

MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC

Projet de loi C-25 – Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions, la Loi canadienne sur les coopératives, la Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif et la Loi sur la concurrence

Présenté au Comité sénatorial permanent
des banques et du commerce

4 décembre 2017

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie les membres de son Comité consultatif sur les sociétés et les personnes morales :

M^e Paul M. Martel, Ad. E., président
M^e Charles Denis
M^e Marie Giguère, Ad. E.
M^e Daniel Grégoire
M^e Chadi Kassab
M^e Louis Mazurette
M^e Stéphane Rousseau
M^e Marie-Andrée Roy

Le secrétariat de ce Comité est assuré par le Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques du Barreau du Québec :

M^e Nicolas Le Grand Alary

Édité en décembre 2017 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-17-5

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2017
Dépôt légal — Bibliothèque et Archives Canada, 2017

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
1. COMMENTAIRES DÉTAILLÉS.....	1
1.1 Article 13(1) du projet de loi.....	1
1.1.1 Élection des administrateurs.....	1
1.1.2 Vote distinct pour chaque candidat	2
1.1.3 Vote majoritaire.....	2
1.2 Article 13(2) du projet de loi.....	4
1.2.1 Poursuite du mandat	4
1.2.2 Nombre incomplet	4
1.2.3 Nominations entre les assemblées annuelles	5
1.2.4 Exception	5
1.3 Article 24 du projet de loi	6
1.3.1 Diversité dans les sociétés	6
2. AUTRES PROPOSITIONS DE MODIFICATION À LA LCSA	6
2.1 Rémunération des hauts dirigeants	6
CONCLUSION.....	7

INTRODUCTION

Le 28 septembre 2016, l'honorable Navdeep Singh Bains, ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique, a déposé à la Chambre des communes le projet de loi C-25 intitulé *Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions, la Loi canadienne sur les coopératives, la Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif et la Loi sur la concurrence*.

Le projet de loi apporte des modifications substantielles à *la Loi canadienne sur les sociétés par actions* (ci-après la « LCSA »), notamment en obligeant les sociétés ayant fait appel au public à tenir annuellement une élection des administrateurs, en exigeant le vote distinct pour chaque candidat, en exigeant le vote majoritaire lors des élections non contestées et, pour toutes les sociétés par actions, en favorisant la diversité au sein des conseils d'administration.

Le Barreau du Québec a pris connaissance du projet de loi et fait part de ses commentaires.

De façon générale, le Barreau voit d'un bon œil la réforme de la LCSA. Le projet de loi tel que présenté constitue un excellent point de départ pour faire de la LCSA une loi à la fois modèle et concurrentielle.

Toutefois, il reste encore du chemin à faire. Le Barreau souhaite que le législateur fédéral profite de cette rare mise à jour de la LCSA (la dernière remonte à 2001) pour positionner le Canada à l'avant-garde de ce qui se fait en matière de législation des sociétés par actions. Ainsi, le Barreau encourage le législateur fédéral à étendre la portée de la révision de la loi.

En effet, dans sa forme actuelle, le projet de loi ne va pas assez loin. L'attention est portée presque uniquement sur la gouvernance, et même en se concentrant sur ce thème, le projet de loi passe à côté d'occasions manifestes de moderniser de façon significative les pratiques actuelles, notamment en ce qui concerne la diversité des membres des conseils d'administration ou la rémunération des dirigeants.

1. COMMENTAIRES DÉTAILLÉS

Les commentaires détaillés visent les changements apportés à la LCSA. Il s'agit plus précisément des articles 13(1), 13(2) et 24 du projet de loi C-25.

1.1 Article 13(1) du projet de loi

1.1.1 Élection des administrateurs

Il serait souhaitable de profiter de cette mise à jour de l'article 106 de la LCSA pour réviser sa version française, notamment au paragraphe 106(3), où les mots « at which an election of directors is required » ont été traduits par les mots, plus vagues et imprécis, « s'il y a lieu ».

Le Barreau recommande la révision du libellé de la version française du paragraphe 106(3) de la LCSA.

La durée du mandat des administrateurs étant réduite à un an pour les sociétés ayant fait appel au public, il y aura donc élection à chaque assemblée annuelle. Ainsi, au paragraphe 106(3.1), les mots « s'il y a lieu », dans la version française, et « at which an election of directors is required », dans la version anglaise, semblent de trop.

De plus, puisque les mandats décalés sont par la force des choses exclus, il faudrait ajouter « malgré le paragraphe (4) ».

Le Barreau recommande que le paragraphe 106(3.1) soit modifié en conséquence.

Il est difficile de commenter le paragraphe 106(3.2) sans connaître les catégories de sociétés faisant exception au paragraphe 106(3.1) et les circonstances qui le rendront inapplicable, ces deux informations étant prévues par règlement. Il est nécessaire de présenter pour étude un projet d'amendement au *Règlement sur les sociétés par actions de régime fédéral* (ci-après le « Règlement ») qui donnerait une meilleure vision d'ensemble des modifications apportées.

Le Barreau recommande donc que le législateur fédéral produise un projet de Règlement relatif aux modifications pertinentes du projet de loi.

1.1.2 Vote distinct pour chaque candidat

Concernant le paragraphe 106(3.3), le Barreau du Québec salue l'initiative du législateur fédéral d'interdire le scrutin de liste. Il sera déterminé par règlement pour quelles sociétés un vote distinct des actionnaires sera tenu pour chaque candidat au poste d'administrateur. Nous savons que cette exigence vise les sociétés inscrites à la Bourse de Toronto (TSX), en vertu de l'article 461.2 du *TSX Company Manual*. Nous supposons que le Règlement reflétera ce fait.

Le Barreau salue l'initiative du législateur fédéral d'interdire le scrutin de liste.

1.1.3 Vote majoritaire

Au paragraphe 106(3.4), le Règlement déterminera aussi les exceptions à la nouvelle règle du « vote majoritaire » dans les sociétés ayant fait appel au public.

Ce paragraphe ne vise que les élections non contestées, c'est-à-dire celles où il y a le même nombre de candidats que de postes d'administrateurs à pourvoir. Il peut donc être écarté par la moindre proposition dissidente de candidat, ne serait-ce que d'un seul, même s'il y a, par exemple, dix postes à combler.

La notion d'« élection contestée » aurait avantage à être réexaminée à la lumière des interrogations suivantes :

- ✓ Veut-on que le mécanisme du vote majoritaire soit automatiquement écarté dès qu'une proposition dissidente d'un candidat (par rapport, par exemple, à une liste de dix (10) candidats soumise par la direction) est présentée? Cela pourrait permettre à une direction mal intentionnée de soustraire sa liste de candidats au vote majoritaire en s'arrangeant avec un ou quelques actionnaires pour qu'ils soumettent une proposition de candidature

additionnelle pour insertion dans la circulaire ou, même, lors de l'assemblée (ce que permet l'article 137(4) de la loi) pour arriver à un tel résultat.

- ✓ Ne serait-il pas possible de permettre que soient traitées comme contestées la ou les candidatures qui sont précisément ciblées par des propositions dissidentes de candidats alternatifs, ce que le nouveau paragraphe 106(3.3) peut faciliter, et comme non contestées et soumises au mécanisme du vote majoritaire, les autres candidatures?
- ✓ Est-il vraiment nécessaire qu'une élection soit non contestée pour que le mécanisme du vote majoritaire s'applique, si les conséquences d'une élection incomplète sont prévues aux paragraphes 106(6) et (7)?

Le Barreau recommande de réexaminer la notion d'élection non contestée comme condition *sine qua non* de l'application du paragraphe 106(3.4).

La règle du vote majoritaire a le mérite certain d'éliminer le mécanisme d'une validité et d'une efficacité douteuses de la démission obligatoire soumise à l'approbation du conseil d'administration, prévu depuis peu à l'article 461.3 du *TSX Company Manual*.

Elle a la caractéristique innovatrice de permettre que des voix soient exprimées contre l'élection d'administrateurs. Cela contredit les paragraphes 9(4)(4) et (6) du *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*, auquel réfère l'article 54 du Règlement, qui exigent que le fondé de procuration vote pour l'élection d'un candidat ou s'abstienne. C'est précisément de cette exigence que découle la carence démocratique que l'article 461.3 du *TSX Company Manual* tente de pallier.

En pratique, le Barreau constate que la modification à l'article 54 du Règlement soustrayant les sociétés fédérales à l'exigence 9.4(4) et (6) du *Règlement 51-102* aurait suffi pour instaurer la règle du vote majoritaire, par simple application de l'exigence d'une résolution ordinaire, aux paragraphes 106(3) et (3.1). Le Barreau comprend néanmoins que l'insertion du paragraphe 106(3.4) est utile en raison de son interrelation avec d'autres paragraphes et de l'importance de bien signaler, dans la loi elle-même, le changement opéré à une forme de vote enracinée dans la pratique depuis longtemps.

À tout événement, une modification à l'article 54 du Règlement sera requise.

Il restera à voir si cette modification consistera à remplacer l'instruction d'abstention par celle de voter contre, ou à ajouter la seconde à la première.

À cet égard, le Barreau attire l'attention du législateur, comme source d'inspiration, sur les changements proposés par la *Securities Exchange Commission* aux règles relatives aux procurations publiées¹.

¹ En ligne : <https://www.sec.gov/rules/proposed/2016/34-79164.pdf>.

Le Barreau recommande de modifier l'article 54 du Règlement pour le rendre compatible avec le paragraphe 106(3.4).

1.2 Article 13(2) du projet de loi

1.2.1 Poursuite du mandat

L'introduction de la règle du vote majoritaire aura pour conséquence de permettre que l'élection d'un ou de plusieurs candidats ne puisse s'effectuer, ce qui pose la question : qu'advient-il des postes d'administrateur non remplis?

Le premier élément de réponse à cette question est fourni par le paragraphe 106(6) relatif à la poursuite du mandat (« holding over ») des administrateurs dont les remplaçants ne sont pas élus.

Le Barreau constate que la modification apportée au paragraphe 106(6) y ajoute la référence aux nouveaux paragraphes 106(3.1) et (3.2) et non au paragraphe (3.4). Il déduit des mots « à défaut d'élections de nouveaux administrateurs » au paragraphe 106(6) que celui-ci ne s'applique qu'en cas de non-élection de tous les candidats, si aucun d'eux n'a recueilli un vote majoritaire.

Il remarque qu'aussitôt qu'un administrateur est élu, le paragraphe 106(6) ne s'applique pas. Le paragraphe 106(7) prend alors toute son importance.

1.2.2 Nombre incomplet

Le paragraphe 106(7) qui permet aux administrateurs élus d'agir malgré le fait que leur nombre est inférieur au nombre fixe ou minimal d'administrateurs requis par les statuts, du moment qu'ils forment quorum, est modifié pour ajouter la référence à la règle du vote majoritaire du paragraphe 106(3.4).

Le Barreau comprend que le but de cette modification est de tenter de pallier les conséquences néfastes d'une « élection manquée » (« failed election ») pour cause d'absence de vote majoritaire, rendant la société incapable d'agir faute du nombre requis d'administrateurs.

La modification pourrait, de l'avis du Barreau, être bonifiée à deux égards :

- ✓ Permettre aux administrateurs d'agir malgré le paragraphe 114(3) (résidents canadiens);
- ✓ Remplacer les mots « les administrateurs élus lors de l'assemblée » par les mots « les administrateurs en fonction » pour permettre de tenir compte, dans les sociétés n'ayant pas fait appel au public qui utilisent les termes décalés conformément au paragraphe 106(4), des administrateurs dont le mandat n'est pas terminé à l'assemblée annuelle, au lieu de ne tenir compte que des administrateurs élus lors de celle-ci.

Le Barreau recommande de bonifier la modification au paragraphe 106(7).

1.2.3 Nominations entre les assemblées annuelles

Le Barreau constate que la modification au paragraphe 106(8) retire l'exigence que la nomination d'administrateurs par le conseil soit prévue dans les statuts, ce pouvoir étant dorénavant conféré au conseil, sauf exclusion, dans les statuts.

Ce pouvoir sera indubitablement utile par rapport au paragraphe 106(3.4), puisqu'il permettra aux membres élus du conseil de pourvoir sans attendre un ou plusieurs postes laissés vides par la non-élection d'administrateurs pour cause de défaut de vote majoritaire.

Cependant, le Barreau exprime sa préoccupation quant à l'octroi systématique au conseil du pouvoir de nommer des administrateurs supplémentaires dans les sociétés n'ayant pas fait appel au public. Un tel pouvoir n'est pas vraiment pertinent pour ce genre de société et peut mener à des abus, ce qui explique pourquoi, au Québec, il ne leur est pas accordé en vertu de l'article 153 de la *Loi sur les sociétés par actions*.

Le Barreau recommande que le paragraphe 106(8) ne s'applique pas aux sociétés n'ayant pas fait appel au public.

1.2.4 Exception

Le paragraphe 106(8.1) prévient les abus en empêchant l'administrateur refusé par les actionnaires en vertu du paragraphe (3.4) d'être quand même nommé par les administrateurs, ce qui constituait l'une des lacunes de l'article 461.3 du *Company Manual*.

Il faudra voir à quelles « circonstances réglementaires » le législateur songe, pour déroger à cette règle.

La référence au paragraphe 106(8) est pertinente, mais celle à l'article 111(1) ne l'est pas, si elle vise la nomination de l'administrateur pour remplir le poste laissé vide par sa propre non-élection. Ce poste n'est pas « vacant » au sens de l'article 111, car il n'a jamais été occupé, et de toute manière l'article 111(5) empêcherait l'administrateur d'agir, puisqu'il n'y aurait pas de « mandat non expiré de son prédécesseur ».

Le problème avec cette référence à l'article 111(1), c'est qu'elle semble rendre applicable à une non-élection d'un administrateur le pouvoir du conseil de lui nommer un remplaçant en vertu de son pouvoir de combler les vacances, alors que ce n'est pas le cas.

L'article 111(1) peut néanmoins s'appliquer à de véritables vacances survenues à d'autres postes après l'élection, et il est correct d'interdire au conseil de nommer l'administrateur refusé par les actionnaires pour les combler.

Le Barreau recommande de réviser la rédaction du paragraphe 106(8.1) pour tenir compte de cette problématique.

Une suggestion serait d'énoncer qu'un candidat refusé par les actionnaires en vertu du paragraphe 106(3.4) ne peut subséquemment être nommé administrateur que par les

actionnaires. Cette solution aurait pour avantage de régler la problématique susmentionnée et d'empêcher le conseil, même au-delà d'un an plus tard (cette limite temporelle n'a pas sa raison d'être), d'admettre en son sein, sans consulter les actionnaires, un candidat qu'ils ont expressément repoussé.

1.3 Article 24 du projet de loi

1.3.1 Diversité dans les sociétés

Le Barreau ne peut se prononcer quant au paragraphe 172.1(1) puisqu'il ne dispose pas des informations contenues dans les règlements mentionnés. La diversité n'étant pas définie ailleurs dans la LCSA, il n'est pas possible de savoir si ce terme englobe l'équilibre homme-femme, la diversité culturelle ou les deux.

Le Barreau prend acte que le législateur fédéral semble se contenter d'une simple mesure du type « se conformer ou s'expliquer » déjà mise en place par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières avec un succès mitigé. La mesure proposée tente de combler le retard accusé par le Canada en matière d'équilibre homme-femme au sein des conseils d'administration des sociétés par actions, sans aller au-delà. Le Barreau est quelque peu surpris que le législateur fédéral ne saisisse pas l'occasion de se positionner comme leader en matière de diversité par la proposition d'une mesure plus progressiste.

Le Barreau invite le législateur fédéral à faire preuve de leadership en matière de diversité dans les conseils d'administration des sociétés.

2. AUTRES PROPOSITIONS DE MODIFICATION À LA LCSA

2.1 Rémunération des hauts dirigeants

Le Barreau prend acte de l'absence, dans le projet de loi, de dispositions relatives à la rémunération des hauts dirigeants. Les modifications à la LCSA étant peu fréquentes, il aurait été souhaitable que le législateur fédéral se positionne par rapport à la rémunération des hauts dirigeants tout comme il le fait par rapport à la diversité.

Le Barreau invite le législateur fédéral à profiter des modifications apportées à la LCSA pour se positionner par rapport à la rémunération des hauts dirigeants.

Le Barreau tient également à réitérer les propositions avancées dans son mémoire présenté à la direction de l'entreprise, de la concurrence et de l'insolvabilité d'Industrie Canada en juin 2014². Ces propositions sont toujours appuyées par le Barreau.

Le Barreau invite le législateur fédéral à consulter le mémoire du Barreau du Québec présenté lors de la consultation de juin 2014 pour connaître ses propositions de modification à la LCSA.

² Mémoire du Barreau du Québec présenté à la Direction de l'entreprise, de la concurrence et de l'insolvabilité d'Industrie Canada, juin 2014, en ligne : <https://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2014/20140603-societes.pdf>.

CONCLUSION

Le Barreau du Québec accueille favorablement le projet de loi C-25, qui est un pas dans la bonne direction. Ce dernier permet entre autres de protéger le public en assurant une gouvernance plus transparente et démocratique des sociétés par actions, et une plus grande diversité de leurs conseils d'administration.

Le Barreau a souhaité apporter quelques précisions et commentaires sur le projet de loi soumis. Toutefois, certaines informations essentielles à la vision d'ensemble du projet seront contenues dans des règlements qui ne sont pas inclus dans le projet de loi. Il est difficile pour le Barreau de se prononcer dans ces circonstances.

Le Barreau recommande au Barreau d'inviter le législateur fédéral à pousser sa réforme de la LCSA encore plus loin s'il souhaite proposer un cadre législatif moderne, innovateur et progressiste pour les sociétés par actions.