

ACPPU Bulletin juridique

L'obligation fiduciaire des membres d'un conseil d'administration d'université

Introduction

Le présent bulletin définit le concept de l'obligation fiduciaire et examine son application au conseil d'administration d'une université. Il ressort de cet examen que la transposition à l'université du concept d'obligation fiduciaire propre au droit des sociétés pour nier le devoir de représentation des membres du conseil d'administration (les administrateurs) nommés pour représenter le personnel académique ou pour y faire obstacle constitue une mauvaise application du concept dans le contexte de la gouvernance collégiale de l'université.

La participation du personnel académique aux conseils d'administration est un pilier de la gouvernance collégiale dans les universités canadiennes. Ce droit est directement établi par la loi constitutive de l'université ou par les règlements administratifs de l'université établis sous son régime. Les représentants du personnel académique au conseil d'administration peuvent être élus par le conseil de faculté, nommés par les associations de personnel académique ou encore issus des rangs des professeurs membres du sénat. Quel que soit leur mode de nomination ou d'élection, ces membres du conseil d'administration représentent le personnel académique de l'établissement d'enseignement. Telle est leur raison d'être dans le conseil d'administration. Pourtant, quand les associations de personnel académique s'élèvent contre

des obligations de confidentialité trop restrictives, des conflits d'intérêts, des dispositions sur la solidarité des administrateurs ou d'autres documents du conseil trop limitatifs qui empêchent les professeurs de représenter pleinement leurs collègues qui les ont nommés, elles font les frais de déclarations sans nuance sur l'utilité de ces restrictions pour honorer les obligations fiduciaires des administrateurs.

Pour l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université, ces restrictions ou limitations sont incompatibles avec le concept d'obligation fiduciaire dans un milieu où la collégialité assurée par la représentation du personnel académique est un aspect essentiel et fondamental de la gouvernance universitaire. De plus, elles entraînent un « déficit de démocratie » dans la gouvernance universitaire. Autrement dit, des sièges au conseil d'administration sont réservés à des représentants du personnel académique et toute atteinte à la capacité de ces derniers de représenter pleinement leurs groupes en communiquant avec eux ou en les consultant est inappropriée du point de vue du droit. En fait, cette atteinte traduit une compréhension du concept d'obligation fiduciaire incompatible avec la gouvernance collégiale.

La Cour suprême du Canada reconnaît que les universités sont une communauté d'érudits unique en son genre. Ainsi, elle a établi que :

La Loi [provinciale, fondatrice] constitue une université et ne modifie pas la nature traditionnelle de cette institution, soit un groupement de professeurs et d'étudiants jouissant d'une autonomie interne appréciable. [...] [S]a responsabilité immédiate et expresse s'étend d'abord à ses membres actuels¹ [...]

Les universités sont des entités juridiques dotées d'une personnalité morale et non des sociétés au sens du droit des sociétés. Elles ne sont pas assujetties au même cadre juridique que les entreprises fermées ou ouvertes, qui sont des organisations constituées en vertu des lois sur les personnes morales à but lucratif ou sans but lucratif. Par conséquent, l'application des principes du droit des sociétés qui trouvent leur origine dans les lois sur les sociétés par actions, comme l'obligation fiduciaire, requiert de la prudence.

Les conseils d'administration d'université comprennent divers représentants de parties intéressées ou de groupes qui y ont été nommés en vertu du principe de la représentation de ces parties ou groupes. Dans les entreprises, les conseils d'administration regroupent des personnes habituellement nommées ou élues par leurs membres mêmes. Ils ne sont pas tenus, contrairement aux conseils d'administration d'université, de choisir des membres en fonction de leur représentativité, de leur expertise ou de leurs antécédents.

On voit donc que les conseils d'administration d'université ont une caractéristique intrinsèque que ne possèdent pas ceux des entreprises : ils sont composés de parties intéressées et de représentants. En fait, c'est la publication, dans les années 1960, du rapport Duff-Berdahl qui a été à l'origine de la réorientation délibérée de la composition des conseils pour y inclure une représentation accrue des professeurs². À l'époque, le climat de crise qui régnait dans les universités canadiennes a provoqué un réexamen de la gouvernance collégiale et de l'exercice du pouvoir par les recteurs, qui a abouti à la nécessité de renforcer la gouvernance

collégiale et d'affaiblir le pouvoir des recteurs. La représentation dans les conseils des divers groupes de la communauté universitaire est une condition *sine qua non* d'une gouvernance collégiale solide et fonctionnelle. Les politiques et les décisions qui font obstacle à cette représentation fragilisent la gouvernance collégiale vue comme un moyen d'équilibrer et de répartir le pouvoir et les responsabilités dans une université. Au final, moins la gouvernance universitaire est fondée sur la représentation et moins elle est collégiale.

Après examen de la législation et de la jurisprudence, l'ACPPU est d'avis qu'au nom de leur obligation fiduciaire, les administrateurs dans les universités peuvent, et à vrai dire doivent, prendre en compte les intérêts de toute la communauté universitaire dans l'exercice de leurs fonctions et responsabilités, à défaut de quoi ils dérogent au modèle de gouvernance qui est le fondement juridique de leur fonctionnement.

Le concept d'obligation fiduciaire

L'obligation fiduciaire est une obligation juridique d'agir au mieux des intérêts d'une autre personne, généralement appelée le bénéficiaire. Elle incombe aux parents et à leurs enfants, à l'État et aux collectivités autochtones, et aux administrateurs et à leur société. Le fiduciaire (c'est-à-dire la personne qui détient le pouvoir, la latitude ou l'autorité) doit faire preuve de loyauté, et agir avec un soin et une compétence raisonnables – en gardant toujours en tête les intérêts supérieurs du bénéficiaire (la personne qui compte sur le fiduciaire pour prendre des décisions en son nom). Sur le plan juridique, l'imposition d'une obligation vise à établir des normes éthiques pour l'exercice de pouvoir sur autrui³.

Il s'agit là d'une des obligations les plus importantes et les plus rigoureuses en droit⁴. Elle est présente depuis des siècles dans la *common law* et a été codifiée dans les diverses dispositions sur les obligations des administrateurs figurant dans les lois adoptées au cours du siècle dernier pour régir les sociétés par actions au

1. *Harellkin c. University of Regina*, [1979] 2 RCS 561, pp. 594-595. Nous remercions grandement la professeure Theresa Shanahan qui nous a assistés dans la recherche de documents de référence et de décisions en lien avec la gouvernance universitaire. Pour en apprendre davantage sur le cadre juridique d'une université et la gouvernance collégiale, se reporter à son article intitulé *Fiduciary Duties of University Governing Boards : Implications for Self-governance and Collegial Decision Making*.

2. DAVIS, Brent. « Governance and Administration of Post-Secondary Institutions », *Handbook of Canadian Higher Education*, Eds. Theresa Shanahan, Michelle Nilson and Li-Jeen Broshko, McGill-Queen's UP, 2015, p. 65-66.

3. AAGARD, Lindsay. L'obligation fiduciaire et les députés fédéraux, *Revue parlementaire canadienne*, été 2008, p. 32.

4. *Peoples c. Wise*, *infra*, paragr. 38.

Canada⁵. La Cour suprême a énoncé que, de manière générale, l'obligation fiduciaire avait sa source dans la *common law* et dans la législation. La nature de l'obligation varie selon sa source, les lois étant, on pourrait dire, beaucoup plus strictes et moins ouvertes à une application flexible que la *common law*.

Établir une obligation fiduciaire

Les tribunaux se fondent sur les « indices de l'arrêt *Frame* » pour établir si une obligation fiduciaire en *common law* devrait exister dans une relation particulière. Ces indices ont été exposés par la juge Wilson, dissidente dans l'arrêt *Frame c. Smith* rendu par la Cour suprême du Canada en 1987 dans une affaire en droit de la famille⁶. La Cour les a par la suite confirmés en 2011 dans la décision *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, qui opposait des pensionnaires âgés dans des établissements de soins et le gouvernement de l'Alberta⁷. Par conséquent, afin d'imposer une obligation fiduciaire non pas en vertu d'une loi, mais plutôt en fonction des indices formulés dans l'arrêt *Frame*, un tribunal tranchera les questions suivantes :

1. Le présumé fiduciaire s'était-il engagé à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires présumés?
2. Y a-t-il une personne ou un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire?
3. Existe-t-il un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires sur lequel l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable⁸?

En *common law*, l'obligation fiduciaire est donc une obligation qui résulte de la relation particulière existante. Puisque, ainsi définie, l'obligation peut prendre naissance dans un large éventail de relations, elle est décrite dans des termes moins contraignants que l'obligation fiduciaire imposée à un administrateur d'entreprise en vertu d'une loi régissant une société par actions ou d'une autre. Dans la mesure où une obligation prévue par la loi ne s'applique pas à une université, c'est donc sa contrepartie en *common law* qui viserait les membres de son conseil d'administration.

Considérons d'abord l'obligation fiduciaire du point de vue de la *common law*⁹. Un examen du cadre de gouvernance en place dans 30 universités nous a amenés à faire les constatations ci-après en ce qui a trait à l'application des indices de l'arrêt *Frame* à la gouvernance universitaire :

1. Presque tous les conseils d'administration examinés exigent que leurs membres acceptent, par écrit ou en se soumettant aux politiques, d'agir au mieux des intérêts de l'université, de divulguer les conflits d'intérêts et de ne pas privilégier leurs propres intérêts ou les intérêts d'une autre personne.
2. L'université est un groupe de « personnes » (ou une personne morale) vulnérable au contrôle des fiduciaires, puisque le conseil est l'organe directeur non académique de l'université.
3. Les membres du conseil d'administration ont le pouvoir et la capacité de prendre des décisions qui influent sur les intérêts et les droits du bénéficiaire (l'université). Mentionnons la capacité du conseil de ratifier les conventions collectives, d'approuver les acquisitions et les cessions d'actifs immobiliers et d'élaborer des politiques qui ne concernent pas les activités académiques.

D'après les indices précités, il existe en *common law* une relation fiduciaire entre les administrateurs de l'université et cette dernière. Néanmoins, puisque les universités sont créées par une loi ou une charte, il se peut qu'une forme quelconque d'obligation fiduciaire légale existe aussi. En fait, une obligation fiduciaire qui est établie expressément par une loi – la loi fondatrice de l'université ou une autre source de droit – remplacera vraisemblablement l'obligation fiduciaire en *common law*.

Quoi qu'il en soit, l'ACPPU est d'avis que la source de l'obligation fiduciaire (la *common law*, la législation ou une combinaison des deux) ne change pas vraiment la nature de l'obligation fiduciaire des administrateurs d'université (c'est-à-dire refléter la structure et les objectifs uniques de l'université). Autrement dit, quelle que soit l'origine de l'obligation, contrairement aux administrateurs d'entreprise, les administrateurs d'université doivent considérer une myriade d'intérêts et de préoccupations afin de déterminer les intérêts

5. Voir, par exemple, l'article 134 de la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. B. 16 et l'article 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44.
6. [1987] 2 R.C.S. 99, paragr. 60.

7. [2011] CSS 24.

8. Il s'agit souvent d'un intérêt sur des biens. *Supra*, paragr. 36.

9. *Rapport de l'ACPPU sur la gouvernance*. 2018.

supérieurs de l'université et reconnaître explicitement la fonction de représentation du conseil.

L'obligation fiduciaire appliquée aux administrateurs d'université

Toutes les universités au Canada tiennent leur existence d'un texte de loi. Il peut s'agir d'une charte royale établie avant la création de la province dans laquelle elles sont situées ou d'une loi de cette province¹⁰. Des 30 universités examinées en 2017 par l'ACPPU pour produire son rapport sur la gouvernance, aucune n'était constituée en personne morale en vertu des mécanismes désignés dans les diverses lois provinciales sur les sociétés par actions ou autres, de sorte qu'aucune n'était assujettie directement aux lois régissant les sociétés. En outre, les articles des lois constitutives des universités qui portent sur l'établissement des conseils d'administration ne font pas mention d'une quelconque obligation fiduciaire des administrateurs ou, lorsqu'elles en font mention, cette obligation est d'une nature différente de l'obligation fiduciaire que l'on trouve dans les lois générales sur les sociétés¹¹.

Par exemple, en Ontario, la *Loi sur les sociétés par actions* s'applique seulement aux sociétés ayant un capital-actions, non aux universités¹². Des articles d'une autre loi, la *Loi sur les personnes morales*, pourraient s'appliquer à une université constituée en personne morale en vertu de sa loi constitutive, puisqu'une université peut aussi être considérée comme une société sans capital-actions¹³.

Aux fins de la présente discussion, il importe de souligner que seule la *Loi sur les sociétés par actions* comporte une obligation fiduciaire prévue par la loi, la *Loi sur les personnes morales* étant muette à ce sujet. Cette dernière énonce seulement que les administrateurs doivent déclarer tous les conflits d'intérêts découlant des intérêts directs ou indirects qu'ils ont dans des projets de contrat¹⁴. Cette exigence est un élément de la responsabilité fiduciaire, mais le libellé de ce paragraphe n'est pas assez complet pour établir une obligation fiduciaire pleine et entière, prévue par la loi, comme celle qui a cours dans les sociétés¹⁵.

Au Canada, c'est en Colombie-Britannique et en Alberta qu'existe l'obligation fiduciaire prévue par la loi la plus claire dans le secteur universitaire. En Colombie-Britannique, la *University Act* dispose d'abord que la *Business Corporations Act* ne s'applique pas aux universités¹⁶, mais impose ensuite à leurs administrateurs une obligation fiduciaire particulière, selon laquelle ils doivent agir au mieux des intérêts de l'université¹⁷. En Alberta, la *Post-Secondary Learning Act* prévoit la même obligation à l'égard des administrateurs d'université¹⁸. L'expression «au mieux des intérêts» n'est définie nulle part dans ces deux lois, mais l'ACPPU soutient que la présence, obligatoire en vertu de la loi, de professeurs, d'autres employés et d'étudiants au conseil d'administration de ces deux universités signifie que, dans ce régime représentatif, il importe de prendre en compte les intérêts de l'université et d'«agir au mieux de ces intérêts»^{19 20}. Ainsi, la disposition sur l'obligation

10. Cela s'applique aussi à la Colombie-Britannique et à l'Alberta, qui ont adopté une loi d'ensemble visant toutes les universités sur leurs territoires respectifs : en Alberta, la *Post-Secondary Learning Act* et en Colombie-Britannique, la *University Act*.

11. À l'exception de la *University of Toronto Act*, 1971, ch. 56, où l'on reprend au paragraphe 2(3) les mêmes caractéristiques que celles que l'on retrouve dans la plupart des lois sur les sociétés par actions (bonne foi, intérêts supérieurs, honnêteté, etc.), et qui s'appliquent néanmoins dans le contexte de la gouvernance universitaire et les objectifs de la Loi.

12. *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B. 16, articles 1 et 2.

13. *Loi sur les personnes morales*, L.R.O. 1990, ch. C.38, articles 1, 117 et 71. Ce que la *University of Toronto Act*, par exemple, semble reconnaître quand elle précise que certains articles de la *Loi sur les personnes morales* ne s'appliquent pas à l'Université et qu'en cas de tout autre conflit entre les deux lois, la *University of Toronto Act* prime. *University of Toronto Act*, 1971, ch. 56, paragraphe 1(2) et (3).

14. *Loi sur les personnes morales*, *supra*, paragraphe 71(1).

15. Comparez le libellé très clair de l'article 134 de la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario*, « Les administrateurs et les dirigeants, dans l'exercice de leurs fonctions pour le compte de la société, agissent : a) d'une part, avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société; b) d'autre part, avec le soin, la

diligence et la compétence [...] », avec le libellé de l'article 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, « Les 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; b) avec le soin, la diligence et la compétence [...] ». Ce libellé est suffisamment clair et complet pour établir une obligation fiduciaire.

16. *University Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 468, paragraphe 3(4).

17. *University Act*, *supra*, art.19.1 : [traduction] « Les membres du conseil d'administration d'une université doivent agir au mieux des intérêts de l'université. »

18. Le paragraphe 16(5) reproduit le libellé ci-dessus presque mot à mot : [traduction] « Les membres du conseil doivent agir au mieux des intérêts de l'université. »

19. *Supra*, art. 19.

20. En 2019, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* a été modifiée afin d'y inclure une liste non exhaustive des intérêts qui peuvent faire partie des « intérêts supérieurs » d'une société. Le paragraphe 122 (1.1) prévoit dorénavant parmi les intérêts dont il faut tenir compte ceux des employés, des consommateurs, des gouvernements ainsi que l'environnement.

fiduciaire ne peut être séparée de celle sur la composition du conseil d'administration. Les intérêts supérieurs de la personne morale qu'est l'université sont un amalgame des intérêts des groupes représentés à son conseil d'administration.

L'obligation fiduciaire dans le contexte de la gouvernance collégiale

Les fiduciaires doivent agir au mieux des intérêts de leurs bénéficiaires. Toutefois, il faut noter que, même dans le monde des entreprises, la Cour suprême a précisé que ces intérêts n'étaient pas nécessairement limités aux seuls intérêts des actionnaires et des administrateurs²¹. En conclusion, la Cour tranche la question de l'étendue de l'obligation fiduciaire en disant que le conseil d'administration peut « tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement »²². Au niveau fédéral, cette façon plus globale de définir les intérêts supérieurs de la société est désormais codifiée au paragraphe 122 (1.1.) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*²³.

Par conséquent, alors même qu'une obligation fiduciaire prévue par une loi est plus stricte que celle en *common law*, la définition des intérêts supérieurs à considérer dépasse ceux qui sont déterminés par les propriétaires d'une entreprise. Cet élément devrait donner encore plus à réfléchir avant de suivre en milieu universitaire l'interprétation de l'obligation fiduciaire en droit des sociétés, compte tenu du fait que le modèle de gouvernance implanté à l'université est celui de la gouvernance collégiale et que ce modèle suppose la représentation au conseil d'administration des différents groupes à l'université.

Néanmoins, l'obligation fiduciaire dans le secteur universitaire doit être en synchronie avec la gouvernance collégiale. Le principe de la gouvernance collégiale sous-tend la représentativité des membres du conseil de l'université²⁴. Des membres du personnel académique ne sont pas nommés *par hasard* au conseil de l'université, mais *en raison de* leurs fonctions académiques. Empêcher

d'une façon quelconque un représentant de la communauté académique de consulter ou de solliciter celle-ci va à l'encontre de l'obligation d'agir au mieux des intérêts de l'université, puisque cela est contraire au modèle de gouvernance même de l'université. En reconnaissant le devoir de représentation, mais en niant les droits de représentation, on fragilise la gouvernance collégiale et le cadre de représentation qui le sous-tend. Un modèle dérivé du droit des sociétés qui fait fi de cette réalité ne peut être utilisé pour définir la nature et l'étendue de l'obligation fiduciaire des administrateurs d'université.

Agir au mieux des intérêts des groupes représentés

Sous l'angle du droit des sociétés, l'obligation fiduciaire des administrateurs d'université et les règles régissant les conflits d'intérêts sur lesquelles cette obligation est fondée mettent souvent en lumière une fausse dichotomie entre les intérêts supérieurs de l'université et les intérêts des groupes de la communauté universitaire qui sont représentés dans son conseil d'administration. Cette conception des intérêts supérieurs repose sur la vision d'une université en tant que personne morale dans laquelle il n'y a ni professeurs, ni étudiants. Autrement dit, pour étendre aux universités l'obligation fiduciaire telle qu'on l'entend dans les sociétés, il faut considérer que l'université est simplement une société semblable à celles qui sont régies par le droit des sociétés en général.

Du côté des universités, les représentants du corps professoral au sein du conseil d'administration, comme les représentants d'autres groupes, doivent avoir toute latitude pour bien représenter leur groupe. Cette condition vient de la tradition de la gouvernance collégiale et des exigences de la législation relatives à la composition du conseil d'administration. Sinon, on ne peut parler de représentation : le statut de professeur du membre du conseil devient un critère d'admissibilité au conseil plutôt que la condition préalable à la représentation du corps professoral, un pilier du modèle de gouvernance collégiale.

21. Il est permis aux administrateurs de tenir compte d'autres intérêts; la Cour fait ainsi preuve de retenue à l'égard de leur appréciation commerciale. Voir *Magasins à rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, *infra*, paragraphes 63 à 65; aussi paragraphe 42.

22. *Ibid.*

23. Bien qu'elle soit informative, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* est dénuée d'effet juridiquement contraignant sur les

sociétés et les universités qui ne sont pas constituées sous le régime fédéral.

24. Comme le montre l'*Examen de l'ACPPU sur la gouvernance* de 2017, la représentation des professeurs et d'autres membres du personnel ainsi que des étudiants au sein du conseil est, la plupart du temps, imposée par les lois et par les règlements établis sous l'empire de ces lois. L'Université Memorial à Terre-Neuve est l'unique université qui ne compte aucun professeur à son conseil d'administration.

Dans ce contexte, il ne faudrait pas empêcher les représentants du personnel académique de communiquer avec leurs groupes et de les consulter ou de participer aux travaux du conseil pour le motif qu'ils représentent un groupe particulier dont les intérêts sont distincts de la grande communauté universitaire. L'approche contraire est mieux indiquée : il ne faudrait pas les empêcher *parce qu'ils* ont le devoir de représenter le groupe qui les a nommés. Lorsque l'on s'attaque à ce modèle, on affaiblit le caractère démocratique de la gouvernance universitaire : si un représentant du personnel académique n'avait à défendre aucun intérêt au conseil, pourquoi y siégerait-il ? Si ce représentant a effectivement des intérêts à défendre, comment les politiques contraires à la définition et à l'examen de ces intérêts sont-elles compatibles avec les objectifs et les intérêts supérieurs sous-jacents à l'obligation fiduciaire dans le milieu universitaire ?

La conception d'une obligation fiduciaire comportant un devoir de représentation peut avoir du mal à s'implanter dans les esprits qui transposent sur les universités une réalité de l'univers des sociétés, à savoir que les intérêts supérieurs de l'université s'opposent inévitablement à ceux des groupes qui la composent et que les administrateurs servent les intérêts supérieurs de l'université, pris dans le sens étroit du droit des sociétés. Cependant, cette conception fait fi du caractère représentatif du conseil d'administration d'une université, qui l'amène à tenir compte, dans le processus décisionnel, des intérêts des divers groupes au sein de la communauté universitaire, ce qui est la définition même de la gouvernance collégiale.

Ainsi, lorsque les buts et objectifs de l'université correspondent aux buts et objectifs à court ou à long terme des professeurs et autres employés ainsi que des étudiants (p. ex. la sécurité d'emploi pendant toute l'existence de l'établissement, le recrutement de personnel académique de qualité attiré par des conditions de travail intéressantes ou la stabilisation des inscriptions en plafonnant les augmentations des frais de scolarité), il ne peut y avoir de conflit d'intérêts préjudiciable aux intérêts supérieurs de l'université. Même en cas de désaccord sur ce que sont les intérêts supérieurs de l'université, il revient au conseil d'administration

d'examiner les intérêts des divers groupes représentés dans ses rangs avant de prendre des décisions qui auront une incidence sur toute la communauté universitaire. Il se peut que la décision finale privilégie les intérêts supérieurs de l'université plutôt que les intérêts d'un groupe particulier, mais ce groupe aura pu faire valoir ses intérêts avant et après que la décision sera prise.

Lorsque les buts et objectifs de l'université ne correspondent pas aux buts et objectifs à court ou à long terme des professeurs et autres employés ainsi que des étudiants, ou s'y opposent même, les représentants des groupes concernés au conseil d'administration ne manquent pas nécessairement à leur obligation fiduciaire s'ils participent aux discussions et aux décisions qui en résultent. Ce serait le cas dans une société, puisque les administrateurs n'ont pas un devoir de représentation en vertu d'une loi ou d'un règlement administratif. Par exemple, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'un administrateur qui avait contracté un emprunt auprès de sa société n'avait pas manqué à son obligation fiduciaire parce que la société avait en mains tous les faits importants, était secondée par son propre conseiller juridique et pouvait compter sur d'autres membres pour la conseiller au moment de négocier le prêt²⁵. La Cour s'est fondée sur des arrêts de la Cour suprême selon lesquels les actions intéressées d'un fiduciaire n'entrent pas toutes en conflit avec ses obligations fiduciaires²⁶. Si la représentation des intérêts est explicitement inscrite dans le mandat du conseil d'administration d'une université, on ne peut exiger que les professeurs et d'autres membres du conseil soient exclus des discussions et des votes sur des enjeux qui les touchent directement ou indirectement sans détourner l'obligation fiduciaire de son sens premier.

Agir au mieux des intérêts déterminés par les objectifs prévus par la loi

Dans le contexte de l'obligation fiduciaire d'un conseil d'administration d'université, les intérêts supérieurs doivent être déterminés en fonction des buts et objectifs de l'université, qui sont souvent l'enseignement, l'apprentissage et la recherche pour assurer le bien commun. Cependant, cette énumération n'est pas exhaustive^{27 28}. Les cas ci-dessous illustrent comment les

25. *Kidder c. Photon Control Inc.*, [2012] BCCA 327, paragr. 57-62.

26. *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, [2011] 2 RCS 175, paragr. 150.

27. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a établi qu'une université dans cette province pouvait avoir d'autres objectifs (dans le contexte du droit de la fiscalité). Voir le paragraphe 81

de l'affaire *British Columbia Assessors, Areas No. 1 & 10 v. University of Victoria*, [2010] BCSC 133.

28. Le paragraphe 122 (1.1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* est explicite quant au fait que la liste des intérêts n'est pas exhaustive.

objectifs prévus dans la loi constitutive d'une université peuvent déterminer ses intérêts supérieurs. Le plus souvent, ces intérêts correspondront aux intérêts des groupes internes représentés au conseil au lieu de s'y opposer.

- En vertu de la *York University Act*, [traduction] « Les objectifs de l'Université sont [...] l'avancement de l'apprentissage et la diffusion des connaissances; et [...] l'épanouissement intellectuel, spirituel, social, moral et physique de ses membres et le mieux-être de la société »²⁹. L'apprentissage et la diffusion des connaissances sont intrinsèquement liés au travail du personnel académique de l'Université et aux raisons pour lesquelles les étudiants s'y inscrivent. Toute atteinte à la capacité des représentants des professeurs de représenter pleinement leurs groupes s'oppose à l'essence même du conseil d'administration dans le milieu universitaire, qui est de faire se rencontrer les parties intéressées et les groupes qui constituent l'Université.
- La *Loi sur l'Université du Nouveau-Brunswick* précise que les activités d'une université sont principalement l'enseignement, la recherche, l'enseignement et le service universitaire extra-muros et la coopération avec d'autres gouvernements ou organismes pour atteindre ces objectifs³⁰. Puisque l'Université vise à atteindre ces objectifs de concert avec d'autres, les intérêts des groupes exécutants devraient être à l'avant-plan et les voix des administrateurs représentant ces intérêts devraient être entendues. En réduisant au silence ces membres parce que l'on a porté atteinte à leur capacité de jouer le rôle prévu par la *Loi*, on viole la *Loi*.
- Selon sa loi constitutive, l'Université de Sherbrooke a pour objet l'enseignement supérieur et la recherche³¹. On peut prétendre que cet objet correspond directement aux besoins et aux intérêts du personnel académique et des étudiants. Par conséquent, l'administration ne devrait pas pouvoir définir les intérêts supérieurs de l'Université en se fondant sur une interprétation de l'obligation fiduciaire dérivée de celle des sociétés, c'est-à-dire des intérêts séparés des objectifs et intérêts des groupes internes représentés au conseil ou contraires à ces intérêts.

Conclusion

Le concept général d'obligation fiduciaire dans le droit des sociétés n'est pas adapté à l'université vue comme un établissement dont le modèle de gouvernance s'appuie sur la collégialité dans un conseil d'administration représentatif. Les conseils d'administration d'université sont régis par des lois particulières et ont des objectifs différents de ceux des conseils d'entreprise. L'obligation fiduciaire et la doctrine des intérêts supérieurs qui la sous-tend doit donc aussi être examinée et appliquée sur la base du modèle universitaire unique.

L'ACPPU estime que l'application, à tort, à l'université du concept d'obligation fiduciaire du droit des sociétés empêche les administrateurs d'université de représenter leurs groupes. Les conseils d'université doivent être constitués des parties intéressées. Selon la loi, les règlements administratifs de l'université ou d'autres documents de gouvernance, certains administrateurs doivent représenter des groupes particuliers de la communauté universitaire, comme le personnel académique.

Un administrateur d'université a l'obligation fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de l'université. Dans le modèle d'un conseil d'administration représentatif, les intérêts supérieurs de l'université sont déterminés à partir des intérêts des groupes qui la composent. Toute atteinte à la capacité des membres d'un conseil représentatif de représenter librement leurs groupes est un obstacle à l'exécution de l'obligation fiduciaire plutôt qu'une forme de manquement.

29. *York University Act*, 1965, art. 4.

30. *Loi sur l'Université du Nouveau-Brunswick*, 1984, Lois du Nouveau-Brunswick, ch. 40, art. 6.

31. *Loi concernant l'Université de Sherbrooke*, Lois du Québec, 1978, ch. 125, article 3.