

**PROGRAMME D'ORIENTATION DES MEMBRES
DE CONSEIL D'ADMINISTRATION – FÉVRIER
2010**

Steven Iczkovitz

Borden Ladner Gervais, LLP

416 367-6214

siczkovitz@blgcanada.com

PROGRAMME D'ORIENTATION DES MEMBRES DE CONSEIL D'ADMINISTRATION FÉVRIER 2010

Dans le contexte des enjeux économiques et sociaux dont sont actuellement confrontés le Canada et les collèges canadiens, la gouvernance d'entreprise n'arrive pas forcément en tête des préoccupations. Et pourtant, la mauvaise gestion, au cours des dernières années, de certaines sociétés par leurs cadres supérieurs, ainsi que les méfaits présumés et hautement publicisés de certains politiciens, continuent de mettre en évidence la nécessité de responsabilité et de transparence. De tels cas de mauvaise gestion et de présumée conduite répréhensible mènent à un examen de plus en plus approfondi des protocoles de gouvernance, donnent lieu à des appels en faveur d'une responsabilité d'entreprise accrue, et conduisent à examiner « ce que les membres des divers conseils d'administration pouvaient bien penser » lorsqu'ils ont autorisé que certaines actions ou transactions aient lieu sous leur surveillance. Il arrive même à l'occasion – l'on n'a qu'à penser au désormais célèbre fiasco MFP, à Toronto, ou aux récents déboires de la mairesse McCallion, à Mississauga –, que de tels cas mènent à une enquête publique dont les effets risquent de se faire ressentir pendant très longtemps et de jeter dans l'embarras celles et ceux qui sont pris dans le filet.

Un membre de conseil d'administration de collège, à l'instar de tout administrateur d'une société à but lucratif ou non lucratif, doit avoir à l'esprit qu'il ou elle entretient un rapport fiduciaire avec le collège. Comme il sera discuté ci-après, ce rapport fiduciaire signifie que le membre de conseil d'administration doit agir avec honnêteté, en toute bonne foi et dans le meilleur intérêt du collège. Cette obligation s'étend à garantir que le membre de conseil d'administration agit avec loyauté envers le collège et évite toute situation où son devoir envers le collège pourrait entrer en conflit avec son intérêt propre.

Ces concepts de responsabilité ne sont pas nouveaux. En effet, dans son rapport de février 2005 sur les stratégies visant à améliorer l'éducation supérieure en Ontario, Bob Rae, alors conseiller auprès du premier ministre et du ministre de la Formation et des Collèges et Universités, a tenu les propos suivants concernant la gouvernance d'entreprise des collèges d'arts appliqués et de technologie (« Collèges ») :

La sensibilisation en hausse au rôle fondamental que jouent les établissements postsecondaires dans le développement économique, social et culturel de l'Ontario, associée à l'augmentation des coûts de l'éducation, a eu pour conséquence un **profil accru de responsabilité et de gouvernance dans le secteur postsecondaire**. ... lorsque des gouvernements, des collèges et des universités prennent des décisions ou définissent des politiques, le reste du monde devrait être à même de comprendre le raisonnement sous-tendant les décisions et d'être satisfait de voir qu'elles reposent sur des preuves et un bon jugement. ... l'extension des pouvoirs du vérificateur général au « suivi de l'argent » mènera à une plus grande responsabilité concernant le bien-fondé des pratiques financières dans le secteur parapublic. (C'est nous qui soulignons)

Les commentaires de M. Rae identifient un intérêt accordé à la gouvernance d'entreprise qui a émergé tant dans le secteur privé que public. L'érosion de la bonne gouvernance d'entreprise était le sujet d'un certain nombre de rapports bien avant les échecs de la gouvernance d'entreprise aux États-Unis (Enron, ImClone, Tyco, Hollinger) et au Canada (cyberSanté Ontario, Toronto Humane Society, Bre-X, Livent, Nortel, Hydro One) qui ont été portés à la connaissance de tous. L'impact d'une gestion et d'une gouvernance laxistes ou irresponsables, en particulier dans les sociétés publiques, ainsi que l'attention portée par les médias à la poursuite judiciaire et à la condamnation d'un certain nombre de cadres supérieurs, ont eu pour conséquence des lois, des directives et des lignes directrices (Sarbanes-Oxley aux États-Unis est probablement la plus reconnue) qui exigent davantage de divulgation et de responsabilité de la part des directeurs et membres de conseil d'administration par le biais d'exigences en termes de vérification, de production de rapports et de compétence, entre autres mécanismes de contrôle internes. De nos jours, grâce à la haute technologie, des sites Web sont créés pour des événements tels que l'enquête publique de la ville de Mississauga, grâce auxquels il est possible de suivre les séances à l'aide d'un appareil iPad ou tout autre équipement informatique semblable.

La présente analyse des principes et des pratiques en matière de gouvernance d'entreprise vise à fournir aux membres de conseil d'administration des collèges de l'Ontario un aperçu de la loi applicable, de leurs responsabilités et des éventuelles obligations de réparer. Précisons toutefois qu'il ne s'agit nullement d'une analyse exhaustive, et qu'elle ne saurait tenir lieu de conseil juridique.

Il y a environ huit ans, la loi régissant les collèges a considérablement évolué avec l'entrée en vigueur de la *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*¹ (la « *Loi* »). Un bref résumé de la loi applicable et de la structure du mandat des collèges est fourni afin de remettre dans son contexte la discussion ayant trait à la gouvernance d'entreprise.

Constitution en personne morale et objets d'un collège

Les collèges figurent parmi un certain nombre de personnes morales qui sont créées par règlement plutôt que par le biais d'une demande de constitution en personne morale. Le règlement créant les collèges est pris en vertu de la Loi (le « Règlement »)². Les collèges sont des personnes morales sans capital-actions et des agents de la Couronne. Des modifications récentes³ au règlement, lesquelles sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2010, exigent maintenant qu'environ le tiers des membres des conseils d'administration des collèges soit nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil. Les autres membres de conseil sont nommés, quant à eux, par les membres de conseil siégeant au conseil au moment des mises en nomination.⁴ Bien qu'ils soient indépendants du gouvernement, les collèges font partie du secteur public et, pour de nombreuses raisons – notamment le fait que les collèges bénéficient de subventions publiques –, ils sont tenus de rendre des comptes au gouvernement et aux contribuables de l'Ontario.

En vertu de la *Loi*, les collèges sont tenus :

« ... d'offrir un programme complet d'enseignement et de formation postsecondaires axé sur la carrière afin d'aider les particuliers à trouver et à conserver un emploi, de répondre aux besoins des employeurs et d'un milieu de travail en évolution et de soutenir le développement économique et social de leurs collectivités locales variées. »

Les collèges ont le droit de mener des activités en lien avec l'éducation et la formation en prolongement de leurs objets, à savoir établir des partenariats avec des organismes professionnels et industriels, et d'autres établissements scolaires.

¹ *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*, L.O. 2002, c. 8, ann. F.

² Règlement de l'Ontario 34/03, pris en application de la *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*.

³ Règl. de l'Ont. 169/10.

⁴ Règl. de l'Ont. 34/03, a. 4(2)(1)(a)(2).

Il existe actuellement 24 collèges créés en vertu du Règlement⁵. Le Règlement et le Protocole relatif au recrutement et à la nomination des membres du conseil d'administration, élaboré par le ministère⁶, fixent les conditions relatives à diverses questions, telles que la composition du conseil d'administration, le processus de nomination des membres de conseil, les qualifications nécessaires pour faire office de membre de conseil, la durée des mandats, le quorum et la procédure de réunion des conseils, ainsi que le processus de révocation d'un membre de conseil. Le Règlement permet à un conseil d'administration d'approuver les frais de déplacement et de subsistance engagés par les membres du conseil d'administration dans le cadre des activités du conseil⁷, mais interdit toute autre rémunération des membres du conseil.

Transfert de supervision

Avec l'entrée en vigueur de la *Loi* en 2003, la surveillance des collèges a été transférée du Conseil de gestion du gouvernement au ministre de la Formation et des Collèges et Universités (le « Ministre »). En vertu de la *Loi*, le Ministre a le pouvoir de « donner des directives de politique concernant la manière dont les collèges doivent atteindre leurs objets ou diriger leurs affaires » et d'intervenir dans les affaires d'un collège. En vertu du Règlement, le Ministre a le pouvoir de demander à un collège de conclure une « entente de responsabilité » à l'égard d'un aspect en particulier ou de plusieurs aspects des opérations d'un collège.⁸

Les directives de politique du Ministère lient les collèges et ont force exécutoire. Un certain nombre de directives ont été émises, notamment la « Gouvernance et le cadre de responsabilisation », où il est écrit :

⁵ La liquidation du collège appelé Collège d'arts appliqués et de technologie des Grands Lacs a été adoptée par le Règlement de l'Ontario 117/03 pris en application de la *Loi*.

La *Loi de 2009 sur l'Ordre des métiers de l'Ontario et l'apprentissage* a créé l'Ordre des métiers de l'Ontario, lequel sera parfaitement opérationnel en 2012.

⁶ **[NOTA : Nous ne disposons pas de ce document, mais il y est toutefois fait référence dans la directive sur la gouvernance et le cadre de responsabilisation.]**

⁷ En vertu des récentes modifications des directives de politique du ministère ayant trait à la gouvernance et au cadre de responsabilisation (révisées en septembre 2010), lesquelles exigent désormais que les conseils d'administration des collèges adoptent des politiques et procédures adhérant aux politiques et procédures, ou y excédant, stipulées dans les directives du conseil de gestion du gouvernement en matière d'approvisionnement et de frais de déplacement et d'hébergement.

⁸ Règl. de l'Ont. 34/03, a. 8(4).

« ... le conseil d'administration d'un collège doit assurer une gouvernance efficace et être redevable auprès des citoyens de l'Ontario pour la réalisation du mandat de l'établissement, compte tenu du soutien financier fourni par la province. Une bonne gouvernance exige la mise en œuvre de politiques, de procédés et de structures visant à promouvoir l'exploitation efficace de l'organisation et à permettre à la société de remplir son mandat et d'atteindre ses objectifs. Cette directive établit le rôle du conseil d'administration qui est censé inclure, à tout le moins, des obligations telles que celle d'établir des structures de gouvernance, d'approuver le budget et le plan commercial annuel et de prendre des mesures correctives le cas échéant. »

Cette directive établit le rôle du conseil d'administration, lequel doit comprendre, à tout le moins, des exigences telles que la création de structures de gouvernance, l'approbation des plan d'activités, plan stratégique et budget annuels, et la mise en place de mesures correctives, au besoin.

Cette directive met l'accent sur la responsabilité spéciale des membres de conseil d'administration de collèges (comme fonction de financement public) et établit, comme principes de bonne gouvernance, la création de politiques, de procédures et de structures conçues pour faciliter le fonctionnement efficace d'un collège. La responsabilité de créer des structures de gouvernance comprendrait l'établissement de comités de vérification (ou de finances), de comité de gestion du risque, de comité de gouvernance, de comité de planification stratégique ou de comité de programme et de qualité.

La directive relative aux conflits d'intérêt exige des membres de conseil d'administration :

- d'agir avec honnêteté et de faire respecter les normes éthiques les plus hautes;
- d'accomplir leurs obligations officielles et de se conduire d'une manière qui tolérera l'examen public le plus minutieux, les collèges faisant partie du secteur parapublic et étant assujettis à un examen public plus poussé que les organismes privés;
- de ne pas avoir d'intérêts privés, autres que ceux autorisés en vertu de cette directive exécutoire, de ces lois ou de ces statuts exécutoires, qui seraient particulièrement ou considérablement influencés par les décisions du collège ou des mesures auxquelles ils participent;
- d'organiser leurs intérêts privés afin d'empêcher tout conflit d'intérêt et en cas de conflit d'intérêt entre les intérêts privés d'un membre de conseil d'administration et les obligations officielles de cette personne, de faire en sorte que le conflit soit résolu en faveur de l'intérêt public; et

- de reconnaître qu'il ou elle a une responsabilité avant tout à l'égard du bien-être de l'institution et doit fonctionner principalement à titre de membre du conseil, et non en tant que membre d'un groupe en particulier.

Parmi les autres directives émises par le ministre, mentionnons celles ayant trait à la planification et aux rapports, aux activités de comptabilité et de vérification, aux investissements, aux activités d'entreprise et aux transactions relatives aux propriétés du collège. Le ministre assure la disponibilité des directives par l'entremise d'un site Web sécurisé; les membres de conseil d'administration doivent s'assurer qu'ils ont accès à ce dernier.

Autre cadre législatif applicable et obligations contractuelles

Outre la *Loi*, il existe un certain nombre de lois ayant une incidence sur la gouvernance des collèges, dont certaines sont décrites brièvement ci-après.

Certaines sections de la *Loi sur les personnes morales* (Ontario) s'appliquent aux collèges afin de leur accorder le droit d'intenter des poursuites (et d'être poursuivis en justice), d'être tenus par un contrat à des responsabilités et de les assumer. La *Loi sur les corporations canadiennes* peut de manière indirecte être applicable à certains collèges (par exemple, si une filiale d'un collège est constituée en société en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes*). La *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif*, laquelle a reçu la sanction royale le 23 juin 2009, remplacera la *Loi sur les corporations canadiennes* lorsqu'elle entrera éventuellement en vigueur (à la mi-2010 ou au début de 2011). Cette nouvelle loi remplacera par des obligations juridiques les obligations de la common law en matière de diligence et de loyauté des administrateurs et des dirigeants. Elle codifiera, entre autres, (a) la responsabilité des administrateurs à l'égard, par exemple, des salaires non versés, (b) les défenses et les droits d'indemnité accessibles aux administrateurs et aux dirigeants et (c) la capacité des personnes morales d'obtenir l'assurance des administrateurs et des dirigeants et d'avancer les frais de défense aux administrateurs et aux dirigeants.

Le 12 mai 2010, le *Projet de loi 65 – Loi de 2010 sur les organisations sans but lucratif* – a été présenté devant l'Assemblée législative de l'Ontario; une fois entrée en vigueur, cette loi remplacera la *Loi sur les personnes morales* (Ontario). Le projet de la loi a passé la deuxième

lecture, fait l'objet d'un examen de la part du Comité permanent de la politique sociale et en est actuellement à sa troisième lecture. Le projet de loi propose de mettre à jour et de moderniser les mesures législatives ayant trait aux personnes morales (corporations), en ce qui a trait aux sociétés sans capital-actions de l'Ontario, histoire de les harmoniser à la nouvelle loi fédérale similiaire portant sur les organisations sans but lucratif.

La *Loi sur l'administration financière* (Ontario) (« LAF ») établit les règles concernant les sommes dues à l'Ontario et les paiements sur le Trésor de l'Ontario. En vertu de la LAF, personne ne peut souscrire d'arrangement financier qui augmenterait la dette ou le passif éventuel de la province de l'Ontario sans l'approbation du ministre des Finances. En effet, si en accordant une indemnisation, un collègue risque d'augmenter le passif éventuel de la province, le collègue n'est pas autorisé à consentir le remboursement sans permission. Les entreprises qui concluent des contrats avec un collègue peuvent demander une preuve de la conformité du collègue avec la LAF, ou fait plus probable, un collègue devra expliquer qu'il n'est pas en mesure de consentir de remboursement avant d'avoir reçu l'approbation du ministre des Finances.

La *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* (LAIPVP) (Ontario) est la législation sur la vie privée et l'accès au secteur public. Elle régit la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels (renseignements consignés ayant trait à une personne identifiable) par les collèges et autres « institutions » du secteur public. Plus particulièrement, en vertu de la LAIPVP, les collèges sont tenus de fournir certains renseignements à des particuliers dont ils collectent les données personnelles.

Lorsqu'un collègue est une organisation caritative enregistrée, la législation applicable à de tels organismes peut s'appliquer, créant ainsi un passif éventuel et un certain nombre d'obligations spécifiques dont doivent tenir compte les membres de conseil (p. ex., collecte de fonds, rapports et restrictions quant aux fins caritatives d'un collègue). Les membres de conseil d'administration d'un collègue inscrit à titre d'organisation caritative doivent ainsi s'assurer d'être au fait des exigences applicables en la matière.

Il existe également des lois spécifiques aux collèges qui régissent des aspects spécifiques des opérations d'un collège. Par exemple, la *Loi de 2008 sur la négociation collective des collèges* (Ontario) accorde aux employés exerçant à temps partiel ou à la vacation le droit de négocier de manière collective.

Outre la législation, les collèges sont assujettis aux obligations créées en vertu d'accords, tel celui signé entre les collèges et le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario qui établit et définit les conditions du Régime de retraite des collèges d'arts appliqués et de technologie.

Obligations générales des administrateurs

Il s'agit des obligations générales imposées, en vertu de la common law, aux membres de conseil et administrateurs, ainsi que des obligations spécifiques établies par la *Loi* et le Règlement et les autres mesures législatives.

Les conseils d'administration sont souvent appelés « intendants » d'une société car leur rôle consiste à gérer ou superviser la gestion des affaires de la société :

- en établissant et supervisant la mise en œuvre d'une orientation stratégique pour la société;
- en supervisant les résultats du PDG et d'autres cadres dirigeants et administrateurs de la société;
- en surveillant les résultats de la société (via des exigences en matière de vérification et de génération de rapports⁹), notamment en veillant à ce qu'elle satisfasse ses objectifs financiers, entre autres; et
- en évaluant les risques et en veillant à la mise en place de mécanismes de gestion du risque.

⁹ Par exemple, l'Institut Canadien des Comptables Agréés (ICCA) a indiqué récemment qu'il allait publier un certain nombre de nouvelles normes comptables que les sociétés à but non lucratif seront tenues de respecter. Au premier semestre 2010, des propositions d'options de génération de rapports seront présentées sous forme d'ébauche au secteur à but non lucratif, à des fins de commentaires.

De plus en plus, les conseils d'administration sont tenus responsables de la création de normes éthiques pour leur entreprise en établissant, par exemple, des mesures de rendement et des codes de conduite. En se conformant aux règles qu'ils approuvent, les administrateurs donnent le ton « au sommet de l'entreprise ».

Devoir fiduciaire et obligation de diligence

Tout membre de conseil d'administration a deux obligations élémentaires : un devoir fiduciaire et une obligation de diligence. L'annexe I comprend de plus amples renseignements concernant chacune des obligations, mais nous en résumerons tout de même la nature ci-dessous.

Devoir fiduciaire

Le devoir fiduciaire des administrateurs (et des membres de conseil d'administration) ne figure pas dans la *Loi sur les personnes morales*, mais a été établi et précisé dans la jurisprudence. Le devoir fiduciaire d'un administrateur revêt trois aspects :

1. un administrateur doit agir avec honnêteté,
2. en toute bonne foi, et
3. dans l'intérêt de la société.

Le devoir fiduciaire des administrateurs est considéré si fondamental pour la relation entre les administrateurs et les sociétés qu'ils servent que les sociétés ne sont en général pas autorisées à assurer ou indemniser les administrateurs pour la dette imputable à une violation de leur devoir fiduciaire. Le devoir fiduciaire d'un administrateur « appartient » à l'administrateur; autrement dit, il incombe à un administrateur de s'acquitter de son devoir, indépendamment des actions (ou de l'inaction) des autres membres du conseil.

Norme de diligence

Définir la norme de diligence qu'un administrateur est censé satisfaire est moins simple que de définir le devoir fiduciaire d'un administrateur. La plupart, voire la totalité, des définitions

statutaires du devoir de diligence impliquent une norme objective qui consiste en l'obligation qu'a un administrateur d'exercer **la prudence, la diligence et la compétence qu'une personne raisonnablement prudente exercerait dans des circonstances comparables**. Un administrateur s'acquitte du devoir de diligence en prenant une décision informée dans le cadre d'une procédure raisonnable et raisonnée

À la différence de la loi régissant les sociétés par actions¹⁰, la *Loi sur les personnes morales* ne précise pas la norme de diligence que sont tenus d'exercer les administrateurs. Par conséquent, la norme de common law s'applique à toutes les sociétés sans capital-actions, y compris les collèges établis en vertu de la *Loi sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*.

La norme de common law est une norme subjective qui a été exprimée comme l'obligation qu'a un administrateur d'exercer **la prudence, la diligence et la compétence qui peuvent être raisonnablement attendues chez une personne possédant les connaissances et l'expérience de cet administrateur**.¹¹ En vertu de la common law, la norme de diligence varie selon la formation et l'expérience de l'administrateur et, en conséquence, pourrait s'avérer plus stricte que la norme applicable aux administrateurs de sociétés par actions. L'incertitude est encore plus grande par rapport à la norme de diligence qu'un tribunal peut imposer aux administrateurs des sociétés qui sont des organisations caritatives enregistrées. À titre d'exemple, il existe une série de causes qui considèrent si l'administrateur d'un organisme de bienfaisance agit en qualité de fiduciaire ou exerce simplement son devoir fiduciaire envers la société lorsqu'il ou elle gère les actifs caritatifs. Étant donné le manque de clarté, il est vivement conseillé aux membres de conseil d'administration des collèges qui sont des organismes de bienfaisance enregistrés de s'informer avant de prendre toute décision concernant la répartition des actifs caritatifs.

Obligations du conseil d'administration

Le Règlement établit un certain nombre d'obligations spécifiques du conseil d'administration d'un collège. Parmi ces obligations, figure celle de soumettre un plan stratégique, un plan commercial ainsi qu'un rapport annuel (ou toute combinaison de ceux-ci imposée par le Ministre)

¹⁰ Voir la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, a. 134; et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, a. 122.

¹¹ Re City Equitable Fire Insurance Company Limited, [1925] 40 Ch. D. 41.

au Ministre et de les mettre à la disposition du public. Le conseil doit également : « ...compiler les indicateurs de rendement clés tels qu'ils sont identifiés par le Ministre », « de fournir ces indicateurs au Ministre » et de « publier ces indicateurs conformément à la demande du Ministre ». Il est demandé au conseil de veiller à ce que le collège équilibre son budget tous les ans et, lorsqu'il apparaît que le budget ne sera pas équilibré et que le collège aura un déficit accumulé, le conseil est tenu de demander l'aval du Ministre et de lui soumettre un plan de redressement.

Responsabilité personnelle des administrateurs

Les collèges, comme toute autre personne morale, ont une existence juridique distincte de leurs membres et administrateurs et, en général, (mais pas toujours) les administrateurs ne sont pas responsables personnellement des actes de négligence ou des obligations contractuelles de la personne morale.

En vertu de la loi, les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables des actes et omissions de la société, ou à la suite d'une violation du devoir fiduciaire de l'administrateur, d'un manquement dans l'observation de la norme de diligence applicable ou d'une déclaration inexacte faite par l'administrateur en sa qualité de représentant de la société. À titre d'exemple, les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables s'ils négligent de prendre une mesure face à des conditions de travail dangereuses ou un harcèlement sur le lieu de travail qui leur a été signalé, ou s'ils n'étudient pas avec soin une proposition impliquant un investissement important.

Gestion du risque

Certaines dispositions législatives imposant la responsabilité personnelle aux membres du conseil d'administration prévoient une « preuve de diligence raisonnable ». En bref, les administrateurs peuvent être libérés d'une responsabilité s'il peut être prouvé qu'ils ont pris des mesures raisonnables en vue de respecter la législation.

En vertu d'une doctrine appelée la « règle de l'appréciation commerciale », les administrateurs peuvent être excusés pour une erreur de jugement s'il s'agit d'une décision des administrateurs informée et prise dans le cadre d'une procédure saine.

Le test de la preuve de diligence raisonnable et de la règle de l'appréciation commerciale souligne l'importance pour les administrateurs de mettre en œuvre des pratiques de gouvernance d'entreprise saines. Le risque de responsabilité personnelle imposé aux administrateurs est également pris en charge par l'assurance de responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants et, dans certains cas, moyennant une indemnisation des administrateurs et des dirigeants par la société pour les dommages encourus en remplissant leurs obligations envers la société.

La *Loi sur les personnes morales* permet à un collège d'indemniser un membre de conseil d'administration. Un collège peut, s'il le souhaite, indemniser un membre de conseil d'administration pour toute dépense engagée raisonnablement afin de régler, de défendre ou d'honorer ses obligations relatives au collège si le collège n'est pas le demandeur, si le membre de conseil d'administration : (a) a agi avec honnêteté et en toute bonne foi dans le meilleur intérêt du collège; et (b) n'était pas coupable de « défaut ou négligence volontaire ».

La plupart des collèges auront probablement pris des mesures afin d'indemniser leurs membres de conseil d'administration, et les futurs membres de conseil d'administration devraient obtenir des renseignements sur la couverture d'assurance des administrateurs et dirigeants en place dans un collège, notamment les exigences en matière d'exclusions et de génération de rapports. Tous les membres de conseil d'administration doivent être assurés pour toute la période où leur responsabilité peut être engagée (ce qui peut durer plusieurs années après que le membre de conseil d'administration a quitté le conseil). Il est utile qu'une résolution approuvant l'achat d'une telle assurance responsabilité civile soit confirmée par le conseil.

Dans le passé, il était interdit aux organisations caritatives constituées en personne morale en Ontario ou opérant en Ontario d'acquiescer une assurance responsabilité civile pour leurs membres de conseil

d'administration sans ordonnance d'un tribunal. Toutefois, en 2001, une loi a été adoptée¹² pour permettre aux organisations caritatives de consentir des indemnités aux membres de conseil d'administration et d'acquérir une assurance responsabilité civile à condition que le conseil d'administration prenne d'abord en considération un certain nombre de facteurs spécifiques, y compris :

1. Le degré de risque auquel est exposé ou peut l'être l'exécuteur testamentaire, le fiduciaire, l'administrateur ou le dirigeant.
2. La possibilité d'éliminer le risque ou de le réduire considérablement, dans la pratique, par un moyen autre que l'indemnisation ou l'assurance.
3. La question de savoir si le montant ou le coût de l'assurance est raisonnable compte tenu du risque.
4. La question de savoir si le coût de l'assurance est raisonnable compte tenu des revenus qui sont à la disposition de l'exécuteur testamentaire ou du fiduciaire.
5. La question de savoir si le fait d'accorder l'indemnisation ou de souscrire l'assurance favorise l'administration et la gestion des biens.¹³

Si le conseil d'administration considère tous les facteurs et juge approprié de consentir des indemnités et/ou d'acquérir une assurance, les membres de conseil d'administration devront adopter une résolution (annuellement) à cet effet.

¹² La *Loi de 2000 visant à réduire les formalités administratives*, L.R.O. 2000, chap. 26 – Loi 119 adoptée le 6 décembre 2000 en amendement de la *Loi sur les personnes morales*, s. 133(2.2).

¹³ La *Loi sur les personnes morales* (Ontario), a. 133(2.2), autorise l'indemnisation des administrateurs si la corporation (la personne morale) respecte la *Loi sur la comptabilité des oeuvres de bienfaisance*, ainsi que tout règlement pris en application de ladite *Loi*. La *Loi sur la comptabilité des oeuvres de bienfaisance*, a. 5.1(1)(a), permet l'établissement de règlements ayant trait à des actions ou omissions qui nécessiteraient autrement l'approbation de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Le règlement *Actions approuvées des exécuteurs testamentaires et des fiduciaires*, Règl. de l'Ont. 4/01 a. 2, pris en application de la *Loi sur la comptabilité des oeuvres de bienfaisance*, précise les facteurs à considérer par les administrateurs d'une société (corporation ou personne morale) avant d'accorder une indemnisation ou de souscrire à une assurance.

De plus amples détails relatifs aux lois en vertu desquelles les membres de conseil d'administration peuvent être tenus personnellement responsables des actes et omissions du collège figurent en Annexe II.

Pouvoirs du gouvernement, Ministre, conseil

Le conseil d'administration n'est pas la seule instance ayant autorité pour diriger les opérations d'un collège.

Le **gouvernement de l'Ontario** a le pouvoir en vertu de la Loi d'adopter des règlements qui pourraient avoir un impact considérable sur les opérations d'un, de plusieurs ou de tous les collèges. Plus spécifiquement, par voie de règlement, le gouvernement peut varier ou étendre les objets ou les responsabilités de tout collège, imposer tout sujet ayant trait à la conduite des affaires par un collège, à la fusion ou à la fermeture de collèges, et ordonner que l'instruction soit donnée dans une langue ou des langues spécifiques, notamment autoriser des collèges spécifiques à fournir tous leurs programmes en français (ou une partie) et l'interdire à d'autres.

Par exemple, en réponse à une poursuite de 200 millions de dollars intentée par deux étudiants de collège en décembre 2007 contre leur collège respectif¹⁴, le gouvernement de l'Ontario a mis en place une révision de sa politique de frais pour les étudiants de collège, laquelle est entrée en vigueur pour l'année scolaire 2009-2010, clarifiant lesquels frais pouvaient être facturés par les collèges et les associations d'étudiants.

Comme il a été mentionné, le **ministre** est doté de larges pouvoirs en vertu de la *Loi* pour intervenir dans les affaires d'un collège lorsque, par exemple, un collège n'a pas respecté une directive de politique ou que le ministre estime que l'intervention est dans l'intérêt public.

Le **conseil** est doté du pouvoir d'établir, en consultation avec les conseils d'administration, les conditions des régimes de prestations garanties destinées aux membres du personnel du collège, qu'ils soient ou non membres d'unités de négociation en vertu de la *Loi de 2008 sur la négociation collective dans les collèges (Ontario)*.

¹⁴ *Hassum contre Conestoga College Institute of Technology and Advanced Learning*, [2008] J.O. n° 1141.

Synthèse : pratiques exemplaires en matière de gouvernance

Bien qu'elles ne soient pas techniquement applicables aux collèges, certaines des directives qui ont été établies afin d'aider les administrateurs des sociétés publiques peuvent s'avérer utiles pour les conseils d'administration qui cherchent à mettre en œuvre des pratiques éprouvées en matière de gouvernance d'entreprise. Ci-après figurent des points extraits des directives applicables aux sociétés publiques.

Il convient que les conseils d'administration cherchant à établir et poursuivre les pratiques en matière de bonne gouvernance envisagent :

- 1. *Un mandat par écrit.*** Établissement du rôle et des responsabilités du conseil d'administration par écrit, notamment la responsabilité du conseil quant à la supervision des principales dépenses et de toute modification apportée à la programmation ou à l'orientation stratégique et quant à l'établissement de comités
- 2. *Un code de conduite.*** Établissement par écrit d'un code de conduite/d'éthique énumérant les comportements acceptables pour l'organisation qui s'applique dans tout le collège et traite des problèmes tels que les conflits d'intérêt et le signalement des violations du code
- 3. *Des politiques.*** Établissement d'une procédure de création, d'approbation et de révision périodique des politiques du collège. Cette pratique a été mise en évidence ces dernières années par le vérificateur général de l'Ontario, qui a effectué une vérification des dépenses et de la politique d'approvisionnement des quatre collèges d'arts appliqués et de technologie en mai 2006. Dans son Rapport annuel de 2008, le vérificateur général a fait le point sur les progrès réalisés par les quatre collèges quant à la mise en place des recommandations du vérificateur général définies dans son Rapport annuel de 2006 :

Recommandation n°1(a) : afin de garantir la compétitivité des prix payés pour les principaux achats, tout en laissant la juste possibilité à tous les fournisseurs potentiels de travailler pour les collèges, ces derniers doivent limiter le nombre d'années pendant lesquelles ils recourent au même fournisseur sans lancer de nouvel appel d'offres.

Recommandation N°1(b) : afin que les achats respectent les politiques des collèges, il faut que ceux-ci demandent aux services des achats de superviser les principaux achats réalisés par d'autres services du collège.

Statut actuel : les quatre collèges ont mis en œuvre cette recommandation (c'est-à-dire en limitant le nombre d'années pendant lesquelles ils pouvaient recourir au même fournisseur sans lancer de nouvel appel d'offres et en veillant à ce que le service des

achats ait supervisé et ait été impliqué dans les principaux achats réalisés par d'autres services.)

Recommandation n°2 : afin que les objectifs soient atteints au moindre coût, les collèges doivent identifier et définir de manière spécifique leurs besoins avant de procéder aux achats importants.

Statut actuel : les quatre collèges ont mis en œuvre cette recommandation dans leurs politiques révisées.

Recommandation n°3 : afin que les meilleures propositions soient sélectionnées lors de la planification d'achats importants, les collèges doivent :

- mettre au point des procédures d'évaluation des comités, notamment une obligation d'identifier les critères à utiliser pour évaluer les aspects non monétaires des propositions; et
- demander une vérification du prix par une autre personne que celle qui l'a préparé.

Statut actuel : les quatre collèges demandent que les critères à utiliser pour l'évaluation des aspects non monétaires des propositions soient mis au point avant le début de la procédure d'offre ou de demande de proposition (DP). Les critères utilisés varient selon les collèges et sont pondérés en fonction de leur importance relative.

Recommandation n°4 : afin que les subventions des collèges soient correctement utilisées au bénéfice des collèges et de leurs étudiants, il faut que les collèges mettent en place des politiques claires concernant les présents, dons et frais de repas et d'hébergement.

Statut actuel : à la suite de modifications apportées, en septembre 2010, à la directive exécutoire du ministre sur la gouvernance et le cadre de responsabilisation, le conseil d'administration d'un collège est désormais tenu, à tout le moins, d'établir des politiques et procédures qui soient conformes, ou excèdent, les politiques et procédures fixées dans les directives du Conseil de gestion du gouvernement relativement aux approvisionnements et aux frais de déplacement et d'hébergement.

Tous les collèges ont convenu de créer de nouvelles politiques ou de réviser les politiques existantes qui mettent en œuvre les recommandations ci-dessus.

4. Des comités. Création de comités dotés de domaines spécifiques de responsabilité dans lesquels les membres des comités ont de l'expérience (et doivent respecter le travail desdits comités et ne pas interférer avec lui). Par exemple, la directive exécutoire du ministère ayant trait à la gouvernance et au cadre de responsabilisation exige de la part du conseil d'administration

que ce dernier établisse un conseil de collègue consultatif et qu'un rapport dudit conseil consultatif soit inclus dans le rapport annuel du collègue.

5. Compétences des membres de conseil d'administration. Établissement de critères d'affiliation aux comités et mise en place d'une orientation et d'un programme de formation continue à l'intention des nouveaux membres de conseil d'administration, afin que ces derniers :

- (a) comprennent, dans leurs grandes lignes, les activités du collègue;
- (b) connaissent les mandats des comités auxquels ils sont affectés, révisent les supports produits par les comités ou à leur intention et participent aux réunions des comités;
- (c) connaissent les responsabilités des membres de la haute direction et le protocole de consultation de la haute direction;
- (d) s'assurent d'avoir accès aux politiques du ministère applicables aux collèges et se familiarisent avec ces dernières;
- (e) connaissent les règlements internes des collèges et leurs politiques;
- (f) examinent la vérification financière la plus récente et le rapport du vérificateur;
- (g) examinent tout rapport spécial ou toute analyse préparée à l'intention du collègue et de ses programmes ou opérations ou à leur sujet; et
- (h) examinent les renseignements faisant le point sur les programmes ou projets destinés au conseil d'administration ou à la communauté du collègue.

6. Évaluation. Établissement des critères d'évaluation de l'efficacité du conseil d'administration et de ses comités ; mise au point/approbation des qualifications et des mesures de performance des cadres dirigeants ; vérification que le personnel bénéficie de la formation continue.

7. Production de rapports. Création des obligations en matière de rapports pour la direction et exiger que les agents responsables du collègue et les autres experts professionnels dressent régulièrement des rapports sur la mise en œuvre et la révision des politiques et des systèmes du collègue.

8. Obligations procédurales individuelles :

- participer aux réunions du conseil d'administration aussi souvent que possible;

- ne pas hésiter à poser des questions au sujet des autres membres du conseil d'administration, des administrateurs du collège et des experts extérieurs et à consigner par écrit toutes les demandes faites et réponses reçues;
- voter contre une mesure ou une motion avec laquelle ils sont en désaccord et s'assurer que leur désaccord est consigné dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration;
- examiner les procès-verbaux de toute réunion à laquelle ils n'ont pas pu se rendre et enregistrer une opinion divergente, si nécessaire, par rapport à toute action prise lors de cette réunion;
- examiner les procès-verbaux des réunions des comités et du conseil et vérifier que les opinions (y compris les opinions divergentes) et les votes sont reflétés avec précision;
- faire en sorte que les compétences professionnelles appropriées soient mises à disposition du collège et du conseil d'administration et demander par écrit les opinions de consultants externes tels que des comptables et des ingénieurs sur les conseils desquels le conseil d'administration s'appuiera;
- être conscients des problèmes soulevés par les parties prenantes du collège et les tierces parties (comme les médias);
- s'assurer que tout contrat qui leur est demandé d'exécuter de la part du collège établit clairement qu'ils exécutent le contrat en qualité de signataires autorisés du collège et non en leur nom propre; et
- être prêts à démissionner du conseil d'administration ou d'un comité s'ils ne peuvent participer régulièrement aux réunions ou au travail du conseil ou ont des divergences non conciliables sur l'orientation ou les décisions prises par le conseil d'administration.

Annexe I Devoir fiduciaire et obligation de diligence

Exemples d'exercice du devoir fiduciaire d'un membre de conseil d'administration

Certains exemples de la manière dont les membres du conseil d'administration exercent leur devoir fiduciaire envers une société sont présentés ci-après.

(a) *Respecter la confidentialité*

Les renseignements qu'un membre de conseil d'administration obtient concernant les affaires du collège doivent rester confidentiels. En règle générale, un membre de conseil d'administration ne doit pas discuter de renseignements confidentiels du collège avec des personnes extérieures au conseil d'administration sauf s'il agit dans le cadre de ses obligations en tant que membre de conseil d'administration, où la divulgation est requise pour mener les activités pour le compte du collège, ou où la divulgation résulte d'une exigence prévue par la loi. Idéalement, le conseil d'administration aura des politiques établies concernant la divulgation de renseignements confidentiels et identifiera un porte-parole désigné à qui les demandes ayant trait à des sujets spécifiques, ou plus généralement aux opérations du collège, peuvent être adressées.

Les membres de conseil d'administration peuvent avoir l'impression de faire partie du conseil pour représenter une « communauté » ou un « groupe » du collège, mais ne peuvent pas prendre de position qui n'est pas dans le meilleur intérêt du collège et ce, même si le groupe du membre du conseil d'administration le recommande vivement. Agir dans le meilleur intérêt du collège et remplir l'obligation de maintenir la confidentialité peuvent, dans certaines circonstances, empêcher les membres de conseil d'administration de rendre compte des décisions du conseil aux membres du groupe.

(b) *Éviter/Déclarer des conflits d'intérêt*

Bien qu'il n'y ait rien de mal en soi à avoir un conflit d'intérêt, les membres de conseil d'administration ne doivent pas faire passer leur intérêt propre avant leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt du collège. Un exemple de conflit d'intérêt est une situation où un membre de

conseil d'administration est partie à une entente matérielle ou à un projet d'entente matérielle avec le collège. Conformément à la *Loi sur les personnes morales*, les membres de conseil d'administration qui ont un quelconque intérêt dans un projet d'entente ou une entente avec le collège doivent déclarer leur intérêt lors d'une réunion du conseil. La *Loi sur les personnes morales* établit une procédure de divulgation par les membres de conseil d'administration des intérêts personnels dans les ententes ou projets d'entente avec un collège. Si un membre de conseil d'administration suit la procédure de divulgation de son intérêt dans une entente ou un projet d'entente lors d'une réunion du conseil d'administration dans les meilleurs délais, puis ne vote pas relativement à ce contrat, la *Loi sur les personnes morales* prévoit qu'il n'est pas tenu de rendre compte au collège, ou aux créanciers de celui-ci, d'aucun bénéfice découlant de ce contrat, et le contrat n'est pas annulable du seul fait qu'il occupe le poste d'administrateur ou de l'établissement d'un rapport de confiance. Compte tenu des conditions établies dans la *Loi sur les personnes morales*, il serait prudent que les membres de conseil d'administration déclarent leur conflit d'intérêt par rapport à un contrat et quittent la réunion avant la discussion et le vote sur le sujet en question.

Le conflit d'intérêt n'est pas défini pas la Loi ni dans la *Loi sur les personnes morales*, mais le Ministère a caractérisé et défini le conflit d'intérêt comme suit :

- (i) réel – on parle de conflit d'intérêt réel lorsqu'un intérêt privé existe qui n'est pas connu d'une personne et qui a un lien suffisant avec ses responsabilités, lequel est suffisant pour influencer l'exercice desdites responsabilités;
- (ii) potentiel – on parle de conflit d'intérêt potentiel lorsque l'existence d'un intérêt économique privé risque d'influencer l'exercice des responsabilités et obligations publiques d'un individu; et
- (iii) apparent – on parle de conflit d'intérêt apparent si un individu informé considérant le sujet de manière réaliste et pratique avait conclu à l'existence d'un conflit.

La plupart des conseils d'administration de collège ont révisé leurs règlements intérieurs ou politiques afin de refléter les dispositions de la *Loi sur les personnes morales* et les directives relatives aux conflits d'intérêt. Comme il a été mentionné, le conflit d'intérêt est l'objet d'une directive du Ministre.

(c) *Autres situations à l'origine d'un conflit d'intérêt*

Il existe d'autres situations moins évidentes où les membres de conseil d'administration peuvent avoir un conflit d'intérêt (ou peuvent être perçus comme ayant un conflit d'intérêt). Le cas où un représentant du corps professoral est membre du conseil d'administration et où le sujet examiné est le programme du représentant au collège en constituerait un exemple. Lorsqu'il incombe à un membre de conseil d'administration de présenter le point de vue d'un groupe au conseil (représentants des élèves et du corps professoral, par exemple), le membre de conseil d'administration doit déclarer tout conflit, mais peut par la suite, avec l'accord du conseil, participer à la discussion (procurer au conseil d'administration le bénéfice d'entendre sa position), mais s'abstenir de voter.

Comment un membre de conseil d'administration respecte-t-il la norme de diligence?

Malgré la confusion entourant la norme de diligence applicable, il est conseillé aux membres de conseil d'administration de prendre des précautions simples :

(b) *Assister aux réunions du conseil d'administration*

Les membres de conseil d'administration doivent assister à toutes les réunions du conseil d'administration dans la mesure du possible (un membre de conseil d'administration ne peut pas se soustraire à la responsabilité en se tenant à l'écart d'une réunion du conseil d'administration).

(c) *Revoir les renseignements fournis avec un « œil critique »*

Lorsque des renseignements ou un rapport lui sont remis, un membre de conseil d'administration doit considérer si une personne raisonnable accepterait les renseignements fournis dans les circonstances ou si une autre demande de renseignements est requise. Par exemple, si un rapport destiné au conseil d'administration contient des incohérences, un membre de conseil d'administration doit chercher à les résoudre en posant des questions.

(d) *Faire confiance aux experts*

Un membre de conseil d'administration peut faire confiance aux experts s'il n'a aucune raison de douter de leur fiabilité.

(e) *Superviser les activités de financement et d'investissement*

Les membres de conseil d'administration des collèges doivent s'assurer que les fonds sous leur contrôle sont dépensés à des fins convenables, conformément aux objets des collèges.¹⁵

¹⁵ *Fondation de l'hôpital pour enfants Bloorview contre Centre Bloorview MacMillan* (2002), 22 D.L.R. (3d) 182 (Cour suprême de l'Ontario); *Ontario (Tuteur et curateur public) contre la National Society for Abused Women and Children*, [2002] O.J. No. 607 (Cour suprême de l'Ontario).

Annexe II

Exemples de sources de responsabilité personnelle potentielle des membres de conseil d'administration

Outre les devoirs fiduciaires des membres de conseil d'administration et l'obligation de diligence qu'ils se doivent d'observer, les membres de conseil d'administration peuvent être tenus personnellement responsables en vertu des dispositions législatives des erreurs, omissions et transgressions commises par le collège. Un certain passif éventuel créé par la loi peut perdurer jusqu'à six ans après qu'un membre de conseil d'administration cesse d'occuper cette fonction. La responsabilité personnelle peut être imposée aux membres de conseil d'administration là où un collège :

- omet de déduire, retenir, collecter ou verser des montants de l'impôt sur le revenu fédéral et provincial¹⁶, de l'assurance-emploi, du Régime de pensions du Canada, de la taxe de vente au détail ou de la Taxe sur les produits et services;
- ne s'acquitte pas de l'impôt-santé des employeurs de l'Ontario;
- enfreint la législation sur les normes en matière d'emploi provincial; ou
- enfreint les normes environnementales fédérales ou provinciales.

Autres exemples

En vertu de diverses lois sur les corporations et personnes morales¹⁷, un membre du conseil d'administration pourrait être tenu responsable au maximum de six mois de salaires impayés dus aux employés et au maximum de douze mois de vacances payées. Les membres du conseil d'administration peuvent exiger un rapport au moins semi-annuel (préférentiellement d'un vérificateur indépendant) certifiant que la totalité des salaires des employés a été payée, que

¹⁶ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), a. 227.1; voir *Wheeliker contre Canada* (1999), 172 D.L.R. (4^e) 708; *Rancourt contre Canada*, 2008 TCC 285.

¹⁷ *Loi canadienne sur les Organisations à but non lucratif*, L.C. 2009, c. 23, a. 146; *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, c. C-32, a. 99; *Loi sur les personnes morales*, L.R.O. 1990, c. C38, a. 81; et *Projet de loi 65, Loi de 2010 sur les organisations sans but lucratif* (Ontario).

l'impôt sur le revenu et autres impôts ont correctement été retenus et versés aux gouvernements fédéral et provinciaux et que les indemnités de congés sont correctement accumulées.

La *Loi sur la protection de l'environnement* (Ontario)¹⁸ impose une obligation aux administrateurs d'une société qui s'engage dans une activité risquant de rejeter un contaminant dans l'environnement naturel de prendre toutes les précautions raisonnables pour empêcher la société de provoquer ou de permettre le rejet.

La *Loi sur la santé et la sécurité au travail* (Ontario)¹⁹ impose une obligation aux administrateurs de prendre toutes les précautions raisonnables pour s'assurer que la société respecte la Loi, notamment tout ordre ou toute exigence provenant d'un inspecteur ou du ministre du Travail.

Dispositions législatives relatives à la responsabilité personnelle des membres de conseil d'administration

Nous énumérons ci-dessous certaines des lois qui tiennent les membres de conseil d'administration pour personnellement responsables des actes et omissions de la société dans les circonstances spécifiées. Cette liste ne se veut nullement exhaustive.

1. *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario*, L.O. 2005, c 11.
2. *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*, 1992, L.O. 1992, c. 23
3. *Régime de pensions du Canada*, L.R., c. C-5, s. 1.
4. *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, L.R.O. 1990, c. C. 30
5. *Loi sur le transport de matières dangereuses*, L.R.O. 1990, c. D.1
6. *Loi sur l'impôt-santé des employeurs*, L.R.O. 1990, c. E. 11
7. *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O., c. E. 41
8. *Loi de 1997 sur la prévention et la protection contre l'incendie*, L.O. 1997, c. 4
9. *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.)
10. *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1990, c. O40
11. *Loi sur les pesticides*, L.R.O. 1990, c. P11

¹⁸ L.R.O. 1990, c. E.19.

¹⁹ L.R.O. 1990, c. O.1.