



Institut sur la gouvernance
d'organisations privées et publiques

L'indépendance des administrateurs: la Cour suprême du Delaware change la donne

Lesaffaires.com

Yvan Allaire, Ph. D. (MIT), MSRC
Président exécutif du conseil, IGOPP
Professeur émérite de stratégie, UQÀM

François Dauphin, MBA, CPA, CMA
Directeur de la recherche, IGOPP



Les Bourses, les autorités réglementaires et les gouvernements (pour les sociétés d'État) ont défini de façon précise les critères formels permettant de déterminer si un administrateur se qualifie d'indépendant ou non. Et ces définitions sont similaires, voire identiques, dans la plupart des juridictions ou grandes Bourses du monde occidental. Elles se fondent habituellement sur l'absence de relations d'affaires entre l'individu ou ses proches et la société concernée. Ainsi, la loi sur la gouvernance des sociétés d'État stipule :

« Un membre se qualifie comme [indépendant] s'il n'a pas, de manière directe ou indirecte, de relations ou d'intérêts, par exemple de nature financière, commerciale, professionnelle ou philanthropique, susceptibles de nuire à la qualité de ses décisions eu égard aux intérêts de la société ».

Ce concept d'indépendance, tout facile à établir soit-il, n'est pas très intéressant. On est vite tenté d'y ajouter la notion *d'indépendance d'esprit*, certes plus utile mais impossible à établir par qui ne siège pas au conseil. Les mesures de « bonne gouvernance » pour l'indépendance des membres du conseil s'en remettent donc à des critères formels facilement appréciables.

Or, le 5 décembre 2016, la Cour suprême du Delaware a rendu une décision¹ (dans la cause *Sandys v. Pincus*) qui ouvre la porte à ce que les Cours puissent évaluer l'ensemble des faits, le contexte, afin de décider si une personne, qualifiée de membre indépendant, l'est bien en réalité.

Dans ce litige mettant en cause une société avec un actionnaire de contrôle, la Cour a considéré le fait qu'un administrateur (qualifié d'indépendant selon les règles du NASDAQ) ne l'était pas parce que celui-ci et l'actionnaire de contrôle étaient copropriétaires d'un avion privé. La Cour a estimé que ce fait indiquait une forte proximité entre les deux individus ainsi que des liens personnels entre eux et leurs familles. Aussi, la Cour a statué que cet administrateur ne pouvait agir de façon indépendante de l'actionnaire de contrôle, que de telles relations pourraient « influencer fortement la capacité d'un être humain à exercer un jugement impartial »².

¹ Voir *Sandys v. Pincus*, No. 157, 2016 (Del. Dec. 5, 2016)

² Traduction libre des auteurs



Le Juge en chef, Leo E. Strine Jr., précise que « la notion d'indépendance du Delaware est contextuelle et n'épouse pas parfaitement celle des Bourses dans tous les cas »³.

Selon cette décision d'une Cour influente (près de 65% des sociétés du S&P 500 sont sous la juridiction du Delaware), la notion d'indépendance, en cas de litiges du moins, doit comporter l'examen des relations sociales et des relations d'affaires entre les membres du conseil, tout particulièrement, s'il y a lieu, avec un actionnaire de contrôle siégeant au conseil.

L'influence de la Cour du Delaware est considérable et cette décision récente pourrait trouver écho devant d'autres tribunaux. Les membres de conseil d'administration doivent prendre bonne note de ce développement juridique.

³ Traduction libre des auteurs