

Responsabilités des administrateurs au Canada

Décembre 2014



À la mémoire de Purdy Crawford

1931 – 2014

Nous nous souviendrons de Purdy comme d'un de nos grands leaders et d'un homme qui a eu une influence remarquable sur les personnes dont il a été le mentor et avec lesquelles il a travaillé au cours de sa longue carrière. Nous sommes très honorés de l'avoir compté parmi nos amis et collègues pendant de si nombreuses années, et nous regretterons sa sagesse, sa générosité et sa poursuite de l'excellence.

Responsabilités des administrateurs au Canada



Octobre 2014

Sixième édition

Rédacteur en chef :

Justin Dharamdial

Comité de rédaction :

Noralee Bradley

Jeremy Fraiberg

Mark Gelowitz

Clay Horner

Rob Lando

Andrew MacDougall

Shelley Obal

Frank Turner

Craig Wright

Robert Yalden

Avant-propos

Regard rétrospectif et prospectif sur le monde de la gouvernance d'entreprise : Point de vue de trois fellows de l'Institut des administrateurs de sociétés

« Plus ça change, plus c'est pareil. » Ce vieux dicton s'applique à de nombreux champs d'activités, et la gouvernance d'entreprise n'y échappe pas. La vague de réglementation qui a suivi la crise financière mondiale a placé les administrateurs de sociétés sur la sellette. Tout en augmentant l'obligation de rendre compte des conseils d'administration, cette réglementation a ajouté la possibilité d'une responsabilité accrue des administrateurs. Toutefois, la définition actuelle d'une « bonne gouvernance d'entreprise » continue de profiter des leçons importantes tirées des principes qui guident les salles de conseil canadiennes depuis longtemps.

Pour souligner le vingt-cinquième anniversaire de la publication du guide d'Osler intitulé *Responsabilités des administrateurs au Canada*, produit en collaboration avec l'Institut des administrateurs de sociétés (l'IAS), nous avons discuté avec trois légendes qui ont façonné les pratiques exemplaires et les principes en matière de gouvernance au pays, Purdy Crawford, Peter Dey et Brian Levitt, et consigné les opinions des anciens avocats d'Osler et fellows de l'IAS au sujet de l'évolution de la fonction d'administrateur de sociétés.

Le nom de **Purdy Crawford** est synonyme du monde du droit et des affaires au Canada. Considéré comme le « doyen émérite du droit des sociétés canadien », il a été le mentor de bon nombre des plus grands penseurs du Canada dans le domaine économique, et il est reconnu pour sa contribution à l'évolution de la façon dont se font les affaires dans les salles de conseil, particulièrement au sujet de l'accès aux femmes.

Peter Dey, l'auteur original du guide *Responsabilités des administrateurs au Canada*, a présidé le comité de la Bourse de Toronto sur la gouvernance d'entreprise au Canada, qui a publié l'important rapport Dey, qui a établi les normes de gouvernance pour les sociétés canadiennes. En plus d'une brillante carrière à titre de conseiller en fusions et acquisitions, de chargé de la réglementation des valeurs mobilières et de banquier d'investissement, Peter demeure un administrateur de sociétés actif et continue de diriger le processus de réforme, y compris au sujet de l'importance cruciale de la diversité.

Brian Levitt est un vice-président du conseil d'Osler et il a connu de brillantes carrières à titre d'avocat prodiguant des conseils en matière de fusions et acquisitions et de gouvernance d'entreprise, et à titre de chef de la direction d'une société qui était alors l'une des plus grandes au Canada en termes de capitalisation boursière. Pendant plus de 25 ans, il a agi à titre d'administrateur de diverses sociétés ouvertes et il agit actuellement à titre de président d'un conseil d'administration, après avoir auparavant occupé ce poste pour une autre société.

L'évolution de la gouvernance d'entreprise

Selon ces trois professionnels, le monde de la gouvernance d'entreprise a bien changé au cours des dernières années.

« La fonction d'administrateur de société n'est plus un « club réservé aux hommes », comme c'était le cas par le passé, » a déclaré Purdy. « On reconnaît davantage les conflits d'intérêts réels ou potentiels et la nécessité de se pourvoir de processus transparents et efficaces pour obtenir les résultats adéquats. On met aussi davantage l'accent sur le professionnalisme, la formation, le mentorat et la méritocratie. »

Peter en convient. « Je crois que l'évolution qui s'est produite est l'augmentation significative de la proposition d'investisseurs institutionnels dans nos marchés des capitaux, avec un vaste éventail

d'horizon temporel de placements imposant une gamme tout aussi grande de pressions sur les conseils d'administration. »

« L'attention accrue portée au rôle et aux responsabilités des administrateurs dans la communication du rendement d'une société a commencé après le scandale d'Enron et l'adoption de la loi Sarbanes Oxley aux États-Unis, et s'est intensifiée avec l'émergence des investisseurs activistes et l'incidence de la grande récession sur les marchés financiers, » a ajouté Brian. « Alors que l'économie reprend du mieux, les administrateurs ne doivent pas perdre cela de vue. On reconnaît une bonne gouvernance non pas à ses bons processus, mais à des affaires saines. On ne peut s'attendre des administrateurs à ce qu'ils garantissent des résultats parfaits. En affaires, vous devez prendre des risques, car sans risque, il n'y aurait pas de profits. Cela peut augmenter le risque que les jugements soient contestés, mais les administrateurs qui posent des jugements d'affaires en se fondant sur des faits n'ont rien à craindre. »

Ouvrir la voie à une bonne gouvernance d'entreprise

S'il est vrai que la gouvernance d'entreprise au Canada a évolué au cours des dernières années, les principes fondamentaux demeurent les mêmes.

« Il y a toujours eu une reconnaissance de la valeur intrinsèque du comportement éthique de la part de toutes les parties intéressées, » affirme Purdy. « Mais bon nombre de ces facteurs ont été officialisés dans les lois et les lignes directrices. Toutefois, leur valeur essentielle a toujours été là. Il est simplement à la mode de la reconnaître. »

« Il y a toujours eu de bons conseils d'administration offrant de la valeur et une supervision efficace de la direction, » convient Brian. « Bien que le processus guidant ce comportement a pris de l'importance au cours des dernières années, l'idée de base demeure aussi importante qu'elle l'a toujours été. »

Selon Peter, ces comportements sous-jacents soulignent la pertinence continue de nos premières lignes directrices en matière de gouvernance. « La gouvernance, c'est simplement le gros bon sens, » dit-il. « Lorsqu'on rassemble un groupe de personnes, il s'agit des mesures qu'ils prennent pour s'assurer de prendre des décisions sensées. »

Adapter les lignes directrices aux marchés d'aujourd'hui

Bien que Purdy, Peter et Brian conviennent que bon nombre des premiers principes de gouvernance d'entreprise demeurent pertinents, ils envisageraient la possibilité d'ajouter quelques lignes directrices supplémentaires.

« Je crois que les conseils d'administration devraient se concentrer sur la viabilité de la société à long terme, au lieu de tenter de répondre à une partie de la communauté des investissements dont la rémunération dépend du rendement de leurs investissements d'un trimestre à l'autre, » affirme Peter.

« Je mettrais également l'accent sur le rôle que joue le leadership pour établir la culture éthique d'une organisation, » poursuit-il. « Et j'ajouterais peut-être une ligne directrice pour souligner l'importance de la diversité. Pas seulement la diversité des sexes, mais aussi celle du processus de pensée, de l'expérience et des connaissances. »

Accroître la valeur pour les actionnaires à l'aide de pratiques exemplaires en matière de gouvernance

Une bonne gouvernance d'entreprise met depuis longtemps l'accent sur l'impératif d'accroître la valeur pour les actionnaires. Pour atteindre cet objectif, il faut cependant comprendre comment les décisions du conseil d'administration se traduisent en résultats commerciaux.

« Si vous avez les bonnes personnes au conseil et à la direction, qui possèdent la bonne combinaison de compétences et d'expérience, et que chacun comprend son rôle, vous maximisez la probabilité que les décisions cruciales qu'une société doit prendre, comme celles touchant à l'affectation du capital et au leadership, accroissent sa valeur pour toutes les parties intéressées, » explique Brian.

« Les administrateurs de sociétés doivent toujours mettre l'accent sur l'accroissement de la valeur pour les actionnaires, mais il n'est pas toujours facile de savoir en quoi cela consiste, » ajoute Purdy. « Les gestes qui témoignent d'un comportement éthique, les contributions à la société et le fait d'être un bon citoyen corporatif en général sont souvent jugés pertinents pour accroître la valeur à long terme pour les actionnaires. »

« Habituellement, la direction se concentre sur les problèmes courants et un conseil d'administration peut souvent tomber dans le piège qui ne consiste qu'à regarder ce qui s'est passé, plutôt que d'aider la direction à se tourner vers l'avenir, » ajoute-t-il. « Le conseil d'administration peut faire cela en intégrant la stratégie prospective aux discussions autour de la table du conseil, et en donnant à la direction des incitatifs pour encourager cette réflexion prospective. »

Qu'est-ce qu'une bonne gouvernance d'entreprise?

Même si le Canada est souvent cité en exemple pour ses pratiques reconnues mondialement en matière de gouvernance d'entreprise, les administrateurs et les experts dans ce domaine continuent d'évaluer des stratégies visant à améliorer la performance.

« La pratique canadienne qui consiste à séparer le poste de chef de la direction de celui de président du conseil, plutôt que de les confier à la même personne, a en quelque sorte donné le ton pour une approche à la gouvernance qui est davantage axée sur les principes, » remarque Purdy. « Cette approche est naturellement plus équilibrée et adaptable aux problèmes de gouvernance en constante évolution qu'une approche fondée sur des règles, assimilable à une liste de contrôle. »

« Pour ma part, je crois qu'il est important que les administrateurs soient des propriétaires ou pensent comme des propriétaires, » affirme Peter. « Les administrateurs devraient recevoir leur rémunération sous forme de titres de participation, en vue d'accumuler un investissement considérable avec le temps, ce qui les inciterait à penser comme des propriétaires et qui devrait produire de meilleures décisions et de meilleurs résultats. »

Brian termine en affirmant qu'une bonne gouvernance exige la combinaison de deux éléments : une compréhension claire et mutuelle de ce dont chacun est responsable et une relation de confiance entre la direction et le conseil d'administration. « La partie cruciale de ces deux éléments est l'attitude du chef de la direction envers le conseil, » dit-il. « Si le chef de la direction souhaite que le conseil d'administration lui donne de la rétroaction et des conseils et qu'il respecte le conseil d'administration et lui fait confiance, cela crée une boucle de rétroaction mutuelle positive qui donne aux administrateurs le goût de relever le défi. »

Tracer la voie pour le futur

Il y a, bien entendu, beaucoup plus de défis à relever pour les administrateurs d'aujourd'hui que par le passé. Voilà pourquoi le guide d'Osler intitulé *Responsabilités des administrateurs au Canada*, rédigé en collaboration avec l'IAS, continue d'être mis à jour et revu. En plus d'explorer les devoirs des administrateurs, le rôle des actionnaires et les exigences changeantes que la réglementation impose aux conseils, ce guide vise à aider les administrateurs à s'acquitter de leurs devoirs d'une manière qui avantage toutes les parties intéressées, tout en contribuant au fonctionnement efficace et transparent des marchés des capitaux. Nous croyons que ce guide demeurera pour vous un outil précieux pour vous aider à vous acquitter de vos responsabilités dans le contexte actuel des tendances commerciales en constante évolution, des changements dans le marché et des innovations technologiques.

Message du président et chef de la direction de l'institut des administrateurs de sociétés

Depuis quelque temps, on lit presque tous les jours dans les journaux une nouvelle au sujet de la gouvernance d'entreprise. Et les médias ne sont pas les seuls à se pencher sur la gouvernance d'entreprise. La société, les parties intéressées, les autorités de réglementation et les politiciens le font aussi.

Dans un contexte mondial de plus en plus transparent, concurrentiel et difficile, les demandes et les attentes au sujet de la performance des sociétés et des organisations, et de l'efficacité et de la performance des administrateurs, ont été rehaussées. Puisqu'ils sont chargés de la gérance de leurs sociétés et organisations, les administrateurs devraient, entre autres choses, s'occuper de la surveillance de la stratégie, de la gestion du talent, de la rémunération de la direction, de la gestion du risque, et de la nomination et de l'évaluation continue du chef de la direction. Les conseils d'administration qui sont très performants ajoutent de la valeur dans tous ces domaines.

Mais envers qui les administrateurs ont-ils des obligations? La décision charnière rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire BCE Inc. indique clairement que les administrateurs ont des obligations envers la société. Lorsqu'ils s'acquittent de cette obligation, les administrateurs doivent tenir compte équitablement des intérêts des diverses parties intéressées.

De plus, l'arrêt BCE Inc. démontre clairement que les administrateurs devraient se concentrer sur la création de valeur à plus long terme. Ce faisant, les administrateurs devront tâcher de surmonter les pressions exercées par les partisans du court terme.

Comment les administrateurs devraient-ils réconcilier les pressions à court terme et la nécessité d'exercer les activités d'une façon socialement responsable et ainsi créer des organisations hautement performantes et durables? Au bout du compte, la clé résidera dans l'exercice, par les administrateurs, de leur appréciation commerciale. Mais en exerçant cette appréciation commerciale, les administrateurs doivent bien connaître le cadre juridique dans lequel ils agissent.

Communauté privilégiée par les administrateurs au Canada, l'IAS s'engage à partager la sagesse, l'information et les outils nécessaires pour permettre aux administrateurs de construire de meilleurs conseils d'administration et ainsi, de meilleures sociétés. Nous sommes heureux de collaborer avec Osler à la publication de ce guide et nous espérons qu'il demeurera un outil de référence précieux pour la communauté des administrateurs, leur permettant de comprendre leurs obligations juridiques et de les exécuter.

Sincères salutations.



Stan Magidson

Table des matières

Introduction	1	III. Gouvernance d'entreprise	25
I. Devoirs des administrateurs	4	1. Composition du conseil	26
1. Fonction du conseil d'administration	4	(a) Nombre d'administrateurs	26
(a) Gérer par opposition à surveiller	5	(b) Administrateur indépendant	26
(b) Mandat du conseil	5	(c) Président du conseil	28
2. Normes de rendement	7	(d) Qualification	29
(a) Obligation fiduciaire	8	(e) Élection et durée du mandat	30
(b) Obligation de diligence	9	(f) Rémunération	31
(c) Appréciation commerciale	11	(g) Vacances	31
3. À qui les administrateurs doivent-ils rendre compte?	13	(h) Démission et révocation	31
(a) Intérêts des actionnaires	13	2. Réunions du conseil	32
(b) Intérêts d'autres parties intéressées	13	(a) Fréquence	32
4. Renseignements confidentiels	14	(b) Avis de réunion, présence et résolutions écrites	32
(a) Occasions commerciales	14	(c) Lieu et réunions par téléphone	33
(b) Obligation de discrétion, transactions d'initiés et divulgation de renseignements	14	(d) Quorum	33
5. Foi accordée à la direction, aux états financiers et aux conseillers	14	(e) Vote	33
(a) Foi accordée à la direction	14	(f) Procès-verbaux	34
(b) Foi accordée aux états financiers	15	3. Délégation	35
(c) Foi accordée aux conseillers	15	(a) Comités du conseil	35
6. Diligence raisonnable	16	(b) Comité d'audit	36
7. Poursuites contre les administrateurs	16	(c) Comité de la rémunération	38
(a) Abus	16	(d) Comité des candidatures	38
(b) Action oblique	18	(e) Comités spéciaux	39
(c) Ordonnance exécutoire	18	4. Conflit d'intérêts des administrateurs	40
II. Rôle des actionnaires	20	(a) À quel moment y a-t-il conflit?	40
1. Assemblées des actionnaires	21	(b) Vote et abstention de vote	40
2. Capacité des actionnaires de changer le conseil	22	5. Gestion de l'information	41
3. Droits à la dissidence	22	(a) Information fournie aux administrateurs	41
4. Approbation des actionnaires en vertu des lois sur les valeurs mobilières ou des règles de la bourse	23	(b) Rapports financiers	41
		(c) Information occasionnelle	42
		6. Loi sur les valeurs mobilières et exigences des bourses	42
		(a) Bourses	42
		(b) Rôle de l'organisme de réglementation des valeurs mobilières	42

IV. Les administrateurs en action	45	5. Questions environnementales	64
1. Financement	45	(a) Conformité continue	65
(a) Émission de titres de créance	45	(b) Événements particuliers	67
(b) Émission d'actions	46	(c) Acquisition d'une participation dans des biens immobiliers	67
(c) Accès aux marchés des capitaux	47	(d) Communication d'information par la société	67
(i) Placements privés	47	6. Faire face aux difficultés financières	67
(ii) Capitaux publics	48	(a) Le rôle du conseil	68
(iii) Financement public – Le prospectus simplifié	49	(b) Envers qui les administrateurs ont-ils des obligations?	69
(iv) Financement public – Le prospectus ordinaire	50	(c) Responsabilité personnelle	69
(d) Dividendes	51	V. Responsabilités imposées par la loi	72
(i) Pouvoir discrétionnaire de déclarer des dividendes	51	1. Insuffisance de capital et examen de la solvabilité d'une société	73
(ii) Déclaration du dividende	52	(a) Types de paiement	73
2. Obligations d'information de la société ouverte	52	(b) Examen de la solvabilité d'une société	74
(a) Information occasionnelle	52	(c) Défense et sanctions	75
(b) Annoncer une opération	53	2. Transaction d'initié	76
(c) États financiers	54	(a) Administrateurs étant des initiés	76
(d) Notice annuelle	55	(b) Rapports sur les transactions d'initiés	76
(e) Rapport de gestion	55	(c) Utilisation de l'information privilégiée	77
(f) Responsabilité civile sur le marché secondaire prévue par la loi	56	(d) Défenses	77
(g) Rémunération de la direction	58	(e) Quand l'information est-elle communiquée?	78
(h) Règles en matière de procuration	58	3. Responsabilité pour les infractions en vertu des lois sur les sociétés	78
(i) Déclaration et transaction d'initié	59	4. Législation sur l'environnement	79
3. Composer avec un actionnaire contrôlant	59	(a) Infractions à la réglementation	79
(a) Relation continue avec l'actionnaire contrôlant	59	(i) Nature des infractions	79
(b) Opérations entre la société et l'actionnaire contrôlant	60	(ii) Défense de diligence raisonnable	79
(c) Participation de l'actionnaire contrôlant au conseil d'administration de la filiale	61	(iii) Peines réglementaires	80
4. Offres publiques d'achat	61	(b) Infractions en vertu du Code criminel	80
		(c) Ordonnances	80
		(d) Responsabilité pour les dommages prévue par la loi	80

5. Questions en matière de retraite	81
6. Questions liées aux salariés	82
(a) Salaire, vacances et indemnités de départ	82
(b) Retenues à la source	83
(c) Questions en matière de santé et de sécurité au travail	83
7. Obligations fiscales	84
(a) Retenues à la source et autres versements	84
(b) Infractions de la société	85
(c) Certificats de décharge	85
(d) TPS/TVH	85
8. Pratiques en matière de corruption d'agents étrangers	85
VI. Gestion du risque	87
<hr/>	
1. Limitation des risques	87
(a) S'acquitter de ses responsabilités	88
(b) Conventions unanimes des actionnaires	89
(c) Comptes de fiducie, lettres de crédit et charge en faveur des administrateurs	89
(d) Démission	90
2. Indemnisations	90
(a) Limitations	90
(b) Traitement fiscal	91
(c) Indemnisation obligatoire	91
(d) Indemnisations contenues dans les règlements	92
(e) Indemnisations contractuelles	92
3. Assurance	93
(a) Souscription de l'assurance	93
(b) Conditions de la police	94
4. Lorsqu'une action est intentée	96
VII. Conclusion	98
<hr/>	
VIII. Devoirs des administrateurs en pratique	101
<hr/>	

Introduction

Les administrateurs de sociétés ont bien raison de s'inquiéter de leurs responsabilités et obligations potentielles. La société s'intéresse beaucoup à la bonne gouvernance des entreprises et, plus particulièrement, à l'imputabilité des personnes qui guident le comportement des sociétés. Il existe une réglementation complexe sur les valeurs mobilières qui s'applique au Canada et aux États-Unis dans le domaine de la gouvernance. Les tribunaux, les organismes de réglementation, les législateurs et les actionnaires surveillent de près la façon dont les administrateurs s'acquittent de leurs responsabilités.

Les administrateurs réagissent en surveillant étroitement les activités de la société pour laquelle ils agissent, en évaluant d'un œil critique leur exposition à la responsabilité en raison des activités et de la situation financière de la société, et en reconnaissant que, bien souvent, ils peuvent gérer les risques s'ils comprennent complètement la nature de leurs obligations afin de pouvoir les exécuter adéquatement.

Ce guide décrit les responsabilités et les obligations imposées aux administrateurs de sociétés canadiennes. Bien que le guide porte principalement sur les sociétés ouvertes, les administrateurs de sociétés fermées ont sensiblement les mêmes responsabilités et obligations que ceux de sociétés ouvertes, à l'exception des exigences imposées par les lois sur les valeurs mobilières et les bourses. Le guide aborde les questions auxquelles sont confrontés les administrateurs de la façon suivante :

- La partie I énumère les obligations des administrateurs en vertu des lois sur les sociétés et *common law*, et décrit les principes généraux applicables à l'exécution de ces obligations. Elle décrit également la façon dont la société, les actionnaires et les tierces parties peuvent faire exécuter ces obligations.
- La partie II décrit le rôle des actionnaires.
- La partie III traite de la gouvernance d'entreprise en lien avec le processus suivi par les conseils d'administrateurs pour s'acquitter de leurs responsabilités.
- La partie IV traite d'un certain nombre de décisions que les administrateurs doivent habituellement prendre, et souligne les questions dont les administrateurs devraient particulièrement tenir compte en prenant ces décisions.

- La partie V décrit d'autres obligations imposées aux administrateurs par la loi, les sanctions associées au manquement à ces obligations et les moyens de défense dont les administrateurs peuvent se prévaloir.
- La partie VI examine les façons dont les administrateurs peuvent réduire leur risque de responsabilité personnelle, notamment par les indemnisations et l'assurance.

Ce guide fait principalement référence aux sociétés régies par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (la LCSA) et aux obligations et responsabilités imposées aux administrateurs de ces sociétés. Même si la législation provinciale sur les sociétés est, dans la plupart des cas, fortement similaire à la LCSA, il y a quelques différences d'une loi à l'autre dans les dispositions portant sur les administrateurs. Certaines différences importantes sont soulignées, mais les administrateurs devraient consulter leurs conseillers pour s'assurer de connaître toutes les responsabilités que leur impose la loi constitutive de leur société. Les sociétés qui exercent leurs activités dans des secteurs réglementés, comme le secteur bancaire, ne sont pas assujetties à ces lois sur les sociétés. Toutefois, les lois constitutives de bon nombre de ces sociétés imposent les mêmes obligations générales aux administrateurs que les lois sur les sociétés, en plus d'autres responsabilités pertinentes au secteur en question. Ces responsabilités particulières au secteur sont parfois mentionnées, mais elles ne sont pas abordées de manière exhaustive. Encore une fois, les conseils d'administration devraient consulter leurs conseillers juridiques pour obtenir des conseils au sujet des obligations propres à leur secteur.

Il est fait référence aux présentes au rapport de 1994 (le « rapport de 1994 de la TSX ») du comité de la Bourse de Toronto sur la gouvernance d'entreprise au Canada (surnommé le comité Dey, du nom de son président, Peter Dey) et au rapport de 2001 (le « rapport de 2001 de la TSX ») du comité conjoint sur la gouvernance d'entreprise (surnommé le comité Saucier, du nom de sa présidente, Guylaine Saucier). Le guide présente également en détail les pratiques de gouvernance recommandées ou exigées en vertu des lois sur les valeurs mobilières. Plus particulièrement, le guide décrit les lignes directrices en matière de gouvernance dans *l'Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance* (l'IG 58-201), les exigences de divulgation en matière de gouvernance dans le *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance* (le Règlement 58-101) et les normes visant la composition et les pratiques des comités d'audit dans le *Règlement 52-110 sur le comité d'audit* (le Règlement 52-110).

Enfin, ce guide ne donne qu'un échantillon des obligations les plus importantes imposées aux administrateurs en vertu de la loi. Les administrateurs doivent s'assurer d'être pleinement informés de l'ensemble de leurs responsabilités et obligations potentielles afin de satisfaire aux normes qui leur sont imposées par la loi.

Le guide *Responsabilités des administrateurs au Canada* ne contient pas une analyse exhaustive du droit, mais uniquement des renseignements généraux et ne constitue pas un avis ni un conseil juridique ou professionnel d'Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l. ou de tout membre du cabinet au sujet de points de droit étudiés dans les présentes. Nous vous invitons à communiquer avec les membres de l'équipe rédactionnelle ou avec tout autre membre du cabinet pour discuter des questions juridiques qui sont abordées dans cette publication.

En outre, ce guide ne constitue pas un avis ni un conseil juridique ou professionnel de l'Institut des administrateurs de sociétés et ne doit pas être considéré comme tel.

I. Devoirs des administrateurs



I. Devoirs des administrateurs

La partie I décrit les obligations des administrateurs et les principes généraux applicables à l'exécution de ces obligations. Les administrateurs sont chargés de surveiller les activités commerciales et les affaires internes de la société conformément à leurs deux obligations principales : l'obligation fiduciaire et l'obligation de diligence. L'obligation fiduciaire des administrateurs les oblige à agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Leur obligation de diligence les oblige à agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. En exécutant ces obligations, les administrateurs bénéficient de la règle de l'appréciation commerciale. Dans la plupart des territoires, ils bénéficient aussi d'un moyen de défense fondé sur la foi accordée à l'avis d'un expert. La partie I décrit également la façon dont la société, les actionnaires et les tierces parties peuvent faire appliquer ces obligations : l'abus, les actions obliques et les ordonnances exécutoires.

Au Canada, l'administrateur a des obligations envers la société. Ces obligations sont fondées sur les principes de base que sont la bonne foi, la gérance et l'imputabilité. Les exigences imposées à la fois par la common law et par les diverses lois visent à établir les paramètres de ces obligations sans limiter la souplesse de ces principes.

Cette partie du guide décrit la fonction et le mandat du conseil d'administration. Elle décrit les obligations fondamentales des administrateurs en vertu de la loi et de la common law, et les normes générales applicables à l'exécution de ces obligations. Enfin, elle mentionne les recours à la disposition des actionnaires, des créanciers et d'autres personnes pour veiller à ce que les administrateurs s'acquittent de leurs responsabilités de la façon prescrite par la loi.

1. Fonction du conseil d'administration

Le rôle de l'administrateur en est un de gérance. Les administrateurs sont chargés de gérer la société ou d'en surveiller la gestion. Les actionnaires font un investissement financier dans la société, ce qui permet à ceux qui détiennent des actions comportant droit de vote d'élire les administrateurs. Si les actionnaires ne sont pas satisfaits du rendement des administrateurs, ils peuvent les destituer ou refuser de les réélire. Sauf dans le cas de certaines opérations ou de changements fondamentaux, les actionnaires ne participent habituellement pas directement au processus décisionnel de la société, et même si, en pratique, les conseils souhaitent connaître l'opinion des actionnaires, ils ne sont pas à proprement parler tenus de solliciter cette opinion ni de se conformer aux souhaits des actionnaires.

Les administrateurs ont l'entière discrétion d'exercer leurs pouvoirs comme ils l'entendent, sous réserve des contraintes imposées par la loi. Chaque administrateur doit agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société, et avec la prudence, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. La délégation est permise, sous réserve de certaines exceptions, et elle doit être raisonnable dans les circonstances. Toutefois, la responsabilité pour les décisions importantes et l'exercice de la discrétion générale incombe toujours aux administrateurs.

(a) Gérer par opposition à surveiller

La complexité des affaires modernes présente un certain nombre de défis pour la capacité des administrateurs à gérer ou à surveiller la gestion d'une société. Le conseil doit surveiller, diriger ou superviser les activités commerciales et les affaires internes d'une société, mais il ne peut les gérer au quotidien.

La plupart du temps, les administrateurs surveillent au lieu de gérer activement les activités commerciales et les affaires internes de la société. Les administrateurs ne sont pas tenus de consacrer tout leur temps et toute leur attention aux affaires de la société et on ne s'attend pas à ce qu'ils le fassent. Ils exercent plutôt leurs fonctions périodiquement, surtout en se préparant pour les réunions du conseil d'administration et en y assistant.

La responsabilité de la gestion quotidienne des affaires d'une société est déléguée au chef de la direction, au chef de l'exploitation, au chef des finances et à d'autres membres de la haute direction qui sont responsables devant le conseil et doivent lui rendre des comptes. La nomination de ces membres de la haute direction et l'évaluation de leur rendement font partie des fonctions les plus importantes du conseil. La relation entre le conseil d'administration et les membres de la haute direction, dont certains siègent habituellement aussi au conseil, est cruciale pour une bonne gouvernance et pour réduire le risque de responsabilité des administrateurs. Le conseil doit avoir confiance dans les habiletés, le jugement et l'honnêteté des membres de la haute direction de la société. La communication et la franchise entre le conseil et la direction sont cruciales pour que le conseil soit sûr qu'il est entièrement au courant des problèmes et des développements touchant la société.

Malgré la délégation aux membres de la haute direction de vastes pouvoirs sur les affaires de la société, le conseil d'administration doit se réserver la capacité d'intervenir dans les décisions de la direction et d'avoir le dernier mot sur les questions importantes pour la société. Bien qu'il n'existe pas de ligne de démarcation claire entre les obligations du conseil et les obligations de la haute direction, le principe prédominant au sujet de la délégation est que les administrateurs doivent conserver le contrôle final sur la société. Les administrateurs doivent connaître suffisamment bien les activités commerciales et les affaires internes de la société pour savoir si elle est gérée de manière appropriée. Ils doivent faire preuve

d'assez de leadership pour veiller à ce que la société suive la voie qu'ils ont approuvée. La question de savoir si les décisions d'affaires proviennent réellement des administrateurs est moins rattachée à la fonction du conseil que la question de savoir si les administrateurs surveillent la façon dont ces décisions sont prises et mises en œuvre.

L'image de l'administrateur de société comme simple figure de proue est plus inexacte que jamais. La vieille impression que les administrateurs sont des observateurs passifs des processus de l'entreprise ne s'applique plus. Les administrateurs sont maintenant beaucoup mieux informés et plus visibles, et ils participent davantage.

(b) Mandat du conseil

Le mandat du conseil diffère d'une société à l'autre. Les lois sur les sociétés offrent une certaine souplesse dans la façon dont chaque société est régie afin de permettre aux parties concernées d'ajuster la répartition des responsabilités de gestion de la société entre les actionnaires, les administrateurs et la direction en fonction de circonstances et de besoins particuliers.

Le conseil remplit certaines fonctions prescrites par la loi et participe à l'évaluation des grandes questions stratégiques auxquelles la société fait face. Le plus souvent, la direction choisit les questions particulières à présenter au conseil. Dans une moindre mesure, les administrateurs font eux-mêmes ce choix par le biais de résolutions permanentes, de lignes directrices ou de règlements adoptés par les administrateurs. Pour une gouvernance efficace, chaque conseil d'administration doit assumer la responsabilité de la gestion de la société. L'IG 58-201 recommande qu'un conseil adopte un mandat écrit dans lequel il reconnaît sa responsabilité de gestion de la société, notamment sa responsabilité :

- de s'assurer de l'intégrité du chef de la direction et des autres membres de la haute direction;
- d'adopter un processus de planification stratégique;
- de définir les principaux risques de l'activité de la société et de veiller à la mise en œuvre de systèmes de gestion de ces risques;
- de planifier la relève;
- d'adopter une politique de communication;
- à l'égard des systèmes de contrôle interne et d'information de gestion; et
- d'élaborer la vision de la société en matière de gouvernance.

La responsabilité du conseil à l'égard de la planification stratégique et de la surveillance des occasions et des risques est cruciale. Cette responsabilité ne se limite pas à l'adoption d'un processus de planification stratégique. Le conseil devrait se charger d'élaborer la direction stratégique de la société en approuvant un plan stratégique qui recense les occasions d'affaires et les risques commerciaux. Le conseil devrait superviser les systèmes de gestion des risques de la direction et revoir périodiquement l'environnement stratégique avec la direction.

Parmi les questions généralement présentées au conseil se trouvent les états financiers; les plans d'affaires; les grandes activités financières, y compris les grandes dépenses en immobilisations et la mobilisation de capitaux; l'embauche de dirigeants; la rémunération; l'évaluation et la relève; les questions touchant les produits ou services de la société (comme la qualité et la sécurité); les restructurations, les acquisitions et les dessaisissements.

Pour qu'un conseil d'administration s'acquitte de ses responsabilités, il doit non seulement connaître et approuver la direction générale et les plans de la société, il doit aussi être convaincu que les plans qu'il a approuvés sont mis en œuvre efficacement et que les systèmes pertinents de surveillance et d'audit internes et externes sont en place pour veiller à ce que les affaires de la société soient dirigées de façon responsable. Cela se fait en partie en révisant et en approuvant des documents comme les plans stratégiques, les plans fonctionnels et les budgets, et en demandant les conseils d'experts au sein de la direction de la société et à l'extérieur de celle-ci, et en s'y fiant.

Les conseils ont adopté des audits exhaustifs de certains aspects des opérations de l'entreprise, à titre de partie intégrante d'une surveillance efficace. Les conseils ont toujours utilisé les audits dans un contexte de comptabilité; ils sont toutefois maintenant utilisés dans d'autres domaines. Par exemple, les audits environnementaux sont courants. On effectue souvent des audits des ventes et des politiques d'établissement des prix afin de veiller à la conformité aux lois sur la concurrence, ainsi que des audits des procédures d'achat pour confirmer l'intégrité des processus de soumission.

La mise en œuvre de procédures d'audit appropriées, particulièrement dans les domaines qui présentent de grands risques pour les activités de la société, est importante même s'il n'y a pas d'enjeux qui soulèvent des préoccupations immédiates. Ces procédures permettent au conseil de s'informer au sujet des activités quotidiennes de la société et d'autres aspects des activités de la direction que le conseil ne peut pas réellement s'attendre à pouvoir superviser ou examiner. En plus de constituer une partie efficace et nécessaire du processus de surveillance, ces procédures se révèlent, dans plusieurs cas, un élément essentiel d'une défense contre des allégations voulant que les administrateurs aient manqué à leurs obligations juridiques en s'acquittant de leurs devoirs.

La façon dont un conseil d'administration s'acquitte de son mandat dépend de la société elle-même, de ses activités, de sa taille, de sa portée géographique et de la nature de la délégation à la direction. Dans certaines sociétés, les administrateurs peuvent participer à la prise des grandes décisions d'affaires, tandis que dans d'autres sociétés, le processus décisionnel peut être plus décentralisé. Dans certains cas, on peut s'attendre à ce que les administrateurs élaborent le plan stratégique à long terme de la société, alors que dans d'autres cas, cela peut au départ incomber à un service de planification stratégique plus complexe ou au chef de la direction. Les conseils d'administration mettent également sur pied des comités pour les aider à assumer leurs rôles et responsabilités.

Une partie de la contribution des administrateurs est la perspective unique qu'ils apportent à la gestion d'une société. Cela est particulièrement vrai des administrateurs externes. Il peut être difficile pour la direction, par exemple, de développer une perspective à long terme des activités de la société, surtout lorsque la rémunération est liée au rendement à court terme. Certains investisseurs tendent également à privilégier le court terme, ce qui fait que le cours des titres d'une société est influencé dans une certaine mesure par les résultats à court terme plutôt qu'à long terme. Les administrateurs peuvent avoir une influence modératrice en ajoutant une perspective à plus long terme dans les mesures prises par la société.

La dynamique du conseil peut dépendre de la mesure dans laquelle les intérêts particuliers des actionnaires sont représentés au conseil. Au Canada, dans une plus grande mesure qu'aux États-Unis, les grandes sociétés

peuvent avoir un actionnaire contrôlant. Ces actionnaires peuvent déterminer qui siège au conseil et conseiller les administrateurs au sujet des mesures qu'ils souhaitent que la société prenne. La plupart du temps, les administrateurs seront en mesure de trouver un équilibre entre les intérêts de l'actionnaire contrôlant, qui souhaite habituellement que la société ait du succès, et leurs obligations fiduciaires envers la société et le droit des actionnaires minoritaires d'être traités de façon équitable. Si une société est une filiale en propriété exclusive d'une autre société et que les administrateurs agissent au mieux des intérêts de la filiale, ils agiront alors généralement au mieux des intérêts de l'actionnaire qui est une société. Dans tous les cas, les administrateurs devraient être conscients que la loi leur impose les mêmes responsabilités et les assujettit aux mêmes obligations, et ce, que la société pour laquelle ils agissent soit contrôlée par un petit ou un grand nombre d'actionnaires.

L'objectivité que les administrateurs, et particulièrement les administrateurs externes, apportent à la gouvernance d'une société est complétée, dans certains cas, par un conseil consultatif. Un conseil consultatif se compose habituellement d'un certain nombre de gens d'affaires, de professionnels et de scientifiques chevronnés qui sont choisis pour fournir une perspective supplémentaire sur les affaires et les plans de la société. Un conseil consultatif se rencontre habituellement au besoin et il n'a aucune responsabilité juridique envers la société.

2. Normes de rendement

Les administrateurs tirent leurs responsabilités et leurs obligations de diverses sources. La loi qui régit la société (la plupart du temps une loi sur les sociétés, mais, dans certains cas, une autre loi, comme celle régissant le secteur bancaire ou celui des prêts et des fiducies) donne certains pouvoirs aux administrateurs, leur impose certaines responsabilités et prévoit une norme de conduite. Dans le cas des sociétés ouvertes, les lois sur les valeurs mobilières et les exigences des bourses imposent également une obligation d'agir équitablement et avec compétence aux décisions prises par les administrateurs. Ces principes généraux sont décrits dans la présente section.

En plus des lois sur les sociétés, un grand nombre d'autres lois traitant de questions particulières, comme l'impôt sur le revenu ou l'environnement, imposent une responsabilité personnelle aux administrateurs si la société commet une infraction à ces lois. De plus, les administrateurs peuvent, dans certaines circonstances limitées, être tenus responsables en vertu des principes généraux de la common law pour inexécution de contrat ou assertion négligente et inexacte à la suite de mesures qu'ils ont prises à titre d'administrateurs. Les administrateurs ne peuvent être trouvés responsables que s'ils ont agi de façon intentionnelle et négligente de sorte que les actes fautifs étaient les leurs plutôt que ceux de la société. Par exemple, dans l'arrêt *M&L Travel Ltd.*, la Cour suprême du Canada a tenu les administrateurs d'une société fermée personnellement responsables pour la violation de l'obligation fiduciaire par la société, parce qu'ils avaient eu pleinement connaissance des gestes posés par la société et étaient donc au courant de la violation de l'obligation fiduciaire. Dans l'arrêt *ADGA Systems c. Valcom*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les administrateurs sont responsables de leur propre conduite délictueuse, même s'ils affirment qu'ils agissaient au nom de la société.

Les lois sur les sociétés imposent deux obligations principales aux administrateurs : l'obligation fiduciaire et l'obligation de diligence. Les administrateurs ne peuvent se dégager de ces responsabilités contractuellement et ils peuvent être tenus personnellement responsables de toute violation de ces obligations.

(a) Obligation fiduciaire

Les administrateurs sont fiduciaires de la société pour laquelle ils agissent. Ce principe de common law, qui existe depuis longtemps, régit tous les aspects de la relation entre les administrateurs et la société et est codifié dans les lois sur les sociétés par le biais de l'exigence voulant que les administrateurs agissent « avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société » dans l'exercice de leur fonction.

Dans l'arrêt *BCE Inc.*, la Cour suprême du Canada a confirmé que l'obligation fiduciaire des administrateurs exige d'un administrateur qu'il agisse au mieux des intérêts de la société. Pour savoir s'ils agissent aux mieux des intérêts de la société, les administrateurs peuvent évaluer les intérêts de diverses parties intéressées. L'obligation fiduciaire des administrateurs comprend l'obligation de traiter chaque partie intéressée touchée par les mesures prises par la société de façon juste et équitable. Les administrateurs doivent donc réfléchir attentivement pour savoir si une ligne de conduite sera à l'avantage de la société, tout en s'assurant de tenir compte également de l'incidence de cette ligne de conduite sur les personnes qu'elle touchera.

La relation fiduciaire dicte une norme de conduite stricte qui comprend la loyauté et la bonne foi. La Cour suprême du Canada a décrit comme suit le contenu de l'obligation fiduciaire des administrateurs dans l'arrêt *Peoples Department Stores* :

En vertu de l'obligation fiduciaire prévue par la loi, les administrateurs et les dirigeants doivent agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Ils doivent respecter la confiance qui leur a été accordée et gérer les actifs qui leur sont confiés de manière à réaliser les objectifs de la société. Ils doivent éviter les conflits d'intérêts avec la société. Ils ne doivent pas profiter du poste qu'ils occupent pour tirer un avantage personnel. Ils doivent préserver la confidentialité des renseignements auxquels leurs fonctions leur donnent accès. Les administrateurs et les dirigeants doivent servir la société de manière désintéressée et avec loyauté et intégrité.

La plupart des administrateurs, particulièrement les administrateurs indépendants ou externes, ont des intérêts et exercent des activités en dehors de leur fonction qui pourraient, à l'occasion, donner lieu à un conflit d'intérêts ou à l'apparence d'un tel conflit. Nonobstant le principe général, les lois sur les sociétés prescrivent une procédure permettant aux administrateurs de gérer les quelques situations où leurs intérêts externes entrent en conflit avec les intérêts de la société. Ce point est abordé à la partie III.

Les responsabilités d'un administrateur envers la société ne sont pas diminuées, ni ne peuvent être compromises, par les autres relations de l'administrateur. Cela s'applique aux administrateurs qui sont nommés par certaines parties, comme un actionnaire majoritaire, une catégorie d'actionnaires, un créancier ou les salariés. Le principe absolu qui régit le comportement d'un administrateur est que celui-ci a une responsabilité fiduciaire envers la société, et non envers un ou plusieurs actionnaires ou toute autre partie prenante.

Le fait de siéger au conseil d'administration de nombreuses sociétés peut aussi placer un administrateur en situation de conflit. L'administrateur qui siège à plus d'un conseil doit toujours être à l'affût des conflits potentiels. La loi n'empêche pas les administrateurs d'accepter plus d'une nomination, mais ils doivent s'acquitter de leur obligation fiduciaire envers chaque société pour laquelle ils agissent. Ces administrateurs peuvent se trouver en situation de conflit d'intérêts à un moment donné, ce qui entraînerait une violation éventuelle de leur obligation fiduciaire envers l'une ou l'autre société. Des exigences particulières s'appliquent dans le cadre de relations entre des sociétés qui partagent des administrateurs.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *PWA c. Gemini* décrit la position difficile dans laquelle peuvent parfois se trouver les administrateurs qui ont des conflits d'intérêts. Les personnes nommées par PWA au conseil d'administration de Gemini participaient à titre de représentants de PWA à la négociation d'une opération avec une autre partie, qui aurait eu une incidence défavorable sur [TRADUCTION] « un aspect crucial des activités » de Gemini. La Cour a conclu à la majorité que, bien que les personnes nommées par PWA n'étaient pas tenues de divulguer tous les aspects de leurs négociations, elles devaient divulguer la partie des négociations qui

aurait une incidence grave et défavorable sur Gemini. En omettant de le faire, les personnes nommées par PWA avaient manqué à leur obligation fiduciaire envers Gemini. La Cour a également tenu PWA responsable de ce manquement parce qu'elle avait enjoint aux personnes qu'elle avait nommées d'agir à l'encontre de leur obligation fiduciaire. Les personnes nommées par PWA se trouvaient réellement dans une situation difficile parce qu'elles avaient l'obligation envers PWA de préserver la confidentialité des négociations. Pour éviter d'être tenues responsables envers Gemini, les seules options offertes aux personnes nommées par PWA étaient soit de démissionner du conseil de Gemini avant d'obtenir l'information qu'elles étaient ultimement obligées de divulguer à Gemini, soit d'adopter des procédures qui les auraient empêchés d'obtenir cette information en tout premier lieu.

Les administrateurs internes, habituellement le chef de la direction de la société et un ou plusieurs autres membres de la haute direction, ont la même obligation fiduciaire envers la société que les administrateurs indépendants. Même si tous les administrateurs peuvent se trouver dans la position inconfortable de devoir résister aux souhaits d'un actionnaire contrôlant, cette position peut être particulièrement difficile pour les administrateurs internes. Bien que les lois sur les sociétés et les tribunaux portent une très grande attention à la participation des administrateurs externes aux questions soumises à l'attention du conseil, en raison de leur objectivité et de leur indépendance, cela ne diminue pas pour autant l'obligation des administrateurs internes de se conformer aux mêmes normes fiduciaires.

(b) Obligation de diligence

Dans l'exercice de leurs fonctions, les administrateurs doivent agir « avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente ». Cette norme de prudence peut être atteinte par tout administrateur qui consacre un temps et une attention raisonnables aux affaires de la société, et qui fait preuve d'une appréciation commerciale informée.

La norme de prudence est mesurée par rapport à la norme objective de ce qu'une personne prudente ferait en pareilles circonstances. Cela oblige les administrateurs à consacrer le temps et l'attention

nécessaires pour porter leur propre jugement sur la question et prendre une décision éclairée.

Un exemple notable d'un conseil d'administration qui n'a pas satisfait cette norme de prudence était le conseil de Trans Union Corporation. Dans l'arrêt de principe américain *Smith v. Van Gorkom*, la conduite de ce conseil dans l'évaluation d'une fusion a amené la Cour à conclure que les administrateurs avaient été coupables de négligence grave et étaient donc personnellement responsables. Le conseil de Trans Union s'était réuni et avait approuvé une proposition de fusion après une présentation de 20 minutes suivie d'une discussion de deux heures. Les administrateurs n'avaient pas été informés au préalable que la réunion porterait sur l'évaluation de la fusion proposée et ne s'étaient pas informés au sujet de la façon dont le prix de la fusion avait été établi, ni sur la valeur intrinsèque de la société. De plus, le conseil n'avait pas demandé ni reçu de conseil juridique ni d'avis sur le caractère équitable, et n'avait pas non plus évalué d'offre supérieure ni ne s'était réservé le droit de solliciter de telles offres.

En appliquant la norme de prudence, les tribunaux ont évalué le processus plutôt que le résultat. Si les administrateurs avaient eu suffisamment de renseignements sur la question qui leur était soumise, avaient examiné l'information d'un œil critique et avaient pris le temps d'en venir à une décision éclairée, les tribunaux auraient été bien réticents à intervenir dans le résultat. Si les administrateurs prennent une décision qui peut être remise en question sur le plan commercial, ou si l'affaire prend une mauvaise tournure, les tribunaux ne critiqueront habituellement pas les administrateurs. Ce principe général, dont il est question ci-après, est parfois appelé la « règle de l'appréciation commerciale ». D'autre part, les administrateurs peuvent être tenus responsables pour ne pas avoir satisfait la norme de prudence s'il est établi que leur décision n'a pas fait l'objet d'une réflexion suffisante ou s'ils n'ont pas fait preuve autrement de diligence.

Par exemple, dans l'arrêt *Peoples Department Stores*, la Cour suprême du Canada a confirmé que l'obligation de diligence était évaluée en fonction d'une norme objective et que cette norme n'était pas la perfection. La Cour a affirmé ce qui suit :

On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence [...] s'ils ont agi avec prudence et en

s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les décisions prises doivent 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.

Le fait de devoir être diligent dans l'exercice de leurs fonctions ne signifie pas que les administrateurs seront tenus responsables de chaque erreur. Cependant, ils doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir avec la même diligence dont ferait preuve une personne raisonnablement prudente en pareilles circonstances. Le défaut de satisfaire la norme est souvent le résultat d'une certaine passivité et de l'omission de se renseigner. Au lieu de se fier à leurs connaissances personnelles au sujet de la question qui leur est soumise, les administrateurs doivent demander tous les renseignements qu'ils jugent nécessaires pour prendre des décisions éclairées, et ils ont le droit de recevoir de tels renseignements. La diligence exige de poser des questions de manière active à la direction et aux conseillers, ainsi que d'embaucher des experts lorsque cela est nécessaire, et d'examiner attentivement leurs rapports. Les administrateurs qui posent des questions et sont induits en erreur ou mal informés ont tout de même agi de façon diligente s'il était raisonnable de penser qu'ils pouvaient se fier aux réponses. En vertu de nombreuses lois, le fait qu'ils aient agi avec diligence offre aux administrateurs une défense contre la responsabilité. Les administrateurs ont aussi le droit d'exprimer leur dissidence à l'égard de toute décision du conseil, et de faire consigner leur dissidence. En vertu de nombreuses lois, cela exonérera les administrateurs de toute responsabilité quant aux résultats de cette décision.

Dans l'exercice de leurs fonctions, les administrateurs doivent démontrer la compétence d'une personne raisonnablement prudente. Il n'y a aucune exigence que l'administrateur ait un certain niveau d'éducation ou d'expérience, ou un titre professionnel particulier. Toutefois, les administrateurs doivent exploiter toute compétence, éducation, expérience et formation qu'ils peuvent avoir, comme le ferait une personne raisonnablement prudente en pareilles circonstances.

Cela ne veut pas dire que les professionnels qui siègent à des conseils d'administration sont tenus de donner des conseils professionnels. Par exemple, le rôle d'un avocat dans un conseil d'administration est de donner des conseils d'affaires et de présenter son appréciation, et non de donner des conseils juridiques. Les conseils juridiques devraient être donnés par les conseillers juridiques de la société qui sont des experts dans le domaine pertinent du droit. Toutefois, les avocats qui sont des administrateurs ne peuvent pas ignorer les questions de droit qu'ils constatent, ni omettre de se servir de leur formation juridique pour remettre en question les conseils juridiques donnés par les conseillers de la société.

Les administrateurs internes et les administrateurs qui siègent à des comités du conseil font face à des problèmes similaires. Ces administrateurs sont mieux informés au sujet de certains aspects des affaires de la société et ces connaissances doivent servir à éprouver les recommandations de la direction et à prendre des décisions au sujet des affaires de la société.

Dans l'affaire *Standard Trustco*, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, un organisme de réglementation qui s'est prévalu du droit de revoir la conduite des administrateurs dans certaines circonstances, a affirmé que les administrateurs qui étaient membres du comité d'audit devraient assumer une responsabilité un peu plus grande que les autres administrateurs en cas de manque de conformité des états financiers de la société. Cette responsabilité accrue découlait non pas du fait que les membres du comité d'audit étaient assujettis à une norme de prudence plus rigoureuse, mais du fait qu'ils avaient davantage eu l'occasion de prendre connaissance des affaires de la société et de les examiner que les autres

administrateurs. Par conséquent, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a jugé qu'on attendait davantage de leur part dans la supervision du processus de déclaration financière et dans le signalement des problèmes aux autres administrateurs.

De même, dans l'affaire *YBM Magnex International Inc.*, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a tenu compte des compétences, de l'accès à l'information et du niveau de participation de chaque administrateur pour évaluer s'il avait le droit de se prévaloir d'une défense de diligence raisonnable dans le cadre d'une divulgation insuffisante dans un prospectus.

(c) Appréciation commerciale

Les tribunaux américains ont élaboré une présomption selon laquelle les administrateurs ont agi convenablement en prenant une décision d'affaires s'ils ont agi prudemment, de bonne foi et dans l'intérêt des actionnaires, et que leur décision peut être attribuée à un objectif commercial rationnel. Si la partie qui conteste une décision du conseil réfute un élément de la présomption, les administrateurs doivent prouver la justesse de leur décision. Cela fait en sorte que les tribunaux américains n'interviennent pas lorsque les administrateurs ont pris des décisions prudentes et éclairées. De plus, ils présument, jusqu'à preuve du contraire, que les administrateurs ont pris des décisions prudentes et éclairées.

Il existe deux différences entre les règles canadienne et américaine de l'appréciation commerciale. Premièrement, la règle canadienne exige que les gestes des administrateurs soient posés uniquement dans l'intérêt de la société et non dans celui des actionnaires ou des créanciers, même si la loi canadienne exige que ces groupes soient traités équitablement dans le cadre du processus décisionnel du conseil lorsqu'ils sont touchés par la décision. Deuxièmement, la règle américaine prévoit que les administrateurs seront protégés si leur décision est « rationnelle », alors que la règle canadienne prévoit que la décision des administrateurs doit être « raisonnable ». Le critère de décision « rationnelle » est fondé sur la norme de négligence grave, alors que le critère de décision « raisonnable » est fondé sur la norme de négligence ordinaire. Même si ces concepts sont différents, leur application pratique ne l'est peut-être pas.

Dans les arrêts *BCE Inc. et Peoples Department Stores*, la Cour suprême du Canada a confirmé l'existence d'une « règle de l'appréciation commerciale » canadienne, aux termes de laquelle les tribunaux respecteront les décisions commerciales raisonnables des administrateurs, pourvu qu'elles s'inscrivent dans un éventail de solutions raisonnables possibles. Les tribunaux font preuve de retenue à l'égard des décisions des administrateurs qui sont prises de bonne foi en l'absence de conflit d'intérêts, dans la mesure où les administrateurs ont effectué une enquête raisonnable, ont évalué les solutions de rechange et ont agi de façon équitable. L'appréciation commerciale des administrateurs ne sera pas scrutée à la loupe par les tribunaux et ceux-ci ne substitueront pas leur point de vue à celui des administrateurs, même si les événements subséquents démontrent que les administrateurs n'ont pas pris la meilleure décision.

L'arrêt *KeepRite* constitue un bon exemple de la façon dont un tribunal peut revoir une décision commerciale prise par un conseil d'administration, mais décider de ne pas intervenir si la décision a été prise correctement et n'était pas abusive. Dans cette affaire, les actionnaires minoritaires contestaient la décision de la société d'acquiescer des actifs d'une de ses filiales. Un comité indépendant du conseil d'administration avait conclu que la décision était juste pour la société dans son ensemble, y compris les actionnaires minoritaires. La Cour a accordé beaucoup d'importance au processus suivi par le conseil d'administration pour en arriver à sa décision et a notamment tenu compte du fait que la question avait été évaluée par un comité indépendant du conseil. La Cour n'a par conséquent trouvé aucune raison de remettre en question l'appréciation commerciale des administrateurs. Le juge de première instance, appuyé par la Cour d'appel de l'Ontario, a affirmé que :

[TRADUCTION] Les décisions commerciales, prises honnêtement, ne devraient pas être scrutées à la loupe. Il ne faudrait pas intervenir simplement parce que la décision ne fait pas le bonheur de la minorité.

En revanche, la décision dans l'arrêt *Repap* démontre comment un tribunal peut interférer avec la décision d'un conseil d'administration si le processus décisionnel présente des lacunes. Dans l'arrêt *Repap*, la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la décision du juge de première instance d'annuler une compensation financière pour les dirigeants. Même si la compensation

avait été approuvée par un comité indépendant qui avait tenu compte du rapport d'un expert, le juge de première instance avait jugé que le processus présentait de graves lacunes et que la décision du conseil d'administration était déraisonnable. Le conseil n'avait pas pleinement informé l'expert et le comité n'avait consacré que cinq à sept minutes à l'étude de la compensation.

Deux offres publiques d'achat contestées en 1998, les affaires *Pente Investment Management Ltd c. Schneider et CW Shareholdings Inc. c. WIC*, ont aussi donné aux tribunaux de l'Ontario l'occasion d'exprimer leur point de vue au sujet de la façon dont les conseils d'administration, les comités spéciaux et la haute direction devraient agir dans le contexte des opérations de fusion et d'acquisition. Les tribunaux, notamment la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Schneider*, ont expressément formulé une règle de l'appréciation commerciale comme norme à appliquer par la cour à la conduite des administrateurs. Si les administrateurs ont agi honnêtement et raisonnablement, la cour ne substituera pas sa propre appréciation commerciale à celle du conseil d'administration. La Cour d'appel a également affirmé que lorsqu'un conseil d'administration évite les conflits d'intérêts en créant un comité spécial d'administrateurs désintéressés qui agissent de manière indépendante, le fardeau de la preuve revient au demandeur, qui doit prouver que les administrateurs ont agi de manière inappropriée. Il n'y a aucune raison que de déplacer le fardeau de la preuve sur les épaules des administrateurs, pour qu'ils établissent qu'ils étaient convenablement informés et ont agi raisonnablement.

Lorsqu'il examine le bien-fondé de la décision commerciale prise par un conseil d'administration, un tribunal peut demander si les administrateurs croyaient honnêtement, sur la base de motifs raisonnables, que l'opération en question était dans l'intérêt de la société. Autrement dit, l'opération doit avoir eu un objectif commercial légitime. Certains tribunaux ont à juste titre requis davantage qu'une simple affirmation de la bonne foi des administrateurs. Si leur décision est contestée, les administrateurs seront vraisemblablement tenus de démontrer qu'ils ont véritablement tenu compte de l'intérêt de la société et qu'ils ont agi en conséquence.

La Cour suprême du Canada a indiqué clairement, dans l'arrêt *Danier Leather Inc.*, que les obligations de divulgation en vertu des lois sur les valeurs mobilières constituaient une obligation légale et que la règle de l'appréciation commerciale ne doit pas servir à atténuer ou à miner l'obligation de divulgation.

La règle canadienne de l'appréciation commerciale n'offre pas tout à fait la même protection que la règle américaine, surtout en raison du fait que le recours en cas d'abus (dont il est question plus loin) existe au Canada et qu'il est probablement possible de s'en prévaloir peu importe si le conseil d'administration suit un processus adéquat pour prendre sa décision. Ce recours est à la disposition des actionnaires, des créanciers et d'autres personnes qui sont en mesure de démontrer qu'une décision du conseil est abusive ou préjudiciable à leurs intérêts ou ne tient pas compte de leurs intérêts. Pour établir si une décision du conseil d'administration est abusive, le tribunal doit obligatoirement évaluer l'incidence de la décision commerciale prise par le conseil.

Dans l'affaire *Palmer c. Carling O'Keefe*, Carling O'Keefe a fusionné avec une société mise sur pied par Elders dans le but d'acquérir Carling O'Keefe. On demandait à la Cour d'évaluer l'incidence de la fusion sur les porteurs des actions privilégiées de Carling O'Keefe. L'objectif de la fusion des deux sociétés était de déplacer la dette engagée pour réaliser l'acquisition dans Carling O'Keefe. Dans le but de protéger les intérêts des porteurs d'actions privilégiées, des fonds suffisants pour le rachat des actions privilégiées avaient été mis de côté dans un compte en fiducie distinct. La Cour a décidé que l'opération n'avait aucune justification commerciale pour Carling O'Keefe. Elle a conclu que l'opération était dans l'intérêt de l'actionnaire contrôlant, portait injustement préjudice aux porteurs d'actions privilégiées et ne tenait pas compte de leurs intérêts, et que les administrateurs de Carling O'Keefe avaient manqué à leur obligation d'agir dans l'intérêt de la société dans son ensemble. Il est question du recours en cas d'abus plus en détail à la section 7 de cette partie du chapitre.



Dans l'arrêt *Ford Motor Co.*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que Ford Canada et son actionnaire majoritaire, Ford U.S., abusaient des droits des actionnaires minoritaires de Ford Canada en se servant d'un système de transfert des prix injuste qui causaient des pertes pour Ford Canada. La Cour a examiné l'application potentielle de la règle de l'appréciation commerciale dans une action en cas d'abus, mais a conclu que Ford Canada ne pouvait s'appuyer sur la règle parce que son conseil d'administration n'avait accordé que très peu d'attention au système. La Cour a indiqué que Ford Canada avait tout simplement accepté le système mis en place par Ford U.S. Le conseil d'administration n'avait pas eu de discussion détaillée au sujet du système et n'avait pas une très bonne compréhension du système et de son incidence sur la rentabilité de la société.

3. À qui les administrateurs doivent-ils rendre compte?

Les administrateurs sont tenus en vertu des lois sur les sociétés d'accomplir leur obligation fiduciaire « au mieux des intérêts de la société ». La Cour suprême du Canada a indiqué, dans les arrêts *BCE Inc. et Peoples Department Stores*, que les administrateurs avaient une obligation fiduciaire envers la société et que les intérêts de la société ne devaient pas être confondus avec ceux de l'une ou l'autre des parties intéressées. Cependant, les administrateurs peuvent tenir compte des intérêts de diverses parties intéressées pour savoir s'ils agissent dans l'intérêt de la société. Pour démêler les intérêts qui entrent en concurrence, les administrateurs devraient agir dans le but d'« améliorer » la société.

(a) Intérêts des actionnaires

Les administrateurs ont un devoir envers la société et non envers ses actionnaires individuels. Toutefois, si un actionnaire est d'avis que les gestes posés par la société ont injustement porté préjudice à ses intérêts, il peut se prévaloir du recours en cas d'abus dont il est question plus en détail ci-après. Dans de nombreux cas, la distinction n'est pas importante, puisque ce qui est bon pour la société le sera aussi pour ses actionnaires. La maximisation du rendement pour les actionnaires est aussi bien souvent dans l'intérêt de la société.

Néanmoins, il arrive parfois que les intérêts de la société et ceux de ses actionnaires ou d'une catégorie d'actionnaires divergent. Les intérêts des porteurs d'actions ordinaires peuvent être servis par la réalisation d'un gain à court terme sur leur placement, mais les administrateurs peuvent conclure que cet objectif n'est pas nécessairement dans l'intérêt à long terme de la société. De plus, les intérêts des actionnaires majoritaires peuvent différer des intérêts de la société. Un actionnaire contrôlant peut souhaiter que la société prenne certaines mesures qui sont dans son intérêt, mais qui ne sont pas nécessairement dans l'intérêt de la société. La bonne solution à ces problèmes dépend en très grande partie des faits de chaque situation.

(b) Intérêts d'autres parties intéressées

Les administrateurs reconnaissent que leurs décisions n'ont pas seulement une incidence sur la société et ses actionnaires. Les salariés et la communauté seront touchés par la décision de fermer une usine, par exemple. Les porteurs de débetures peuvent être touchés par des stratégies commerciales à risque élevé ou par les réorganisations d'entreprises. L'intérêt national peut être touché par la décision de déménager des activités à l'étranger.

Dans les arrêts *BCE Inc. et Peoples Department Stores*, la Cour suprême du Canada a indiqué que les administrateurs peuvent tenir compte des intérêts de diverses parties intéressées pour décider s'ils agissent au mieux des intérêts de la société, y compris les intérêts des actionnaires, des salariés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement.

Certaines lois exigent que les administrateurs des entités qu'elles régissent tiennent compte des intérêts de certains groupes de parties intéressées. Par exemple, la législation sur les prêts et les fiducies oblige les administrateurs à tenir compte des intérêts des dépositaires et des personnes pour lesquelles la société agit à titre fiduciaire, ainsi que des intérêts des actionnaires, lorsqu'ils doivent évaluer si une mesure particulière est dans l'intérêt de la société dans son ensemble. Les administrateurs de ces sociétés doivent donc tenir compte de ces intérêts, et peuvent aussi tenir compte des intérêts des autres parties intéressées lorsqu'ils élaborent un plan d'action.

4. Renseignements confidentiels

(a) Occasions commerciales

Les administrateurs ne doivent pas s'approprier une occasion qui appartenait à la société. Si les administrateurs tirent parti d'une occasion qu'ils ont découverte en raison de leur poste d'administrateur et que cette occasion aurait pu être intéressante pour la société, les administrateurs ont alors manqué à leur obligation fiduciaire envers la société.

L'arrêt de principe au Canada au sujet des occasions commerciales est l'affaire *Canaero*. La discussion de la Cour suprême du Canada dans cette décision saisit bien la nature fiduciaire de la relation entre les administrateurs et la société. La Cour a jugé que deux membres de la haute direction avaient violé leur obligation fiduciaire envers la société parce qu'ils avaient profité personnellement d'une occasion dont ils avaient eu connaissance en raison de leur lien avec la société. La Cour a indiqué qu'ils avaient violé leur obligation fiduciaire envers la société même s'ils avaient démissionné avant de tirer parti de cette occasion. Il était sans importance que la société n'était pas en position d'accepter le contrat au moment où il a été accordé aux deux anciens dirigeants et que la société n'avait donc, ainsi, subi aucune perte. La Cour a décidé qu'il était nécessaire d'appliquer rigoureusement la norme fiduciaire aux administrateurs et aux membres de la haute direction en reconnaissance du niveau de contrôle que leur poste leur donne sur les activités de la société.

(b) Obligation de discrétion, transactions d'initiés et divulgation de renseignements

Les administrateurs ont également une obligation de discrétion envers la société. Ils ne doivent pas divulguer de l'information obtenue de la société en raison du fait qu'ils siègent au conseil d'administration. Une obligation de préserver la confidentialité de cette information se présente lorsque l'information est de nature confidentielle et a été communiquée à titre confidentiel. En fin de compte, les intérêts de la société dicteront la façon dont les administrateurs peuvent se servir de l'information reçue dans le cadre de leurs fonctions.

S'ajoute à cette obligation de discrétion l'interdiction visant les transactions d'initiés prévue par la loi. Les administrateurs ne peuvent négocier des titres lorsqu'ils possèdent de l'information privilégiée, ni

divulguer cette information à d'autres personnes, et ce, tant que cette information n'a pas été communiquée au public. Les exigences des règles sur les transactions d'initiés et les sanctions qui y sont associées sont décrites dans les parties IV et V.

5. Foi accordée à la direction, aux états financiers et aux conseillers

Lorsqu'ils s'acquittent de leurs responsabilités, on ne s'attend pas à ce que les administrateurs possèdent des connaissances de première main sur tous les aspects des affaires de la société. Le conseil d'administration délègue à la direction et a le droit de se fier à l'information préparée par la direction, y compris les états financiers. De même, les administrateurs ne sont pas tenus d'être des experts dans les domaines techniques liés aux activités de la société. Ils ont le droit de se fier à des rapports d'experts, comme des avocats, des comptables et des évaluateurs.

Les lois sur les sociétés exonèrent expressément les administrateurs qui se fient aux états financiers ou aux conseils d'experts dans les circonstances décrites ci-dessous lors de certains manquements à ces lois, y compris la violation de leur obligation fiduciaire et de leur obligation de diligence. La loi de l'Ontario n'offre pas cette protection si les administrateurs manquent à leur obligation fiduciaire et à leur obligation de diligence.

(a) Foi accordée à la direction

La loi reconnaît que, puisque les administrateurs doivent déléguer une grande partie de leurs responsabilités à la direction de la société et que les administrateurs dépendent de la direction pour obtenir pratiquement toute l'information qu'ils possèdent au sujet de la société, les administrateurs doivent avoir le droit de se fier à la direction et à ce qu'elle leur dit lorsqu'il est raisonnable de le faire. Les administrateurs peuvent présumer que les dirigeants ont accompli leur devoir honnêtement, mais uniquement s'ils n'ont aucun motif de soupçonner qu'il en va autrement. La décision *Standard Trustco* de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a souligné le fait que les administrateurs ne devraient pas se fier à la direction aveuglément lorsqu'ils ont

des raisons de s'inquiéter de l'intégrité ou de la compétence de la direction, ou lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de mettre en doute la capacité de la direction de présenter des recommandations objectives au conseil sur une question particulière. Dans ces circonstances, les administrateurs doivent s'assurer qu'il est justifié de se fier à l'information qui leur est donnée.

(b) Foi accordée aux états financiers

Bon nombre de décisions prises par un conseil d'administration sont fondées sur sa compréhension de la situation financière de la société. Lorsqu'ils évaluent la situation financière de la société, les administrateurs dépendent non seulement de l'intégrité des systèmes financiers internes, mais aussi de la direction, qui prépare les états financiers ou l'information financière, et des auditeurs, qui examinent ce processus et les états financiers. Le rôle du conseil d'administration de s'assurer de l'exactitude des états financiers est abordé dans la partie III.

En vertu des lois sur les sociétés, les administrateurs ont le droit de se fier aux états financiers à deux conditions. Premièrement, ils doivent s'y fier de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent savoir ou soupçonner que les états financiers contiennent des erreurs. Deuxièmement, les états financiers doivent avoir été présentés aux administrateurs, comme reflétant adéquatement la situation financière de la société, et ce, soit par l'entremise d'un dirigeant de la société, soit dans un rapport écrit de l'auditeur de la société.

(c) Foi accordée aux conseillers

Tout comme ils peuvent se fier aux états financiers de la société, les administrateurs ont le droit de se fier aux conseillers de la société, et peuvent éviter une certaine responsabilité en vertu des lois sur les sociétés pour les mesures prises en se fiant à ces conseillers. Encore une fois, ils doivent s'y fier de bonne foi. De plus, les administrateurs peuvent uniquement se fier aux rapports des personnes « dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations ». Les avocats, les comptables, les ingénieurs et les évaluateurs sont les exemples donnés dans la loi sur les sociétés, mais d'autres types de conseillers financiers et des consultants en environnement peuvent également être inclus dans cette catégorie. Dans l'arrêt *Peoples Department Stores*, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'un dirigeant d'une société ne constitue pas un expert

uniquement parce qu'il occupe ce poste. La loi ontarienne a été modifiée en réponse à cette décision afin de permettre aux administrateurs de se fier aux membres de la direction qui ne sont pas des professionnels.

Les administrateurs devraient confirmer que l'expert ou le conseiller a les compétences nécessaires pour donner les conseils demandés, et que l'expert ou le conseiller avait accès à l'information pertinente et en a tenu compte. Les administrateurs ne peuvent se fier aux autres administrateurs qui ont une expertise dans un domaine particulier, à moins que l'administrateur n'ait été embauché expressément à cette fin. Par exemple, le fait de se fier à l'opinion d'un avocat qui siège au conseil d'administration ne constituera pas une défense pour les administrateurs à moins que cet avocat ne soit aussi embauché à titre de conseiller.

Il incombe aux administrateurs de questionner les conseillers externes au sujet des conseils qu'ils donnent. Dans une décision américaine, par exemple, un tribunal a jugé qu'il ne suffisait pas que les administrateurs se fient à une opinion verbale des banquiers d'investissement de la société sur la question de savoir si le prix de l'option visant certains actifs tombait dans une fourchette de juste valeur. Les administrateurs n'avaient pas demandé un avis écrit sur le caractère équitable et ils n'avaient pas posé de questions sur la fourchette de juste valeur ou sur l'incidence de l'opération sur le futur de la société.

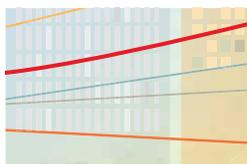
Dans certaines situations, le conseil d'administration doit obtenir directement l'opinion des conseillers externes au lieu de déléguer cette responsabilité à la direction. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque la question est importante pour la société ou lorsque la direction a un intérêt dans le conseil donné.

Dans certains cas, les administrateurs devraient consulter directement les conseillers et leur poser des questions en l'absence de la direction. Le rapport de 1994 de la TSX suggérait que chaque conseil d'administration devrait adopter un système permettant à un administrateur d'embaucher un conseiller externe aux frais de la société lorsque les circonstances le justifient, sous réserve de l'approbation du comité pertinent du conseil. Le rapport reconnaissait qu'un administrateur puisse souhaiter exprimer sa dissidence au sujet d'une décision du conseil, ou croire que la décision prise par le conseil n'est pas la bonne, ou encore être inquiet

qu'une mesure de la société mette en jeu sa responsabilité personnelle, et qu'il puisse donc avoir besoin de consulter des conseillers juridiques, financiers ou d'autres conseillers indépendants. La réglementation sur les valeurs mobilières exige que les comités d'audit soient autorisés à embaucher des conseillers externes, et recommande que les comités des candidatures et de la rémunération soient aussi autorisés à le faire.

6. Diligence raisonnable

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et de nombreuses autres lois sur les sociétés donnent aux administrateurs une défense de diligence raisonnable qui les exonère de toute responsabilité pour certaines violations de la loi, autres que la violation de l'obligation fiduciaire et de l'obligation de diligence des administrateurs. Ces lois exonèrent les administrateurs de toute responsabilité s'ils ont agi avec le soin, la diligence et la compétence dont aurait fait preuve une personne prudente en pareilles circonstances. La diligence inclut le fait de se fier aux états financiers ou aux conseils d'experts. La loi de l'Alberta étend cette défense à la violation de l'obligation fiduciaire et de l'obligation de diligence des administrateurs.



7. Poursuites contre les administrateurs

Les lois sur les sociétés offrent aux actionnaires et aux autres parties intéressées trois façons d'intenter des recours contre les administrateurs. La première est le recours en cas d'abus, dont peuvent se prévaloir les parties qui croient avoir été traitées de façon injuste par une société. La deuxième est l'action oblique, qui permet à une tierce partie d'exiger que la société prenne des mesures contre les administrateurs. La troisième permet à une tierce partie de demander au tribunal de rendre une ordonnance obligeant les administrateurs à se conformer aux statuts ou aux règlements de la société, ou à sa loi constitutive.

(a) Abus

La portée du recours en cas d'abus est très large. Le plaignant peut s'en prévaloir lorsque la société, le conseil d'administration ou une filiale de la société a agi d'une façon qui abuse des droits de cette personne ou qui est injuste à son égard en lui portant préjudice ou en ne tenant pas compte de ses intérêts. Dans l'arrêt *BCE Inc.*, la Cour suprême du Canada a décrit le recours comme une façon de donner au tribunal « un vaste pouvoir, en equity, d'imposer le respect non seulement du droit, mais de l'équité ». La Cour va au-delà de la légalité pour voir ce qui est juste compte tenu de tous les intérêts en jeu.

Le plaignant peut être un porteur de titres, un créancier, un administrateur ou un dirigeant de la société ou d'un membre de son groupe, actuel ou passé, ou toute autre personne qui, selon la cour, a le droit de présenter une demande en cas d'abus. Le recours en cas d'abus permet aux parties de protester contre une mesure de la société qu'elles jugent injuste. Si le tribunal juge qu'il y a eu abus, il peut rendre toute ordonnance qu'il juge pertinente pour remédier à l'abus ou à la situation injuste.

Le but du recours en cas d'abus est de protéger les « attentes raisonnables » des actionnaires et des autres parties intéressées de la société. Dans l'arrêt *BCE Inc.*, la Cour suprême du Canada a déclaré que les tribunaux devraient poser deux questions pour juger une demande en cas d'abus : (1) La preuve étaye-t-elle l'attente raisonnable invoquée par le plaignant? ; et (2) La preuve établit-elle que cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement pouvant être qualifié d'« abus », de « préjudice injuste » ou d'« omission injuste de tenir compte » d'un intérêt

pertinent? La Cour a également indiqué que les facteurs dont les tribunaux tiennent compte pour établir s'il existe une attente raisonnable incluent : la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures que le plaignant aurait pu prendre pour se protéger, les déclarations et conventions, et la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées.

Les lois sur les sociétés ne donnent pas de définition objective de ce qui constitue un abus, mais les tribunaux ont dressé une liste qui, bien qu'elle ne soit pas exhaustive, donne une idée de ce qui constitue un comportement abusif. On peut dire qu'il y a abus lorsqu'il y a :

- manque de justification commerciale pour une opération;
- omission de la part de la société et de ses actionnaires contrôlants de prendre des mesures raisonnables pour simuler une opération sans lien de dépendance;
- manque de bonne foi de la part des administrateurs d'une société;
- discrimination entre les actionnaires en faveur de l'actionnaire majoritaire qui exclut l'actionnaire minoritaire ou lui nuit;
- manque de divulgation adéquate et appropriée de renseignements importants aux actionnaires minoritaires;
- un projet ou des plans visant à éliminer l'actionnaire minoritaire; ou
- conflit d'intérêts entre les intérêts de la société et les intérêts personnels d'un ou de plusieurs administrateurs.

Comme il est mentionné ci-dessus, le recours en cas d'abus est particulièrement important pour les administrateurs parce que leurs décisions peuvent être censurées si le tribunal juge qu'elles constituent un abus ou un préjudice injuste même si, dans certains cas, le tribunal peut aussi juger que les administrateurs ont agi conformément à la loi, aux statuts et aux règlements de la société et à leur obligation fiduciaire. Il n'est pas nécessaire d'avoir une preuve de mauvaise foi de la part des administrateurs pour qu'on juge qu'il y a eu abus. Bien qu'un tribunal tiendra compte de l'intégrité du processus d'approbation et de réalisation de l'opération, il tiendra compte aussi des effets importants de l'opération sur le plaignant.

Dans l'affaire *Westfair Foods Ltd.*, les administrateurs avaient approuvé le versement de dividendes, qui représentaient la totalité des bénéfices de la société, au porteur de toutes les actions ordinaires de la société. Cet actionnaire avait ensuite prêté cet argent à la société. Les administrateurs avaient le droit de procéder au versement de dividendes et à l'emprunt d'argent et la Cour n'a pas jugé que ces pouvoirs avaient été exercés indûment ou que la Cour avait le droit de remettre en question la décision d'affaires de verser des dividendes puis de financer une expansion au moyen d'un emprunt. Elle a toutefois jugé que, dans les circonstances, la décision du conseil d'administration constituait un exemple d'omission de tenir compte des intérêts des autres actionnaires qui n'avaient droit qu'à des dividendes fixes, alors qu'ils avaient une participation proportionnelle à celle du porteur d'actions ordinaires en cas de liquidation. Il s'agit aussi d'un exemple de ce qu'on appelle maintenant une opération entre personnes apparentées. De telles opérations peuvent exiger que des procédures particulières soient suivies par le conseil afin de l'aider à démontrer qu'il a agi de bonne foi.

Dans l'affaire *Palmer c. Carling O'Keefe*, mentionnée ci-dessus, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu de mauvaise foi dans la décision de fusionner les deux sociétés, et que le conseil, composé de gens d'affaires chevronnés agissant sur la foi de conseils indépendants, avait exercé son appréciation commerciale relativement à l'opération. La Cour a conclu que la conduite contestée constituait néanmoins de l'abus parce qu'elle avait injustement porté préjudice aux porteurs d'actions privilégiées et parce qu'elle n'était que dans l'intérêt de l'actionnaire contrôlant et non dans l'intérêt de la société.

Dans l'arrêt *Budd c. Gentra*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'une demande en cas d'abus réclamant des dommages-intérêts à l'encontre d'un administrateur à titre personnel devait répondre aux deux critères suivants. Premièrement, la demande doit alléguer des gestes précis contre un administrateur nommé qui, dans le contexte de l'acte de procédure complet, pourraient étayer une allégation que la société a agi de façon abusive. Deuxièmement, la demande doit présenter un fondement raisonnable sur la base duquel un tribunal pourrait décider qu'il peut être dûment remédié à l'abus allégué en octroyant des dommages-intérêts à l'encontre d'un administrateur.

Dans l'arrêt *Ford Motor Co.*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que Ford Canada et son actionnaire majoritaire, Ford U.S., abusaient des droits des actionnaires minoritaires de Ford Canada en se servant d'un système de prix de transfert injuste qui avait causé des pertes à Ford Canada. La Cour a conclu que les actionnaires minoritaires avaient des attentes raisonnables fondées sur les déclarations publiques de Ford Canada selon lesquelles Ford Canada et Ford U.S. négocieraient les prix des produits, que leurs prix seraient fixés sans lien de dépendance et que la direction de Ford Canada agirait dans l'intérêt de la société et prendrait toutes les mesures raisonnables pour améliorer la rentabilité de la société en modifiant le système de prix de transfert.

Dans l'arrêt *BCE Inc.*, la Cour suprême du Canada a rejeté une demande des porteurs de débentures de BCE alléguant qu'une acquisition par emprunt constituait un abus de leurs droits parce qu'elle avait eu une incidence défavorable sur la cote de placements admissibles de leurs débentures. La preuve des porteurs de débentures n'avait pas établi une attente raisonnable que la cote de placements admissibles de leurs débentures serait maintenue. La preuve avait toutefois bien établi une attente raisonnable que leurs intérêts seraient pris en compte, mais la Cour a conclu que cette attente avait été satisfaite. Les administrateurs de BCE avaient pris en compte les intérêts des porteurs de débentures et conclu qu'ils ne pouvaient prendre aucun autre engagement que celui de respecter les dispositions contractuelles rattachées aux débentures. La preuve n'a pas établi une attente raisonnable qu'un meilleur arrangement pouvait être négocié qui aurait permis d'atteindre les objectifs de la société tout en préservant encore mieux la valeur marchande des débentures.

(b) Action oblique

Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles un actionnaire ou un créancier souhaite exercer un recours au nom de la société en cas de violation par les administrateurs des droits de la société. Puisque l'actionnaire ou le créancier ne serait pas considéré comme une partie lésée, il ne pourrait pas intenter l'action lui-même. Par exemple, lorsque les administrateurs ont violé leur obligation fiduciaire envers la société, un actionnaire ne pourrait vraisemblablement pas intenter une action parce c'est la société, et non l'actionnaire, qui est le bénéficiaire

de l'obligation fiduciaire. Toutefois, l'actionnaire pourrait tout de même poursuivre les administrateurs au nom de la société au moyen d'une action oblique.

Un tribunal n'accordera pas au plaignant la permission d'intenter une action à moins que le plaignant ne donne d'abord aux administrateurs un avis raisonnable de son intention d'intenter une action oblique et que les administrateurs ne prennent pas des mesures pour que la société intente et poursuive l'action en justice de façon diligente. Le tribunal doit aussi être satisfait que le plaignant agit de bonne foi et au mieux des intérêts de la société.

L'action oblique est beaucoup moins utilisée que le recours en cas d'abus.

(c) Ordonnance exécutoire

Si une société ou un administrateur, un dirigeant, un salarié ou un mandataire de la société viole sa loi constitutive ou les statuts, les règlements ou une convention unanime des actionnaires de la société, un plaignant peut demander à un tribunal de rendre une ordonnance exécutoire ou interdisant la violation. Dans la majorité des cas, les demandes d'ordonnances exécutoires sont présentées conjointement à des demandes en cas d'abus, et les jugements tendent à être fondés sur l'abus plutôt que sur l'ordonnance exécutoire.

II. Rôle des actionnaires



II. Rôle des actionnaires

La partie II décrit brièvement le rôle des actionnaires. Certaines opérations sont si fondamentales que les lois sur les sociétés et, dans certains cas, les lois sur les valeurs mobilières, exigent l'approbation des actionnaires. Les droits à la dissidence des actionnaires prendront naissance dans le cadre de bon nombre de ces opérations. Les droits à la dissidence permettent aux actionnaires d'exiger que la société rachète leurs actions à leur juste valeur. La partie II décrit également la procédure entourant les assemblées annuelles des actionnaires et la façon dont les actionnaires peuvent tenter d'utiliser une assemblée pour changer le conseil.

Ce sont les administrateurs et non les actionnaires qui sont chargés de la gestion de la société. Toutefois, en vertu des lois sur les sociétés, certaines questions sont jugées si fondamentales qu'elles doivent être approuvées par les actionnaires. En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, ces questions incluent :

- la prorogation de la société en vertu d'une autre loi sur les sociétés;
- la réalisation de certaines fusions ou réorganisations;
- la vente de la totalité ou de la quasi-totalité des actifs de la société;
- l'ajout ou le retrait de restrictions visant les activités commerciales que la société peut exercer;
- la modification du capital-actions de la société;
- la modification des statuts pour augmenter ou diminuer le nombre précis d'administrateurs, ou le nombre minimal ou maximal d'administrateurs;
- la confirmation des règlements; et
- l'ajout ou la modification de restrictions imposées à l'émission, au transfert ou au droit de propriété d'actions.

Si une modification de structure touche les porteurs de certaines séries ou catégories d'actions différemment par rapport à d'autres porteurs, la modification doit aussi être approuvée par une majorité des séries ou catégories d'actions dont les droits existants peuvent être touchés par la modification, peu importe si ces actions comportent normalement des droits de vote.

Comme il est mentionné ci-dessus, les sociétés ouvertes doivent aussi se conformer aux exigences des commissions des valeurs mobilières provinciales et des bourses qui imposent des exigences d'approbation par les actionnaires.

Enfin, il peut y avoir des questions que les administrateurs peuvent décider de soumettre aux actionnaires dans le cadre d'une bonne gouvernance d'entreprise, peu importe si la loi les oblige à le faire. La question visant à savoir si l'approbation des actionnaires était nécessaire pour mettre en place un régime de droits des actionnaires a été fréquemment débattue lorsque ces plans sont apparus pour la première fois au Canada. Un certain nombre de conseils d'administration ont décidé que le point de vue des actionnaires exprimé dans le cadre d'un vote des actionnaires était souhaitable bien avant que les autorités de réglementation ne se prononcent en ce sens. Des questions semblables continueront de se présenter dans le contexte d'autres décisions auxquelles les sociétés ouvertes sont confrontées.

1. Assemblées des actionnaires

La loi exige que se tiennent des assemblées annuelles des actionnaires. Les questions à traiter lors d'une assemblée annuelle comprennent l'élection des administrateurs et la nomination des auditeurs. Bien que les actionnaires n'approuvent pas les états financiers, ils leur sont habituellement présentés dans le cadre de l'assemblée annuelle. Les autres questions à l'ordre du jour d'une assemblée annuelle sont établies par le conseil d'administration ou soumises par les actionnaires en tant que propositions. L'assemblée annuelle constitue aussi pour le chef de la direction et le président l'occasion de s'adresser aux actionnaires, et pour les actionnaires, l'occasion de poser des questions à la direction et au conseil.

Les sociétés ouvertes et certaines sociétés fermées comptant de nombreux actionnaires doivent envoyer aux actionnaires une circulaire de sollicitation de procurations par la direction pour toute assemblée des actionnaires. La circulaire de sollicitation de procurations par la direction donne aux actionnaires des renseignements sur la société, les administrateurs et les questions qui seront soumises aux actionnaires à l'assemblée. Une grande partie de ces renseignements porte sur la rémunération des dirigeants. Les documents envoyés aux actionnaires doivent leur donner assez de détails sur les questions qui doivent être soumises à l'assemblée pour leur permettre de se faire un jugement éclairé sur ces questions.

Les assemblées extraordinaires peuvent être convoquées à tout moment et elles sont normalement convoquées par les administrateurs lorsqu'ils souhaitent obtenir l'approbation des actionnaires sur un sujet particulier avant la prochaine assemblée annuelle. Les actionnaires qui détiennent au moins 5 % des actions de la société peuvent obliger les administrateurs à convoquer une assemblée extraordinaire des actionnaires, et si les administrateurs ne le font pas, ces actionnaires peuvent convoquer l'assemblée eux-mêmes.

Les actionnaires peuvent obliger la société à présenter une proposition aux actionnaires et à la décrire dans la circulaire de sollicitation de procurations par la direction. Il y a certaines restrictions à ce droit, qui visent à empêcher que les actionnaires utilisent l'assemblée annuelle comme un forum pour promouvoir leurs objectifs personnels. Toutefois, dans les limites prescrites par la loi, les actionnaires

ont le droit de demander à ce que leurs propositions soient présentées aux autres actionnaires, même si les administrateurs peuvent ne pas appuyer ces propositions.

Si les documents de l'assemblée ne mentionnent pas une question, les actionnaires ont peu de moyens de demander à ce qu'elle soit traitée à l'assemblée. À l'assemblée, les actionnaires peuvent demander au conseil d'examiner une question et de demander qu'elle fasse l'objet d'un vote. Dans plusieurs cas, cette demande peut être jugée irrecevable par le président de l'assemblée parce que la circulaire de sollicitation de procurations par la direction ne contenait pas d'avis à ce sujet. S'il y a un vote sur cette question, il n'est que consultatif et ne lie pas les administrateurs.

Bien que l'expérience indique que la plupart des actionnaires qui sont des particuliers n'expriment habituellement pas leur opinion sur le rendement de la société ou les décisions du conseil d'administration au cours des assemblées des actionnaires, les grands investisseurs institutionnels, quant à eux, font part de leur point de vue à la direction, dans certains cas, en réponse aux questions de la direction. Il est fréquent que les hauts représentants des sociétés rencontrent leurs actionnaires institutionnels afin de leur expliquer les résultats financiers ou les grands changements qui touchent la société. Bien que ces réunions constituent une pratique acceptée, il est important que la société ne divulgue pas à un ou plusieurs actionnaires institutionnels choisis des renseignements importants qui n'ont pas déjà été divulgués en raison des règles sur la divulgation de renseignements (*tipping*) et parce que les autorités de réglementation veillent à ce que les actionnaires soient traités sur un pied d'égalité. Les grands investisseurs institutionnels expriment aussi publiquement leur point de vue sur des questions particulières, comme les régimes de droits et la rémunération des dirigeants.

2. Capacité des actionnaires de changer le conseil

Les actionnaires qui ne sont pas satisfaits de la façon dont les administrateurs gèrent la société peuvent les destituer ou refuser de les réélire. En pratique, cela peut être difficile, particulièrement si la société compte un grand nombre d'actionnaires. S'il est vrai qu'un grand nombre d'actionnaires n'ont pas le temps ni les ressources nécessaires pour contrer une proposition de la direction, il existe des outils juridiques à la disposition des actionnaires pour leur permettre de mener une course aux procurations au sujet de l'élection des administrateurs, et de distribuer une circulaire de procuration de dissidents si cela est nécessaire. Par exemple, la loi sur les sociétés exige que la société donne la liste des actionnaires à tout actionnaire, et les règles sur les valeurs mobilières permettent à toute personne de demander des renseignements sur l'identité des propriétaires véritables des actions ou de faire en sorte que des documents leur soient livrés. Certains grands investisseurs institutionnels se sont à l'occasion fait entendre à des assemblées annuelles ou dans des réunions privées avec les représentants d'une société avant une assemblée des actionnaires. De plus, les actionnaires activistes peuvent faire des remous pour obtenir des changements et, si cela est nécessaire, lancer une course aux procurations pour demander le remplacement du conseil d'administration.

La loi canadienne sur les sociétés permet à un actionnaire de nommer d'autres candidats aux postes d'administrateur au cours d'une assemblée des actionnaires sans en aviser la société au préalable. Toutefois, bon nombre de sociétés ont adopté des règlements sur les avis préalables, qui exigent qu'un actionnaire donne un préavis de son intention de présenter des candidatures en vue de l'élection des administrateurs à l'assemblée des actionnaires, afin d'assurer le bon déroulement du processus et de donner l'occasion au conseil de répondre aux courses aux procurations.

3. Droits à la dissidence

Enfin, il y a un certain nombre d'opérations et de changements touchant la société à l'égard desquels les actionnaires ont un droit à la dissidence. Lorsque l'approbation des actionnaires est requise pour qu'une société puisse apporter une modification de structure, comme une fusion ou la prorogation de la société dans un autre territoire, les actionnaires ont le droit d'exprimer officiellement leur dissidence et de recevoir le versement de la juste valeur de leurs actions. Cela garantit que l'actionnaire qui s'oppose à l'opération ou à la modification touchant la société n'est pas tenu d'accepter les conséquences de cette modification simplement parce que les deux tiers des droits de vote rattachés aux actions l'approuvent.

L'actionnaire dissident et la société doivent d'abord suivre un processus prévu par la loi afin de tenter d'en venir à une entente sur la juste valeur des actions. S'ils en sont incapables, on demande au tribunal de fixer la juste valeur.



4. Approbation des actionnaires en vertu des lois sur les valeurs mobilières ou des règles de la bourse



L'approbation de certaines opérations par les actionnaires peut être requise en vertu des lois sur les valeurs mobilières ou des règles de la bourse, peu importe si la loi sur les sociétés l'exige.

Par exemple, même si la loi sur les sociétés permet aux administrateurs d'émettre des actions du capital-actions autorisé de la société sans consulter les actionnaires, l'émission d'actions sera néanmoins assujettie à l'approbation des actionnaires aux termes des règles de la Bourse de Toronto (la TSX) dans certaines circonstances.

La TSX exige habituellement l'approbation des actionnaires pour les opérations pouvant avoir une incidence importante sur le contrôle de la société ou si l'opération n'a pas été négociée sans lien de dépendance. La TSX exige que tous les mécanismes de rémunération en titres comprenant des actions nouvellement émises (comme un régime d'options d'achat d'actions) soient approuvés au moment de leur mise en œuvre par la majorité des administrateurs de l'émetteur et, sous réserve de certaines exceptions, par les porteurs de titres de l'émetteur. De plus, si ces régimes ne prévoient pas l'émission d'un nombre fixe de titres, les actionnaires devront les approuver tous les trois ans.

La TSX exige également l'approbation par les actionnaires des placements privés et des opérations d'acquisition qui feraient en sorte que la société émette un nombre d'actions dépassant 25 % de ses actions déjà en circulation.

Les règles sur les personnes apparentées appliquées par certaines commissions des valeurs mobilières peuvent également exiger l'approbation des actionnaires minoritaires. Par exemple, le *Règlement 61-101* sur les mesures de protection des porteurs minoritaires lors d'opérations particulières (le *Règlement 61-101*) (abordé plus en détail à la partie IV) peut exiger l'approbation d'une opération particulière par les actionnaires minoritaires. Dans la mesure où les initiés de la société participent à une opération, la TSX ou les autorités de réglementation des valeurs mobilières peuvent exiger que la société obtienne l'approbation d'une majorité des actionnaires autres que ces initiés, au lieu de l'approbation des actionnaires dans leur ensemble.

III. Gouvernance d'entreprise



III. Gouvernance d'entreprise

La partie III décrit les processus de gouvernance d'entreprise qui permettent aux conseils d'administration de s'acquitter de leurs responsabilités. La composition du conseil (et du comité d'audit) doit respecter les lois sur les sociétés et sur les valeurs mobilières, y compris les exigences et les critères visant les administrateurs indépendants. La participation éclairée aux réunions du conseil d'administration est essentielle pour que les administrateurs puissent s'acquitter de leurs obligations. Les administrateurs ont le droit de recevoir un avis des réunions du conseil et, sous réserve des conflits d'intérêts, de participer aux discussions et au processus décisionnel au cours de ces réunions. Les administrateurs ont droit à l'information nécessaire sur la société pour s'acquitter de cette fonction décisionnelle et les conseils doivent disposer de systèmes pour veiller à ce que les administrateurs reçoivent cette information. Sous réserve de certaines limites, les administrateurs peuvent déléguer le processus décisionnel aux comités du conseil ou à la direction. Toutes les sociétés ouvertes doivent avoir un comité d'audit qui respecte les exigences des lois sur les sociétés et sur les valeurs mobilières concernant la communication d'information financière de la société.

Une bonne gouvernance d'entreprise est essentielle pour que les administrateurs s'acquittent de leurs responsabilités de manière appropriée. De manière générale, la « gouvernance d'entreprise » désigne le processus et les procédures employés pour gérer les activités commerciales et les affaires internes d'une société. Elle porte sur des questions internes, comme le fonctionnement du conseil, ainsi que sur des questions externes, comme les relations et les interactions entre la société et ses actionnaires.

Le rapport de 1994 de la TSX définit la gouvernance comme étant le processus et la structure servant à diriger et à gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société dans le but d'améliorer la valeur pour les actionnaires, notamment en assurant la viabilité financière des activités. Le processus et la structure définissent la division du pouvoir et établissent les mécanismes permettant

d'obtenir une imputabilité entre les actionnaires, le conseil d'administration et la direction. Le processus et la structure devraient veiller à ce que le conseil puisse fonctionner indépendamment de la direction.

La façon avec laquelle les questions de gouvernance d'entreprise sont abordées dépend de la société en question et de sa situation au moment où une question est examinée. Toutefois, certaines orientations générales permettant de traiter de ces questions peuvent être tirées des lois sur les sociétés, de la jurisprudence et des normes de pratique exemplaire élaborées au Canada et ailleurs. Cette partie du guide décrit les questions de gouvernance d'entreprise et énonce certaines balises à l'intérieur desquelles ces questions peuvent être traitées.

1. Composition du conseil

(a) Nombre d'administrateurs

La taille du conseil est dictée par les besoins de la société et les normes élaborées dans certains secteurs. Un conseil d'administration devrait avoir suffisamment d'administrateurs pour représenter un éventail de compétences et de perspectives, et pour apporter l'expérience qui sera utile dans la gestion de la société. Il peut également être nécessaire ou souhaitable de compter sur la représentation d'un certain nombre de groupes, tels que des représentants de plusieurs provinces, secteurs ou groupes d'actionnaires. Il doit y avoir suffisamment d'administrateurs pour siéger aux différents comités du conseil, et ce, sans surcharger un seul administrateur ni empêcher les administrateurs de s'acquitter efficacement de leurs responsabilités. Cependant, le nombre d'administrateurs qui siègent à un conseil ne devrait pas être si élevé que ses réunions deviennent complexes. Il peut également y avoir un danger que le sentiment de responsabilité directe des administrateurs s'atténue s'ils font partie d'un très grand conseil et qu'ils n'ont pas assez l'occasion d'apporter la contribution qu'ils jugent pertinente.

Selon le rapport intitulé *Spencer Stuart Board Index 2013*, les conseils d'administration des grandes sociétés ouvertes canadiennes comptent en moyenne 11 membres et deux d'entre eux sont habituellement des administrateurs internes, comme des dirigeants de la société ou d'un membre de son groupe. Le rapport souligne aussi une tendance à la hausse vers des conseils comptant de six à dix membres. Les conseils de filiales appartenant à des sociétés étrangères ont tendance à être plus petits. Les conseils de sociétés ouvertes tendent à être plus grands que ceux de sociétés fermées.

Le rapport de 1994 de la TSX exprimait certaines préoccupations au sujet de la taille de nombreux conseils. Depuis ce temps, bon nombre de sociétés contrôlent la taille de leur conseil. L'IG 58-201 suggère que chaque conseil d'administration devrait considérer la taille appropriée du conseil, dans le souci de favoriser l'efficacité de la prise de décisions.

(b) Administrateur indépendant

La capacité du conseil d'administration d'exercer son jugement indépendant est d'une importance cruciale pour la gouvernance de sociétés ouvertes. Par conséquent, la plupart des conseils de sociétés ouvertes sont composés d'un mélange d'administrateurs « internes » et « indépendants » ou « externes ». Les administrateurs indépendants et le rôle qu'ils jouent pour veiller à ce que le conseil soit en mesure d'exercer son jugement indépendant ont été le point de mire des personnes préoccupées par l'imputabilité dans le cadre de la gouvernance. Les règles permettant d'établir qui peut être considéré comme un administrateur indépendant sont énoncées dans la législation sur les sociétés et sur les valeurs mobilières ainsi que dans les exigences d'inscription de la bourse. De plus, certains actionnaires institutionnels ont établi leurs propres normes pour évaluer l'indépendance des administrateurs.

L'augmentation du nombre d'administrateurs indépendants et de leurs responsabilités est devenue une façon acceptée de régler bon nombre de problèmes de gouvernance. La perception est que les administrateurs indépendants sont mieux placés que les administrateurs internes pour prendre des décisions objectives et évaluer les recommandations de la direction parce qu'ils ont moins d'intérêts personnels dans ces décisions et recommandations, et qu'ils peuvent moins hésiter à agir lorsqu'ils sont en désaccord avec la direction.

Les lois sur les sociétés définissent l'administrateur indépendant comme un administrateur qui n'est pas à l'emploi de la société ou d'un membre de son groupe. En vertu de cette définition, diverses personnes, comme les salariés retraités de la société et les représentants d'un actionnaire contrôlant, de créanciers importants, de clients ou de fournisseurs de la société pourraient être qualifiés d'administrateurs indépendants, malgré leurs conflits d'intérêts potentiels. De plus, l'expression « membre du groupe » comprend la notion de contrôle et, ainsi, les administrateurs ou les salariés d'un actionnaire important, mais non contrôlant, sont techniquement indépendants en vertu des lois sur les sociétés.

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* exige que les sociétés ouvertes aient au moins trois administrateurs, dont deux doivent être des administrateurs indépendants. D'autres lois sont plus strictes. Par exemple, *la Loi sur les sociétés par actions*

de l'Ontario exige qu'au moins le tiers des administrateurs d'une société ouverte ne soient pas des dirigeants ou des salariés de la société ou d'un membre de son groupe. *La Loi sur les banques* exige qu'au moins un tiers des administrateurs n'aient aucun lien avec la banque. Le nombre de salariés de la banque pouvant siéger au conseil est aussi limité.

Dans le cas des sociétés cotées en bourse, le sens de l'expression « administrateur indépendant » en vertu des lois sur les valeurs mobilières est différent de celui donné dans les lois sur les sociétés. De plus, la législation en valeurs mobilières applique des définitions différentes d'« administrateur indépendant » à des fins différentes.

L'indépendance de l'administrateur est importante pour la composition du comité d'audit et à des fins de gouvernance. Le conseil doit évaluer s'il y a une relation importante entre l'administrateur et la société dont on pourrait raisonnablement s'attendre, de l'avis du conseil, à ce qu'elle nuise à l'exercice du jugement indépendant de cet administrateur.

La définition d'« administrateur indépendant » qui s'applique aux sociétés ouvertes canadiennes, pour la composition du comité d'audit et à des fins de gouvernance, est donnée dans le Règlement 52-110. Toutefois, il y a des critères de « démarcation nette » précis qui permettent de statuer automatiquement qu'un administrateur n'est pas indépendant.

Sous réserve de l'application des critères de démarcation, aux termes du Règlement 52-110, il incombe au conseil d'établir si un administrateur est indépendant. Pour prendre cette décision, le conseil doit évaluer toutes les relations directes et indirectes entre l'administrateur et la société, autant individuelles que collectives, et qu'elles soient passées, présentes et anticipées. Il est important que l'administrateur soit indépendant en réalité et en apparence pour la confiance des actionnaires. Toutefois, l'application d'un critère trop strict peut limiter la capacité de nombreuses personnes talentueuses et aptes à contribuer pleinement au processus décisionnel du conseil. En pratique, il faut parvenir à équilibrer diverses préoccupations pour déterminer si une personne est un administrateur indépendant.

Pour le comité d'audit et à des fins de gouvernance, et sous réserve de certaines exceptions, les administrateurs qui remplissent l'un ou l'autre des critères de démarcation suivants seront automatiquement jugés non indépendants :

- une personne physique qui est ou a été, au cours des trois dernières années, un salarié ou un membre de la haute direction de l'émetteur;
- une personne physique dont un membre de la famille immédiate est ou a été, au cours des trois dernières années, membre de la haute direction de l'émetteur;
- une personne physique qui est ou a été, ou dont un membre de la famille immédiate est ou a été, au cours des trois dernières années, un associé ou un salarié d'un auditeur interne ou externe actuel ou ancien de l'émetteur, ou a participé personnellement à l'audit de l'émetteur au cours des trois dernières années à titre d'associé ou de salarié de ce cabinet d'audit;
- une personne physique qui est ou a été, ou dont un membre de la famille immédiate est ou a été, au cours des trois dernières années, un membre de la haute direction d'une entité si l'un des membres de la haute direction actuels de l'émetteur fait partie ou a fait partie durant cette période du comité de la rémunération de l'entité;
- une personne physique qui a reçu, ou dont un membre de la famille immédiate de celui-ci agissant à titre de membre de la haute direction de l'émetteur a reçu plus de 75 000 \$ par an comme rémunération directe de l'émetteur sur une période de 12 mois au cours des 3 dernières années; et
- pour l'application de ces critères, un « émetteur » comprend ses filiales et sa société mère.

Pour la composition du comité d'audit uniquement, une personne physique sera aussi considérée comme n'étant pas indépendante si elle :

- accepte, directement ou indirectement, des honoraires de consultation, de conseil ou d'autres honoraires de l'émetteur ou d'une filiale de l'émetteur, à l'exception de la rémunération reçue à titre de membre du conseil d'administration ou à titre de président ou de vice-président à temps partiel du conseil d'administration; ou
- est « membre du même groupe » que l'émetteur ou que l'une de ses filiales. La définition de « membre du même groupe » aux fins de l'évaluation de l'indépendance de membres potentiels du comité d'audit est assez large et comprend des entités faisant partie d'un groupe contrôlé ainsi que les membres de la haute direction de ces entités et les

personnes qui agissent à la fois à titre d'administrateur et de salarié d'un membre du même groupe.

Des exigences d'indépendance du comité d'audit semblables s'appliquent en vertu des lois sur les valeurs mobilières des États-Unis aux membres du comité d'audit et du comité de la rémunération des sociétés inscrites à la cote d'une bourse américaine. Il y a aussi d'autres exigences d'indépendance supplémentaires aux termes des règles des bourses américaines, qui s'appliquent à la composition du conseil et de certains comités. Ces exigences boursières incluent des critères de démarcation qui peuvent faire en sorte qu'un administrateur ne sera pas considéré comme indépendant. Par exemple, un administrateur qui est employé par une société qui a versé des paiements à la société cotée en bourse, ou a reçu des paiements de celle-ci, pour des biens ou des services évalués à plus de 1 million de dollars américains, ou 2 % des produits bruts consolidés de cette société, si ce montant est plus élevé, au cours des trois derniers exercices, ne pourraient être considérés comme étant indépendant selon les exigences d'indépendants de la NYSE. De plus, les conseillers en matière de procuration et les investisseurs institutionnels se servent d'autres critères pour évaluer eux-mêmes si un administrateur devrait être considéré comme étant indépendant.

L'indépendance des administrateurs est aussi importante dans le contexte d'opérations spéciales (notamment les offres publiques d'achat faites par un initié, les offres publiques de rachat, les regroupements d'entreprises et les opérations entre personnes apparentées). Le Règlement 61-101 recommande ou exige, dans certains cas, le recours à un comité spécial composé d'administrateurs indépendants pour évaluer de telles opérations. Le recours à un comité spécial composé d'administrateurs indépendants offre une protection potentielle permettant d'éviter qu'une partie intéressée reçoive un avantage indu au cours de l'opération extraordinaire proposée. Aux fins de ces règlements, l'indépendance est une question de fait et il y a des critères de démarcation nette précis propres à certaines opérations pour déterminer à quel moment une personne n'est pas indépendante, qui diffèrent des critères utilisés pour déterminer l'indépendance à des fins de gouvernance et de composition du comité d'audit.

(c) Président du conseil

La responsabilité principale du président du conseil est de diriger le conseil dans le but d'augmenter son efficacité. La plupart des conseils d'administration nomment un président qui est chargé, entre autres choses, de gérer le conseil, d'établir l'ordre du jour, de veiller à ce que les administrateurs soient bien informés et de diriger les réunions. Le président du conseil constitue le lien principal entre le conseil et la haute direction. Les responsabilités précises du président du conseil dépendront également du fait qu'il est ou non chef de la direction. De plus grandes préoccupations entourant l'imputabilité et les processus du conseil ont augmenté la pression sur les sociétés pour qu'elles séparent les postes de président du conseil et de chef de la direction, de sorte que le conseil soit capable de s'acquitter de ses responsabilités indépendamment de la direction.

Bien qu'il n'existe aucune exigence juridique visant à séparer les deux postes, l'IG 58-201 recommande que le président du conseil soit un administrateur indépendant. Lorsque cela n'est pas approprié, un administrateur indépendant devrait être nommé pour agir comme administrateur principal. L'IG 58-201 recommande également qu'un président indépendant ou un administrateur principal indépendant joue le rôle de véritable chef du conseil et veille à ce que le programme de travail du conseil lui permette de s'acquitter correctement de ses fonctions. De plus, le Règlement 58-101 exige que les émetteurs déclarent si le président est un administrateur indépendant et, s'il ne l'est pas, qu'ils déclarent si le conseil possède un administrateur principal. Si le conseil n'a ni président indépendant, ni administrateur principal indépendant, une société doit alors indiquer ce que le conseil fait pour assurer un leadership à ses administrateurs indépendants.

(d) Qualification

Il peut être difficile de convaincre des candidats qualifiés de siéger à un conseil d'administration. Cela s'explique en partie par le temps qu'ils doivent y consacrer et par des préoccupations au sujet de la responsabilité personnelle potentielle.

Les lois sur les sociétés exigent que les administrateurs aient certaines compétences minimales. Tout individu qui a au moins 18 ans, qui n'a pas été reconnu par un tribunal canadien comme étant faible d'esprit et qui n'a pas le statut de failli peut être administrateur d'une société canadienne. Si un administrateur a été déclaré coupable de certaines infractions, un tribunal ou une autorité de réglementation pourrait interdire à cette personne d'être administrateur pendant un certain temps.

Bien que la pratique ne soit plus courante, il est possible que les statuts de la société exigent que les administrateurs détiennent des actions de la société. Toutefois, puisque les actions que détiennent les administrateurs doivent être déclarées dans les circulaires de sollicitation de procurations par la direction envoyées aux actionnaires, bon nombre de sociétés ouvertes jugent qu'il est bon que les administrateurs détiennent un grand nombre d'actions ou de titres équivalents afin de démontrer leur confiance et leur intérêt envers la société et sa direction. Pour aligner les intérêts des administrateurs sur les intérêts des actionnaires, de plus en plus de sociétés versent des honoraires annuels aux administrateurs, à tout le moins en partie, en émettant des actions ou des titres équivalents et la plupart des grandes sociétés ouvertes imposent maintenant des exigences de détention d'actions minimale à leurs administrateurs.

Certaines lois canadiennes sur les sociétés exigent que la majorité des administrateurs siégeant au conseil et aux comités soient des résidents canadiens. *La Loi canadienne sur les sociétés par actions* exige simplement que 25 % des administrateurs soient des résidents canadiens. Tel que mentionné ci-dessus, un nombre précis d'administrateurs doivent être indépendants si les titres de la société sont détenus par le public.

Les sociétés recherchent certaines qualités chez leurs administrateurs indépendants. L'expérience et le jugement sont les plus recherchées de ces qualités. Les administrateurs indépendants sont souvent des gens d'affaires chevronnés, dotés d'expérience dans

plusieurs secteurs ou dans un domaine pertinent pour la société. Ils peuvent également provenir du gouvernement, du monde de la politique ou du monde universitaire, selon les besoins et les intérêts de la société. Bien qu'on ne s'attende pas à ce que les administrateurs aient l'expertise nécessaire pour diriger l'entreprise eux-mêmes directement, il est important que certains d'entre eux, voire la plupart d'entre eux, aient des antécédents pertinents sur les questions auxquelles la société est confrontée. Les sociétés cherchent également à construire un conseil possédant une diversité d'expérience, d'antécédents et de caractéristiques personnelles, comme le sexe, l'âge et la représentation géographique, et elles ont adopté des politiques au sujet de la diversité du conseil pour refléter le besoin de diversité. Les sociétés ouvertes qui sont des émetteurs assujettis en Ontario devront bientôt divulguer leurs pratiques visant à augmenter le nombre de femmes siégeant à leur conseil.

Un élément clé de la réforme de la gouvernance portait sur le processus de recrutement au sein du conseil. L'IG 58-201 présente des recommandations détaillées au sujet de la nomination des administrateurs; elle recommande notamment que le conseil mette sur pied un comité des candidatures composé entièrement d'administrateurs indépendants. Lorsqu'il présente ses recommandations, le comité des candidatures devrait tenir compte des compétences et aptitudes que le conseil devrait posséder dans l'ensemble.

Puisque la communauté des affaires au Canada est relativement petite, de nombreux candidats sont recommandés par d'autres administrateurs ou par des membres de la haute direction de la société. Il existe également des agences de recrutement de cadre qui aident à trouver et à choisir de nouveaux candidats au conseil, particulièrement si la société souhaite trouver une personne faisant partie d'un groupe particulier ou possédant une expérience particulière.

L'IG 58-201 recommande que tous les nouveaux administrateurs reçoivent une orientation complète. Ils devraient bien comprendre le rôle du conseil et de ses comités, ainsi que la contribution attendue de chaque administrateur. Ils devraient aussi comprendre la nature et le fonctionnement de l'entreprise de la société. L'Institut des administrateurs de sociétés offre aux administrateurs admissibles des programmes de formation des administrateurs de classe mondiale ainsi que l'attestation du titre IAS.A, et administre également un répertoire des administrateurs contenant les profils d'un grand nombre de candidats qualifiés.

(e) Élection et durée du mandat

Les administrateurs sont habituellement élus par les actionnaires au cours de l'assemblée annuelle. La société propose des candidats aux postes d'administrateurs dans une circulaire de sollicitation de procurations par la direction approuvée par les administrateurs et qui doit accompagner le formulaire de procuration envoyé aux actionnaires en vue de l'assemblée annuelle. En vertu de la loi sur les sociétés, les actionnaires peuvent exercer leur droit de vote pour élire tous les administrateurs proposés (ou s'abstenir de voter) ou voter (ou s'abstenir de voter) pour chacun des candidats. Toutefois, dans le cas des sociétés inscrites à la cote de la TSX, les actionnaires doivent pouvoir voter (ou s'abstenir de voter) pour chacun des administrateurs. Bien que les actionnaires aient le droit de proposer d'autres candidats aux postes d'administrateur et de solliciter des procurations dans ce but, et de nommer des candidats à l'assemblée annuelle, cela survient peu souvent en réalité. Si cela se produit, ces personnes sont désavantagées, parce que les procédures de sollicitation de procurations font habituellement en sorte que la majorité des voix sont données à la direction et sont donc exercées pour les candidats proposés par la société. De nombreuses sociétés ont adopté un règlement sur les avis préalables qui exige que l'actionnaire donne un préavis de son intention de soumettre une candidature au poste d'administrateur. Enfin, dans de nombreuses sociétés canadiennes, un actionnaire contrôlant ou majoritaire élira en réalité la liste des candidats proposée.

Les administrateurs sont élus à la majorité simple, c'est-à-dire que les candidats qui reçoivent le plus grand nombre de votes sont élus jusqu'à ce que tous les postes soient pourvus. Au cours d'une élection sans opposition, tous les candidats de la société seront élus. Les sociétés inscrites à la cote de la TSX, autres que les sociétés contrôlées, doivent adopter une politique d'élection à la majorité visant à s'assurer que seuls les administrateurs qui reçoivent davantage de votes *pour* que d'abstentions de vote demeurent au conseil. Aux termes de cette politique, un administrateur qui reçoit une majorité d'abstentions doit remettre sa démission au conseil pour qu'il l'évalue. Le conseil acceptera généralement cette démission, sauf dans des circonstances exceptionnelles, et annoncera publiquement sa décision par voie de communiqué.

Les statuts de la société peuvent prévoir le vote cumulatif pour les administrateurs. Dans ce cas, les statuts doivent prévoir un nombre fixe d'administrateurs plutôt qu'une fourchette, ce qui est permis lorsque le vote n'est pas cumulatif. Le vote cumulatif permet à chaque actionnaire d'exercer un vote pour chaque action détenue, multiplié par le nombre d'administrateurs à élire. En exerçant tous ses votes en faveur d'un seul candidat, un actionnaire (ou un groupe d'actionnaires) qui possède suffisamment d'actions comportant droit de vote pourra élire au moins un administrateur, même si l'actionnaire ne contrôle pas une majorité de votes. Cela aide les actionnaires, particulièrement les actionnaires minoritaires, à élire des administrateurs qui représentent leurs intérêts proportionnellement au pourcentage des actions comportant droit de vote qu'ils contrôlent. Très peu de sociétés canadiennes ont adopté le vote cumulatif.

Les statuts de la société peuvent aussi prévoir qu'une catégorie donnée de porteurs de titres, comme les porteurs d'actions privilégiées, peut élire un ou plusieurs administrateurs. Toutefois, la plupart du temps, ces actionnaires ont seulement le droit d'élire un représentant à la survenance d'un événement inhabituel, comme l'omission de verser des dividendes sur les actions privilégiées pendant un certain temps.

Les ententes conclues entre les grands actionnaires peuvent aussi avoir une incidence sur l'élection des administrateurs. Des actionnaires conviennent parfois d'appuyer mutuellement leurs candidats respectifs pour l'élection au conseil, habituellement selon la proportion de leur avoir en actions total. À l'occasion, les actionnaires majoritaires peuvent aussi convenir d'appuyer un ou plusieurs représentants des actionnaires minoritaires.

En vertu de la loi sur les sociétés, les administrateurs peuvent être élus pour un mandat d'au plus trois ans. De plus, il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous élus au même moment ou pour la même période; leurs mandats peuvent donc être décalés. Toutefois, ces pratiques sont rares. Les sociétés inscrites à la cote de la TSX doivent élire tous leurs administrateurs chaque année. Même chez les sociétés qui ne sont pas inscrites à la cote de la TSX, les mandats décalés sont rares, surtout parce que les actionnaires ont toujours le droit de révoquer un administrateur et d'élire son remplaçant à tout moment, peu importe la durée pour laquelle l'administrateur avait été élu.

Les sondages démontrent que les administrateurs ont tendance à siéger pendant un certain nombre de mandats. La plupart des administrateurs siègent pendant au moins cinq ans, et plusieurs siègent pendant plus de dix ans. Certaines sociétés limitent le nombre de mandats des administrateurs; d'autres ont une politique de retraite obligatoire pour leurs administrateurs. L'Ontario pourrait bientôt obliger les sociétés ouvertes à déclarer leurs politiques de retraite des administrateurs ou, si elles n'en ont pas, à en donner les raisons.

(f) Rémunération

La rémunération des administrateurs est habituellement fixée par le conseil. Les administrateurs indépendants reçoivent normalement des honoraires annuels ainsi qu'une certaine somme pour chaque réunion du conseil ou d'un comité à laquelle ils assistent. Les présidents du conseil et des comités reçoivent une rémunération supplémentaire. Les administrateurs internes ne reçoivent habituellement pas une rémunération distincte pour leurs services au conseil. Les honoraires des administrateurs ont augmenté en raison du temps consacré aux affaires de la société par les administrateurs consciencieux et, particulièrement, en raison de la responsabilité potentielle à laquelle ils sont exposés.

Le rapport de 1994 de la TSX exprimait des préoccupations au sujet de l'augmentation des risques associés au poste d'administrateur, alors que l'imputabilité de la société et des administrateurs est davantage prise au sérieux par la communauté des investisseurs. Le rapport notait également que les attentes accrues du public envers les administrateurs font en sorte qu'ils doivent consacrer encore plus de temps à leurs fonctions. Par conséquent, le comité affirmait que chaque conseil d'administration devrait examiner la suffisance et le type de rémunération versée à ses administrateurs afin de veiller à ce qu'elle reflète les responsabilités et les risques associés au fait d'être un administrateur efficace.

Le rapport de 2001 de la TSX allait dans le même sens que le rapport de 1994 de la TSX, indiquant que les conseils d'administration devaient continuer de veiller à ce que leur rémunération globale soit concurrentielle. Plus particulièrement, le leader indépendant du conseil et les présidents des comités devraient recevoir une rémunération à la mesure de leurs responsabilités. Le rapport de 2001 de la TSX

suggérait également qu'une certaine exigence de participation minimale pour les administrateurs était appropriée pour aligner les intérêts des administrateurs sur ceux des actionnaires.

(g) Vacances

S'il y a une vacance au conseil d'administration, les administrateurs restants peuvent continuer d'exercer leurs fonctions tant qu'il y a quorum. S'ils le souhaitent, les administrateurs restants peuvent combler la vacance à moins que les statuts, les règlements ou les lois sur les sociétés n'en disposent autrement. Si le conseil d'administration n'atteint pas le quorum, les administrateurs restants doivent convoquer une assemblée extraordinaire des actionnaires dans le but d'élire le nombre requis d'administrateurs.

Si les porteurs d'une catégorie ou d'une série d'actions ont le droit d'élire certains administrateurs et qu'une vacance se produit parmi ceux-ci, les autres administrateurs élus par les porteurs de cette catégorie ou série d'actions peuvent normalement combler cette vacance. S'il n'y a pas d'autres administrateurs élus par les porteurs de cette catégorie ou série d'actions, un porteur de ces actions peut convoquer une assemblée pour combler la vacance.

(h) Démission et révocation

Les administrateurs cessent d'occuper leur poste à leur décès, lorsqu'ils démissionnent ou ne sont plus qualifiés en vertu de la loi sur les sociétés, ou s'ils sont révoqués. Une démission entre en vigueur au moment où l'administrateur l'envoie à la société, ou au moment qui y est indiqué, si cette date tombe plus tard, mais elle ne peut entrer en vigueur avant le moment où elle est remise. Les administrateurs peuvent présenter à la société une déclaration écrite exposant les motifs de leur démission, que la société doit envoyer aux actionnaires ou inclure dans la circulaire de sollicitation de procurations par la direction. Si un administrateur d'une institution financière régie par la *Loi sur les banques* démissionne à la suite d'un désaccord avec d'autres administrateurs ou des dirigeants, l'administrateur doit remettre une déclaration écrite au surintendant des institutions financières dans laquelle il décrit le désaccord.

Les administrateurs peuvent être révoqués par une majorité des actionnaires à une assemblée des actionnaires. Les administrateurs peuvent convoquer

eux-mêmes une assemblée des actionnaires à cette fin. Les actionnaires détenant au moins 5 % des actions émises et en circulation peuvent aussi le faire. Si les statuts de la société prévoient le vote cumulatif, un administrateur ne peut être révoqué si les voix exprimées contre sa révocation suffisaient pour l'élire au cours d'une élection au cours de laquelle le nombre total d'administrateurs exigé dans les statuts devaient être élus. De même, les administrateurs élus par les porteurs d'une catégorie d'actionnaires ne peuvent être révoqués que par un vote de ces porteurs. Les administrateurs qui sont révoqués peuvent présenter à la société une déclaration écrite exposant les motifs pour lesquels ils s'opposent à cette mesure, et la société doit présenter cette déclaration aux actionnaires comme elle le ferait si l'administrateur avait démissionné.

Bien que les actionnaires puissent révoquer des administrateurs, en pratique, les administrateurs de sociétés ouvertes sont rarement révoqués de cette manière, sauf en cas de course aux procurations ou d'une autre opération hostile.

2. Réunions du conseil

(a) Fréquence

La fréquence à laquelle le conseil se réunit varie d'une société à l'autre. Cela dépendra aussi, en partie, des activités de la société qui exigent l'attention du conseil d'administration et du nombre de questions traitées par les comités du conseil par opposition au conseil complet. La plupart des sociétés planifient les réunions plénières de leur conseil d'administration à intervalles réguliers, comme à chaque trimestre, qui coïncident souvent avec le besoin de traiter de questions comme l'information financière trimestrielle et les dividendes. Si la société est en train de procéder à une grande restructuration, à un financement ou à une acquisition, il peut être nécessaire que le conseil d'administration et peut-être un ou plusieurs de ses comités se réunissent plus souvent afin d'évaluer et d'approuver un plan d'action particulier. Les différents comités se réunissent autour de ces réunions plénières du conseil au besoin afin de remplir leur mandat spécifique.

Les réunions régulières du conseil durent souvent une demi-journée, voire une journée complète. Si une réunion a été convoquée pour une raison particulière,

elle peut être assez courte, ou encore durer bien plus longtemps qu'une réunion ordinaire. Bon nombre de conseils d'administration organisent aussi des retraites de planification stratégique chaque année.

(b) Avis de réunion, présence et résolutions écrites

Tous les administrateurs ont le droit de recevoir un avis de toutes les réunions du conseil d'administration, et aucun d'entre eux ne peut être exclu de ces réunions. À l'exception de certaines questions précisées dans les lois sur les sociétés et sous réserve des règlements de la société, il n'existe pas d'exigence générale de préciser dans les avis les questions qui seront débattues à la réunion. Toutefois, en pratique, les avis les mentionnent et fournissent bon nombre de détails ainsi que le contexte. Si l'avis n'est pas donné conformément aux règlements de la société ou aux exigences imposées par la loi, la réunion du conseil n'est pas dûment convoquée et les questions qui y sont traitées n'ont aucun effet. Pour cette raison, lorsqu'une réunion du conseil doit être convoquée rapidement et qu'il n'y a pas assez de temps pour donner l'avis requis, la société peut demander aux administrateurs qui n'étaient pas présents à la réunion de signer une renonciation à l'avis. La présence de l'administrateur à la réunion constitue une renonciation aux exigences relatives à l'avis.

Il est crucial que l'administrateur assiste aux réunions du conseil pour s'acquitter de ses responsabilités. Les dates des réunions du conseil sont habituellement fixées à l'avance afin de permettre aux administrateurs d'organiser leurs affaires. Si les administrateurs n'assistent pas aux réunions, ne participent pas aux discussions avec les autres membres du conseil et ne posent pas de question à la direction, il est peu probable qu'ils soient pleinement informés au sujet des affaires de la société et ils ne peuvent s'attendre à pouvoir satisfaire la norme de prudence et de diligence qui leur est imposée. Les sociétés doivent également mentionner dans les documents de procuration le nombre de réunions auxquelles chaque administrateur a assisté.

Les administrateurs devraient aussi garder à l'esprit qu'ils seront réputés avoir consenti à toute résolution du conseil adoptée en leur absence, à moins d'avoir exprimé leur dissidence de la façon prévue par la loi (décrite plus loin sous « Vote »), et qu'ils seront responsables des gestes et omissions du conseil, comme tous les autres administrateurs qui n'ont pas exprimé leur dissidence.

Au Canada, contrairement à de nombreux territoires hors de l'Amérique du Nord, les administrateurs ne peuvent pas nommer de fondés de pouvoir pour agir à leur place. Bien que cela soit moins courant dans les sociétés ouvertes, les administrateurs peuvent agir par voie de résolution écrite de tous les administrateurs.

(c) Lieu et réunions par téléphone

Les réunions se tiennent souvent au siège social de la société, mais de nombreux conseils d'administration adoptent la pratique de varier le lieu de leurs réunions. Lorsque les administrateurs n'habitent pas tous dans la même ville, il est possible que les réunions du conseil changent de lieu afin de les accommoder. Le fait de tenir des réunions à divers emplacements permet également aux administrateurs de visiter et de rencontrer les membres de la direction qui se trouvent loin du siège social, ou de visiter les entreprises locales et les représentants du gouvernement. Certaines lois provinciales sur les sociétés exigent que la majorité des réunions aient lieu au Canada.

La plupart des lois sur les sociétés permettent que les réunions soient tenues par conférence téléphonique, par voie électronique ou à l'aide d'un autre moyen, comme la vidéoconférence, afin de permettre à toutes les personnes qui y participent de communiquer de façon simultanée et instantanée. Selon la loi sur les sociétés applicable, on peut demander aux administrateurs de consentir aux réunions tenues par voie téléphonique ou électronique au moment où ils acceptent de devenir administrateurs, ou ils peuvent devoir y consentir chaque fois qu'une réunion a lieu de cette façon. Malgré le côté pratique de cette façon de tenir les réunions, il est bon que les administrateurs se rencontrent en personne. Si un certain nombre d'administrateurs participent par téléphone, il peut être difficile de savoir exactement qui parle ou de constater la réaction des participants aux commentaires des autres personnes. Il est souvent préférable de se rencontrer en personne autour d'une table plutôt que par conférence téléphonique ou par voie électronique, parce qu'il est plus probable que cela favorise un débat franc et ouvert.

(d) Quorum

Il doit y avoir quorum à une réunion du conseil pour que des questions puissent y être délibérées. Les dispositions des statuts ou des règlements décriront les exigences en matière de quorum et prévoiront habituellement qu'aucune question ne peut être délibérée à une réunion du conseil s'il n'y a pas quorum. S'il n'y a pas de telles dispositions, les exigences en matière de quorum prévues dans les lois sur les sociétés s'appliqueront. En plus des exigences au sujet de la taille du quorum, bon nombre de lois sur les sociétés canadiennes exigent également qu'un certain nombre des administrateurs présents à une réunion du conseil d'administration soient des résidents canadiens. En règle générale, l'exigence en vertu de la loi est que la majorité des personnes présentes soient des résidents canadiens, mais la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* exige simplement que 25 % des personnes présentes soient des résidents canadiens. La loi de l'Ontario n'impose pas d'exigence de ce type. Si le nombre requis de résidents canadiens n'est pas présent à la réunion, les mesures prises par le conseil ou le comité ne prendront effet que si elles sont ratifiées par la suite par suffisamment d'administrateurs qui sont résidents canadiens.

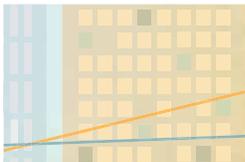
(e) Vote

À moins que les statuts ou les règlements n'en disposent autrement, les mesures prises par le conseil le sont habituellement grâce à un vote à la majorité simple des administrateurs présents. Toutefois, il peut y avoir des circonstances où le conseil décide qu'il est approprié ou souhaitable que l'approbation du conseil soit donnée par une plus grande majorité, ou même à l'unanimité, avant de procéder.

Le procès-verbal de la réunion du conseil contiendra simplement une mention de l'adoption d'une motion. Les administrateurs en désaccord avec la décision doivent être conscients qu'ils sont réputés avoir consenti à la mesure à moins qu'ils n'expriment leur dissidence. Dans la plupart des territoires, l'abstention ne constitue pas l'expression d'une dissidence. L'administrateur qui s'est abstenu de voter sera réputé avoir consenti à la résolution, sauf dans le cas de certains conflits d'intérêts, pour lesquels l'abstention est permise en vertu de la loi. La dissidence d'un administrateur doit être consignée dans le procès-verbal, ou l'administrateur doit demander qu'elle le soit. L'administrateur peut aussi envoyer l'expression

de sa dissidence par écrit au secrétaire de la réunion avant que celle-ci ne soit ajournée, ou à la société après son ajournement. Si un administrateur n'était pas présent à la réunion au cours de laquelle le conseil a pris une mesure avec laquelle l'administrateur est en désaccord, l'administrateur doit demander que sa dissidence soit indiquée dans le procès-verbal de la réunion ou envoyer l'expression de sa dissidence par écrit à la société dans les sept jours après le moment où il a appris que la résolution a été adoptée.

Un administrateur qui exprime sa dissidence conformément aux procédures prescrites par la loi évitera certaines responsabilités. Par exemple, les dispositions des lois sur les sociétés qui rendent les administrateurs responsables envers la société pour l'émission inappropriée d'actions ou pour le versement de dividendes ou le rachat d'actions en contravention de la loi n'imposent une responsabilité qu'aux administrateurs qui ont voté pour la mesure, ou qui y ont consenti.



(f) Procès-verbaux

La société est tenue de conserver des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration et les administrateurs ont le droit de les consulter. Les procès-verbaux constitueront la preuve au sujet des personnes présentes et de ce qui a été accompli au cours de la réunion. Il est donc crucial qu'ils donnent une indication exacte de ce qui s'est passé au cours de la réunion. Il est aussi important de distribuer les procès-verbaux dans les plus brefs délais après la tenue de la réunion. Cela permet aux administrateurs qui y ont assisté de confirmer l'exactitude du procès-verbal pendant qu'il est frais dans leur mémoire, et aux administrateurs qui étaient absents d'exprimer leur dissidence, s'il y a lieu, aussi rapidement que possible.

Il y a à l'occasion des débats au sujet des détails que devrait comporter le procès-verbal sur les discussions tenues au cours de la réunion. Les procès-verbaux constituent rarement un exposé exhaustif de tout ce qui a été dit au cours de la réunion. Toutefois, le procès-verbal doit décrire un tant soit peu la nature de la discussion pour prouver que le conseil a étudié une question de façon approfondie et réfléchie. Si le conseil a reçu les conseils d'experts ou de conseillers, cela devrait être mentionné dans le procès-verbal. Il devrait également indiquer toute dissidence exprimée par un administrateur. Le procès-verbal d'une réunion des administrateurs constituera une preuve très convaincante au cours d'une procédure ultérieure visant à contester la conduite des administrateurs au sujet d'une décision particulière.

3. Délégation

Comme il a été mentionné d'entrée de jeu, le conseil d'administration n'est habituellement pas en mesure de gérer directement les affaires quotidiennes de la société; il délègue donc des pouvoirs à d'autres personnes. Il délègue non seulement à la direction, mais aussi aux comités du conseil et parfois à d'autres comités composés, en totalité ou en partie, de personnes qui ne sont pas membres du conseil. Lorsqu'ils délèguent leurs responsabilités, les administrateurs doivent être convaincus, sur le plan commercial, que la tâche est déléguée à la personne ou au comité qui est en mesure de l'accomplir.

Certaines responsabilités sont généralement considérées comme étant trop importantes pour que les administrateurs puissent les déléguer à un comité du conseil. En vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, ces mesures comprennent :

- l'adoption de changements aux règlements (ce qui serait de toute façon assujéti à l'approbation des actionnaires);
- l'approbation des états financiers annuels, d'une circulaire de sollicitation de procurations par la direction, d'une circulaire d'offre d'achat ou d'une circulaire des administrateurs;
- l'émission de titres (sauf selon des conditions déjà approuvées par le conseil);
- la déclaration de dividendes; et
- l'achat ou le rachat d'actions de la société.

Certaines lois sur les sociétés interdisent également aux administrateurs de déléguer la nomination ou la destitution du chef de la direction, du chef des finances, du président et du président du conseil de la société. Quelles que soient les responsabilités déléguées à un comité du conseil, certaines questions faisant partie du mandat de ce comité peuvent néanmoins devoir être évaluées et approuvées par le conseil en réunion plénière, comme des questions de politique ou des problèmes qui ne font pas partie du cours normal des activités de la société. En pratique, les comités de nombreux conseils n'approuvent pas officiellement les questions qui leur sont présentées; ils renvoient plutôt la question au conseil en réunion plénière en présentant leur recommandation.

(a) Comités du conseil

Les comités du conseil permettent aux administrateurs de partager les responsabilités et de consacrer les ressources nécessaires à un problème ou à un domaine particulier. Les comités qui se composent exclusivement d'administrateurs indépendants sont mis sur pied pour régler des questions particulières pour le conseil, de sorte que les délibérations du conseil à ce sujet sont indépendantes et sont perçues comme telles. Malgré cette délégation de responsabilités aux comités du conseil, le conseil conserve la responsabilité ultime pour toutes les questions assignées au comité afin qu'il les étudie et les règle.

Toutes les sociétés ouvertes doivent, en vertu de la loi, posséder un comité d'audit et de nombreuses sociétés fermées choisissent d'en avoir un puisque cela constitue une bonne pratique. La plupart des sociétés ouvertes possèdent des comités qui gèrent les questions de rémunération et de mise en candidature des administrateurs. Les sociétés qui possèdent de plus grands conseils ont aussi un comité exécutif. Certaines sociétés ont aussi d'autres comités, comme un comité de gouvernance, un comité de l'environnement, de la santé et de la sécurité, un comité de planification ou un comité de retraite. Les conseils peuvent également mettre sur pied à l'occasion des comités ad hoc ou spéciaux afin de régler des problèmes particuliers ou d'effectuer des opérations.

La taille du comité dépendra de son mandat. Bien qu'un comité doive avoir suffisamment de membres pour représenter différentes perspectives et une diversité d'antécédents, il doit aussi constituer un groupe de travail efficace et compter idéalement le moins de membres possible.

La composition d'un comité dépendra de la nature de celui-ci. Sous réserve de certaines exceptions, un comité d'audit doit se composer uniquement d'administrateurs indépendants en vertu du Règlement 52-110. Les sociétés peuvent également souhaiter se conformer aux pratiques exemplaires recommandées aux termes de l'IG 58-201 au sujet de la composition d'un comité des candidatures ou de la rémunération. Si un comité indépendant est formé pour une opération particulière, le conseil devrait y nommer les administrateurs qui n'ont aucun lien de dépendance avec la question sous étude et, le cas échéant, les administrateurs qui répondent à la

définition d'« administrateur indépendant » en vertu des lois sur les valeurs mobilières ou aux termes des politiques visant une telle opération, comme le Règlement 61-101. Si le comité étudie certains aspects des activités de la société ou un domaine spécialisé, comme des questions d'ordre environnemental, il devrait être composé des administrateurs qui connaissent le plus la question ou qui ont les meilleures qualifications dans ce domaine.

Un comité du conseil sera normalement mis sur pied par voie de résolution du conseil. Cette résolution devrait décrire le mandat du comité ainsi que la portée de ses pouvoirs. Le Règlement 52-110 exige qu'un comité d'audit possède une charte écrite et que certaines responsabilités et certains pouvoirs soient assignés au comité d'audit. L'IG 58-201 recommande que les comités des candidatures et de la rémunération possèdent des chartes écrites établissant l'objet, la composition, les responsabilités et les pouvoirs du comité. Les comités auront souvent le droit de déterminer la manière de tenir leurs réunions, de fixer leur quorum et la fréquence de leurs réunions, à défaut d'exigences précises dans les règlements de la société ou les lois sur les valeurs mobilières applicables traitant de ces questions.

(b) Comité d'audit

Les états financiers de la société constituent une source précieuse de renseignements au sujet des affaires de la société. Par conséquent, le rôle du comité d'audit dans le processus de déclaration financière fait l'objet d'un examen minutieux. L'auditeur relève du comité d'audit et la relation entre l'auditeur et le comité d'audit doit être empreinte de confiance et de franchise. Le comité d'audit est chargé de superviser le travail de l'auditeur externe de la société ainsi que ses qualifications et son indépendance. Habituellement, le comité d'audit évalue le rendement de l'auditeur externe et présente au conseil d'administration des recommandations au sujet de la reconduction de son mandat ou de la nomination de l'auditeur à proposer lors de l'assemblée annuelle des actionnaires de la société. L'auditeur est nommé par les actionnaires chaque année au cours de l'assemblée annuelle. Seuls les actionnaires peuvent révoquer l'auditeur. Si le poste d'auditeur est vacant, les administrateurs sont tenus de combler la vacance, à moins que les actionnaires l'aient fait au cours de l'assemblée pendant laquelle ils ont révoqué l'auditeur, ou que les statuts de la société prévoient que seuls les actionnaires peuvent combler

une vacance au poste d'auditeur. Si l'auditeur démissionne ou est sur le point d'être révoqué ou remplacé, il peut présenter à la société une déclaration exposant les motifs de sa démission ou de son opposition à sa révocation ou à son remplacement. Les sociétés ouvertes doivent aussi se conformer aux exigences de déclaration du Règlement 51-102 et divulguer tout désaccord entre la société et son auditeur qui a mené à la démission ou à la révocation de l'auditeur.

En vertu des lois sur les sociétés, le comité d'audit est chargé d'examiner les états financiers annuels de la société avant qu'ils soient soumis à l'approbation du conseil en réunion plénière. Cela donne une autre garantie que les états financiers annuels présentent un portrait juste et équilibré de la situation.

Le Règlement 52-110 exige que le comité d'audit assume la responsabilité d'examiner l'information financière continue de la société, notamment les états financiers, les rapports de gestion et les communiqués concernant le résultat net annuel et intermédiaire, avant que cette information soit rendue publique. La législation en valeurs mobilières exige également que le comité d'audit examine tous les états financiers (y compris les états financiers intermédiaires) et que le conseil les approuve; toutefois, le conseil peut déléguer l'approbation des états financiers intermédiaires au comité d'audit.

Parmi les autres responsabilités déléguées aux comités d'audit en vertu de la législation en valeur mobilière se trouvent :

- l'approbation préalable de tous les services non liés à l'audit que l'auditeur externe de la société doit lui rendre;
- l'établissement de procédures concernant la réception, la conservation et le traitement des plaintes reçues au sujet de la comptabilité, des contrôles comptables internes ou de l'audit, et concernant l'envoi confidentiel, sous le couvert de l'anonymat, par les salariés de préoccupations touchant des points discutables en matière de comptabilité ou d'audit; et
- l'examen et l'approbation des politiques d'engagement de la société à l'égard des associés et des salariés, anciens ou actuels, de l'auditeur externe de la société.

Les comités d'audit sont aussi chargés de l'encadrement du contrôle interne de l'information financière et des activités des auditeurs internes. Les auditeurs internes se concentrent habituellement sur les contrôles financiers et l'information au sujet de

l'exploitation interne. Pour surveiller leurs activités, le comité d'audit doit comprendre et approuver les objectifs des auditeurs internes, leur plan d'audit annuel et leurs domaines prioritaires. Le comité d'audit devrait poser des questions à la direction au sujet de son évaluation des risques, des contrôles environnementaux et de sécurité, de la conformité aux exigences réglementaires et des normes générales de conduite commerciale.

Dans le cadre de sa surveillance de la communication de l'information financière, le comité d'audit devrait évaluer la fiabilité des résultats déclarés et la qualité des bénéfices déclarés. Par exemple, le comité d'audit devrait :

- évaluer à quel point la direction a été audacieuse ou prudente en préparant les états financiers et, en particulier, examiner si l'évaluation par la direction de l'importance relative aux fins des états financiers est appropriée, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif;
- être attentif aux développements et aux enjeux importants touchant la comptabilité et la communication de l'information, et à leur incidence sur la communication de l'information financière;
- examiner la pertinence des politiques comptables importantes et évaluer d'autres traitements possibles en vertu des principes comptables généralement reconnus applicables;
- revoir les estimations importantes dont s'est servie la direction au cours de la préparation des états financiers, le processus utilisé pour les obtenir et l'incidence de ces estimations sur les états financiers; et
- revoir les risques importants en matière d'information financière, y compris les risques de fraude, ainsi que les plans visant à les réduire.

Différentes politiques comptables peuvent avoir des effets très différents sur les résultats financiers déclarés. Le comité d'audit devrait évaluer si les politiques comptables de la société sont raisonnables et pertinentes et s'il serait opportun de les changer. Il peut être obligatoire d'apporter des changements aux politiques comptables en raison de nouvelles règles comptables ou réglementaires, ou approprié de le faire en fonction de pratiques commerciales. La justification d'un changement proposé aux politiques comptables et l'incidence du changement sur les résultats financiers déclarés devraient être évaluées, tout comme l'incidence du changement dans les résultats financiers sur la façon dont l'information est utilisée par la société.

Pour produire des estimations, il faut exercer un jugement qui repose sur des hypothèses sur les mesures et les conditions économiques actuelles et futures. Par conséquent, il est possible qu'elles changent et il existe un risque d'erreur. Les comités d'audit doivent aussi surveiller le risque de manipulation des estimations et des réserves visant à gérer les bénéfices déclarés.

Lorsqu'ils évaluent la qualité des bénéfices déclarés, les comités d'audit devraient être particulièrement attentifs si une opération proposée a été lancée principalement dans le but d'obtenir un traitement comptable particulier et qu'il n'y a pas d'autre objectif commercial associé à l'opération. Les politiques, procédures et limites en matière de gestion des risques devraient être examinées en concertation avec les auditeurs internes et externes dans le but de découvrir toute pratique de communication de l'information financière audacieuse ou douteuse de la direction.

En vertu des lois sur les sociétés, les sociétés ouvertes sont tenues d'avoir un comité d'audit composé d'au moins trois administrateurs et dont la majorité n'est pas constituée d'employés de la société ou d'un membre de son groupe. Toutefois, le Règlement 52-110 exige que les comités d'audit des sociétés ouvertes soient composés d'au moins trois membres, lesquels doivent tous être des « administrateurs indépendants », au sens de ce règlement.

Le Règlement 52-110 exige également que tous les membres du comité d'audit aient des « compétences financières », c'est-à-dire qu'ils aient la capacité de lire et de comprendre un jeu d'états financiers qui présentent des questions comptables d'une ampleur et d'un degré de complexité comparables, dans l'ensemble, à celles dont on peut raisonnablement croire qu'elles seront soulevées lors de la lecture des états financiers de la société. De plus, même s'il n'existe pas au Canada d'exigence que les membres du comité d'audit aient une expertise financière, les sociétés doivent divulguer la formation et l'expérience de chaque membre du comité d'audit qui sont pertinentes pour l'accomplissement de ses responsabilités à titre de membre du comité d'audit.

Les comités d'audit se réunissent habituellement quatre fois par année, mais la fréquence de ces réunions a augmenté au sein de nombreuses sociétés en raison des plus grandes attentes qui sont placées en eux. Le comité d'audit rencontre généralement la direction et l'auditeur avant le début de l'audit annuel,

et ensuite avant l'approbation des états financiers par le conseil d'administration. Les réunions du comité d'audit se déroulent normalement en présence du chef des finances et de l'auditeur de la société, ainsi que des membres du comité. Cependant, le comité d'audit devrait aussi rencontrer séparément la direction et l'auditeur. Le comité d'audit devrait exiger que le chef des finances présente à chacune de ses réunions un rapport sur les questions pertinentes à la situation financière de la société. L'auditeur joue également un rôle crucial dans le processus, puisqu'il aide le comité d'audit à comprendre la qualité et la portée de l'information donnée par la direction et présentée dans les états financiers de la société. L'auditeur assiste aussi le comité d'audit en examinant et en évaluant les systèmes et contrôles financiers visant à assurer l'intégrité de l'information financière.

(c) Comité de la rémunération

La plupart des sociétés ouvertes ont mis sur pied un comité du conseil chargé des questions de rémunération. L'IG 58-201 recommande que le conseil d'administration nomme un comité de la rémunération composé entièrement d'administrateurs indépendants. Le comité devrait adopter une charte écrite décrivant ses responsabilités et la manière de rendre compte au conseil, et il devrait avoir le pouvoir d'engager et de rémunérer des conseillers externes. L'IG 58-201 recommande que le comité de la rémunération soit responsable d'examiner et d'approuver les objectifs de la société pertinents pour la rémunération du chef de la direction, d'évaluer la performance du chef de la direction en fonction de ces objectifs, de faire des recommandations au conseil au sujet de la rémunération du chef de la direction et d'autres dirigeants, des plans de rémunération incitative et des plans à base d'actions, et de revoir l'information sur la rémunération de la haute direction avant sa publication par l'émetteur. Les sociétés ouvertes doivent déclarer publiquement chaque année les processus dont se sert le conseil pour établir la rémunération des administrateurs et des dirigeants de la société; si les membres du comité chargé des questions de rémunération sont tous des administrateurs indépendants et, sinon, les mesures prises par le conseil pour veiller à l'objectivité du processus d'établissement de la rémunération; les responsabilités, les pouvoirs et le fonctionnement du comité de rémunération, et l'identité et le mandat de tout conseiller embauché par le comité au cours du dernier exercice.

La rémunération des membres de la haute direction doit être déclarée chaque année dans la circulaire de sollicitation de procurations de la société. S'appuyant sur cette information, les investisseurs ont fait part de leurs préoccupations au sujet de la forme et du montant de la rémunération des dirigeants et ils ont critiqué la décision du comité de la rémunération; ils l'ont même contestée avec succès dans l'affaire *Repap*. Il n'est pas rare que les comités de la rémunération embauchent des conseillers au sujet de la rémunération de la direction, ou des conseillers indépendants de ceux embauchés pour aider la direction.

Les actionnaires cherchent de plus en plus à donner leur avis au sujet des décisions en matière de rémunération. Par exemple, bon nombre de grandes sociétés ouvertes canadiennes offrent à leurs actionnaires l'occasion de tenir un vote consultatif et non contraignant sur une résolution concernant les pratiques de rémunération de la direction de la société.

(d) Comité des candidatures

Les autorités canadiennes en valeurs mobilières ont recommandé que les conseils mettent sur pied des comités des candidatures permanents composés entièrement d'administrateurs indépendants. L'IG 58-201 recommande que le comité ait une charte écrite qui établit ses responsabilités et la manière de rendre compte au conseil. Le comité des candidatures devrait avoir le pouvoir d'engager et de rémunérer des conseillers externes. Dans le cadre de son processus pour mesurer son efficacité, le conseil devrait évaluer la taille pertinente du conseil et le comité des candidatures devrait être chargé de trouver des personnes qualifiées pour siéger au conseil et recommander au conseil les nouveaux candidats pour la prochaine assemblée annuelle des actionnaires.

L'IG 58-201 recommande également que, avant de proposer ou de nommer des candidats au poste d'administrateur, le conseil devrait, en se servant des conseils et des commentaires du comité des candidatures, prendre en compte les compétences et aptitudes que le conseil, dans son ensemble, devrait posséder; apprécier les compétences et aptitudes de chacun des administrateurs actuels et de chaque candidat, et évaluer si le candidat peut consacrer suffisamment de temps et de ressources à ses tâches d'administrateur. Les sociétés ouvertes doivent divulguer chaque année le processus dont se sert le conseil pour trouver de nouveaux candidats, si le

comité chargé des candidatures au poste d'administrateur se compose entièrement d'administrateurs indépendants et, sinon, les mesures prises par le conseil pour veiller à l'objectivité du processus de mise en candidatures, ainsi que les responsabilités, les pouvoirs et le fonctionnement du comité des candidatures.

(e) Comités spéciaux

Un comité spécial est un comité ad hoc du conseil mis sur pied pour étudier une question particulière. Si le comité doit étudier une question alors qui soulève un conflit d'intérêts pour certains administrateurs, le comité se compose habituellement d'administrateurs qui sont tous indépendants aux fins de la question sous étude. Les comités spéciaux sont devenus l'un des moyens les plus importants qu'un conseil d'administration peut utiliser pour démontrer qu'il s'est servi du processus adéquat et qu'il a étudié une question en profondeur, de façon équilibrée et impartiale, avant de prendre une décision.

Les comités spéciaux font depuis longtemps partie d'une bonne gouvernance. Le Règlement 61-101 recommande également le recours à un comité spécial lorsque la société évalue certaines opérations avec une personne apparentée. *La Loi sur les banques* exige qu'un comité spécial composé d'administrateurs indépendants soit mis sur pied, et qu'il s'agisse d'un comité permanent plutôt qu'un comité ad hoc, afin d'établir les procédures d'examen des opérations entre personnes apparentées.

L'établissement d'un comité spécial n'est pas suffisant en soi pour permettre au conseil de s'acquitter de son devoir d'examiner attentivement et indépendamment une question donnée. La composition du comité spécial, le temps dont il dispose pour évaluer une question, son accès à l'information et le recours à des conseillers constitueront également des facteurs permettant d'établir si le conseil s'est acquitté de son obligation en se servant du comité spécial. Dans l'arrêt *YBM Magnex International Inc.*, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a durement critiqué la composition et les procédures d'un comité spécial qui avait été mis sur pied pour enquêter au sujet de rumeurs à l'effet qu'il existait un lien entre la société et certains membres allégués du crime organisé.

La décision dans l'arrêt *KeepRite* a souligné le rôle important que jouent les comités spéciaux dans une bonne gouvernance. Dans cette affaire, KeepRite

proposait d'acquérir les actifs d'une filiale. Le comité spécial de KeepRite a examiné l'opération proposée et a fait une recommandation au conseil selon laquelle l'opération était juste pour la société et les actionnaires minoritaires. La société a demandé et obtenu l'approbation des actionnaires, mais les actionnaires minoritaires qui s'opposaient à l'opération ont tout de même entamé des poursuites. L'un des motifs donnés par la Cour lorsqu'elle a conclu que l'opération n'était pas abusive était que la question avait fait l'objet d'un examen par un comité d'administrateurs indépendants.

Dans l'arrêt *Schneider*, la Cour d'appel de l'Ontario a indiqué que, lorsqu'un conseil évite les conflits d'intérêts en créant un comité spécial composé d'administrateurs désintéressés agissant de manière indépendante, il incombe au demandeur de prouver que les administrateurs avaient agi de façon inappropriée. La Cour n'a pas suggéré que le fardeau de la preuve devrait être déplacé.

Les tribunaux de l'Ontario ont également accepté que la haute direction puisse participer au processus de négociation d'une opération, dans la mesure où elle n'avait rien fait d'inapproprié. La participation de la direction est permise tant que le comité spécial donne des instructions à la direction et que le comité spécial prend la décision finale de recommander l'opération au conseil.

4. Conflit d'intérêts des administrateurs

Les administrateurs peuvent avoir certaines relations qui les placeront en situation de conflit d'intérêts ou qui les obligeront à divulguer les détails de la relation.

(a) À quel moment y a-t-il conflit?

Les administrateurs qui ont un intérêt dans un contrat existant ou proposé avec la société doivent étudier la question attentivement. Si le contrat est important pour la société ou l'administrateur, celui-ci aura l'obligation en vertu de la loi de déclarer son intérêt et de s'abstenir de voter sur la question, sous réserve de certaines exceptions.

Les lois sur les sociétés obligent les administrateurs à divulguer par écrit à la société leur intérêt dans un contrat important (le fait que le contrat soit important ou non sera déterminé en tenant compte du seuil d'importance relative de la société ou de l'administrateur) ou à demander à ce que cet intérêt soit mentionné dans le procès-verbal d'une réunion du conseil. La nature de l'intérêt d'un administrateur doit être divulguée de manière suffisamment détaillée pour permettre aux autres administrateurs de comprendre quel est cet intérêt et quelle en est l'ampleur. L'intérêt d'un administrateur doit également être déclaré dans le délai prescrit par la loi sur les sociétés applicable.

En vertu des lois sur les sociétés, les administrateurs ont un intérêt dans un contrat non seulement s'ils sont eux-mêmes partie au contrat, mais aussi s'ils possèdent un intérêt important dans une personne qui est partie au contrat ou s'ils sont administrateurs ou dirigeants de cette personne. Les lois ne déterminent pas à quel moment un administrateur a un intérêt important dans une personne, mais on interprète généralement l'intérêt important comme étant un intérêt qui est suffisant pour donner lieu à certains avantages pour l'administrateur.

Les administrateurs qui sont aussi des actionnaires importants de la société ne sont pas automatiquement en situation de conflit. Ces administrateurs doivent toutefois séparer leur rôle à titre d'administrateurs de leurs intérêts à titre d'actionnaires. Lorsqu'ils exercent leur droit de vote à titre d'actionnaires, ces administrateurs peuvent, bien sûr, voter sans tenir compte des intérêts des autres actionnaires. Toutefois, lorsqu'ils votent à titre d'administrateurs, ils doivent agir au meilleur des intérêts de la société relativement à toute question qui leur est présentée.

(b) Vote et abstention de vote

Les administrateurs ne peuvent habituellement pas voter au sujet d'un contrat dans lequel ils ont un intérêt important. En vertu de certaines lois sur les sociétés, ils ne peuvent également pas assister à la partie de la réunion du conseil portant sur le contrat. Il existe certaines exceptions dans le cas des contrats portant sur la rémunération des administrateurs ou sur une indemnité ou une assurance qui les touche. Il y a aussi des exceptions si le contrat en question touche un membre du groupe de la société. En raison de cette dernière exception, les administrateurs qui siègent au conseil de sociétés membres du même groupe ne sont pas tenus de s'abstenir de voter sur les contrats entre les deux sociétés pour lesquelles ils agissent.

L'omission de déclarer l'intérêt de l'administrateur dans un contrat important ou, dans certains cas, le fait de voter lorsqu'il n'en a pas le droit peuvent entraîner deux conséquences. Premièrement, l'administrateur peut être tenu de rendre compte à la société ou à ses actionnaires des gains ou des profits réalisés à la suite du contrat. Deuxièmement, la société, ses actionnaires ou, dans certains cas, les autorités de réglementation des valeurs mobilières peuvent demander au tribunal d'annuler le contrat. En vertu de certaines lois, l'administrateur peut néanmoins éviter ces résultats si le contrat est confirmé ou approuvé par voie de résolution spéciale des actionnaires après que l'intérêt de l'administrateur dans le contrat a été divulgué de façon appropriée. Si l'administrateur a omis de faire les divulgations requises et que le contrat n'était pas raisonnable et juste pour la société au moment où les actionnaires l'ont approuvé, la loi sur les sociétés n'accorde aucune protection à l'administrateur.

Les administrateurs devraient être conscients du fait que les dispositions spécifiques des lois sur les sociétés qui traitent du cas d'un administrateur qui est en situation de conflit ne s'appliquent que dans des circonstances relativement limitées. Elles ne s'appliquent qu'à certains contrats ou contrats proposés avec la société et n'incluraient vraisemblablement pas les litiges, par exemple. De plus, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats qui sont importants pour la société ou pour l'administrateur, et non aux contrats qui n'atteignent pas ce seuil.

Toutefois, en pratique, la plupart des administrateurs appliquent les règles de façon générale. Ils ne limitent pas les restrictions simplement aux exigences

réglementaires, mais ils se préoccupent également de la question de conflit réel ou perçu et de ce qui semble être la bonne chose à faire. En pratique, les administrateurs se retireront complètement de l'évaluation d'une question particulière lorsqu'il peut y avoir perception de conflit, ou une perception qu'ils ne peuvent porter un jugement objectif dans le cadre de l'étude de la question. Dans les circonstances appropriées, les administrateurs déclareront leur situation et se retireront non seulement du vote, mais aussi de la discussion. Toutefois, les administrateurs devraient être conscients du fait que leur abstention du vote, sauf dans certaines circonstances limitées, ne peut les protéger de la responsabilité en vertu des lois sur les sociétés. Dans les situations particulièrement difficiles, il peut être nécessaire ou approprié que l'administrateur démissionne.

5. Gestion de l'information

(a) Information fournie aux administrateurs

Puisque les administrateurs sont chargés de superviser la direction de la société, ils ont le droit d'avoir accès à tout renseignement appartenant à la société. La circulation de l'information aux administrateurs est cruciale pour qu'ils puissent s'acquitter de leurs responsabilités. Il est important de trouver un équilibre entre, d'une part, informer les administrateurs au sujet des questions importantes auxquelles la société est confrontée et leur donner l'information dont ils ont besoin pour se former une opinion éclairée et, d'autre part, éviter de leur donner tellement de renseignements qu'ils passent tout leur temps à les trier dans le but de trouver ceux qui sont vraiment pertinents. Dans son rapport de 1986 au sujet de l'effondrement de la Banque Commerciale du Canada et de la Norbanque, l'honorable Willard Estey a jugé que l'incapacité du conseil de la Banque Commerciale du Canada d'exercer ses fonctions était directement liée à la mauvaise circulation de l'information vers le conseil :

[TRADUCTION] L'une des clés des problèmes du conseil dans la gestion des affaires de la banque résulte du fait qu'il n'a pas insisté pour que la direction lui envoie des renseignements simples et directs, régulièrement et rapidement. Les institutions et les processus étaient en place au sein du gouvernement à ce moment, mais ils ne fonctionnaient pas parce que la direction n'envoyait pas et le conseil ne demandait pas la

communication de l'information de base nécessaire pour le contrôle des affaires de la banque et pour que la direction respecte les politiques adoptées par le conseil.

Un conseil d'administration doit mettre en place des systèmes afin de s'assurer de recevoir l'information clé. C'est souvent le chef de la direction de la société qui détermine, en premier lieu, l'information qui est transmise au conseil. Le président indépendant du conseil ou l'administrateur principal, selon le cas, devrait aussi participer à cette décision. Il est crucial que les administrateurs reçoivent l'information assez rapidement pour leur permettre de la lire et de l'assimiler. Le temps nécessaire pour ce faire dépendra du volume et de la complexité de l'information.

(b) Rapports financiers

La responsabilité de la communication de l'information financière de la société fait partie des responsabilités les plus importantes du conseil d'administration, puisqu'il s'agit du principal moyen de communiquer l'information sur les activités et les perspectives de la société aux actionnaires et aux investisseurs potentiels.

Les états financiers annuels et intermédiaires sont préparés par la direction. Les états financiers intermédiaires peuvent être approuvés par le comité d'audit ou par le conseil d'administration, et les états financiers annuels doivent être revus par le comité d'audit et approuvés par le conseil d'administration avant d'être présentés aux actionnaires. Les lois sur les sociétés et les lois sur les valeurs mobilières obligent les sociétés ouvertes à avoir des états financiers annuels audités et à mettre sur pied un comité d'audit. Si les états financiers intermédiaires ne sont pas examinés par l'auditeur de la société, ils doivent être accompagnés d'une note à cet effet lorsqu'ils sont présentés aux actionnaires et déposés auprès des autorités de réglementation des valeurs mobilières. Ces procédures visent toutes à garantir que les états financiers présentent un aperçu juste et équilibré.

L'importance des états financiers est renforcée par l'exigence réglementaire voulant que la société explique en grande partie ce qui est présenté dans les états financiers dans un texte sous forme narrative appelé rapport de gestion. Bien que le rapport de gestion soit décrit comme étant des commentaires de la direction (en anglais *management's discussion*), aux termes du *Règlement 51-102 sur les obligations*

d'information continue (Règlement 51-102), le conseil d'administration doit examiner et approuver le rapport de gestion annuel qui accompagne les états financiers annuels, et le conseil d'administration ou le comité d'audit peut examiner et approuver le rapport de gestion qui accompagne les états financiers intermédiaires. Le rôle des administrateurs dans la préparation du rapport de gestion est décrit plus en détail à la partie IV.

L'examen des états financiers par le conseil d'administration ou le comité d'audit doit être davantage qu'une simple lecture pour la forme des états préparés et communiqués par la direction. Il incombe aux administrateurs d'examiner les états dans le but de déceler toute indication que la société a des problèmes. Dans la décision *Standard Trustco*, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a critiqué un conseil d'administration pour avoir indûment approuvé des états financiers et rendu publique cette information.

Le conseil d'administration devrait poser des questions au sujet des états financiers aux membres du comité d'audit, à la direction, aux auditeurs et à tout autre conseiller. Par exemple, il peut être pertinent que les administrateurs remettent en question la pertinence de la politique de comptabilisation des charges et des produits de la société, ou les décisions de la direction de déprécier ou non certains actifs. Les grands cabinets comptables ont rédigé des exemples de questions à l'intention des conseils d'administration et des comités d'audit afin de les éclairer au sujet du type de questions qui aident les administrateurs à en savoir davantage sur les états financiers.

(c) Information occasionnelle

Puisque l'un des principes fondamentaux des marchés publics est l'égalité d'accès à l'information importante, la publication dans les plus brefs délais de l'information au sujet des affaires et des activités d'une société ouverte constitue l'une des obligations fondamentales de ces sociétés. Les sociétés ouvertes doivent communiquer certains renseignements chaque année; certains d'entre eux doivent être transmis aux actionnaires et d'autres renseignements doivent être déposés par voie électronique auprès des autorités de réglementation des valeurs mobilières pour qu'ils soient rendus publics sur le site Web de SEDAR. Le conseil devrait s'assurer que des procédures sont en place pour veiller à ce que la

société respecte ses obligations d'information occasionnelle et à ce que l'information transmise soit véridique et exacte. Ces exigences sont analysées de façon plus détaillée à la partie IV.

6. Loi sur les valeurs mobilières et exigences des bourses

Les procédures que suivaient par le passé certaines sociétés dans le cadre d'une bonne gouvernance constituent maintenant des obligations des sociétés ouvertes en vertu des lois sur les valeurs mobilières et des exigences des bourses. Il s'agit souvent de politiques qui s'appliquent de manière générale à bon nombre des activités de la société; il faut donc en tenir compte lorsqu'un conseil d'administration élabore la procédure appropriée pour traiter de certaines questions.

(a) Bourses

Les bourses canadiennes imposent aux sociétés ouvertes certaines exigences en matière de gouvernance et de communication d'information. En plus de la réglementation de l'inscription en bourse initiale et du maintien de l'inscription, les bourses ont aussi imposé des exigences en matière de gouvernance. Celles-ci portent généralement sur l'élection des administrateurs et sur les opérations comprenant l'émission d'actions, et elles peuvent exiger, dans certains cas, l'approbation des actionnaires, y compris celle des actionnaires minoritaires. La TSX exige également que les émetteurs inscrits respectent les exigences d'information concernant les pratiques en matière de gouvernance énoncées dans le Règlement 58-101. En général, les bourses peuvent appliquer leurs règles parce qu'elles ont la capacité de refuser l'inscription des actions d'une société ou de suspendre leur négociation. Dans plusieurs cas, elles sont aussi en mesure de demander à la commission des valeurs mobilières concernée de prendre des mesures contre une société ou ses administrateurs.

(b) Rôle de l'organisme de réglementation des valeurs mobilières

Même si bon nombre des exigences juridiques touchant les administrateurs et leurs sociétés se trouvent dans les lois sur les sociétés, les organismes de réglementation des valeurs mobilières canadiens ont été actifs au cours des dernières années en adoptant des lignes directrices et des règles régissant

la conduite des entreprises. Les organismes de réglementation des valeurs mobilières ont traditionnellement interprété leur mandat de protéger l'intérêt public comme comprenant le fait de s'assurer que les pratiques et les procédures des entreprises respectent les attentes du public, même si cela va au-delà de la loi sur les sociétés existante.

Par exemple, le Règlement 61-101 prescrit certaines normes de gouvernance dans le cadre d'offres publiques d'achat faites par un initié, d'offres publiques de rachat, de regroupements d'entreprises et d'opérations entre personnes apparentées.

D'autres initiatives des Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont une incidence importante sur les émetteurs assujettis, leurs administrateurs et dirigeants et les autres parties touchées par la gouvernance et la communication de l'information. Des exigences ont été mises en œuvre au sujet de l'attestation des dépôts de documents annuels et trimestriels par les chefs de la direction et les chefs des finances (*Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs* [Règlement 52-109]). Des normes ont été imposées au sujet de la composition et des pratiques du comité d'audit (Règlement 52-110). On a également mis en œuvre des exigences harmonisées au sujet de la communication de l'information aux investisseurs (Règlement 51-102). Des lignes directrices en matière de gouvernance (IG 58-201) et des exigences au sujet de la communication d'information concernant les pratiques en matière de gouvernance (Règlement 58-101) ont aussi été mises en application. Au moment de la rédaction de la présente édition, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario étudie des modifications proposées au Règlement 58-101A1 visant à exiger la communication des limites aux mandats des administrateurs et de la représentation des femmes aux conseils d'administration.

La plupart des provinces ont adopté une législation offrant des recours civils aux investisseurs qui négocient sur le marché secondaire en cas d'information fautive ou trompeuse (aussi appelée « présentation inexacte des faits ») dans la communication écrite ou verbale des émetteurs assujettis, de leurs représentants et de certaines autres parties, ou en cas de manquements aux obligations d'information occasionnelle concernant des changements importants.

En vertu de la législation, les émetteurs assujettis, leurs administrateurs et certains dirigeants, ainsi que des personnes influentes (notamment des promoteurs, des personnes contrôlantes et certains autres initiés) sont personnellement responsables envers les investisseurs qui achètent des titres sur le marché secondaire en cas d'information fautive ou trompeuse dans l'information communiquée au public et de manquements aux obligations d'information occasionnelle, sous réserve de certains moyens de défense prévus par la loi et de limites financières. Les investisseurs n'ont pas à prouver qu'ils se sont fiés à l'information fautive ou trompeuse.



IV. Les administrateurs en action



IV. Les administrateurs en action

La partie IV décrit un certain nombre de décisions que les administrateurs, surtout ceux de sociétés ouvertes, doivent prendre et parle des questions dont il faudrait particulièrement tenir compte en prenant ces décisions. Les décisions relatives au financement sont parmi les décisions les plus cruciales, notamment celles à savoir s'il vaut mieux réunir des capitaux ou contracter des dettes et s'il faut avoir recours aux marchés des capitaux pour ce faire. Si la société décide d'avoir recours aux marchés des capitaux, les décisions au sujet des obligations d'information continue deviennent primordiales. Il est possible que surviennent pendant le mandat des administrateurs des événements donnant lieu à la prise de décisions importantes, par exemple un incident d'ordre environnemental, une offre publique d'achat, une opération à laquelle participe un actionnaire important ou des difficultés financières. Dans ces cas, les administrateurs doivent s'informer au sujet de la loi applicable et s'acquitter de leurs responsabilités de façon éclairée au mieux des intérêts de la société.

La partie I de ce guide portait sur la nature fondamentale des responsabilités des administrateurs envers la société et les questions liées à l'exercice de ces responsabilités. La partie III décrivait certaines questions fondamentales en matière de gouvernance dont les administrateurs devraient tenir compte afin de s'acquitter convenablement de leurs fonctions. Cette partie applique les principes décrits dans les parties I et III concernant certaines des questions évaluées le plus souvent par un conseil d'administration.

1. Financement

Les décisions de financement comptent parmi les plus importantes pour une société. Les fonds peuvent être réunis sous forme de capitaux empruntés ou de capitaux propres. Dans certaines circonstances, une société peut améliorer sa capacité à hausser ses profits en augmentant son levier financier (ou son ratio d'endettement), mais cela peut aussi amplifier les pertes. Si la structure du capital d'une société contient trop de dettes ou est autrement inappropriée, cela peut nuire à la stabilité de la société, surtout en période de repli du secteur ou du cycle économique. D'autre part, bien que le fait de réunir des capitaux

puisse ajouter de la stabilité, l'effet de dilution touchant les actionnaires existants peut ne pas être apprécié. Les décisions de financement sont généralement prises par l'ensemble du conseil d'administration, mais il est parfois possible de déléguer certains aspects du financement à un comité du conseil ou à un membre de la haute direction désigné.

(a) Émission de titres de créance

Pour la majorité des sociétés, la principale source de financement par emprunt était traditionnellement le financement bancaire. Selon la société et ses besoins en financement, ces arrangements variaient d'un simple prêt d'exploitation et de facilités à terme à des arrangements beaucoup plus variés et sophistiqués. Bon nombre de sociétés obtiennent maintenant du financement en émettant des obligations.

Le conseil d'administration doit tenir compte de divers facteurs lorsqu'il évalue les exigences de financement précises et globales de la société et les sources desquelles ce financement peut provenir. Les décisions de financement seront influencées, par exemple, par les fonds que la direction prévoit tirer des activités, par le niveau de dépenses en immobilisations prévu et par la nécessité d'équilibrer des facteurs comme la durée de vie et l'emplacement des actifs et la durée et la monnaie

du financement. Le conseil devrait aussi tenir compte du ratio d'endettement qui est approprié pour la société, des incidences d'un emprunt supplémentaire sur sa capacité de financer ses engagements existants et de l'incidence sur sa notation. La plupart des grands émetteurs demanderont à une agence de notation canadienne ou américaine de noter leur dette publique et leurs actions privilégiées. Ces agences surveilleront la solvabilité et d'autres aspects financiers de la société et accordent une note à chaque titre noté. Cette note a par la suite une incidence sur le financement. Plus la note est bonne, moins le coût des fonds est élevé et plus la gamme d'investisseurs potentiels est grande.

L'ampleur et la source des emprunts et les autres exigences en matière de capital seront d'abord recommandées au conseil par la haute direction, habituellement par l'entremise du chef des finances. Lorsqu'ils évaluent un prêt donné, les administrateurs devraient tenir compte du taux d'intérêt offert, du fait que ce taux soit fixe ou variable et du fait que le prêt soit à court, moyen ou long terme. Les autres caractéristiques d'un prêt, comme la monnaie, les sûretés exigées par le prêteur et toute clause restrictive, peuvent être importantes et devraient être étudiées attentivement puisqu'elles peuvent avoir une incidence sur tout financement futur et d'autres mesures de la société. Une des caractéristiques des obligations peut être la capacité de les convertir en titres de participation.

(b) Émission d'actions

Le pouvoir d'émettre des actions d'une société revient aux administrateurs; toutefois, il peut être nécessaire dans certains cas d'obtenir l'approbation des actionnaires (par exemple pour autoriser la création d'une catégorie d'actions). Les actionnaires ne peuvent obliger les administrateurs à émettre des actions et les administrateurs ne peuvent déléguer leur pouvoir d'émettre des actions à un comité du conseil, à moins que l'ensemble du conseil n'ait autorisé la façon et les conditions selon lesquelles les actions seront émises. Les deux catégories d'actions qui sont le plus souvent émises sont les actions ordinaires et les actions privilégiées.

Les actions ordinaires sont en général les actions comportant droit de vote de la société. Les porteurs de ces actions élisent les administrateurs de la société et votent sur les questions soumises au vote des actionnaires, selon ce que prévoit la loi, comme il est décrit à la partie III. Généralement, ces actions sont aussi « participatives », c'est-à-dire qu'elles donnent

droit à une part des profits de la société par le biais de dividendes, tels que déterminés par les administrateurs, et à une participation au reliquat des biens de la société en cas de dissolution.

Traditionnellement, les actions ordinaires de la société possédaient les trois attributs des actions, soit le droit de voter, le droit aux dividendes discrétionnaires et le droit à une part du reliquat de la société au moment de sa dissolution. De nos jours, il n'est pas rare que ces trois attributs soient séparés. Les actions ordinaires ne comportant pas de droit de vote, par exemple, ne donnent pas le droit de voter, mais sont généralement entièrement participatives.

Comme leur nom l'indique, les actions privilégiées comportent un type de préférence ou de priorité sur les actions qui leur sont subordonnées, y compris les actions ordinaires. La priorité porte habituellement sur les dividendes et le remboursement du capital. Les actions privilégiées peuvent aussi comporter d'autres caractéristiques, comme un droit de conversion en actions ordinaires, ce qui en réalité leur accorde certains des attributs des actions ordinaires, ainsi qu'un taux de dividendes fixe.

Les actions privilégiées peuvent être émises pour une durée indéfinie. Par ailleurs, ils peuvent avoir une durée déterminée, être rachetables au gré de la société à un ou des moments précis ou rachetables au gré du porteur à des moments précis. Une durée fixe ou un droit de rachat au gré du porteur peut avoir une incidence sur la qualification des actions privilégiées selon les règles comptables, les agences de notation et le marché en général. Bien que les actions privilégiées aient traditionnellement été considérées comme des titres de participation permanents, le recours aux caractéristiques comme la durée fixe ou le droit de rachat au gré du porteur ont fait en sorte que ces actions privilégiées sont parfois davantage considérées comme des titres de créance que des titres de participation, ce qui représente un autre facteur dont il faut tenir compte lorsqu'on évalue le ratio d'endettement approprié.

L'établissement des conditions appropriées des actions privilégiées, y compris le taux de dividendes et le fait que l'action devrait être un titre de participation permanent ou comporter une durée fixe ou un droit de rachat au gré du porteur, sera grandement influencé par les variables du marché et par la situation de la société au moment du financement. Pour répondre à ce besoin de souplesse dans l'établissement des conditions des actions privilégiées, les statuts de la société peuvent autoriser une ou

plusieurs catégories d'actions privilégiées, puis permettre aux administrateurs de fixer les conditions précises de ces actions, qui peuvent ensuite être émises en une ou plusieurs séries de la catégorie déjà créée, sans que l'approbation des actionnaires ne soit nécessaire. Cela offre une grande souplesse à la société.

Si la société a un montant limité de capital autorisé, les administrateurs doivent être convaincus qu'il y a suffisamment de capital pour émettre les actions. La plupart des sociétés canadiennes sont cependant autorisées, en vertu de leurs statuts de constitution, à émettre un nombre illimité d'actions ordinaires. Les administrateurs doivent également être certains que les actions sont émises à des fins commerciales appropriées. La plupart du temps, l'objectif consiste à réunir des capitaux ou à acquérir des actifs pour la société, mais certains conseils ont utilisé leur pouvoir d'émettre des actions à titre de mesure de défense contre une partie qui souhaite prendre le contrôle de la société. Dans les situations où les administrateurs croient de bonne foi que le fait d'émettre des actions pour effectuer ou prévenir un changement de contrôle est au mieux des intérêts de la société, les tribunaux ont accepté qu'il s'agisse d'une fin commerciale appropriée. Le fait d'émettre des actions dans le but de fortifier le conseil existant n'a cependant pas été jugé comme une fin commerciale appropriée.

Les administrateurs doivent aussi être certains que les actions sont émises pour une contrepartie adéquate. Cela peut parfois poser problème lorsque des actions ordinaires sont émises puisque leur valeur peut être difficile à évaluer, même lorsqu'il existe un marché public. Il y a quelques façons d'évaluer les actions. La valeur des actions négociées en bourse sera en général établie en grande partie en fonction de leur historique de négociation récent, mais les cours sur le marché peuvent être influencés par divers facteurs qui peuvent ne pas tous refléter complètement la valeur sous-jacente des actions. De plus, l'introduction d'actions supplémentaires sur le marché et la dilution correspondante des actions existantes peuvent avoir une incidence sur le prix que les nouveaux investisseurs seront prêts à payer pour ces actions. L'établissement du prix des actions se fait parfois en suivant les conseils des conseillers financiers de la société qui sont des experts dans ce domaine.

Si les actions sont émises en contrepartie d'un bien ou de services rendus, les administrateurs doivent être en mesure de conclure que le bien ou les services rendus

valent au moins le prix que la société aurait reçu si les actions avaient été émises en contrepartie d'une somme d'argent. Cela s'applique, par exemple, lorsque les actions sont émises en échange d'actifs acquis par la société, ou aux employés ou aux administrateurs au lieu de la rémunération au comptant. Encore une fois, les administrateurs peuvent demander les conseils de conseillers ou d'autres experts pour prendre cette décision. S'ils omettent de veiller à ce que la valeur du bien ou des services rendus soit adéquate, les administrateurs qui ont voté pour la résolution ou qui y ont consenti s'exposent à une responsabilité personnelle en vertu des lois sur les sociétés.

(c) Accès aux marchés des capitaux

Même si le financement bancaire demeure une source principale de financement par emprunt pour la plupart des sociétés au Canada, les marchés des capitaux privés et publics constituent également des sources importantes de capitaux empruntés et de capitaux propres. Les administrateurs s'exposent à un risque de responsabilité personnelle plus élevé lorsque les fonds sont réunis à l'aide de ces sources.

Il est possible d'accéder aux marchés des capitaux à l'aide d'un placement privé ou d'un autre placement dispensé, ou au moyen d'un appel public à l'épargne à l'aide d'un prospectus. Chacune de ces approches comporte des incidences particulières pour les administrateurs, lesquelles sont analysées ci-dessous.

(i) Placements privés

Le marché privé ou dispensé est réservé en grande partie aux acquéreurs sophistiqués, comme les institutions financières et les fonds de placement ou les caisses de retraite. Les émetteurs peuvent vendre des titres à ces investisseurs sans avoir à se conformer au processus complexe et détaillé du prospectus. Par conséquent, les fonds réunis au moyen d'un placement privé le sont en général plus rapidement et facilement que dans le cadre d'un placement public, mais auprès d'un plus petit groupe d'investisseurs.

S'il doit y avoir un document d'offre pour un placement privé, les administrateurs l'approuvent habituellement en même temps que les conditions des titres offerts et d'autres aspects de l'opération. La société a la responsabilité d'un tel document d'offre et, en vertu des règles dans certains territoires canadiens, les administrateurs peuvent avoir la responsabilité personnelle de ce document s'il contient de l'information fautive ou trompeuse. Néanmoins, pour veiller à ce que la société s'acquitte

de ses responsabilités et afin d'éviter toute réclamation possible contre les administrateurs pour une responsabilité en vertu de la common law que les administrateurs et la société peuvent avoir à l'égard du document, il est important que les administrateurs soient satisfaits que le processus adéquat a été suivi au cours de la préparation du document, que l'information qu'il contient est véridique et qu'il n'y a pas d'omission faisant en sorte que les renseignements qu'il contient sont trompeurs.

(ii) Capitaux publics

Mobiliser des fonds sur le marché public, qui est plus vaste, est un processus beaucoup plus complexe qu'un placement privé et comporte un plus grand potentiel de responsabilité pour les administrateurs que la mobilisation de capitaux privés. Pour accéder à ce marché, qui comprend les épargnants, la société doit offrir ses titres aux termes d'un prospectus. Le prospectus doit révéler de façon complète, véridique et claire tout fait important relatif aux titres qui font l'objet du placement. Cela couvre pratiquement tous les aspects des affaires d'une société, y compris ses résultats financiers, ses activités, le secteur dans lequel elle exerce ses activités et sa direction.

Un prospectus est assorti d'une responsabilité civile en vertu de la loi non seulement pour l'émetteur, mais aussi pour les dirigeants qui signent le document et pour chacun des administrateurs de l'émetteur, qui peuvent être tenus personnellement responsables si le prospectus contient de l'information fausse ou trompeuse. À cette fin, il y a information fausse ou trompeuse non seulement lorsqu'un prospectus contient une déclaration inexacte concernant un fait important, mais aussi s'il omet un fait important dont la divulgation était nécessaire pour faire en sorte qu'une déclaration dans le prospectus ne soit pas trompeuse. En comparaison, dans un contexte de placement privé, il n'y a responsabilité des administrateurs prévue par la loi que dans quelques territoires canadiens et pas dans les provinces où il y a habituellement une grande demande des investisseurs institutionnels pour des titres.

Dans l'arrêt *Danier Leather Inc.*, la Cour suprême du Canada a conclu que l'émetteur n'était pas responsable d'une présentation inexacte des faits dans un prospectus parce que les déclarations contenues dans le prospectus étaient exactes au moment du dépôt. L'émetteur était seulement responsable d'avoir omis de divulguer de l'information après le dépôt si cette information constituait un « changement

important ». Puisqu'un changement aux résultats financiers de l'émetteur après le dépôt ne modifiait pas les affaires, l'exploitation ou le capital de l'émetteur, le changement n'était pas considéré comme un changement important. La Cour a aussi indiqué clairement que la règle de l'appréciation commerciale ne s'applique pas aux obligations d'information en vertu des lois sur les valeurs mobilières.

Mis à part la société et ses administrateurs, un certain nombre d'autres parties encourent aussi une responsabilité aux termes du prospectus. Tout actionnaire qui vend des actions de la société aux termes d'un prospectus encourra une responsabilité. Les placeurs pour compte dans le cadre du placement, ainsi que toute autre personne qui signe le prospectus, comme un promoteur, encourent également une responsabilité. En outre, si le prospectus mentionne le rapport ou l'opinion d'un expert, comme un rapport de l'auditeur sur les états financiers de la société, et que le consentement de l'expert à cette divulgation a été déposé, cet expert sera responsable de la partie visée par son expertise.

Bien que les administrateurs peuvent encourir une responsabilité civile personnelle en vertu de la loi pour un prospectus, ils ont aussi certaines mesures de défense. La défense la plus importante dont peuvent se prévaloir les administrateurs est la défense de « diligence raisonnable ». Dans ce contexte, la diligence raisonnable signifie que les administrateurs ne seront pas tenus responsables s'ils ont mené une enquête raisonnable qui leur a permis d'avoir des motifs raisonnables de croire qu'il n'y avait pas d'information fausse ou trompeuse. Cela a été interprété comme exigeant un niveau de vérification approprié, y compris une vérification indépendante dans les circonstances appropriées. Tous les administrateurs ne pourront pas nécessairement se prévaloir de cette défense de diligence raisonnable. L'explication classique est que les administrateurs internes ne pourront probablement pas se prévaloir de cette défense dans le cours normal des activités puisqu'ils participent quotidiennement aux affaires de la société. Les responsabilités associées au prospectus et les défenses disponibles sont plus amplement abordées à la partie V.

Ce qui est particulièrement important pour les administrateurs externes est l'opinion générale que la diligence, et la vérification connexe, peuvent être déléguées à une autre personne agissant pour le compte des administrateurs. En pratique, selon

l'émetteur et la nature du placement, la diligence est effectuée par la direction en collaboration avec des conseillers externes ou internes qui agissent effectivement pour le compte des administrateurs. Il est important pour les administrateurs qu'ils soient satisfaits que le processus de diligence raisonnable approprié est en place et qu'il a été suivi.

Cela peut être un problème lorsque les sociétés procèdent à un financement à l'aide d'un prospectus simplifié ou d'une autre technique d'appel public à l'épargne accéléré. Comme il est mentionné ci-dessous, dans ces circonstances, les occasions de procéder à une diligence raisonnable sont plus limitées puisque les délais sont plus courts; il faut donc se fier davantage aux procédures internes de la société pour revoir et préparer les documents connexes au prospectus.

(iii) Financement public – Le prospectus simplifié

La majorité des capitaux sont réunis à l'aide du système de prospectus « simplifié ». Le système de prospectus simplifié permet aux émetteurs d'avoir recours à un prospectus abrégé ou simplifié et d'y intégrer par renvoi les documents d'information continue déjà déposés auprès des commissions des valeurs mobilières qui contiennent des faits importants au sujet de la société, comme la notice annuelle, les états financiers et le rapport de gestion. Une société est admissible au système de prospectus simplifié si elle est un émetteur assujéti canadien inscrit à la cote d'une bourse, qu'elle dépose ses documents par voie électronique et qu'elle est à jour dans son information continue.

Les nouveaux renseignements au sujet de la société que contient le prospectus simplifié se trouveront habituellement dans une section sur les « développements récents », portant sur ce qui s'est passé depuis le dernier dépôt de la société. Par conséquent, le prospectus simplifié contient relativement peu d'information au sujet de la société elle-même. Le reste du prospectus simplifié décrira les titres émis et les détails du placement. Toutefois, la documentation intégrée par renvoi devrait aussi être revue par les administrateurs afin de veiller à ce qu'elle continue d'être exacte, et si elle ne l'est pas, d'autres renseignements peuvent devoir être inclus dans le prospectus simplifié. Les administrateurs peuvent encourir une responsabilité pour toute information fautive ou trompeuse dans les renseignements intégrés par renvoi dans le prospectus simplifié.

Font aussi partie du système de prospectus simplifié les procédures de prospectus « préalable », qui peuvent accélérer et faciliter encore davantage le processus d'appel public à l'épargne. Aux termes de ce système, un prospectus de base ou préalable est déposé, qui décrit en termes généraux les titres qui peuvent être émis. Une fois le prospectus de base déposé et approuvé, les titres peuvent être émis, ou « pris sur la tablette » presque immédiatement, sans autre examen réglementaire. Les prospectus préalables sont habituellement utilisés pour divers types de financement par emprunt, comme des programmes de billets à moyen terme, qui sont vendus fréquemment aux taux en vigueur sur le marché. Ils peuvent cependant être utilisés pour tout type de titre de créance ou de participation.

En plus de permettre le dépôt d'un document d'offre plus court et plus simple, le système simplifié réduit grandement les délais d'examen réglementaire, voire les élimine, dans le cas du système de prospectus préalable.

Les financements à l'aide d'un prospectus simplifié sont maintenant habituellement menés dans le cadre d'une convention de prise ferme. Selon ce processus, le preneur ferme s'engage à acheter les titres de la société avant même le dépôt d'un prospectus provisoire et sans les clauses de sauvegarde qui se trouvent habituellement dans un premier appel public à l'épargne et qui permettent au preneur ferme de se retirer de l'opération s'il est incapable de vendre les titres sur le marché. La prise ferme réduit l'incertitude pour l'émetteur, pendant la période de mise en marché d'un placement classique, à savoir s'il recevra la somme qu'il cherche à obtenir aux conditions que le preneur ferme avait proposées. Cela signifie aussi que le preneur ferme a un besoin accru d'éliminer son risque de prise ferme aussi rapidement que possible. Pour ce faire, cela crée une pression encore plus grande pour préparer et déposer la documentation du prospectus aussi rapidement que possible.

Tous ces facteurs ont aidé les sociétés à accéder aux marchés des capitaux. Toutefois, malgré la réduction du délai pour mener la diligence raisonnable, les responsabilités des administrateurs et leur responsabilité civile potentielle en vertu de la loi demeurent les mêmes. Cela souligne la nécessité pour les administrateurs de s'assurer que le système et le processus adoptés par la société pour veiller à l'exactitude de l'information qui a été ou qui peut être intégrée à un prospectus sont adéquats, et permettent non seulement de communiquer l'information

appropriée au marché, mais offrent également aux administrateurs un fondement pour établir leur défense de diligence raisonnable.

(iv) Financement public – Le prospectus ordinaire

La perspective de procéder à un financement, public ou autre, sera souvent abordée, à tout le moins de manière générale, aux réunions du conseil d'administration bien avant la préparation ou le dépôt d'un prospectus provisoire. Par exemple, il est souvent question des sources potentielles de financement pendant l'évaluation du plan d'affaires de la société ou de son programme de dépenses en immobilisations. Même si le domaine d'activités de certaines sociétés leur permet de planifier ce financement, les marchés sont toutefois en grande partie volatils et il est difficile de prévoir bien à l'avance le moment exact d'un financement public.

Lorsqu'on entreprend le processus de financement à l'aide d'un prospectus, le prospectus provisoire est habituellement préparé par les membres de la direction, avec la collaboration plus ou moins importante des preneurs fermes et des conseillers juridiques externes. Il est peu probable que l'un des administrateurs indépendants puisse voir une ébauche du prospectus provisoire bien avant la réunion à laquelle ils seront invités à l'approuver. Néanmoins, le prospectus provisoire devrait être présenté aux administrateurs bien avant la réunion pour leur permettre de l'examiner attentivement. Le temps dont ils ont besoin dépendra des circonstances, par exemple si la société procède à son premier appel public à l'épargne ou si elle émet peu souvent, par opposition à un émetteur chevronné ou plus expérimenté qui prépare ou met à jour plus souvent ses documents connexes au prospectus.

Si la société procède à son premier appel public à l'épargne ou si elle est ouverte, mais n'a pas le droit de présenter un prospectus simplifié, le prospectus devra être un prospectus « ordinaire » traditionnel. Le prospectus ordinaire comprend une mine de renseignements prescrits par la réglementation en valeurs mobilières, y compris une description détaillée des activités de la société et de sa situation financière ainsi que d'autres renseignements au sujet de la société qui pourraient avoir une incidence sur le prix ou la valeur des titres offerts. Si l'émetteur cherche à réunir des capitaux sur le marché public pour la première fois, il est particulièrement important de procéder à un examen en profondeur du processus de diligence raisonnable et du prospectus.

Les administrateurs doivent lire le prospectus attentivement et poser les questions pertinentes à la direction, aux conseillers juridiques, aux auditeurs et aux autres experts dont l'opinion est présentée dans le prospectus sur les points qu'ils connaissent moins ou pour lesquels ils veulent obtenir une confirmation. Comme il a déjà été mentionné, les administrateurs ne sont pas tenus de mener leur propre examen en profondeur ou leur propre audit des questions présentées dans le prospectus pour s'acquitter de leurs obligations, et ils devront, par nécessité pratique, se fier principalement aux efforts des conseillers internes et externes. Toutefois, on s'attend à ce que les administrateurs aient examiné le prospectus attentivement, y compris les états financiers et les facteurs de risque, et à ce qu'ils soient satisfaits de l'information divulguée ou non divulguée au moyen des assurances données par la direction et les conseillers et, ce qui est tout aussi important, du processus suivi dans sa préparation et sa vérification.

Normalement, les conseillers de la société informeront les administrateurs de leurs obligations en lien avec le prospectus et, particulièrement dans le cas des placements à l'aide d'un prospectus ordinaire, leur fourniront un questionnaire à l'intention des administrateurs et des dirigeants leur posant un certain nombre de questions, à la fois précises et générales, au sujet du prospectus.

Après l'approbation du prospectus provisoire par les administrateurs, il est déposé auprès des commissions des valeurs mobilières pour que ces dernières l'examinent. Lorsque les commentaires des autorités de réglementation des valeurs mobilières ont été réglés, un prospectus définitif est approuvé par les administrateurs et déposé auprès des commissions. Il n'est pas approprié que le prospectus définitif soit approuvé par le conseil d'administration en même temps que le prospectus provisoire, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les administrateurs doivent approuver les changements apportés au prospectus en réponse aux commentaires des autorités de réglementation. Deuxièmement, les administrateurs doivent confirmer qu'aucun événement devant être déclaré ne s'est produit entre le moment du dépôt du prospectus provisoire et celui du dépôt du prospectus définitif. Puisque le prospectus ordinaire fait habituellement l'objet d'une commercialisation, le conseil d'administration doit se rencontrer de toute façon pour approuver le prix et la convention de prise ferme. Dans plusieurs circonstances, il peut être difficile pour l'ensemble du conseil de se réunir à

nouveau, en personne ou même par conférence téléphonique. Parfois, la société et les preneurs fermes voudront déposer un prospectus définitif aussitôt que les commentaires des autorités de réglementation auront été réglés; cependant, le moment précis où cela se produit n'est jamais bien certain. En prévision d'une telle éventualité, un conseil d'administration peut déléguer la responsabilité d'approuver le prospectus définitif à un comité du conseil, conformément à la loi sur les sociétés applicable. Le fait de déléguer cette fonction ne libère pas les administrateurs qui ne siègent pas à ce comité de leur responsabilité dans l'éventualité où une information fautive ou trompeuse figure dans le prospectus définitif, et ne se trouvait pas dans le prospectus provisoire approuvé par l'ensemble du conseil. De plus, même si de nombreuses fonctions peuvent être déléguées à un tel comité, la loi sur les sociétés prévoit des restrictions visant les pouvoirs des comités d'un conseil de fixer les modalités spécifiques d'un titre qui doit être offert. En fonction de ces restrictions, il peut être nécessaire que l'ensemble du conseil approuve le prospectus définitif.

(d) Dividendes

Un des aspects clés du processus de financement est la déclaration de dividendes sur les actions de la société. Les dividendes sont déclarés à la discrétion du conseil d'administration. L'exercice de cette discrétion est assujéti à l'obligation fiduciaire et à l'obligation de diligence des administrateurs. De plus, les administrateurs ne peuvent déclarer ni verser un dividende s'ils ont des motifs raisonnables de croire que ce faisant la société ne répondrait pas à certains critères de solvabilité prévus par la loi. Si des dividendes sont déclarés en violation de ces restrictions prévues par la loi, les administrateurs peuvent être tenus solidairement responsables envers la société des sommes versées et autrement non recouvrées par la société. Cette question est traitée de manière plus détaillée dans la partie V.

(i) Pouvoir discrétionnaire de déclarer des dividendes

Les administrateurs n'ont aucune obligation de déclarer des dividendes, même sur les actions privilégiées dont les conditions comprennent un dividende cumulatif à un taux précis. Il y a une différence importante entre un dividende sur une action et des intérêts sur une dette, qui est une obligation juridique de la société à l'égard de laquelle les administrateurs n'ont aucun pouvoir discrétionnaire inhérent. Les actionnaires ne peuvent

pas obliger les administrateurs à verser un dividende. Cela est conforme au principe voulant que la société est une entité distincte de ses actionnaires et que ses intérêts et ses besoins peuvent être, ou peuvent ne pas être, conformes à ceux de ses actionnaires. Lorsque des fonds sont disponibles, le conseil d'administration a la prérogative et la responsabilité de décider s'il déclare un dividende ou s'il utilise cet argent à d'autres fins internes.

Certaines actions, comme les actions privilégiées, peuvent comporter un droit de recevoir des dividendes préférentiels. Ce droit ne constitue pas un droit légal de recevoir des dividendes. Il s'agit d'un droit de recevoir un dividende, s'il est déclaré par les administrateurs, avant qu'un dividende ne soit versé sur d'autres catégories d'actions. Encore une fois, les administrateurs ne peuvent être forcés de déclarer ces dividendes. De même, le fait que la société ait versé par le passé des dividendes sur une catégorie particulière d'actions ne crée aucune obligation juridique de continuer à le faire.

Lorsqu'aucune encaisse n'est disponible, les administrateurs peuvent décider d'emprunter pour financer un dividende. Cela peut être fait, par exemple, pour que les marchés des capitaux demeurent favorables envers les titres de la société. Les administrateurs agiront généralement de manière appropriée en faisant un emprunt à cette fin, pourvu que l'emprunt soit dans l'intérêt de la société et que la société remplisse les critères de solvabilité malgré l'emprunt et le versement du dividende. Les tribunaux ont reconnu qu'une société peut avoir suffisamment d'actifs pour justifier le versement d'un dividende sans disposer de l'encaisse nécessaire pour le verser.

Les mêmes dividendes doivent être versés sur toutes les actions d'une catégorie donnée, mais, si la société compte plusieurs catégories d'actions, le conseil peut déclarer des dividendes sur une catégorie d'actions et pas sur les autres, sous réserve d'une priorité quelconque et des autres restrictions imposées par les statuts de la société. Sous réserve de son engagement à verser des dividendes à ses porteurs d'actions privilégiées ou à d'autres porteurs ayant priorité de rang, et dans la mesure où elle remplit le critère de solvabilité, la société peut verser tout montant qu'elle choisit à titre de dividende aux porteurs d'actions ordinaires ou à d'autres porteurs d'actions participatives de la société. De telles décisions seront assujétiées à l'obligation générale des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la société. Si les administrateurs agissent de bonne foi en déclarant un

dividende, les tribunaux sont réticents à intervenir dans les décisions d'affaires du conseil portant sur le versement des dividendes.

(ii) Déclaration du dividende

Avant de déclarer un dividende, les administrateurs devraient examiner les états financiers de la société et obtenir la confirmation d'une personne en qui ils peuvent raisonnablement se fier, comme le chef des finances de la société, qu'il n'y a aucun motif raisonnable de croire que la société ne remplira pas les critères de solvabilité. Lorsqu'il se fie aux conseils des dirigeants financiers de la société, le conseil devrait leur poser des questions pour confirmer les hypothèses pertinentes qui ont été utilisées au sujet de la valeur réalisable des actifs de la société. La nature de ces hypothèses est décrite à la partie V, à la rubrique « Examen de la solvabilité d'une société ». Dans certaines circonstances, les administrateurs peuvent souhaiter obtenir une attestation du chef des finances ou, dans des situations inhabituelles, recevoir des conseils indépendants. La résolution déclarant le dividende ou le procès-verbal de la réunion du conseil devrait consigner le fait que les administrateurs ont pris les mesures appropriées pour traiter les critères de solvabilité.

Si le dividende est versé en actions ou en biens plutôt qu'au comptant, les administrateurs doivent établir la valeur des actions ou des biens. Même si cela peut poser des problèmes pratiques dans certaines circonstances, les administrateurs doivent avoir cette information pour être certains que les critères de solvabilité sont remplis.

2. Obligations d'information de la société ouverte

L'une des conséquences les plus importantes, pour les sociétés, de l'accès aux marchés publics est qu'elles deviennent assujetties à diverses obligations d'information continue. Les exigences de communication de l'information afférentes aux prospectus visent à s'assurer que tous les faits importants sont communiqués aux investisseurs au moment d'un placement de titres. Les sociétés doivent aussi communiquer de l'information continue sur leurs affaires en temps opportun pour que les investisseurs qui participent au marché secondaire disposent de renseignements appropriés. Les

investisseurs doivent avoir un accès égal et rapide à tous les renseignements importants au sujet d'une société pour garantir que le marché de négociation soit juste et équitable. Par conséquent, les sociétés ouvertes sont assujetties à diverses obligations d'information continue et de déclaration visant à assurer la transmission rapide de cette information aux marchés publics, et ce, peu importe que la société soit ou non en cours de financement.

(a) Information occasionnelle

La majorité de l'information continue communiquée sur le marché est publiée ou distribuée périodiquement, par exemple au moment du dépôt des résultats financiers annuels ou intermédiaires. Toutefois, il est possible que des événements importants surviennent plus souvent. L'un des aspects clés du système de communication de l'information au public est une série de règles qui veille à ce que ces événements importants soient rapportés aux investisseurs en temps opportun.

Le Règlement 51-102 oblige les sociétés ouvertes à déclarer immédiatement tout changement important dans les affaires, l'exploitation ou le capital de la société, dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet significatif sur le cours ou la valeur des titres de la société, et à déposer une déclaration donnant des détails sur le changement important le plus tôt possible, mais au plus tard 10 jours après sa survenance. Si la divulgation d'un changement important était indûment préjudiciable aux intérêts de la société, la société pourrait être en mesure de déposer temporairement l'information de manière confidentielle, quoique cette option soit peu utilisée. La législation en valeurs mobilières définit l'expression « changement important » comme étant :

... soit un changement dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'émetteur 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, soit la décision de mettre en œuvre un tel changement, prise par les administrateurs ou par la direction supérieure lorsqu'elle croit probable que les administrateurs confirmeront cette décision.

L'Instruction générale 51-201 : Lignes directrices en matière de communication de l'information (IG 51-201) affirme qu'un fait est important (i) lorsqu'il a un effet significatif sur le cours ou la valeur des titres de l'émetteur; ou (ii) qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait cet effet.

L'IG 51-201 fournit aux émetteurs une liste détaillée des développements pouvant être considérés comme de l'information importante, mais il incombe en fin de compte à l'émetteur de décider si l'information est importante dans le contexte de ses propres affaires.

Les bourses imposent également des exigences en matière d'information occasionnelle, qui sont semblables à celles décrites dans l'IG 51-201. Par exemple, la TSX exige qu'une société inscrite à sa cote publie et dépose un communiqué au sujet de l'information importante (y compris les changements et les faits importants) touchant l'émetteur dès que la direction a connaissance de l'information, ou lorsque l'information devient importante pour la société, à moins que la publication immédiate de l'information lui soit indûment préjudiciable.

Il peut être difficile de juger à quel moment une situation est rendue au point où il faut la divulguer, et il est possible que des parties puissent être raisonnablement en désaccord à ce sujet. Il est également possible de remettre en question la décision par la suite. Par conséquent, bon nombre de sociétés possèdent une politique affirmant que, en cas de doute, il faut pencher vers la divulgation. Cette approche est celle qui est privilégiée par l'Institut canadien de relations avec les investisseurs, qui mentionne dans sa politique intitulée *Model Disclosure Policy* :

[TRADUCTION] Dans les cas limites, il vaut probablement mieux juger l'information importante et la rendre publique en utilisant un moyen de diffusion à grande échelle. De la même manière, si les membres de la direction d'une société doivent délibérer trop longtemps pour déterminer si l'information est importante, ils seraient bien avisés de pécher par excès de prudence, de décider qu'elle l'est et de la rendre publique.

L'information occasionnelle a été un centre d'intérêt de la réglementation sur les valeurs mobilières au cours des dernières années. Les chefs de la direction et les chefs des finances doivent maintenant attester à titre personnel qu'ils ont conçu ou fait concevoir les contrôles et procédures de communication de l'information, et qu'ils ont évalué l'efficacité des contrôles et procédures de communication de l'information annuellement. Les « contrôles et procédures de communication de l'information » comprennent les contrôles et les procédures conçus pour fournir l'assurance que l'information que

l'émetteur doit présenter en vertu de la législation en valeurs mobilières est « rassemblée puis communiquée à la direction de l'émetteur [...] selon ce qui convient pour prendre des décisions en temps opportun concernant la communication de l'information ». De plus, les recours civils prévus par la loi à l'intention des investisseurs qui négocient sur les marchés secondaires offrent aux investisseurs un droit d'action civil en cas de manquement aux obligations d'information occasionnelle concernant un changement important à l'encontre, entre autres, de l'émetteur et de chaque dirigeant ou administrateur qui a autorisé ou permis le manquement, ou y a acquiescé (sous réserve de la défense de diligence raisonnable ou de toute autre défense). Ces recours sont décrits ci-après.

(b) Annoncer une opération

Une des questions les plus épineuses auxquelles une société ouverte est confrontée consiste à déterminer le moment où elle doit divulguer une opération majeure. Au moment où l'opération est annoncée, les discussions et négociations durent déjà depuis des mois. Même s'ils sont conscients de leurs obligations d'information occasionnelle, une société et ses administrateurs devront néanmoins prendre garde de ne pas annoncer une opération potentielle trop tôt. La divulgation prématurée peut avoir une incidence défavorable sur la position de négociation de la société ou sur la situation de la société si l'opération ne se réalise pas. De plus, cela peut créer des attentes injustifiées ou de l'incertitude sur le marché. Les autorités de réglementation des valeurs mobilières ont critiqué non seulement des divulgations effectuées trop tard, mais aussi des divulgations effectuées trop tôt.

La détermination des rôles ou des responsabilités qu'ont les administrateurs en matière d'information occasionnelle est une question cruciale. Même s'il est clair que la divulgation est la responsabilité de la société, et donc la responsabilité des administrateurs, à tout le moins indirectement, les autorités de réglementation des valeurs mobilières ont toutefois suggéré que les membres du conseil avaient une responsabilité plus directe dans ce processus. La distinction se reflète dans les recours civils prévus par la loi, qui sont offerts aux investisseurs sur le marché secondaire. En cas de réclamation découlant d'une information fautive ou trompeuse dans une déclaration de changement important, le fardeau de la preuve incombe au demandeur dans le cas des réclamations contre un administrateur alors que, dans le cas des réclamations contre un dirigeant, il incombe

au défendeur de prouver qu'il ne savait pas ou qu'il n'a pas ignoré sciemment que la déclaration de changement important contenait une information fautive ou trompeuse, ou qu'il n'est pas coupable de négligence grave en lien avec la publication de la déclaration de changement important.

Trois principes généraux dressent le cadre conceptuel permettant de savoir si la divulgation est requise. Premièrement, l'information importante ne peut pas être divulguée de façon sélective. Tous les investisseurs devraient avoir simultanément accès à l'information importante au sujet des sociétés ouvertes.

Deuxièmement, les intérêts légitimes de la société relativement à la confidentialité peuvent être pris en compte. Les sociétés doivent pouvoir procéder à des opérations importantes sans avoir à publier l'opération avant un certain point. Enfin, bien que la divulgation tardive de l'information importante puisse être un désavantage pour certains investisseurs, il est aussi possible que l'annonce prématurée de l'opération soit défavorable pour le marché. Pour cette raison, les autorités de réglementation des valeurs mobilières ont pris la position que, si une société ouverte annonce son intention de procéder à une opération qui pourrait entraîner un changement important, cette annonce démontre sa volonté à ce moment de réaliser cette intention et sa capacité à le faire.

Si l'opération doit être acceptée par une autre partie, la divulgation ne sera généralement pas nécessaire tant que les parties n'ont pas conclu une convention qui les lie, ou à tout le moins tant qu'elles ne se sont pas entendues sur les conditions principales. Cependant, les différentes parties à une opération peuvent avoir des seuils différents en ce qui a trait à l'importance. Par conséquent, le moment précis où procéder à une divulgation peut ne pas être complètement sous le contrôle de la société. D'autre part, si la question est entièrement sous le contrôle de la société, comme l'annonce d'un nouveau produit important ou de la fermeture d'une usine, la divulgation sera habituellement appropriée une fois que le conseil aura pris la décision à cet égard. Il peut aussi être approprié de procéder à la divulgation si la haute direction a pris la décision en question, dans la mesure où elle s'attend raisonnablement à ce que le conseil entérine cette décision.

Dans l'arrêt *AiT Advanced Information*, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a confirmé la pratique ayant cours sur le marché voulant que, dans des circonstances normales, la divulgation au public

ne soit requise qu'après que les deux parties ont reçu l'approbation requise du conseil et qu'une convention de fusion définitive a été signée.

Il peut être difficile de déterminer la ligne de conduite à adopter lorsqu'une affaire a fait l'objet d'une fuite prématurée sur le marché public et que les journalistes, les autorités de réglementation ou d'autres personnes demandent des commentaires à ce sujet. Dans ces circonstances, la société doit être très prudente. Dans certains cas, il peut être suffisant d'affirmer qu'il n'y a à ce moment aucun développement devant être divulgué. Dans d'autres cas, un simple « pas de commentaires » peut être plus approprié; toutefois, la TSX peut exiger la divulgation si l'affaire est rendue à un stade où elle constitue de l'information importante.

Un autre principe voudrait que, jusqu'à ce que la divulgation soit faite, l'information au sujet de questions importantes ne doive uniquement être communiquée que s'il y a un « besoin de savoir », et uniquement aux personnes qui sont en mesure de la traiter de manière confidentielle. Si la divulgation est faite à des tierces parties dans le cours normal des affaires, la société devrait obtenir l'assurance que l'information demeurera confidentielle et que le destinataire ne négociera pas les titres de la société.

(c) États financiers

Les lois sur les sociétés exigent habituellement que les sociétés publient leurs états financiers audités chaque année et les distribuent à leurs actionnaires. Ces exigences sont complétées par les règles sur les valeurs mobilières, qui exigent la publication d'états financiers intermédiaires non audités chaque trimestre. Les états financiers sont des documents essentiels qui exposent les administrateurs à une responsabilité civile potentielle en vertu des nouveaux recours civils prévus par la loi, qui sont à la disposition des investisseurs qui négocient sur le marché secondaire.

Les sociétés ouvertes doivent avoir des procédures pour la préparation et la publication de ces états financiers intermédiaires et annuels. Le rôle du conseil d'administration à ce sujet, en particulier par l'intermédiaire du comité d'audit, est de veiller non seulement à ce que les états financiers soient dûment préparés, mais aussi à ce que suffisamment de temps soit alloué à leur préparation et publication. Même si les états financiers intermédiaires ne sont pas audités, la société doit demander à ses auditeurs de les examiner ou d'indiquer qu'un tel examen n'a pas eu

lieu. Le conseil d'administration est tenu d'examiner et d'approuver les états financiers intermédiaires et annuels avant leur dépôt et leur envoi aux actionnaires. Toutefois, les lois canadiennes sur les valeurs mobilières et la plupart des lois sur les sociétés permettent au conseil de déléguer l'approbation des états financiers intermédiaires au comité d'audit.

Aux termes du Règlement 52-109, un émetteur assujéti doit aussi déposer des attestations annuelles signées séparément par son chef de la direction et par son chef des finances, attestant l'exactitude des états financiers annuels, du rapport de gestion connexe et de la notice annuelle, le cas échéant. Des attestations du chef de la direction et du chef des finances doivent aussi être déposées relativement aux états financiers trimestriels et au rapport de gestion connexe. Le chef de la direction et le chef des finances doivent attester, entre autres choses, que ces documents ne contiennent pas d'information fautive ou trompeuse et qu'ils donnent, à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière de la société, de sa performance financière et de ses flux de trésorerie.

(d) Notice annuelle

La notice annuelle est le principal document de divulgation annuelle visant à donner de l'information importante au sujet d'un émetteur assujéti et de ses activités à un moment précis, dans le contexte de son développement passé et de son développement futur possible. La notice annuelle décrit la société, ses activités, ses perspectives, ses risques et d'autres facteurs externes qui ont une incidence sur la société en particulier. Le principe sous-jacent est que, contrairement au rapport annuel classique, tous les grands émetteurs publics devraient préparer au moins une mise à jour annuelle au sujet de la divulgation de leurs activités.

La notice annuelle est un document essentiel qui expose les administrateurs à une responsabilité civile potentielle en vertu des recours civils prévus par la loi, qui sont à la disposition des investisseurs qui négocient sur le marché secondaire. Par conséquent, il est essentiel que les administrateurs veillent à ce que la notice annuelle soit préparée d'une façon qui assure son exactitude. Il est particulièrement important que les administrateurs s'assurent que les procédures de la société comprennent des étapes appuyant la diligence raisonnable, sur laquelle les administrateurs établiront leur défense contre toute réclamation.

La notice annuelle est l'un des éléments clés de la divulgation aux termes du système de prospectus simplifié. Comme il a déjà été mentionné, lorsqu'il y a un financement par voie de prospectus simplifié, la notice annuelle devient un document intégré par renvoi dans le prospectus simplifié. Lorsque cela se produit, les administrateurs seront également exposés à une responsabilité civile personnelle prévue par la loi en lien avec la notice annuelle aux termes des règles sur les prospectus.

(e) Rapport de gestion

Le rapport de gestion est un supplément narratif aux états financiers annuels et trimestriels d'une société. Il vise précisément à donner un exposé aux investisseurs permettant de constater la situation financière de la société « selon le point de vue de la direction », en expliquant le rendement de la société au cours de la période couverte par les états financiers ainsi que la situation financière de la société et ses perspectives futures. La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a clairement indiqué qu'elle serait prête à prendre des mesures dans les cas où elle croit qu'une société n'a pas respecté adéquatement les exigences relatives au rapport de gestion, et l'a d'ailleurs déjà fait.

Un des aspects de l'exigence relative au rapport de gestion qui diffère de l'approche classique en matière de communication de l'information aux marchés est que, en plus de l'analyse de l'information passée, le rapport de gestion exige certains renseignements de nature prospective. L'émetteur doit évaluer s'il y a des tendances, des incertitudes et des risques connus qui pourraient être importants, qui ont eu une incidence sur les états financiers et qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir une incidence sur ceux-ci à l'avenir. Ainsi, il y a un élément prospectif qui doit être pris en compte dans la préparation d'une partie des documents d'information continue qui sont déposés. C'est un jugement qui peut être particulièrement difficile à porter. A posteriori, il est souvent facile de porter un jugement sur une telle divulgation, ou l'absence de divulgation. La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a noté que la partie sur les risques et incertitudes du rapport de gestion manque souvent de profondeur. Les risques et incertitudes peuvent porter sur la concurrence dans le secteur ou sur les prix, l'évolution de la technologie, les taux de change, les taux d'intérêt, le coût des matières premières, la réglementation plus lourde en matière d'environnement, l'incidence de l'ALENA ou d'autres

traités semblables et le résultat potentiellement défavorable d'un litige ou d'une nouvelle cotation d'impôt.

Bien que l'information contenue dans le rapport de gestion soit considérée comme émanant de la direction (d'où le titre, en anglais, *Management's discussion and analysis*), le conseil d'administration doit également être satisfait qu'il présente adéquatement le niveau de divulgation exigé de la société. Le Règlement 51-102 exige que le conseil d'administration approuve le rapport de gestion annuel de la société avant son dépôt, et que le comité d'audit ou le conseil approuve tous les rapports de gestion intermédiaires. Le rapport de gestion est aussi intégré par renvoi dans un prospectus simplifié et il s'agit d'un document essentiel aux termes des recours civils prévus par la loi, qui sont à la disposition des investisseurs qui négocient sur le marché secondaire. Par conséquent, les administrateurs peuvent être exposés à une responsabilité s'ils n'ont pas vérifié avec diligence les énoncés que contient le rapport de gestion.

(f) Responsabilité civile sur le marché secondaire prévue par la loi

La législation en valeurs mobilières de la plupart des provinces impose une responsabilité civile en cas de divulgation trompeuse, insuffisante ou tardive sur le marché secondaire.

Les investisseurs qui achètent des titres sur le marché secondaire peuvent poursuivre les « émetteurs responsables », les administrateurs et certains dirigeants, experts et personnes influentes (comme les promoteurs, les personnes contrôlantes et certains autres initiés) pour :

- une information fausse ou trompeuse dans un document comme la notice annuelle, le rapport de gestion ou un communiqué;
- une information fausse ou trompeuse dans un discours, une conférence téléphonique ou une autre déclaration publique; ou
- un manquement aux obligations d'information occasionnelle concernant des changements importants.

Un « émetteur responsable » est un émetteur assujéti ou un émetteur dont les titres sont cotés en bourse à l'extérieur de la province si l'émetteur a un lien réel et important avec la province.

Les investisseurs peuvent poursuivre chaque administrateur d'un émetteur responsable à l'égard d'une information fausse ou trompeuse contenue dans un document, ou les administrateurs qui ont autorisé ou permis une information fausse ou trompeuse dans une déclaration publique ou une omission de divulguer, ou qui y ont acquiescé.

L'expression « information fausse ou trompeuse » est utilisée dans son sens large pour inclure les fausses déclarations concernant un fait important et l'omission de divulguer des faits importants qui sont nécessaires pour que les déclarations ne soient pas trompeuses compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été faite.

Contrairement à la common law, un investisseur n'a pas à prouver qu'il a acquis ou s'est départi de titres en s'appuyant sur l'information fausse ou trompeuse particulière ou sur le manquement aux obligations d'information occasionnelle pour établir la responsabilité. Cela s'apparente au modèle des fraudes relatives au cours du marché appliqué aux États-Unis pendant des décennies. Dans le cas d'un document « essentiel », comme la notice annuelle, le rapport de gestion ou les états financiers, lorsqu'un investisseur prouve qu'il y a eu une information fausse ou trompeuse, le défendeur doit faire valoir certains moyens de défense prévus par la loi pour éviter la responsabilité. Dans le cas des documents « non essentiels », des déclarations publiques et des manquements aux obligations d'information occasionnelle, un investisseur a généralement un fardeau plus lourd (sous réserve de certaines exceptions) d'établir la connaissance, l'ignorance volontaire ou la négligence grave du défendeur avant que le défendeur n'ait à présenter sa défense.

La législation offre deux défenses clés, entre autres :

- une défense de diligence raisonnable si, après enquête raisonnable, le défendeur n'avait pas de motif raisonnable de croire qu'il y avait une information fausse ou trompeuse ou qu'il y avait eu un manquement aux obligations d'information occasionnelle; et
- une « règle refuge » (*safe harbour*) pour les énoncés prospectifs, qui n'est applicable que si l'émetteur respecte toutes les exigences particulières de cette règle.

La partie essentielle de la défense de diligence raisonnable est une « enquête raisonnable ». Pour déterminer si l'enquête du défendeur était

raisonnable, la législation exige que le tribunal tienne compte de « toutes les circonstances pertinentes », y compris une liste de facteurs énumérés. Un de ces facteurs est « l'existence et la nature de tout procédé visant à assurer le respect, par l'émetteur, de ses obligations d'information continue ». Une politique de communication de l'information bien documentée et gérée efficacement est très importante pour établir une défense de diligence raisonnable.

La règle refuge pour les énoncés prospectifs s'applique à la fois aux documents et aux déclarations publiques. Dans le cas des documents, les mises en garde prescrites doivent se trouver près des énoncés prospectifs et ces énoncés doivent être identifiés en tant que tels. Les mises en garde doivent décrire les « facteurs de risques » importants pouvant faire en sorte que les résultats réels diffèrent des prévisions ou projections. Elles doivent aussi décrire les hypothèses importantes ou les facteurs appliqués pendant la formulation des prévisions ou des projections. Le défendeur doit également avoir un fondement raisonnable pour formuler une prévision ou projection donnée.

Dans le cas de déclarations publiques, avant de faire la déclaration, l'orateur doit avertir son auditoire qu'elle contient des énoncés de nature prospective. L'orateur doit mentionner que les résultats réels peuvent être sensiblement différents des prévisions ou projections, et que certains facteurs importants ou certaines hypothèses ont été utilisés pendant la formulation des prévisions ou projections. L'orateur doit aussi renvoyer son auditoire à la discussion complète au sujet des facteurs de risques importants et des hypothèses se trouvant dans un document facilement accessible, et nommer ce document ou la partie du document.

Bon nombre d'émetteurs sont habitués de prendre des mesures pour se prévaloir de la règle refuge pour les énoncés prospectifs en vertu de la loi sur les valeurs mobilières américaine; toutefois, les émetteurs devront probablement prendre d'autres mesures pour pouvoir s'en prévaloir en vertu de la législation en valeurs mobilières au Canada. Plus particulièrement, la règle refuge canadienne exige que l'émetteur mentionne les facteurs importants ou hypothèses appliqués dans la présentation de l'information prospective, ce qui n'est pas requis en vertu de la loi sur les valeurs mobilières américaine.

La législation décrit également une formule prescrite pour le calcul des dommages-intérêts en cas d'information fausse ou trompeuse ou de manquement aux obligations d'information occasionnelle.

Lorsqu'un investisseur acquiert des titres ou en dispose après qu'une information fausse ou trompeuse a été faite ou un manquement aux obligations d'information occasionnelle commis, les dommages-intérêts sont établis en fonction de la différence entre la valeur des titres au moment de leur acquisition ou disposition (si le dossier de divulgation de la société était inexact ou incomplet) et la valeur des titres après que la correction ou la divulgation requise a été faite. (La méthode de calcul diffère quelque peu en fonction du moment de toute transaction ultérieure.)

On présume que toute différence dans le cours de l'action qui entraîne une perte pour l'investisseur qui survient dans la période pertinente a été causée par l'information fausse ou trompeuse ou le manquement aux obligations d'information occasionnelle. Autrement dit, on présume que la perte de l'investisseur est attribuable au gonflement artificiel du cours de l'action en raison de l'information fausse ou trompeuse, suivi d'une baisse du cours causée par la correction.

Pour éviter la responsabilité à l'égard du montant total des dommages-intérêts, le défendeur doit prouver qu'une partie ou la totalité des pertes de l'investisseur n'était pas liée à l'information fausse ou trompeuse ou au manquement aux obligations d'information occasionnelle. Dans les faits, les défendeurs doivent décortiquer les nombreux facteurs qui ont une incidence sur le cours d'un titre et prouver que d'autres facteurs ont causé la variation du prix, ce qui peut être ardu et coûteux.

Les dommages-intérêts sont plafonnés, à moins que le défendeur (autre qu'un émetteur responsable) n'ait eu connaissance de l'information fausse ou trompeuse ou du manquement aux obligations d'information occasionnelle, ou n'y ait participé. Par exemple, le plafond pour un émetteur responsable est d'au plus 5 % de la capitalisation boursière, ou 1 million de dollars si ce montant est plus élevé. Le plafond pour l'administrateur d'un émetteur responsable est de 50 % du total de la rémunération versée à l'administrateur par l'émetteur et les membres de son groupe. Il n'est pas clair que le mot « rémunération » devrait être interprété de manière large ou non.

Le régime de responsabilité civile provincial est semblable à celui qui s'applique aux États-Unis. Toutefois, le régime canadien va plus loin en écartant la nécessité de prouver l'intention délictueuse du défendeur ou la négligence grave relativement aux documents essentiels. Le régime canadien diverge également de l'approche suivie à l'égard de la « causalité de la perte » dans la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Dura Pharmaceuticals v. Broudo*.

Dans l'arrêt *Dura*, le juge Breyer a indiqué que le gonflement du cours d'une action ne constituait pas en soi ni ne causait immédiatement la perte économique pertinente. Les actions sont habituellement achetées en vue de les revendre plus tard et un certain nombre de facteurs peuvent avoir une incidence sur leur cours futur. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le gonflement du cours jouera *parfois* un rôle dans une perte future. De l'avis du juge Breyer, le régime de responsabilité civile devrait offrir aux investisseurs un recours contre les pertes économiques qui sont *réellement* causées par l'information fautive ou trompeuse et non une assurance contre les pertes sur le marché de manière plus générale. Par conséquent, un demandeur dans une poursuite en matière de fraude en valeurs mobilières doit prouver à la fois la causalité et la perte économique.

Le Canada a choisi une voie différente en présumant de la causalité de la perte dès qu'il y a une différence dans le cours de l'action durant la période pertinente, à moins que le défendeur puisse réfuter cette présomption.

Un émetteur peut se protéger contre la responsabilité civile prévue par la loi dans le marché secondaire en prenant des mesures comme :

- examiner et revoir sa politique officielle en matière de communication de l'information à l'égard de l'examen et de la publication de l'information sur la société, à l'oral ou par écrit;
- évaluer ses politiques en matière de communication de l'information et les autres contrôles ou procédures en la matière en vue du travail préparatoire pour les défenses;
- évaluer la nécessité de mettre sur pied un comité officiel chargé de la communication de l'information, composé de membres de la haute direction et responsable de superviser la communication de l'information de la société au public, s'il n'y en a aucun, ou revoir la composition et le mandat de tout comité existant;

- examiner et revoir les pratiques de traitement de l'information prospective dans la divulgation existante de la société, à l'oral et à l'écrit, compte tenu de la règle refuge;
- préparer la communication de l'information prospective de la société d'une façon qui répond aux exigences de la règle refuge au Canada et aux États-Unis (et qui tient compte des différences entre leur règle respective);
- examiner les procédures concernant la circulation rapide de l'information au sein de la société, particulièrement l'information potentiellement importante;
- examiner les pratiques de la société concernant la production de documents, la tenue de dossiers et la conservation de dossiers;
- évaluer l'incidence du régime dans l'optique de la couverture d'assurance des administrateurs et des dirigeants et des ententes d'indemnisation.

(g) Rémunération de la direction

Les règles sur les valeurs mobilières et sur les sociétés exigent la divulgation annuelle de toute la rémunération directe et indirecte versée au chef de la direction, au chef des finances et aux trois membres de la haute direction les mieux rémunérés pour les services fournis à la société ou à une filiale, dans le but d'aider les investisseurs à comprendre la façon dont les décisions au sujet de la rémunération de la haute direction sont prises. Une grande partie de l'information doit être présentée sous forme de tableau. L'énoncé de la rémunération de la haute direction doit aussi présenter de l'information au sujet de la rémunération versée aux administrateurs de la société, directement ou indirectement par la société et ses filiales, en quelque qualité que ce soit.

Le comité de la rémunération d'une société ouverte devrait se composer entièrement d'administrateurs indépendants et devrait examiner la communication de l'information par la société au sujet de la rémunération de la direction avant sa publication.

(h) Règles en matière de procuration

Un des éléments clés du processus de gouvernance d'entreprise touchant les actionnaires est l'exigence que les sociétés ouvertes sollicitent des procurations ou des instructions de vote auprès de leurs actionnaires chaque fois qu'une assemblée des

actionnaires doit avoir lieu. Ces exigences visent à aider les actionnaires à participer au processus d'approbation des actionnaires. En plus de l'exigence de solliciter une procuration auprès de chaque actionnaire, les sociétés doivent distribuer aux actionnaires une circulaire de sollicitation de procurations par la direction qui décrit en détail les questions qui doivent être débattues à l'assemblée. Pour la plupart des assemblées annuelles, l'information est assez routinière et porte surtout sur des questions comme l'élection des administrateurs et la rémunération des dirigeants. Toutefois, lorsque des questions plus complexes doivent être débattues lors d'une assemblée extraordinaire des actionnaires, la société peut être tenue d'inclure dans sa circulaire de l'information très détaillée au sujet d'une opération et de ses incidences pour la société. Les administrateurs devraient s'assurer que l'information communiquée dans la circulaire de sollicitation de procurations par la direction est suffisante pour permettre aux actionnaires de se former un jugement éclairé sur la question et qu'elle ne contient pas d'information fautive ou trompeuse. Un point connexe est la nécessité pour la société d'avoir des procédures en place pour tenir des assemblées des actionnaires qui donnent aux actionnaires une occasion appropriée d'exprimer leur point de vue. Les occasions offertes aux actionnaires d'exprimer leur point de vue sont analysées à la partie II.

(i) Déclaration et transaction d'initié

Les administrateurs font partie de la catégorie des « initiés » d'une société ouverte. Cela signifie qu'ils sont considérés faire partie d'un groupe de personnes dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elles aient accès à de l'information importante au sujet d'une société ouverte. Pour protéger l'intégrité du marché et veiller à ce que les marchés secondaires soient fondés sur le principe de l'égalité d'accès à l'information importante, diverses règles sont imposées aux initiés, notamment l'interdiction de négocier en ayant connaissance de changements ou de faits importants qui n'ont pas été préalablement divulgués, et l'interdiction d'informer d'autres personnes de ces changements ou faits importants, sauf dans le cours normal des affaires, ainsi que l'obligation de déclarer les opérations sur les titres de la société. Ces questions sont abordées dans la partie V.

3. Composer avec un actionnaire contrôlant

La plupart des administrateurs de sociétés ouvertes canadiennes connaissent généralement les procédures concernant les soi-disant opérations entre personnes apparentées. Cette connaissance est attribuable au fait que la société ouverte canadienne typique possède un actionnaire contrôlant ou important. Bien qu'il existe des sociétés canadiennes détenues par un grand nombre d'actionnaires, elles représentent une minorité des sociétés ouvertes canadiennes. Les administrateurs doivent comprendre leur relation, et celle de la société, avec l'actionnaire contrôlant. Cela est pertinent dans les activités courantes et particulièrement lorsque la société propose de conclure une opération avec son actionnaire contrôlant. Ces sujets sont abordés ci-après. Les questions auxquelles sont confrontés les administrateurs qui sont en situation de conflit potentiel lorsqu'ils agissent, par exemple à titre d'administrateurs à la fois pour la société et pour son actionnaire contrôlant, sont abordées dans la partie III.

(a) Relation continue avec l'actionnaire contrôlant

En pratique, l'intérêt économique d'un actionnaire contrôlant dans une société fait généralement en sorte qu'il s'intéresse particulièrement aux activités de la société et qu'il y participe davantage. Cette relation se manifesterait de diverses façons, en particulier par la représentation de l'actionnaire au sein du conseil d'administration. Il est aussi généralement dans l'intérêt de la société de cultiver une relation étroite avec son actionnaire contrôlant pour de nombreuses raisons. Toutefois, comme il est plus amplement indiqué ci-après, les définitions du terme « indépendance » font en sorte qu'il est difficile pour un actionnaire contrôlant d'avoir ses candidats au conseil d'une filiale qui pourront siéger à titre d'administrateurs indépendants aux fins des exigences imposées au conseil et aux comités.

Le conseil doit trouver un équilibre entre les avantages du maintien de bonnes relations avec l'actionnaire contrôlant de la société et son obligation de ne pas favoriser l'actionnaire contrôlant par rapport aux autres actionnaires. La gestion de l'information donnée à l'actionnaire contrôlant constitue un élément clé de la relation. En général, le conseil doit se souvenir qu'il est inapproprié de donner de l'information à un actionnaire ou à un groupe d'actionnaire sans la donner à tous les actionnaires. Toutefois, la société peut, dans son

intérêt, discuter d'initiatives avec l'actionnaire contrôlant et, pendant ces discussions, elle peut devoir lui communiquer de l'information confidentielle. La société peut faire cela, à la condition qu'elle soit certaine que l'information ne sera pas utilisée de manière abusive.

(b) Opérations entre la société et l'actionnaire contrôlant

Au Canada, toute opération, comme une acquisition, un financement, un changement de contrôle ou une restructuration, est catégorisée en tant qu'opération entre personnes apparentées si un actionnaire important est partie à l'opération. Elle peut également être considérée comme une « opération entre personnes apparentées » si l'actionnaire important et les actionnaires publics sont touchés différemment, ou si l'actionnaire important a eu, contrairement aux actionnaires publics, un rôle différent et plus direct dans l'évolution de l'opération.

Les lois sur les sociétés ne donnent pas de directives précises aux administrateurs sur la façon de gérer ces opérations, si ce n'est de fournir une procédure pour les administrateurs qui ont un conflit d'intérêts. Des procédures et lignes directrices précises ont toutefois été élaborées en vertu des lois sur les valeurs mobilières, et reflètent, dans une large mesure, le bon sens commercial, une certaine jurisprudence et la préoccupation des autorités de réglementation des valeurs mobilières canadiennes au sujet du traitement équitable du public investisseur. Les procédures sont conçues non seulement pour atteindre un niveau d'équité important, mais aussi pour qu'elles soient perçues comme étant équitables par le public investisseur.

Pour les raisons qui ont été mentionnées ci-dessus, les opérations entre personnes apparentées ne sont pas rares au Canada. Souvent, l'opération est proposée par l'actionnaire important, qui peut vouloir transférer un actif à la société, acquérir des titres de la société, provoquer la restructuration de la société pour que la participation de l'actionnaire soit détenue différemment, ou poursuivre de nouvelles activités avec la société en mettant sur pied une coentreprise avec elle. Dans ces circonstances, le conseil d'administration de la société doit s'assurer que l'opération est au mieux des intérêts de la société et que les modalités de l'opération sont au moins aussi favorables que les modalités qui auraient été obtenues aux termes d'une négociation sans lien de dépendance. Pour atteindre cet objectif, le conseil

devra généralement mettre sur pied un comité spécial composé de membres qui n'ont aucun intérêt important dans l'opération et qui peuvent juger de façon objective si l'opération est au mieux des intérêts de la société, et si ses modalités sont équitables. Le fait qu'un administrateur soit recruté et nommé par l'actionnaire important ne crée pas en soi d'empêchement à la participation de l'administrateur à un comité spécial. Toutefois, l'obligation de l'administrateur est de juger ce qui est dans l'intérêt de la société et non d'agir dans l'intérêt d'un actionnaire particulier.

Le comité spécial peut embaucher son propre conseiller juridique et ses propres experts, notamment des experts financiers. Les experts juridiques aident le comité avec le processus et les experts financiers peuvent lui fournir des preuves indépendantes pour appuyer le jugement du comité, comme l'évaluation d'un actif touché par l'opération ou l'évaluation du caractère équitable de l'opération « d'un point de vue financier ». Le jugement que le comité spécial doit exercer ne porte pas uniquement sur le caractère équitable de l'opération. Le comité spécial doit aussi tenir compte d'autres considérations d'ordre stratégique lorsqu'il évalue l'opération.

Le Règlement 61-101 impose certaines exigences procédurales dans le cadre des opérations entre personnes apparentées, des offres publiques de rachat, des offres publiques d'achat faites par un initié et des regroupements d'entreprises parce que la personne apparentée, l'émetteur ou l'initié peut avoir, ou être perçu comme ayant, un avantage sur le plan de l'accès à l'information ainsi que la capacité d'influencer le processus décisionnel lorsqu'il conclut une opération avec la société. Selon l'opération, ces exigences peuvent comprendre une évaluation officielle indépendante, la mise sur pied d'un comité spécial du conseil d'administration ainsi que l'approbation des actionnaires minoritaires.

Lorsqu'ils élaborent l'approche en matière de gouvernance qui convient à une opération donnée, les administrateurs devraient d'abord déterminer quelles mesures, selon eux, peuvent être nécessaires pour atteindre un niveau d'équité élevé, et pour veiller à ce que les administrateurs soient perçus comme ayant effectivement représenté les intérêts des actionnaires dans leur ensemble. Cette détermination devrait ensuite être analysée en tenant compte des exigences des instruments réglementaires des commissions des valeurs mobilières. Dans certains cas, les administrateurs peuvent souhaiter aller au-delà de ces exigences; dans d'autres, ils peuvent être d'avis que ces instruments

prescrivent des exigences qui ne sont pas pertinentes pour l'opération et décider de demander des dispenses.

Le conseiller juridique pour l'opération devrait aussi conseiller le conseil d'administration au sujet des exigences de toute bourse à la cote de laquelle les titres de la société sont inscrits, mais le fait de respecter les instruments réglementaires des commissions des valeurs mobilières entraînera généralement le respect des exigences de la bourse.

(c) Participation de l'actionnaire contrôlant au conseil d'administration de la filiale

Comme il est mentionné à la partie III, la définition d'« administrateur indépendant » aux fins de la composition du comité d'audit, de la communication de l'information en matière de gouvernance et des lignes directrices en matière de gouvernance présentées dans l'IG 58-201 exige que les critères de démarcation nette pour l'indépendance de l'administrateur soient lus comme si les renvois à l'« émetteur » comprenaient la société mère. Cette exigence constituait un écart important par rapport aux règles de la TSX qui s'appliquaient auparavant aux sociétés contrôlées. Autrefois, les relations découlant de son actionnariat ne faisaient pas en sorte que l'administrateur ne pouvait plus être considéré comme un « administrateur non relié ». Dorénavant, un employé de la société mère ne peut pas être considéré comme un « administrateur indépendant » sur le conseil d'administration de la filiale aux fins des exigences imposées au conseil, au comité d'audit et aux autres comités.

De plus, aux fins de la composition du comité d'audit, les personnes (y compris les particuliers) qui sont considérées comme étant une « entité du même groupe » d'un émetteur ou de l'une de ses filiales n'ont pas le droit, sous réserve d'exceptions limitées, de siéger au comité d'audit.

4. Offres publiques d'achat

Un type courant d'offre publique d'achat est celui où l'actionnaire contrôlant ou important offre d'acquérir plus d'actions ou de vendre ses actions à une tierce partie, qui offre à son tour d'acquérir le reste des actions détenues par les actionnaires publics. Il peut aussi y avoir une offre visant une société détenue par un grand nombre d'actionnaires, mais cela est généralement moins fréquent au Canada.

Souvent, l'actionnaire important n'acceptera pas une vente tant qu'il n'est pas certain que toutes les parties potentiellement intéressées ont eu l'occasion de présenter une offre. Pour faciliter le processus de vente, l'actionnaire vendeur voudra habituellement donner aux parties intéressées un accès à l'information au sujet de la société et de sa direction, ce qui obligera le conseil d'administration de la société visée à évaluer un certain nombre de questions.

La première question que doivent se poser les administrateurs de la société est celle de savoir si la société est « en jeu » et si elle devrait communiquer publiquement le fait qu'elle sait qu'elle est « en jeu ». C'est un jugement difficile à poser. Les administrateurs doivent trouver un équilibre entre l'intérêt de l'actionnaire vendeur d'empêcher la hausse prématurée du cours des actions de la société visée causée par une opération qui n'a pas encore été négociée (ce qui découragerait d'autres offres potentielles) et l'intérêt de la société d'informer ses actionnaires publics de la vente potentielle. Une façon pour la société d'équilibrer ces intérêts serait de négocier une opération avec l'initiateur de la première offre, assujettie au droit de la société d'accepter une offre ultérieure plus élevée en versant à l'initiateur de la première offre une indemnité de résiliation.

La deuxième question est le souhait de l'actionnaire vendeur de permettre aux acquéreurs intéressés de « vérifier la marchandise ». Si la société fournit des renseignements de nature délicate à des acquéreurs potentiels, cela doit se faire sous le couvert d'une entente de confidentialité, qui protège la société contre la mauvaise utilisation des renseignements. Les administrateurs de la société qui sont également administrateurs ou dirigeants de l'actionnaire vendeur doivent faire attention et éviter de devenir une source d'information au sujet de la société, ce qui pourrait constituer une violation de leur obligation envers la société.

Une autre question à laquelle sont normalement confrontés les administrateurs de la société est celle des conseils qu'ils donnent aux actionnaires de la société au sujet du caractère équitable de l'offre. Si l'offre est présentée à l'actionnaire contrôlant mais qu'elle n'est pas présentée aussi aux actionnaires publics, le rôle du conseil d'administration sera limité. En effet, dans ces circonstances, la majorité, voire la totalité, des administrateurs démissionneront afin de permettre au nouvel actionnaire contrôlant de former son propre conseil d'administration.

Si l'offre est présentée aux actionnaires publics (la législation en valeurs mobilières interdit la vente de la position de l'actionnaire important à un prix qui constitue une prime de plus de 15 % par rapport au cours du marché si l'offre n'est pas aussi présentée au public), on s'attendra à ce que le conseil d'administration de la société recommande l'acceptation ou le rejet de l'offre. La recommandation sera généralement appuyée par l'opinion d'un conseiller financier embauché par le conseil d'administration de la société. Il s'agit d'un avis quant au caractère équitable, ou inéquitable, d'un point de vue financier. Une recommandation favorable du conseil d'administration de la société est précieuse pour l'acquéreur et elle accorde une certaine marge de manœuvre pour les négociations au conseil de la société visée ainsi que la possibilité de placer le prix d'offre dans la fourchette de prix équitable de la société. L'influence que le conseil de la société visée peut exercer augmente si l'initiateur souhaite acquérir la totalité des actions de la société.

L'élaboration de la réponse du conseil d'administration à l'offre sera généralement prise en charge par un comité du conseil composé d'administrateurs non membres de la direction, autres que ceux qui sont intéressés par le succès de l'offre en raison de leur relation avec l'actionnaire contrôlant. Comme il est mentionné à la partie III, si le conseil évite les conflits d'intérêts en créant un comité spécial composé d'administrateurs désintéressés, le fardeau de la preuve reviendra au plaignant d'établir que les administrateurs ont agi de façon inappropriée.

Si le prix d'achat du bloc d'actions de contrôle ou important représente une prime par rapport au cours du marché (de plus de 15 %), l'initiateur doit présenter l'offre à tous les actionnaires en même temps. L'initiateur ne peut prendre livraison d'actions et les régler à moins que toutes les actions déposées, y compris le bloc d'actions de contrôle ou important, fassent l'objet d'une prise en livraison et d'un règlement au même moment. Si le nombre d'actions déposées dépasse le nombre d'actions que l'initiateur est disposé à acquérir, les actions qui sont déposées doivent faire l'objet d'une prise de livraison proportionnellement au nombre d'actions déposées par chaque actionnaire.

Les administrateurs d'une société comptant un grand nombre d'actionnaires qui fait l'objet d'une offre publique d'achat hostile ont davantage d'options en

réponse à l'offre que les administrateurs d'une société comptant un petit nombre d'actionnaires qui sont informés par son actionnaire important qu'il a convenu de vendre ses actions de la société. Dans le premier cas, les administrateurs de la société visée peuvent avoir recours à des tactiques visant à obliger l'acquéreur à négocier avec les administrateurs et à demander l'accord des administrateurs avant de pouvoir acquérir le contrôle.

Les administrateurs d'une société comptant un grand nombre d'actionnaires ne seront normalement pas avisés bien à l'avance que la société fait l'objet d'une offre publique d'achat. Par conséquent, ils devraient en général tenter d'établir un cadre juridique ou un plan avant toute offre afin de permettre à la société d'y répondre de façon efficace et efficiente. Un certain nombre de grandes sociétés canadiennes planifient des stratégies de défense en prévision d'une offre publique d'achat hostile ou non sollicitée potentielle, notamment en préparant à l'avance un guide décrivant les tactiques de défense.

Une des tactiques fréquemment employées est le régime de droits des actionnaires, qui est aussi appelé la « pilule empoisonnée ». C'est une mesure qui a été adoptée par bon nombre de sociétés ouvertes avant de faire l'objet d'une offre visant les actions de la société. Il s'agit d'un contrat entre la société et un fiduciaire au nom des actionnaires qui prévoit que la société convient d'émettre des actions à tous les porteurs, sauf à l'initiateur, à un prix grandement réduit si l'initiateur acquiert un nombre d'actions dépassant un certain seuil (par exemple 20 %). Les actions détenues par l'initiateur feraient donc l'objet d'une dilution importante s'il procédait à l'offre sans que le régime soit retiré. Aux termes des modalités du régime, les administrateurs de la société visée ont normalement le pouvoir de renoncer à l'application du régime lorsqu'ils sont convaincus qu'il a atteint son objectif.

Les autorités de réglementation des valeurs mobilières s'attendent à ce qu'un régime de droits, qui entre habituellement en vigueur au moment de son adoption par le conseil d'administration, soit confirmé par les actionnaires dans un délai raisonnable, normalement quelques mois. Il est possible, pour le conseil d'administration d'une société visée, d'adopter un régime en réponse à une offre, pourvu que le conseil présente le régime aux actionnaires aussitôt qu'il est raisonnablement possible de le faire. Une telle stratégie donne plus de temps au conseil qu'il

n'en aurait normalement en vertu des lois sur les valeurs mobilières pour évaluer ses options et prendre ses mesures. Un conseil d'administration qui adopte un régime en réponse à une offre peut bien se retrouver devant une commission des valeurs mobilières pour justifier sa mesure. Dans le cadre d'offres passées où l'initiateur avait contesté l'application continue d'un régime, les organismes de réglementation des valeurs mobilières canadiens se sont montrés disposés à évaluer et à établir les circonstances dans lesquelles le régime pouvait demeurer en vigueur, et à rendre des ordonnances pour interdire les opérations sur les droits. Contrairement aux tribunaux américains, les organismes de réglementation canadiens ne se sont pas demandés si le régime devait être mis de côté, mais plutôt à quel moment il devrait l'être. En général, un régime fera l'objet d'une interdiction d'opérations dans les 40 à 60 jours après le début de l'offre, à moins qu'il existe une condition d'approbation réglementaire importante qui n'a pas encore été remplie.

Lorsque la société compte peu d'actionnaires, la réponse des administrateurs à une offre est effectivement limitée à donner des commentaires sur la valeur de l'offre; cependant, si elle compte un grand nombre d'actionnaires, les administrateurs ont davantage d'options de réponse. Les administrateurs de la société visée devront d'abord porter un jugement et se demander si l'offre a placé la société « en jeu », c'est-à-dire si un changement de contrôle est probable. La plupart des offres visant des sociétés comptant un grand nombre d'actionnaires auront un tel effet, mais ce changement de statut n'est pas automatique. Par exemple, le conseil d'administration de la société visée peut être d'avis que les conditions de l'offre ne peuvent pas être réalisées. Le conseil peut également conclure que la valeur de la contrepartie offerte n'est pas suffisante et donc refuser d'entamer des négociations avec l'initiateur. Une telle intransigeance envers un initiateur peut attirer l'attention des organismes de réglementation des valeurs mobilières, entre autres, qui préfèrent généralement que les actionnaires aient l'occasion de rejeter une offre inadéquate plutôt que de voir les administrateurs empêcher les actionnaires de porter un jugement sur l'offre.

En jugeant si la société visée est en jeu, le conseil d'administration de la société visée sera en mesure d'établir ses priorités. S'il croit que la société est en jeu, le conseil devrait généralement mettre en place une stratégie visant à augmenter la valeur qui doit être réalisée par les actionnaires. Toutefois, la Cour

suprême du Canada a indiqué clairement dans l'arrêt *BCE Inc.* que l'obligation du conseil d'administration continue d'être une obligation d'agir au mieux des intérêts de la société, pas simplement au mieux des intérêts des actionnaires. La Cour a rejeté l'argument voulant que la décision américaine dans l'affaire *Revlon* appuyait le principe que les intérêts des actionnaires ont préséance lorsqu'ils entrent en conflit avec ceux des autres parties intéressées. La société et les actionnaires ont le droit de maximiser leur profit, mais ils ne peuvent le faire en traitant les parties intéressées de façon injuste. Par conséquent, un conseil d'administration devra élaborer un processus qui lui permet d'évaluer l'incidence de l'opération sur les parties intéressées touchées.

Normalement, le conseil embauchera un banquier d'investissement pour gérer un processus de vente. Le processus de vente exigera habituellement davantage que le délai minimal que l'initiateur est tenu d'offrir aux actionnaires visés pour accepter l'offre. Un régime de droits peut servir à prolonger la période pendant laquelle un initiateur doit garder son offre ouverte et donner au conseil d'administration de la société visée l'occasion de s'assurer que, si un changement de contrôle a lieu, il aura lieu aux conditions les plus avantageuses.

La Cour d'appel de l'Ontario a indiqué, dans l'arrêt *Schneider*, que la décision américaine dans l'affaire *Revlon*, qui exigeait une enchère dans une situation de changement de contrôle, ne reflétait pas la loi en vigueur en Ontario. La Cour a plutôt choisi de suivre le critère formulé dans la décision américaine *Paramount Communications v. QVC Network Inc.*, qui a transformé les obligations des administrateurs lorsqu'il y a une offre pour un changement de contrôle en une obligation visant à obtenir la meilleure valeur raisonnable offerte aux actionnaires dans les circonstances. Ce faisant, la Cour d'appel a indiqué qu'un conseil d'administration n'était pas tenu de suivre un modèle unique, comme une enchère.

Si on juge qu'il est nécessaire d'inciter un initiateur à conclure l'opération, les administrateurs peuvent convenir de lui verser une indemnité de résiliation si une tierce partie présente par la suite une offre supérieure et qu'elle est acceptée. Les administrateurs peuvent également accorder à l'initiateur une option visant l'acquisition d'actifs ou d'actions de la société à des conditions avantageuses, qui peut être exercée si l'offre de l'initiateur est battue en fin de compte par

une offre supérieure. De tels arrangements doivent atteindre un équilibre raisonnable sur le plan commercial entre leur incidence potentiellement positive, qui est de stimuler l'enchère, et leur incidence potentiellement négative, qui est de limiter l'enchère. Les administrateurs devraient demander des conseils financiers et juridiques avant d'adopter de tels arrangements.

La plupart des administrateurs connaîtront la réponse à une offre publique d'achat qui consiste à « simplement dire non ». Dans ce cas, le conseil d'administration de la société visée prend des mesures pour veiller à ce que l'offre ne soit pas acceptée. Cette réponse est beaucoup plus courante aux États-Unis qu'au Canada, puisque les régimes de droits aux États-Unis offrent une plus grande protection qu'au Canada. Bien que certaines tactiques défensives fassent l'objet d'un examen minutieux des organismes de réglementation des valeurs mobilières, la capacité du conseil d'administration d'une société canadienne d'adopter une telle stratégie n'a pas été éprouvée par les commissions des valeurs mobilières ou par les tribunaux. S'il adopte une telle stratégie, le conseil doit le faire parce que le changement de contrôle prévu par l'offre n'est pas dans l'intérêt de la société. C'est-à-dire que le conseil d'administration a décidé que la société ne devrait pas être en jeu et que le conseil doit agir dans le but de protéger les intérêts de la société. De telles circonstances incluraient une situation où la société a adopté un plan d'affaires auquel l'initiateur mettrait fin ou qu'il renverserait.

Au cours d'une offre publique d'achat, les projecteurs seront braqués sur le conseil d'administration de la société visée. Un ou plusieurs des groupes-cibles de la société visés, comme les actionnaires publics, l'initiateur de l'offre refusée ou les actionnaires institutionnels, peuvent être déçus du résultat du processus et envisager des recours contre, entre autres personnes, les administrateurs de la société visée. Le processus adopté par le conseil de la société visée en réponse à l'offre sera alors analysé attentivement. Comme cela a été mentionné dans la partie III, les tribunaux s'en remettent au jugement commercial du conseil si les administrateurs ont agi honnêtement et raisonnablement.

Le 11 septembre 2014, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les ACVM) ont annoncé qu'elles proposeront un nouveau cadre réglementaire harmonisé pour les offres publiques d'achat au Canada.

5. Questions environnementales

L'environnement est devenu un domaine qui attire de plus en plus l'attention du public, ce qui a entraîné une plus grande réglementation des activités qui peuvent avoir un impact sur l'environnement. Au Canada, les questions qui touchent l'environnement sont réglementées non seulement aux niveaux fédéral et provincial, mais aussi de plus en plus au niveau municipal. La législation en vigueur dans la plupart des territoires de compétence canadiens permet aux tribunaux et aux autorités chargées de la protection de l'environnement de sanctionner non seulement une société qui a enfreint les exigences prévues par la loi, mais aussi, dans certaines circonstances, les administrateurs de la société. La législation donne souvent aux organismes de réglementation le pouvoir de rendre des ordonnances, notamment des ordonnances de réparation, contre les administrateurs et les dirigeants des sociétés à titre de personnes chargées de la gestion ou du contrôle. Une analyse de la législation est présentée dans la partie V.

L'importance que doit accorder le conseil d'administration aux questions environnementales dépendra, en partie, de la nature du secteur dans lequel la société exerce ses activités. Ainsi, une société de gestion des déchets devra avoir davantage de procédures exhaustives qu'une compagnie d'assurance, par exemple, pour s'assurer de toujours se conformer aux lois environnementales. Toutefois, même une compagnie d'assurance peut avoir des préoccupations de nature environnementale lorsqu'elle acquiert ou loue des biens immobiliers, ou lorsqu'elle investit dans de tels biens. Il incombe alors au conseil d'administration de veiller à ce que la société dispose de procédures pour s'acquitter de ses obligations et protéger ses intérêts. Dans certains cas, les propriétaires non fautifs d'une propriété adjacente à la propriété en cause ont dû remédier à la contamination provenant de la propriété adjacente.

Les administrateurs devraient comprendre les enjeux environnementaux associés à la société pour laquelle ils agissent. Ils devraient aussi connaître les mesures que d'autres ont prises dans leur secteur pour prévenir les problèmes environnementaux. Avant de se joindre au conseil, les administrateurs devraient s'assurer de connaître les enjeux environnementaux auxquels est confrontée la société, ainsi que les procédures en place pour les gérer. Les administrateurs qui se sont joints au conseil d'administration d'une société qui avait par le passé contaminé des propriétés adjacentes ont été tenus

personnellement responsables de payer les mesures correctives lorsque la société est devenue insolvable. Les administrateurs devraient se tenir au courant de ces enjeux au fur et à mesure qu'ils évoluent.

Les administrateurs ont également des obligations personnelles en vertu de nombreuses lois provinciales en matière d'environnement, et ces obligations varient d'une province à l'autre. L'approche législative en vigueur en Ontario sera utilisée pour illustrer la nature générale des obligations des administrateurs et des dirigeants en vertu de la législation en matière environnementale.

La responsabilité potentielle découlant de ces obligations peut être pénale ou pécuniaire. Il peut y avoir une responsabilité pénale lorsqu'il y a un manquement aux obligations de l'administrateur. Il peut y avoir une responsabilité pécuniaire lorsqu'un organisme de réglementation émet des ordonnances aux administrateurs, à titre personnel, exigeant que des mesures de surveillance ou de remédiation soient prises afin de protéger l'environnement.

Les délibérations du conseil d'administration et son engagement à avoir des pratiques saines pour l'environnement devraient être consignés dans le procès-verbal des réunions du conseil et dans d'autres documents semblables, à la fois pour assurer une bonne tenue des dossiers et pour appuyer une défense de diligence raisonnable si la société ou un administrateur est accusé en vertu d'une loi en matière d'environnement. Toutefois, la diligence raisonnable ne constitue généralement pas un moyen de défense à l'égard d'une ordonnance en matière d'environnement.

(a) Conformité continue

De nombreuses sociétés ont élaboré des systèmes de gestion de l'environnement (SGE) pour gérer les questions environnementales et prévenir les infractions à la loi applicable en matière d'environnement. En Ontario, la réglementation exige que des plans de prévention des déversements et des plans d'urgence en cas de déversements, qui constituent des éléments importants de la plupart des SGE, soient élaborés dans certains secteurs industriels, et la réglementation contient des détails sur ce que ces plans doivent prévoir. Dans la plupart des cas, le fait de posséder un SGE efficace peut aider à protéger les administrateurs contre des allégations de négligence et constituer une défense de diligence raisonnable si les administrateurs sont accusés d'une infraction environnementale.

Les administrateurs devraient veiller à ce que le SGE de la société soit efficace en s'assurant que les dirigeants comprennent leurs responsabilités aux termes du système et présentent régulièrement des rapports au conseil d'administration au sujet du fonctionnement du système; ces rapports peuvent être plus fréquents s'il existe des préoccupations environnementales précises ou en cas d'événement important. Comme il a été mentionné dans la partie I, les administrateurs ont le droit de se fier raisonnablement aux rapports qui leur sont fournis par les dirigeants de la société, ses consultants, ses conseillers et d'autres parties informées. Toutefois, cela ne libère peut-être pas entièrement les administrateurs de leur responsabilité potentielle. Dans plusieurs cas, les administrateurs ont l'obligation prévue par la loi d'exercer « toute la prudence raisonnable » afin d'empêcher la société de commettre des infractions environnementales. À tout le moins, si les administrateurs ont connaissance d'une préoccupation environnementale précise ou s'ils se rendent compte que le SGE ne fonctionne pas efficacement, ils doivent prendre immédiatement des mesures correctives.

En général, un SGE efficace permettra de s'assurer que :

- les personnes chargées du fonctionnement et de la supervision des activités de la société pouvant avoir un impact environnemental soient instruites, formées et surveillées continuellement;
- les problèmes et les risques potentiels sont découverts sur une base permanente;
- ces problèmes et risques sont dûment communiqués aux personnes chargées de leur gestion;
- tout problème ou risque découvert est dûment réglé dans les plus brefs délais;
- les dossiers appropriés sont conservés; et
- le SGE est revu régulièrement et amélioré de manière permanente.

Le conseil d'administration devrait être régulièrement informé de l'évolution de toute mesure corrective en cours et des résultats de l'audit des programmes environnementaux. Pour s'acquitter de leurs obligations, les administrateurs doivent examiner les rapports au sujet de la conformité environnementale et être certains de pouvoir se fier à ces rapports. Le conseil d'administration doit être convaincu que la société a consacré suffisamment de ressources au programme environnemental et que la responsabilité de ce programme a été attribuée à un ou plusieurs membres responsables de la direction dotés des pouvoirs requis pour veiller à la mise en œuvre du

programme. Les administrateurs doivent être certains que les dirigeants s'occupent rapidement des préoccupations environnementales qui sont portées à leur attention par les organismes gouvernementaux ou d'autres parties intéressées. Si un conseil d'administration ne surveille pas la structure de reddition de compte de la société, il court le risque grave qu'un tribunal impose une responsabilité en raison du fait que l'omission d'avoir respecté sa propre structure interne a « permis » une infraction à la législation applicable en matière d'environnement. De plus, le fait qu'un administrateur ne soit pas au courant d'une infraction commise par la société ne constituera pas une défense à moins que le conseil ait des systèmes raisonnables pour veiller à ce que les administrateurs soient mis au courant des infractions possibles. La mise sur pied et l'exploitation de systèmes appropriés permettront d'appuyer l'argument au nom des administrateurs qu'ils ont exercé « toute la prudence raisonnable » pour empêcher que la société cause ou permette des dommages environnementaux.

L'information donnée au conseil d'administration devrait être présentée en « circuit fermé ». Cela signifie que l'information ne devrait pas être présentée de façon à exiger que le conseil d'administration donne son consentement ou son accord à un plan d'action donné, à moins que le problème en question n'exige l'accord du conseil. En même temps que des informations au sujet d'une préoccupation sont présentées, des solutions devraient aussi être présentées de manière à ce que les membres du conseil soient certains que la préoccupation est bien prise en charge. Des rapports de suivi devraient aussi être préparés pour s'assurer que le conseil est au courant que les solutions qui ont été mises en œuvre sont efficaces. Dans les secteurs où les problèmes environnementaux sont importants, il est souhaitable qu'un comité du conseil soit mis sur pied et chargé spécifiquement de consacrer l'attention nécessaire à ces questions. Puisque tous les administrateurs font l'objet d'une responsabilité potentielle, le conseil d'administration dans son ensemble devrait être informé régulièrement de l'état des programmes environnementaux de la société. Le rôle d'un comité de l'environnement devrait être de conseiller et de superviser, de présenter des rapports à l'ensemble du conseil d'administration et de lui recommander des systèmes et des mesures qui non seulement amélioreront la compréhension des enjeux

environnementaux au niveau du conseil et dans toute l'entreprise, mais qui renforceront l'engagement du conseil envers la sécurité et la conformité environnementale à titre d'élément de toutes les décisions du conseil.

La mise sur pied d'un tel comité peut être vue par les tribunaux et par les membres concernés du public comme un engagement de la société à ce que les questions environnementales soient étudiées avec beaucoup de soin et d'attention. Les administrateurs qui siègent sur un comité de l'environnement seront censés avoir une connaissance plus détaillée des risques en matière d'environnement et une plus grande responsabilité de s'assurer de l'efficacité du SGE.

Dans des situations pouvant entraîner des dépenses importantes, le conseil d'administration devrait évaluer la création d'une réserve qui ne ferait pas partie des actifs de la société (de son patrimoine) si la société devient insolvable. En créant une telle réserve, les administrateurs peuvent réduire la responsabilité personnelle à laquelle ils sont exposés.

Dans le cadre de l'engagement de la société envers la conformité environnementale, le conseil d'administration ou le comité de l'environnement devrait évaluer la création d'un programme d'audit environnemental et d'évaluation de site afin de déterminer la nature des problèmes existants, s'il en est, le caractère adéquat des systèmes visant à assurer la conformité ainsi que l'étendue de la conformité. L'audit environnemental et l'évaluation de site peuvent prendre différentes formes, mais ils sont souvent commandés par un avocat qui a été embauché par le conseil d'administration pour lui fournir des conseils juridiques au sujet des risques environnementaux. Les résultats de l'audit et de l'évaluation sont transmis à l'avocat, qui les présente ensuite par écrit au conseil d'administration, accompagnés des incidences juridiques de tout problème découvert. Le conseil d'administration invitera souvent l'avocat, et dans certains cas l'auditeur ou l'évaluateur, à assister à une réunion du comité de l'environnement ou de l'ensemble du conseil d'administration afin de répondre à des questions précises au sujet du rapport. Le rapport d'audit et d'évaluation ainsi que les délibérations du conseil devraient mener à l'élaboration d'un plan d'action prévoyant les mesures correctives nécessaires.

(b) Événements particuliers

Malgré les systèmes en place, les dirigeants de la société chargés des questions environnementales doivent être tenus de signaler en temps opportun toute non-conformité importante de la société au conseil d'administration. Chaque administrateur devrait réagir immédiatement afin de s'assurer que les mesures appropriées sont prises et il ne devrait pas simplement présumer que la direction ou les autres administrateurs veilleront à ce que la question soit réglée. Si les autorités environnementales rendent une ordonnance, le conseil doit veiller à ce que la société prenne les mesures nécessaires pour s'y conformer, en concertation avec les conseillers juridiques et les conseillers en environnement. Le défaut de réagir rapidement à tout manquement aux lois en matière d'environnement ou aux normes que la société a elle-même adoptées en la matière pourrait amener un tribunal à conclure que les administrateurs avaient permis une violation et en ont commis une eux-mêmes.

(c) Acquisition d'une participation dans des biens immobiliers

La responsabilité environnementale potentielle doit être prise en compte chaque fois que la société acquiert une participation dans des biens immobiliers, que ce soit directement ou indirectement. Une société peut acquérir une participation dans des biens immobiliers de plusieurs façons. Elle peut l'acquérir directement, elle peut acquérir une participation dans une société qui possède des biens immobiliers, louer le bien de son propriétaire ou le sous-louer d'un locataire, ou investir dans le bien ou accepter une sûreté sur celui-ci. Lorsqu'ils évaluent l'acquisition d'une participation dans un bien immobilier, les administrateurs devraient exiger que la direction s'assure que les systèmes appropriés sont en place pour effectuer les évaluations environnementales de site adéquates avant l'acquisition du bien, dans le but de découvrir des conditions pouvant entraîner une responsabilité. Tout problème important qui est découvert devrait être porté à l'attention du conseil d'administration, si l'acquisition doit aller de l'avant. Dans certaines circonstances, il peut être prudent de mener aussi un audit de la conformité environnementale pour évaluer la conformité aux exigences réglementaires en matière d'environnement ainsi qu'aux meilleures pratiques liées non seulement au bien immobilier, mais aussi aux activités qui y sont exercées.

(d) Communication d'information par la société

Dans certains territoires de compétence (notamment l'État de New York, aux États-Unis), les autorités gouvernementales ont intenté des actions en justice afin de forcer la communication, dans les documents de valeurs mobilières qui sont déposés, des risques financiers de l'entreprise pouvant résulter des changements climatiques. Au Canada, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont publié les Indications en matière d'information environnementale (Avis 51-333 du personnel des ACVM), qui contiennent des conseils au sujet de l'information environnementale à communiquer. La communication portant sur les changements climatiques était incluse dans la discussion. Compte tenu de la sensibilisation accrue aux enjeux et aux risques associés aux changements climatiques, des attentes plus élevées concernant la compréhension et la communication des questions associées aux changements climatiques continueront inévitablement de se développer.

6. Faire face aux difficultés financières

Une société est insolvable lorsqu'elle est incapable d'acquitter son passif à échéance. Normalement, l'insolvabilité ne survient pas sans qu'on s'y attende. Le conseil d'administration devrait donc avoir le temps de s'occuper du problème à mesure qu'il évolue. Toutefois, il arrive souvent que les administrateurs ne reconnaissent pas les signes d'une insolvabilité imminente avant qu'il soit trop tard. Cela peut se produire pour un certain nombre de raisons. Premièrement, les difficultés liées aux flux de trésorerie peuvent ne pas être facilement discernables dans les états financiers. Deuxièmement, il est souvent difficile pour la direction et le conseil d'administration de se rendre à l'évidence que les problèmes de la société ont atteint un point qui fait en sorte que l'emploi du terme « insolvabilité » devient approprié.

Lorsqu'une société éprouve des difficultés financières, plusieurs mesures s'offrent à elle. On peut généralement qualifier ces mesures d'options de restructuration ou de restructuration du capital, ou d'options de liquidation. Au Canada, une société insolvable qui compte sur l'indulgence de ses créanciers peut continuer d'exercer ses activités pendant un certain temps. La situation est différente dans certains ressorts hors du Canada, où une société

qui est insolvable doit cesser ses activités afin d'éviter de contracter d'autres dettes. De plus, une société peut décider, ou être forcée par ses créanciers, de restructurer ses activités, de reconstituer son bilan ou de se départir de certains actifs afin de générer des fonds additionnels, que ce soit en vertu d'une convention privée, des dispositions de restructuration de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ou des dispositions de restructuration du capital de la loi sur les sociétés par actions. Autrement, des mesures peuvent être prises, par les créanciers garantis d'une société ou par la société elle-même, pour liquider les actifs de la société. Les créanciers garantis peuvent prendre des mesures pour faire nommer un séquestre ou un séquestre-gérant, dans le but de réaliser les actifs et de les liquider. De même, une société ou ses créanciers peuvent prendre des mesures pour que la société soit déclarée en faillite. Les administrateurs perdent habituellement la capacité de gérer ou de superviser la gestion des activités commerciales et des affaires internes de la société dans des situations de mise sous séquestre ou de faillite.

Une société qui est confrontée à des difficultés financières devrait préoccuper ses administrateurs pour trois raisons. Premièrement, les administrateurs seront préoccupés par le rôle qu'ils devraient jouer pour ramener la société vers la solvabilité. Deuxièmement, en s'acquittant de ce rôle, les administrateurs peuvent se demander s'ils doivent maintenant rendre des comptes aux créanciers de la société plutôt qu'à la société elle-même. Enfin, compte tenu de toute la publicité entourant la responsabilité des administrateurs de sociétés insolubles, les administrateurs seront préoccupés par le risque qu'ils encourent eux-mêmes lorsque la société devient insolvable.

(a) Le rôle du conseil

Dans le contexte d'une restructuration ou d'une restructuration du capital visant à remédier à une situation d'insolvabilité, le rôle du conseil est de veiller à ce que l'équipe de direction en place soit composée des bonnes personnes et à ce qu'elle élabore et mette en œuvre un plan d'action mûrement réfléchi. Le conseil a également la responsabilité d'autoriser la ligne de conduite que les administrateurs estiment être dans l'intérêt de la société. Pour que le conseil s'acquitte de son rôle le plus efficacement possible, il devrait envisager de créer d'un comité

spécial et peut-être aussi de nommer un chef de la restructuration. Le comité devrait se composer d'administrateurs externes et du président ou chef de la direction. Il devrait surveiller étroitement les décisions de la direction au sujet des activités en cours et des étapes de la restructuration ou de la restructuration du capital.

Une des premières tâches du conseil ou de son comité spécial sera de déterminer s'il est nécessaire d'apporter des changements à l'équipe de direction. Un nouveau groupe de direction, pouvant être considéré comme une « équipe de sauvetage », pourrait avoir davantage de crédibilité auprès des créanciers de la société puisqu'il ne sera pas associé aux décisions et aux politiques qui ont mené à l'insolvabilité.

Lorsque le choix des membres devant composer l'équipe de direction pendant la phase de redressement de la société est arrêté, un plan d'action clair pour régler les problèmes doit être élaboré et mis en œuvre. Il revient habituellement à la direction, plutôt qu'au conseil, d'élaborer un plan pour remédier à l'insolvabilité, y compris la façon dont la société traitera avec ses banquiers et ses autres créanciers. L'approbation du conseil d'administration sera bien sûr nécessaire avant qu'une décision importante au sujet de l'avenir de la société soit mise en application. Le conseil ou son comité spécial devrait envisager de retenir les services de conseillers financiers externes qualifiés pour l'aider dans ses délibérations.

Les administrateurs devraient surveiller la progression des discussions en cours avec les créanciers, mais ils ne participeront habituellement pas aux discussions quotidiennes. Il est possible qu'on demande aux membres du conseil de participer à certaines réunions stratégiques.

Les administrateurs devraient également connaître la législation en matière d'insolvabilité, qui permet aux tribunaux de révoquer un administrateur s'il compromet, sans raisons valables, la possibilité de faire une proposition viable ou s'il agit de façon inacceptable dans les circonstances. Le tribunal peut également révoquer un administrateur s'il compromettra vraisemblablement la possibilité de faire une proposition ou agira vraisemblablement de façon inacceptable.

(b) Envers qui les administrateurs ont-ils des obligations?

Le deuxième sujet de préoccupation pour les administrateurs est de déterminer à qui ils doivent allégeance en cas d'insolvabilité. La Cour suprême du Canada a confirmé, dans les arrêts *BCE Inc.* et *Peoples Department Stores*, qu'en cas d'insolvabilité, les administrateurs avaient une obligation fiduciaire envers la société et non envers les créanciers. La Cour a toutefois noté que la loi accordait aux créanciers un puissant recours en cas d'abus, recours qu'ils peuvent utiliser à l'encontre des administrateurs pour se plaindre d'une conduite qui leur porte préjudice. Ainsi, pour déterminer ce qui est le mieux pour la société, les administrateurs devront tenir compte des intérêts des différentes parties intéressées, y compris les créanciers, et trouver un équilibre entre ces intérêts afin de veiller à ce qu'il ne leur soit pas porté préjudice de manière injuste dans les circonstances. Lorsque des intérêts s'opposent, les administrateurs devraient s'efforcer d'agir au mieux des intérêts de la société en créant une « meilleure » société. L'influence accrue que les créanciers peuvent exercer sur la société peut, quoi qu'il en soit, contribuer à aligner les intérêts de la société sur ceux des créanciers. Si un séquestre-gérant est nommé par la cour, les responsabilités et les pouvoirs des administrateurs seront suspendus jusqu'à ce que le mandat du séquestre-gérant prenne fin. Pendant ce temps, le séquestre-gérant aura le pouvoir d'exercer les activités de la société à titre de dirigeant désigné par la cour afin de protéger les intérêts des parties intéressées de la société. La nomination d'un syndic de faillite marque habituellement la fin de la société en tant qu'entreprise en exploitation.

Si les obligations des administrateurs ne changent pas en cas d'insolvabilité de la société, les administrateurs devraient être particulièrement conscients des gestes qu'ils posent lorsque la stabilité financière de la société est en jeu, parce qu'ils doivent se soucier à la fois des intérêts de la société et de la possibilité que leurs mesures soient contestées. Cela sera le cas à l'égard des mesures qui ont pour résultat que des actifs sortent de la société, surtout s'ils sont transférés aux actionnaires. Par exemple, tout versement de dividendes, rachat d'actions ou octroi d'une aide financière avant l'insolvabilité de la société seront revus minutieusement par le séquestre-gérant afin de s'assurer qu'une telle mesure n'a pas précipité l'insolvabilité. S'il est en mesure de démontrer que de telles mesures ont précipité l'insolvabilité, le séquestre-

gérant aura le pouvoir d'intenter une action visant à rendre les administrateurs personnellement responsables du remboursement des fonds à la société. De même, tout paiement versé à un créancier peut être étudié pour établir s'il a constitué une préférence frauduleuse. En outre, un syndic de faillite ou un contrôleur peut revoir tous les transferts sous-évalués à des parties ayant ou non un lien de dépendance.

(c) Responsabilité personnelle

Les lois en vertu desquelles les administrateurs d'une société peuvent être tenus responsables des sommes que la société ne verse pas ou ne remet pas sont décrites à la partie V. Les sources les plus importantes de responsabilité potentielle en cas d'insolvabilité sont l'omission de verser des cotisations aux régimes de retraite au moment où elles sont exigibles, la responsabilité potentielle en vertu de la législation en matière d'environnement, les obligations légales de verser les salaires des employés, et les obligations de retenue d'impôt et autres retenues à la source associées aux salaires et aux indemnités de vacances.

Lorsque le promoteur d'un régime de retraite ne verse pas les cotisations au moment où elles sont exigibles, les administrateurs ou les mandataires du promoteur peuvent engager leur responsabilité personnelle pour les versements non effectués si l'administrateur autorise le versement manqué ou y acquiesce (dans le cas des régimes enregistrés dans tous les territoires) ou si l'administrateur omet de prendre les soins raisonnables pour prévenir le versement manqué (dans le cas des régimes enregistrés en Ontario). De plus, les administrateurs peuvent assumer les obligations fiduciaires des administrateurs des régimes de retraite si ces derniers ont délégué aux administrateurs la responsabilité de surveillance du régime. Lorsqu'ils s'acquittent de ces obligations, les administrateurs n'agissent pas en qualité d'administrateurs, mais plutôt à titre de mandataires et d'employés de l'administrateur du régime applicable. Ainsi, les administrateurs devront garder en tête leurs obligations fiduciaires envers les participants au régime lorsqu'ils prennent des décisions pouvant avoir une incidence sur le montant des cotisations payables aux régimes de retraite, y compris des décisions au sujet du moment du dépôt des rapports d'évaluation et des hypothèses utilisées.

En ce qui concerne la responsabilité potentielle en vertu de la législation en matière d'environnement, la jurisprudence récente en Ontario indique que les

administrateurs et dirigeants, actuels et anciens, de sociétés insolvables sont susceptibles d'être nommés dans des ordonnances de protection de l'environnement et d'être exposés à une responsabilité personnelle pour les coûts, peu importe s'ils étaient administrateurs ou dirigeants au moment des événements ayant causé la contamination. En plus de veiller à ce que les mesures adéquates de conformité environnementale et de diminution de la contamination soient prises, il serait prudent d'évaluer de manière proactive la possibilité de contracter une assurance des administrateurs et des dirigeants qui prévoit spécifiquement une garantie contre la responsabilité environnementale, afin de se prémunir contre le risque de responsabilité personnelle aux termes d'ordonnances de protection environnementale.

En vertu de certaines lois sur les sociétés et de la législation sur la protection des salariés, les administrateurs peuvent aussi être tenus de verser aux salariés jusqu'à six mois de salaire et les indemnités de vacances pour une période de 12 mois si la société ne les a pas payés. Cette responsabilité ne s'applique pas aux indemnités de départ dans la plupart des provinces. La responsabilité à l'égard des salaires, des vacances et des retenues à la source peut prendre naissance dans des situations où les administrateurs croyaient qu'il existait une réserve suffisante. Par exemple, il est possible que des chèques aient été émis pour couvrir ces montants, mais qu'avant que les chèques ne soient encaissés, la banque décide de prendre des mesures contre la société et refuse ainsi d'honorer les chèques.

Les administrateurs sont uniquement responsables des montants engagés pendant leur mandat. Par conséquent, lorsqu'il devient clair que la société ne sera pas en mesure de faire ces paiements à l'avenir, certains administrateurs ont choisi de démissionner. Bien que cela puisse être la seule ligne de conduite prudente dans certaines circonstances, d'autres mesures peuvent être prises pour éviter que tout le conseil d'administration soit obligé de démissionner.

Des procédures peuvent être établies pour minimiser la responsabilité potentielle des administrateurs en appuyant la défense de diligence raisonnable (lorsqu'elle peut s'appliquer) et, dans la mesure du possible, en veillant au paiement des montants prévus par la loi, surtout dans les circonstances où les administrateurs peuvent être tenus responsables du non-paiement. Par exemple, les administrateurs

devraient surveiller attentivement la situation financière de la société et obtenir chaque mois, ou plus fréquemment, des attestations des dirigeants confirmant le paiement de tous les montants prévus par la loi. Les administrateurs peuvent envisager d'établir un compte en fiducie pour que des fonds soient disponibles pour les paiements. Cela suppose, bien sûr, que la société dispose de fonds pouvant être versés dans ce compte en fiducie. Dans certaines circonstances, un créancier existant peut accepter d'avancer ces fonds pour éviter que les administrateurs démissionnent, afin de veiller à ce que la société bénéficie du leadership de personnes chevronnées pendant une période de restructuration. D'autres options comprennent l'obtention de lettres de crédit auprès d'une banque pour financer ces paiements ou le versement par la société d'une indemnité aux administrateurs s'ils engagent leur responsabilité personnelle pour ces paiements. En outre, un tribunal peut grever les actifs de la société d'une charge en faveur des administrateurs pour les prémunir contre les obligations et responsabilités qu'ils peuvent engager après le début de procédures de restructuration officielles. Ces arrangements et les questions au sujet de leur validité sont abordés plus en détail dans la partie VI.

Les administrateurs doivent se montrer prudents par rapport à l'utilisation d'une assurance des administrateurs et des dirigeants pour couvrir ces paiements. Avant de fonder une décision sur l'existence d'une police d'assurance, les administrateurs devraient s'assurer que la police couvre les paiements en question et qu'elle est toujours en vigueur.

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario abordent la question de la démission en bloc des membres du conseil d'administration. Chacune de ces lois prévoit que toute personne qui gère la société sera réputée être un administrateur et, ainsi, avoir toutes les obligations et responsabilités d'un administrateur. Il existe une exception à cette disposition déterminative qui dispense un dirigeant qui dirige les activités de la société sous la direction d'un actionnaire ou d'une autre personne, et un avocat, comptable ou autre professionnel qui participe à la direction uniquement dans le but de fournir des services professionnels.

V. Responsabilités imposées par la loi



V. Responsabilités imposées par la loi

Les deux principales obligations des administrateurs sont leur obligation fiduciaire et leur obligation de diligence. La partie V décrit certaines des autres obligations légales imposées aux administrateurs en vertu des lois sur les sociétés, sur les valeurs mobilières et d'autres lois, y compris les lois fiscales et les lois en matière d'environnement, d'emploi et de régimes de retraite, les sanctions associées à un manquement à ces obligations et les défenses dont peuvent se prévaloir les administrateurs. Il existe un grand nombre de lois fédérales et provinciales qui imposent une responsabilité aux administrateurs, et les lois qui sont les plus pertinentes pour les administrateurs dépendront de la société en question et de ses activités. Peu de lois imposent une responsabilité absolue aux administrateurs; la plupart d'entre elles leur accordent plutôt une défense de diligence raisonnable. Cette défense permet aux administrateurs d'éviter la responsabilité s'ils ont suivi les procédures appropriées, par exemple s'ils ont mené les enquêtes nécessaires, examiné la documentation pertinente, mis en place les contrôles et procédures adéquats, consulté des experts et étudié attentivement la question.

Les parties I et III de ce guide ont décrit les obligations générales imposées aux administrateurs en vertu des lois sur les sociétés, ainsi que certaines des exigences supplémentaires qui sont imposées aux administrateurs de sociétés ouvertes en vertu de la réglementation sur les valeurs mobilières et des règles des bourses. Il y a aussi un grand nombre de lois qui, selon le cas, imposent aux administrateurs de sociétés d'autres responsabilités ou les rendent directement responsables des actions ou omissions de la société. La présente partie décrit certaines de ces responsabilités prévues par la loi, la responsabilité potentielle qui en découle ainsi que la norme de conduite que les administrateurs doivent suivre pour s'acquitter de ces responsabilités.

En plus de toute la gamme de responsabilités prévues par la loi, il est possible que les administrateurs soient tenus responsables de certains manquements à la common law découlant des actions de la société. Les administrateurs ne peuvent être tenus responsables que s'ils ont agi d'une façon délibérée et négligente à un tel point que les actes fautifs étaient les leurs plutôt que ceux de la société. Par exemple, dans l'affaire *M&L Travel Ltd.*, la Cour suprême du Canada a indiqué que les administrateurs d'une société fermée étaient personnellement responsables d'une violation de l'obligation fiduciaire par la société parce qu'ils

avaient pleinement eu connaissance des actions de la société et donc, qu'ils étaient au courant de la violation de l'obligation fiduciaire. Ils avaient également participé à la violation et avaient aidé à la commettre. Dans l'affaire *ADGA Systems c. Valcom*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les administrateurs étaient responsables de leur propre conduite délictueuse même s'ils agissaient manifestement au nom de la société. Puisqu'il est peu fréquent que les administrateurs se voient imposer de telles responsabilités en vertu de la common law comparativement aux autres responsabilités décrites dans ce guide, elles ne sont pas décrites aux présentes. Toutefois, les administrateurs devraient à tout le moins noter que, si leur conduite à titre d'administrateurs cause des dommages à une tierce partie, celle-ci peut, dans certaines circonstances limitées, avoir un droit d'action en common law contre eux personnellement.

Du point de vue de la politique, l'imposition d'une responsabilité personnelle aux administrateurs vise à inciter les personnes chargées de la gestion des activités d'une société à veiller à ce que la société s'acquitte de ses obligations légales. La responsabilité est imposée aux administrateurs en reconnaissance du fait qu'ils ont la capacité d'influencer de manière significative la conduite de la société.

En termes généraux, les lois imposent une responsabilité aux administrateurs de trois façons. Dans le cas de certaines infractions, la responsabilité est imposée peu importe si l'administrateur avait l'intention de commettre l'infraction, et peu importe si l'administration était même au courant que l'infraction était commise. Il s'agit du type de responsabilité des administrateurs le moins courant. On l'appelle souvent la « responsabilité absolue », ce qui signifie qu'un administrateur peut être tenu responsable en vertu d'une disposition de la loi simplement parce que l'infraction en question a été commise. Le fait que l'administrateur n'était pas au courant que l'infraction était commise ou même que l'administrateur avait pris toutes les mesures possibles pour en prévenir la perpétration ne constituent pas une défense. La responsabilité du paiement des salaires des employés et des indemnités de vacances en vertu de la législation sur les normes du travail de certaines provinces constitue un exemple de ce type de responsabilité.

Le deuxième type d'infraction impose une responsabilité aux administrateurs à moins qu'ils aient fait preuve de diligence. Ce type de responsabilité est habituellement imposé en cas d'infraction réglementaire ou contre le bien-être public. La « défense de diligence raisonnable » permet aux administrateurs d'éviter la responsabilité s'ils ont suivi les étapes appropriées ou adopté les procédures pertinentes, telles que faire les enquêtes appropriées, examiner la documentation qui leur a été fournie, veiller à ce que les contrôles et les procédures appropriés soient en place, consulter des experts au besoin et étudier attentivement la question. La défense de diligence raisonnable existe pour de nombreuses infractions, notamment la responsabilité associée à un prospectus en vertu des lois sur les valeurs mobilières provinciales et certaines infractions en matière d'environnement.

Le troisième type d'infraction impose une responsabilité aux administrateurs qui ont « donné leur autorisation, leur permission ou leur acquiescement » à la perpétration d'une infraction par la société. Cette formulation sous-entend la connaissance du fait que l'action constituant l'infraction était commise, et on la retrouve dans plusieurs lois. Ces infractions sont très semblables, dans leur mécanisme, aux infractions qui prévoient expressément la défense de diligence raisonnable. Il existe une défense pour les administrateurs qui peuvent prouver qu'ils ont pris toutes les précautions raisonnables pour remplir leurs

obligations et qu'ils croyaient honnêtement, pour des motifs raisonnables, avoir pris de telles précautions, même s'ils avaient tort.

Certaines des lois en vertu desquelles les administrateurs sont le plus souvent exposés à une responsabilité sont examinées ci-après. Les administrateurs devraient consulter leurs conseillers juridiques pour connaître l'étendue de leur responsabilité en vertu de ces lois et d'autres lois dans le contexte des activités de la société et de ses filiales. Les administrateurs devraient également veiller à ce que des procédures appropriées soient mises en place afin de promouvoir la conformité aux exigences réglementaires, et à ce que ces procédures soient revues périodiquement pour confirmer la conformité.

1. Insuffisance de capital et examen de la solvabilité d'une société

(a) Types de paiement

Les lois sur les sociétés cherchent à maintenir l'intégrité financière de la société en interdisant à la société de prendre certaines mesures si elle ne répond pas aux critères de solvabilité décrits dans la loi. Ces critères de solvabilités sont décrits ci-après. Les administrateurs qui votent pour une opération ou y consentent alors que la société ne répond pas aux critères de solvabilité peuvent être tenus responsables des sommes versées par la société et non encore recouvrées. Autrement dit, les administrateurs qui font en sorte ou permettent que la société prenne une mesure qui mène à son insolvabilité sont tenus de remettre à la société les sommes qu'elle a versées dans le cadre de cette mesure. La liste d'opérations pour lesquelles les administrateurs pourraient encourir ce type de responsabilité comprend :

- l'émission d'actions pour des biens ou des services rendus dont la juste valeur marchande est inférieure à la somme d'argent que la société aurait reçue si les actions avaient été libérées en numéraire (à moins que l'administrateur ne sache pas ou n'aurait raisonnablement pas pu savoir que la société aurait reçu une somme supérieure si les actions avaient été libérées en numéraire);
- l'achat, le rachat, le rachat au gré du porteur ou toute autre acquisition par la société de ses propres actions en violation des critères de solvabilité prévus par la loi;

- le versement d'un dividende en violation des critères de solvabilité prévus par la loi;
- en vertu de certaines lois sur les sociétés, l'octroi de prêts, de cautionnements ou d'une autre aide financière à certaines personnes apparentées en violation des critères de solvabilité prévus par la loi; et
- le versement d'une somme à un actionnaire qui a exercé ses droits à la dissidence en violation des critères de solvabilité prévus par la loi.

Puisque les administrateurs n'engagent leur responsabilité pour ces opérations que s'ils votent pour la résolution qui autorise l'opération ou y consentent, ils devraient garder à l'esprit qu'ils seront réputés avoir consenti à une résolution à moins que leur dissidence ne soit consignée de la façon et dans le délai prescrits par la loi. La procédure pour consigner une dissidence est décrite dans la partie III.

Toute action contre un administrateur pour avoir autorisé les opérations énumérées ci-dessus doit être intentée dans les deux ans qui suivent la date de la résolution autorisant l'acte illégal.

(b) Examen de la solvabilité d'une société

Les lois sur les sociétés interdisent à une société de prendre certaines mesures si la société ne parvient pas à remplir deux critères par la suite. Ces critères sont communément appelés des critères de solvabilité, quoique l'un d'entre eux porte sur la solvabilité et l'autre porte sur l'insuffisance de capital. Les deux critères sont décrits aux présentes dans le contexte de la déclaration des dividendes, mais une version de ces critères de solvabilité s'applique également au rachat d'actions, ou au rachat d'actions au gré du porteur, et aux autres types d'opérations énumérés ci-dessus. Dans le cas des dividendes, les critères de solvabilité visent à empêcher les administrateurs de déclarer des dividendes sur le capital de la société ou de distribuer autrement aux actionnaires des actifs que la société devrait conserver afin de protéger ses créanciers. Bien que les prêteurs ne se fient habituellement pas de manière exclusive à ces dispositions légales pour se protéger contre les mesures prises par une société qui pourraient compromettre la capacité de la société de payer ses créanciers et peuvent bien exiger des engagements contenant des critères plus stricts, les critères de solvabilité visent à offrir une certaine protection contre la vente intempestive des actifs de la société.

Le critère de solvabilité interdit à une société de déclarer ou de verser un dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que la société est incapable d'acquitter son passif à échéance, ou serait incapable de le faire après le versement du dividende. L'incapacité d'acquitter le passif à échéance aura différentes significations dans différentes circonstances. En général, toutefois, si une société ne pouvait acquitter son passif en cours qu'en liquidant des actifs fondamentaux à la poursuite de ses activités, les administrateurs ne pourraient vraisemblablement pas conclure que le critère a été rempli. Si, d'autre part, les administrateurs en viennent à la conclusion que la société a besoin de vendre un actif important pour s'acquitter d'une obligation considérable et inhabituelle, ils peuvent tout de même conclure de bonne foi que cela ne fait pas en sorte que la société est incapable d'acquitter son passif à échéance.

Le critère de l'insuffisance de capital empêche la société de déclarer ou de verser un dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que la « valeur de réalisation » des actifs de la société serait, en raison du dividende, inférieure au total de son passif et du capital déclaré de toutes les catégories d'actions. La manière dont les actifs sont évalués dépendra de la société et de sa situation. Il est généralement raisonnable d'évaluer les actifs sur une base de continuité de l'exploitation, à moins qu'il existe des motifs de croire que la société sera liquidée ou fera l'objet d'une procédure en matière d'insolvabilité dans un avenir rapproché, ou encore qu'une disposition urgente et importante de ses actifs soit prévue. Puisque le critère porte sur la « valeur de réalisation » des actifs de la société par rapport à son passif et à son capital déclaré, la valeur des actifs doit être établie sur la base d'un type de vente théorique. Même si l'évaluation devait tenir compte de l'impôt payable à la suite de la vente ainsi que des frais, juridiques et autres, associés à la disposition des actifs, les administrateurs ont aussi le droit de présumer que la vente se fera d'une façon efficiente sur le plan fiscal, dans la mesure où cette hypothèse est raisonnable. De plus, l'actualisation de ces frais peut être justifiée si la disposition n'est pas imminente.

En vertu de certaines lois sur les sociétés, le critère est moins strict pour les sociétés possédant des actifs consommables. Il s'agit d'actifs qui sont

nécessairement épuisés dans le cours des activités de la société. Ces dispositions s'appliquent aux sociétés dont les activités principales portent sur la production minière, pétrolière ou gazière, ou dont 75 % des actifs sont sujets à épuisement. Elles s'appliquent également aux sociétés constituées dans le but d'acquérir des actifs, de les liquider et de distribuer des liquidités aux actionnaires. Ces sociétés ne sont pas tenues de répondre aux critères de solvabilité imposés aux autres sociétés. Elles ont plutôt le droit de verser des dividendes à partir des fonds tirés de leurs activités même si le paiement réduit la valeur de leurs actifs à un niveau inférieur à leur capital déclaré, dans la mesure où elles peuvent toujours acquitter leur passif.

Les critères sont de nature prospective et exigent que les administrateurs déterminent si la société sera en mesure d'acquitter son passif à échéance. Aucun délai n'est indiqué et aucune explication n'est donnée quant à la définition de l'expression « passif ». Puisque ce terme comprend généralement le passif éventuel, ce passif doit être inclus dans l'application des critères de solvabilité. Les administrateurs doivent évaluer la nature d'un passif éventuel et la probabilité que l'éventualité survienne en attribuant une valeur au passif. Les critères sont également fondés sur des valeurs qui ne peuvent être estimées avec certitude au moment où les administrateurs doivent décider de déclarer ou non un dividende. Les administrateurs ne peuvent établir avec certitude la valeur de réalisation des actifs de la société (et on ne peut s'attendre à ce qu'ils le fassent), parce que cette valeur ne peut être connue qu'au moment de la vente des actifs. On ne peut s'attendre non plus à ce qu'ils prédisent les événements futurs. Par exemple, après le versement d'un dividende par la société, il est possible qu'une dépréciation considérable de la valeur des stocks d'une société – ce qui s'est déjà produit dans le cas de sociétés qui détiennent des biens immobiliers – vienne mettre en doute la capacité de la société d'acquitter son passif, et cela peut en rétrospective faire paraître imprudent le versement du dividende. Les administrateurs doivent uniquement s'assurer, au moment de l'adoption de la résolution visant à déclarer et à verser le dividende, qu'il n'y avait pas de motif raisonnable de croire que les critères ne seraient pas remplis. Si les administrateurs jugent de bonne foi que la société répond aux critères en se fondant sur l'estimation de la valeur des actifs qu'ils estiment, en toute bonne foi, raisonnablement exacte au

moment où le dividende est déclaré et versé, les tribunaux ont indiqué que les administrateurs ne seront pas tenus responsables si la valeur de ces actifs est par la suite perdue.

(c) Défense et sanctions

La question de savoir si la société répond aux critères de solvabilité est une question qui doit, dans la plupart des cas, être déterminée par le conseil d'administration. Toutefois, en vertu des lois sur les sociétés, les administrateurs ont le droit de se fier aux états financiers de la société si un dirigeant de la société ou un rapport écrit de l'auditeur déclare qu'ils reflètent fidèlement la situation financière de la société. Dans les cas appropriés, les administrateurs peuvent également se fier aux conseillers externes. Comme il a été mentionné dans la partie I, les administrateurs doivent alors agir de bonne foi et de façon raisonnable. Les administrateurs devraient toutefois noter que les critères de solvabilité ne constituent pas une analyse du bilan. Même si les tribunaux tiendront compte du bilan de la société pour évaluer sa solvabilité, ils appliqueront les critères en se fondant sur la preuve de la valeur réelle de l'actif et du passif de la société.

Les administrateurs ne pourront pas se tourner vers les auditeurs de la société pour savoir si, selon eux, la société répond aux critères de solvabilité. L'organe directeur des comptables agréés a conseillé à ses membres de ne pas donner d'avis, c'est-à-dire une assurance de forme affirmative ou négative, sur les questions de solvabilité. Cette position est motivée par le fait que la solvabilité est une situation qui doit être établie, à tout le moins en partie, de manière prospective en vertu des critères prescrits et que, pour cette raison, ce n'est pas une question sur laquelle les comptables sont prêts à donner leur avis. Cette position illustre le défi auquel font face les administrateurs qui cherchent à savoir si les critères sont remplis, particulièrement dans des circonstances où la société pourrait se trouver près du seuil du critère.

Les administrateurs qui consentent à une des opérations décrites ci-dessus lorsque la société ne répond pas aux critères de solvabilité pourraient être tenus solidairement responsables de rembourser à la société les sommes distribuées ou versées par la société à la suite de cette opération. Toute responsabilité potentielle prend fin deux ans après la date de la résolution approuvant l'opération. Les administrateurs

qui sont trouvés responsables ont le droit de se tourner vers les autres administrateurs qui ont aussi consenti à la résolution pour leur part de la somme à rembourser. Ces administrateurs peuvent également demander au tribunal une ordonnance obligeant la personne qui a reçu la somme à la rembourser à la société.

2. Transaction d'initié

La réglementation des transactions d'initiés vise à promouvoir l'équité dans les marchés des capitaux. Les personnes qui disposent d'information au sujet d'une société en raison de leur relation avec la société ne devraient pas pouvoir s'en servir pour négocier des titres de la société ou pour aider d'autres personnes à négocier des titres de la société avant que cette information ne soit publiée.

(a) Administrateurs étant des initiés

Les administrateurs sont des initiés de la société au conseil de laquelle ils siègent, mais ils sont également réputés être des initiés de toute autre société dont leur société détient ou contrôle plus de 10 % des titres comportant droit de vote.

Les règles concernant les transactions d'initié comportent deux volets. D'abord, à titre d'initiés, les administrateurs doivent déclarer publiquement leur propriété des titres de la société à l'égard de laquelle ils sont des initiés, ainsi que toute opération qu'ils font sur ces titres. Cela est analysé de manière plus détaillée ci-dessous à la rubrique « Rapports sur les transactions d'initiés ». En outre, puisqu'ils ont des « rapports particuliers », aux fins des lois sur les valeurs mobilières, avec une société à l'égard de laquelle ils sont des initiés, ils peuvent être tenus responsables s'ils négocient des titres de cette société alors qu'ils sont au courant d'un fait important ou d'un changement important qui n'a pas encore été annoncé publiquement. De plus, les administrateurs peuvent être tenus responsables s'ils transmettent cette information à une autre personne en dehors du cours normal des affaires (on appelle aussi cette personne un « informé »). Cela est analysé de manière plus détaillée ci-dessous à la rubrique « Utilisation de l'information privilégiée ».

(b) Rapports sur les transactions d'initiés

Les personnes qui détiennent des titres de la société sont tenues de déposer une déclaration d'initié lorsqu'ils deviennent des initiés. Lorsqu'une personne qui détient des titres d'une société est nommée au conseil d'administration de cette société, par exemple, ou lorsqu'un administrateur existant acquiert des titres de la société pour la première fois, cette personne doit déposer un premier profil d'initié et une déclaration d'initié. Le rapport doit être déposé dans les 10 jours suivant la date à laquelle la personne devient un initié. Lorsque les administrateurs négocient des titres d'entités à l'égard desquelles ils sont des initiés, ils doivent généralement déposer une déclaration de cette opération dans les cinq jours. Ils doivent également déclarer les opérations sur des instruments financiers connexes, ce qui comprend les mécanismes de rémunération en titres comme des unités d'actions subalternes, des unités d'actions différées, des unités de participation aux bénéficiaires, des actions fictives, des droits à la plus-value des actions et des options fictives, ainsi que d'autres opérations de couverture ou opérations comprenant, directement ou indirectement, des titres de l'émetteur assujéti ou un instrument financier connexe si cela modifie, directement ou indirectement, leur exposition économique à l'émetteur assujéti.

Le fait de pouvoir déterminer qui est un « initié » en vertu des lois sur les valeurs mobilières et quels « initiés » sont assujettis à la déclaration d'initié à titre de « initiés assujettis » demande une analyse complexe. La pratique normale de la plupart des sociétés ouvertes est de préparer une note à l'intention de leurs administrateurs et membres de la haute direction pour les aider à se conformer à ces exigences. Les autorités de réglementation considèrent que la déclaration rapide et exacte est une priorité. L'omission de déposer une déclaration exacte dans les délais peut entraîner des frais de déclaration tardive ou des procédures et sanctions pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement. Il est donc crucial que les administrateurs comprennent bien la portée de l'obligation de déclaration et qu'ils s'y conforment entièrement et rapidement.

Les déclarations d'initiés sont déposées sur le Système électronique de déclaration des initiés (SEDI). Elles constituent de l'information publique et sont souvent suivies et publiées par la presse financière. En tant que question administrative interne, le service

juridique ou administratif de la société est souvent chargé du dépôt des déclarations de transactions d'initiés des administrateurs de la société, mais les administrateurs devraient garder à l'esprit que ce sont eux, et non la société, qui seront tenus responsables de toute omission de déposer les déclarations lorsque nécessaire.

(c) Utilisation de l'information privilégiée

En vertu des lois sur les sociétés et des lois sur les valeurs mobilières, les administrateurs sont responsables de toute utilisation d'information confidentielle ou « privilégiée » au sujet de la société pour négocier des titres de la société ou pour transmettre cette information à une autre personne. Les dispositions et les formulations employées pour décrire cette responsabilité varient d'une loi à l'autre, mais les expressions importantes sont « fait important », « changement important » et « information confidentielle ». Bon nombre de ces concepts, mais pas tous, peuvent s'appliquer aux administrateurs qui sont des initiés de sociétés fermées, ainsi qu'à ceux qui sont des initiés de sociétés ouvertes. Pour se conformer à cette interdiction visant les transactions irrégulières, un administrateur ne doit pas acheter ni vendre de titres lorsque de l'information importante concernant la société n'a pas encore été rendue publique. En plus d'être communiquée, l'information doit avoir été raisonnablement diffusée. Par conséquent, il n'est pas approprié que les initiés procèdent à des transactions immédiatement après la publication de l'information importante. Ils doivent attendre un délai approprié avant d'entrer sur le marché.

Un administrateur qui effectue des transactions à l'aide de cette information ou qui donne l'information à une autre personne peut être tenu responsable à trois niveaux. Premièrement, l'administrateur est passible d'une amende équivalente au profit gagné ou à la perte évitée, majorée d'un montant ne dépassant pas le plus élevé entre le triple du profit ou 5 millions de dollars, et d'un emprisonnement d'au plus 5 ans. Si une société est déclarée coupable d'une transaction d'initié sur les titres d'une autre société, chaque administrateur qui a autorisé l'infraction ou y a acquiescé est aussi coupable, et est responsable des dommages-intérêts résultant de la transaction, et passible d'une amende d'au plus 5 millions de dollars et d'un emprisonnement d'au plus cinq ans. L'administrateur peut également être jugé responsable envers la personne qui a effectué la transaction avec

l'administrateur ou envers la personne que l'administrateur a informée d'un changement ou d'un fait important non déclaré. Les dommages-intérêts peuvent atteindre le montant du prix de la transaction qui a été touché par l'information confidentielle accessible à une partie, mais pas à l'autre. Enfin, l'administrateur sera tenu responsable envers la société pour tout gain réalisé grâce à la transaction d'initié ou à la communication de renseignements confidentiels.

Le *Code criminel* inclut les actes criminels de « délit d'initié » et de « communication de renseignements confidentiels ». L'infraction de délit d'initié diffère quelque peu des interdictions de transactions d'initiés en vertu de la législation canadienne en valeurs mobilières, puisque l'infraction en vertu du *Code criminel* a recours à une approche beaucoup plus large appliquée partout au Canada, peu importe le territoire dans lequel la transaction a eu lieu et si les titres sont inscrits à la cote d'une bourse ou détenus de façon privée. Le *Code criminel* érige également en infraction le fait, pour des personnes qui possèdent ou obtiennent de l'information privilégiée, de communiquer sciemment cette information, sachant qu'il y a un risque que le destinataire s'en serve pour acheter ou vendre des titres visés par l'information, ou la transmette à une autre personne qui peut le faire. Comparativement à l'infraction réglementaire parallèle en vertu de la législation en valeurs mobilières provinciale, la Couronne a un fardeau de la preuve beaucoup plus lourd lorsque des poursuites sont intentées en vertu du *Code criminel*. Cette infraction criminelle de délit d'initié comporte une peine d'emprisonnement d'au plus dix ans et l'infraction pour communication de renseignements confidentiels est passible d'un emprisonnement d'au plus cinq ans.

(d) Défenses

L'administrateur accusé de transaction d'initié peut se prévaloir d'un certain nombre de moyens de défense. La preuve qu'un administrateur croyait raisonnablement que l'information avait déjà été rendue publique est un moyen de défense. De même, si l'autre partie à la transaction était au courant de l'information non divulguée ou aurait raisonnablement dû la connaître, l'administrateur n'est pas responsable. Il existe des dispenses lorsque la transaction a lieu dans des circonstances « innocentes », comme l'achat d'actions par un administrateur dans le cadre d'un régime

automatique, comme un régime de réinvestissement des dividendes ou un régime d'achat d'actions qui était en place avant que l'administrateur ne prenne connaissance de l'information confidentielle. Des dispenses s'appliquent aussi lorsque la transaction a eu lieu dans le but de remplir une obligation juridique contractée par un administrateur avant d'obtenir l'information non divulguée. Les administrateurs disposeront également d'une défense lorsqu'un placement constituait une transaction d'initié alors qu'aucun administrateur, dirigeant, associé, employé ou mandataire du cabinet qui participait à la décision de placement n'avait connaissance de l'information privilégiée.

De même, il existe quelques défenses pour des accusations de communication de renseignements confidentiels. Par exemple, si un administrateur informe un tiers d'un fait ou d'un changement important non divulgué, cela ne constitue pas de la communication de renseignements confidentiels si la communication a lieu dans le cours normal des affaires. Même si un administrateur informe un tiers d'un fait ou d'un changement important non divulgué autrement que dans le cours normal des affaires, l'administrateur pourra tout de même se défendre si la personne qui a acheté ou vendu les actions de la société au cours d'une transaction avec le tiers connaissait l'information ou aurait raisonnablement dû la connaître.

(e) Quand l'information est-elle communiquée?

Les règles sur les valeurs mobilières permettent les transactions à partir du moment où l'information est « rendue publique ». Bien que la législation en valeurs mobilières ne définit pas l'expression « rendue publique », l'information sera généralement rendue publique lorsque deux critères sont remplis. Premièrement, lorsque l'information a été diffusée d'une façon visant à atteindre efficacement le marché. Le simple fait d'afficher l'information sur le site Web de la société ne suffira pas. Deuxièmement, lorsque les investisseurs publics ont eu un délai raisonnable pour analyser l'information. Ce qui constitue un délai raisonnable dépendra de divers facteurs. Par exemple, les circonstances dans lesquelles l'événement survient, la nature et la complexité de l'information, la nature du marché des titres de la société et la façon dont l'information a été publiée.

3. Responsabilité pour les infractions en vertu des lois sur les sociétés

Les lois sur les sociétés imposent un certain nombre d'obligations à la société. Pour s'assurer que la société respecte ces obligations, les lois sur les sociétés imposent également une responsabilité personnelle à un administrateur qui donne sciemment son autorisation, sa permission ou son acquiescement à ce que la société ne se conforme pas à certaines dispositions. Les infractions pour lesquelles un administrateur peut être tenu responsable en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* comprennent :

- l'omission, de la part de la société, d'envoyer un formulaire de procuration aux actionnaires en même temps que l'avis de convocation à l'assemblée des actionnaires comme l'exige la LCSA;
- l'omission, de la part de la société, d'envoyer une circulaire de sollicitation de procurations par la direction aux actionnaires et au directeur en vertu de la LCSA avant de solliciter des procurations; et
- l'inclusion par la société d'une fausse déclaration au sujet d'un fait important dans certains documents, comme la circulaire de sollicitation de procurations par la direction, exigés en vertu de la LCSA, ou l'omission, par la société, d'un fait important dans un tel document.

Les administrateurs peuvent être passibles d'amendes d'au plus 5 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement d'au plus six mois, ou les deux, peu importe si la société elle-même a été poursuivie ou condamnée pour les infractions susmentionnées. Les défenses qui s'offrent aux administrateurs varieront en fonction de l'infraction et des circonstances; toutefois, dans la plupart des cas, les administrateurs doivent avoir sciemment donné leur autorisation, leur permission ou leur acquiescement à la perpétration de l'infraction pour être jugés responsables.

4. Législation sur l'environnement

La responsabilité potentielle pour les questions d'ordre environnemental constitue, avec la responsabilité à l'égard des salaires des employés, la responsabilité des administrateurs qui attire le plus l'attention. Toute personne peut être tenue responsable en vertu d'un certain nombre de lois pour

avoir causé ou permis des dommages à l'environnement ou parce qu'elle s'occupe de la gestion ou du contrôle d'un bien ou d'une entreprise. Dans certaines provinces, les administrateurs peuvent être directement exposés à des ordonnances les enjoignant de remédier aux dommages environnementaux, ou devoir payer pour des mesures de remédiation si la société omet de le faire. De plus, bon nombre des lois en matière d'environnement au Canada tiennent les administrateurs potentiellement responsables d'au moins certaines des infractions d'ordre environnemental commises par la société pour laquelle ils agissent. Il s'agit de responsabilités qui sont fréquemment reconnues comme étant une source de préoccupations pour les administrateurs qui peuvent n'avoir aucune connaissance directe des activités de la société pouvant causer des problèmes environnementaux, ou aucun contrôle sur celles-ci.

Il y a eu une augmentation importante du nombre et de la sévérité des lois en matière d'environnement au Canada. Une grande partie de cette législation a été élaborée au gré des circonstances en réponse à des préoccupations précises. Par conséquent, la législation, la réglementation, les politiques et les lignes directrices sur l'environnement manquent souvent de constance et de cohérence. En plus des lois générales sur la protection de l'environnement, comme la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* (LCPE) et la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, il existe bon nombre de lois portant sur l'eau, l'air, les pesticides, les mines, le pétrole et le gaz, les substances toxiques, les terrains contaminés et la gestion des déchets qui imposent des exigences précises au chapitre de la protection de l'environnement. Ces exigences comprennent, dans leur dispositif de sanction, l'imposition de pénalités aux administrateurs d'une société contrevenante.

(a) Infractions à la réglementation

(i) Nature des infractions

La *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)* (LCPE) offre un bon exemple de l'exposition des administrateurs à des peines pour des infractions réglementaires commises par la société. En vertu de la LCPE, les administrateurs peuvent être tenus responsables des infractions commises par la société si les administrateurs « l'ont ordonnée ou autorisée, ou y ont consenti ou participé ». Aux termes de cette disposition, les administrateurs seront assujettis à la

responsabilité à titre d'administrateurs pour les infractions réglementaires commises par la société uniquement s'ils avaient connaissance des actes constituant l'infraction.

De plus, la LCPE impose aux administrateurs l'obligation de faire « preuve de la diligence voulue » pour faire en sorte que la société se conforme à toutes les dispositions de la LCPE et des règlements pris en application de celle-ci. La violation de cette obligation constitue une infraction. L'ignorance n'est pas une défense aux termes de cette disposition. Les administrateurs doivent prendre toutes les mesures raisonnables, de manière proactive, pour veiller à ce que la société soit conforme et ils doivent être en mesure de prouver qu'ils ont pris de telles mesures si la société n'est pas conforme.

(ii) Défense de diligence raisonnable

La responsabilité des administrateurs en cas d'infractions, par la société, à la réglementation sur l'environnement n'est habituellement pas absolue. Dans la plupart des cas, les administrateurs peuvent éviter une telle responsabilité s'ils peuvent prouver qu'ils ont fait preuve de la diligence voulue (qui signifie prendre toutes les précautions voulues) pour s'assurer que la société respecte la législation sur l'environnement.

La capacité de faire valoir avec succès une défense de diligence raisonnable dépendra des mesures prises par les administrateurs avant la perpétration de l'infraction. La diligence d'un administrateur est fondée sur la compréhension des enjeux, la rédaction des politiques pertinentes de la société, la délégation au personnel qualifié de la responsabilité de la mise en œuvre des politiques, la fourniture des ressources nécessaires pour la mise en œuvre des politiques et la supervision de la conformité par la création d'un système de surveillance qui permet à l'administrateur de confirmer que les politiques établies sont suivies et qu'on s'occupe des préoccupations des employés. Ces mesures devraient être dûment consignées dans les procès-verbaux du conseil d'administration et dans les rapports d'experts et de la direction. Une analyse des procédures que le conseil devrait songer à mettre en œuvre pour s'assurer de répondre à la norme de prudence requise est présentée dans la partie IV.

Il convient de noter qu'une défense de diligence raisonnable n'est généralement pas offerte dans le cas des ordonnances réglementaires en vertu de la législation sur l'environnement provinciale.

(iii) Peines réglementaires

Lorsqu'ils sont condamnés pour une infraction réglementaire, les administrateurs peuvent être passibles de lourdes amendes ou d'une peine d'emprisonnement. Selon la gravité de la violation, les amendes peuvent atteindre jusqu'à 6 millions de dollars par jour pour les administrateurs, et jusqu'à 10 millions de dollars par jour pour la société. Les administrateurs sont également passibles d'une peine d'emprisonnement d'au plus cinq ans moins un jour pour les infractions les plus graves. En vertu de la LCPE, un administrateur est aussi assujéti à la sanction prévue pour l'infraction commise par la société. Les facteurs qui seront pris en compte par le tribunal au moment d'imposer la sentence comprennent la nature de l'infraction, la préméditation de l'acte, les condamnations antérieures, les dommages causés, la collaboration avec les autorités, les engagements pris pour se conformer et la rapidité et l'efficacité de la remédiation.

(b) Infractions en vertu du Code criminel

Pour certaines affaires, comme l'insouciance intentionnelle ou téméraire au sujet d'une catastrophe environnementale ou de la vie et de la sécurité d'autrui, des accusations peuvent être portées en vertu du *Code criminel*. De plus, à la suite des modifications adoptées après le décès de 26 mineurs dans l'accident de la mine Westray, il incombe à quiconque « dirige l'accomplissement d'un travail ou l'exécution d'une tâche » de prendre les mesures voulues pour éviter qu'il n'en résulte de blessures corporelles pour autrui, et la violation de cette obligation constitue une infraction. En cas de condamnation pour une infraction en vertu du *Code criminel*, il n'y a pas de plafond à l'amende qui peut être imposée et une peine d'emprisonnement à vie est possible.

(c) Ordonnances

Dans certains cas, les administrateurs peuvent être nommés dans des ordonnances, par exemple celles visant à prévenir les déversements ou à mettre en œuvre le nettoyage. Dans d'autres cas, ils peuvent devoir acquitter les coûts du respect d'une ordonnance si la société omet de le faire. Les ordonnances de cette nature ne sont pas censées être punitives, et si la société est financièrement en mesure de s'y conformer et qu'elle prend les mesures pour le faire, il est peu probable que de telles ordonnances seront rendues à l'encontre des administrateurs.

Toutefois, si la société met du temps à s'y conformer ou si elle est insolvable, les autorités de réglementation peuvent rendre des ordonnances à l'encontre des administrateurs à titre personnel. Au moins dans certaines circonstances, de telles ordonnances peuvent être fondées uniquement sur la documentation de la société indiquant que les administrateurs s'occupaient de la gestion et du contrôle de la société et ainsi, de ses biens ou de ses activités. Par conséquent, il ne faudrait pas oublier que la législation peut imposer des devoirs positifs aux administrateurs afin qu'ils agissent dans l'intérêt public, et ces devoirs peuvent avoir préséance sur l'obligation qu'a l'administrateur envers la société d'agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. De plus, il est possible que le devoir réglementaire ne soit pas toujours accompli en se fiant de bonne foi au rapport ou aux conseils d'un dirigeant de la société. Ces ordonnances ne dépendent pas de la faute ni du manque de diligence.

Ainsi, les décisions et les mesures prises par la société en réponse à une ordonnance réglementaire devraient faire l'objet d'un examen minutieux par les administrateurs de la société, et des conventions d'indemnisation et polices d'assurance appropriées devraient être conclues et contractées afin de limiter leur responsabilité personnelle. De telles mesures devraient, si cela est possible, demeurer en vigueur même après la fin du mandat de l'administrateur au sein de la société. Dans des situations pouvant entraîner des dépenses importantes, le conseil d'administration devrait évaluer la création d'une réserve qui ne ferait pas partie des actifs de la société (de son patrimoine) si la société devient insolvable. En créant une telle réserve, les administrateurs peuvent réduire la responsabilité personnelle à laquelle ils sont exposés.

(d) Responsabilité pour les dommages prévus par la loi

Certains textes législatifs peuvent établir une responsabilité pour les pertes ou les dommages causés par des faits environnementaux, comme des déversements. Par exemple, un administrateur pourrait être tenu responsable envers une tierce partie qui a subi des dommages à la suite d'un déversement si l'administrateur avait la propriété, la charge, la gestion ou le contrôle d'un polluant immédiatement avant son déversement. Même lorsqu'une loi n'impose pas de responsabilité civile à un administrateur, il n'est pas impossible qu'une responsabilité émane de la common law.

5. Questions en matière de retraite

Les organismes de réglementation en matière de retraite se concentrent sur la gouvernance et la capitalisation des régimes de retraite. Pour les administrateurs, cela signifie que les actes qu'ils posent à l'égard du régime de retraite peuvent faire l'objet d'un examen encore plus minutieux.

En vertu de la législation sur les régimes de retraite, la société est souvent l'« administrateur » du régime de retraite des employés. Lorsque c'est le cas, la tâche de voir à ce que soient acquittées les obligations de la société, à titre d'administrateur relativement au régime et à la caisse de retraite, incombe au conseil d'administration. Dans la plupart des cas, le conseil d'administration délègue la totalité ou une partie de cette tâche à un comité du conseil ou à un comité qui peut être composé de membres du conseil, d'employés de la société (c.-à-d. des personnes du service des finances ou des ressources humaines de la société) et de conseillers externes.

Lorsque la société agit à titre d'administrateur d'un régime de retraite des employés, il incombe au conseil de voir à ce que les obligations fiduciaires de la société envers les bénéficiaires du régime soient acquittées. Dans de tels cas, il y a un potentiel de conflit d'intérêts entre les obligations qu'a le conseil envers les bénéficiaires du régime et les obligations qu'il a envers la société. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos* a souligné le fait que l'administrateur d'un régime a une obligation d'évaluer si les intérêts de la société entrent en conflit avec ses obligations à titre d'administrateur du régime et, le cas échéant, de prendre des mesures pour s'assurer que les intérêts des bénéficiaires du régime soient protégés lorsqu'un tel conflit survient. La Cour suprême du Canada a noté que « la solution doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas ».

Lorsqu'un administrateur est membre d'un comité auquel le conseil d'administration a délégué les tâches de l'administrateur du régime de retraite, l'administrateur peut être considéré comme n'agissant pas en tant qu'administrateur, mais plutôt à titre de mandataire ou d'employé de la société lorsqu'il agit à titre de membre de ce comité. Par conséquent, il est possible que les mesures de protection ou d'indemnisation qui peuvent avoir été accordées à l'administrateur à ce titre ne s'appliquent pas à ses gestes à titre de membre de ce comité.

Même si le conseil d'administration est justifié de déléguer des tâches à d'autres personnes, il est prudent qu'il exige des rapports périodiques au sujet des tâches qu'il a déléguées puisque les membres du conseil en conservent la responsabilité ultime. Ces rapports devraient porter sur l'administration du passif aux termes du régime ainsi que sur le rendement des placements de la caisse de retraite. En plus de leurs obligations à titre de fiduciaires de la société, les administrateurs doivent veiller à ce que la société s'acquitte de ses obligations relativement au régime de retraite et à la caisse de retraite de façon à apporter « le soin, la diligence et la compétence qu'une personne d'une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d'autrui ». Si les administrateurs acceptent un rôle lié à l'administration d'un régime ou à l'administration et au placement de la caisse de retraite dans certains territoires, comme l'Ontario, ils doivent se servir de toutes les connaissances et compétences pertinentes qu'ils possèdent ou devraient posséder en raison de leur profession, de leurs affaires ou de leur vocation.

Le conseil d'administration doit déterminer le niveau de responsabilité qu'il convient de déléguer pour exercer les fonctions du régime de retraite. Le conseil devrait s'assurer que les personnes ayant les compétences et l'expérience pertinentes sont désignées pour s'occuper des questions en matière de retraite et à ce qu'il existe des procédures et des mesures d'évaluation systématiques pour superviser et suivre le rendement des personnes responsables du régime. Dans la plupart des provinces, l'administrateur du régime ou son délégué doit élaborer des lignes directrices en matière de placement et les revoir, les confirmer ou les réviser chaque année.

Dans le cas des régimes de retraite enregistrés en Ontario, l'administrateur d'une société commet une infraction s'il ne prend pas tous les soins raisonnables afin d'empêcher la perpétration d'une infraction par la société. De plus, pour les régimes enregistrés en Ontario, si une société commet une infraction en vertu de la législation sur les régimes de retraite, tout administrateur qui a participé à l'infraction est également responsable et est passible d'une amende. En outre, lorsqu'une société commet une infraction en omettant de verser un paiement à une caisse de retraite ou à une compagnie d'assurance, tout administrateur qui a participé à l'infraction peut être tenu personnellement responsable des paiements en souffrance en sus de toute amende.

6. Questions liées aux salariés

La responsabilité pour les sommes impayées aux salariés de la société fait partie des responsabilités les plus importantes pouvant être imposées à un administrateur. Sans un système d'audit et de communication de l'information systématique et fiable, ce sont aussi des responsabilités parmi les plus difficiles à éviter si la situation financière de la société devient instable. Puisque chaque administrateur n'est généralement responsable que des paiements qui auraient dû être versés pendant son mandat, la possibilité de cette responsabilité a poussé des administrateurs à démissionner lorsqu'ils se rendent compte que la société pourrait ne pas être en mesure d'effectuer ces paiements à l'avenir. La nature de la responsabilité des administrateurs à l'égard des salaires des employés, y compris les indemnités de vacances et de départ, ainsi que la responsabilité des administrateurs à l'égard de diverses retenues à la source et de violations en matière de santé et de sécurité, sont abordées ci-après. La responsabilité relativement à l'obligation de la société de retenir et de remettre l'impôt sur le revenu au nom de ses employés est analysée à la rubrique « Obligations fiscales » dans la présente partie.

(a) Salaire, vacances et indemnités de départ

Bon nombre de lois sur les sociétés et sur les normes du travail imposent aux administrateurs une responsabilité pour le salaire impayé des employés, y compris les indemnités de vacances accumulées. Par exemple, en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, les administrateurs peuvent être tenus responsables des dettes liées aux services exécutés par les employés pendant leur mandat à titre d'administrateurs, et ce, jusqu'à concurrence de six mois de salaire. Bien que les mots « salaire » et « dettes » aient été interprétés de manière large et qu'ils puissent comprendre les cotisations à des régimes de retraite, les tribunaux ont généralement indiqué que les administrateurs ne sont pas responsables des indemnités de départ ou des indemnités de préavis en vertu des lois sur les sociétés, à moins que cette responsabilité ne découle de la formulation d'un contrat de travail ou d'une convention collective. Peu de lois sur les normes du travail provinciales imposent une responsabilité aux administrateurs pour les indemnités de départ légales qui sont impayées, mais la législation fédérale peut le faire, comme il est mentionné ci-dessous.

Au Canada, les activités d'une société (et la relation de la société avec ses employés) sont assujetties soit à la législation provinciale, soit à la législation fédérale. Par exemple, la radiodiffusion et certaines institutions financières relèvent de la compétence fédérale, alors que le secteur manufacturier et d'autres secteurs sont généralement assujettis à la compétence provinciale. Dans les secteurs sous réglementation provinciale, les salariés peuvent exercer un des deux droits de recours dont ils disposent contre les administrateurs s'ils n'ont pas reçu le salaire qu'ils ont gagné. Premièrement, ils peuvent présenter une réclamation à la direction des normes du travail de la province en vertu de la législation provinciale pertinente qui s'applique. Si cette direction juge que la réclamation est valable, elle s'occupera du recouvrement auprès de la société et des administrateurs au nom des salariés. Deuxièmement, les salariés peuvent tenter eux-mêmes une action contre la société ou les administrateurs en vertu de la loi sur les sociétés pertinente. Si les activités de la société relèvent de la compétence fédérale, les relations avec les salariés sont régies par le *Code canadien du travail*, qui impose une responsabilité aux administrateurs pour le salaire de base et d'autres sommes (y compris les vacances et les indemnités de départ), jusqu'à concurrence d'une somme correspondant à six mois de salaire. La loi sur les sociétés qui régit l'entité peut aussi imposer une responsabilité pour les salaires, et la *Loi sur les banques* peut imposer aux administrateurs d'une banque une responsabilité pour les salaires impayés.

Les lois sur les sociétés qui imposent aux administrateurs une responsabilité relativement aux salaires des employés imposent également des exigences au chapitre de la procédure lorsqu'un salarié souhaite poursuivre les administrateurs. Par exemple, en vertu de la LCSA, les administrateurs ne seront pas tenus responsables des sommes dues aux employés à moins d'être poursuivis pendant qu'ils sont toujours administrateurs, ou dans les deux ans après la date où ils ont cessé de l'être. Les administrateurs ne peuvent être poursuivis que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- une poursuite a été intentée avec succès contre la société dans les six mois suivant la date à laquelle les salaires étaient exigibles et l'exécution n'a pu satisfaire au montant accordé par jugement;
- l'existence de la créance liée aux salaires a été établie dans les six mois suivant la date de sa dissolution ou du début des procédures de liquidation ou de dissolution (selon la première de ces dates à survenir); ou

- l'existence de la créance liée aux salaires a été établie dans les six mois d'une cession de biens ou d'une ordonnance de faillite frappant la société en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Les administrateurs sont solidairement responsables de ces sommes avec tous les autres administrateurs, ce qui signifie que la responsabilité pour la somme entière peut être imposée à un seul administrateur, à certains d'entre eux ou à tous les administrateurs. Tout administrateur qui a payé une réclamation d'un employé en vertu de ces dispositions a le droit de se tourner vers les autres administrateurs pour qu'ils versent leur part de la somme payée.

Les défenses de diligence raisonnable ne sont pas offertes aux administrateurs dans la plupart des territoires. Cela signifie que les administrateurs peuvent être exposés à un risque même s'ils ont pris des mesures raisonnables pour que les sommes dues aux employés leur soient versées.

La *Loi sur le programme de protection des salariés* facilite les réclamations contre les administrateurs pour les salaires impayés. Si l'employeur est failli ou sous séquestre, un employé licencié peut demander au gouvernement de lui verser le salaire dû pendant les six mois se terminant, selon le cas : (i) à la date de la faillite; (ii) à la date d'entrée en fonction du séquestre; (iii) à la date de l'introduction d'une procédure sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Le gouvernement est subrogé dans les droits du particulier contre les administrateurs de la société et il peut tenter une action au nom du particulier.

(b) Retenues à la source

Une société est tenue de retenir certaines sommes du salaire de ses employés et de remettre ces sommes aux divers paliers de gouvernement. Il s'agit de paiements que la société effectue au nom des employés. Les retenues à la source habituelles comprennent l'impôt sur le revenu et les primes d'assurance-emploi des employés ainsi que les cotisations au Régime de pensions du Canada (ou au Régime de rentes du Québec pour les employés au Québec). Si la société omet de retenir et de remettre ces sommes, les individus qui étaient administrateurs au moment où les sommes auraient dû être remises peuvent être tenus solidairement responsables de ces sommes ainsi que des intérêts et des pénalités.

Une défense de diligence raisonnable peut être à la disposition des administrateurs qui ont pris les mesures nécessaires pour s'assurer ce que les sommes soient retenues et remises. Certaines sociétés ont adopté une procédure obligeant les membres de la haute direction, comme le chef des finances, à attester régulièrement que les retenues à la source ont été remises et versées à l'autorité concernée par la société. Lorsqu'une société n'a pas de problèmes financiers, il peut être suffisant que cela se fasse une fois par année, par exemple au moment de l'approbation des états financiers annuels. Lorsque des signes d'instabilité financière apparaissent, cette attestation ou une autre confirmation devrait être obtenue plus souvent. Des conseils devraient également être obtenus sur les autres mesures qui devraient être prises pour établir une défense de diligence raisonnable, comme ceux décrits dans la prochaine rubrique sur les « Obligations fiscales ».

(c) Questions en matière de santé et de sécurité au travail

La législation provinciale en matière de santé et de sécurité au travail vise à assurer que les employés travaillent dans un environnement sécuritaire et sans danger. Dans la plupart des provinces, le défaut d'une société de respecter la législation en matière de santé et de sécurité peut engager la responsabilité des administrateurs. En Ontario, par exemple, les administrateurs doivent faire preuve de toute l'attention raisonnable pour s'assurer que la société respecte la législation provinciale en matière de santé et de sécurité, ainsi que les ordonnances et exigences applicables des autorités gouvernementales. Bien que de telles exigences imposent aux administrateurs l'obligation de prendre activement des mesures pour assurer la conformité, elles accordent également une défense de diligence à tout administrateur accusé en vertu de la législation. Le critère de diligence raisonnable est factuel et la signification de « l'attention raisonnable » peut dépendre du secteur dans lequel la société exerce ses activités. Dans la plupart des cas, l'attention dont doivent faire preuve les administrateurs devrait inclure le fait de s'assurer que la direction a cerné les secteurs d'activités pour lesquels il faudrait prendre des précautions dans le but de protéger les travailleurs contre les erreurs humaines et d'autres sources potentielles de danger. La formation des employés et des superviseurs sera également essentielle pour s'acquitter de cette responsabilité.

Il est généralement accepté qu'un administrateur ne sera pas tenu personnellement responsable si les employés et les superviseurs, ayant reçu la formation et les instructions adéquates et ayant été dûment informés et supervisés, sont négligents dans l'exercice de leurs fonctions.

Si une norme de prudence est reconnue pour une activité ou un secteur spécifique, les administrateurs devraient à tout le moins s'assurer que cette norme est suivie. Toutefois, cette norme de prudence pourrait ne pas suffire si les circonstances exigent une prudence accrue. Pour évaluer le niveau de prudence qui est raisonnable, les facteurs suivants devraient être pris en compte :

- la gravité et la probabilité du danger qui pourrait se produire; et
- les solutions de rechange qui s'offrent à la société pour réduire la possibilité qu'une infraction survienne et le danger potentiel qui pourrait en résulter.

Les sanctions varieront d'une province à l'autre. En Ontario, les administrateurs qui omettent de se conformer à leurs obligations en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* sont passibles d'amendes d'au plus 25 000 \$ et d'un emprisonnement d'un an au plus.

Les administrateurs peuvent également faire l'objet d'accusations criminelles en cas d'infractions en matière de santé et de sécurité en vertu du *Code criminel*. Toute personne qui dirige l'accomplissement d'un travail ou l'exécution d'une tâche doit prendre les mesures voulues pour éviter qu'il n'en résulte de blessures corporelles pour autrui. Un administrateur condamné est passible d'une amende et d'une peine d'emprisonnement.

7. Obligations fiscales

(a) Retenues à la source et autres versements

En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, chaque administrateur d'une société peut être tenu personnellement responsable si la société omet de retenir ou de remettre à l'Agence du revenu du Canada (ARC) les sommes prescrites sur certains paiements par la société, notamment :

- les salaires, les prestations de retraite, les allocations de retraite et d'autres sommes versées aux employés ou aux anciens employés; et

- les sommes versées ou créditées à des non-résidents du Canada qui sont assujetties aux retenues d'impôts canadiennes.

Les actions contre un administrateur doivent être intentées dans les deux ans après la date à laquelle la personne a cessé d'être un administrateur de la société qui a omis d'effectuer le paiement, et elles ne peuvent l'être que si l'ARC a d'abord pris certaines mesures prévues pour tenter de recouvrer les sommes dues auprès de la société. De plus, les tribunaux n'ont généralement imposé une responsabilité que lorsque l'omission par la société de retenir et de remettre les sommes est survenue avant la fin du mandat de l'administrateur.

L'administrateur ne peut être tenu responsable de l'omission, par la société, de retenir et de remettre les sommes requises sur les salaires des employés et les sommes versées à des non-résidents s'il est en mesure de prouver qu'il a agi avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente pour prévenir cette omission. L'ARC a adopté la position voulant que la défense de diligence raisonnable exige que les administrateurs prennent des mesures positives pour veiller à ce que la société effectue les remises nécessaires. Ces mesures positives peuvent comprendre l'établissement de contrôles au sujet des retenues et l'exigence que le chef des finances produise des rapports au sujet de la mise en œuvre de ces contrôles, et la confirmation que les remises ont été effectuées pendant toutes les périodes pertinentes. Lorsque la société connaît des difficultés financières, l'ARC est d'avis que les administrateurs devraient obtenir de l'institution financière qui avance des fonds pour le paiement des salaires un engagement exécutoire de payer toutes les retenues à la source connexes lorsqu'elles sont exigibles ou, si cela n'est pas possible, de créer un compte de fiducie distinct pour le dépôt de la paye brute. Les paiements seraient versés à la fois aux employés et à l'ARC à partir de ce compte.

Il y a eu de nombreux litiges au sujet de la norme de prudence requise pour établir une défense de diligence raisonnable. Conformément à la position publiée de l'ARC, les tribunaux ont tenu les administrateurs à une norme de prudence généralement élevée. Par conséquent, les administrateurs doivent s'assurer de manière directe que les retenues à la source sont effectuées, puisque toute omission de la part d'un administrateur de

prendre des mesures affirmatives fera probablement en sorte que sa responsabilité sera retenue. De plus, la responsabilité de veiller à la remise des retenues à la source ne peut être déléguée à d'autres administrateurs ou aux dirigeants de la société.

Les tribunaux ont indiqué que, même si d'autres lois peuvent permettre aux administrateurs de prendre des risques en dirigeant une entreprise, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne permet pas que des risques soient pris au sujet des obligations de retenue à la source.

(b) Infractions de la société

En plus des autres obligations analysées dans la présente rubrique, la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose une responsabilité aux administrateurs pour toute infraction commise par la société en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'ils « l'ont ordonnée ou autorisée, ou [...] y ont consenti ou participé », peu importe si la société a déjà été poursuivie ou condamnée.

(c) Certificats de décharge

La *Loi de l'impôt sur le revenu* exige généralement que certaines personnes, notamment un cessionnaire, liquidateur, administrateur du bien d'autrui ou toute autre « personne semblable », obtiennent un certificat de décharge de l'ARC avant de distribuer des biens de la société qui se trouvent sous le contrôle de cette personne. L'omission d'obtenir une décharge peut faire en sorte que cette personne soit tenue responsable de l'impôt impayé, des intérêts et des pénalités de la société. La question de savoir si un administrateur d'une société est une « personne semblable » dépendra des circonstances de chaque cas et, en particulier, du fait que l'administrateur, en approuvant la distribution, agissait en réalité à un titre similaire aux fonctions mentionnées. Par conséquent, lorsque l'administrateur peut agir à un tel titre, des conseils devraient généralement être obtenus pour savoir si la société devrait demander un certificat de décharge avant que les administrateurs n'approuvent toute distribution importante de biens.

(d) TPS/TVH

Un administrateur peut également être tenu responsable de toute taxe sur les produits et services (TPS) ou taxe de vente harmonisée (TVH) nette que la société doit remettre en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. Cette responsabilité est fondée sur des dispositions semblables à celles que contient la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La responsabilité ne vise que les obligations de remise qui ont pris naissance pendant le mandat d'un administrateur donné, et l'administrateur peut s'exonérer en établissant une défense de diligence raisonnable. La *Loi sur la taxe d'accise* contient des dispositions sur les infractions qui sont semblables à celles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* décrites ci-dessus.

8. Pratiques en matière de corruption d'agents étrangers

L'équivalent canadien de la loi des États-Unis intitulée *Foreign Corrupt Practices Act* est la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (LCAPE). La LCAPE s'applique aux activités de corruption qui ont un lien réel et important avec le Canada. La Loi autorise les poursuites criminelles contre les particuliers ou les sociétés du Canada qui donnent un pot-de-vin à un agent public étranger pour obtenir ou conserver des occasions commerciales (ou qui se servent de mandataires pour le faire). La Loi ne s'applique pas à certains paiements, par exemple les « paiements de facilitation » versés pour obtenir des services gouvernementaux de nature courante. Une personne condamnée est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement d'au plus cinq ans. Le montant de l'amende est fixé à la discrétion du tribunal.

Par le passé, il y a eu peu de poursuites en vertu de la LCAPE. Toutefois, la loi a récemment fait l'objet d'activités d'application accrues. La surveillance des risques par les conseils d'administration de multinationales devrait comprendre l'évaluation des risques juridiques géopolitiques et d'atteinte à la réputation, y compris la connaissance des lois sur les pratiques en matière de corruption d'agents étrangers.

VI. Gestion du risque



VI. Gestion du risque

La partie VI décrit les façons dont les administrateurs peuvent réduire leurs risques de responsabilité personnelle.

En plus de s'acquitter de façon diligente de leurs obligations, les administrateurs peuvent se protéger grâce aux indemnisations et à l'assurance. Il existe trois sources d'indemnisation : la loi sur les sociétés, les règlements de la société et les contrats. Les administrateurs devraient veiller à ce que les règlements de la société prévoient la plus large indemnisation permise en vertu de la loi. Les administrateurs ne peuvent toutefois pas être indemnisés pour les manquements à leur obligation fiduciaire. Les administrateurs devraient également obtenir une convention d'indemnisation de la société, et exiger que la société possède une assurance de la responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants. L'assurance fournit généralement une couverture plus large qu'une indemnisation, et, ce qui est plus important encore, elle offre une couverture lorsque la société ne peut honorer son indemnisation parce qu'elle est insolvable.

En acceptant d'agir à titre d'administrateur d'une société, un particulier assume des obligations considérables et, en sus de ces obligations, il court le risque d'être exposé à toute une gamme de responsabilités potentiellement importantes. Bon nombre de ces responsabilités ont été explorées dans le présent guide. Les particuliers continueront d'accepter la responsabilité d'agir à titre d'administrateurs de sociétés s'ils sont en mesure de minimiser l'importance du risque auquel ils sont personnellement exposés. Dans la majorité des cas, cela peut se faire à l'aide d'une stratégie de gestion du risque appropriée mise en œuvre de façon uniforme.

Une stratégie de gestion des risques pour les administrateurs devrait être conçue dans le but de répondre à deux grands objectifs. Premièrement, elle devrait limiter la responsabilité potentielle à laquelle les administrateurs sont exposés. La common law et les lois offrent plusieurs façons de réduire cette responsabilité, principalement en fonction de la diligence des administrateurs. Cette façon de faire et d'autres méthodes de limitation de la responsabilité sont analysées ci-après à la section 1. Deuxièmement, la stratégie de gestion des risques devrait tenter

d'éloigner le plus possible des administrateurs le risque qui demeure. À cet égard, il est question des indemnisations et des polices d'assurance ci-dessous aux sections 2 et 3.

Bien que la loi assujettisse les administrateurs de sociétés à un certain nombre de responsabilités potentiellement coûteuses, elle cherche aussi à protéger les administrateurs qui ont agi conformément à leur obligation fiduciaire. Le fait que la diligence prémunit un administrateur contre toute responsabilité dans plusieurs circonstances et que les lois sur les sociétés permettent à la société de prémunir ses administrateurs contre la responsabilité personnelle à l'aide d'indemnisations et d'assurances indique que l'intention des législateurs, des organismes de réglementation et des tribunaux n'est pas de pénaliser les administrateurs s'ils exercent leur appréciation commerciale de façon diligente et honnête, de bonne foi et au mieux des intérêts de la société.

1. Limitation des risques

La façon la plus efficace pour les administrateurs de réduire leur responsabilité est de s'acquitter de leurs obligations de façon diligente, que ce soit individuellement ou collectivement au sein du conseil d'administration. De plus, d'autres mesures peuvent protéger les administrateurs lorsque la diligence ne suffit pas. Par exemple, dans le cas des sociétés fermées, l'adoption d'une convention unanime des actionnaires, lorsque cela est approprié, limitera certaines responsabilités. La séparation des fonds dans des comptes de fiducie pour couvrir la responsabilité des administrateurs permet de s'assurer que les fonds nécessaires sont disponibles pour protéger les administrateurs. Dans certains cas extrêmes, seule la démission des administrateurs peut les protéger contre la responsabilité liée à un événement qui est prévu mais qui ne s'est pas encore produit. Chacune de ces méthodes de limitation de la responsabilité est analysée dans cette section.

(a) S'acquitter de ses responsabilités

Le risque de responsabilité est minimisé si les administrateurs veillent à s'acquitter entièrement de toutes leurs obligations et à remplir toutes les exigences réglementaires qui leur imposent une responsabilité précise. Le procès-verbal des réunions des administrateurs devrait être soigneusement rédigé pour démontrer qu'ils se sont acquittés de leurs obligations. En général, les administrateurs devraient s'engager à assister à toutes les réunions du conseil d'administration. L'administrateur qui est absolument dans l'impossibilité d'y assister devrait obtenir tous les détails au sujet de la réunion et décider s'il est d'accord ou non avec les mesures qui y ont été prises. S'il est en désaccord, il devrait s'assurer que sa dissidence est consignée puisque, dans le cas de certaines mesures, la responsabilité en vertu des lois sur les sociétés est imposée uniquement aux administrateurs qui ont voté pour la mesure ou y ont consenti. Dans certaines situations potentiellement litigieuses, les administrateurs devraient évaluer la possibilité de se protéger en obtenant des conseils professionnels au sujet de leurs obligations et responsabilités, et en agissant sur la foi de ces conseils. Les administrateurs devraient insister pour que la direction les informe en temps opportun de toutes les circonstances importantes ou exceptionnelles qui les exposent à une responsabilité. À la fin de ce guide se trouve une liste plus exhaustive de suggestions visant à aider les administrateurs à s'acquitter de leurs responsabilités. L'attention d'un administrateur devrait se porter sur l'examen attentif des activités commerciales et des affaires internes de la société et sur l'établissement et le fonctionnement de systèmes d'alerte afin de découvrir les problèmes potentiels pour la haute direction et, lorsque cela est nécessaire, pour le conseil d'administration avant qu'ils deviennent des problèmes réels.

Peu importe la conduite d'un administrateur donné, il peut y avoir des situations où la conduite de l'ensemble du conseil d'administration fera l'objet d'un examen. Même si les obligations sont imposées aux administrateurs de manière individuelle, les administrateurs agissent collectivement en tant que conseil d'administration et ils prennent des décisions pour la société qu'aucun administrateur n'aurait le pouvoir de prendre seul. En 1986, l'honorable Willard Estey a commenté cet aspect de la responsabilité des administrateurs dans le rapport de la commission royale sur la faillite de la Banque Commerciale du Canada et de la Norbanque.

[TRADUCTION] Ce sont les administrateurs individuellement, et non le conseil d'administration, qui ont certaines obligations et la conduite des administrateurs ne peut être évaluée qu'individuellement. Il est donc très inéquitable de rassembler tous les administrateurs au cours de l'évaluation des mesures prises par le conseil d'administration. Certains membres de longue date du conseil d'administration de la BCC se sont battus contre la direction pendant plusieurs années. Des membres plus récents du conseil d'administration ont reconnu plusieurs problèmes connus par le passé. D'autres semblaient apporter bien peu au conseil d'administration. Par nécessité et aux fins du mandat de la Commission, le conseil d'administration doit être évalué et jugé dans son ensemble pendant l'existence de la banque. Certains membres pourraient souffrir d'une description qui ne correspond pas à ce qu'ils ont accompli pendant leur mandat d'administrateur.

Il n'est donc peut-être pas suffisant pour les administrateurs de s'assurer qu'ils ont rempli leurs obligations individuellement. Il incombe à chaque administrateur de veiller à ce que le conseil d'administration dans son ensemble observe les principes de gouvernance et prenne des décisions de manière éclairée et réfléchie.

Le rapport de 1994 de la TSX reconnaissait les risques associés à la fonction d'administrateur dans son examen de la gouvernance d'entreprise. Dans le but de permettre aux administrateurs de contrôler ce risque, le rapport suggérait que chaque conseil adopte un système permettant à chaque administrateur d'embaucher un conseiller externe aux frais de la société lorsque cela est pertinent. Le rapport reconnaissait que chaque administrateur peut souhaiter exprimer sa dissidence face à une décision du conseil d'administration, être d'avis que la direction suivie par le conseil n'est pas la bonne, ou être autrement préoccupé par le fait que les actes de la société puissent l'exposer à une responsabilité personnelle, et peut donc avoir besoin de consulter des conseillers juridiques, financiers ou d'autres conseillers indépendants. De plus, le Règlement 52-110 exige que les comités d'audit aient le pouvoir d'embaucher des conseillers juridiques indépendants et d'autres conseillers. L'IG 58-201 recommande que les comités des candidatures et de la rémunération soient autorisés à embaucher des conseillers externes.

(b) Conventions unanimes des actionnaires

En dehors du contexte de la société ouverte, s'il y a un seul actionnaire ou très peu d'actionnaires, il peut être approprié d'adopter une convention unanime des actionnaires afin de protéger les administrateurs contre certaines responsabilités.

Une convention unanime des actionnaires est une entente conclue par tous les actionnaires (ou l'unique actionnaire) d'une société aux termes de laquelle les actionnaires (ou l'actionnaire) prennent en charge une partie ou la totalité des pouvoirs et des responsabilités des administrateurs et les obligations connexes. La convention unanime des actionnaires n'élimine pas les responsabilités et les obligations imposées aux administrateurs en vertu des lois sur les sociétés, mais elle les transfère aux actionnaires (ou à l'actionnaire). Bien qu'il soit évidemment impossible d'adopter une convention unanime des actionnaires dans le contexte d'une société ouverte, elle est souvent adoptée par les filiales en propriété exclusive des sociétés ouvertes. Par exemple, si une société mère étrangère souhaite contrôler les activités quotidiennes de sa filiale canadienne, elle peut nommer des particuliers au conseil d'administration de la filiale afin de répondre aux exigences de résidence canadienne de la loi sur les sociétés qui régit la filiale. Pour protéger ces personnes contre la responsabilité des administrateurs dans une situation où elles n'ont aucune influence sur la société, la société mère peut adopter une convention unanime des actionnaires.

Mais les administrateurs doivent tout de même faire attention lorsqu'on leur demande de siéger au conseil d'administration d'une société qui fait l'objet d'une convention unanime des actionnaires. Il est possible que la convention n'élimine pas la responsabilité en vertu d'une autre loi que la loi sur les sociétés, ce qui peut faire en sorte que les administrateurs soient tenus responsables de certains actes de la société sur lesquels ils n'ont aucun contrôle. Ils peuvent par exemple conserver la responsabilité des retenues à la source ou des infractions liées à l'environnement. Les administrateurs qui acceptent d'agir à ce titre devraient s'assurer que la société et sa société mère leur fournissent une indemnisation exhaustive et les incluent dans l'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants souscrite par les deux sociétés.

(c) Comptes de fiducie, lettres de crédit et charge en faveur des administrateurs

Comme il a été mentionné dans la partie IV, la situation financière de la société aura des conséquences pour ses administrateurs. Dans certains cas, il peut ne pas être possible pour les administrateurs de s'acquitter de leurs obligations de s'assurer que la société verse certains paiements, parce que la société est insolvable. Dans d'autres cas, l'insolvabilité de la société peut faire en sorte qu'elle ne sera pas en mesure de verser des paiements auxquels les administrateurs ont droit aux termes de leurs indemnisations. Dans ces situations, il peut être possible pour une société de mettre en place des arrangements pour protéger les administrateurs, à tout le moins dans une certaine mesure. Par exemple, la société peut établir des comptes en fiducie pour couvrir ses obligations au titre des salaires et des retenues à la source, et pour soutenir les indemnisations des administrateurs par la société. Une lettre de crédit peut être obtenue dans le même but.

Mais même si un compte en fiducie est établi ou qu'une lettre de crédit est obtenue, encore faut-il trouver le moyen de les financer. La société peut fournir les fonds, mais s'il y a des questions concernant la stabilité financière de la société, cette mesure peut être contestée. Dans un cas, un tribunal a ratifié un fonds en fiducie avant que la société demande la protection en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, parce qu'il y avait des éléments de preuve que les services des administrateurs étaient requis pour procéder à une restructuration. En revanche, un tribunal a refusé de ratifier un fonds en fiducie dans des circonstances similaires, parce qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve que les administrateurs auraient démissionné et qu'ils n'auraient pas été en mesure d'aider la société dans le cadre de sa restructuration. Un autre tribunal a refusé de ratifier un fonds en fiducie alors qu'il avait clairement été établi la veille de la faillite afin de limiter la responsabilité personnelle des administrateurs.

Une tierce partie comme une banque peut être disposée à financer le compte en fiducie ou la lettre de crédit si elle croit que la société peut redevenir viable et souhaite veiller à ce que des personnes aptes et chevronnées demeurent au conseil d'administration. De plus, comme il a déjà été mentionné, un tribunal peut accorder une protection aux administrateurs pendant la période de restructuration dans le cadre de procédures en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

Au-delà de ces questions pratiques, si la mesure est prise à un moment où la société se trouve dans une situation financière précaire, les administrateurs devront être en mesure de concilier la décision de verser des fonds dans un compte en fiducie ou une lettre de crédit destinée à les protéger à leur obligation d'agir au mieux des intérêts de la société. Bien qu'il soit possible de rapprocher ces deux intérêts en observant qu'il est au mieux des intérêts de la société qu'elle ne perde pas tous les membres de son conseil d'administration à un moment aussi crucial de son existence, on peut néanmoins s'attendre à ce que cette mesure soit contestée sous prétexte que les administrateurs manquent à leur obligation fiduciaire. Il vaut mieux envisager les mesures de cette nature à un moment où la société n'éprouve pas de difficultés financières. La réalité, cependant, est que lorsqu'il n'y a aucun nuage à l'horizon, les administrateurs seront vraisemblablement peu enclins à placer des actifs de la société dans des comptes en fiducie ou des lettres de crédit, qui ne seront nécessaires que dans une situation qui semble alors improbable.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* n'exonèrent les administrateurs qu'à partir du moment où débutent les procédures d'insolvabilité. La législation permet au tribunal d'ordonner une charge d'indemnisation des administrateurs qui a priorité de rang sur les autres créanciers garantis, mais qui est subordonnée à certaines charges superprioritaires, comme les retenues à la source, les salaires impayés et les cotisations de retraite non versées. Le tribunal peut s'abstenir d'ordonner une telle charge si l'administrateur est en mesure d'obtenir une assurance à un coût raisonnable.

(d) Démission

Malgré tous les efforts d'un administrateur, il peut se produire des situations où le seul moyen de se prémunir contre la responsabilité personnelle est de démissionner. Cela peut être le cas s'il y a un risque que certaines exigences légales ne soient pas respectées, par exemple si la société est insolvable et ne peut s'acquitter de ses obligations envers ses employés. Dans certains cas fortement publicisés, les membres d'un conseil d'administration ont démissionné en bloc. Les administrateurs devraient noter que leur démission ne les exonère pas de leur responsabilité à l'égard des mesures qu'ils ont prises avant leur démission. Elle ne les protège qu'à l'égard des événements survenus après leur démission.

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario traitent la situation où les membres d'un conseil d'administration démissionnent en bloc. Ces lois prévoient que toute personne qui gère la société sera réputée être un administrateur et, ainsi, aura toutes les obligations et responsabilités des administrateurs. Il existe des exceptions à cette disposition déterminative qui dispensent un dirigeant qui dirige les activités de la société sous la direction d'un actionnaire ou d'une autre personne, et un avocat, comptable ou autre professionnel qui participe à la direction uniquement dans le but de fournir des services professionnels.

2. Indemnisations

L'indemnisation constitue une des principales façons de transférer le risque auquel sont exposés les administrateurs. Les lois canadiennes sur les sociétés permettent à une société d'indemniser ses administrateurs, actuels et passés, dans presque toutes les circonstances où les administrateurs ont agi de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Dans certains cas, ces lois vont même jusqu'à obliger la société à indemniser ses administrateurs. Les lois permettent également aux administrateurs d'être indemnisés par l'actionnaire ou le créancier de la société qui les a nommés au conseil d'administration.

(a) Limitations

Lorsqu'on évalue la portée éventuelle de l'indemnisation de la société, il incombe de noter quatre restrictions. La première est que les indemnisations permises par les lois sur les sociétés se limitent en grande partie aux indemnisations en cas de négligence. Aucune indemnisation ne couvrira le manquement par un administrateur à son obligation fiduciaire. Lorsqu'un administrateur omet d'agir honnêtement et de bonne foi au mieux des intérêts de la société, la loi interdit à la société d'indemniser l'administrateur. En l'absence de dol ou de fraude, la plupart des administrateurs rempliront la partie de ce critère portant sur l'honnêteté et la bonne foi. Il est toutefois plus difficile de savoir si l'administrateur a agi au mieux des intérêts de la société. Le manquement le plus fréquent à l'obligation fiduciaire qui, dans la jurisprudence, mène au refus de l'indemnisation est l'appropriation illicite des occasions favorables pour l'entreprise. Dans un cas où un administrateur a agi spécifiquement selon les instructions de l'actionnaire

contrôlant, le tribunal a jugé que l'administrateur n'avait pas agi au mieux des intérêts de la société et n'avait donc pas droit à l'indemnisation.

La deuxième restriction est qu'une société qui poursuit un administrateur ne peut pas l'indemniser pour des coûts sans l'approbation du tribunal, et ne peut en aucun cas l'indemniser pour les sommes versées par l'administrateur pour régler l'action ou exécuter le jugement. Cette limitation est plus susceptible de se manifester dans le cadre d'une action oblique où un actionnaire ou un créancier a poursuivi l'administrateur au nom de la société. L'interdiction d'une indemnisation pour les jugements prononcés contre les administrateurs dans le cadre d'une action oblique est fondée sur l'argument que la société rembourserait aux administrateurs les sommes que les administrateurs étaient tenus de verser à la société. Dans ces circonstances et dans d'autres où la société n'est pas certaine que la loi lui permet d'indemniser ses administrateurs, les lois sur les sociétés permettent à la société, ou à un administrateur, de demander à la cour une ordonnance approuvant l'indemnisation. Dans ce cas, la cour peut non seulement approuver l'indemnisation, mais prendre toute autre ordonnance qu'elle juge appropriée.

La troisième restriction est qu'une société est autorisée à indemniser l'administrateur pour les amendes imposées au cours de procédures criminelles ou administratives uniquement si l'administrateur avait des motifs raisonnables de croire que la conduite punie était légale. De plus, même si l'administrateur avait réellement des motifs raisonnables de croire que la conduite était légale, il est concevable qu'un tribunal interdise l'indemnisation pour des motifs d'ordre public, puisque l'amende perdrait son effet punitif si l'administrateur n'était pas tenu de la payer. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario semble avoir conclu, dans l'arrêt *Bata*, que ces indemnisations devraient être offertes aux administrateurs conformément au code établi dans les lois sur les sociétés.

La dernière restriction est qu'une indemnisation n'a de valeur que si la société est en mesure de l'honorer. Une société insolvable ne sera probablement pas en mesure d'indemniser ses administrateurs, et les administrateurs qui ont droit à une indemnisation que la société est incapable de payer deviendront alors des créanciers non garantis de la société. On pourrait alors avoir recours à une indemnisation accordée par la société mère ou un actionnaire important.

(b) Traitement fiscal

Une question d'intérêt pour les administrateurs est celle du traitement fiscal d'un paiement d'indemnisation qu'ils reçoivent de la société. La pratique administrative de l'ARC est généralement que l'indemnisation d'un administrateur de société ne donnera pas lieu à un avantage imposable pour cet administrateur, dans la mesure où cette indemnisation répond aux exigences des lois sur les sociétés. De plus, la pratique administrative de l'ARC est que lorsqu'une société souscrit une assurance responsabilité pour ses administrateurs et que les risques couverts par la police sont ceux qui sont inhérents et normaux dans le cadre des obligations de l'assuré à titre d'administrateur, ni les primes payées aux termes de la police ni les produits qui peuvent être payables aux termes de la police ne seront généralement considérés comme un avantage imposable pour les administrateurs. Bien que ces pratiques administratives ne lient pas l'ARC en tant que question de droit, elles constituent néanmoins des lignes directrices utiles au sujet des pratiques de cotisation probables de l'ARC au moment d'un audit.

(c) Indemnisation obligatoire

Les sociétés sont tenues en vertu de la loi d'indemniser leurs administrateurs dans certaines circonstances. Cette indemnisation obligatoire s'applique aux administrateurs actuels et passés de la société et à toute personne qui, à la demande de la société, agit à titre d'administrateur d'une autre entité dont la société est actionnaire ou créancier.

Lorsqu'un administrateur agit honnêtement, de bonne foi et au mieux des intérêts de la société, celle-ci est tenue de l'indemniser pour tous les coûts liés à des litiges dans lesquels l'administrateur a été impliqué à titre d'administrateur. Dans la plupart des lois sur les sociétés, l'indemnisation obligatoire est assujettie à la condition que l'administrateur ait essentiellement eu gain de cause sur le fond dans sa défense contre l'action ou la procédure. Toutefois, dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et la loi de l'Ontario, la condition est que la cour ne doit pas avoir conclu à la commission de manquements de la part de l'administrateur. L'indemnisation obligatoire couvrirait les actions en common law contre les administrateurs intentées par des tierces parties, ainsi que la responsabilité civile imposée aux administrateurs en vertu de la législation en valeurs mobilières ou des lois sur les sociétés.

Un certain nombre de coûts et de dépenses ne peuvent être couverts par l'indemnisation obligatoire. Par exemple, il n'y a pas d'exigence légale qu'une société indemnise les administrateurs pour les sommes qu'ils doivent payer pour régler une action ou exécuter un jugement. L'indemnisation obligatoire prévue dans la plupart des lois sur les sociétés ne couvre pas expressément les dépenses engagées par un administrateur dans le cadre d'une enquête. Toutefois, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et la loi de l'Ontario ont été modifiées afin de clarifier que ces coûts d'enquête sont couverts par l'indemnisation obligatoire.

La société est libre de rembourser l'administrateur, que ce soit volontairement ou par l'intermédiaire de ses règlements ou d'un contrat d'indemnisation distinct qui va au-delà des coûts et des dépenses couverts par l'indemnisation obligatoire, sous réserve des limitations mentionnées précédemment.

(d) Indemnisations contenues dans les règlements

Les indemnisations contenues dans les règlements répètent habituellement les dispositions que l'on retrouve dans la loi et exigent l'indemnisation que les sociétés sont autorisées à accorder à leurs administrateurs. Ces indemnisations peuvent ne pas être suffisantes dans toutes les circonstances. Dans certains territoires de compétence, si une société contrevient à ses règlements, un administrateur peut demander au tribunal une ordonnance enjoignant à la société à s'y conformer. Dans les territoires où cela n'est pas permis, un administrateur peut être mieux servi par une indemnisation contractuelle qu'il peut faire exécuter contre la société, à moins que l'administrateur soit en mesure de faire valoir que les conditions d'indemnisation du règlement sont une indication qu'il y avait un contrat verbal distinct. De plus, un contrat conclu par une société et un administrateur ne peut être modifié qu'avec l'accord des deux parties, alors que les règlements d'une société peuvent être modifiés malgré les objections d'un administrateur. Enfin, puisque les règlements de la société suivent normalement la formulation de la loi sur les sociétés, la société, les administrateurs ou leurs conseillers peuvent ne pas vraiment être en mesure d'améliorer la formulation législative afin de préciser la portée de l'indemnisation, ou de la personnaliser en fonction des circonstances particulières de la société. Des exemples d'améliorations qui peuvent être apportées à la formulation législative sont présentés ci-dessous.

(e) Indemnisations contractuelles

De nombreuses sociétés fournissent des indemnisations contractuelles distinctes à leurs administrateurs en plus des indemnisations contenues dans les règlements de la société. On conseille vivement aux administrateurs d'obtenir une telle entente. Pour l'administrateur, les conditions de toute indemnisation contractuelle conclue avec la société devraient être aussi larges que possible et obliger la société à indemniser entièrement l'administrateur, quelles que soient les limitations prévues dans l'assurance de la société, comme la franchise et les limites de la police. L'indemnisation devrait s'étendre à toutes les réclamations et couvrir les actes et les omissions de l'administrateur, ainsi que ceux de la société dont l'administrateur peut être tenu responsable. Habituellement, une indemnisation exclura explicitement une réclamation si les administrateurs sont jugés, aux termes des conclusions expresses d'un jugement définitif, avoir manqué à leur obligation fiduciaire. Un administrateur devrait s'assurer qu'une telle exclusion est liée à une norme objective, comme la conclusion de la cour ou du tribunal que l'administrateur est coupable d'un tel manquement. Sinon, la norme peut faire l'objet d'un litige si la société ne veut pas honorer l'indemnisation.

Les administrateurs devraient aussi veiller à ce que l'indemnisation mentionne les circonstances dans lesquelles la société peut payer les frais de défense des administrateurs. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et bien d'autres lois permettent expressément à une société de payer les frais de défense, sous réserve du remboursement de ces frais s'il est établi par la suite que l'administrateur n'avait pas droit à l'indemnisation. Certaines autres lois sur les sociétés ne prévoient pas de disposition de ce genre. Dans ces territoires, l'indemnisation des frais de défense doit chercher à équilibrer les intérêts de l'administrateur à recevoir ces frais et le préjudice potentiel aux administrateurs qui autorisent l'avance dans des circonstances où il s'avère par la suite que l'administrateur n'avait pas droit à l'indemnisation. Les administrateurs qui permettent à la société de verser une indemnisation en contravention de la loi sur les sociétés sont personnellement tenus de restituer à la société les sommes en cause.

L'indemnisation devrait également comprendre l'accord de la société de souscrire une assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants, de fournir aux administrateurs une copie de la police,

de conserver l'assurance pendant une période précise après la fin du mandat de l'administrateur et de s'arranger avec l'assureur pour que les administrateurs soient avisés si les primes ne sont pas payées afin de leur permettre de les payer eux-mêmes.

L'indemnisation devrait demeurer en vigueur après la fin du mandat de l'administrateur parce que plusieurs responsabilités potentielles n'expireront qu'après plusieurs années. Les administrateurs devraient obtenir des conseils au sujet de la période pendant laquelle l'indemnisation devrait demeurer en vigueur compte tenu des activités de la société.

3. Assurance

Malgré les indemnisations que les administrateurs peuvent avoir reçues de la société, l'assurance demeure souvent souhaitable pour les situations où l'indemnisation pourrait ne pas être disponible, soit parce qu'elle est interdite par la loi sur les sociétés ou les statuts ou règlements de la société, soit parce que la société est devenue insolvable.

Les lois sur les sociétés permettent à une société de souscrire une assurance contre toute responsabilité qui peut être encourue par les administrateurs actuels et passés, et par toute personne qui, à la demande de la société, agit à titre d'administrateur d'une autre entité dont la société est un actionnaire ou un créancier. Certaines lois sur les sociétés interdisent à une société de souscrire une assurance qui couvre l'omission d'un administrateur d'agir honnêtement et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Cette interdiction n'empêcherait pas un administrateur d'obtenir une assurance individuelle afin de couvrir les circonstances où la société est empêchée par la loi d'indemniser ou d'assurer. Toutefois, dans de tels cas, le problème porte plutôt sur la disponibilité et le coût d'une telle assurance.

Il y a relativement peu de situations dans lesquelles une assurance standard offrirait une meilleure couverture qu'une indemnisation. L'assurance peut protéger un administrateur dans des situations où une action oblique est intentée et qu'il n'y a pas d'ordonnance du tribunal approuvant l'indemnisation des administrateurs par la société. Elle peut également couvrir les situations de manquement à l'obligation fiduciaire lorsque les lois sur les sociétés le permettent ou, lorsqu'elles ne le permettent pas, dans

les situations de « négligence de bonne foi », où il n'y a pas de manquement à l'obligation fiduciaire de l'administrateur, mais où l'administrateur s'est acquitté de son obligation sans la prudence, la diligence ou la compétence requise. Le principal avantage de l'assurance est de protéger les administrateurs si la société devient insolvable et que les administrateurs sont tenus responsables de diverses sommes, comme les salaires et les vacances des salariés.

(a) Souscription de l'assurance

L'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants est actuellement offerte au Canada par différents assureurs. Dans certains cas, une société peut souhaiter souscrire son assurance auprès d'une captive d'assurance, c'est-à-dire une société qui est membre de son groupe. En principe, il n'y a aucune raison qui interdise de le faire, mais il peut y avoir certaines préoccupations d'un point de vue fiscal, à savoir si cette assurance en est vraiment une et si les primes peuvent donc être déductibles. Avant de prendre la décision de souscrire l'assurance de la société auprès d'une captive d'assurance, le conseil d'administrateur devrait obtenir des conseils juridiques afin de confirmer qu'il s'agit de la meilleure option de la société.

La décision de souscrire l'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants sera normalement prise par le conseil d'administration lui-même. Puisqu'ils ont eux-mêmes un intérêt dans cette décision, les administrateurs doivent être conscients qu'ils doivent agir au mieux des intérêts de la société. Il peut être difficile de justifier l'assurance d'un point de vue économique parce que les primes d'assurance peuvent être très coûteuses. La réalité est que les primes facturées au Canada ont tendance à refléter, du moins en partie, ce qui se passe aux États-Unis.

Lorsque la décision de souscrire l'assurance est prise, la société devrait collaborer avec son courtier afin de veiller à obtenir la meilleure couverture possible pour ses primes. Les faillites fortement publicisées de sociétés ont soulevé des questions relativement à la couverture dont il faudrait tenir compte dans les polices d'assurance. Par exemple, la société devrait évaluer s'il est pertinent d'inclure un avenant au sujet de la priorité de paiement, qui exige que l'assureur verse d'abord les sommes dues aux administrateurs aux termes de la couverture de leur responsabilité, avant les sommes dues à la société. De plus, la police

devrait comprendre une disposition prévoyant que l'exclusion des poursuites d'un assuré contre un autre, qui se trouve dans la plupart des polices et s'applique si la société poursuit ses propres administrateurs, ne s'applique pas si les administrateurs sont poursuivis par le syndic de faillite de la société.

Il est important de bien remplir le formulaire de souscription. Les déclarations faites dans la demande sont considérées comme des garanties et la violation de ces garanties peut mener à la perte de certaines couvertures ou à l'annulation de la police en entier. Les administrateurs pourraient souhaiter examiner la demande avant qu'elle soit présentée à l'assureur.

(b) Conditions de la police

L'assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants couvre habituellement à la fois la société (pour qu'elle soit remboursée si elle doit verser des indemnités) et les administrateurs et dirigeants (pour les indemniser directement) grâce à une seule prime, mais cette prime peut être répartie entre les deux types de couverture. Aux termes de la partie de la police qui vise le remboursement à la société, la société est couverte pour toutes les sommes versées pour indemniser ses dirigeants et administrateurs, sauf dans le cas d'une indemnisation interdite en vertu des lois sur les sociétés. Si les administrateurs paient eux-mêmes la prime pour la partie de la police qui les couvre personnellement, la police peut couvrir davantage que les types de pertes pour lesquels certaines lois sur les sociétés permettent à la société de souscrire une assurance. La couverture personnelle des administrateurs et des dirigeants les protège directement lorsque la société choisit de ne pas les indemniser, ou si elle n'est pas en mesure de le faire. Toutefois, les administrateurs devraient noter que, puisque la police est souscrite par la société auprès de l'assureur, ils ne seront pas nécessairement avisés en cas d'annulation de la police, à moins que la police ne mentionne un tel avis.

Comme pour toute police d'assurance, il est nécessaire d'en examiner attentivement les conditions précises, puisque la couverture offerte peut varier grandement d'un assureur à l'autre. Les polices standards peuvent être personnalisées pour répondre aux besoins précis de la société, souvent en contrepartie d'une prime supplémentaire. Des conseils devraient être demandés aux dirigeants de la société chargés de la gestion des risques ou à un courtier

d'assurance. Les conseillers juridiques de la société peuvent également être consultés pour connaître le type de risques dont il faudrait tenir compte.

La première question à examiner consiste à déterminer qui doit être couvert par la police, et à quel titre. Les administrateurs et dirigeants devraient être couverts à la fois pendant leur mandat et pendant un certain temps après la fin de leur mandat. Puisque la plupart des responsabilités expirent un certain nombre d'années après qu'un particulier cesse d'être administrateur, la police doit être renouvelée chaque année après la date à laquelle le mandat des administrateurs et des dirigeants prend fin. Autrement, une police distincte doit être souscrite pour les administrateurs et dirigeants qui démissionnent, si les coûts le permettent. Des conseils devraient être obtenus au sujet de la période appropriée pour la société. Les administrateurs et dirigeants des filiales de la société devraient également être couverts. Si la société demande à ses employés de siéger au conseil d'administration d'autres sociétés, comme celles dans lesquelles la société a effectué un placement, le conseil peut évaluer la possibilité d'étendre l'application de la police à ces personnes.

Les « actes fautifs » qui sont couverts par une police sont habituellement assez larges et comprennent toute erreur réelle ou alléguée, déclaration inexacte ou trompeuse; un acte, une omission, la négligence ou tout manquement aux obligations des administrateurs ou dirigeants, individuellement ou collectivement; et toute autre question (sauf celles qui sont expressément exclues) alléguée à l'encontre d'un administrateur ou d'un dirigeant uniquement parce qu'il occupe la fonction d'administrateur. La définition de « perte » est également importante et devrait être examinée attentivement par les administrateurs ou leurs conseillers. La police couvre-t-elle les règlements ou uniquement les dommages-intérêts et les jugements? Les enquêtes préliminaires d'un organisme de réglementation, comme une commission des valeurs mobilières, seront-elles couvertes? La couverture se limite-t-elle aux procédures officielles ou aux situations où des accusations ont été portées? Et, peut-être est-ce le plus important, est-ce que toutes les responsabilités réglementaires sont couvertes? La couverture pour les « responsabilités absolues », dont il est question dans la partie V, comme la responsabilité à l'égard du

salaires et des vacances des employés en vertu de certaines lois, est particulièrement importante puisque les administrateurs ne seront pas toujours en mesure de prévenir une situation qui engagerait cette responsabilité.

Un certain nombre d'exclusions, typiques pour la plupart des polices, sont identiques aux exclusions visant les indemnités. L'assurance exclura souvent les réclamations découlant de la malhonnêteté d'un administrateur ou d'actions obliques où l'administrateur a reçu un avantage direct pour avoir utilisé de l'information privilégiée. Comme cela a été mentionné au sujet des indemnités, toute exclusion pour malhonnêteté ne s'appliquerait que si la malhonnêteté est prouvée. La plupart des assurances ne couvriront pas les réclamations dans le cadre d'actions où les administrateurs ont tiré un profit ou un avantage personnel auquel ils n'avaient pas droit en vertu de la loi. Certaines polices couvrent les actions obliques, mais pas les actions intentées par la société elle-même contre les administrateurs. Une police couvrira souvent les jugements, les règlements, les frais d'enquête et les honoraires juridiques, mais pas les amendes ou sanctions imposées par la loi, les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ou les questions que la loi juge non assurables.

D'autres exclusions courantes sont souvent couvertes par les indemnités contractuelles. Par exemple, de nombreuses polices ne couvriront pas les réclamations à la suite d'incidents de pollution ni les réclamations présentées par les actionnaires principaux de la société. Les administrateurs devraient s'assurer de connaître tout avenant spécial dans la police d'assurance qui limiterait la couverture des administrateurs dans des domaines à risque élevé associés aux activités de la société, parce qu'il peut s'agir justement des domaines à l'égard desquels les administrateurs ont besoin d'une assurance. Si les activités de la société comportent des risques particuliers, il peut être souhaitable d'obtenir une couverture allant au-delà de la couverture standard, moyennant une prime supplémentaire. Toutefois, si on ne craint pas que la société ne soit pas en mesure d'honorer son engagement d'indemniser les administrateurs, la prime payable pour les domaines à risque élevé peut ne pas être justifiée.

Les administrateurs devraient noter qu'en toute probabilité, la police d'assurance ne protège les administrateurs et les dirigeants que lorsqu'ils

agissent à ce titre. Si l'administrateur a un autre lien avec la société, par exemple s'il est aussi conseiller de la société, la police ne le protégera vraisemblablement pas si la réclamation résulte d'un incident où la personne agissait à titre de conseiller. Il est possible que la définition précise des rôles ne soit pas toujours claire et cela peut causer un désaccord entre l'assuré et l'assureur.

Les administrateurs devraient être conscients que les polices sont habituellement émises « sur la base des réclamations » et ne couvriront pas les réclamations présentées en dehors de la période de la police, même si l'événement qui a donné lieu à la réclamation est survenu pendant la période de la police. Si la réclamation est présentée après l'expiration de la police, l'administrateur ne sera pas assuré. Il est souhaitable d'ajouter une clause de « garantie subséquente » ou de « période de prolongation » qui prévoit que, si l'assureur met fin à la police ou refuse de la renouveler, la société ou ses administrateurs peuvent prolonger la couverture pendant une période déterminée moyennant une prime précise pour couvrir les réclamations découlant des « actes fautifs », tentés ou commis avant la date de prise d'effet de la résiliation.

Il faudrait également tenir compte de la somme versée aux termes d'une police en cas de réclamation. Les administrateurs peuvent souhaiter s'assurer que l'indemnité que leur verse la société couvre toute franchise à payer. L'assurance peut comprendre une disposition de coassurance, aux termes de laquelle la police ne couvre qu'un certain pourcentage de toute perte en excédant de la franchise, au lieu de la perte en entier. Les administrateurs peuvent se contenter de l'indemnité de la société pour couvrir le reste, mais ils devraient le faire en toute connaissance de cause. Toute police comportera une limite, qui est probablement une responsabilité totale pour chaque année de police plutôt qu'une responsabilité pour chaque réclamation présentée. Les administrateurs qui comptent sur l'assurance lorsqu'ils sont tenus responsables à la suite d'un événement important, comme un accident environnemental, peuvent se rendre compte que le produit de l'assurance ne couvre pas toute leur responsabilité.

Les administrateurs devraient également évaluer la couverture pour la défense. Cela peut se faire de deux façons. La couverture pour « obligation de défendre » oblige l'assureur à défendre l'administrateur. La

couverture des « frais de défense » offre le remboursement des frais de défense engagés par l'assuré. Ce dernier type de couverture offre aux administrateurs la possibilité d'engager l'avocat de la défense de leur choix (habituellement sous réserve du consentement de l'assureur) et de contrôler la défense de l'action. Il s'agit de la clause la plus courante dans les polices.

Il faudrait également penser à la couverture des règlements hors cour. Puisque la plupart des réclamations contre les administrateurs sont réglées avant le procès, la portée de la couverture offerte visant les règlements est particulièrement importante. La police peut prévoir qu'aucun règlement ne peut être conclu sans le consentement de l'assureur, et que l'assureur ne sera pas responsable des règlements auxquels il n'a pas consenti.

La portée géographique peut également être une question si la société exerce des activités hors du Canada. Il faudrait donc examiner la police pour s'assurer qu'elle couvre les réclamations présentées hors du Canada.

Lorsque l'assurance est en place, les administrateurs doivent s'assurer que les mesures nécessaires sont prises pour qu'elle demeure en règle et pour présenter des réclamations aux termes de la police au besoin. Évidemment, il incombe de payer les primes au moment où elles sont exigibles, mais les administrateurs ne sauront pas nécessairement si la société a cessé de payer les primes ou si la police a été résiliée pour une autre raison. Il est important de connaître les délais dans lesquels les réclamations doivent être déclarées pour que la société et les administrateurs puissent tirer la meilleure protection possible de la police. Les administrateurs devraient aviser le gestionnaire des risques de la société de toute réclamation dont ils ont connaissance dans les plus brefs délais. Il est également important que les administrateurs l'avisent de toute circonstance pouvant donner lieu à une réclamation dès qu'ils en ont connaissance.

4. Lorsqu'une action est intentée

Les administrateurs qui sont nommés dans une poursuite ou visés par une enquête à titre d'administrateurs devraient consulter un conseiller juridique indépendant. Lorsque les administrateurs prévoient faire appliquer une indemnisation à l'encontre de la société, les intérêts de la société et ceux des administrateurs peuvent diverger. Les administrateurs devraient alors demander les conseils d'une personne autre que le conseiller juridique de la société. Par exemple, la société peut être d'avis que les coûts engagés par un administrateur dans le cadre de l'enquête d'un organisme de réglementation ne sont pas couverts par l'indemnisation légale obligatoire si aucune accusation n'a été portée. Il peut y avoir des questions à savoir si de tels coûts sont couverts par une indemnisation ou une assurance distincte et les administrateurs devront s'assurer de protéger leurs intérêts.

VII. Conclusion



VII. Conclusion

L'essence même de la responsabilité des administrateurs est l'obligation d'agir honnêtement, de façon diligente, de bonne foi et au mieux des intérêts de la société. S'ajoute à cette obligation toute une gamme d'obligations réglementaires imposées aux administrateurs afin d'assurer l'imputabilité et de promouvoir des objectifs sociaux. Ces obligations juridiques visent à façonner la façon dont les administrateurs s'acquittent de leurs obligations. Les administrateurs qui sont bien au courant de l'ampleur de leurs responsabilités pourront s'acquitter de leurs obligations de façon à limiter les risques que leur responsabilité potentielle soit engagée. De plus, les administrateurs peuvent transférer leur risque potentiel grâce aux indemnisations et à l'assurance; toutefois, ces solutions n'offrent aucune protection en cas de manquement de la part d'un administrateur à son obligation d'agir de bonne foi et au mieux des intérêts de la société.

Puisque les obligations des administrateurs reçoivent actuellement une attention particulière, il incombe aux administrateurs de bien connaître leurs obligations et de comprendre les conséquences auxquelles ils s'exposent s'ils ne s'en acquittent pas adéquatement. En acceptant d'agir à titre d'administrateur, une personne s'engage à consacrer suffisamment de temps pour être en mesure d'agir de bonne foi, d'une façon éclairée et au mieux des intérêts de la société. Pour s'acquitter de ces obligations, il faudra habituellement être prêt à poser des questions difficiles et à prendre des décisions ardues.

Voici une liste de certains éléments qui aideront les administrateurs à minimiser les risques associés au fait de siéger à un conseil d'administration.

- a) Lorsqu'il est invité à se joindre à un conseil d'administration, un particulier devrait s'informer au sujet de la nature des activités de la société et vérifier si la société et son conseil fonctionnent d'une façon qui permet aux administrateurs de s'acquitter pleinement de leurs responsabilités.
- b) Les administrateurs doivent parfaitement bien comprendre leurs obligations ainsi que les responsabilités et pénalités qui sont associées à tout manquement à cet égard.
- c) Les administrateurs doivent agir honnêtement et de bonne foi au mieux des intérêts de la société et faire preuve de prudence, de diligence et de compétence en s'acquittant de leurs responsabilités.
- d) Les administrateurs doivent veiller à ce que leurs intérêts personnels n'entrent pas en conflit, ni ne donnent l'impression d'être en conflit, avec les intérêts de la société.
- e) La nomination du chef de la direction et des autres membres de la haute direction ainsi que la relation entre la direction et le conseil d'administration sont d'une importance cruciale. Le conseil d'administration doit avoir confiance en l'intégrité de ces personnes et en leur volonté de tenir le conseil d'administration informé.
- f) Le conseil doit avoir suffisamment d'information pour pouvoir prendre des décisions éclairées. L'information doit être assez détaillée pour donner aux administrateurs un portrait complet de la situation, mais pas au point que les administrateurs ne puissent assimiler toute l'information. L'information doit être fournie suffisamment à l'avance des réunions du conseil d'administration pour permettre aux administrateurs de l'examiner et de l'évaluer. Les administrateurs ne doivent pas faire un mauvais usage de l'information confidentielle.

- g) Les administrateurs devraient s'assurer que des procès-verbaux adéquats des réunions du conseil sont conservés. Les administrateurs devraient éviter de manquer des réunions du conseil. Si cela ne peut être évité, ils devraient s'informer au sujet de ce qui s'est passé et demander à ce que leur dissidence soit consignée s'ils sont en désaccord avec une mesure prise à la réunion.
- h) Le conseil devrait déléguer des pouvoirs à des comités lorsque cela est pertinent. Par exemple, il est courant de former un comité de l'environnement. Les administrateurs qui siègent à un comité devraient être conscients du fait qu'ils peuvent encourir une plus grande responsabilité en raison des questions qui relèvent du mandat de ce comité.
- i) Des exigences appropriées en matière de déclaration devraient également être mises en place. Par exemple, les administrateurs devraient exiger que le chef des finances de la société leur donne à intervalles réguliers une garantie que tous les salaires des employés ont été versés et que toutes les retenues à la source ont été déduites et remises lorsqu'échues.
- j) Des procédures d'audits et d'autres procédures d'examen devraient être mises en place pour s'assurer que toutes les exigences légales imposées à la société et à ses administrateurs sont respectées. Par exemple, ce guide donne des détails au sujet de certaines procédures de préparation d'un prospectus et de conformité environnementale.
- k) Le conseil d'administration devrait évaluer la possibilité d'engager des conseillers externes dans les circonstances qui s'y prêtent, particulièrement lorsque la société propose une opération majeure comme une acquisition, un dessaisissement, une restructuration ou un financement.
- l) Les administrateurs devraient être certains de pouvoir se fier aux états financiers de la société, à ses dirigeants ou à ses conseillers externes.
- m) Les administrateurs devraient obtenir une indemnisation de la société et, au besoin, de la société mère ou d'un actionnaire important. Une indemnisation contractuelle devrait servir à compléter l'indemnisation qui est contenue dans les règlements de la société.
- n) Le conseil d'administration devrait souscrire une assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants. Le conseil doit évaluer le coût de l'assurance par rapport au besoin de la souscrire afin d'attirer et de conserver des administrateurs talentueux. Les administrateurs devraient connaître les limites de toute police en vigueur.

Bien que les obligations et les responsabilités des administrateurs de sociétés soient toujours examinées attentivement, en suivant les étapes décrites dans ce guide, un administrateur diligent pourra plus facilement s'acquitter de ses responsabilités et minimiser les risques qui y sont associés.



VIII. Devoirs des administrateurs en pratique



VIII. Devoirs des administrateurs en pratique

Dans cette section du guide, nous énumérons les éléments principaux dont les administrateurs doivent tenir compte lorsqu'ils s'acquittent de leurs obligations pendant la durée de vie d'une société ouverte canadienne.

Même si les obligations d'un administrateur (i) d'agir honnêtement et de bonne foi au mieux des intérêts de la société et (ii) de faire preuve de la prudence, de la diligence et des compétences dont ferait preuve une personne prudente sont constantes tout au long de la vie de la société, l'application de ces obligations varie considérablement en pratique. De même, les enjeux qui sont d'une importance fondamentale pour tous les administrateurs, soit principalement la responsabilité pour les actions de la société et de l'administrateur, évoluent parfois énormément en fonction du statut de la société. Le changement qui est peut-être le plus

évident se produit lorsqu'une société devient un émetteur assujéti. Les administrateurs sont alors exposés à de nouvelles sources de responsabilité personnelle en vertu des lois sur les valeurs mobilières, notamment la responsabilité liée au contenu des prospectus, des notes d'information et des circulaires du conseil d'administration, et la responsabilité liée au marché secondaire. Une société ouverte est également confrontée à un risque de litige accru visant la société et les administrateurs en raison des recours collectifs et des réclamations en cas d'abus.

N°	Stade de la société	Priorité des administrateurs
1.	<p>Création de la société</p> <p><i>La société est constituée par ses fondateurs afin de mettre en œuvre une idée commerciale. Les fondateurs prennent entre eux des décisions au sujet de leur participation et des structures de gouvernances qui guideront leur relation.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • À ce stade initial, il serait inhabituel qu'une personne qui n'a pas un lien étroit avec les activités de la société agisse à titre d'administrateur. Le conseil d'administration se compose habituellement des fondateurs et, au fil de la croissance de la société, de représentants des premiers investisseurs. À mesure que des tierces parties se joignent au conseil d'administration, les administrateurs travailleront étroitement avec l'équipe de direction. Il est crucial de faire correspondre les compétences des administrateurs et les besoins et aptitudes que possède l'équipe de direction. Les administrateurs peuvent jouer plusieurs rôles : accompagnateur de la direction, ambassadeur commercial, conseiller du secteur et personne-ressource pour les clients ou les fournisseurs. • Les administrateurs devraient s'assurer que la société paie tous les salaires et procède aux retenues à la source et à la remise de ces sommes puisqu'ils seront autrement responsables de ces sommes. Cette responsabilité (qui comprend les montants de salaire différés) est courante et constitue un risque potentiellement grand pour les administrateurs tout au long de la vie de la société. Les administrateurs devraient demander à la direction de confirmer le paiement de ces sommes sur une base régulière (et au moins à chaque réunion du conseil). • Les administrateurs devraient s'assurer que la société consigne dûment les émissions d'actions et les octrois d'options dans les registres pertinents afin d'éviter les conflits au sujet de la propriété d'actions. • Les administrateurs devraient s'assurer que les fondateurs ont dûment documenté leur relation de travail avec la société, par exemple leur droit à des indemnités de départ et leurs obligations de non-concurrence après la cessation de leur emploi. • Les administrateurs doivent tenir compte des conflits d'intérêts, puisque bon nombre d'administrateurs seront également des actionnaires, des employés et des créanciers de la société et auront donc potentiellement des conflits d'intérêts.

N°	Stade de la société	Priorité des administrateurs
2.	<p>Premiers financements</p> <p><i>La société a du potentiel et a maintenant besoin de capitaux afin de financer la croissance de ses activités. À cette étape, les investisseurs sont des sociétés de capital de risque, des investisseurs providentiels ou des sociétés de capital privé. Les grands investisseurs exigeront probablement de donner leur avis au sujet de la gouvernance de la société.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Les administrateurs devraient s'attendre à des processus supplémentaires lorsque des administrateurs nommés par les grands investisseurs se joignent au conseil d'administration. • Un administrateur nommé par un investisseur a une obligation envers la société et non envers l'investisseur qui l'a nommé. Si un investisseur souhaite exercer un contrôle ou une direction sur la société, il faudrait s'assurer que les leviers pertinents lui sont offerts à titre d'actionnaire, et non à l'administrateur qu'il a nommé au conseil. • L'administrateur nommé doit faire attention de ne pas manquer à son obligation de discrétion envers la société. Les investisseurs devraient s'assurer d'avoir négocié le droit de recevoir l'information nécessaire de la société dans le cadre de ses placements. • Les investisseurs devraient évaluer la possibilité d'avoir des représentants distincts qui communiquent avec la direction et les administrateurs au nom des investisseurs à titre de prêteurs ou d'actionnaires. Cela permet aux administrateurs nommés de se concentrer sur leurs rôles et leurs obligations à titre d'administrateurs. • Au fil des embauches, les préoccupations au sujet de la responsabilité des administrateurs relativement aux salaires et aux obligations légales augmentent.
3.	<p>Premier appel public à l'épargne</p> <p><i>Le succès de la société se poursuit et elle cherche maintenant à obtenir plus de capitaux en entreprenant un premier appel public à l'épargne. Il est aussi possible que certains investisseurs initiaux souhaitent reprendre leur placement.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • L'appel public à l'épargne constitue une transformation importante sur le plan du rôle et des responsabilités potentielles des administrateurs. • Les administrateurs devraient revoir l'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants souscrite par la société afin de veiller à ce qu'ils disposent d'une protection adéquate pour une société ouverte. Ils devraient également revoir leurs ententes d'indemnisation avec la société et conclure des conventions d'indemnisation s'ils ne l'ont pas déjà fait. • Les administrateurs doivent veiller à ce que la direction communique l'information adéquate dans le prospectus, puisqu'ils peuvent être tenus responsables s'il contient une déclaration trompeuse, sous réserve de la défense de diligence raisonnable. • Les administrateurs sont maintenant exposés à une responsabilité liée au marché secondaire pour les déclarations trompeuses que contiennent certains documents de divulgation publique. Il est essentiel d'adopter des contrôles et procédures internes efficaces en matière de communication de l'information. • Bien que les administrateurs aient toujours des obligations fiduciaires envers la société, on s'attend maintenant à ce qu'ils tiennent compte des intérêts des actionnaires minoritaires. Les actionnaires minoritaires s'attendront à ce que les administrateurs ne se montrent pas injustes en ne tenant pas compte de leurs intérêts et, si les administrateurs ne tiennent pas compte de leurs intérêts, ils pourront exercer un recours en cas d'abus. • Les processus deviennent encore plus importants à mesure que le conseil d'administration doit respecter les exigences réglementaires et les pratiques exemplaires, y compris la mise sur pied des comités d'audit, de la rémunération et de gouvernance. • Alors qu'à l'étape de la création, le conseil d'administration est en grande partie indissociable de la direction de la société fermée, le conseil d'administration d'une société ouverte exerce une supervision sur la direction.

N°	Stade de la société	Priorité des administrateurs
		<ul style="list-style-type: none"> • Le conseil d'administration doit se concentrer sur la direction stratégique de la société et sur la composition de l'équipe de direction, ce qui comprend un plan réfléchi au sujet du renouvellement et de la relève de la direction. • Le conseil devrait découvrir les risques potentiels auxquels la société est exposée et mettre en œuvre les stratégies de gestion des risques pertinentes. • Le conseil devrait également adopter une stratégie efficace de communication publique et de relations avec les investisseurs afin de préparer la direction en vue de l'information continue exigée des sociétés ouvertes et des communications régulières avec les investisseurs et la communauté des analystes de recherche. Il faut évaluer la possibilité de commencer à accompagner la direction de la société ouverte et à jouer le rôle de mentor auprès d'elle et d'utiliser les ressources internes et externes en matière de relations avec les investisseurs, ainsi que les processus d'examen détaillé de l'information publique.
4.	<p>Émission publique de titres de créance</p> <p><i>Après son premier appel public à l'épargne, la société cherche à obtenir plus de capitaux en accédant aux marchés publics des titres de créance.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Le conseil d'administration doit maintenant tenir compte d'une autre catégorie de parties intéressées, les porteurs d'obligations. • Bien que la plus grande partie du travail associé au financement par emprunt sera entreprise par la direction, le conseil d'administration devrait demeurer au courant du processus afin que les administrateurs puissent s'assurer que le montant et les modalités des titres de créance demeurent dans l'intérêt de la société. • Les administrateurs devraient se concentrer sur la stratégie commerciale à long terme de la société pour que la dette puisse être remboursée et que les conditions de la dette ne nuisent pas aux projets de croissance future ou ne l'empêchent pas.
5.	<p>Difficultés financières</p> <p><i>En raison des diverses forces du marché, la société a de la difficulté à obtenir des liquidités à court terme.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Les administrateurs doivent prendre certaines des décisions les plus difficiles en situation de difficultés financières. Les difficultés financières constituent une situation de vie ou de mort pour la société. • Bien que les administrateurs aient des obligations fiduciaires envers la société, ils devront maintenant tenir compte des intérêts des créanciers, y compris les titulaires d'obligations, puisque les créanciers peuvent se prévaloir du recours en cas d'abus si les administrateurs ne le font pas. • Les difficultés financières mettent en relief les tensions entre les intérêts des actionnaires, qui souhaitent conserver la valeur de leur placement, et ceux des titulaires d'obligations, qui pourront se considérer comme les propriétaires « réels » de la société. • Les groupes de créanciers peuvent avoir des créances qui sont en conflit, selon les modalités de leurs titres de créance. Ces groupes peuvent comprendre des prêteurs bancaires garantis, des prêteurs non garantis de premier rang et subordonnés, des salariés, des locataires, des fournisseurs et des pensionnés. • Le processus se transforme en une évaluation cruciale pour les administrateurs, y compris l'obtention de conseils financiers et juridiques auprès d'experts et l'étude des intérêts de toutes les parties intéressées pouvant être touchées, et l'exercice de leur appréciation commerciale. • Les intérêts conflictuels des parties intéressées font en sorte que les litiges sont bien souvent des produits dérivés des difficultés financières.

N°	Stade de la société	Priorité des administrateurs
6.	<p>Restructuration du bilan</p> <p><i>Les difficultés financières de la société ne peuvent être résolues par l'émission de titres de participation ou de créance supplémentaires et il faut en arriver à des compromis avec certaines parties intéressées.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Le conseil d'administration devrait engager des experts financiers et des conseillers juridiques et devrait évaluer la possibilité de mettre sur pied un comité pour qu'il s'occupe de la restructuration. • Idéalement, dans le cadre de la restructuration du bilan, les administrateurs peuvent superviser une opération consensuelle où les parties intéressées touchées font des compromis sur une base volontaire. • Cependant, il est souvent nécessaire de faire appel à la cour pour qu'elle impose une restructuration qui sera obligatoire pour toutes les parties intéressées. • Il peut être difficile pour les administrateurs de prendre la décision de demander la protection de la <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i>, puisque cela peut exiger beaucoup de temps et d'argent et entraînera souvent l'élimination des intérêts des actionnaires ou une grande dilution de ceux-ci.
7.	<p>Accolade de l'ours et tactiques défensives</p> <p><i>La société a reçu une offre non sollicitée d'un initiateur hostile visant l'achat de la totalité des actions émises et en circulation de la société.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • La majorité des sociétés ouvertes auront prévu l'arrivée d'une lettre annonçant l'accolade de l'ours dans un guide de défense préparé dans cette éventualité. Grâce à ce guide, les administrateurs seront fins prêts à évaluer l'offre non sollicitée et à y répondre. • Les administrateurs devraient convoquer une réunion pour évaluer la réponse si cela est possible. Les administrateurs devraient être conscients que ce sont eux et non la direction qui contrôlent la réponse. • La réponse des administrateurs devrait démontrer leur appréciation commerciale et être donnée en fonction des conseils d'experts financiers et de conseillers juridiques au sujet de leurs obligations afin de les protéger contre les réclamations potentielles des actionnaires. • Il n'existe pas de réponse prescrite à une lettre annonçant l'accolade de l'ours et le conseil n'est pas tenu de répondre à la partie qui l'a envoyée. Toutefois, si l'offre est alléchante, selon les conseils financiers et juridiques reçus, il peut être prudent pour les administrateurs d'entrer en contact avec l'initiateur. • Les administrateurs devront également évaluer s'il est nécessaire de mettre sur pied un comité et, le cas échéant, sa composition et son mandat. • Les administrateurs devront aussi évaluer leurs obligations en matière de communication de l'information au public. Dans le cadre de leurs tactiques, les administrateurs peuvent décider d'annoncer la lettre même s'ils ne sont pas tenus de le faire en vertu de la loi.
8.	<p>Crise d'ordre réglementaire</p> <p><i>La société a été informée que des renseignements confidentiels de certains de ses clients ont été téléchargés illicitement de ses serveurs et elle doit évaluer la réponse pertinente pour protéger ses clients et rassurer le marché.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Chaque situation est unique. Les administrateurs doivent donc s'assurer que des systèmes et processus sont en place pour traiter les plaintes adéquatement, découvrir les circonstances et situations qui constituent une menace et transmettre l'information dans les plus brefs délais aux parties qui sont chargées de la gestion du risque, y compris le conseil d'administration, son président ou un comité précis. • Le conseil d'administration doit prendre des mesures pour veiller à ce que la question fasse l'objet d'une enquête complète et à ce que toute enquête soit dûment effectuée par les parties appropriées, qui devront en répondre, qu'il s'agisse de la direction, du président du conseil, d'un comité existant ou d'un comité spécial du conseil. • Il n'y a pas de « solution universelle » aux situations menaçantes lorsqu'elles se présentent: le conseil d'administration doit être bien informé de tous les faits et

N°	Stade de la société	Priorité des administrateurs
		<p>il doit comprendre les droits et les conséquences de la situation ainsi que toute réponse à y donner. Ainsi, l'approche choisie par le conseil d'administration sera stratégique et sera prise « au mieux des intérêts de la société », comme cela est exigé.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les administrateurs doivent poser les bonnes questions à la direction, aux professionnels et aux autres experts pour s'assurer que les décisions sont prises d'une manière qui leur permet de s'acquitter de leurs obligations. Il faut tenir compte de cet impératif à toutes les étapes du dossier, que ce soit pendant l'élaboration de la stratégie d'enquête ou lors de l'évaluation du problème, des différentes options et des conséquences potentielles. • En évaluant les réponses et les conséquences, les administrateurs doivent tenir compte de l'incidence des options sur les différentes parties intéressées potentiellement touchées. Il ne s'agit pas seulement des actionnaires, mais aussi des clients, des employés, des créanciers et du grand public. Il faut également tenir compte de l'environnement réglementaire et légal particulier, puisque chaque secteur ou chaque type d'entreprise (notamment une société ouverte) a ses propres obligations et responsabilités (comme la communication d'information au public et la déclaration aux organismes de réglementation relativement aux exigences de conformité et de remédiation proactive) à l'égard desquelles les administrateurs ont des obligations de supervision. • Le conseil d'administration devrait toujours demander et obtenir les conseils de conseillers professionnels chevronnés, à la fois au niveau du processus à suivre dans le cadre d'une enquête et de l'obtention des « faits sur le terrain », qu'au niveau de l'évaluation des réponses et des conséquences potentielles.
9.	<p>Fusion ou acquisition amicale <i>La société a trouvé un partenaire potentiel à l'égard d'une fusion qui offre des synergies commerciales.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Les obligations des administrateurs ne changent pas en cas d'offre publique d'achat ou de proposition d'acquisition amicale. Les administrateurs ont toujours une obligation fiduciaire envers la société et non envers ses actionnaires ou une partie intéressée donnée. • Cela étant dit, les enjeux seront clairement importants pour les actionnaires dans une situation où une opération de changement de contrôle semble inévitable ou lorsque le conseil d'administration décide d'explorer la possibilité de vendre l'entreprise. Bien que la décision BCE rejetait la notion que les administrateurs ont l'obligation de maximiser la valeur pour les actionnaires dans le cadre d'une opération de changement de contrôle, en pratique, les administrateurs devraient tenir compte en premier lieu de la valeur pour les actionnaires lorsqu'ils évaluent et négocient une proposition d'acquisition que les actionnaires doivent ultimement approuver, en plus de tenir compte des intérêts d'autres groupes intéressés. • Le conseil d'administration devrait prendre les mesures appropriées pour s'assurer que les administrateurs (et non la direction) sont ultimement responsables de superviser l'opération. À cette fin, le conseil d'administration peut choisir de mettre sur pied un comité spécial composé d'administrateurs indépendants et chargé de superviser le processus, de négocier l'opération et d'y chercher des solutions de rechange. • Le conseil d'administration devrait toujours avoir recours aux services de conseillers financiers et juridiques chevronnés lorsqu'il s'acquitte de ses obligations.

N°	Stade de la société	Priorité des administrateurs
		<ul style="list-style-type: none">• Il n'y a pas de modèle unique que les administrateurs doivent suivre lorsqu'ils vendent l'entreprise. Les choix, les stratégies et les tactiques qui s'offrent à un conseil d'administration seront importants et variés. Entre autres choses, la décision du conseil d'administration d'avoir recours à une stratégie à un seul soumissionnaire, de vérifier le marché avant ou après la signature (grâce à un contrat autorisant la sollicitation ou autrement) ou de procéder à une enchère officielle dépendra de la dynamique et des circonstances de la situation.• Ces décisions dépendent de l'appréciation commerciale. Si les administrateurs agissent de bonne foi et de façon éclairée, et si les décisions sont prises parmi une gamme de solutions raisonnables, la réponse à la proposition d'acquisition et la décision de l'accepter devraient être assujetties à la retenue judiciaire aux termes de la règle de l'appréciation commerciale.



Au sujet de Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Osler est un cabinet d'avocats en droit des affaires de premier plan se trouvant dans une situation unique pour conseiller ses clients du Canada, des États-Unis et d'ailleurs au sujet de diverses questions d'ordre juridique d'envergure nationale et internationale. Osler est reconnu pour donner des conseils judicieux en matière d'affaires et dans des secteurs clés de l'industrie ainsi que dans le cadre d'opérations et de litiges touchant certaines des plus grandes entreprises du monde. Son approche visant la force « collective » est fondée sur la collaboration, et l'équipe s'efforce d'offrir à ses clients des conseils innovateurs axés sur des solutions, et ce, de façon pratique et rentable. Fondé en 1862, Osler compte sur plus de 400 avocats qui travaillent ensemble au sein de ses bureaux canadiens, à Toronto, à Calgary, à Montréal et à Ottawa, et de ses bureaux de New York.

Pour plus d'informations, veuillez visiter www.osler.com

Pour obtenir une version électronique du guide *Responsabilités des administrateurs au Canada*, veuillez visiter le site www.osler.com/responsabilites-des-administrateurs

À propos de l'Institut des administrateurs de sociétés (IAS)

L'Institut des administrateurs de sociétés (IAS) est la ressource incontournable et la voix des administrateurs et des conseils d'administration au Canada au sein des secteurs à but lucratif, à but non lucratif et des sociétés d'État. À titre de communauté nationale des administrateurs, l'IAS est une association sans but lucratif constituée de membres et d'un réseau de 11 sections régionales au Canada. Représentant les intérêts des administrateurs, elle encourage le partage des connaissances au moyen de la formation, de programmes et de services de développement professionnel, ainsi que d'un leadership et d'une représentation éclairés afin d'atteindre les normes les plus élevées en matière d'administration des sociétés

Pour plus de renseignements, visitez le site www.icd.ca

Toronto

Box 50, 1 First Canadian Place
Toronto, Ontario, Canada M5X 1B8
416.362.2111 TÉLÉPHONE
416.862.6666 TÉLÉCOPIE

Montréal

Bureau 2100,
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal, Québec, Canada H3B 4W5
514.904.8100 TÉLÉPHONE
514.904.8101 TÉLÉCOPIE

Ottawa

Bureau 1900, 340, rue Albert
Ottawa, Ontario, Canada K1R 7Y6
613.235.7234 TÉLÉPHONE
613.235.2867 TÉLÉCOPIE

Calgary

Suite 2500, TransCanada Tower
450 – 1st St. S.W.
Calgary, Alberta, Canada T2P 5H1
403.260.7000 TÉLÉPHONE
403.260.7024 TÉLÉCOPIE

New York

620 8th Avenue
36th Floor
New York, New York, U.S.A. 10018
212.867.5800 TÉLÉPHONE
212.867.5802 TÉLÉCOPIE

osler.com