

**CONFÉRENCE 2009 DES COLLÈGES DE L'ONTARIO
PROGRAMME D'ORIENTATION À L'INTENTION
DES GOUVERNEURS**

Steven Iczkovitz

Borden Ladner Gervais S.R.L., S.E.N.C.R.L.

416-367-6214

siczkovitz@blgcanada.com

CONFÉRENCE 2009 DES COLLÈGES DE L'ONTARIO PROGRAMME D'ORIENTATION À L'INTENTION DES GOUVERNEURS

La gouvernance d'entreprise, dans le contexte du repli économique actuel, n'est pas nécessairement une priorité. Toutefois, étant donné ce qui pourrait bien être une gestion déficiente de la part de dirigeants de personnes morales, il est clair que l'obligation de rendre compte et la transparence jouent un rôle primordial; de cet état de fait peut découler l'étude minutieuse des protocoles de gouvernance. Le moment venu, on peut s'attendre à ce que les entreprises soient tenues de rendre compte de leurs actions ce qui, dans une certaine mesure, fera en sorte que l'on se demandera « mais, où le conseil d'administration avait-il la tête? » lorsqu'il a autorisé l'adoption de certaines mesures ou la conclusion de certaines transactions.

Le gouverneur d'un collège, comme tout administrateur d'une personne morale sans but lucratif, doit être conscient de la relation fiduciaire qui le lie au collège. Comme nous le verrons plus loin, cette relation fiduciaire signifie que le gouverneur doit agir honnêtement et de bonne foi en ayant comme objectif les intérêts optimaux du collège. Cette obligation est également liée à l'assurance que le gouverneur agit loyalement envers le collège et qu'il évite toute situation qui, de par son devoir à l'égard de l'institution, susciterait un conflit d'intérêts.

Ces notions d'obligation redditionnelle existent depuis un bon moment déjà. Ainsi, dans son Rapport de février 2005 sur les stratégies visant l'amélioration de l'enseignement supérieur en Ontario, Bob Rae, qui était alors un conseiller du premier ministre et du ministre de la Formation et des Collèges et Universités, déclarait ce qui suit au sujet de la gouvernance des collèges d'arts appliqués et de technologie (« collèges ») :

[TRADUCTION]

Nous sommes de plus en plus conscients du rôle fondamental que jouent les établissements postsecondaires dans le développement économique, social et culturel de l'Ontario, ce qui, outre les coûts croissants de l'enseignement supérieur, **rehausse l'importance de l'obligation redditionnelle et de la gouvernance dans le secteur postsecondaire.** (...) Lorsque les gouvernements, les collèges et les universités prennent des décisions ou établissent des politiques,

le grand public devrait pouvoir comprendre le raisonnement qui étaye ces décisions et être convaincu que celles-ci s'appuient sur une constatation des faits et un jugement sûr. (...) Les pouvoirs consentis au procureur général lui permettent dorénavant de « suivre l'argent à la trace », ce qui mettra davantage l'accent sur l'obligation de rendre compte du caractère raisonnable des pratiques financières dans le secteur public élargi. (Nos soulignés)

Les commentaires de M. Rae indiquent que l'on accorde une attention renouvelée à la gouvernance d'entreprise dans le domaine privé et dans le secteur public. La dégradation des principes de saine gouvernance a fait l'objet d'un certain nombre de rapports bien avant que l'on assiste au fiasco d'entreprises renommées des États-Unis (Enron, ImClone, Tyco, Hollinger) et au Canada (Bre-X, Livent, Nortel, Hydro One). Les répercussions d'une gouvernance et d'une gestion laxistes ou irresponsables, particulièrement au sein de personnes morales publiques, et l'attention que les médias accordent à la poursuite et à la condamnation d'un certain nombre de haut dirigeants ont entraîné l'adoption de lois, de directives et de lignes directrices (la mesure législative Sarbanes-Oxley est probablement la plus connue) qui exigent de la part des gestionnaires et des gouverneurs qu'ils assument des responsabilités accrues pour ce qui est de la communication d'information et du compte-rendu de leurs actions; à cette fin, on a mis en place, parmi d'autres mécanismes de contrôle internes, des exigences en matière de vérification, de compte-rendu et d'aptitudes à gérer.

Cet examen des principes et des pratiques de gouvernance d'entreprise vise à donner aux gouverneurs des collèges de l'Ontario un aperçu des lois applicables, de leurs obligations et de leurs responsabilités éventuelles. L'examen n'est pas exhaustif et ne devrait pas être interprété comme un conseil de nature juridique.

Les mesures législatives régissant les collèges ont été modifiées de façon importante il y a environ six ans par l'entrée en vigueur de la *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario* (la « Loi »). Nous donnerons un bref résumé de la loi applicable ainsi que de la structure et du mandat des collèges comme toile de fond à la discussion qui suivra sur la gouvernance d'entreprise.

Constitution en personne morale et objets des collèges

Les collèges figurent parmi un certain nombre de personnes morales qui sont établies par voie de règlement plutôt que par une demande de constitution en personne morale. Le Règlement établissant les collèges est pris en vertu de la Loi (le « Règlement »)¹. Les collèges sont des personnes morales sans capital-actions ni agents de la Couronne. Ils sont régis par un conseil de gouverneurs, la plupart des membres de ce conseil étant nommés par le Conseil de la rémunération et de la nomination dans les collèges (le « Conseil »), lui-même créé aux termes du Règlement. Bien qu'ils soient indépendants du gouvernement, les collèges font partie du secteur public et, pour un certain nombre de raisons – notamment le fait qu'ils reçoivent des fonds publics, les collèges doivent rendre compte de leurs activités au gouvernement et aux contribuables de l'Ontario.

Aux termes de la Loi :

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

Les collèges sont habilités à entreprendre une gamme d'activités reliées à l'enseignement et à la formation aux fins de l'atteinte de leurs objectifs, ce qui peut comprendre la création de partenariats avec des entreprises, divers secteurs de l'industrie et d'autres établissements d'enseignement.

À l'heure actuelle, il y a 25 collèges créés en vertu du Règlement², lequel traite de questions comme la composition du conseil des gouverneurs, le processus de nomination des gouverneurs, les aptitudes requises pour exercer les fonctions de gouverneurs, le mandat, le quorum et la marche à suivre pour les réunions du conseil ainsi que le processus à appliquer pour démettre de ses fonctions un membre du conseil. Le

¹ Règlement 34-03 de l'Ontario, pris en vertu de la *Loi de 2002 sur les collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario*.

² Le 16 septembre 2008, le gouvernement de l'Ontario a annoncé qu'il a l'intention de présenter des mesures législatives au printemps de 2009 qui, si elles sont adoptées, mettraient en œuvre un nouvel Ordre des métiers de l'Ontario.

Règlement autorise le conseil des gouverneurs à approuver les frais de déplacement et de subsistance engagés par les gouverneurs qui exercent leurs fonctions pour le compte du conseil, mais interdit toute autre rémunération.

Transfert de la surveillance

Avec l'entrée en vigueur de la Loi en 2003, la surveillance des collèges a été transférée du conseil de gestion du cabinet au ministre de la Formation et des Collèges et Universités (le « ministre »). Aux termes de la Loi, le ministre est autorisé à « donner des directives en matière de politique au sujet de la manière dont les collèges doivent réaliser leurs objets ou diriger leurs affaires » et à intervenir dans les affaires d'un collège. Aux termes du Règlement, le ministre est habilité à exiger d'un collège qu'il conclue une entente de responsabilité qui a trait à un aspect ou des aspects particuliers des activités d'un collège.

Les directives lient les collèges. Un certain nombre d'entre elles ont été publiées, y compris celle intitulée *Governance and Accountability Framework* qui prévoit ce qui suit

[TRADUCTION]

Le conseil des gouverneurs d'un collège se doit de gouverner efficacement et de rendre compte aux citoyens de l'Ontario; il doit également mener à bien son mandat en fonction du soutien financier offert par la province. Les principes de bonne gouvernance exigent que des politiques, des processus et des structures soient mis en place afin de promouvoir l'exploitation efficace de l'organisation pour que la personne morale puisse remplir son mandat et atteindre ses objectifs. La présente directive précise le rôle du conseil des gouverneurs; elle comprend à tout le moins certaines exigences dont la création de structures de gouvernance, l'approbation des plans d'activités et du budget annuels ainsi que l'adoption de mesures de redressement, au besoin.

Cette directive met en lumière la responsabilité spéciale des gouverneurs des collèges (en tant que fonction du financement public) et établit, comme gage de bonne gouvernance, la création de politiques, de processus et de structures conçus pour faciliter l'exploitation efficace d'un collège. La responsabilité à l'égard de l'établissement de structures de gouvernance inclurait la création de comités, tels un comité de vérification (ou des finances), un comité de gestion du risque, un comité de gouvernance, un comité de

planification stratégique ou encore un comité sur la qualité des services et les programmes.

La directive sur les conflits d'intérêts exige des gouverneurs qu'ils :

- agissent honnêtement et respectent les normes de déontologie les plus élevées;
- exécutent leurs fonctions officielles et se conduisent d'une façon qui résiste à l'examen minutieux du public parce que les collèges font partie du secteur public élargi et sont donc assujettis à un examen plus poussé que celui dont font l'objet les organismes privés;
- n'aient aucun intérêt privé, à l'exception de ceux autorisés aux termes de cette directive en matière de politiques, des lois ou statuts, lesquelles lient le gouverneur, qui serait touché particulièrement ou de façon importante par les décisions que prend le collège ou les mesures auxquelles il participe;
- voient à ce que leurs intérêts privés ne créent aucun conflit d'intérêt et, en cas de conflit entre les intérêts privés d'un gouverneur et ses fonctions officielles, s'assurent que le conflit est résolu en faveur de l'intérêt public;
- reconnaissent qu'ils sont avant tout responsables du bien-être de l'établissement et qu'ils doivent s'acquitter de leurs fonctions en tant que membres du conseil des gouverneurs et non en tant que membres d'un groupe d'intéressés.

D'autres directives émises par le ministre visent les banques et les investissements, les activités marquées par l'esprit d'entreprise et l'achat, la vente ou le fait de donner en sûreté les biens du collège. Le ministre affiche ses directives sur un site Web sécurisé auquel les gouverneurs doivent s'assurer de pouvoir accéder.

Autres lois et obligations contractuelles applicables

Outre la Loi, un certain nombre de mesures législatives ont des répercussions sur la gouvernance des collèges, dont certaines sont décrites brièvement ci-dessous.

Certains articles de la *Loi sur les personnes morales* (Ontario) s'appliquent aux collèges et leur accordent le pouvoir d'intenter des poursuites (ainsi que la capacité d'être poursuivis), de conclure des contrats et d'assumer des responsabilités. La *Loi sur les*

corporations canadiennes peut indirectement être applicable à certains collèges (par exemple, si une filiale d'un collège est constituée aux termes de la *Loi sur les corporations canadiennes*). Le 3 décembre 2008, un jour avant la prorogation du Parlement, le Projet de loi C-62, *Loi régissant les organisations à but non lucratif et certaines personnes morales*, a été déposé à la Chambre des communes et a passé l'étape de la première lecture. Le Projet prévoit la création d'un cadre de référence applicable à la gouvernance des organisations à but non lucratif fédérales et à d'autres personnes morales sans capital-actions ainsi que l'abrogation par étape de la *Loi sur les corporations canadiennes* dans sa version actuelle. Une fois que le Parlement est prorogé, on ne poursuit plus le processus d'adoption et le projet de loi devra être présenté lorsque la Chambre des communes se réunira de nouveau.

La *Loi sur la gestion des finances publiques* (Ontario) (« LGFP ») établit les règles à l'égard des sommes dues à l'Ontario et des sommes qui sont versées à partir du Consolidated Revenue Fund de cette province. Aux termes de la LGFP, personne ne peut conclure d'ententes financières qui accroissent l'endettement ou le passif éventuel de la province de l'Ontario sans avoir obtenu l'approbation du ministre des Finances. En fait, si en accordant un dédommagement, un collège accroît le passif éventuel de la province, il ne peut accorder le dédommagement sans la permission de la province. Les organismes qui concluent des contrats avec un collège peuvent demander qu'on leur donne la preuve de la conformité du collège aux dispositions de la LGFP; un collège devra probablement expliquer qu'il ne peut fournir de dédommagement avant d'avoir obtenu l'approbation du ministre des Finances.

La *Loi sur l'accès à l'information et à la protection de la vie privée* (Ontario) est la loi sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels du secteur public. Elle régit la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels (l'information consignée à des dossiers au sujet d'un particulier identifiable) par les collèges et d'autres établissements ou institutions du secteur public. Plus précisément, la Loi exige des collèges qu'ils fournissent de l'information précise aux particuliers au sujet desquels ils recueillent de l'information personnelle.

Lorsqu'un collège est enregistré comme organisme de bienfaisance, la *Loi sur les dons de bienfaisance* et la *Loi sur la comptabilité des œuvres de bienfaisance* ainsi que d'autres textes législatifs visant les organisations caritatives peuvent s'appliquer. Ces lois créent un certain nombre de devoirs précis et entraînent une responsabilité éventuelle; les gouverneurs des collèges qui sont enregistrés comme organismes de bienfaisance devraient s'assurer de bien connaître les exigences applicables.

Il y a également des lois qui s'appliquent exclusivement aux collèges et qui régissent des aspects précis de leurs activités. Ainsi, la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* (Ontario), qui a été adoptée le 1^{er} octobre 2008, donne aux travailleurs à temps partiel et aux travailleurs de session le droit de négocier collectivement.

Outre la législation, les collèges sont assujettis à des obligations créées par des ententes, comme celle qui est signée entre les collèges et le syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario qui énonce les modalités du régime de pensions des collèges d'arts appliqués et de technologie.

Devoirs généraux des administrateurs

Les conseils d'administration sont souvent définis comme les « intendants » d'une personne morale parce que leur rôle consiste à agir ou à superviser ses activités. Entre autres, ils sont tenus de :

- mettre en œuvre et de surveiller l'orientation stratégique de la personne morale;
- superviser les activités du président-directeur général et de la haute direction de la personne morale;
- surveiller le rendement de la personne morale (au moyen d'exigences relatives à la vérification et aux comptes-rendus), en veillant entre autres à ce qu'elle atteigne ses objectifs financiers et d'autres objectifs;
- évaluer les risques et s'assurer que des mécanismes de gestion du risque sont prévus.

De plus en plus, les conseils d'administration sont tenus responsables pour ce qui est de mettre en place des normes de déontologie qui régissent l'organisme – en fixant par exemple des mesures du rendement et en rédigeant des codes de déontologie. En respectant les règles qu'ils approuvent, les administrateurs donnent la note à l'échelon supérieur.

Aux termes de la common law, des devoirs généraux sont imposés aux gouverneurs à titre d'administrateurs et des devoirs précis sont prévus dans la Loi et le Règlement d'application ainsi que dans d'autres textes législatifs.

Tout administrateur a deux devoirs fondamentaux : une obligation fiduciaire et un devoir de diligence. On trouvera à l'Annexe 1 de l'information additionnelle sur chacun de ces devoirs, mais le bref résumé suivant précise leur nature.

L'obligation fiduciaire des administrateurs (et des gouverneurs) n'est pas définie dans la *Loi sur les personnes morales*, mais elle a été définie et précisée par la jurisprudence. L'obligation fiduciaire d'un administrateur comporte trois volets : l'administrateur doit agir avec intégrité et de bonne foi et avoir comme objectif les intérêts optimaux de la personne morale. L'obligation fiduciaire des administrateurs est considérée comme tellement fondamentale à la relation qui lie les administrateurs et la personne morale que celle-ci n'est généralement pas habilitée à assurer ou dédommager les administrateurs à l'égard d'un manquement à leur obligation fiduciaire. L'obligation fiduciaire de l'administrateur lui « appartient »; en d'autres termes, il lui incombe de s'acquitter de son obligation, indépendamment des mesures que prennent les autres membres du conseil ou de celles qu'ils omettent de prendre.

Il est plus difficile de définir la norme de diligence que doit satisfaire l'administrateur que de décrire son obligation fiduciaire. La plupart des définitions qui figurent dans les textes de loi (si ce n'est l'ensemble d'entre elles) et qui portent sur le devoir de diligence font référence à une norme objective; c'est l'exigence selon laquelle l'administrateur doit faire preuve **de la diligence et des compétences qui auraient été celles d'une personne**

raisonnablement prudente dans des circonstances analogues. L'administrateur s'acquitte de son devoir de diligence en prenant une décision informée aux termes d'un processus raisonnable et raisonné.

Contrairement à la loi régissant les sociétés par actions, la *Loi sur les personnes morales* ne précise pas la norme de diligence dont doivent faire preuve les administrateurs, et par conséquent, la norme de common law s'applique. Celle-ci est subjective et prévoit que le devoir de l'administrateur est de faire preuve **de la diligence et des compétences auxquelles on peut raisonnablement s'attendre d'une personne qui possède les connaissances et l'expérience de cet administrateur**³. Selon la common law, la norme de diligence varie en fonction de la formation et de l'expérience de l'administrateur et par conséquent, cette norme pourrait être plus rigoureuse que celle qui s'applique aux administrateurs des sociétés par actions. L'incertitude, pour ce qui est de la norme qu'un tribunal retiendra à l'égard d'un cas particulier, est encore plus marquée lorsqu'il s'agit de la norme de diligence applicable aux administrateurs de personnes morales qui sont enregistrées comme organisme de bienfaisance. Toute une jurisprudence porte sur la question suivante : l'administrateur d'un organisme de bienfaisance agit-il à titre de fiduciaire ou a-t-il simplement une obligation fiduciaire envers la personne morale lorsqu'il gère son patrimoine caritatif? Étant donné le manque de précision, les gouverneurs des collèges qui sont inscrits comme organisme de bienfaisance seraient bien avisés d'obtenir des conseils juridiques avant de prendre une décision sur la répartition du patrimoine caritatif.

Obligations du conseil

Le Règlement énonce un certain nombre d'obligations précises pour le conseil d'administration d'un collège. Parmi celles-ci, signalons l'obligation de remettre au ministre un plan stratégique, un plan d'activités ainsi qu'un rapport annuel (ou tout autre document de cette nature selon ce qu'indique le ministre) et la diffusion de ces documents au grand public. Le conseil d'administration doit aussi compiler des indicateurs de rendement essentiels, selon ce qui est indiqué par le ministre, fournir ces

³ *Re City Equitable Fire Insurance Company Limited*, [1925] 40 Ch. D. 41.

indicateurs au ministre et publier ces indicateurs, selon ce qui est exigé par le ministre. Le conseil doit s'assurer que le collège équilibre son budget chaque année et, lorsqu'il semble que cela sera impossible et que le collège aura un déficit accumulé, le conseil est tenu d'obtenir l'approbation du ministre et de présenter à celui-ci un plan de redressement.

Responsabilité personnelle des administrateurs

Les collèges, comme toute autre personne morale, ont une existence juridique distincte de celle de leurs membres et administrateurs; en règle générale (mais pas toujours), les administrateurs ne sont pas tenus personnellement responsables en cas de négligence ou au titre des obligations contractuelles de la personne morale.

Les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables à l'égard des agissements de la personne morale, par voie d'action ou d'omission, soit aux termes d'une loi ou en conséquence d'un manquement à son obligation fiduciaire, de son défaut de respecter la norme de diligence reconnue ou encore de fausses déclarations faites à titre de représentant de la personne morale. Ainsi, les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables s'ils négligent de prendre des mesures pour remédier à des conditions de travail dangereuses ou d'imposer des sanctions en cas de harcèlement en milieu de travail (lorsqu'ils ont été informés de la survenance de harcèlement) ou encore lorsqu'ils omettent d'étudier soigneusement une proposition concernant un investissement important.

Gestion du risque

Certaines dispositions législatives qui imposent la responsabilité personnelle des administrateurs prévoient une défense fondée sur la « diligence requise » qui, si elle est acceptée, permet d'exonérer les administrateurs s'il est démontré qu'ils ont pris les mesures raisonnables pour se conformer à la législation.

Aux termes de la doctrine dite « règle de l'appréciation commerciale », les administrateurs peuvent être exonérés s'ils ont commis une erreur de jugement mais si leur décision était éclairée et prise aux termes d'un processus rationnel et satisfaisant.

Le critère relatif à la défense axée sur la diligence requise et la règle de l'appréciation commerciale souligne l'importance pour les administrateurs de mettre en œuvre des pratiques rigoureuses en matière de gouvernance d'entreprise. Le risque afférent à la responsabilité personnelle des administrateurs est également géré par l'assurance-responsabilité qui couvre les administrateurs et les dirigeants et, dans certains cas, ceux-ci sont dédommages par la personne morale à l'égard du préjudice subi par suite de l'exercice de leurs fonctions.

La *Loi sur les personnes morales* autorise un collège à dédommager un gouverneur. À son gré, le collège peut dédommager un gouverneur à l'égard de toutes dépenses engagées raisonnablement pour ce qui est du règlement, de la défense ou du respect des obligations financières du collège lorsque celui-ci n'est pas le demandeur, si le gouverneur : a) a agi honnêtement et de bonne foi en ayant pour objectif la défense des intérêts optimaux du collège; et b) n'est pas coupable de « négligence ou omission volontaire ».

On s'attend à ce que la plupart des collèges prennent des mesures pour dédommager leurs gouverneurs et à ce que les personnes susceptibles d'être nommées gouverneurs obtiennent l'information sur la couverture d'assurance applicable aux administrateurs et aux dirigeants que le collège adopte, notamment les exclusions et les exigences en matière de compte-rendu. Un gouverneur devrait être assuré pendant toute la période au cours de laquelle sa responsabilité est en jeu (ce qui peut s'étendre sur plusieurs années après qu'il a quitté le conseil d'administration). Il est souhaitable que la résolution approuvant l'achat d'une telle assurance-responsabilité soit confirmée par le conseil.

Jusqu'à récemment, les organismes de bienfaisance constitués en Ontario ou exerçant leurs activités en Ontario ne pouvaient acheter une assurance-responsabilité visant leurs

administrateurs sans ordonnance du tribunal. Toutefois, en 2001, une loi a été adoptée en vue de permettre aux organismes de bienfaisance de dédommager leurs administrateurs et d'acheter une assurance-responsabilité, à la condition que la personne morale considère avant tout un certain nombre de facteurs précis⁴. Lorsque le conseil tient compte de tous les facteurs et détermine qu'il est approprié de fournir un dédommagement ou encore d'acheter une police d'assurance, les gouverneurs devraient adopter une résolution en ce sens, sur une base annuelle.

On trouvera à l'Annexe II de l'information additionnelle sur les lois aux termes desquelles les gouverneurs peuvent être tenus personnellement responsables à l'égard des actes et des omissions du collège.

Pouvoirs du gouvernement, du ministre et du conseil

Le conseil des gouverneurs n'est pas le seul organisme qui ait l'autorité voulue pour orienter les opérations d'un collège.

Le **gouvernement de l'Ontario** est habilité aux termes de la Loi à prendre des Règlements qui pourraient avoir des conséquences importantes sur les opérations d'un, de plusieurs ou de tous les collèges. Plus précisément, par voie de Règlement, le gouvernement peut modifier ou élargir l'objet ou les responsabilités d'un collège, prescrire toute question ayant trait à la façon dont le collège exerce ses activités, fusionner ou fermer des collèges et ordonner que l'enseignement soit donné dans une langue ou des langues précises (entre autres, autoriser des collèges à offrir un programme ou tous leurs programmes en français et interdire à d'autres collèges de procéder ainsi).

Ainsi, en réponse à une poursuite de 200 millions de dollars intentée en décembre 2007 par deux étudiants contre leurs collèges respectifs, le gouvernement de l'Ontario a annoncé le 26 septembre 2008 qu'il allait mettre en œuvre un remaniement de la politique sur les frais de scolarité, laquelle préciserait que des frais peuvent être facturés par des

⁴ *Loi de 2000 visant à réduire les formalités administratives* L.R.O. 2000, c. 26 – Projet de loi 119 adopté le 6 décembre 2000 et modifiant la *Loi sur les personnes morales*, article 133(2.2).

collèges et des associations d'étudiants. La politique entrera en vigueur dans le cours de l'année universitaire 2009-2010.

Comme nous l'avons mentionné, le **ministre** jouit de pouvoirs élargis aux termes de la Loi, ce qui l'habilite à intervenir dans les activités d'un collège lorsque, par exemple, celui-ci omet de se conformer à une directive en matière de politique ou lorsque le ministre estime que son intervention sert l'intérêt public.

Le **conseil**, après avoir consulté les conseils de gouverneurs, est habilité à arrêter les modalités d'ensembles de prestations d'assurance destinés au personnel des collèges, qu'il soit ou non membre d'unités de négociation au sens de la *Loi sur les négociations collectives dans les collèges*.

Résumé : Pratiques optimales en matière de gouvernance

Bien que, du point de vue technique, elles ne soient pas applicables aux collèges, certaines lignes directrices qui ont été mises sur pied en vue de soutenir les administrateurs de sociétés publiques peuvent être utiles aux conseils de gouverneurs qui cherchent à mettre en œuvre de bonnes pratiques au chapitre de la gouvernance des entreprises. Voici quelques éléments tirés des lignes directrices qui s'appliquent aux sociétés publiques.

Les conseils de gouverneurs qui cherchent à établir et à maintenir de bonnes pratiques en matière de gouvernance devraient considérer :

1. un mandat écrit
 - dans lequel sont énoncés par écrit le rôle et la responsabilité du conseil, y compris sa responsabilité pour ce qui est de surveiller les dépenses importantes et tout changement apporté au programme ou à l'orientation stratégique, et pour ce qui est de mettre sur pied des comités

2. Code de déontologie

- rédiger un code de déontologie qui s'applique à l'ensemble des collèges et qui porte sur des questions comme les conflits d'intérêts et le compte-rendu des manquements au code

3. Politiques

- prévoir une procédure visant la création, l'approbation et l'examen périodique des politiques du collège. Cette pratique a été mise en relief ces dernières années par le vérificateur général de l'Ontario qui a mené à bien la bonification des politiques sur le processus de dépenses et l'approvisionnement de quatre collèges d'arts appliqués et de technologie en mai 2006. Dans son Rapport annuel 2008 rendu public le 8 décembre 2008, le vérificateur général a donné un aperçu du progrès réalisé par les quatre collèges au chapitre de la mise en œuvre des recommandations du vérificateur général énoncées dans son Rapport annuel de 2006 :

- Recommandation 1 a) : pour s'assurer que les prix payés pour les grands achats sont concurrentiels et donner à tous les fournisseurs éventuels de justes chances de les approvisionner, les collèges doivent limiter le nombre d'années durant lesquelles ils font affaire avec le même fournisseur sans lancer de nouvel appel d'offres
- Recommandation 1 b) : pour s'assurer que les achats sont conformes à leurs politiques, les collèges doivent exiger de leur service des achats qu'il supervise les grands achats effectués par d'autres départements

État actuel : Les quatre collèges ont mis en œuvre cette recommandation (ils ont limité le nombre d'années durant lesquelles ils font affaire avec le même fournisseur sans lancer de nouvel appel d'offres en s'assurant que leur service des achats surveille les achats importants effectués par d'autres services et prend part à leurs décisions).

- Recommandation 2 : pour atteindre leurs objectifs au moindre coût, les collèges doivent déterminer et définir leurs besoins avant de faire des achats importants

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

- Recommandation 3 : pour choisir les meilleures propositions lorsque des achats importants sont prévus, les collègues doivent :
 - élaborer des directives à l'intention des comités d'évaluation, notamment en soulignant qu'ils doivent préciser les critères à employer pour évaluer les aspects non monétaires des propositions
 - exiger que le résumé des prix soit vérifié par une personne autre que celle qui l'a préparé

État actuel : Les quatre collègues exigent que les critères à utiliser au moment d'évaluer les aspects non monétaires des propositions soient élaborés avant le lancement de l'appel d'offres. Les critères utilisés varient selon les collègues et sont pondérés en fonction de leur importance relative.

- Recommandation 4 : pour s'assurer que leurs fonds sont utilisés de façon appropriée et dans leur intérêt et celui de leurs étudiants, les collègues doivent appliquer des politiques clairement définies pour les cadeaux, les dons, les repas et les frais de représentation

État actuel : Un collègue a récemment mis en place une nouvelle politique portant sur les voyages et les autres dépenses professionnelles admissibles, dont celles relatives aux cadeaux, aux dons et à la représentation. Les trois autres collègues mettent en œuvre des politiques analogues.

Tous les collègues ont convenu de mettre en œuvre de nouvelles politiques ou de réviser les politiques actuelles qui portent sur les recommandations ci-dessus.

4. Comités

- créer des comités portant sur des questions précises relevant de responsabilités définies (les membres de ces comités ayant l'expertise voulue et respectant le travail des comités)

5. Compétence des gouverneurs

- offrir une orientation aux nouveaux administrateurs et prévoir un programme de formation continue qui répond à leurs besoins
- déterminer des critères pour l'adhésion à un comité

- se pencher sur les questions de continuité et de relève

6. Évaluation

- établir des critères servant à évaluer l'efficacité du conseil et de ses comités
- élaborer et approuver des mesures portant sur la compétence et le rendement de la haute direction
- s'assurer qu'une formation continue est offerte au personnel

7. Compte-rendu

- arrêter des exigences en matière de compte-rendu à la haute direction
- exiger des représentants du collège et d'autres professionnels qu'ils rendent compte régulièrement de la mise en œuvre et de l'examen des politiques et des systèmes du collège

D'un point de vue pratique, les gouverneurs de collèges s'acquitteront de leur rôle et responsabilités de façon plus efficace s'ils adoptent les mesures suivantes :

- comprendre généralement en quoi consistent les activités du collège
- être au fait du mandat des comités auxquels ils sont nommés, étudier les documents produits par les comités ou les documents qui leur sont fournis et assister aux réunions des comités
- comprendre les responsabilités qui incombent à la haute direction et le protocole d'usage pour consulter celle-ci
- s'assurer d'avoir accès aux politiques du ministre qui s'appliquent au collège et étudier ces politiques
- connaître les règlements et les politiques du collège

- se pencher sur la vérification des états financiers du collège et le rapport du vérificateur;
- étudier les analyses ou les rapports spéciaux rédigés pour le compte du collège ou à son sujet ainsi que ses programmes ou opérations;
- passer en revue l'information sur les programmes ou les projets qui est présentée au collège ou au conseil.

Les gouverneurs devraient également :

- assister le plus souvent possible aux réunions du conseil;
- poser des questions à d'autres administrateurs, aux dirigeants du collège et à des experts de l'extérieur et conserver des comptes rendus écrits de toutes les questions posées et des réponses reçues;
- voter contre une mesure ou une motion avec laquelle le gouverneur n'est pas d'accord et s'assurer que le procès-verbal de la réunion du conseil fait état de son opinion divergente;
- étudier le procès-verbal de toute réunion à laquelle il n'a pu assister et faire connaître, au besoin, son opinion divergente à l'égard de toute mesure prise lors de la réunion;
- passer en revue le procès verbal des réunions du conseil et des comités et vérifier que les opinions (y compris les opinions divergentes) et les votes ont été consignés correctement;
- veiller à ce qu'une expertise professionnelle appropriée soit offerte au collège et au conseil et demander à des consultants externes comme des comptables et des ingénieurs de faire connaître au conseil leur opinion par écrit, opinion dont le conseil tiendra compte avant d'agir;

- être au fait des questions soulevées par les intéressés et des tiers (comme les médias);
- s'assurer que tout contrat qu'on leur demande de signer au nom du collège indique clairement que le gouverneur signe le contrat en tant que signataire autorisé du collège et non à titre personnel;
- être prêt à démissionner du conseil ou d'un comité s'il ne peut assister aux réunions ou participer autrement au travail du conseil sur une base régulière ou encore s'il ne peut se réconcilier avec l'orientation ou les décisions du conseil.

Annexe I

Obligation fiduciaire et devoir de diligence

Exemples de l'obligation fiduciaire d'un administrateur

Voici quelques exemples de la manière dont les administrateurs s'acquittent de leurs obligations fiduciaires envers une personne morale.

a) Protection du caractère confidentiel de l'information

L'information que le gouverneur acquiert sur les activités d'un collège devrait rester confidentielle. En règle générale, un gouverneur ne devrait pas discuter de l'information privilégiée du collège avec des personnes qui ne siègent pas au conseil, à moins de le faire dans l'exercice de ses fonctions en tant que gouverneur, lorsqu'il est nécessaire de communiquer l'information pour la bonne marche des activités du collège ou lorsque la communication se fait en vertu d'une exigence juridique. Idéalement, le conseil aura mis en place des politiques concernant la communication d'informations confidentielles et désignera un porte-parole à qui les demandes seront renvoyées, qu'il s'agisse de demandes sur des questions précises ou sur les activités du collège.

Les gouverneurs qui siègent au conseil peuvent estimer qu'ils représentent une « communauté » ou une « partie intéressée » du collège, mais ils ne peuvent adopter de point de vue qui ne sert pas les intérêts optimaux du collège, même si les parties intéressées en question soutiennent fortement ce point de vue. Les gouverneurs doivent agir en vue de défendre les intérêts optimaux du collège et de protéger le caractère confidentiel de l'information ce qui, dans certains cas, peut les empêcher de rendre compte aux parties intéressées de décisions prises par le conseil.

b) Éviter/déclarer les conflits d'intérêts

Même si, en soi, un conflit d'intérêts n'a rien de foncièrement mauvais, les gouverneurs ne doivent pas privilégier leurs propres intérêts et les faire passer avant leurs obligations à l'égard des intérêts optimaux du collège. Parmi les conflits d'intérêts, il y a le cas où un

gouverneur est partie à un contrat important ou à un contrat important que se propose de conclure le collège. En vertu de la *Loi sur les personnes morales*, les gouverneurs qui ont un intérêt à l'égard d'un projet de contrat ou d'un contrat conclu avec le collège doivent déclarer cet intérêt à une réunion du conseil. La *Loi sur les personnes morales* énonce la marche à suivre aux termes de laquelle les directeurs doivent faire connaître leurs intérêts personnels à l'égard de contrats ou de projets de contrat conclus avec le collège. Lorsque l'administrateur suit cette démarche et fait part de son intérêt à l'égard d'un contrat ou d'un projet de contrat à une réunion du conseil, et ce, le plus tôt possible, puis s'abstient de voter sur la question, la *Loi sur les personnes morales* prévoit qu'il n'a aucun compte à rendre au collège ou à ses créanciers au chapitre du profit qui est réalisé en raison du contrat; celui-ci n'est pas frappé de nullité relative du simple fait que l'administrateur détient ce poste ou en raison de la seule existence d'une relation fiduciaire. Étant donné les conditions déterminées dans la *Loi sur les personnes morales*, il serait prudent que les gouverneurs déclarent leurs conflits d'intérêts à l'égard d'un contrat et quittent la réunion avant qu'il y ait discussion et vote sur la question.

La question des conflits d'intérêts n'est pas définie dans la *Loi sur les personnes morales*, mais le ministre a caractérisé et défini cette question comme suit :

- (i) Conflit d'intérêts réel– il y a conflit d'intérêts réel lorsque le particulier sait qu'il y a un intérêt privé qui est suffisamment lié à ses responsabilités pour influencer l'exercice de ses fonctions;
- (ii) Conflit d'intérêts potentiel – il y a conflit d'intérêts potentiel lorsque l'existence d'un intérêt économique privé pourrait influencer l'exercice des fonctions ou des responsabilités publiques d'un particulier;
- (iii) Conflit d'intérêt apparent – il y a conflit d'intérêts apparent lorsqu'un particulier avisé qui contemple la question de façon réaliste et pratique aurait conclu à l'existence d'un conflit.

La plupart des conseils d'administration des collèges ont mis à jour leurs politiques ou règlements en vue de refléter des dispositions et lignes directrices sur les conflits d'intérêts figurant dans la *Loi sur les personnes morales*. Comme nous l'avons signalé, les conflits d'intérêts font l'objet d'une directive du ministre.

c) *Autres situations donnant naissance à un conflit d'intérêts*

Il y a d'autres situations moins évidentes où les gouverneurs se trouvent aux prises avec un conflit d'intérêts (ou ce qui peut être perçu comme un conflit d'intérêts). Ainsi, il peut y avoir conflit d'intérêts lorsqu'un représentant d'une faculté siège au conseil d'administration et que le sujet à l'étude porte sur le programme d'enseignement de ce représentant au collège. Dans l'exercice de ses fonctions, un gouverneur doit présenter au conseil le point de vue de certaines personnes intéressées (représentants de la faculté et des étudiants, par exemple) et il doit déclarer tout conflit d'intérêts; il peut, par la suite, avec l'approbation du conseil, participer à la discussion (pour que le conseil puisse bénéficier de son point de vue), mais il doit s'abstenir de voter.

Comment un gouverneur respecte-t-il la norme de diligence?

Malgré la confusion qui règne quant à la norme de diligence applicable, les gouverneurs devraient prendre certaines précautions simples :

a) *Assister aux réunions du conseil*

Les gouverneurs devraient assister à toutes les réunions du conseil dans la mesure du possible (ils ne peuvent se soustraire à la responsabilité qui leur incombe en n'assistant pas à une réunion du conseil).

b) *Étudier l'information fournie en faisant preuve de circonspection*

Lorsqu'on lui communique de l'information ou un compte-rendu, le gouverneur devrait se demander si une personne raisonnable accepterait l'information fournie dans les circonstances ou si elle mènerait une enquête avant de s'y fier. Ainsi, si un rapport au conseil d'administration comporte des incohérences, le gouverneur devrait poser des questions et tenter de régler les contradictions.

c) Recours à des experts

Le gouverneur peut se fier à des experts s'il n'a aucune raison de douter de leur fiabilité

d) Examen des activités qui ont trait aux investissements et au financement

Les gouverneurs de collèges doivent s'assurer que les fonds dont ils ont le contrôle sont dépensés à des fins conformes aux objectifs des collèges⁵.

⁵ *Bloorview Children's Hospital Foundation c. Bloorview MacMillan Centre* (2002), 22 D.L.R. (3d) 182 (Cour supérieure de justice de l'Ontario.); *Le Bureau du Tuteur et curateur public de l'Ontario c. National Society for Abused Women and Children*, [2002] O.J. No. 607 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).

Annexe II

Exemples de sources potentielles de responsabilité personnelle dans le cas des gouverneurs

Outre les obligations fiduciaires et le devoir de diligence proposés aux gouverneurs, ceux-ci peuvent être tenus personnellement responsables, aux termes de dispositions législatives, à l'égard d'erreurs, d'omissions ou de transgressions commises par le collège. Dans certains cas, ces responsabilités éventuelles prévues par la Loi peuvent s'étendre sur une période maximale de 6 ans après que le gouverneur cesse d'exercer ses fonctions. La responsabilité personnelle d'un gouverneur peut être invoquée lorsque le collègue :

- omet de déduire, retenir, percevoir ou verser des sommes aux fins de l'impôt sur le revenu fédéral et provincial⁶, l'assurance-emploi, le Régime de pensions du Canada, la taxe de vente au détail ou la taxe sur les produits et services;
- omet de payer l'impôt-santé des employeurs de l'Ontario;
- contrevient à la législation provinciale sur les normes d'emploi;
- enfreint les normes fédérales ou provinciales en matière de protection de l'environnement.

Autres exemples

En vertu de la *Loi sur les personnes morales*, un gouverneur peut être tenu responsable au chapitre du versement des salaires impayés (pour une période maximale de 6 mois de salaire) ou d'une indemnité de vacances (pour une période maximale de 12 mois). Les administrateurs voudront peut être exiger qu'un rapport (à tout le moins) semestriel (rédigé préférablement par un vérificateur indépendant) atteste que le salaire des employés a été versé en totalité, que l'impôt sur le revenu et autres taxes et impôts ont été

⁶ Voir *Wheeliker c. Canada* (1999), 172 D.L.R. (4th) 708.

prélevés et remis aux gouvernements fédéral et provinciaux et que l'indemnité de vacances a été inscrite comme charges à payer.

La *Loi sur la protection de l'environnement* (Ontario)⁷ impose un devoir aux administrateurs d'une personne morale dont les activités peuvent entraîner la décharge de contaminants dans le milieu naturel; ils doivent faire montre de diligence raisonnable en vue d'empêcher la personne morale de décharger les contaminants ou d'en permettre le déchargement.

La *Loi sur la santé et la sécurité au travail* (Ontario)⁸ impose aux administrateurs le devoir d'exercer la diligence raisonnable pour s'assurer que la personne morale se conforme aux dispositions de la Loi, ce qui comprend la conformité à toute ordonnance ou exigence rendue ou publiée par un inspecteur ou le ministre du Travail.

Dispositions sur la responsabilité personnelle des administrateurs prévues par la Loi

Voici quelques lois aux termes desquelles les administrateurs sont tenus personnellement responsables à l'égard des actes et des omissions de la personne morale, dans des cas précis. La liste n'est pas exhaustive.

Loi de 1992 sur le code du bâtiment, 1992, L.O. 1992, c. 23

Régime de pensions du Canada, L.R., c. C-5, s. 1.

Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction, L.R.O. 1990, c. C. 30

Loi sur le transport de matières dangereuses, L.R.O. 1990, c. D.1

Loi sur l'impôt-santé des employeurs, L.R.O. 1990, c. E. 11

⁷ L.R.O. 1990, c. E.19.

⁸ L.R.O. 1990, c. O.1.

Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O. 2000, c. E. 41

Loi de 1997 sur la prévention et la protection contre l'incendie, 1997, L.O. 1997, c. 4

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)