont le mandat inclut de tels voyages.

RESPONSABILITÉS STATUTAIRES ADDITIONNELLES (Suite)

- ◎ Déclaration de dividendes: test de solvabilité;
- ◎ Émission d'actions payées:
 - Biens = contrepartie équivalente en argent (dilution);
 - Services.

RESPONSABILITÉS STATUTAIRES ADDITIONNELLES (Suite)

- ◎ Rachat d'actions: test de solvabilité
 - Acquitter son passif d'échéance;
- ◎ Fusion: les administrateurs sont responsables du solde des dettes après discussion des biens de la société;
- ◎ Code de procédure civile du Québec: en cas de poursuite abusive.

VI. PRINCIPAUX MÉCANISMES DE DÉFENSE OUVERTS AUX ADMINISTRATEURS

- ❖ Libération de l'obligation d'agir avec loyauté
 - Divulgarion de conflits d'intérêts – formule annuelle / divulgation continue;
 - Éviter de participer à toute discussion / décision concernant une transaction où l'administrateur aurait un intérêt;
 - Abstention de voter.

- Assurer que les intérêts (y compris ceux des entreprises/organisations apparentées) des administrateurs ne puissent être en conflit avec ceux de l'entreprise.
- Préparer et participer activement aux réunions du conseil;

- Assurer que les mandats constitutifs des différents comités du conseil soient précis et complets;
- À chaque réunion trimestrielle, les comités doivent soumettre un rapport au conseil.



UTILISATION DE RAPPORT D'EXPERTS

- Prendre connaissance du rapport d'expert:
 - Vérification diligente du rapport;
 - Rencontrer l'expert pour discuter du rapport;
 - Prise de décision.

PROTECTION À L'ENCONTRE DES RESPONSABILITÉS STATUTAIRES

- Démontrer les mesures raisonnables prises par les administrateurs;
- Rapports réguliers de la direction de la société à l'effet que tous les versements requis ont été faits;
- Rapports d'experts.

BÉNÉFICIER D'UNE DÉFENSE DE VÉRIFICATION DILIGENTE (DUE DILIGENCE)

- Obtenir les déclarations de la direction confirmant ou infirmant les faits pertinents;
- Obtenir un rapport d'experts externes;
- Contacter les vérificateurs externes;

- Rencontrer les principaux dirigeants: consigner les faits importants aux procès-verbaux;
- Si non satisfait, faire inscrire votre dissidence dans les procès-verbaux.



FACE AUX OBLIGATIONS GÉNÉRALES

- Agir responsablement;
- Tous les documents corporatifs remis sont lus et conservés – rapports de comités – rapports d'experts;
- Assurer la mise en place des mesures de contrôle adéquate au niveau comptable, réglementaire, environnement, gestion du risque;

PRINCIPAUX MÉCANISMES DE DÉFENSE OUVERTS AUX ADMINISTRATEURS (Suite)

- Prudence accélérée si l'entreprise est en difficultés financières;
- Assurance responsabilité suffisante en place.

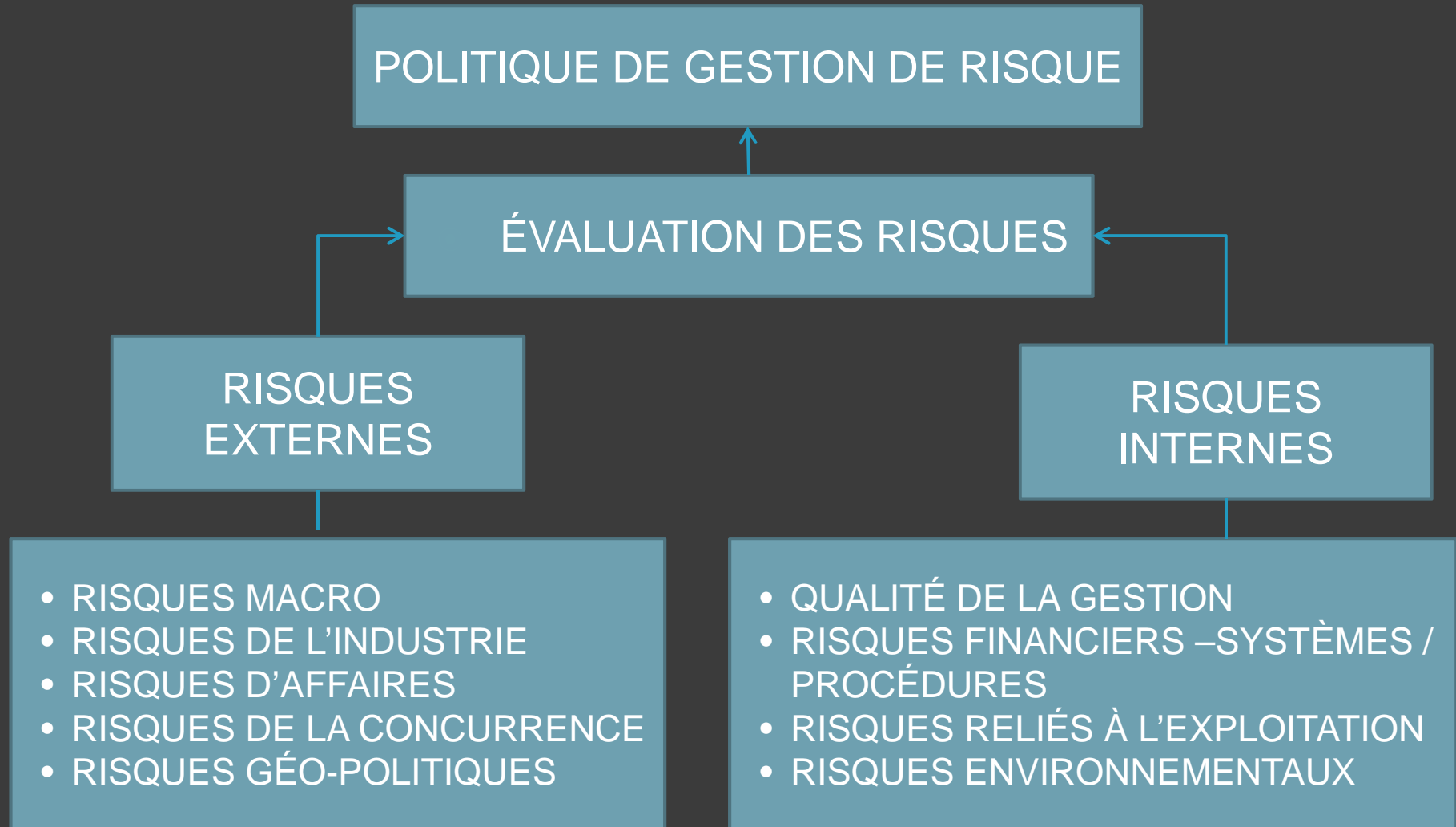
VII. GESTION DU RISQUE

- ⦿ La gestion du risque de l'entreprise fait partie des fonctions du conseil d'administration;
- ⦿ Les administrateurs ne peuvent se fier uniquement sur les représentations de la direction (Management);

GESTION DU RISQUE (suite)

- ⦿ Doivent se familiariser avec les risques spécifiques reliés à l'entreprise;
- ⦿ Doivent éviter de devenir trop accommodants.

RÔLE DES ADMINISTRATEURS DANS LA MISE EN PLACE DE POLITIQUE DE LA GESTION DU RISQUE



QUELQUES DÉFINITIONS

◎ RISQUE:

- Survenance possible:
 - Évènement;
 - Affecter de façon négative les obligations de l'entreprise.

QUELQUES DÉFINITIONS (suite)

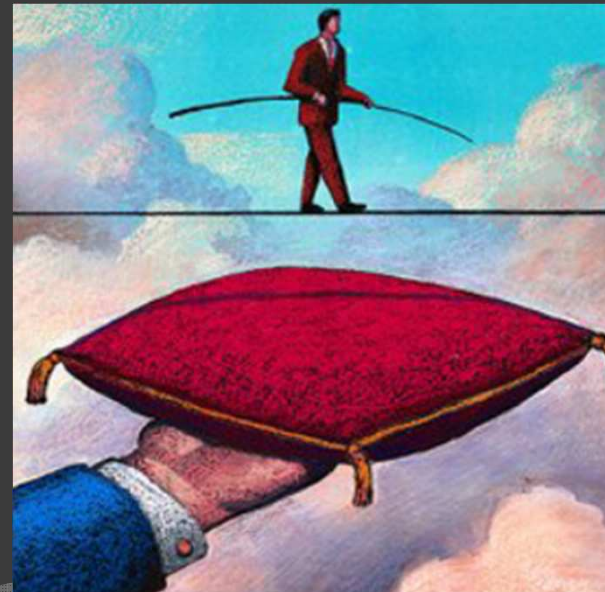
◎ TOLÉRANCE:

- Montant de risque:
 - Acceptable à l'entreprise;
 - Pour poursuivre sa mission.

RESPONSABILITÉS DES ADMINISTRATEURS: COMMENT GÉRER LES RISQUES DE L'ENTREPRISE

- Se familiariser avec la nature des divers risques (internes/externes) auxquels fait face l'entreprise;
- Connaître le seuil de tolérance de l'entreprise face aux risques;

- Information continue sur les risques importants et s'assurer que la direction les gère de façon appropriée;
- Le conseil doit adopter des systèmes de contrôle pour gérer les risques.



VI. CAS D'OPPRESSION

- ⊙ *Loi canadienne sur les sociétés par actions*
 - Articles 241 et suivants: demande en cas d'abus;
- ⊙ *Loi sur les sociétés par actions (Québec)*
 - Articles 450 et suivants: redressement en cas d'abus de pouvoir ou d'iniquité.

LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

- ⦿ Recours possible directement contre les administrateurs (mais non la société);
- ⦿ Recours de redressement d'une situation préjudiciable – pas de recours préemptif;
- ⦿ L'abus peut survenir si un administrateur agit de bonne foi → préjudice inéquitable au détenteur d'un droit.

LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (suite)

- ⦿ Grande latitude des tribunaux;
- ⦿ Jurisprudence importante;
- ⦿ Texte anglais plus nuancé:
 - Oppressive / unfairly prejudicial;
 - Unfair disregard.

LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (QUÉBEC)

- ⊙ Recours possible directement contre les administrateurs;
- ⊙ Recours préventif possible:
 - Agissement abusif;
 - Préparation d'agissement abusif.

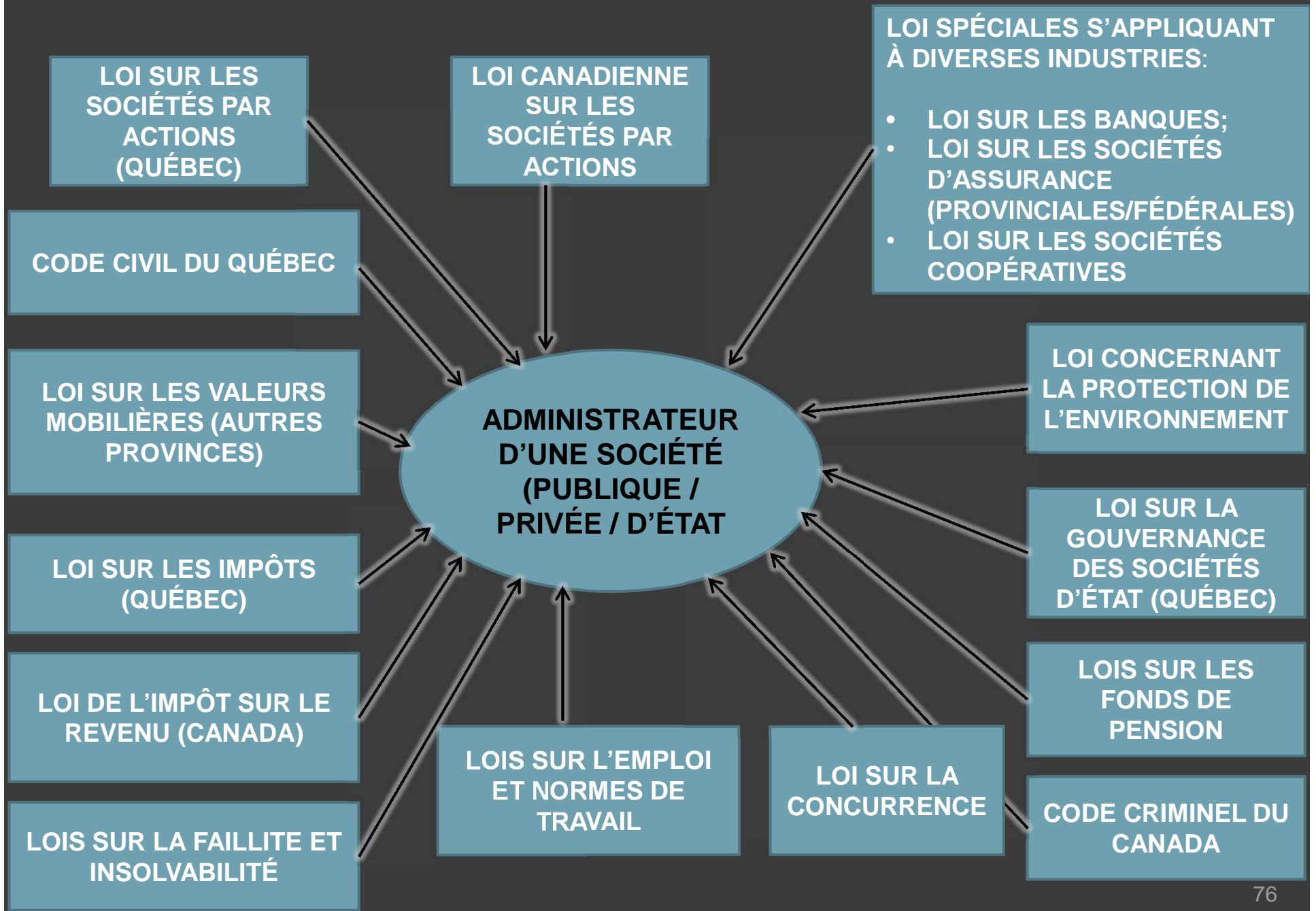
LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS (QUÉBEC) (suite)

- ⦿ Limité aux détenteurs de valeurs mobilières;
- ⦿ Oppression ou injustice (unfair prejudice)
- ⦿ Jurisprudence empruntée des autres juridictions.

AUTRES RECOURS

- ⦿ Recours collectif: hantise d'un conseil
 - Contre les administrateurs;
 - Contre les dirigeants;
 - Nortel – Sino-Forest.

L'ADMINISTRATEUR EST-IL ASSIÉGÉ?



MERCI!

Cette présentation vise à attirer votre attention sur des sujets légaux d'actualité qui, nous le croyons, peuvent vous intéresser. En aucun cas, il ne doit être considéré comme une opinion juridique. Son seul objectif est d'attirer l'attention des lecteurs sur des questions d'intérêt et/ou de nouveaux développements en matière de droit des affaires.

Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins que le nom de l'auteur de la publication ne soit clairement identifié par écrit sur la publication elle-même.