

La gouvernance en temps de pandémie : qu'a-t-on appris de la crise jusqu'à maintenant ?

Julie Biron et Sébastien Girard

Volume 63, numéro 1, mars 2022

La pandémie de COVID-19 et les transformations du droit

Article à jour en date du 1^{er} août 2021.

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1088254ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1088254ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Biron, J. & Girard, S. (2022). La gouvernance en temps de pandémie : qu'a-t-on appris de la crise jusqu'à maintenant ? *Les Cahiers de droit*, 63(1), 165-201. <https://doi.org/10.7202/1088254ar>

Résumé de l'article

La pandémie de COVID-19 a entraîné une crise économique importante qui a obligé les entreprises du monde entier à faire face à d'importantes pertes de revenus, ainsi qu'à des perturbations des chaînes d'approvisionnement en raison des fermetures et à des restrictions de mouvement. Dans ce contexte, les sociétés, les conseils d'administration et les dirigeants ont dû faire face à des situations inédites et avoir recours à de nouvelles stratégies pour relever des défis sans précédent : gel des liquidités, incapacité temporaire à exécuter des contrats, etc. Afin de mieux comprendre le rôle du conseil d'administration dans la gestion de la crise sanitaire liée à la pandémie et dans le but d'améliorer la résilience et l'efficacité des sociétés devant d'éventuelles situations problématiques, les auteurs proposent une réflexion sur les devoirs et les obligations des administrateurs de même que sur les pratiques de gouvernance qui peuvent aider à surmonter ce type de situation.

La gouvernance en temps de pandémie : qu'a-t-on appris de la crise jusqu'à maintenant ?

Julie BIRON* et Sébastien GIRARD**

La pandémie de COVID-19 a entraîné une crise économique importante qui a obligé les entreprises du monde entier à faire face à d'importantes pertes de revenus, ainsi qu'à des perturbations des chaînes d'approvisionnement en raison des fermetures et à des restrictions de mouvement. Dans ce contexte, les sociétés, les conseils d'administration et les dirigeants ont dû faire face à des situations inédites et avoir recours à de nouvelles stratégies pour relever des défis sans précédent : gel des liquidités, incapacité temporaire à exécuter des contrats, etc. Afin de mieux comprendre le rôle du conseil d'administration dans la gestion de la crise sanitaire liée à la pandémie et dans le but d'améliorer la résilience et l'efficacité des sociétés devant d'éventuelles situations problématiques, les auteurs proposent une réflexion sur les devoirs et les obligations des administrateurs de même que sur les pratiques de gouvernance qui peuvent aider à surmonter ce type de situation.

The COVID-19 pandemic has resulted in a major economic crisis that is confronting companies around the world with significant revenue losses as well as supply chain disruptions due to closures and movement restrictions. In this context, companies, boards and executives have had to face unprecedented situations and use new strategies to deal with

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Montréal.

** Avocat, LCM Avocats inc.

Article à jour en date du 1^{er} août 2021.

unprecedented challenges : frozen liquidity, inability to execute contracts due to disruptions, etc. In order to better understand the board of directors' role in the management of the current crisis and to improve the resilience and efficiency of companies in the future, this article proposes a reflection on the duties and obligations of directors as well as on the governance practices that can help overcome such situations.

La pandemia de la COVID 19 ha provocado una crisis económica importante, las empresas del mundo entero han debido asumir importantes pérdidas de ingresos, se han visto afectadas por perturbaciones en las cadenas de aprovisionamiento por los cierres y las restricciones de movimientos. En este contexto, las sociedades, las juntas directivas, y los dirigentes han tenido que afrontar situaciones inéditas y recurrir a nuevas estrategias para superar desafíos sin precedentes: liquidez no disponible, incapacidad para ejecutar contratos por perturbaciones y otros motivos. Para comprender mejor el rol de la junta directiva en la gestión de la crisis en curso, y con el objetivo de mejorar la resiliencia y la eficacia de las sociedades ante futuras crisis, este texto ha planteado una reflexión sobre los deberes y las obligaciones de los ejecutivos así como de las prácticas de gobernanza que pueden contribuir para poder superar este tipo de situaciones.

	Pages
1 Les obligations et les devoirs généraux des administrateurs.....	169
1.1 L'obligation de loyauté ou l'obligation d'agir dans l'intérêt à long terme de la société.....	170
1.2 Le devoir de prudence et diligence.....	173
1.2.1 L'obligation de surveillance.....	174
1.2.2 L'obligation de se renseigner.....	177
1.2.3 L'obligation de conseil ou la fonction stratégique du conseil d'administration.....	178
2 Le rôle des administrateurs avant, pendant et après une pandémie.....	181
2.1 La gestion des risques et des crises.....	181
2.2 Les caractéristiques d'un conseil d'administration résilient.....	192

3 La responsabilité et l'exonération des administrateurs.....	197
Conclusion	200

La pandémie de COVID-19 a entraîné une crise économique importante qui a obligé les entreprises du monde entier à faire face à d'importantes pertes de revenus ainsi qu'à la perturbation des chaînes d'approvisionnement en raison des fermetures et à des restrictions de mouvement¹. Dans ce contexte, les sociétés, les conseils d'administration et les dirigeants ont dû affronter des situations inédites et avoir recours à de nouvelles stratégies² pour relever des défis sans précédent³ : gel des liquidités, incapacité temporaire à exécuter des contrats, etc.

La crise⁴ sanitaire liée à la pandémie de COVID-19 est très différente de la crise financière mondiale de 2008⁵. Conséquemment, il faut se garder de conclure trop rapidement que les solutions favorisées dans le passé vont permettre de résoudre les problèmes auxquels les sociétés

-
1. Saleh F.A. KHATIB et Abdul-Naser Ibrahim NOUR, «The Impact of Corporate Governance on Firm Performance during the COVID-19 Pandemic: Evidence from the Malaysia», *Journal of Asian Finance, Economics and Business*, vol. 8, 2021, p. 943, à la page 943.
 2. Souvent conçus dans l'urgence, ces plans devaient notamment, pour atteindre leurs objectifs, prendre en considération les différents aspects de l'activité de la société afin d'en assurer la survie.
 3. Laura LEVINE et William J. BRAITHWAITE, «Exercising Business Judgment through COVID-19», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 12 août 2020, [En ligne], [corpgov.law.harvard.edu/2020/08/12/exercising-business-judgment-through-covid-19/] (26 octobre 2021).
 4. Les crises sont des situations où les entreprises doivent faire face à une augmentation exogène et significative de la probabilité de subir des pertes en raison de difficultés dans les activités d'approvisionnement, de production ou de distribution susceptibles de nuire à la rentabilité et à la valeur des actifs. Les crises peuvent également entraîner des pertes d'opportunité (par exemple, en matière d'investissement). Voir : Ettore CROCI et autres, *The Advisory and Monitoring Roles of the Board – Evidence from Disruptive Events*, ECGI Financial Working Paper No. 673, 2020, p. 1 ; Khalil JEBRAN et Shihua CHEN, «Can We Learn Lessons from the Past ? COVID-19 Crisis and Corporate Governance Responses», *International Journal of Finance & Economics*, 2021, p. 3 (PDF), [En ligne], [doi-org/10.1002/ijfe.2428] (3 novembre 2021).
 5. Howell E. JACKSON et Steven L. SCHWARCZ, «Protecting Financial Stability: Lessons from the Coronavirus Pandemic», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 13 juillet 2020, [En ligne], [corpgov.law.harvard.edu/2020/07/13/protecting-financial-stability-lessons-from-the-coronavirus-pandemic/] (27 octobre 2021).

doivent faire face actuellement ou ceux qui découleront des répercussions postpandémiques. En effet, si la dernière crise financière a certes eu un impact mondial avec des retombées économiques importantes⁶, la crise sanitaire actuelle se rattache plutôt à la santé et a une incidence considérable non seulement sur l'économie, mais également sur la vie de l'ensemble de la population⁷.

Afin de mieux comprendre le rôle du conseil d'administration dans la gestion de la crise liée à la pandémie de COVID-19 et dans le but d'améliorer la résilience et l'efficacité des sociétés face aux crises à venir⁸, nous présentons d'abord les devoirs généraux guidant les administrateurs (partie 1) pour ensuite examiner la manière dont ces obligations se matérialisent en période de crise (partie 2). Enfin, nous traitons de la responsabilité des administrateurs et des modes d'exonération leur étant offerts (partie 3).

Si la crise sanitaire nous donne l'occasion de réfléchir au rôle des administrateurs qui est actuellement en pleine évolution, soulignons que nous ne visons pas ici à offrir des conseils sur la manière de gérer les risques et les crises, d'autres l'ayant fait avant nous⁹. Nous souhaitons plutôt

6. Stephen M. BAINBRIDGE, *Corporate Governance after the Financial Crisis*, New York, Oxford University Press, 2012.

7. Sudha MATHEW et Sheeja SIVAPRASAD, «Corporate Governance Practices in the Context of the Pandemic Crisis», *SSRN*, 5 mai 2020, p. 3, [En ligne], [www.ssrn.com/abstract=3590253] (27 octobre 2021).

8. Comme l'illustrent les analyses réalisées à la suite des scandales financiers des dernières décennies et de la crise financière de 2008, le conseil d'administration occupe un rôle important dans l'amélioration de la gestion des sociétés. Voir à cet effet : Paul L. LEE, «Risk Management and the Role of the Board of Directors: Regulatory Expectations and Shareholder Actions», (2008) 125 *Banking L.J.* 679; Paul ROSE, «Regulating Risk by Strengthening Corporate Governance», 2010 17 *Conn. Ins. L.J.* 1, 3; Stephen M. BAINBRIDGE, «Caremark and Enterprise Risk Management», (2009) 34 *J. Corp. L.* 967, 967 et 968; Stéphane ROUSSEAU, «L'obligation de surveillance des administrateurs à l'ère de la conformité», dans S.F.P.B.Q., vol. 417, *Développements récents en droit des affaires (2016)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 227, à la page 229; Todd HAUGH, «Harmonizing Governance, Risk Management, and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk», (2019) 21 *U. Pa. J. Bus. L.* 873, 877.

9. Voir notamment : Christiane BRIZARD, Danièle FERRON et Guillaume François LAROCHE, «L'après-COVID-19: les administrateurs face à une nouvelle gamme de risques propres au XXI^e siècle», *Langlois*, 22 avril 2020, [En ligne], [www.langlois.ca/lapres-covid-19-les-administrateurs-face-une-nouvelle-gamme-de-risques-propres-au-xxie-siecle/] (27 octobre 2021); Andrew MACDOUGALL, Lawrence E. RITCHIE et John M. VALLEY, «Supervision du conseil d'administration pendant la pandémie de COVID-19: une liste de contrôle pour les administrateurs», *Osler*, 6 avril 2020, [En ligne], [www.osler.com/fr/ressources/gouvernance/2020/supervision-du-conseil-d-administration-pendant-la-pandemie-de-covid-19-une-liste-de-contrôle-pour] (27 octobre 2021); Andrew MACDOUGALL, Lawrence E. RITCHIE et John M. VALLEY,

que notre texte contribue à enrichir la réflexion entourant les pratiques de gouvernance, tout en permettant aux sociétés de faire face plus aisément aux problèmes qui découleront de la crise sanitaire, de les surmonter et de se préparer aux prochains événements malencontreux que les sociétés devront inévitablement affronter.

1 Les obligations et les devoirs généraux des administrateurs

Le conseil d'administration est à la société ce que le capitaine est au navire. Il est responsable de mener l'embarcation à bon port et il doit obtenir l'information requise pour prendre les bonnes décisions. Pour ce faire, le capitaine doit s'entourer de matelots sur qui il peut compter, ceux-ci pouvant être affectés aux différentes tâches inhérentes tant à la navigation de l'embarcation qu'à son entretien. Afin de choisir le bon port, le capitaine doit, dans la mesure du possible, tenir compte des capacités d'accueil de celui-ci, des ressources qui y sont offertes ainsi que des menaces et des avantages liés au fait de privilégier une destination plutôt qu'une autre. À défaut par le capitaine de s'en assurer avec tout le soin et la diligence requis par ses fonctions, la catastrophe risque de déferler sur le navire et ses occupants.

Le conseil d'administration, tout comme le capitaine, doit mettre l'ensemble des compétences de ses administrateurs à contribution afin d'atteindre son objectif, soit la maximisation de la valeur à long terme de la société¹⁰. Dans un contexte de crise, à l'instar du capitaine dans une tempête tropicale, le conseil d'administration est d'autant plus important qu'il contribue à ce que la société survive et améliore sa résilience face à d'autres pandémies, voire à d'autres crises.

«Le rôle du conseil d'administration dans sa réponse à une crise», *Osler*, 22 avril 2020, [En ligne], [www.osler.com/fr/ressources/situations-critiques/2020/le-role-du-conseil-d-administration-dans-sa-reponse-a-une-crise] (27 octobre 2021); OSLER, «Gestion de crise et le conseil d'administration», *Osler*, 18 mai 2016, [En ligne], [www.osler.com/fr/ressources/gouvernance/2017/la-gestion-de-crise-et-le-conseil-d-administration] (27 octobre 2021); Lawrence E. RITCHIE, «Gestion des risques: concevoir un programme de gestion proactive des risques», *Osler*, 27 octobre 2014, [En ligne], [www.osler.com/fr/ressources/gouvernance/2014/la-gestion-des-risques/gestion-des-risques-concevoir-un-programme-de-ge] (27 octobre 2021); Martin HIRT et autres, «Boards in the Time of Coronavirus», *McKinsey & Company*, avril 2020, [En ligne], [www.mckinsey.com/-/media/McKinsey/Business%20Functions/Strategy%20and%20Corporate%20Finance/Our%20Insights/Boards%20in%20the%20time%20of%20coronavirus/Boards-in-the-time-of-coronavirus.pdf] (27 octobre 2021).

10. *BCE c. Détenteurs de débetures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, 2008 CSC 69, par. 38 (ci-après «arrêt BCE»).

Dans ce contexte, les devoirs généraux qui incombent aux administrateurs guident le comportement qu'ils doivent adopter en exerçant leurs fonctions. Comme la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) et la *Loi sur les sociétés par actions* du Québec (LSAQ) l'indiquent, les administrateurs sont tenus d'agir avec prudence, diligence, loyauté et bonne foi dans le meilleur intérêt de la société, en temps normal... comme en période de crise¹¹. Compte tenu de l'importance de ces obligations et afin de mieux comprendre la manière dont elles s'expriment lorsque des événements perturbent les activités normales de la société, nous traiterons tout d'abord de l'obligation de loyauté (1.1) pour ensuite présenter l'obligation d'agir avec prudence et diligence et ses différentes facettes (1.2).

1.1 L'obligation de loyauté ou l'obligation d'agir dans l'intérêt à long terme de la société

En principe, le conseil d'administration, élu par les actionnaires, dispose de pouvoirs étendus lui permettant d'assurer la gestion des affaires de la société¹². Afin de prévenir les abus pouvant découler de l'exercice des pouvoirs importants qui leur sont confiés, les lois sur les sociétés et le *Code civil du Québec*¹³ prévoient des règles qui visent à responsabiliser les administrateurs et les dirigeants, et à favoriser la qualité et l'intégrité de la gestion de la société¹⁴. Ces règles qui encadrent la conduite des administrateurs et des dirigeants énoncent notamment que

-
11. Voir l'article 119 de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1 (ci-après «LSAQ») et l'article 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (ci-après «LCSA»). Ces obligations fournissent aux administrateurs un cadre de gestion qui oriente leur comportement et permet de diminuer les coûts associés au risque de comportements opportunistes, lequel est causé par le conflit d'agence inhérent à l'asymétrie informationnelle qui caractérise la relation entre les administrateurs et les actionnaires. À ce sujet, voir: Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008, par. 1819-1832 et 1915; Julie BIRON, *L'activisme actionnarial: une perspective canadienne*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2011, p. 12-24; Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, par. 139 et suiv., 213 et 796.
 12. Les conventions unanimes d'actionnaires permettent toutefois de modifier ce partage des compétences au sein des sociétés: LSAQ, préc., note 11, art. 213 et suiv.; LCSA, préc., note 11, art. 146.
 13. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après «C.c.Q.»).
 14. R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 796 et 797.

ces derniers sont tenus d'agir avec loyauté, honnêteté et de bonne foi¹⁵ «dans le meilleur intérêt de la société¹⁶».

L'interprétation de ce qui constitue le meilleur intérêt de la société se trouve au centre de la compréhension du contenu des obligations et du rôle du conseil d'administration et des dirigeants. Si le contenu normatif exact de cette expression a de longue date été débattu, la Cour suprême du Canada a précisé en 2004 que, en s'acquittant de leurs obligations d'agir dans le meilleur intérêt de la société, les administrateurs doivent maximiser la valeur de la société¹⁷. Dans ce contexte, la Cour suprême a par ailleurs indiqué que, dans l'atteinte de cet objectif, les administrateurs peuvent prendre en considération les intérêts de l'ensemble des parties prenantes¹⁸ sans contrevenir à leurs obligations.

Quelques années plus tard, profitant de l'occasion que lui présentait l'affaire *BCE inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*¹⁹, la Cour suprême a spécifié que²⁰ :

Dans son ensemble, la jurisprudence en matière d'abus confirme que l'obligation des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la société inclut *le devoir de traiter de façon juste et équitable chaque partie intéressée touchée par les actes de la société*. Il n'existe pas de règles absolues. Il faut se demander chaque fois si, *dans les circonstances*, les administrateurs ont agi au mieux des intérêts de la société, en prenant en considération tous les facteurs pertinents, ce qui

15. Cette première obligation est aussi fréquemment appelée « obligation fiduciaire ».

16. L'article 122 (1) LCSA énonce que « [l]es administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir : a) avec intégrité et de bonne foi *au mieux des intérêts de la société* » (*l'italique est de nous*).

17. D'un point de vue financier, la valeur de la société correspond à sa valeur globale sur le marché et s'établit selon la valeur de ses titres financiers ou encore d'après la valeur résiduelle de ses actions en cas de liquidation. Voir à ce sujet : Ian B. LEE, « Corporate Law, Profit Maximization, and the Responsible Shareholder », (2005) 10 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 31, 61 ; Ian B. LEE, « Corporate Law and the Role of Corporation in Society : Monism, Pluralism, Markets and Politics », (2006) 85 *Can. B. Rev.* 1, 11 ; E. MACKAAY et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 1932 ; R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 816.

18. *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68, par. 42 (ci-après « arrêt *Peoples* ») : « il ne faut pas interpréter l'expression "au mieux des intérêts de la société" comme si elle signifiait simplement "au mieux des intérêts des actionnaires". D'un point de vue économique, l'expression "au mieux des intérêts de la société" s'entend de la maximisation de la valeur de l'entreprise ».

19. Arrêt *BCE*, préc., note 10.

20. La Cour a fait cette précision même si avant l'arrêt *Peoples* l'expression « dans le meilleur intérêt de la société » a traditionnellement été interprétée comme signifiant que la société doit être gérée dans l'intérêt des actionnaires : Edward IACOBUCCI, « Indeterminacy and the Canadian Supreme Court's Approach to Corporate Fiduciary Duties », (2009) *Can. Bus. L.J.* 232, 233 et 234.

inclut, sans s'y limiter, la nécessité de traiter les parties intéressées qui sont touchées de façon équitable, conformément aux obligations de la société en tant qu'entreprise socialement responsable²¹.

Ainsi, la manière dont les conflits doivent être résolus est déterminée par les administrateurs et les dirigeants selon la situation en cause. Par ailleurs, il semble clair que, en cas de conflit entre les intérêts des parties prenantes, les administrateurs et les dirigeants doivent traiter chacune d'entre elles équitablement en cherchant à résoudre ces conflits d'intérêts en conformité avec leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de la société en tant qu'entreprise socialement responsable²².

Cette conception de l'obligation d'agir avec loyauté et de bonne foi, qui paraît accorder un très large pouvoir discrétionnaire aux administrateurs, leur permet donc de tenir compte d'un grand éventail d'intérêt afin, ultimement, de déterminer ce qui est dans le meilleur intérêt de la société. Partant, l'obligation d'agir dans le meilleur intérêt de la société autorise le conseil d'administration qui fait face à une crise ou à des difficultés économiques à favoriser certaines parties prenantes plutôt que d'autres dans l'objectif de permettre à la société de retrouver sa stabilité financière. Cette obligation fait également en sorte que le conseil d'administration est en mesure de décider d'utiliser les infrastructures de la société pour contribuer à un effort collectif en vue de diminuer les effets néfastes de la crise sur la population²³.

Cela étant, un autre passage de l'affaire BCE mérite d'être souligné :

L'obligation fiduciaire des administrateurs est un concept large et contextuel. Elle ne se limite pas à la valeur des actions ou au profit à court terme. Dans le contexte de la continuité de l'entreprise, cette obligation vise les intérêts à long

-
21. Arrêt *BCE*, préc., note 10, par. 82 (l'italique est de nous); voir aussi les paragraphes 39, 42, 43 et 66. Le professeur E. IACOBUCCI, préc., note 20, 235, souligne que: «These passages are in some sense very clear: directors owe a fiduciary duty to act in the best interests of the corporation and not in the interests of any given stakeholder or subset of stakeholders. Any reasonable expectation held by a stakeholder must be qualified by recognition that directors have a duty to act in the best interests of the corporation.»
 22. Carol LIAO, «The Next Stage of CSR for Canada: Transformational Corporate Governance, Hybrid Legal Structures, and the Growth of Social Enterprise», (2013) 9 *M.J.S.D.L.* 53, 70; Edward WAITZER et Johnny JASWAL, «Peoples, BCE, and the Good Corporate Citizen», (2009) 47 *Osgood Hall L.J.* 439, 442.
 23. Pensons notamment à la société Distilleries Cirka inc. qui exploite normalement une entreprise de production de spiritueux, mais qui a décidé d'utiliser ses infrastructures pour produire des produits antiseptiques, lesquels doivent avoir un haut pourcentage de teneur en alcool: Amanda JELOWICKI, «Taking a Break from Vodka: Distilleries Making Hand Sanitizer during COVID-19 Crisis», *Global News*, 26 mars 2020, [En ligne], [www.globalnews.ca/news/6737684/taking-a-break-from-vodka-distilleries-making-hand-sanitizer-during-covid-19-crisis/] (27 octobre 2021).

terme de la société. Son contenu varie selon la situation. Elle exige à tout le moins des administrateurs qu'ils veillent à ce que la société s'acquitte de ses obligations légales mais, selon le contexte, elle peut aussi englober d'autres exigences²⁴.

En mettant l'accent sur l'obligation d'agir dans l'intérêt à long terme de la société, ce passage semble indiquer que la Cour suprême souhaite que les administrateurs et les dirigeants accordent une place plus importante aux stratégies favorisant une plus grande responsabilité sociale. Toutefois, ici encore, la Cour suprême préfère laisser un certain flou autour de cette caractérisation de l'obligation d'agir avec loyauté et de bonne foi dans l'intérêt de la société, et le sens à donner à ce passage reste donc à clarifier.

Malgré ce flou, il demeure que l'obligation d'agir dans l'intérêt à long terme de la société doit guider les décisions prises par le conseil d'administration à tout moment²⁵, et ce, tant en dehors d'une période de crise que durant cette dernière²⁶. Ainsi, aux prises avec une crise qui menace l'essence même des activités de la société, le conseil d'administration doit s'assurer que celle-ci y survive, bien entendu, mais il doit également voir à la reprise de ses activités et à la façon optimale de s'adapter à l'après-crise.

Dans ce contexte, la législation sur les sociétés impose une autre obligation importante pour guider le comportement des administrateurs et des dirigeants, soit le devoir d'agir avec prudence et diligence, sujet sur lequel nous proposons maintenant de nous pencher.

1.2 Le devoir de prudence et diligence

Le devoir de prudence et de diligence impose aux administrateurs l'obligation d'agir comme des personnes prudentes en pareilles circonstances²⁷. Les décisions du conseil d'administration doivent être raisonnables et équitables, exemptes d'abus et reposer sur une opinion informée²⁸. Ce devoir comporte notamment l'obligation pour les administrateurs de se

24. Arrêt *BCE*, préc., note 10, par. 38 (l'italique est de nous).

25. Pour une analyse plus détaillée des autres obligations de l'administrateur qui découlent du devoir de loyauté, voir R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11.

26. Arrêt *BCE*, préc., note 10, par. 37; arrêt *Peoples*, préc., note 18, par. 43.

27. Arrêt *Peoples*, préc., note 18, par. 63. Voir également: Yvan ALLAIRE et Stéphane ROUSSEAU, « To Govern in the Interest of the Corporation: What Is the Board's Responsibility to Stakeholders other than Shareholders », *Journal of Management and Sustainability*, vol. 5, n° 3, 2015, p. 1, aux pages 7 et 8; R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 798-824; Hélène DESCHAMPS-MARQUIS et Joe ABDUL-MASSIH, « Responsabilité des administrateurs et dirigeants d'entreprise en matière de cybersécurité », dans S.F.C.B.Q., vol. 460, *Développements récents en droit des affaires (2019)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 193, à la page 208.

28. Y. ALLAIRE et St. ROUSSEAU, préc., note 27.

renseigner correctement avant de prendre une décision (1.2.2), l'obligation de surveiller et de contrôler adéquatement les personnes à qui le conseil d'administration a délégué des fonctions et les risques susceptibles d'affecter les activités de la société (1.2.1)²⁹, ainsi que l'obligation de conseiller la direction sur les décisions critiques (1.2.3).

C'est donc à ces obligations qui ont souvent cours simultanément et qui se disputent le temps et la concentration des administrateurs élus³⁰ que nous consacrerons les prochaines sections afin de mieux en comprendre l'étendue et l'importance.

1.2.1 L'obligation de surveillance

La fonction de surveillance se trouve actuellement au centre des préoccupations du conseil d'administration³¹ de par les réformes des règles de gouvernance qui ont eu lieu au cours des dernières décennies³². Elle vise principalement à atténuer les coûts d'agence. Selon cette vision, lorsqu'une société a un actionnariat dispersé, le conseil d'administration joue un rôle de garde-fou en limitant l'adoption de comportements opportunistes les dirigeants qui sont susceptible de profiter de leur position pour s'enrichir au détriment des intérêts des actionnaires. Il en va de même lorsque la société possède un actionnariat concentré, où le conseil d'administration exerce plutôt ses obligations de manière à limiter l'influence des

29. R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 908.

30. E. CROCI et autres, préc., note 4; Bob TRICKER, *Corporate Governance: Principles, Policies, and Practices*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 178; Lynne L. DALLAS, «The Multiple Roles of Corporate Boards of Directors», (2003) 40 *San Diego L. Rev.* 781, 783.

31. St. ROUSSEAU, préc., note 8.

32. En effet, les réformes instaurées depuis les années 90 ont principalement mis l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance des dirigeants que les conseils d'administration doivent assumer. Ces réformes ont notamment suggéré que, pour mieux remplir cette fonction, les sociétés devraient apporter un certain nombre de changements à leur structure, à la composition et aux pratiques de leur conseil d'administration. Dans ce contexte, les sociétés ont modifié la structure de leur conseil en créant des comités. Par ailleurs, les sociétés ont prêté attention particulièrement à la composition de leur conseil pour s'assurer d'avoir l'expertise nécessaire pour composer ces comités et d'avoir des membres dudit conseil qui possèdent une certaine indépendance par rapport à la direction. Voir: L.L. DALLAS, préc., note 30, 782 et 786; Jaap W. WINTER et Erika VAN DE LOO, «Board on Task: Developing a Comprehensive Understanding of the Performance of Board», dans Massimo BELCREDI et Guido FERRARINI (dir.), *Boards and Shareholders in European Listed Companies: Facts, Context and Post-crisis Reforms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 225, aux pages 225 et 226. Ces réformes ont toutefois eu pour effet de réduire le nombre d'administrateurs qui ne sont pas indépendants.

actionnaires dominants qui peuvent être tentés de privilégier leurs intérêts personnels au détriment des intérêts de la société et de ses actionnaires minoritaires.

Cette obligation, qui joue un rôle clé pour protéger la valeur du patrimoine de la société, comporte essentiellement deux volets³³. D'une part, elle vise la supervision générale et le contrôle des dirigeants (ou des actionnaires dominants qui sont souvent également dirigeants) afin de réduire, voire d'éliminer, la possibilité que ces derniers adoptent des comportements opportunistes. Loin d'exiger une surveillance constante de la gestion quotidienne effectuée par les dirigeants—ce qui rendrait impossible toute aventure commerciale—, les administrateurs peuvent présumer qu'un dirigeant s'acquitte de ses fonctions avec intégrité, sauf s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner le contraire.

Afin de remplir cette obligation, les membres du conseil d'administration doivent tout d'abord choisir les dirigeants sur la base d'un processus diligent, puis les rémunérer et, enfin, mettre en place des mécanismes de contrôle leur permettant de s'assurer de l'intégrité et de la compétence des dirigeants en poste. De même, le conseil d'administration doit superviser le processus comptable afin de s'assurer que la société est correctement gérée et réduire l'occurrence de situations où les dirigeants se trouvent en conflit d'intérêts ou en position d'agir dans leurs propres intérêts³⁴.

D'autre part, les membres du conseil d'administration doivent surveiller les risques³⁵. Bien qu'il n'y ait pas actuellement de décisions canadiennes ayant traité de l'obligation de surveillance des risques, des principes élaborés par la jurisprudence états-unienne peuvent s'avérer

33. Lisa M. FAIRFAX, «Managing Expectations: Does the Directors' Duty to Monitor Promise More than It Can Deliver?», (2012) 10 *U. St. Thomas L.J.* 416, 416.

34. Donald c. LANGEVOORT, «The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms and the Unintended Consequences of Independence and Accountability», (2000) 89 *Geo. L.J.* 797.

35. Comme nous nous pencherons plus en détail sur la gestion des risques dans la section 2.1, contentons-nous pour l'instant de préciser que le risque peut être défini comme l'incertitude quant aux résultats attendus ou aux événements pouvant survenir. Il reflète la volatilité ou la variation des résultats financiers attendus. Le risque a donc des dimensions à la fois positives et négatives, et les actionnaires ainsi que les parties prenantes peuvent bénéficier de la prise de risques lorsqu'elle n'est pas excessive et qu'elle est associée à des opportunités ou à d'autres choix stratégiques. Voir Virginia HARPER HO, «Risk-Related Activism: The Business Case for Monitoring Nonfinancial Risk», (2016) 41 *J. Corp. L.* 647, 655. Sur la gestion des risques en période pandémique, voir généralement Ivan TCHOTOURIAN, *La gouvernance d'entreprise après la pandémie. Leçons pour l'avenir*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 36 et suiv.

utiles ici. Notamment, dans l'affaire *Stone v. Ritter*³⁶, le tribunal a souligné que l'obligation de surveillance comporte deux aspects importants. Tout d'abord, le conseil d'administration doit, afin d'éviter toute responsabilité, mettre en œuvre et maintenir un système d'information et de contrôle en vue de surveiller la conformité légale et de gérer les risques³⁷. Ensuite, il doit effectuer une surveillance appropriée des mécanismes mis en place et des activités afin d'avoir une assurance raisonnable qu'il est informé des risques ou des problèmes nécessitant son attention. Cette surveillance doit, de plus, lui permettre de prendre les mesures nécessaires selon les circonstances.

Ainsi, pour se conformer à son obligation de surveillance, le conseil d'administration doit définir les principaux risques liés aux activités de la société³⁸ et veiller à la mise en œuvre de programmes appropriés de gestion de ces risques³⁹. En outre, le conseil d'administration peut prévoir la mise en place d'un comité permanent et nommer un responsable à qui il délègue un rôle précis : surveiller la mise en œuvre du programme de gestion des risques et formuler des recommandations⁴⁰.

Par l'instauration et l'évaluation continue de la performance de tels programmes, le conseil d'administration fait preuve de diligence, remplit son devoir de surveillance et développe sa capacité d'anticiper et de mesurer l'évolution de l'incidence de certains événements sur les objectifs que la société s'est fixés⁴¹. En effet, la mise en place d'un système de gestion

36. *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

37. Le professeur S.M. BAINBRIDGE, préc., note 8, précise que la gestion des risques est un processus par lequel le conseil d'administration et les dirigeants d'une société définissent les stratégies et les objectifs de cette dernière afin de trouver un équilibre optimal entre les objectifs de croissance, de rendement et de relativiser les risques. Ledit processus englobe la détermination d'un appétit pour le risque compatible avec les intérêts des actionnaires et la mise en évidence des risques de même que la préparation et la réponse à y apporter.

38. En effet, puisque les sociétés possèdent des profils de risque différents, elles n'ont pas des besoins identiques en matière de gestion de risque. De ce fait, l'analyse doit être menée en tenant compte des particularités propres à chaque société. Voir St. ROUSSEAU, préc., note 8, à la page 234.

39. AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance*, 30 juin 2005, art. 3.4 (c), [En ligne], [www.lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/58-201/2005-06-30/2005juin30-58-201-ig-vadmin-fr.pdf] (27 octobre 2021); S.M. BAINBRIDGE, préc., note 8, 968.

40. Julie BIRON et Amissi MELCHIADE MANIRABONA, « L'adoption et la mise en œuvre d'un programme de conformité : quelques éléments à prendre en considération », (2020) 50 *R.G.D.* 203, 212.

41. La surveillance institutionnelle suppose que les administrateurs veillent à ce que les procédures mises en place pour accéder à l'information leur permettent d'être

des risques permet de mieux surveiller l'évolution d'un risque susceptible de se transformer en crise, ce qui améliore la résilience de la société pour l'avenir⁴². Par ailleurs, en élaborant et en mettant en œuvre un programme de gestion des risques efficace, le conseil d'administration réduit les coûts liés à de possibles sanctions, les risques de litige et les atteintes à la réputation de la société.

Cela étant, l'efficacité avec laquelle les administrateurs s'acquittent de leurs tâches de surveillance varie en raison de leur rationalité limitée et de leur difficulté à accéder à l'information pertinente et à la comprendre⁴³. En effet, pour être en mesure de remplir leur rôle, les administrateurs doivent avoir une compréhension approfondie de la nature de la société qu'ils gèrent ou dont ils supervisent les activités et être en possession de toute l'information pertinente.

1.2.2 L'obligation de se renseigner

Les administrateurs agissent conformément à leur devoir de prudence et de diligence s'ils s'appuient sur les renseignements dont ils disposent, compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir⁴⁴ dans un contexte donné⁴⁵. En période de crise, l'accent devrait donc être placé sur l'efficacité du processus de communication mis en place afin de permettre aux administrateurs d'avoir accès rapidement à toute l'information

assurés de leur fiabilité, la confiance envers les dirigeants qui présentent l'information ne pouvant être aveugle. Le degré de prudence dont doivent faire preuve les administrateurs à ce sujet dépendra notamment du poste qu'ils occupent au sein du conseil d'administration et des comités auxquels ils participent, de la taille de la société ou encore du fait que cette dernière soit un émetteur assujéti ou non. Voir R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 956.

42. Julia GRAHAM, « Risk Management Lessons from the COVID-19 Pandemic », *Board Agenda*, 18 mars 2021, [En ligne], [www.boardagenda.com/2021/03/18/risk-management-lessons-from-the-covid-19-pandemic/] (27 octobre 2021); V. HARPER HO, préc., note 35, 659; St. ROUSSEAU, préc., note 8, à la page 234.
43. En effet, les administrateurs dépendent de l'information que les dirigeants choisissent de leur fournir ainsi que de la manière dont elle est présentée au conseil d'administration considérant l'existence d'une certaine asymétrie informationnelle.
44. Voir l'arrêt *Peoples*, préc., note 18, par. 67, et l'affaire *UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi inc.*, 2002 CanLII 49507, par. 128 (ON S.C.) (confirmée en appel par *UPM-Kymmene Corporation c. UPM-Kymmene Miramichi inc.*, 2004 CanLII 9479 (ON C.A.)). Voir également R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 931, s'appuyant sur l'affaire *Pente Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.*, 1998 CanLII 5121 (ON C.A.).
45. Les tribunaux tiendront compte des contraintes de temps lorsqu'ils évalueront si un conseil d'administration a agi avec prudence et diligence dans le processus lui ayant permis de prendre une décision dans le meilleur intérêt de la société.

leur permettra de prendre des décisions s'appuyant sur des fondements raisonnables.

En période de crise, il est primordial pour les administrateurs d'obtenir des renseignements en temps réel sur les activités de la société qui se trouvent entravées ou autrement touchées afin de mieux évaluer les options qui se présentent à eux et de prendre des décisions éclairées, malgré un contexte d'urgence. Si, généralement, les administrateurs peuvent de bonne foi fonder leurs décisions sur des renseignements fournis par un professionnel ou un expert du domaine relevant de la décision à prendre⁴⁶, ce type de consultation peut s'avérer central en temps de crise. En effet, si le contexte s'y prête, les administrateurs devraient s'assurer de consulter ces personnes afin de s'assurer de prendre une décision raisonnable en agissant avec prudence dans l'intérêt de la société. En outre, les membres du conseil d'administration peuvent, particulièrement en période de crise, se fier aux informations rapportées par les dirigeants en qui ils ont confiance. Pour ce faire, il doit toutefois exister des mécanismes de contrôle interne permettant de croire que la confiance du conseil d'administration envers les dirigeants est justifiée, que leurs compétences ne donnent pas lieu à des remises en question et que l'information fournie représente correctement la situation⁴⁷. Le conseil d'administration ne peut se contenter d'adopter une attitude passive relativement aux recommandations formulées par les dirigeants de la société et doit faire preuve de proactivité afin de vérifier l'information en tenant compte toutefois des circonstances⁴⁸.

Soulignons en terminant que, si la société n'a pas déjà adopté un plan de communication d'urgence, prévu dans un programme de gestion des crises, cet élément devrait figurer sur la liste des priorités du conseil d'administration. Bien qu'il soit impossible de prévoir toutes les éventualités, il est néanmoins souhaitable de concevoir un processus afin que l'information essentielle soit transmise aux bonnes personnes durant une crise.

1.2.3 L'obligation de conseil ou la fonction stratégique du conseil d'administration

Depuis le début des années 2000, l'obligation de surveillance occupe une place importante dans la description de tâches des administrateurs,

46. LSAQ, préc., note 11, art. 123 (5); LCSA, préc., note 11, art. 121. Ces dispositions feront l'objet d'une étude plus approfondie dans la section 2.2.

47. R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, par. 932.

48. *Id.*, par. 944. Dans un contexte de crise, le conseil d'administration doit faire preuve d'un esprit critique et s'abstenir d'accepter passivement l'information présentée par les dirigeants de la société.

particulièrement des administrateurs indépendants. En outre, les auteurs sont nombreux à s'être intéressés aux mécanismes de surveillance et de contrôle de même qu'au rôle important dévolu aux administrateurs indépendants⁴⁹. Cela s'explique notamment par l'adoption de règles (dont les lois Sarbanes-Oxley et Dodd-Frank⁵⁰) qui, à la suite des différentes crises qui ont miné la confiance des investisseurs, ont mis l'accent sur l'importance du rôle de supervision⁵¹.

Ce choix d'accorder plus d'importance à la fonction de surveillance qu'à la fonction de conseil (ou de service et de stratégie)⁵² a toutefois possiblement affaibli la capacité du conseil d'administration de réagir rapidement et adéquatement à des crises qui ne sont pas le résultat de problèmes généralisés de gouvernance⁵³. En effet, le rôle stratégique qui incombe aux administrateurs consiste essentiellement à améliorer la réputation et la légitimité de la société, à établir des contacts externes⁵⁴, à participer à la

-
49. Jill E. FISCH, « Taking Board Seriously », (1997) 19 *Cardozo L. Rev.* 265, 267. L'examen des travaux empiriques révèle une lacune analytique en ce qui a trait aux fonctions du conseil d'administration. En effet, l'accent mis sur l'indépendance dans les différentes réformes implantées au fil du temps en rapport particulièrement avec le rôle de surveillance et de contrôle du conseil d'administration a fait en sorte que les auteurs se sont désintéressés de la fonction de service. Bien que l'indépendance des administrateurs puisse améliorer la capacité du conseil à effectuer un suivi efficace, ce gain s'est possiblement produit au détriment de la capacité du conseil d'administration à agir comme une ressource stratégique.
50. *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Publ. L. No. 107-205, 116 Stat. 745; *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Publ. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010).
51. La professeure L.L. DALLAS, préc., note 30, 783, mentionne trois rôles : le rôle de supervision, le rôle relationnel et le rôle stratégique. Selon elle, ce dernier est généralement englobé dans le rôle de supervision et dans le rôle relationnel.
52. En effet, le conseil d'administration est amené à jouer deux rôles importants au sein des sociétés : un rôle de service et de stratégie ainsi qu'un rôle de contrôle et de surveillance. Voir : Stephen M. BAINBRIDGE, « Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance », (2002) 55 *Vand. L. Rev.* 1, 8 et 30; Shaker A. ZAHRA et John A. PEARCE II, « Boards of Directors and Corporate Financial Performance: A Review and Integrative Mode », *Journal of Management*, vol. 15, n° 2, 1989, p. 291, à la page 292; Renée ADAMS, *Asking Directors about their Dual Role*, ECGI Working Paper No. 243, 31 mars 2009, p. 1. Notons que plusieurs théories organisationnelles identifient deux ou trois rôles que doit jouer le conseil d'administration : le rôle de surveillance (ou de contrôle), le rôle de service et le rôle stratégique. Voir J.W. WINTER et E. VAN DE LOO, préc., note 32, à la page 237.
53. Leon YEHUDA ANIDJAR, « Directors' Duty of Care in Times of Financial Distress Following the Global Epidemic Crisis », (2020) 46 *Brook. J. Int'l L.* 99, 110.
54. Cet aspect fait référence à la représentation de la société dans la communauté afin d'en accroître la légitimité. Voir Maureen BENSON-REA, Ljiljana ERAKOVIC et Susan Mary WATSON, « COVID-19 Governance Challenges: The Board's Role in COVID-19 Crisis Management », dans Kenneth HUSTED et Rudolf R. SINKOVICS (dir.), *Management*

planification stratégique⁵⁵, à revoir la structure des transactions corporatives importantes⁵⁶ et à donner des conseils aux dirigeants afin d'assurer le succès, la croissance et la survie de la société⁵⁷. De plus, grâce à leur expertise professionnelle et à leur prestige dans la communauté, les administrateurs peuvent créer et améliorer les relations interorganisationnelles de même que faciliter l'accès aux informations et aux ressources vitales pour le succès des opérations de la société.

Ainsi, il est facile de comprendre le caractère central de cette composante de l'obligation de prudence et de diligence, car elle permet aux sociétés de traverser plus aisément une situation difficile. Or, dans l'éventualité où le conseil d'administration a privilégié la fonction de surveillance en négligeant la nécessité de développer l'expertise, ce choix est susceptible de limiter les ressources auxquelles ses membres auront accès lorsqu'ils devront faire face à une crise ou à des problèmes ne découlant pas de l'adoption de comportements opportunistes.

Les précédentes crises ayant permis de mettre en lumière l'importance de l'obligation de surveillance, nous parions que la crise liée à la

Perspectives on the Covid-19 Crisis. Lessons from New Zealand, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 109. En effet, les membres du conseil d'administration peuvent simplifier l'accès à un réseau de contacts utiles pour rassembler des ressources ou obtenir des affaires. Par exemple, des administrateurs externes affiliés à des institutions financières peuvent faciliter l'accès à de nouveaux financements pour les activités de la société. Voir S.M. BAINBRIDGE, préc., note 52, 8. Quant à L.L. DALLAS, préc., note 30, 782, elle parle d'un rôle relationnel. À son avis, ce rôle fait référence à celui que peuvent jouer les administrateurs pour favoriser le partage d'information et de points de vue entre les entreprises et leurs parties prenantes, telles que les actionnaires, les consommateurs et la communauté juridique et financière, de même que pour assurer aux entreprises le soutien continu de ces parties prenantes.

55. Cet aspect concerne davantage l'engagement du conseil d'administration dans la formulation de la stratégie qui, de par son expertise, peut contribuer à ce que la société atteigne ses objectifs et prospère. Dans ce contexte, les administrateurs sont notamment amenés à fournir des orientations stratégiques à la haute direction, à établir des objectifs ou à élaborer les planifications stratégiques. De même, ils ont à choisir les dirigeants et à approuver les objectifs financiers et les opérations importantes ayant des effets sur les actifs de la société. Voir : Hanna Maria Sievinen, Tuuli Ikäheimonen et Timo Piikala, « The Advisory Role of Non-family Board Members: A Case-based Study of a Family Firm », *Journal of Management and Governance*, n° 24, 2020, p. 871, aux pages 874 et 875 ; L. Yehuda Anidjar, préc., note 53, 102.

56. J.E. Fisch, préc., note 49, 272.

57. S.A. Zahra et J.A. Pearce II, préc., note 52 ; R. Adams, préc., note 52. Pour les professeurs J.W. Winter et E. Van de Loo, préc., note 32, à la page 238, le rôle de conseil participe également à déterminer la direction de l'entreprise en reconnaissant et en comprenant l'incertitude et la complexité de l'environnement externe des marchés dans lesquels la société évolue.

pandémie de COVID-19 constituera un rappel de l'importance de la fonction stratégique des membres du conseil d'administration⁵⁸. En effet, cette fonction occupe également une place notable en vue d'assurer la croissance de la valeur du patrimoine social lorsque vient le temps d'élaborer et de mettre en œuvre une stratégie, particulièrement pour affronter une situation de crise⁵⁹.

2 Le rôle des administrateurs avant, pendant et après une pandémie

Depuis le mois de mars 2020, la pandémie de COVID-19 a entraîné des changements sans précédent dans la gestion des sociétés canadiennes ainsi qu'une réflexion entourant la gouvernance de ces dernières. Si les obligations générales qui s'imposent aux administrateurs sont demeurées les mêmes (en se modulant différemment compte tenu du contexte), il est devenu évident que le conseil d'administration joue un rôle central dans la poursuite des activités de la société et la protection de ses intérêts à long terme⁶⁰. Notamment, la crise sanitaire a permis de souligner l'importance du rôle des administrateurs dans la réduction du risque et des incertitudes découlant des activités menées par les sociétés.

Afin de mieux comprendre les incidences de la pandémie de COVID-19 sur le conseil d'administration, nous aborderons ci-dessous la question de la gestion des risques, ce qui permet habituellement à la société d'anticiper leur évolution et de mieux y réagir en situation de crise (2.1). Cela nous conduira en particulier à mieux comprendre la manière dont la société peut se servir des leçons apprises durant la pandémie afin d'améliorer sa résilience à l'égard du danger que représente la récurrence des crises au cours des années à venir. Enfin, nous examinerons les caractéristiques que devrait posséder un conseil d'administration en vue de favoriser les chances qu'une société surmonte les nombreux défis liés à une crise (2.2).

2.1 La gestion des risques et des crises

Si, dans certains cas, les risques peuvent mettre en danger l'intégrité même des marchés financiers et toucher un grand nombre de sociétés⁶¹, il faut garder en tête que les conséquences découlant des risques peuvent

58. L. YEHUDA ANIDJAR, préc., note 53, 101.

59. L.L. DALLAS, préc., note 30.

60. S. MATHEW et Sh. SIVAPRASAD, préc., note 7, p. 7.

61. V. HARPER HO, préc., note 35, 657. Parmi les risques, pensons notamment aux changements climatiques ou à des pandémies qui, par leurs effets très vastes sur l'ensemble du marché, des entreprises et de leurs activités, peuvent constituer des menaces importantes.

également être positives et constituer une occasion stratégique dans la mesure où ce dernier atteint un niveau considéré comme acceptable⁶². En ce sens, le risque peut être vu comme une habile combinaison de vulnérabilité et d'opportunité. Il est négatif ou positif selon qu'il constitue une menace ou bien une occasion. Il peut représenter un frein à la création de valeur, conduire à la destruction de la valeur existante ou participer à la création de valeur pour la société⁶³. Ainsi, puisque le risque peut servir de levier dans la mesure où il est bien géré, la nécessité de mettre en place des procédures de contrôle interne relatives à la gestion des risques devient évidente⁶⁴.

Tel que nous l'avons mentionné, il revient au conseil d'administration d'établir un programme de gestion des risques adéquat et de surveiller sa mise en œuvre⁶⁵. Ce programme doit avoir pour objet de fournir à la société les outils qui l'amèneront à déterminer et à gérer les événements susceptibles de nuire à sa capacité d'atteindre ses objectifs⁶⁶, tout en permettant au conseil d'administration de capter les risques émergents⁶⁷. Pour ce faire, les administrateurs doivent d'abord être en mesure de

-
62. Sur les catégories de risques et leur gestion, voir notamment : Betty SIMKINS et Steven A. RAMIREZ, « Enterprise-wide Risk Management and Corporate Governance », (2008) 39 *Loy. U. Chi. L.J.* 571, 577; Marc T. MOORE, « The Evolving Contours of the Board's Risk Management Function in UK Corporate Governance », (2010) 10 *J. Corp. Law Stud.* 279, 280; Patrick MIGNAULT, « La gestion du risque d'entreprise », dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 107, aux pages 113 et 114; V. HARPER HO, préc., note 35.
63. B. SIMKINS et S.A. RAMIREZ, préc., note 62; P. MIGNAULT, préc., note 62, aux pages 110 et 111; St. ROUSSEAU, préc., note 8, à la page 232.
64. Plusieurs catégories de risques interagissent. À titre d'exemple, la pandémie de la COVID-19, risque d'origine naturelle, interagit nécessairement avec les risques liés aux opérations ou les risques financiers. Voir : St. ROUSSEAU, préc., note 8, aux pages 232 et 233; V. HARPER HO, préc., note 35; P.L. LEE, préc., note 8, 690; Parveen P. GUPTA et Tim J. LEECH, *Risk Oversight: Evolving Expectations for Boards*, Conference Board's Governance Center, janvier 2014, p. 2, [En ligne] [www.fsb.org/wp-content/uploads/c_140206w.pdf] (3 novembre 2021).
65. En effet, chaque société a sa propre tolérance au risque, ce qui influera sur les stratégies de gestion des risques mises en place. S.M. BAINBRIDGE, préc., note 8, 967, 968 et 973.
66. *Id.*, 969; St. ROUSSEAU, préc., note 8, à la page 233; p. MIGNAULT, préc., note 62, à la page 115, citant l'INSTITUT DE L'AUDIT INTERNE, *Le management des risques de l'entreprise*, Paris, Groupe Eyrolles, 2005, p. 5; J. BIRON et A. MELCHIADE MANIRABONA, préc., note 40, 208.
67. Bref, par le programme de gestion des risques, le conseil d'administration établit un processus qui lui permet de déterminer de manière proactive le type de risque susceptible de nuire aux activités de la société et les niveaux de risque appropriés en tenant compte des objectifs stratégiques de l'organisation. Voir S.M. BAINBRIDGE, préc., note 8, 970.

reconnaître les risques qui se présentent à la société selon sa taille, son domaine ou sa clientèle⁶⁸ et de distinguer les risques qui constituent une menace de ceux dont le potentiel présente une opportunité⁶⁹. Ensuite, le conseil d'administration doit s'assurer que des moyens sont mis en place pour comprendre comment les risques susceptibles d'avoir une incidence négative sur l'atteinte des objectifs peuvent faire l'objet de mesures de mitigation⁷⁰ ainsi que la façon dont l'évolution de ces risques est surveillée⁷¹. Enfin, le conseil d'administration doit vérifier que le processus de gestion des risques le renseigne sur le résultat des mesures d'atténuation et lui permet d'assurer un suivi de performance.

Comme un risque peut à l'occasion se transformer en crise⁷², une bonne gestion de ces derniers fait en sorte que la société est capable de mieux anticiper les crises, d'améliorer sa réaction durant celles-ci et de favoriser sa résilience lorsqu'une crise l'attaque au cœur de ses activités⁷³. Un conseil d'administration qui a déjà doté la société d'un système de gestion des risques approprié peut suivre leur évolution et se rendre compte au fil du temps que les effets de ce dernier évoluent pour devenir hors de contrôle. Ce risque, dont la contingence n'est plus assurée par le programme de gestion, prend alors une telle ampleur qu'il ne menace plus

-
68. Cette évaluation peut être réalisée à l'interne, selon les unités de l'entreprise, les fonctions et les compétences des personnes qui y participent. Voir J. BIRON et A. MELCHIADE MANIRABONA, préc., note 40, 209 et 210.
69. Par le processus de gestion des risques, le conseil d'administration et les dirigeants d'une société identifient, évaluent et traitent les risques en fonction des objectifs d'une société et des stratégies pour les atteindre, de manière à trouver l'équilibre souhaité entre la prise de risque, la croissance de la société et l'augmentation du retour sur l'investissement. La gestion des risques devrait être réalisée à l'échelle de l'entreprise et pas seulement au sein de certaines unités de celle-ci, ni même en vase clos, ce qui justifie par ailleurs que la surveillance doive être coordonnée et surveillée à un haut niveau hiérarchique au sein de la société, être réalisée de manière continue et englober une grande étendue de risques. Voir : B. SIMKINS et S.A. RAMIREZ, préc., note 62, 580 et 581 ; S.M. BAINBRIDGE, préc., note 8, 967-969 ; P. MIGNAULT, préc., note 62.
70. Il existe plusieurs approches en matière de gestion de risques. Par exemple, une société pourrait décider de les éviter en ne réalisant pas des activités, de transférer le risque à un tiers, de mitiger le risque par la mise en place de pratiques de gestion ciblées ou encore d'accepter de vivre avec des risques particuliers et leurs conséquences, lesquels demeurent souvent nécessaires pour l'atteinte de certains objectifs. Voir S.M. BAINBRIDGE, préc., note 8, 969 et 970.
71. V. HARPER HO, préc., note 35. L'approche relativement au risque devrait généralement être calculée de manière à constituer un équilibre entre la croissance à long terme de la société et l'augmentation de la valeur du retour sur l'investissement.
72. Haris HAMIDOVIC, « An Introduction to Crisis Management », *ISACA Journal*, vol. 5, 2012, p. 1, à la page 2.
73. J. GRAHAM, préc., note 42.

seulement l'atteinte des objectifs de la société : il remet en question son existence même⁷⁴.

En vérité, une crise peut se manifester de deux façons. D'une part, une crise peut découler de la prise d'importance d'un risque connu. À titre d'exemple, s'il est tentant d'apposer l'étiquette de « *black swan* » à la pandémie de COVID-19, une calamité si inattendue que les entreprises ne pouvaient pas s'y préparer ; en réalité, les experts prédisent des pandémies depuis des années⁷⁵. D'autre part, la crise peut provenir d'un événement soudain ou inattendu que la société n'aurait pas été en mesure de prévenir⁷⁶.

Pendant une crise (pandémique ou non), les risques qu'elle engendre interagissent avec, entre autres, les risques financiers, opérationnels ou stratégiques de la société, ce qui complexifie la tâche du conseil d'administration. Dans ce contexte, celui-ci doit agir de manière responsable pour s'assurer que des plans de continuité des activités sont en place⁷⁷. En outre, en matière de gestion de risque tout comme pour la gestion de crise, le conseil d'administration doit s'assurer que les processus établis évoluent avec les circonstances et la réalité propres à la société.

Dans ce contexte, pour qu'une société profite des éventuelles opportunités d'affaires et surmonte les difficultés qui découlent de la crise, le conseil d'administration doit être à même de s'adapter au changement et de comprendre les nouvelles possibilités ainsi que les transformations que connaissent les marchés⁷⁸. En outre, un conseil d'administration peut se trouver dans l'obligation de fixer et d'examiner de nouveaux objectifs de gestion de même que de suspendre les nouveaux investissements et projets au besoin.

74. H. HAMIDOVIC, préc., note 72.

75. En janvier 2020, le rapport sur les risques mondiaux du Forum économique mondial avait mentionné les maladies infectieuses comme une menace potentielle pour les entreprises. De même, certaines organisations avaient proposé de la documentation à ce sujet : voir notamment l'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN (ABC), *Les pandémies et les milieux de travail : ressource à l'intention des avocats*, 2014, [En ligne], [www.cba.org/getattachment/Sections/Labour-Employment/Resourses/Resourses/2014/Pandemics-and-the-Workplace-A-Resource-for-Lawyers/PandemicFre.pdf] (27 juin 2020). En ce sens, la pandémie de COVID-19 n'est pas un « black swan ». Voir Seymour BURCHMAN et Blair JONES, « How Boards Can Prepare for Unplanned Catastrophic Events », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 19 septembre 2020, [En ligne], [corpgov.law.harvard.edu/2020/09/19/how-can-boards-prepare-for-unplanned-catastrophic-events/] (27 octobre 2021).

76. H. HAMIDOVIC, préc., note 72.

77. S. MATHEW et Sh. SIVAPRASAD, préc., note 7, p. 8.

78. *Id.*, p. 9.

Plusieurs éléments devraient faire l'objet d'une surveillance par le conseil d'administration ou un comité spécial durant une crise. Par exemple, l'ordre du jour des rencontres du conseil d'administration devrait s'intéresser à ce qui suit⁷⁹ :

- la surveillance des enjeux liés à la santé et à la sécurité des travailleurs ;
- l'efficacité de la chaîne de communication d'urgence afin que celle-ci donne l'assurance au conseil d'administration qu'il détient l'information requise afin de prendre des décisions raisonnables sur la base d'une opinion informée dans les circonstances ;
- la situation financière de la société et sa capacité d'assumer ses obligations à échéance ;
- le respect des mesures sanitaires édictées par les autorités ;
- l'adoption de nouvelles pratiques et lignes directrices permettant d'avoir recours à des mesures gouvernementales pour aider la société ou soutenir ses activités ;
- l'évaluation de la gestion des dirigeants de même que de leur manière de réagir et d'intégrer les mesures indiquées au processus de gestion de crise en posant suffisamment de questions et en effectuant un suivi plus serré qu'en période ordinaire ; et
- l'adoption d'un plan de déconfinement, de retour au travail et de mesures permettant de faire face à une autre vague du virus ou à un reconfinement⁸⁰.

Un conseil d'administration sera également amené à fournir de précieux conseils aux dirigeants placés devant des événements perturbateurs,

79. ABC, préc., note 75 ; William REGNER et Jeffrey ROSEN, « Back to Work : Protect Directors Too », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 19 juin 2020, [En ligne], [corp.gov.law.harvard.edu/2020/06/19/back-to-work-protect-directors-too/] (27 octobre 2021).

80. À titre d'illustration, pensons à la gestion du retour des employés sur le lieu de travail et aux interrogations liées aux demandes en vue de maintenir le télétravail après la pandémie de COVID-19 : cela entraînera plusieurs questions et défis (comme des risques croissants liés à la sécurité des employés, à l'éthique et aux questions de conformité et à tout litige potentiel). En ce sens, les conseils d'administration devraient travailler avec la direction afin d'imaginer à quoi ressemblera un monde après-COVID pour leurs employés, même si l'avenir est loin d'être clair. En outre, d'après Paula LOOP, « Facing the COVID-19 Challenge in Corporate Boardrooms », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 11 août 2020, [En ligne], [corp.gov.law.harvard.edu/2020/08/11/facing-the-covid-19-challenge-in-corporate-boardrooms/] (27 octobre 2021), la plupart des administrateurs (71 %) affirment qu'une flexibilité accrue pour travailler à distance devrait avoir un impact commercial significatif à long terme. Cependant, seulement 22 % disent la même chose à propos de la réduction des

souvent inédits, qui peuvent sérieusement influencer sur la rentabilité de l'entreprise, voire sa survie. Qui plus est, si la crise perturbe plus longuement tous les aspects des opérations de la société, le conseil d'administration devra également se préparer à intervenir dans l'éventualité où l'équipe de direction serait compromise.

Un comité de gestion de crise composé d'administrateurs, de dirigeants et de représentants du personnel⁸¹ peut faciliter la prise de décision pour répondre efficacement à la situation et assurer une communication efficace afin de rassurer les parties prenantes. Effectivement, en temps de crise, certains mécanismes sont susceptibles d'être plus utiles que d'autres à la résilience de l'entreprise. À titre d'illustration, lorsque des événements inhabituels perturbent les activités normales des sociétés, il devient particulièrement important pour ces dernières de veiller à divulguer de l'information au sujet des effets et des risques sur leurs activités, leur situation financière et leurs résultats d'exploitation⁸².

En effet, la diffusion d'informations en période d'incertitude économique permet aux investisseurs d'évaluer les effets sur le fonctionnement actuel et attendu de la société, sa performance et sa situation de trésorerie. Il est également important de réviser et de mettre à jour de manière proactive ces informations à mesure que les faits et les circonstances changent⁸³. À titre d'illustration, les émetteurs dont les liquidités ou les ressources en capital sont considérablement touchées par la pandémie de COVID-19 devraient fournir une évaluation complète de ses effets et les quantifier dans la mesure du possible⁸⁴.

locaux situés dans des immeubles de bureaux. Ainsi, bien qu'ils voient venir le changement, les dirigeants et leur conseil d'administration n'ont peut-être pas commencé à réfléchir à toutes les opportunités offertes par l'environnement post-pandémique.

81. Selon Kh. JEBRAN et Sh. CHEN, préc., note 4, p. 7, ce comité devrait préférablement être composé d'administrateurs indépendants puisqu'ils peuvent généralement accéder à un bassin d'informations et de ressources plus importantes qui s'avèrent essentielles.
82. Les administrateurs et les dirigeants d'une société peuvent également répondre aux crises en modifiant la procédure existante et en indiquant que la société fait des efforts en introduisant des réformes. Voir : Alfred A. MARCUS et Robert S. GOODMAN, « Victims and Shareholders: The Dilemmas of Presenting Corporate Policy during a Crisis », *Academy of Management Journal*, vol. 34, n° 2, 1991, p. 281 ; Kh. JEBRAN et Sh. CHEN, préc., note 4.
83. Michael WILLISCH, Reuven B. YOUNG et Connie MILONAKIS, « Preparing your 2020 Form 20-F », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2 janvier 2021, [En ligne], [corp.gov.law.harvard.edu/2021/01/02/preparing-your-2020-form-20-f/] (27 octobre 2021).
84. AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES (ACVM), *Avis multilatéral 51-361 du personnel des ACVM, Activités du programme d'examen de l'information continue pour les exercices terminés les 31 mars 2020 et 31 mars 2019*, 29 octobre 2020, [En

Par ailleurs, un conseil d'administration devrait participer à la conception de programmes en vue d'anticiper les effets de la crise, par exemple en établissant un plan de continuité de la main-d'œuvre. Pour ce faire, le conseil d'administration devrait tenir compte des nouvelles technologies, des contraintes de rémunération des dirigeants et d'autres adaptations possibles devant une nouvelle réalité commerciale⁸⁵. Afin d'assurer leur croissance, les sociétés devraient aussi accorder une importance accrue aux employés, aux fournisseurs, aux clients et à la collectivité, anticiper les situations à venir et faire preuve de leadership afin de maintenir la confiance de toutes les parties prenantes⁸⁶. Dans cette optique, il peut s'avérer nécessaire de se questionner sur la raison d'être de la société⁸⁷ et sur la force des relations précédemment établies avec ses parties prenantes.

À vrai dire, la crise sanitaire, et économique, liée à la pandémie de COVID-19 est sans précédent et elle est susceptible⁸⁸ d'avoir des effets

ligne], [www.lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-acvm-staff/2020/2020oct29-51-361-avis-acvm-fr.pdf] (27 octobre 2021); ACVM, *COVID-19: Les obligations d'information continue des émetteurs et leurs enjeux*, 6 mai 2020, [En ligne], [www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/uploadedFiles/General/pdfs_fr/COVID-19_Les_obligations_dinformation_continue_des_%C3%A9metteurs_et_leurs_enjeux.pdf] (27 octobre 2021).

85. S.F.A. KHATIB et A.-N.I. NOUR, préc., note 1, à la page 945.

86. Kirsten SULLIVAN et autres, « ESG and Corporate Purpose in a Disrupted World », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 10 août 2020, [En ligne], [corpgov.law.harvard.edu/2020/08/10/esg-and-corporate-purpose-in-a-disrupted-world/] (27 octobre 2021).

87. La raison d'être de l'entreprise correspond à son rôle au sein de la communauté dans laquelle elle évolue. Ce concept implique un engagement proactif envers la communauté et des activités sociales et politiques. La raison d'être de l'entreprise permet de savoir pourquoi cette dernière est en affaires et comment elle le restera, tout en conservant sa pertinence : K. SULLIVAN et autres, préc., note 86. Cette conception pourrait toutefois selon certains limiter plutôt qu'accroître la valeur à long terme de la société. Voir par exemple : Martin LIPTON, Steven A. ROSENBLUM et William SAVITT, « On the Purpose and Objective of a Corporation », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 5 août 2020, [En ligne], [corpgov.law.harvard.edu/2020/08/05/on-the-purpose-and-objective-of-the-corporation/] (27 octobre 2021).

88. Ce changement était déjà amorcé un peu partout à l'échelle mondiale. Pensons en particulier à la déclaration de la Business Roundtable aux États-Unis ou encore au manifeste de Davos : BUSINESS ROUNDTABLE, *Statement on the Purpose of a Corporation*, 19 août 2019, [En ligne], [s3.amazonaws.com/brt.org/BRT-StatementonthePurposeofa-CorporationOctober2020.pdf] (5 novembre 2021); BUSINESS ROUNDTABLE, « Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote "An Economy That Serves All Americans" », 19 août 2019, [En ligne], [www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans] (29 octobre 2021); Klaus SCHWAB, « Manifeste de Davos 2020 : l'objectif universel d'une entreprise dans la Quatrième Révolution industrielle », *World*

importants sur la manière dont les sociétés et les investisseurs envisagent et abordent les problèmes environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) dans le futur⁸⁹. Notamment, la pandémie a placé le «S» de ESG au centre de la discussion dans la gestion de la santé et de la sécurité des employés, ainsi que dans les débats autour de la question de la diversité, de l'inclusion et de la nécessité de s'engager auprès des communautés⁹⁰. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant de constater que les sociétés qui ont élaboré une stratégie ESG efficace au cours des récentes années en récoltent maintenant les fruits et bénéficient d'avantages concurrentiels, sans oublier une reprise plus rapide de leurs activités⁹¹.

Cette approche qui met l'accent sur des valeurs ESG devrait également avoir des répercussions sur les comités de rémunération considérant la surveillance accrue de la rémunération des hauts dirigeants dans un contexte de difficultés économiques, et cela, même si ces dernières résultent d'événements inattendus et exogènes⁹². Nous pouvons nous attendre à ce que la question de la rémunération à accorder aux hauts dirigeants attire davantage l'attention du public lorsqu'une société s'engage dans des actions de réduction des coûts entraînant des licenciements, des congés forcés ou des réductions de salaire pour les employés qui, comme leurs patrons, ne sont pas à l'origine de la crise.

Malgré cela, un conseil d'administration peut être tenté de préserver les incitatifs offerts habituellement aux hauts dirigeants. Pour ce faire, il peut invoquer, entre autres éléments, qu'une baisse de salaire aurait un

Economic Forum, 2 décembre 2019, [En ligne], [fr.weforum.org/agenda/2019/12/manifeste-de-davos-2020-l-objectif-universel-d-une-entreprise-dans-la-quatrieme-revolution-industrielle/] (29 octobre 2021).

89. Kosmas PAPAPOPOULOS, Rodolfo ARAUJO et Simon TOMS, «ESG Driver and the COVID-19 Catalyst», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 27 décembre 2020, [En ligne], [corp.gov.law.harvard.edu/2020/12/27/esg-drivers-and-the-covid-19-catalyst/] (29 octobre 2021); Sur ce sujet, voir également I. TCHOTOURIAN, préc., note 35.
90. K. PAPAPOPOULOS, R. ARAUJO et S. TOMS, préc., note 89.
91. Cette situation a notamment été remarquée lorsque les membres du conseil d'administration et les dirigeants avaient fait des efforts spécifiques en rapport avec la chaîne d'approvisionnement dans leur supervision des questions ESG. Voir David M. SILK, Sabastian V. NILES et Carmen X.W. LU, «The Other “S” in ESG: Building a Sustainable and Resilient Supply Chain», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 14 août 2020, [En ligne], [corp.gov.law.harvard.edu/2020/08/14/the-other-s-in-esg-building-a-sustainable-and-resilient-supply-chain/] (29 octobre 2021).
92. Amit BATISH et autres, *Sharing the Pain: How Did Boards Adjust CEO Pay in Response to COVID-19?*, Stanford Closer Look Series No. CGRP-86, 1^{er} septembre 2020, [En ligne], [www.gsb.stanford.edu/sites/default/files/publication-pdf/cgri-closer-look-86-sharing-the-pain-how-did-boards-adjust-ceo-pay.pdf] (29 octobre 2021).

effet punitif sur des dirigeants talentueux sans qu'ils soient à l'origine des pertes subies par la société. Il peut également indiquer que ces incitatifs sont nécessaires afin d'éviter que lesdits dirigeants examinent d'autres options de carrière dans des sociétés concurrentes. Toutefois, le fait de maintenir la rémunération des hauts dirigeants alors que la société licencie des travailleurs semble mauvais du point de vue de l'opinion publique⁹³, et il est parfois préférable de se montrer solidaire en réduisant la rémunération des hauts dirigeants, en décidant de ne pas octroyer la prime annuelle ou de la reporter⁹⁴.

Dans tous les cas, le conseil d'administration devrait décider de la bonne marche à suivre d'un point de vue économique et sociétal⁹⁵. De ce fait, il devrait prendre des mesures proactives pour évaluer l'impact de la pandémie de COVID-19 sur la rémunération des dirigeants sachant que la divulgation de ces informations sera probablement scrutée de près par les investisseurs⁹⁶, les conseillers des agences de conseil en vote et

93. Par exemple, l'absence de prise en considération des effets de la pandémie de COVID-19 a poussé certains investisseurs institutionnels à exprimer leur mécontentement envers diverses grandes sociétés états-uniennes, dont Starbucks Corp., AT & T, GE et Walgreens Boots Alliance Inc., lors des dernières assemblées d'actionnaires. En effet, plusieurs sociétés n'ont pas réussi à obtenir l'approbation des actionnaires au sujet du plan de rémunération de leurs dirigeants. Même si les votes sur la rémunération ne sont pas contraignants, en temps normal, les sociétés échouent rarement à obtenir le soutien massif des actionnaires : dès lors, l'absence de soutien est un message clair que les choses ont changé, et que l'attitude des administrateurs doit évoluer. Voir Thomas GRYTA, Theo FRANCIS et Drew FITZGERALD, «General Electric, AT&T Investors Reject CEO Pay Plans», *The Wall Street Journal*, 4 mai 2021, [En ligne], [www.wsj.com/articles/general-electric-at-t-investors-reject-ceo-pay-plans-11620147204?reflink=desktopwebshare_permalink] (29 octobre 2021).

94. A. BATISH et autres, préc., note 92.

95. Il est difficile de déterminer quelle est la rémunération adéquate pour les hauts dirigeants lorsque la rentabilité des sociétés est touchée par une crise ou de préciser la manière dont les incitatifs habituels devraient changer pour refléter une baisse imprévue de revenus.

96. À preuve, pensons à la crise médiatique qui a ébranlé le conseil d'administration d'Air Canada lorsqu'il a décidé d'accorder une bonification de 10 millions aux membres de la haute direction du transporteur pour les récompenser de leur bonne gestion et de l'ardeur au travail déployée dès le début de la crise liée à la pandémie de COVID-19, alors que l'entreprise a survécu essentiellement grâce à l'aide massive du gouvernement fédéral. Voir Jean-Philippe DÉCARIE, «Pandémie, cupidité et décence publique», *La Presse*, 2 juin 2021, [En ligne], [www.lapresse.ca/affaires/chroniques/2021-06-02/pandemie-cupidite-et-decence-publique.php] (29 octobre 2021). De même, mentionnons les investisseurs de General Electric et AT&T qui ont rejeté les plans de rémunération des présidents-directeurs généraux de ces sociétés : T. GRYTA, T. FRANCIS et D. FITZGERALD, préc., note 93.

d'autres parties prenantes⁹⁷. À titre d'exemple, l'agence de conseil en vote Institutional Shareholder Services (ISS) a indiqué que les changements apportés aux programmes incitatifs annuels à cause de la crise sanitaire ne seront pas perçus négativement tant que les raisons de ces modifications sont clairement divulguées et que les résultats qui en découlent semblent raisonnables⁹⁸.

Compte tenu des préoccupations spécifiques liées à la pandémie de COVID-19, les investisseurs sont nombreux à avoir précisé qu'une divulgation supplémentaire serait nécessaire pour leur permettre d'évaluer les liens entre les effets de la pandémie et les changements aux programmes incitatifs ou aux attributions discrétionnaires⁹⁹. Ainsi, des informations au sujet des défis spécifiques auxquels la société a été confrontée du fait de la crise sanitaire de même que des informations sur la manière dont ces défis ont rendu obsolète la conception originale du programme de gestion des risques ou ont entraîné l'impossibilité d'atteindre les objectifs de performance d'origine sont pertinentes. En outre, la société devrait expliquer la raison pour laquelle une approche a été préférée et la façon dont celle-ci prend en considération les intérêts des investisseurs¹⁰⁰.

Cela dit, une crise peut aussi engendrer des défis pour les membres du comité de conformité. En effet, les perturbations massives causées par une crise peuvent obliger une société à faire appel à de nouveaux fournisseurs ou à réorganiser son fonctionnement interne, ce qui peut entraîner de nouveaux risques de conformité et augmenter l'exposition aux cyberattaques. Par exemple, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, certains constructeurs automobiles ont déplacé une partie de leur production pour fabriquer des masques, des ventilateurs et d'autres équipements médicaux. Dans ce cas, les responsables de la conformité ont dû s'assurer, souvent dans l'urgence, que le recours à de nouveaux fournisseurs ne

97. Maj VASEGHI, Lori GOODMAN et Sarah GHULAMHUSSAIN, « Compensation-related Considerations for the 2021 Proxy Season », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 30 novembre 2020, [En ligne], [corpgov.law.harvard.edu/2020/11/30/compensation-related-considerations-for-the-2021-proxy-season/] (29 octobre 2021); K. PAPADOPOULOS, R. ARAUJO et S. TOMS, préc., note 89.

98. INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES (ISS), *U.S. Compensation Policies and the COVID-19 Pandemic. Frequently Asked Questions*, 15 octobre 2020, p. 3, [En ligne], [www.issgovernance.com/file/policy/active/americas/US-Preliminary-Compensation-Policies-FAQ-regarding-COVID.pdf] (29 octobre 2021).

99. *Id.*

100. *Id.*

mettait pas la société en danger en créant d'autres risques réputationnels ou de conformité¹⁰¹.

Enfin, lorsque la crise est terminée ou que ses impacts peuvent de nouveau faire l'objet de mesures de contrôle prévues dans le processus de gestion de risques, la réflexion doit toujours figurer à l'ordre du jour. Si des mesures *ex ante* doivent être adoptées avant les événements perturbateurs en vue de prévenir les crises, de garantir la stabilité financière de la société et de la rendre moins vulnérable aux risques exogènes¹⁰², des mesures *ex post* devraient également être mises en place pour réduire l'occurrence de certaines formes de risques susceptibles de nuire aux activités de la société.

Notamment, le conseil d'administration devrait veiller à la mise en place d'un processus de surveillance des risques, définir clairement quels sont les objectifs poursuivis et préciser en quoi la gestion des risques participe à l'atteinte de ses objectifs. En outre, en distinguant la provenance d'une crise, les administrateurs pourront alors évaluer si les processus de gestion des risques de la société auraient pu détecter la crise avant qu'elle évolue au-delà du risque. Ensuite, les administrateurs peuvent se demander si ces processus auraient pu être améliorés de manière à éviter la croissance du risque. S'ils concluent malgré tout qu'aucun processus de gestion des risques n'aurait permis de capter le risque à temps, il leur est néanmoins possible d'évaluer la réaction de la société une fois la crise terminée, de remettre en question le processus de gestion de crise et de décider d'améliorer le système en place¹⁰³.

Indubitablement, une crise peut constituer une occasion pour un conseil d'administration de parfaire sa capacité de réaction face à des crises futures, grâce aux apprentissages que ses membres auront su tirer de la situation. En outre, une crise peut représenter une opportunité pour une société de revoir ses politiques et ses opérations et d'adopter des mesures

101. Dylan TOKAR, « Coronavirus Poses an Array of New Legal Risks for Companies », *The Wall Street Journal*, 23 septembre 2020, [En ligne], [www.wsj.com/articles/coronavirus-poses-an-array-of-new-legal-risks-for-companies-11600869600] (29 octobre 2021).

102. La gestion des risques consiste à identifier, à analyser et à planifier les divers risques auxquels l'entreprise devra faire face, le tout dans le but de les atténuer afin que celle-ci puisse fonctionner plus efficacement. T. HAUGH, préc., note 8.

103. Cette démarche comprend l'identification des types de crises auxquelles une société peut être confrontée, la compréhension de leur nature, ainsi que la manière d'y faire face. Voir Tom CHRISTENSEN, Per LAEGREID et Lise H. RYKKJA, « Organizing for Crisis Management : Building Governance Capacity and Legitimacy », *Public Administration Review*, vol. 76, n° 6, 2016, p. 887, à la page 888.

pertinentes en matière de développement durable, tout en s'attaquant aux changements climatiques.

2.2 Les caractéristiques d'un conseil d'administration résilient

Les sociétés qui ont de bonnes pratiques de gouvernance sont généralement plus profitables à long terme que les autres¹⁰⁴. Par ailleurs, nous pouvons croire que toute société ayant une bonne structure de gouvernance compte également des administrateurs qualifiés qui faciliteront l'accès aux ressources et participeront à l'élaboration de solutions pour surmonter les effets liés à l'occurrence de crises.

Les auteurs Croci, Hertig, Khoja et Lan se sont récemment intéressés aux caractéristiques du conseil d'administration qui contribuent à la capacité d'une société à surmonter une crise et à s'en remettre¹⁰⁵. Précisément, ces chercheurs ont souhaité vérifier les caractéristiques perçues comme les plus pertinentes par le marché afin de surmonter les difficultés découlant d'une crise. Aux fins de leur étude, ils ont ciblé quatre caractéristiques qui, selon eux, sont susceptibles d'influer sur les réactions du marché au moment où se produit une crise : la charge de travail des administrateurs, la taille du conseil d'administration, l'indépendance des membres de ce dernier et le fait que le président-directeur général de la société agit également comme président du conseil d'administration. À la suite de l'analyse de 375 sociétés ayant traversé des crises de différents types entre 1999 et 2016, ils ont conclu que les conseils d'administration dont les caractéristiques favorisaient le rôle de conseil auprès des dirigeants ont été plus utiles pour traverser les crises que ceux dont les caractéristiques étaient axées sur l'exercice de leur fonction de surveillance.

En effet, selon cette étude, seulement deux des caractéristiques examinées ont eu un effet sur la performance de la société en temps de crise. Tout d'abord, les chercheurs ont constaté que la présence d'administrateurs ayant de nombreuses occupations avait eu une incidence positive sur la résilience des sociétés en période de crise. Cela s'explique, à leur avis, par le fait que les administrateurs les plus occupés sont généralement les plus talentueux et ceux qui possèdent la plus grande expertise pour faire face à des situations complexes¹⁰⁶. Dès lors, ils peuvent jouer

104. Anita ANAND, « The Value of Governance », *Rotman International Journal of Pension Management*, vol. 6, n° 2, 2013, p. 38.

105. E. CROCI et autres, préc., note 4.

106. *Id.*, p. 6 et 23.

un rôle prenant davantage d'importance en période de crise puisque leur expérience contribue à accroître l'efficacité du processus décisionnel¹⁰⁷.

Par ailleurs, selon les résultats obtenus par ces chercheurs, la taille du conseil d'administration a également une influence sur la résilience d'une société en période de crise¹⁰⁸. Cette conclusion a en outre été confirmée par une étude plus récente menée par Saleh F.A. Khatib et Abdul-Naser Ibrahim Nour qui ont eux aussi démontré que la taille et la diversification du conseil d'administration ont un effet positif significatif sur la performance des sociétés en période de crise¹⁰⁹. D'après leurs travaux, un conseil d'administration diversifié d'une taille plus importante a de plus grandes chances d'être meilleur en raison de sa diversité sur le plan de l'expertise¹¹⁰, et cela, particulièrement en période de crise¹¹¹. Par ailleurs, selon Khatib et Nour, la diversité des sexes au sein d'un conseil d'administration semble aussi améliorer la performance d'une société en temps de crise, ce qui peut s'expliquer par l'existence d'une grande variété de perspectives, d'attentes et de connaissances lorsque la composition du conseil d'administration est plus diversifiée¹¹².

D'autres études ont également indiqué que la taille du conseil d'administration ainsi que le type d'administrateurs en faisant partie sont susceptibles d'influer sur la façon dont ces derniers sont en mesure d'exercer leur rôle de service et de contrôle. Plus particulièrement, des études ont indiqué que la composition du conseil d'administration a des répercussions sur sa capacité à jouer son rôle de conseil. Selon certains auteurs, la réponse et la gestion efficaces d'une situation de crise par le conseil d'administration dépendent notamment de la compréhension individuelle et collective des particularités de la société et du contexte particulier¹¹³. Cette aptitude à comprendre est éclairée par l'expérience antérieure de chacun des administrateurs, ainsi que par leurs connaissances, leur capacité à collecter et à traiter des informations, leur leadership, leur réseau d'information et la culture du conseil d'administration¹¹⁴.

107. Kh. JEBRAN et Sh. CHEN, préc., note 4.

108. E. CROCI et autres, préc., note 4, p. 18.

109. S.F.A. KHATIB et A.-N.I. NOUR, préc., note 1.

110. *Id.*, à la page 944. Selon J.W. WINTER et E. VAN DE LOO, préc., note 32, à la page 234, cette situation ne vient toutefois pas sans risque : « A board composed of widely diverse members may find it more difficult to come to a joint understanding of the company's situation, and even if they think they have such joint understanding, in fact they may not, due to different interpretations of the same facts, figures and words. »

111. S.F.A. KHATIB et A.-N.I. NOUR, préc., note 1, à la page 950.

112. *Id.*

113. M. BENSON-REA, L. ERAKOVIC et S.M. WATSON, préc., note 54, à la page 111.

114. *Id.*

Lynne L. Dallas considère d'ailleurs qu'un conseil d'administration ayant un certain niveau de diversification ethnique et de genre est mieux outillé pour offrir des conseils à la direction et pour faciliter l'accès aux ressources et aux services facilitant le bon fonctionnement des affaires de la société¹¹⁵. De même, d'autres études soulignent que des personnes ayant des connaissances, des compétences et des expériences différentes peuvent, en tant que groupe, gérer plus facilement des problèmes complexes et élaborer des solutions créatives¹¹⁶.

Dans ce contexte, tout conseil d'administration de taille importante, où il y a habituellement davantage d'administrateurs indépendants et une plus grande diversification, est donc présumé être plus propice au débat et à la discussion sur la mission, les objectifs et la stratégie appropriée pour la société¹¹⁷. Comme le professeur Stephen M. Bainbridge le suggère, cela s'explique en théorie de diverses façons :

Larger size may facilitate the board's resource-gathering function. More directors will usually translate into more interlocking relationships with other organizations that may be useful in providing resources such as customers, clients, credit, and supplies. Board interlocks may be especially helpful with respect to formation of strategic alliances [...] Larger boards with diverse interlocks are also likely to include a greater number of specialists – such as investment bankers or attorneys. This is relevant not only to the board's resource-gathering function, but also to its monitoring and service functions. Complex business decisions require knowledge in such areas as accounting, finance, management, and law. Providing access to such knowledge can be seen as part of the board's resource-gathering function. Board members may either possess such knowledge themselves or have access to credible external sources who do. This hypothesis is consistent with the new institutional economics view of specialists. In that model, specialization is a rational response to bounded rationality. The expert in a field makes the most

115. La professeure L.L. DALLAS, préc., note 30, 800, précise ceci :

Corporations with diverse boards are expected to have greater sensitivity to these stakeholder issues; thus, diverse boards enable these corporations to more effectively relate to their socioeconomic environment. Boards also perform other relational roles that facilitate the corporations' interactions with their environment. Corporations benefit from understanding their legal and financial environment and supplier markets. Between 1970 and 1980, twenty-six percent of board members were financiers, consultants, legal counsel, and directors employed by related businesses.

In summary, boards perform various relational roles by having persons on their boards who assist the corporations in dealing with environmental uncertainties. These persons lend legitimacy to the corporations and help the corporations in their operations by, among other things, assisting the corporation in effectively relating to shareholders and various other corporate stakeholders.

116. M. BENSON-REA, L. ERAKOVIC et S.M. WATSON, préc., note 54 ; B. TRICKER, préc., note 30, p. 53 ; L.L. DALLAS, préc., note 30, 819.

117. S.A. ZAHRA et J.A. PEARCE II, préc., note 52, aux pages 308 et 309.

of his or her limited capacity to absorb and master information by limiting the amount of information that must be processed through limiting the breadth of the field in which the expert specializes. As applied to the corporate context, larger, more diverse boards likely contain more specialists, and therefore should get the benefit of specialization¹¹⁸.

Aussi, les sociétés confrontées à des décisions importantes gaspillent une ressource précieuse si elles n'utilisent pas l'expertise des membres de leur conseil d'administration. Faire participer les administrateurs à la gestion de l'entreprise est efficace pour les sociétés qui ont besoin d'un soutien en ce qui a trait à certaines décisions stratégiques, en particulier par rapport au coût d'obtention de services similaires par des consultants externes. Ainsi, un conseil d'administration qui comprend des administrateurs ayant une expertise technique ou encore une expérience de l'industrie ou de questions commerciales comparables fournit à un président-directeur général une équipe d'experts qui peut améliorer la prise de décision et éviter des erreurs coûteuses¹¹⁹. En ce sens, une étude menée par John A. Pearce II et Shaker A. Zahra suggère qu'il existe une corrélation entre l'incertitude de l'environnement et le nombre d'administrateurs externes au sein d'une société¹²⁰ puisque ces derniers contribuent de manière importante au processus décisionnel du conseil d'administration de par leurs conseils, leur expertise et le point de vue externe qu'ils peuvent offrir sur les situations où le niveau d'incertitude est grand (comme en cas de crise).

Les administrateurs externes peuvent également participer au processus stratégique en agissant comme caisse de résonance pour l'équipe de direction, fournir une contribution externe au processus stratégique et soutenir les dirigeants afin de maximiser la valeur de la société en établissant des contacts et en aidant à améliorer la réputation de la société¹²¹. Par ailleurs, les administrateurs externes assurent le flux de communication entre l'entreprise et les parties prenantes et envoient un message indiquant que des mesures sont prises pour répondre aux préoccupations de ces dernières¹²². Ce faisant, l'apport des administrateurs externes, généralement des administrateurs indépendants, ne se limite pas seulement

118. S.M. BAINBRIDGE, préc., note 52, 43.

119. J.E. FISCH, préc., note 49, 285 et 286.

120. John A. PEARCE II et Shaker A. ZAHRA, « Board Composition from a Strategic Contingency Perspective », *Journal of Management Studies*, vol. 29, n° 4, 1992, p. 411, à la page 418.

121. Humphrey HUNG, « A Typology of the Theories of the Roles of Governing Boards », (1998) 6 *Scholarly Research and Theory Papers*, vol. 6, n° 2, 1998, p. 101, à la page 102.

122. J.A. PEARCE II et S.A. ZAHRA, préc., note 120. Soulignons toutefois que l'étude menée par E. CROCI et autres, préc., note 4, p. 18, précise que la présence d'un nombre important d'administrateurs indépendants n'améliore pas la résilience des sociétés en période

à la surveillance des dirigeants¹²³. Ils peuvent également jouer un rôle important en période de crise de par leur expertise¹²⁴. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que les membres externes du conseil permettent à la société :

- 1) de coordonner la société avec son environnement externe ;
- 2) d'obtenir des conseils et un accès à l'information par des administrateurs qui ont des compétences et des réseaux différents ;
- 3) d'améliorer le soutien, le statut et la légitimité de la société aux yeux des publics visés ;
- 4) d'effectuer un suivi de l'orientation stratégique de la société¹²⁵.

de crise, car les dirigeants ont davantage besoin d'être entourés de personnes pouvant les soutenir que de personnes habiles à les surveiller, d'où l'importance de mettre en avant le rôle de conseil des administrateurs.

123. Notons d'ailleurs que certains mettent en doute le fait que les administrateurs indépendants sont les mieux placés pour surveiller les dirigeants. Voir notamment J.W. WINTER et E. VAN DE LOO, préc., note 32, à la page 232 :

[T]he more we insist on non-executive independence and exclude persons with close relations to the company, the more non-executive members become dependent on executive directors as the single source of information about the business and the assessments of risks and opportunities. By insisting on non-executive independence, governance regulation may actually have contributed to poorer monitoring by boards of financial institutions.

Voir également Yvan ALLAIRE, *Les administrateurs sont indépendants, mais sont-ils légitimes et crédibles ?*, Montréal, Institut sur la gouvernance d'organisations privées et publiques (IGOPP), 2018, p. 7, [En ligne], [www.igopp.org/wp-content/uploads/2018/06/IGOPP_PP_Independant_PP10_FR_vf.pdf] (29 octobre 2021) : « Bien qu'ayant contribué à un certain assainissement de la gouvernance des sociétés, force est de constater que cette sacro-sainte indépendance, dont certains ont fait la pierre angulaire, voire la pierre philosophale de la "bonne" gouvernance, n'a pas donné tous les résultats escomptés. »

En effet, selon l'IGOPP, l'élément qui fait défaut à trop de conseils n'est pas leur indépendance, mais la légitimité et la crédibilité de leurs membres.

124. La présence d'une expertise réelle est toutefois nécessaire afin qu'une personne puisse contribuer de manière significative au bon fonctionnement du conseil d'administration. Cela se manifeste notamment par une bonne connaissance du domaine d'activité de la société, des marchés auxquels elle s'adresse et de son modèle d'affaires. Voir : Y. ALLAIRE, préc., note 123, p. 21 ; J.W. WINTER et E. VAN DE LOO, préc., note 32, à la page 233.
125. Selon la professeure L.L. DALLAS, préc., note 30, 805 :

[W]omen, minority, and foreign directors provide advice, support, enhanced status, and legitimacy to the corporation's operations. These functions may also be provided by having bankers, environmentalists, major suppliers, and customers on corporate boards. Thus, « because of their prestige in their professions and

De ce fait, il n'est pas surprenant que la composition du conseil d'administration soit directement liée aux chances de survie de la société en période de crise.

Ainsi, la crise liée à la pandémie de COVID-19 a rappelé les avantages d'une diversité d'expertises, de points de vue et de réseaux, sans oublier une représentation juste des communautés visées. De même, elle a également permis de confirmer que la composition¹²⁶ du conseil constitue une considération importante pour permettre aux administrateurs d'assumer leur rôle stratégique et d'améliorer la performance de la société et sa position concurrentielle afin de maximiser la richesse des actionnaires¹²⁷ et de l'ensemble des parties prenantes¹²⁸.

3 La responsabilité et l'exonération des administrateurs

Durant une crise, le conseil d'administration peut devoir adopter rapidement de nouvelles politiques, ou encore prendre des décisions d'affaires importantes en réaction à des situations inhabituelles avec des effets parfois inattendus. Qu'il soit question de maintenir ouvertes des usines ou de les fermer, de réduire les commandes ou encore de convertir la production pour fabriquer des masques ou des ventilateurs, ces décisions qui sont souvent prises en s'appuyant sur des informations limitées comportent leur lot de risques et d'incertitudes pour les administrateurs¹²⁹ qui peuvent faire l'objet de critiques *a posteriori*.

De plus, l'anticipation de poursuites en responsabilité peut amener les administrateurs à se montrer réticents à prendre des mesures qui changent

communities, directors are able to extract resources for successful company operations... [T]hese activities are believed to enhance the firm's legitimacy in society and to help it achieve goals of efficiency and improved performance.

126. J.A. PEARCE II et S.A. ZAHRA, préc., note 120, aux pages 411 et 412.

127. Malgré cela, il faut toutefois se garder d'imposer des règles strictes en ce qui a trait à la composition du conseil d'administration puisque, même si l'indépendance, l'expertise et la diversité peuvent être pertinentes pour son bon fonctionnement, il n'existe pas de relation directe et claire entre ces facteurs et la performance réelle de la société. Il revient au conseil d'administration d'établir la manière dont il doit être constitué en tenant compte de la taille de la société, de la complexité de ses activités et de l'industrie où elle évolue. Voir J.W. WINTER et E. VAN DE LOO, préc., note 32, aux pages 246 et 247.

128. La composition du conseil fait référence au nombre d'administrateurs et au type de membres, tels qu'ils sont déterminés par la classification habituelle d'interne ou d'externe : J.A. PEARCE II et S.A. ZAHRA, préc., note 120, à la page 413.

129. Luca ENRIQUES, « Pandemic-resistant Corporate Law : How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty during the Covid-19 Crisis », *European Company and Financial Law Review*, vol. 17, n^{os} 3-4, 2020, p. 257, à la page 273.

le *statu quo*¹³⁰. Même si l'absence de nouvelles initiatives ayant pour objet de modifier les stratégies en place peut sembler préférable du point de vue des créanciers, des changements s'avèrent parfois nécessaire en situation de crise. Dans ce contexte, l'immobilisme des administrateurs, leur aversion pour le risque ou leurs incertitudes peut entraîner l'insolvabilité ou créer d'autres problèmes à long terme¹³¹. En ce sens, les administrateurs qui s'abstiendraient de prendre des décisions difficiles par crainte d'engager leur responsabilité pourraient porter atteinte aux intérêts à long terme de la société.

Fort heureusement, à titre de mandataires¹³², les administrateurs ne voient généralement pas leur responsabilité personnelle engagée envers les tiers qui ont conclu un contrat avec la société¹³³. Pour cela, les administrateurs doivent toutefois s'assurer d'exercer le degré de prudence et de diligence nécessaire afin que les décisions prises constituent des décisions d'affaires raisonnables. Dans cet objectif, tout conseil d'administration doit toutefois s'assurer d'avoir accès à des informations fiables afin de mieux comprendre les risques et les défis potentiels associés à la crise. De même, il peut être nécessaire de faire appel à des experts en vue d'obtenir des informations supplémentaires pour comprendre pleinement les risques liés à la crise, la portée de cette dernière ainsi que ses implications. En effet, tel que la Cour suprême le soulignait dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise* :

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

130. *Id.*, à la page 272.

131. *Id.*

132. La relation entre la société et ses administrateurs correspond à celle du mandat, comme le prévoient les articles 321 et 2138 du Code civil, 119 de la LSAQ, ainsi que 120 et 122 de la LCSA. Puisque la société est une personne morale distincte de ses membres et administrateurs, la responsabilité de ces derniers à l'égard des tiers ayant contracté avec la société ne peut être retenue, à moins que les administrateurs n'aient commis une faute extracontractuelle ayant causé un préjudice auxdits tiers. Autrement, les administrateurs ne devraient en principe être redevables qu'envers la société et cette dernière envers les personnes avec qui elle fait affaire. Voir l'arrêt *Lanoue c. Brasserie Labatt ltée*, J.E. 99-857, 1999 CanLII 13784 (QC C.A.).

133. Charles CHEVRETTE et Pierre-Christian COLLINS HOFFMAN, *Responsabilité des administrateurs de sociétés par actions du Québec. Sources supplétives de responsabilité civile et pénale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, par. 21.

si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence, il convient de répéter que *l'on n'exige pas d'eux la perfection*¹³⁴.

Ainsi, dans l'exercice de leur jugement d'affaires, les administrateurs et les dirigeants sont tenus d'agir avec prudence et diligence à la lumière de toutes les informations qu'ils connaissaient ou qu'ils auraient raisonnablement dû connaître. Cela étant, en période de crise, les décisions d'affaires sont prises dans un contexte particulier dont les tribunaux doivent tenir compte puisque la situation modifie l'environnement dans lequel les sociétés et leur conseil d'administration opèrent¹³⁵. Selon les professeurs Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, l'obligation de se renseigner doit être modulée en fonction des circonstances, en tenant compte notamment des contraintes temporelles et de l'urgence dans laquelle la décision s'inscrit¹³⁶.

Lorsqu'ils font face à une décision d'affaires qui s'inscrit dans une gamme de choix raisonnables¹³⁷, les juges doivent faire preuve de déférence envers la décision prise par le conseil d'administration et éviter la tentation de la juger à la lumière des informations rendues disponibles *a posteriori*. Tel que la Cour suprême l'a souligné dans l'arrêt *Peoples*:

Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise¹³⁸.

Dès lors, la règle de l'appréciation commerciale confère au conseil d'administration un pouvoir décisionnel étendu en reconnaissant ses prérogatives de gestion, ce qui devrait offrir à ses membres un certain niveau de confort pendant la crise où les informations (et la désinformation) disponibles peuvent rendre la prise de décision plus difficile¹³⁹.

134. Arrêt *Peoples*, préc., note 18, par. 67 (l'italique est de nous).

135. En effet, il serait bien difficile de prétendre que la pandémie de COVID-19 n'a pas engendré de graves conséquences sur les activités usuelles des sociétés ou sur le processus décisionnel du conseil d'administration. Rappelons que, à certains moments de la crise sanitaire, des mises à jour et de nouvelles mesures étaient annoncées presque tous les jours.

136. R. CRÊTE et St. ROUSSEAU, préc., note 11, p. 426.

137. Nous nous référons ici à la doctrine sur laquelle les tribunaux s'appuient pour éviter de remettre en question les décisions des conseils d'administration, à condition que la décision ait été prise de manière éclairée et qu'elle soit raisonnable dans les circonstances.

138. Arrêt *Peoples*, préc., note 18, par. 67.

139. L. LEVINE et W.J. BRAITHWAITE, préc., note 3.

Notons toutefois que la règle de l'appréciation commerciale ne sera pas applicable dans tous les cas. Elle ne donnera pas aux conseils d'administration, à la direction et aux sociétés la permission d'ignorer les obligations statutaires¹⁴⁰. En conséquence, dans la mesure où une société doit se conformer à des lois nouvellement adoptées ou à des ordonnances gouvernementales, elle doit chercher à les comprendre afin de s'y conformer pleinement¹⁴¹.

Par ailleurs, compte tenu des problèmes uniques auxquels un conseil d'administration doit faire face en période de crise, lorsqu'il commencera à reprendre ses activités de manière normale ou à effectuer une transition vers des opérations d'après-crise, ou les deux à la fois, de bonnes règles de gouvernance s'avéreront importantes pour les administrateurs et les dirigeants¹⁴². En effet, tel que l'a indiqué la Cour suprême dans l'arrêt *Peoples* :

La méthode contextuelle dictée par l'al. 122(1) b) de la LCSA fait ressortir non seulement les faits primaires mais elle permet aussi qu'il soit tenu compte des conditions socioéconomiques existantes. L'apparition de normes plus strictes force les sociétés à améliorer la qualité des décisions des conseils d'administration. *L'établissement de règles de régie d'entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leur obligation de diligence*¹⁴³.

Il y a fort à parier que, à la suite de la crise sanitaire engendrée par la pandémie de COVID-19, de nouvelles pratiques seront mises en place par les conseils d'administration et que ces dernières établiront de nouvelles normes pour les tribunaux qui auront à déterminer si les administrateurs et les dirigeants se sont comportés avec prudence et diligence.

Conclusion

Malheureusement, les populations sont susceptibles de connaître davantage de crises au cours des années à venir. Les cyberattaques, les catastrophes météorologiques dues au changement climatique¹⁴⁴ et les pandémies risquent d'affecter de plus en plus la production et le bon

140. En matière d'appréciation d'une norme juridique à un ensemble de faits donnés, il appartient aux tribunaux d'établir les exigences. En conséquence, la règle de l'appréciation commerciale ne s'applique pas dans ce contexte : *Kerr c. Danier Leather inc.*, [2007] 3 R.C.S. 331, 2007 CSC 44, par. 55 ; *Sharbern Holding c. Vancouver Airport Centre*, [2011] 2 R.C.S. 175, 2011 CSC 23, par. 57.

141. L. LEVINE et W.J. BRAITHWAITE, préc., note 3.

142. *Id.*

143. Arrêt *Peoples*, préc., note 18, par. 64 (l'italique est de nous).

144. À la lumière de ces développements et d'autres, il est désormais largement admis que les impacts du changement climatique posent des risques prévisibles et souvent significatifs pour la performance financière et les perspectives des entreprises.

fonctionnement des sociétés. Cela s'explique facilement considérant que les marchés et les entreprises sont désormais profondément interconnectés et que les effets d'une crise survenant à un endroit précis peuvent se propager rapidement ailleurs dans le monde¹⁴⁵.

Les conseils d'administration ont la responsabilité de prendre les moyens raisonnables en vue d'améliorer la résilience des sociétés dans ce nouvel environnement. Or, dans le passé, l'orientation à court terme des marchés financiers a souvent éloigné les administrateurs de cet objectif de résilience. La crise sanitaire liée à la pandémie de COVID-19 modifiera peut-être cet état de fait en donnant aux administrateurs de nouveaux moyens et surtout d'autres incitatifs pour effectuer un examen exhaustif des risques¹⁴⁶ afin de trouver des solutions visant à minimiser les perturbations¹⁴⁷.

Pour plusieurs, la crise sanitaire liée à la pandémie de COVID-19 constitue un catalyseur de changements ainsi qu'un signe nous indiquant qu'il faut dorénavant faire les choses autrement en accordant davantage de place aux questions liées à l'environnement, à la société et à la gouvernance¹⁴⁸. Notamment, la crise sanitaire aura permis d'accélérer des changements organisationnels majeurs en rapport avec la place que les sociétés doivent accorder aux parties prenantes (employés, clients et communauté) non seulement parce que c'est la « bonne chose à faire », mais également parce que cela s'avère profitable pour les sociétés elles-mêmes¹⁴⁹.

Bien qu'il soit encore trop tôt pour avoir une idée précise des effets de la crise sanitaire liée à la pandémie de COVID-19, nous espérons que notre article aura fourni certaines informations sur la façon dont cette crise a donné ouverture à des opportunités et à des défis pour les sociétés ; plus encore, nous souhaitons modestement qu'il participera à une réflexion nécessaire relativement à la gouvernance des sociétés.

145. S. BURCHMAN et Bl. JONES, préc., note 75.

146. *Id.*

147. *Id.*

148. Notamment, les administrateurs doivent désormais ajouter un niveau de base de compétences climatiques à leur ensemble de compétences en matière de gouvernance. Voir: Ellie MULHOLLAND et autres, « Climate Change and Directors' Duties : Closing the Gap Between Legal Obligation and Enforcement Practice », dans Richard LEBLANC (dir.), *The Handbook of Board Governance*, 2^e éd., Hoboken, John Wiley & Sons, 2020, p. 335 ; I. TCHOTOURIAN, préc., note 35 ; Jaap W. WINTER, « Addressing the Crisis of the Modern Corporation: The Duty of Societal Responsibility of the Board », *SSRN*, 13 avril 2020, [En ligne], [www.ssrn.com/abstract=3574681] (29 octobre 2021).

149. M. BENSON-REA, L. ERAKOVIC et S.M. WATSON, préc., note 54, p. 117.