

17 JUIN 2015

## Des pratiques avant-gardistes de gouvernance des filiales

Auteurs : [Luis Sarabia](#), [Patricia L. Olasker](#) et [Poonam Puri](#)

Lors d'une récente présentation donnée à l'Académie Davies pour la formation professionnelle continue, l'associé de Davies Luis Sarabia et l'universitaire affiliée de Davies Poonam Puri ont discuté d'affaires récentes dans lesquelles on a demandé aux tribunaux de tenir les sociétés mères directement responsables des actes de leurs filiales pour cause de négligence. Voir [La responsabilité des sociétés mères pour les actes de leurs filiales étrangères](#). **(Disponible en anglais seulement)**

Ces affaires indiquent que nous entrons peut-être dans une nouvelle ère de gouvernance dans laquelle les tribunaux sont davantage enclins à faire fi de l'existence de personnes morales distinctes pour tenir les sociétés mères responsables de la conduite de leurs filiales pour cause de négligence. Parmi les facteurs dont il pourrait y avoir lieu de tenir compte lorsque vient le temps de déterminer si une société mère canadienne a une obligation de diligence envers les tiers pour la conduite de ses filiales, on compte notamment les suivants :

- la propriété et le contrôle effectif de la filiale (par exemple, si la filiale est détenue en propriété exclusive ou non);
- le niveau de contrôle exercé par la société mère sur la situation à l'origine de la responsabilité potentielle;
- l'acceptation de la responsabilité par la société mère concernant la situation à l'origine de la responsabilité potentielle;
- les déclarations publiques faites par la société mère concernant sa relation avec la filiale;
- l'embauche par la société mère, plutôt que par la filiale, des personnes responsables des activités de la filiale;
- l'adoption par la société mère de politiques applicables à sa filiale.

Dans un tel contexte, il est primordial que les sociétés mères et les sociétés filiales élaborent stratégiquement des structures, des politiques et des pratiques avant-gardistes de gouvernance afin de tenir compte de ce nouveau risque. Nous exposons ci-après plusieurs questions importantes en matière de gouvernance à prendre en considération lorsqu'il est question de la relation entre une société mère et une filiale et de la responsabilité potentielle de la société mère.

### Envers qui le conseil d'administration de la filiale a-t-il une obligation fiduciaire ?

En vertu de la législation canadienne applicable aux sociétés, les administrateurs d'une filiale ont l'obligation fiduciaire d'agir dans l'intérêt de la filiale, et ce, même si les décisions relatives à leur nomination sont souvent prises par la société mère et que les administrateurs de la filiale sont, dans certains cas, des dirigeants et des employés de la société mère. Des problématiques complexes en matière de gouvernance se présentent lorsque les intérêts d'une filiale diffèrent des intérêts de sa société mère, par exemple lorsque les parties intéressées à l'égard d'une filiale qui n'est pas détenue en propriété exclusive par la société mère sont non seulement la société mère actionnaire, mais également les créanciers et les actionnaires minoritaires de la filiale. Il pourrait falloir tenir compte des intérêts des créanciers ou des actionnaires minoritaires de la filiale, par exemple lorsque vient le temps de prendre des décisions relativement à des ententes intersociétés sur les prix de transfert ou lorsque l'une des sociétés éprouve des difficultés financières. Dans de tels cas, les dirigeants et les administrateurs d'une filiale devraient veiller à circonscrire et à distinguer clairement leurs fonctions à l'égard de la filiale et leurs fonctions à l'égard de la société mère. En outre, les registres et les procès-verbaux devraient refléter le fait que le conseil d'administration de la filiale a réfléchi à l'incidence particulière d'une opération ou d'un contrat sur la filiale et n'a pas simplement acquiescé sans poser de questions aux demandes du conseil d'administration ou des conseillers de la société mère.

## Comment réaliser l'harmonisation avec les objectifs stratégiques de la société mère tout en préservant l'indépendance et l'autonomie de la filiale ?

Un équilibre délicat est nécessaire pour réaliser l'intégration stratégique et opérationnelle entre une société mère et ses filiales tout en permettant aux filiales de conserver un niveau suffisant d'autonomie et d'indépendance. On peut adopter, à titre de pratique exemplaire, un processus aux termes duquel le conseil d'administration de la filiale doit approuver les plans stratégiques de la filiale avant que ceux-ci ne soient intégrés au plan stratégique de la société mère. Les employés et les conseillers de la société mère pourraient prodiguer des conseils à la filiale concernant diverses solutions de rechange stratégiques, mais le conseil d'administration de la filiale devrait approuver toutes les décisions avant leur application.

### De quels facteurs faut-il tenir compte lors de la création de nouvelles filiales ?

La création d'une nouvelle filiale devrait être motivée par de bonnes raisons. Les sociétés mères devraient envisager de mettre en œuvre une politique et un processus d'approbation écrits régissant la création de nouvelles filiales, prévoyant notamment la nécessité d'obtenir, s'il y a lieu, l'approbation d'un haut dirigeant de la société mère. Le territoire de constitution d'une nouvelle filiale devrait être déterminé en fonction des facteurs commerciaux, des exigences réglementaires et des incidences fiscales applicables.

### De quels facteurs faut-il tenir compte lors de la nomination des administrateurs d'une filiale ?

Même si des administrateurs externes siègent au conseil d'administration d'une filiale lorsque la loi l'exige ou qu'une pratique exemplaire le favorise, la plupart des conseils d'administration de filiales sont composés d'administrateurs qui sont aussi des hauts dirigeants de la société mère ou d'une autre filiale. Voici des exemples de pratiques exemplaires qui pourraient être adoptées en ce qui a trait au conseil d'administration d'une filiale importante :

- Envisagez de mettre en place une structure et un processus permettant la détermination des aptitudes, des compétences et des qualifications que devraient posséder les membres du conseil d'administration de la filiale.
- Envisagez de nommer comme président du conseil d'administration de la filiale une autre personne que le président de la filiale. Le président du conseil d'administration de la filiale pourrait être un haut dirigeant provenant d'un autre secteur commercial ou géographique.
- De même, envisagez de choisir pour siéger au conseil d'administration de la filiale des personnes provenant d'autres secteurs commerciaux ou géographiques plutôt que des employés provenant des activités productrices de revenus de la filiale elle-même.
- Envisagez de choisir la majorité des membres du conseil d'administration parmi les personnes qui sont des résidentes du territoire de constitution de la filiale en vertu de la législation fiscale ou, si cela est impossible, de les choisir parmi les personnes qui ne sont pas résidentes du Canada en vertu de la législation fiscale.

Des conseils d'administration interdépendants ou identiques peuvent permettre la réalisation de certains gains d'efficacité lorsque la société mère est une société de portefeuille et que la filiale est une société d'exploitation. Toutefois, les administrateurs qui siègent au sein des deux conseils d'administration doivent savoir que le manque d'indépendance peut entraîner certaines incidences fiscales, être une source potentielle de conflits et accroître le risque que la société mère soit tenue responsable de la conduite de la filiale.

### Quelle emprise et quel pouvoir de supervision une société mère devrait-elle exercer sur ses filiales ?

La société mère doit évaluer le niveau approprié de supervision qu'elle doit exercer sur ses filiales et l'appliquer. Il faut tenir compte des éléments suivants.

- **L'adoption de politiques propres à la filiale plutôt que de politiques applicables à l'ensemble de l'entreprise :** Bien que les politiques applicables à l'ensemble de l'entreprise qui sont mises en œuvre et par une société mère soient conçues pour promouvoir la cohérence et l'efficacité opérationnelle, celles-ci pourraient également avoir pour effet d'accentuer les risques d'ordre juridique. Les filiales devraient évaluer et déterminer de façon indépendante l'incidence que pourrait avoir sur elles les politiques applicables à

l'ensemble de l'entreprise avant de les adopter. Les filiales devraient avoir la latitude nécessaire pour apporter les modifications appropriées pour tenir compte de leurs besoins opérationnels et pour se conformer au cadre juridique et réglementaire de leur territoire de constitution. La mise en oeuvre de politiques devrait être effectuée par la filiale elle-même.

- **La mise en oeuvre d'un système centralisé aux fins de la conformité, des dépôts réglementaires et de tenue de livres et de registres plutôt que d'un système décentralisé :** Dans de grandes organisations, la logistique afférente à la supervision de nombreuses filiales peut constituer un défi de taille. Les sociétés mères devraient évaluer si un système centralisé aux fins de la conformité, des dépôts réglementaires et de la tenue de livres et de registres devrait être mis en place en plus des systèmes mis en oeuvre au niveau de la filiale elle-même et, le cas échéant, en déterminer le champ d'application. Un système centralisé permet à une société mère de mieux surveiller et évaluer les tendances et les risques au niveau de l'entreprise et de prendre les mesures qui s'imposent pour y faire face. Toutefois, pour minimiser le risque de responsabilité de la société mère, un système centralisé devrait servir uniquement aux fins de supervision. Les filiales devraient s'assurer elles-mêmes de respecter les exigences en matière de conformité, par exemple au moyen de la mise en oeuvre d'un processus de vérification de la conformité en matière d'environnement, de santé et de sécurité et de la prise des mesures qui s'imposent, le cas échéant, à l'issue de ce processus.

### Où se trouve le centre de gestion de la filiale ?

La filiale doit se conformer aux exigences relatives au lieu de résidence des administrateurs prévues dans la législation de son territoire de constitution. Les organismes de réglementation du territoire de constitution de la filiale veulent souvent voir que le centre de gestion de la filiale se trouve dans leur territoire et s'assurer que les décisions que prend la filiale émanent de leur territoire. De plus, pour l'application de la législation fiscale canadienne, le lieu de résidence d'une société se trouve généralement là où se trouve son centre de gestion. Il s'agit généralement de l'endroit où le conseil d'administration exerce ses fonctions. Toutefois, si les faits indiquent qu'une société mère canadienne prend les principales décisions concernant l'entreprise de sa filiale étrangère et que le conseil d'administration de la filiale n'examine pas à fond la proposition de la société mère, il se peut que la filiale soit considérée résider au Canada aux fins fiscales. Les réunions du conseil d'administration tenues par voie de conférence téléphonique et au moyen de plateformes électroniques de réunion peuvent offrir un certain niveau d'efficacité, mais elles peuvent poser certaines difficultés en ce qui a trait au respect des exigences concernant le lieu du centre de gestion et de la prise de décisions de la filiale. On pourrait exiger, à titre de pratiques exemplaires, que les administrateurs des filiales assistent à la plupart des réunions du conseil d'administration dans le territoire de constitution de la filiale et que le conseil d'administration de la filiale tienne des procès-verbaux démontrant que les décisions ont été prises après examen de tous les facteurs pertinents.

Chaque organisation a des besoins différents et il pourrait être opportun de consulter un conseiller juridique pour déterminer quelle est la meilleure façon de procéder dans une situation donnée.

Personnes-ressources : [Patricia L. Olasker](#), [Poonam Puri](#) et [Luis Sarabia](#)