



## **Exposition du droit corporatif et règle de jugement d'entreprise**

**FASKEN  
MARTINEAU** 

**Louis-François Hogue**  
*4 novembre 2010*



## **Plan de présentation**

- I. Devoirs des administrateurs**
- II. Moyens de défense des administrateurs**
- III. Procédures appropriées à suivre par un conseil et ses comités**
- IV. Obligations lorsque la situation de la compagnie est « en jeu »**
- V. Avis quant au caractère équitable**
- VI. Décisions importantes**



# Plan de présentation

## I. Devoirs des administrateurs

- Devoirs de nature « fiduciaire »
- Devoir d'agir personnellement dans les limites de leurs pouvoirs
- Devoirs de prudence et de diligence
- Conséquences en cas de non-respect



# Devoirs des administrateurs

- **Devoirs de nature « fiduciaire »**

- Devoir de loyauté

- Agir dans le meilleur et seul intérêt de la société

- Ne peut privilégier intérêts autres au détriment de la société
- Peut cependant tenir compte de l'effet d'une décision sur les parties intéressées (y compris les actionnaires) pour décider si cette décision est au mieux des intérêts de la société
- Généralement, ces intérêts concordent; transaction BCE est exemple de divergence de ces intérêts



## Devoirs des administrateurs

- Intérêt de la société transcende valeur des actions ou profit à court terme. En situation de continuité d'entreprise, vise les intérêts à long terme de la société
- Doit divulguer à la société toute information pertinente ou importante pour elle, ce qui comprend ses conflits d'intérêts
- Zone d'insolvabilité ne modifie pas ce devoir
- Motifs subjectifs des administrateurs sont des éléments essentiels pour déterminer si devoir de nature fiduciaire est respecté



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Situations à éviter :
  - Situations de conflits d'intérêts
  - Communication ou usage d'informations confidentielles acquises dans l'exécution de leur mandat
  - Privilégier ou défendre l'intérêt d'un actionnaire, ou d'une partie intéressée, au détriment des autres
  - Abuser des intérêts, ou des attentes raisonnables, des parties intéressées



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Que faire en situations de conflits d'intérêts :
  - Dénoncer le conflit d'intérêts au conseil
  - S'abstenir de voter, le cas échéant officiellement
  - S'abstenir, dans certaines situations, de participer aux discussions



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Devoir d'honnêteté (intégrité) et de bonne foi
  - Respect de la confiance accordée
  - Gestion des actifs pour réaliser les objectifs de la société
  - Ne pas abuser de sa position d'administrateur



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Que faire pour satisfaire ces devoirs
  - Agir de façon désintéressée et informée (arrêt Repap)
  - Processus décisionnel doit refléter prise de décision désintéressée
    - Constituer comité indépendant dans certaines situations
    - Consulter experts désintéressés
    - Respecter pratiques de gouvernance
  - Déterminer que la décision ne frustre pas attentes raisonnables d'une partie intéressée (actionnaire, créancier, administrateur, dirigeant)



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Loyauté, bonne foi et administrateur délégué
  - Soumis aux mêmes devoirs de loyauté, d'intégrité et de bonne foi, et doit éviter les mêmes situations
  - Gestes à poser en cas de conflits d'intérêts sont les mêmes
    - Situations de conflits différentes en fonction du poste occupé (employé, cadre) chez « celui qui l'a désigné » ou de son lien avec ce dernier (par exemple membre externe)
  - Doit maintenir confidentielles les informations échangées lors des conseils ou comités ainsi que les informations se rapportant à la société
    - Administrateur d'une société privée peut être libéré de ce devoir



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Peut valablement prendre connaissance des préoccupations ou attentes de « celui qui l'a désigné » et l'informer du rôle qu'il joue dans la société
- N'a pas à tenir compte de ses préoccupations ou attentes dans son évaluation de ce que constitue le meilleur intérêt de la société
- Peut suivre instructions de « celui qui l'a désigné » en autant que le geste posé est dans l'intérêt de la société
- Exercice des droits de gestion contrôlés ou contractuels par actionnaire institutionnel et participation de l'administrateur délégué/employé à cette décision ne relève pas l'administrateur de ses devoirs



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Indépendance de l'administrateur
  - Prolongement du devoir de loyauté et de l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts
  - Pour sociétés publiques, comité de vérification doit être composé d'administrateurs indépendants
  - Revue par administrateurs indépendants de transactions avec personnes reliées est un des moyens qui permet de s'acquitter de son devoir de prudence et diligence
  - ACVM utilisent critères dits objectifs pour évaluer l'indépendance du conseil et du comité de vérification



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Un administrateur peut être indépendant, mais « perdre » cette indépendance lors de l'approbation d'une transaction particulière
- Critères sont présentement réévalués par ACVM
- Les règlements applicables en valeurs mobilières qui traitent spécifiquement de l'indépendance des administrateurs et membres de comités de vérification prévoient présentement ce qui suit :
  - Un administrateur sera indépendant s'il n'a pas de relation importante, directe ou indirecte, avec l'émetteur dont il est administrateur, ses filiales ou sa société-mère et qui, selon le conseil, pourrait raisonnablement nuire à l'indépendance de son jugement



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Il existe diverses situations où un individu est présumé ne pas être indépendant pour les fins du conseil, et où cette même personne est présumée ne pas être indépendante pour les fins du comité de vérification
- Le représentant d'un actionnaire important au conseil d'administration peut satisfaire le critère d'indépendance. Cependant, si cet actionnaire est réputé contrôler l'émetteur, cet administrateur ne sera pas indépendant pour les fins de la composition du comité de vérification s'il est employé et administrateur ou haut dirigeant de l'émetteur ou d'une filiale



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Le contrôle est défini comme le pouvoir, direct ou indirect, de diriger une personne et d'appliquer ses politiques, que ce soit du fait de la possession de titres ou de toute autre manière, ou de faire exercer ce pouvoir par quelqu'un d'autre
- Les règles de composition du comité de vérification ne s'appliquent pas aux émetteurs émergents, c'est-à-dire un émetteur dont les titres sont entre autres cotés sur la Bourse de croissance TSX, mais certains éléments jugés importants doivent être faits



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Concilier les intérêts des parties intéressées et ceux de la société
  - Conflit entre intérêts de la société et ceux des parties intéressées doit être résolu par administrateurs conformément à obligation de nature fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de la société en tant qu'entreprise socialement responsable
    - Doit traiter de façon juste et équitable chaque partie intéressée affectée
    - Pas de règle absolue, mais doit prendre en considération tous les facteurs pertinents, et considérer effets de la décision sur les parties intéressées



## Devoirs des administrateurs (suite)

- **Devoir d'agir personnellement dans les limites de leurs pouvoirs**
  - Exercer pleinement ses pouvoirs sans déléguer sauf si permis par la loi et les règlements de la société
  - Agir de façon à ce que la société et eux-mêmes ne contreviennent pas à la loi, aux statuts et aux règlements
  - Respect de la politique de régie d'entreprise, le cas échéant



## Devoirs des administrateurs (suite)

- **Devoir de prudence et de diligence**

- Devoir de prudence

- Agir avec soin et prudence raisonnable, compte tenu de la compétence, de l'expérience et de la fonction de l'administrateur dans la société

- Devoir de diligence

- Diriger les affaires selon son meilleur jugement, de manière informée et raisonnable
- Développement de la fonction de surveillance et de contrôle, surtout pour les sociétés ouvertes



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Est norme objective; éléments factuels importants pour déterminer si devoir est satisfait
- Conséquences pratiques
  - S'abstenir d'actes téméraires ou inconscients
  - Agir de façon « informée »
  - Ne pas hésiter à poser toutes les questions nécessaires à la direction
  - Avoir recours aux conseils ou services d'experts lorsque le conseil ou la direction n'a pas les compétences requises



## Devoirs des administrateurs (suite)

- **Conséquences en cas de non-respect**
  - Administrateur responsable principalement envers la société
    - Responsabilité solidaire entre les administrateurs fautifs, sauf à l'égard des fautes personnelles
    - Fondée sur une faute causant préjudice
  - Devra indemniser la société jusqu'à concurrence du préjudice subi; si manquement au devoir d'honnêteté et de loyauté, devra également rembourser le profit personnel réalisé



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Manquement au devoir de diligence peut entraîner responsabilité civile envers les créanciers
- À la demande d'une personne intéressée (le plaignant) (ce qui comprend principalement des actionnaires, créanciers et administrateurs et dirigeants), tribunal peut déterminer qu'une décision ou comportement des administrateurs ou de la société n'est pas juste et équitable compte tenu des circonstances : « recours en oppression »



## Devoirs des administrateurs (suite)

- Pour réussir, partie intéressée doit établir qu'une attente raisonnable existait et qu'elle a été frustrée par comportement qui constitue un abus, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte de ses intérêts (faute causant préjudice)
- Les attentes raisonnables des parties intéressées sont la pierre angulaire d'un recours en oppression. Cependant, une attente déçue, même si raisonnable, ne peut servir de fondement à un recours en oppression que si le comportement visé constitue un abus, un préjudice injuste ou une omission injuste de tenir compte des intérêts en cause de la partie intéressée




## Devoirs des administrateurs (suite)

- Défense d'appréciation commerciale permet généralement de qualifier la décision de raisonnable et de faire échec au recours en oppression
- Administrateurs ne pourront donc pas invoquer la défense d'appréciation commerciale s'ils n'ont pas évalué la raisonnable de leur décision (voir Repap et Ford)
  - Reflète indirectement lacunes dans processus décisionnel et dans le caractère désintéressé et informé de la décision



## Devoirs des administrateurs (suite)

- N'entraîne généralement pas de condamnation personnelle de l'administrateur, mais annulation ou interdiction du comportement contesté (voir Repap et Ford)



< \*\*\* >


*“The fiduciary duty of the directors to the corporation is a broad, contextual concept. It is not confined to short-term profit or share value. Where the corporation is an ongoing concern, it looks to the long-term interests of the corporation. The content of this duty varies with the situation at hand.”*

*“There is no principle that one set of interests – for example the interests of shareholders – should prevail over another set of interests. Everything depends on the particular situation faced by the directors and whether, having regard to that situation, they exercised business judgment in a responsible way.” BCE*




## Devoirs des administrateurs (suite)

*“[T]he duty of the directors cannot be confined to particular priority rules, but is rather a function of business judgment of what is in the best interests of the corporation, in the particular situation it faces.”*  
*BCE*




< \*\*\* >

*"Retaining independent legal and financial advisors, and the establishment of independent or special directors' committees to assess and respond to the hostile bid, are the classic mechanisms to which boards of directors have traditionally resorted in order to cope with their difficult duties and conflicting position." WIC*



< \*\*\* >

*"If a board of directors has acted on the advice of a committee of persons having no conflict of interest, and that committee has acted independently, in good faith, and made an informed recommendation as to the best available transaction for the shareholders in the circumstances, the business judgment rule applies." Schneider*



< \*\*\* >

*"The decisions of the Special Committee will be accorded deference by the courts, provided that the special committee has discharged its role independently, in good faith, and with the understanding that in a situation where a change of control transaction is contemplated, the special committee can only agree to a transaction that is fair in the sense of being the best available in the circumstances." Schneider*



## Plan de présentation

### II. Moyens de défense des administrateurs

- La règle de l'appréciation commerciale (« *business judgment rule* »)
- Vérification diligente et sociétés publiques



## Moyens de défense des administrateurs

- **La règle de l'appréciation commerciale**  
(« *business judgment rule* »)
  - La notion de l'appréciation commerciale au Canada telle qu'exprimée dans l'affaire *Peoples* :
    - « *Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision raisonnable et non pas la meilleure décision. Dès lors que la décision prise conserve un caractère raisonnable, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si les événements ultérieurs peuvent avoir jeté le doute sur la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient, la retenue est de mise à l'égard de la décision du conseil. (...)*



## Moyens de défense des administrateurs (suite)

*On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les décisions prises 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 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 que l'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. »*



## Moyens de défense des administrateurs (suite)

- Conséquences pratiques
  - Processus décisionnel doit refléter prise de décisions raisonnable
    - Temps consacré et échéancier suivi
    - Qualité de l'information fournie et demandée
    - Comportement pendant la réunion
    - Présence d'administrateurs désintéressés
    - Formation d'un comité spécial
    - Consultation d'experts désintéressés
    - Respect des pratiques de gouvernance



## Moyens de défense des administrateurs (suite)

- Se fonder de bonne foi sur rapport d'expert équivaut à s'être acquitté de ses devoirs
- Disponibilité de la défense d'appréciation commerciale permet souvent de faire échec à recours en oppression
- Niveau de révision exigée lorsque notre approbation est requise



## Moyens de défense des administrateurs (suite)

- Jusqu'où devez-vous pousser l'exercice de révision de documentation pour satisfaire votre devoir de prudence et diligence
- Prospectus et documentation accessoire
- États financiers et analyse par la direction (« MD&A »)
- Contrats importants hors du cours normal des affaires (convention de crédit, achat/vente d'actifs ou d'actions)
- Documentation qui transite par le conseil ou l'un de ses comités (rémunération, documents d'information continue)



ERROR: stackunderflow  
OFFENDING COMMAND: ~

STACK: