

lavery

DROIT ▶ AFFAIRES

Régie d'entreprise

LA GESTION DES RISQUES ET L'ADMINISTRATEUR

ANDRÉ LAURIN avec la collaboration d'ANDRÉ VAUTOUR

À RETENIR

- ▶ La **gestion des risques** constitue un **volet important** de la gestion d'une entreprise confiée à la **direction**.
- ▶ La gestion des risques doit faire **partie du mandat d'un conseil** selon les meilleures pratiques de gouvernance.
- ▶ Le respect du **devoir de diligence de l'administrateur** implique une certaine participation à la gestion des risques.
- ▶ L'**évaluation du respect** ou non du devoir de diligence de l'administrateur en cas de concrétisation d'un risque causant des dommages doit se faire en prenant en compte les **circonstances** et la **comparaison** avec les mesures prises par d'autres organisations comparables.
- ▶ Le non-respect du devoir de diligence de l'administrateur à l'égard de la gestion des risques peut entraîner la **responsabilité personnelle de l'administrateur**.
- ▶ Le processus de gestion des risques implique l'**appréciation** des risques (identification, analyse et évaluation) et le **traitement** des risques (sélection des options de traitement, élaboration et mise en œuvre des plans, surveillance et revue).
- ▶ La gestion des risques est **propre** à chaque entreprise et doit être arrimée avec les **orientations** et objectifs de l'entreprise et sa propension à la prise de risques.
- ▶ Un risque élevé de non-respect de la loi ou de causer des dommages matériels ou des dommages corporels à autrui n'est **pas un risque tolérable** et doit faire l'objet de mesures de traitement ou de prévention d'un tel risque.
- ▶ La **sélection**, l'**évaluation** et la **rémunération** des **dirigeants** jouent un **rôle crucial** dans le processus du conseil à l'égard de la gestion des risques.
- ▶ La planification et la **préparation de la relève** constituent un défi particulièrement important de la gestion des risques dans les PME et les entreprises familiales.
- ▶ « Qui ne risque rien, n'a rien ».

INTRODUCTION

La gestion des risques d'une entreprise a toujours fait partie du profil de sa gestion. Historiquement, les conseils d'administration s'en occupaient mais de façon moins systématique.

Ce **volet de la gestion** a été mis en lumière de manière beaucoup **plus intense** au cours des dernières années. Ainsi, les **pratiques recommandées** aux émetteurs assujettis canadiens en matière de gouvernance ont souligné la nécessité d'inclure ce sujet **dans le mandat** du **conseil d'administration**.¹ Aux États-Unis, la Securities and Exchange Commission (« SEC ») a imposé aux émetteurs assujettis une obligation de **divulgaration** des mesures de gestion des risques prises².

De plus, plusieurs situations ont fait l'objet d'une couverture médiatique importante. Mentionnons à ce dernier égard et seulement à titre d'exemples, les dossiers du papier commercial et de la plateforme de forage de BP dans le golfe du Mexique.

Enfin, ce sujet a fait l'objet de nombreux écrits et même d'une **norme ISO** récemment adoptée par l'**Association canadienne de normalisation**.³ Cette norme a retranscrit sans modification, la norme du même nom adoptée en 2009

¹ Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance (article 3.4 c).

² Rule 30-9089, U.S. Securities and Exchange Commission.

³ CAN/CSA-ISO-31000-10 : Management du risque - Principes et lignes directrices. Association canadienne de normalisation.

par l'Organisation internationale de normalisation.⁴ Nombre d'écrits reprennent dans une forme ou une autre la même approche que cette norme ISO-31000-10. Celle-ci offre une synthèse claire et détaillée du processus de gestion des risques.

Comme on peut le constater à la lecture de cette norme et d'autres écrits, c'est **une approche et une méthode d'analyse et d'implantation** qui sont proposées aux organisations et à leurs gestionnaires. Cette approche et cette méthode découlent d'un **raisonnement logique** et ne comportent aucun élément surprenant. Il ne s'agit pas d'une recette sophistiquée. Le succès du processus de gestion des risques d'une organisation dépend de la qualité de l'analyse, d'un jugement éclairé, de décisions efficaces, de la responsabilisation des diverses instances et d'un suivi constant. En d'autres termes, rien qui diffère significativement des autres volets de la gestion d'une organisation.

Ce **bulletin situera** tout d'abord la gestion des risques dans le cadre de la **bonne gouvernance** de même que dans celui des **devoirs** et de la **responsabilité potentielle des administrateurs** et **proposera** ensuite le **cheminement** que les administrateurs devraient suivre en appuyant le tout d'exemples. Notre **propos s'inspirera** non seulement des connaissances juridiques et des compétences en gouvernance des auteurs mais également de leur expérience de gestionnaires et d'administrateurs.

Nous utilisons indifféremment dans ce bulletin les mots « *entreprise* », « *société* » et « *organisation* » pour décrire tous les types d'organisations privées et publiques.

DÉFINITIONS ET NOTIONS DE BASE

La norme ISO 31000-10 définit le **risque** comme l'**effet de l'incertitude sur l'atteinte des objectifs** et complète cette définition par cinq notes qu'il est intéressant de citer :

« **Note 1** Un effet est un écart, positif et/ou négatif, par rapport à une attente.

Note 2 Les objectifs peuvent avoir différents aspects (par exemple buts financiers, de santé et de sécurité, ou environnementaux) et peuvent concerner différents niveaux (niveau stratégique, niveau d'un projet, d'un produit, d'un processus ou d'un organisme tout entier).

Note 3 Un risque est souvent caractérisé en référence à des événements (2.17) et des conséquences (2.18) potentiels ou à une combinaison des deux.

Note 4 Un risque est souvent exprimé en termes de combinaison des conséquences d'un événement (incluant des changements de circonstances) et de sa vraisemblance (2.19).

Note 5 L'incertitude est l'état, même partiel, de défaut d'information concernant la compréhension ou la connaissance d'un événement, de conséquences ou de sa vraisemblance. »⁵

Quant à lui, un comité formé de représentants d'associations de comptables dont l'American Institute of Certified Public Accountants définissait en 2004 la gestion des risques d'entreprise comme suit :

« La gestion des risques d'une entité est un processus effectué par le conseil d'administration, la direction et d'autres membres du personnel couvrant l'ensemble de l'entreprise dans le contexte de l'élaboration de sa stratégie, conçu pour identifier les événements pouvant potentiellement affecter l'entité et gérer les risques de manière à se situer à l'intérieur des limites de sa propension à la prise de risques afin de fournir des assurances raisonnables à l'égard de la réalisation des objectifs de l'entité. »⁶ (nos soulignements et notre traduction)

De son côté, l'Institut Canadien des Comptables Agréés (« ICCA ») a décrit les notions de base du processus de la gestion des risques comme suit :

« La gestion des risques peut constituer un processus complexe, mais les notions de base en sont très simples. En matière de stratégie de gestion des risques, il n'existe en fait que les quatre possibilités suivantes :

- éviter le risque en choisissant de ne pas entreprendre certains types d'activités;
- transférer le risque à des tiers au moyen d'assurances, d'opérations de couverture, de contrats d'impartition, etc.;
- atténuer le risque au moyen de mesures de contrôle préventif et de détection;
- accepter le risque, en reconnaissant que les avantages de le faire l'emportent sur les coûts de son transfert ou de son atténuation. »⁷ (nos soulignements)

NÉCESSITÉ DE LA PRISE DE RISQUES

Il est essentiel de souligner dès le départ que la **prise de risques** constitue le **moteur de toute entreprise**. Comme le dit le proverbe : « **Qui ne risque rien n'a rien** ». On ne gère donc pas les risques en refusant toutes les initiatives ou en étant systématiquement frileux. De même, on ne saurait espérer **créer de la valeur sans prendre des risques**. Le processus de gestion des risques repose plutôt sur la nécessité d'évaluer et de traiter raisonnablement les risques pouvant entraîner des effets négatifs importants s'ils devaient se concrétiser.

⁴ ISO-31000 : 2009 Management du risque - Principes et lignes directrices, Organisation internationale de normalisation mais aussi ISO-IEC 31010 : 2009 Gestion des risques - Techniques d'évaluation des risques.

⁵ Paragraphe 2.1 du document cité à la note 2.

⁶ Enterprise Risk Management - Integrated Framework Executive Summary, September 2004, Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, page 2.

⁷ Hugh Lindsay, 20 questions que les administrateurs devraient poser sur les risques, 2^e édition, L'Institut Canadien des Comptables Agréés, 2006, page 2.

LA GESTION DES RISQUES ET LA BONNE GOUVERNANCE

Différentes **définitions** ont été données aux expressions « **gouvernance** » et « **régie d'entreprise** ». En pratique, la gouvernance est l'ensemble des processus et systèmes conçus et implantés par une entité donnée pour favoriser l'atteinte de ses objectifs. Elle implique, entre autres, la description des tâches et mandats des différentes instances et la mise en place de contrôles et de vérifications.

Dans l'affaire *Peoples*, la Cour suprême du Canada a établi un **lien entre la gouvernance** et la protection des administrateurs contre leur **responsabilité** potentielle :

[64] « L'établissement de règles de régie d'entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leurs obligations de diligence. »⁸

Or, il est presque universellement reconnu que l'établissement d'un processus de gestion des risques constitue un élément important de la gestion et de la gouvernance d'une entreprise de même que du mandat du conseil d'administration. En d'autres mots, la **gestion des risques** se retrouve donc au **centre des bonnes pratiques de gouvernance** d'une organisation.

D'ailleurs les **sondages récents** effectués par Marsh⁹ et Aon¹⁰ révèlent une **progression importante de l'importance accordée par les grands émetteurs assujettis à la gestion des risques**.

Quant à elles, les **petites et moyennes entreprises (PME)** et les **organismes sans but lucratif (OSBL)** n'ont pas habituellement les mêmes ressources que les grandes organisations. Toutefois, cette réalité n'élimine pas la nécessité, pour celles-ci de même que pour tous les types d'organisations publiques et privées comme les établissements d'enseignement, les établissements hospitaliers, les coopératives, de **gérer leurs risques selon leurs moyens**.

Quoique la responsabilité quotidienne de la gestion des risques repose évidemment sur les épaules de la direction, le conseil doit, de son côté, la provoquer, la comprendre, évaluer son efficacité, l'adopter, la surveiller, mais surtout l'appuyer au sein de l'entreprise.

LA GESTION DES RISQUES ET LE DEVOIR DE DILIGENCE DES ADMINISTRATEURS

Les **deux (2) devoirs principaux des administrateurs** sont le devoir de loyauté et le devoir de diligence qui se définissent comme suit :

- **devoir de loyauté** : agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de l'organisation;
- **devoir de diligence** : agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve en pareilles circonstances une personne prudente.¹¹

La **gestion des risques** s'insère au niveau du **devoir de diligence**. Or, ce devoir est analysé et interprété par les tribunaux comme une **obligation d'utiliser des moyens raisonnables** dans les circonstances et **non** comme une **obligation de résultat**. L'analyse de son respect se fait premièrement en cernant et en comprenant le **contexte** ou les circonstances dans lesquelles oeuvre l'entreprise, et deuxièmement en **comparant** les moyens pris par l'entreprise à ceux que devrait prendre une personne prudente dans les mêmes circonstances. La **Cour suprême du Canada** a résumé dans l'arrêt *Peoples'* et dans les mots suivants comment les tribunaux doivent **interpréter ce devoir de diligence** :

« [67] On ne considèrera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à l'obligation de diligence énoncée à l'article 122(1)(b) de la LCSA s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les décisions prises devaient constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence,

il convient de repérer 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 organisations. 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. »¹² (nos soulèvements)

L'**intensité du devoir de prudence** et de diligence relatives à utiliser **s'accroît avec** l'importance ou la **gravité** des effets négatifs potentiels de la **réalisation du risque** et avec les **connaissances** de même qu'avec l'amélioration des **pratiques des pairs** en la matière. Ainsi, il est évident que les administrateurs de sociétés pétrolières qui s'apprentent à installer en 2010 ou ultérieurement des plateformes de forage en haute mer ne peuvent ignorer le risque qui s'est concrétisé dans le cas de la plateforme de BP dans le golfe du Mexique, ni de l'insuffisance des mécanismes de protection et de correction que BP avait mis en place dans ce cas. De même, les administrateurs de sociétés qui investissent ou qui gèrent des investissements vont devoir porter un soin plus grand à l'utilisation de produits ou de montages financiers qu'ils ne comprennent pas suffisamment.

⁸ *Magasin à rayons Peoples' c. Wise* [2004] R.C.S. 461.

⁹ Excellence in Risk Management VII, « Elevating the Practice of Strategic Risk Management », April 2010, Marsh.

¹⁰ « Global Enterprise Risk Management Survey 2010 », AON Corporation.

¹¹ Articles 321 et ss. du *Code civil du Québec* dont principalement 322 et article 122 de la *Loi sur les sociétés par actions* (Canada).

¹² *Magasin à rayons Peoples inc. c. Wise* [2004] R.C.S. 461.

Soulignons qu'en pratique les moyens que les administrateurs doivent prendre évoluent dans le temps. Il en est de même des moyens que doivent prendre tous ceux qui fournissent des services ou des biens, qui exécutent un mandat ou, de manière générale, font un travail au bénéfice d'une autre personne. Toutes ces personnes sont aussi soumises à un devoir de diligence implicite ou explicite. Le chirurgien ne peut procéder en 2011 à une intervention chirurgicale de la même façon que le faisait un chirurgien au début du siècle dernier. L'entrepreneur en construction qui doit effectuer le remplissage d'un terrain sur lequel sera érigé un bâtiment et l'ingénieur qui choisit ou approuve les matériaux de remplissage du terrain en question ne sauraient aujourd'hui se servir de pyrite ou en ignorer la présence sans manquer à leur devoir de diligence.

LA RESPONSABILITÉ POTENTIELLE DE L'ADMINISTRATEUR À L'ÉGARD DES RISQUES

Le devoir de diligence ou plus précisément le défaut de le respecter peut ouvrir la porte, entre autres, à un **recours en responsabilité et en recouvrement de dommages** contre l'administrateur par l'organisation (ou par le biais de l'action oblique, possiblement d'actionnaires ou membres, par exemple) dont il est administrateur ou par des tiers.

La **responsabilité** de l'administrateur **pourra donc être engagée** dans le cas de la réalisation d'un risque dont les effets sont négatifs si des actions préventives auraient pu raisonnablement être prises, l'étaient par d'autres organisations de même type, dans des circonstances similaires et à l'époque de la décision de prendre le risque, et ne l'ont pas été par l'organisation dont il est l'administrateur.

LES ÉLÉMENTS PRINCIPAUX DU PROCESSUS DE GESTION DES RISQUES

La norme ISO 31000-10 précédemment citée décrit les **deux volets principaux d'une bonne gestion des risques** avec leurs composantes respectives :

- 1° **l'appréciation du risque** (identification, analyse et évaluation du risque); et
- 2° **le traitement du risque** (sélection des options de traitement du risque, élaboration et mise en œuvre des plans de traitement du risque, surveillance et revue).¹³

L'appréciation du risque

La nature des activités de l'entreprise, sa mission et ses objectifs, l'environnement ou le contexte interne et externe de ses activités, les conséquences ou effets de la concrétisation ou de la réalisation du risque tant pour l'organisation que pour les tiers et le degré de probabilité qu'il se réalise de même que la gravité de ces effets et conséquences et l'importance relative de ce risque constituent certains des **facteurs qui doivent guider le processus d'appréciation** d'un risque.

Les mesures de traitement du risque

La sélection des mesures de traitement du risque **doit tenir compte** quant à elle, entre autres,

- ▶ de l'analyse des **meilleures pratiques** des organisations comparables œuvrant dans le même secteur d'activités
- ▶ de la **disponibilité réelle** de mesures de traitement
- ▶ des **ressources financières et humaines** dont dispose l'organisation
- ▶ de l'**efficacité relative envisagée** de chaque mesure disponible
- ▶ des **coûts relatifs** de la mise en place des mesures disponibles
- ▶ du **degré de tolérance au risque** ou de la propension à la prise de risques de l'entreprise **si un tel risque est en soi tolérable**

Rappelons le commentaire de Hugh Lindsay de l'ICCA, cité précédemment dans ce bulletin, selon lequel l'entreprise n'a véritablement que **quatre options** face à un risque donné soit : **éviter, transférer, atténuer ou accepter le risque**.⁷ Ces options peuvent par ailleurs être combinées.

Une fois les mesures élaborées et choisies, elles doivent être mises en place, surveillées et suivies. Ceci implique le choix des **responsables** au sein de l'entreprise pour les mettre en place, un **suivi** et un **contrôle** de cette implantation et une **évaluation régulière de la qualité de l'implantation et de l'efficacité** des mesures prises.

Soulignons aussi **la nécessité d'adapter le processus de gestion des risques à la réalité de chaque organisation** ainsi que l'indiquent plusieurs des documents cités précédemment. Le sommaire du rapport d'AON sur le sondage qu'elle a effectué au cours du troisième trimestre de 2009 et qui a été publié sous le titre « Global Enterprise Management Survey 2010 » résumait d'ailleurs cette nécessité :

« Le sondage démontre clairement que le processus de gestion des risques est organique par nature et propre à chaque entreprise; il ne peut être effectué à l'aide d'un modèle uniforme. L'objectif est d'enraciner le processus dans la culture organisationnelle et dans les processus de gestion de même que dans la vision stratégique propres à l'entreprise afin d'améliorer la prise de décisions impliquant des risques. Les entreprises les plus avancées dans ce domaine ont raffiné leur capacité à cet égard et sont mieux placées pour profiter des occasions qui se présentent. (nos soulignements et notre traduction). »¹⁴

Les **orientations** stratégiques d'une entreprise et sa **culture organisationnelle** influencent donc sa **propension à la prise de risques**.

¹³ Article 5, principalement les paragraphes 5,4 et 5,5 du document cité à la note 3.

¹⁴ Global Enterprise Risk Management Survey 2010, AON Corporation, page 4.

DISTINCTIONS ENTRE LES TYPES DE RISQUES

On peut faire les distinctions suivantes entre les divers types de risques :

(a) premièrement entre les **risques d'un investissement** ou d'une dépense en immobilisation importante et les **risques d'exploitation** qu'on peut aussi identifier comme risques reliés à des opérations hors du cours ordinaire des affaires et risques des opérations dans le cours ordinaire des affaires (facteur de **catégorie**) (b) deuxièmement entre les **risques tolérables** et les risques qui ne peuvent être tolérés (facteur de **tolérance**), (c) troisièmement entre les risques aux conséquences **graves** et les risques aux conséquences **mineures** (facteur de **gravité**) et (d) quatrièmement entre le risque élevé et **prévisible** de concrétisation ou de réalisation et le risque faible (facteur de **prévisibilité** de survenance).

Ces distinctions ne sont pas toutes de même niveau : elles s'entrecoupent et peuvent être regroupées en tout ou en partie. Elles permettent néanmoins d'élaborer certains critères et paramètres.

Catégorie du risque

Un **investissement** de la nature d'un achat important d'éléments d'actif ou d'actions ou d'une dépense en immobilisation majeure fait habituellement l'objet d'une **analyse d'opportunités**, d'une analyse comparative des solutions disponibles et d'une étude de rendement projeté sur investissement. Quant aux **risques d'exploitation**, ils sont en constante évolution et sont tributaires tant du contexte interne (ex. : productivité, capacité, ...) que de facteurs externes (ex. : nouveaux concurrents, nouveaux produits ou services, coûts des matières premières, coût du crédit, taux de change...). **Ces derniers risques** doivent donc fait l'objet d'une réévaluation **à intervalles réguliers**.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, **l'organisation qui veut réussir doit prendre des initiatives** et donc assumer certains **risques** en fonction de ses objectifs. Si tous pouvaient prédire l'avenir et connaissaient l'effet positif de certaines initiatives, tous prendraient

vraisemblablement les mêmes mesures. Or, le résultat final de plusieurs décisions n'est pas toujours certain. Il y aura donc toujours des risques.

Tolérabilité du risque

Il faut aussi distinguer entre, d'une part, la tolérance au risque ou le degré de propension à la prise du risque et, d'autre part, la tolérabilité. Un **comportement négligent, illégal ou non conforme aux exigences réglementaires n'est pas un risque tolérable** en soi. Ainsi, la décision de mettre en danger la vie d'employés ou celle de polluer l'environnement ou encore celle de ne pas respecter la loi ne saurait faire l'objet de la même évaluation que celle d'acheter ou non une autre entreprise. Dans le premier cas, des mesures doivent être prises, alors que dans le second cas, l'administrateur se retrouve avec une certaine **discretion** quant à la décision à prendre. Dans ce **second cas**, c'est **l'appréciation des chances de succès et de l'expectative raisonnable de rendement** en tenant compte de la capacité financière et de la stratégie de l'entreprise qui guident l'administrateur. C'est **seulement dans ce second cas que la tolérance au risque peut valablement être évaluée**.

En 2008, IBM a procédé à une **analyse** du niveau de tolérance ou de **propension à la prise de risques** par les institutions financières. Les résultats de cette analyse révélaient, entre autres, que la propension à la prise de risques **doit refléter la stratégie d'affaires de l'entreprise** et que l'importance relative de cette propension variait selon le type de décisions ou de risques :

« Les participants au sondage sont unanimes avec cet énoncé. Une conséquence importante est la reconnaissance que toute mesure de risque n'est pas entièrement appropriée si dissociée de son contexte stratégique (tout comme une température de 16 degrés n'est ni 'chaude' ni 'froide' à moins que mise en contexte).

Plus spécifiquement, les participants croient que la propension à la prise de risques est un facteur critique de l'évaluation des décisions stratégiques, particulièrement celles relatives aux fusions et acquisitions, au portfolio de produits et à l'expansion géographique. Par ailleurs, l'utilisation de la propension à la prise de risques comme facteur moteur des projets transformationnels s'est vu octroyer un caractère prioritaire relativement plus bas. Selon les participants au sondage, alors que la toile organisationnelle et opérationnelle fait partie de la stratégie, ils indiquent que leur relation avec les profils de risque et de profitabilité est moins directe que leur relation avec les autres facteurs.»¹⁵ (nos soulignements et notre traduction)

Gravité du risque

Il est évident que la gravité potentielle des effets ou conséquences négatives qui découlent de la réalisation d'un risque influe sur l'appréciation du risque et la détermination de sa tolérabilité. En d'autres mots, **plus les conséquences négatives de la réalisation d'un risque donné sont susceptibles d'être graves, plus importante devrait être l'attention apportée par les administrateurs.**

Prévisibilité

Le **degré de prévisibilité** ou la **probabilité** que le risque se réalise **influence** également son appréciation et les mesures de traitement qui doivent être prises, le cas échéant. **Plus la réalisation du risque est probable, plus la décision doit être réfléchie et prudente** et plus importantes doivent être les mesures de prévention ou de réduction de ses conséquences négatives. Ainsi, le fait pour une organisation, et donc pour ses administrateurs, d'aller de l'avant avec un projet qui causera fort probablement des dommages à un tiers pourrait s'approcher dangereusement de la **faute** intentionnelle ou même de

¹⁵ IBM Financial Services, April 2008, *Risk appetite: A multifaceted approach to risk management*, page 6.

l'**aveuglement volontaire**. Tel pourrait être le cas par **exemple** d'une organisation qui décide de mettre sur le marché un produit qu'elle sait inadéquat ou dangereux ou d'une autre organisation qui décide de continuer l'utilisation d'un site, d'une usine ou d'un équipement non conforme à la réglementation ou aux règles de sécurité mettant de ce fait en danger ses travailleurs. Les accidents survenus dans certaines mines, les sagas des plateformes de forage en haute mer, des implants mammaires, du tabac, des défauts connus d'automobiles et d'effets secondaires de médicaments sont autant d'exemples des enjeux de certaines décisions quant à leur **probabilité de causer des dommages**.

ÉNUMÉRATION DE CERTAINS TYPES DE RISQUES

Nous n'avons pas l'intention ni l'ambition de dresser un tableau complet des différents risques possibles. Toutefois, on peut identifier les **types de risques communs** à un grand nombre d'entreprises. En voici certains :

- ▶ risques financiers, y compris risques de crédit, risques d'insuffisance de liquidités, taux de change, trésorerie, utilisation de produits dérivés...
- ▶ risques de dommages aux biens ou de sinistres
- ▶ risques de poursuites et risques de responsabilité civile (contractuelle ou extracontractuelle), y compris contre les dirigeants et les administrateurs
- ▶ risques d'interruption des affaires
- ▶ risques de perte ou de vols de données
- ▶ risques relatifs à l'atteinte à la réputation
- ▶ risques technologiques
- ▶ risques relatifs aux ressources humaines (insuffisance, incompétence, arrêts de travail, relèves, accidents de travail, pandémies...)
- ▶ risques de violation de la loi ou de non-conformité
- ▶ risques environnementaux
- ▶ risques d'approvisionnement (accessibilité, prix, niveau des stocks d'inventaire...)
- ▶ risques contractuels
- ▶ risques liés aux clients (défauts, inexécution ou exécution inadéquate, non-paiement, insolvabilité, ...)
- ▶ risques de produits (défectuosités, obsolescence...)
- ▶ risques de concurrence
- ▶ risques de titres de propriété et de droits de propriété intellectuelle
- ▶ risques politiques

JURISPRUDENCE ET TENDANCES

La jurisprudence ne **traite pas directement de la gestion des risques** par les administrateurs. Toutefois, les tribunaux ont eu souvent à déterminer si les administrateurs s'étaient acquittés de leur devoir de **diligence** dans les circonstances d'une poursuite intentée contre eux. Or, dans la plupart de ces cas, la conclusion du tribunal est fondée sur l'analyse du niveau de diligence et de prudence exercé par les administrateurs avant de prendre la décision sur laquelle se fonde la poursuite. Rappelons les propos de la Cour suprême cités précédemment dans ce bulletin :

« Ils [les tribunaux] 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. »¹⁶ (nos soulignements)

Pour mentionner quelques exemples,

- ▶ les administrateurs d'une filiale de Cogeco ont été trouvés responsables d'avoir accepté les risques de dommages à la réputation de tiers découlant de propos diffamatoires d'un animateur de radio (André Arthur)

ainsi que de pas avoir encadré ses activités et de ne pas être intervenus assez rapidement pour faire cesser ses propos diffamatoires;¹⁷

- ▶ les administrateurs de Caremark¹⁸ et de Stroh Brewery¹⁹ n'ont pas été tenus responsables de violations à la loi par des employés de la société parce qu'ils avaient adopté des politiques et mesures d'encadrement des activités des représentants de la compagnie.

Il est évident que

- ▶ la **tendance à poursuivre les administrateurs est plus forte** qu'auparavant;
- ▶ la **qualité de l'analyse** à laquelle un conseil a procédé avant de prendre une décision **et les mesures prises** pour éviter de causer des dommages constituent des facteurs importants d'**exonération** ou d'atténuation de responsabilité; et
- ▶ les **activités susceptibles de causer des dommages graves** à des tiers ou à des employés et plus précisément le processus de gestion des risques adopté par le conseil à l'égard de l'exploitation des activités de l'entreprise seront dorénavant **examinés à la loupe** tant par les intervenants du milieu avant toute concrétisation du risque que par les victimes et leurs proches en cas de réalisation du risque.

La crise financière récente et les nombreuses décisions ou situations qui l'ont provoquée et les incidents dans le golfe du Mexique ont réveillé ou dynamisé l'attention des victimes et intervenants. Qu'on pense aussi aux incidents aux États-Unis, principalement en Pennsylvanie, reliés à l'exploitation des gaz de schiste et au débat amorcé au Québec à cet égard.

¹⁶ Note 12.

¹⁷ Arthur c. Johnson, 2006 QCCA 138; instance précédente: juge Carole Julien, C.S. Montréal 500-05-042565-984, 2002-10-01 (non rapporté).

¹⁸ In re Caremark international inc. 698 A.2d 959; 1996 Del Ch. LEXIS 125.

¹⁹ R. v. The Stroh Brewery Company Ltd. (File No. T - 1504-02- Competition Bureau).

RÉFLEXIONS ADDITIONNELLES SUR L'IMPLICATION DU CONSEIL DANS LA GESTION DES RISQUES

Les **modalités d'implication** du conseil vont clairement **varier** selon le type d'organisation, la mission, la taille et les activités de l'organisation et sa capacité financière et humaine.

Le **forum** pour aborder le dossier de la gestion des risques au niveau du conseil peut être le conseil lui-même ou un comité du conseil dédié totalement ou partiellement à cette question.

Peu importe le forum et le type d'organisation, **certains outils essentiels** devraient faire partie du coffre d'outils du conseil d'administration de toute organisation :

- la **demande** à la direction de **soumettre un processus** systématique et organisé de gestion des risques et l'**approbation** d'un tel plan
- la **compréhension** par les administrateurs des risques de l'entreprise
- l'obtention de **confirmations** ou la **validation** des conclusions de la direction par des **experts externes** et la **comparaison avec les meilleures pratiques** d'autres organisations œuvrant dans le même secteur d'activités
- le **suivi** de la mise en place tant des projets que des mesures d'atténuation des risques, y compris la comparaison des résultats avec l'évaluation faite au départ de façon à mesurer la crédibilité des pronostics dans l'avenir, l'**évaluation** de l'efficacité des mesures prises et l'identification des mesures additionnelles qui devraient être prises
- l'**implication éclairée** dans le **choix** et l'**évaluation des dirigeants** de même que l'**alignement de la rémunération** des dirigeants sur le respect des mesures de gestion des risques et la propension à la prise de risques de l'organisation.

Comme nous l'avons vu dans plusieurs cas rapportés par les médias, la contribution à l'échec de certains investissements ou de projets découlait soit d'une **incapacité** des administrateurs à **comprendre** ce qui leur était présenté ou le marché (exemples : les produits financiers sophistiqués), soit d'un **optimisme exagéré** ou d'une grande témérité (exemples : le marché immobilier et l'équité ou la capitalisation insuffisante) soit encore d'une **rémunération mal ciblée** et encadrée **des dirigeants** incitant ces derniers à prendre des risques ou à mettre l'accent sur des projets ne concordant pas avec le meilleur intérêt de l'organisation et sa pérennité (exemples : Nortel, Enron...).

Le **choix des dirigeants** représente probablement l'**outil le plus important** que possède un conseil pour gérer les risques de l'entreprise. La qualité du processus de recrutement, de développement des carrières, d'évaluation et de rémunération des dirigeants constitue vraisemblablement la pierre angulaire de tout processus de gestion des risques.

Dans le cas de **plusieurs entreprises familiales et PME**, la relève ou plus précisément la planification et la **préparation** de cette **relève** représentent le **défi principal** du conseil d'administration.

Il faut réaliser qu'il y a des **limites à ce que peut contrôler et vérifier un conseil**. Par ailleurs, si les **dirigeants** en place sont **compétents**, fiables et intègres et si leur **rémunération** est bien **alignée sur les objectifs** de l'organisation, le conseil a sans doute mis en place la **meilleure protection** contre la réalisation de risques non souhaités et leurs effets négatifs.

PME, OSBL ET AUTRES TYPES D'ORGANISATIONS

Les **PME et leurs administrateurs** ne sont **pas à l'abri** des poursuites du même genre que celles auxquelles les plus grandes entreprises peuvent être appelées à faire face.

Dans le cas des **OSBL**, la nature de leurs activités ne place pas la plupart d'entre elles en situation de risques élevés de poursuites. Les risques financiers sont par ailleurs réels dans nombre d'entre elles compte tenu de leurs faibles revenus. Cependant, les OSBL qui organisent des événements culturels, sociaux, politiques ou artistiques attirant un nombre important de spectateurs ou de participants (incidents au cours de l'été 2010 en Allemagne), et qui prodiguent des soins aux personnes âgées ou handicapées (mauvais traitements causant des décès ou troubles importants), et qui s'occupent d'enfants dans le contexte d'activités sportives (abus sexuels, transport...) devraient également se soucier des risques que peuvent générer leurs activités.

En effet, au-delà des risques de poursuite, **la saine gouvernance de ces PME et de ces OSBL passe par l'adoption d'un processus de gestion des risques**. La précarité financière de plusieurs PME et OSBL devrait également les motiver à adopter une gestion prudente qui implique de toute évidence la gestion des risques adapté à leur réalité.

La plupart des commentaires et recommandations formulés dans ce bulletin sont tout aussi **pertinents et valables** pour **d'autres types d'organisations** comme les établissements d'enseignement, les établissements hospitaliers et les sociétés d'État. Il est manifeste que les risques financiers de ces organisations ne s'analysent pas de la même façon et que la mission, le cadre et le contrôle de plusieurs de ces organisations limitent l'inventaire des mesures disponibles. Ceci ne change toutefois pas la nécessité d'adopter un processus de gestion des risques adapté à leur réalité.

Comme il existe suffisamment d'**outils gratuits disponibles** permettant à ces PME, OSBL et autres organisations d'adopter un processus de gestion des risques à des coûts relativement minimes, les **coûts** ne devraient **pas être un obstacle** à l'adoption d'un tel processus.

CONCLUSION

Toutes les organisations devraient adopter un processus de gestion des risques. Non seulement un tel processus fait-il partie d'une saine gouvernance mais il peut permettre également aux administrateurs de respecter leur devoir de diligence.

Le premier tableau qui suit reformule les grandes lignes d'un processus de gestion des risques alors que le second reprend certains des outils du coffre à outils que devrait utiliser un conseil.

PROCESSUS DE GESTION DES RISQUES

- 1° Bien **cerner et comprendre les objectifs et orientations** de l'organisation, sa culture organisationnelle, le contexte externe dans lequel elle évolue et sa propension à la prise de risques.
- 2° **Identifier les risques** propres à l'organisation en utilisant la grille ou l'énumération des types de risques proposée dans ce bulletin.
- 3° **Analyser et évaluer ces risques** en fonction de leur tolérabilité, leur prévisibilité ou probabilité de survenance, de la gravité (faible, moyenne, élevée) de leurs effets et conséquences et de la propension de l'organisation à la prise de risques.
- 4° **Identifier les options de traitement** et évaluer la capacité de l'organisation de les utiliser et les coûts y relatifs.
- 5° **Choisir** entre éviter, transférer, atténuer ou accepter chaque risque important qui aura été identifié et, le cas échéant, les mesures de transfert ou d'atténuation.
- 6° **Désigner des responsables** de l'implantation du processus de gestion des risques au sein de l'entreprise, **communiquer et implanter**.
- 7° **Suivre et surveiller la mise en place** de mesures de traitement.
- 8° **Évaluer** régulièrement l'**efficacité** du processus de gestion des risques.
- 9° **Adapter et améliorer le processus** de gestion des risques sur une base régulière.

OUTILS DE TOUT CONSEIL

- La **demande** à la direction de **soumettre un processus** systématique et organisé de gestion des risques et l'**approbation** d'un tel plan.
- La **compréhension** par les administrateurs des risques de l'entreprise.
- L'obtention de **confirmations** ou la **validation** des conclusions de la direction par des **experts externes** et la **comparaison avec les meilleures pratiques** d'autres organisations oeuvrant dans le même secteur d'activités.
- Le **suivi** de l'implantation tant des projets que des mesures d'atténuation des risques, y compris la comparaison des résultats avec les évaluations faites au départ de façon à mesurer la crédibilité des pronostics dans l'avenir, l'**évaluation de l'efficacité** des mesures prises et l'identification des mesures additionnelles qui devraient être prises.
- L'**implication** éclairée dans le **choix** et l'**évaluation des dirigeants** de même que l'**alignement de la rémunération** des dirigeants sur le respect des mesures de gestion des risques et la propension à la prise de risques de l'organisation.

ANDRÉ LAURIN

514 877-2987 alaurin@lavery.ca

ANDRÉ VAUTOUR

514 878-5595 avautour@lavery.ca

ABONNEMENT VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSABONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET lavery.ca OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877-3071.

► lavery.ca

© Tous droits réservés 2011 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA