



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

# Plan de présentation

- I. Devoirs des administrateurs**
- II. Moyens de défense des administrateurs**
- III. Procédures appropriées à suivre par un conseil et ses comités**

# 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)

- 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 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)

- Défense d'appréciation commerciale permet généralement de qualifier la décision de raisonnable et de faire échec au recours en oppression
- Administrateurs ne pourront donc 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)

# 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)

- 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)

### III. Procédures appropriées à suivre par un conseil et ses comités

- S'assurer de l'indépendance des membres du comité
- Analyser suffisamment d'information
- Solliciter l'opinion de conseillers juridiques et financiers indépendants et toute autre expertise requise
- Prendre le temps d'analyse nécessaire
- Communiquer avec la haute direction
- Documenter adéquatement les délibérations
- Surveiller la réaction des actionnaires et des autres parties intéressées
- Agir « even-handedly »
- Considérer les exigences de divulgation continue
- S'assurer de l'exactitude du contenu des documents publics

## Procédures appropriées (suite)

S'assurer de l'indépendance des membre du conseil  
*[même disposition...]*

- Les membres du conseil doivent se sentir à l'aise d'étudier la question soumise en fonction de ses mérites. Le conseil d'administration doit prendre en compte les diverses relations de ses membres et déterminer si elles donnent lieu à des conflits, réels ou perçus. Aucun membre de la haute direction ne doit être nommé membre d'un comité spécial.
- La clé consiste à se demander si le jugement du membre du conseil pourrait être, ou pourrait être perçu comme étant, compromis.

## Procédures appropriées (suite)

*S'assurer de l'indépendance des membres du comité*

- *« À notre avis, dans le cas d'une offre publique d'achat, un comité qui compte parmi ses membres actifs le président et chef de la direction de la société et, à titre d'observateur et de personne-ressource, un représentant d'un actionnaire détenant 50 % des droits de vote n'est pas un comité indépendant. »  
[Traduction] WIC (citant, en l'approuvant, la décision rendue par la CVMQ)*

## Procédures appropriées (suite)

### Analyser suffisamment d'informations

- Le conseil doit s'assurer de bien comprendre les conséquences juridiques, commerciales et financières de toute question à l'étude. À cette fin, les membres du conseil ne doivent pas accepter de conseils ou d'informations sans les mettre en question, et ils doivent demander tous les renseignements qui leur permettront de bien comprendre la question qui leur est soumise.

## Procédures appropriées (suite)

Solliciter l'opinion de conseillers juridiques et financiers indépendants et toute autre expertise requise

Faire participer les conseillers à toutes les parties des réunions où leurs conseils pourraient être requis, y compris les discussions portant sur les recommandations d'un comité spécial. Ces conseillers aideront aussi le conseil, entre autres choses, à comprendre les conséquences juridiques, commerciales et financières des questions à l'étude.

## Procédures appropriées (suite)

### Prendre le temps d'analyse nécessaire

Le conseil ne doit pas prendre de décisions prématurées. Il peut être plus approprié qu'il retarde un processus afin d'avoir le temps de demander les renseignements nécessaires pour s'assurer de bien comprendre les questions à l'étude. Ainsi, dans le cas d'un mandat portant sur un regroupement d'entreprises ou un examen stratégique, toutes les options sensées justifient des discussions et des enquêtes raisonnables.

## Procédures appropriées (suite)

### Documenter adéquatement les délibérations

Les procès-verbaux des réunions du conseil doivent rendre compte des questions discutées et des avis obtenus, de sorte qu'il soit bien clair que le conseil se concentre sur les questions importantes et agit de manière rigoureuse et éclairée.

Cependant, certains conseillers juridiques pourraient recommander, à raison de limiter les détails des discussions des membres du conseil. Selon nous, chaque cas doit être évalué à son mérite

## Procédures appropriées (suite)

Surveiller la réactions des actionnaires et des autres parties intéressées

Pour pouvoir apprécier le caractère juste et raisonnable de la question à l'étude, le conseil doit être informé de toute plainte formulée par des actionnaires à l'égard de l'opération proposée. Il peut aussi prendre en compte les conséquences pour les autres parties prenantes concernées.

# Procédures appropriées (suite)

## Faire preuve d'impartialité

Les actionnaires majoritaires, ou d'autres actionnaires importants, ne doivent pas être favorisés par rapport aux actionnaires minoritaires.

## Procédures appropriées (suite)

Considérer les exigences de divulgation continue

Le conseil peut devoir amener la société à publier des communiqués de presse afin de communiquer avec les actionnaires en ce qui a trait à des faits nouveaux importants ou, dans des circonstances exceptionnelles, devoir publier lui-même des communiqués de presse.

## Procédures appropriées (suite)

S'assurer de l'exactitude du contenu des documents publics

Cela exige l'examen attentif des versions préliminaires des documents d'information visés (notamment les communiqués de presse, les déclarations de changement important et les circulaires d'information) et peut nécessiter des discussions avec la direction, les conseillers et d'autres personnes afin de régler toute question ou incertitude.



*Merci.*