

Bulletin d'information juridique à l'intention
des entrepreneurs et des décideurs

lavery
DROIT ► AFFAIRES

LA PME, LA GOUVERNANCE ET L'ADMINISTRATEUR

Par ANDRÉ LAURIN et ANDRÉ VAUTOUR

À RETENIR

- L'**implantation** de bonnes pratiques de **gouvernance** est **utile** sinon essentielle pour les PME, leurs administrateurs, actionnaires et dirigeants.
- De bonnes pratiques de gouvernance peuvent constituer une **protection** pour les administrateurs contre leurs risques de **responsabilité**.
- La **gouvernance** doit être **adaptée** à la réalité des PME.
- Cette **adaptation** passe par une combinaison de **mesures informelles** et de quelques **mesures formelles**.

INTRODUCTION

Depuis le milieu des années 1990, la promotion de la gouvernance des sociétés a fait l'objet de différentes initiatives publiques et privées au Canada. Les premières d'entre elles ont visé les émetteurs assujettis. Les sociétés d'État et les autres organisations du secteur public ont été les cibles suivantes.

À la suite des exemples offerts par ces premières sociétés et des pressions provenant des organismes subventionnaires, des donateurs et des commanditaires, plusieurs OBNL ont emboité le pas. De même, dans le cas des PME non-cotées à une bourse, les investisseurs institutionnels et les administrateurs externes ont aussi exercé des pressions pour que ces sociétés se dotent de règles minimales de gouvernance.

La **gouvernance** est souvent **définie** comme l'ensemble des **processus et systèmes** mis en place pour favoriser un fonctionnement efficace de la société et la création de valeur. Cette gouvernance comprend une définition claire des **mandats** des différentes instances de la société et la formulation des **attentes** à l'égard de chacune d'elles.

Rappelons qu'en vertu des lois sur les sociétés c'est le **conseil** d'administration qui a la **responsabilité de gérer** les activités d'une société; la **direction** n'a qu'une **autorité déléguée**.

Au Québec les lois constitutives n'ont jusqu'à maintenant pas imposé de règles de gouvernance précises ni suggéré des lignes directrices ou des directives aux sociétés fermées ou non-inscrites à la cote d'une bourse. Néanmoins, l'absence de règles contraignantes ne rend pas moins pertinente la mise en place de bonnes pratiques de gouvernance dans les PME. Bien au contraire, elle peut être et devrait être créatrice de valeur si elle est bien **adaptée à la réalité de l'entreprise et de son actionnariat**.

Par ailleurs, la Cour Suprême du Canada a rappelé l'importance de la **gouvernance** pour les administrateurs à l'égard de 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. »¹ (nos soulignements)

Le présent bulletin vise principalement à **suggérer des outils de gouvernance et des précautions** susceptibles d'être utilisés dans le cadre particulier des PME sans en alourdir le fonctionnement, tout en protégeant l'administrateur.

RÉALITÉ DES PME

La réalité de la plupart des PME est bien **différente** de celle des émetteurs assujettis, des grandes sociétés privées, des organisations publiques et des OBNL.

La plupart des PME ont été créées par un ou plusieurs entrepreneurs qui dans plusieurs cas sont également les dirigeants de l'entreprise. Or, ces dirigeants recherchent principalement des conseils ou contacts plutôt que l'encadrement d'un conseil d'administration. C'est habituellement lorsqu'il y a plusieurs actionnaires ou lorsque la société a besoin d'apport en capital sous forme de souscription d'actions que les dirigeants se voient directement ou indirectement invités à former un conseil qui n'est pas composé uniquement de membres de la famille ou d'amis.

Il est bien évident que la plupart de ces mêmes dirigeants préfèrent consacrer leurs énergies à améliorer la productivité de l'entreprise et à générer des ventes et revenus qu'à passer du temps à préparer des documents pour le conseil et à participer à des réunions avec les administrateurs. De plus, la plupart des dirigeants doivent déjà respecter certaines contraintes qui leur sont imposées par les prêteurs ou les actionnaires-investisseurs institutionnels et ne sont pas particulièrement enclins à alourdir leur fardeau de travail.

Par ailleurs, dans les **cas où de véritables conseils** sont **en place** dans les PME, la taille de ces conseils, la proximité habituelle des administrateurs avec les actionnaires principaux, de même qu'avec ceux qui ont

¹ *Peoples inc. c. Wise* [2004] 3 R.C.S., 471.

proposé leur candidature et les moyens financiers de la PME, viennent établir un **contexte différent** de ceux des autres types de personnes morales en ce qui concerne les modalités et caractéristiques de la **gouvernance**. La gouvernance et la façon d'assumer les responsabilités d'administrateur doivent donc tenir compte de cette réalité.

SIMILITUDE DES DEVOIRS ET DE LA RESPONSABILITÉ POTENTIELLE DES ADMINISTRATEURS

Les **devoirs généraux** des administrateurs d'une PME et leurs **obligations statutaires et particulières** sont en tous points **identiques** à ceux des administrateurs des autres personnes morales sous réserve des obligations additionnelles auxquelles sont soumis, par exemple, les administrateurs d'émetteurs assujettis. Rappelons que ces devoirs et obligations **s'appliquent tout autant aux administrateurs externes qu'aux administrateurs qui sont également actionnaires ou dirigeants**. L'administrateur-dirigeant ou l'administrateur-actionnaire ne peut donc pas, en sa qualité d'administrateur, se limiter à protéger son propre intérêt.

Devoirs généraux

Ainsi, les administrateurs de PME doivent respecter les devoirs généraux suivants :

- ▶ agir de bonne foi et avec intégrité au mieux des intérêts de la PME (« **devoir de loyauté** »); et
- ▶ agir avec prudence et diligence (« **devoir de diligence** »).

Responsabilité

Les règles de responsabilité qui s'appliquent aux administrateurs de PME sont les mêmes que celles applicables aux administrateurs d'autres sociétés. Ils assument donc une **responsabilité contractuelle ou, selon le cas, quasi-délictuelle à l'égard de la société et une responsabilité quasi-délictuelle envers les tiers** si, en raison de leurs actes ou omissions, ils causent un dommage à la société ou à un tiers. Un manquement à leurs devoirs peut non seulement constituer une faute contractuelle, mais également, dans certaines circonstances, une faute quasi-délictuelle.

De plus, les lois et règlements imposent aux administrateurs certaines **obligations ou responsabilités statutaires et particulières**, notamment, les suivantes :

- ▶ envers les employés jusqu'à concurrence de six mois de salaires impayés;
- ▶ envers le fisc pour la TPS, la TVQ et les déductions à la source non-remises;
- ▶ envers un consommateur, au sens de la *Loi sur la protection du consommateur* (Québec), qui a payé d'avance pour un produit ou un service à être livré plus de deux mois après la conclusion du contrat et qui n'est pas livré si le montant des avances n'a pas été mis dans un compte en fidéicommis².

Impact de la convention unanime des actionnaires

Dans nombre de PME, une partie des pouvoirs des administrateurs reposent entre les mains des actionnaires en vertu d'une convention unanime d'actionnaires. Toutefois, si les administrateurs doivent voter, ou votent dans les faits, sur une question donnée, leur **responsabilité potentielle** demeure. Elle demeure également dans le cas des responsabilités statutaires et particulières imposées en vertu de la loi.

RISQUES DE RESPONSABILITÉ

La taille de l'entreprise, la nature de ses activités et sa solvabilité constituent autant de **facteurs qui influencent** les risques de responsabilité de cette société.

Les risques de responsabilité de la société ont un impact certain sur les risques de responsabilité des administrateurs ou tout au moins sur l'ampleur des conséquences financières d'une conclusion de responsabilité. Toutefois, **les ressources financières et humaines** consacrées par la grande entreprise à la gouvernance sont habituellement plus grandes que celles que peuvent y allouer la PME. L'administrateur externe d'une PME peut donc se retrouver dans une situation où la société ne lui **permet pas** d'être aussi **diligent** qu'il le souhaiterait ou d'obtenir les **outils** et renseignements qu'il devrait avoir en sa possession pour **s'acquitter de ses devoirs et responsabilités**. De plus, sa **rémunération** est habituellement modeste par rapport à celle de l'administrateur d'une grande société rendant son risque possiblement disproportionné par rapport à la rémunération reçue.

LES DEUX MESURES CRUCIALES

Soulignons, d'entrée de jeu, l'importance cruciale pour l'administrateur externe :

- ▶ de s'assurer de l'**intégrité des dirigeants**, et
- ▶ de **travailler de concert et étroitement avec** les autres administrateurs externes.

En effet, il y a des limites à ce qu'un administrateur externe peut vérifier. Il dépend donc, de façon significative, de la **divulgaration faite par les dirigeants** des faits importants qui peuvent influencer sur les décisions qu'il est appelé à prendre. De même, la collaboration entre les administrateurs externes permet à chacun d'entre eux d'avoir un portrait commun de la situation, des préoccupations et des mesures utiles à recommander à la direction et de fournir un apport plus dynamique.

LES CINQ PRINCIPAUX OBJECTIFS DE L'ADMINISTRATEUR

En vue de remplir adéquatement son devoir et, par le fait même, réduire ses risques, l'administrateur, et plus particulièrement l'administrateur externe, devrait poursuivre cinq objectifs principaux :

- 1° bien **comprendre la société**, ses activités et son environnement, **valider** son **plan stratégique** et **fournir un apport réel** qui crée de la valeur et qui contribue à la pérennité de l'entreprise;
- 2° s'assurer que la société **respecte la loi** et ses obligations contractuelles;
- 3° veiller à ce que la société **identifie et gère ses risques** et prépare la relève;
- 4° bien **comprendre les conflits d'intérêts** existants ou potentiels entre les différents actionnaires et les autres parties intéressées, et ce, plus particulièrement à l'occasion d'une opération ou d'une transaction et **veiller** à ce que l'intérêt de la société prévale dans le respect des lois et contrats tout en considérant également, dans la mesure du possible, les intérêts réconciliables des parties intéressées (actionnaires, employés, clients, fournisseurs, gouvernements, communautés ...) et en privilégiant un traitement équitable de ces parties intéressées;

² Des défenses peuvent toutefois être disponibles.

5° **se protéger contre les risques de responsabilité** personnelle, plus particulièrement en ce qui concerne les sources particulières de responsabilité en vertu de la loi (salaires impayés, non-remise des déductions à la source, de la TPS ou de la TVQ, etc.) en obtenant à ces fins, entre autres,

- ▶ des attestations de respect de la part de la direction;
- ▶ des garanties d'assurance-responsabilité;
- ▶ des engagements d'indemnisation tant de la société que d'un ou de plusieurs actionnaires;

et, en cas de **difficultés financières** ou d'insolvabilité, en **resserrant la surveillance de la gestion**, en augmentant la fréquence des attestations, en obtenant des **engagements d'indemnisation** d'un ou de plusieurs actionnaires et en requérant du syndic et, le cas échéant, du tribunal la **protection maximale disponible** en vertu des lois portant sur l'insolvabilité ou la faillite ou, en l'absence d'une protection adéquate, en démissionnant.

MESURES INFORMELLES

Dans le cas d'une PME, les **mesures informelles** revêtent une **importance plus considérable** que dans le cas des plus grandes sociétés et peuvent suppléer, au moins en partie, à l'insuffisance des moyens formels et ainsi atteindre un niveau de gouvernance adéquat.

Ainsi, l'administrateur externe a intérêt :

- (a) à **visiter** les installations de l'entreprise, et à **parler** à l'occasion aux **employés clés** et aux **clients** et **fournisseurs** principaux de la société;
- (b) à **rencontrer** individuellement et régulièrement le président et les autres **dirigeants** principaux et, à ces occasions par exemple :
 - (i) à s'informer de façon pro-active des **préoccupations et projets** des dirigeants;
 - (ii) dans le cas d'**opérations importantes projetées**, à poser des questions sur les raisons justifiant une telle opération proposée, sur les autres hypothèses qui ont été éliminées et sur le **rendement anticipé** de l'investissement;

- (c) à **transmettre des textes**, renseignements, références ou idées au président et les noms de personnes utiles qu'il peut lui présenter;
- (d) à **parler** régulièrement, entre les réunions, avec les **autres administrateurs** externes, à échanger avec eux l'information recueillie de part et d'autre auprès des dirigeants, clients, fournisseurs ou tiers et à discuter des préoccupations respectives;
- (e) à **s'informer** régulièrement sur le secteur d'activités de la société, y compris sur ses concurrents et sur les perspectives du marché;
- (f) à **préparer** avec les autres administrateurs externes une **liste de personnes qui pourraient prendre la relève des dirigeants**, le cas échéant, de même qu'une **liste d'acheteurs potentiels ou de partenaires** stratégiques et à garder ces listes à jour de façon à être prêt à proposer d'autres hypothèses de travail à étudier face aux recommandations éventuelles de la direction à ces égards; et
- (g) à **suggérer des candidats comme administrateurs** avec qui il pourrait travailler efficacement.

CERTAINS MOYENS FORMELS

Outre les **attestations** dont nous avons traité précédemment, certaines mesures simples peuvent établir un mode de fonctionnement qui favorise le travail de l'administrateur externe.

Mentionnons, entre autres :

- (a) l'utilisation d'un administrateur externe comme **président du conseil** ou, à tout le moins, comme **président d'assemblée**;
- (b) l'utilisation d'un **secrétaire de société (identifié souvent comme « secrétaire corporatif »)** ou secrétaire de réunion qui prend note des délibérations et prépare les procès-verbaux;
- (c) l'adoption d'un **modèle d'ordre du jour** (suivi des décisions antérieures ou affaires en découlant, certificats et déclarations de la direction, rapports sur certains domaines comme les accidents de travail, l'environnement...) qui permet une bonne surveillance de la gestion, mais surtout l'expression de questions et de commentaires par les administrateurs et une véritable discussion des enjeux importants;
- (d) la transmission à la direction **préalablement** à chaque réunion de **sujets** que l'administrateur externe souhaite voir inscrits à **l'ordre du jour**;
- (e) la demande à la direction d'**inviter** certains **responsables de services** ou encore les **conseillers externes** (avocats, comptables et autres spécialistes) de la société et leur poser des questions appropriées lors des réunions pour obtenir les confirmations désirées;
- (f) lors de réunions, l'**énoncé de sa compréhension** des renseignements recueillis du président ou d'autres dirigeants lors des rencontres informelles préalables, suivie d'une demande de confirmation auprès du président et des autres dirigeants quant à la justesse de cette compréhension;
- (g) la demande de faire **noter au procès-verbal** le contenu de cette compréhension telle que validée par le président et les réponses tant des dirigeants que des conseillers externes de la société obtenues lors des réunions ou de manière informelle;
- (h) l'obtention et l'étude des **contrats importants** avant de les approuver;
- (i) la demande et l'obtention, tant régulièrement que de façon plus particulière et ciblée à l'occasion d'opérations ou de contrats d'importance, de **confirmations de la direction** quant au respect des lois et quant à l'absence de conflits d'intérêts et de fausses déclarations et de recommandations et l'avis d'experts externes à ces égards;
- (j) l'adoption et le suivi de **politiques d'encadrement** (exemples : politique à l'égard du harcèlement psychologique, code d'éthique, etc.) et de **systèmes de contrôle**;
- (k) la tenue de **rencontres hors la présence de la direction**; et
- (l) l'obtention des **attestations, garanties et engagements d'indemnisation** décrits précédemment dans le cadre du cinquième objectif de la rubrique « Les cinq principaux objectifs de l'administrateur » de ce bulletin.

Plusieurs de ces suggestions visent plus particulièrement à remplacer les études et rapports que les dirigeants de grandes sociétés préparent et remettent à leurs conseils d'administration et à permettre aux administrateurs de **démontrer qu'ils font preuve d'une diligence** raisonnable dans l'exercice de leurs fonctions.

INTÉRÊT DE L'ACTIONNAIRE-DIRIGEANT À FAVORISER LA BONNE GOUVERNANCE

L'actionnaire-dirigeant peut retirer de grands bénéfices de l'établissement de bonnes pratiques de gouvernance.

Ainsi, à titre d'exemples non-exhaustifs,

- ▶ la société qu'il dirige pourra vraisemblablement accroître sa **crédibilité** auprès des prêteurs et investisseurs;
- ▶ il pourra **recruter** de meilleures personnes comme administrateurs;
- ▶ en cas de vente de l'entreprise, l'**acheteur** sera **moins craintif**;
- ▶ à titre d'administrateur, il **accroîtra sa propre protection** à l'égard de sa responsabilité potentielle;
- ▶ la société **réduira les risques de poursuite**;
- ▶ ces pratiques de gouvernance le forceront à être **plus systématique** et à développer des outils et **systèmes de contrôle plus efficaces**;
- ▶ mais surtout, il bénéficiera d'une **aide et de conseils précieux** de la part de ses co-administrateurs.

Ces avantages, entre autres, devraient faire pencher la balance en faveur de l'implantation de bonnes pratiques de gouvernance.

Rappelons que la **capacité d'un dirigeant d'écouter et d'accepter les critiques** est reconnue comme étant l'une des principales qualités d'un **véritable leader**.

De plus, les craintes que le dirigeant pourrait avoir devraient pouvoir être rapidement écartées par les pouvoirs qu'il est susceptible de détenir, dans plusieurs cas, à titre d'actionnaire (très souvent majoritaire), dont celui de modifier la composition du conseil d'administration (non réélection ou même destitution lors d'une assemblée spéciale des actionnaires convoquée à ces fins).

CONCLUSION

Il ne faut jamais oublier qu'en vertu des lois sur les sociétés, c'est le conseil d'administration qui assume la gestion de la société et que la délégation aux dirigeants ne relève pas pour autant le conseil d'administration de sa responsabilité en dernier ressort.

Il est donc important que l'administrateur d'une PME se donne les moyens de respecter ses devoirs et de jouer pleinement son rôle, mais surtout qu'il s'acquitte en pratique adéquatement de ses responsabilités avec comme objectif prioritaire la création de valeur.

Tant les actionnaires que les dirigeants et administrateurs ont intérêt à mettre en œuvre de bonnes pratiques de gouvernance adaptées à la réalité de leur PME.

ANDRÉ LAURIN

alaurin@lavery.ca

ANDRÉ VAUTOUR

avautour@lavery.ca

P.S. Les auteurs de ce texte ont publié plusieurs bulletins sur divers aspects de la gouvernance et des devoirs des administrateurs. Le lecteur pourra en prendre connaissance en se rendant à lavery.ca/publications et sélectionner « André Laurin ».

Ces bulletins complètent ce texte.

LAVERY, UN APERÇU

- ▶ En affaires depuis 1913
- ▶ 175 avocats
- ▶ Plus important cabinet indépendant du Québec
- ▶ Réseau national et international World Services Group (WSG)

CONTACTS

MONTRÉAL

1, Place Ville Marie 514 871-1522

QUÉBEC

925, Grande Allée Ouest 418 688-5000

OTTAWA

360, rue Albert 613 594-4936

To receive our newsletter in English, please email us at info@lavery.ca.

Droit de reproduction réservé. 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.

▶ lavery.ca