

Responsabilité des administrateurs, indemnisation et garanties d'assurance

Par André Laurin

À retenir

- Craintes et risques des administrateurs peuvent être réduits
- Les moyens passent par :
 - ✓ le respect des obligations de loyauté et de diligence
 - ✓ la prise de certaines précautions particulières
 - ✓ les engagements d'indemnisation et les garanties d'assurance
- Les lois prévoient des pouvoirs et droits d'indemnisation; toutefois ces droits devraient être complétés
- Obtenir des engagements d'indemnisation contractuels détaillés
- Toutes les garanties d'assurance responsabilité administrateurs et dirigeants ne se ressemblent pas : vérifier

Mise en garde

Le sujet de ce bulletin et la façon dont il est traité ne doivent pas faire oublier que la mission principale de l'administrateur n'est pas de se protéger mais bien d'agir au mieux des intérêts de la société ou compagnie dont il est l'administrateur. Il doit donc consacrer ses énergies et talents à ces fins. Toutefois, le recours à certaines précautions n'entre pas en conflit avec cette mission.

Sources des craintes et risques des administrateurs

Plusieurs administrateurs sont craintifs face aux risques potentiels de responsabilité. Ces craintes émanent, entre autres :

- du relèvement de la barre par les autorités en valeurs mobilières (règles et lignes directrices);



- du fardeau important imposé par ces autorités pour assurer la qualité de l'information financière et l'efficacité des contrôles internes;
- du nombre croissant d'obligations statutaires; et
- d'un nombre plus important de recours judiciaires dont des recours collectifs, des règlements dans les affaires Enron et WorldCom qui ont imposé aux administrateurs des contributions personnelles, à même leur patrimoine, et de plusieurs jugements rendus par les tribunaux et très médiatisés (surtout aux États-Unis).

Ces craintes ne sont pas injustifiées. Toutefois, elles peuvent être fortement dissipées sinon éliminées par des moyens appropriés. Les administrateurs doivent aussi tenir compte du contexte judiciaire canadien moins porté aux excès.

Moyens de réduire ces craintes et de se protéger

Il faut ici rappeler les obligations de base de loyauté et de diligence rattachées à la fonction des administrateurs. **L'administrateur qui respecte ses obligations aura une défense à offrir dans la quasi-totalité des cas.** Rappelons d'ailleurs que la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise* (2004 SCC 64) a mentionné que « *L'établissement de règles de régie d'entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leurs obligations de diligence.* »

Dans le cadre du respect de ces obligations de base, plusieurs précautions peuvent être prises par les administrateurs tout en laissant les dirigeants faire leur travail (« nose in, fingers out »). Parmi ces précautions, nous retrouvons l'obtention d'engagements d'indemnisation et la souscription de garanties d'assurance.

Engagement d'indemnisation des administrateurs

Tant la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA ») à l'article 124 que la *Loi sur les compagnies* (Québec) (« LCQ ») aux articles 123.87, 123.88 et 123.89 contiennent des dispositions sur l'indemnisation des administrateurs. Ces dispositions établissent les paramètres et conditions de l'indemnisation mais laissent certaines ambiguïtés.

LCSA

La LCSA accorde certains pouvoirs d'indemnisation des administrateurs à la société et certains droits d'indemnisation aux administrateurs dont ils peuvent se prévaloir à l'encontre de la société.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

Ainsi, elle prescrit que la société :

- peut indemniser ses administrateurs (mais également ses dirigeants, les prédécesseurs de ceux-ci) de même que ceux qui ont agi à ce titre à sa demande pour une autre entité :
 - √ de tous leurs frais et dépenses, y compris les sommes versées pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement, entraînés par la tenue d'une enquête ou par des poursuites civiles, pénales, administratives ou autres, et
 - √ dans lesquelles ils étaient impliqués à ce titre;
- peut avancer des fonds pour ces frais, à charge de remboursement si les limites ou conditions de la loi ne permettent pas l'indemnisation compte tenu du résultat des procédures ou enquêtes; et
- peut indemniser les administrateurs pour les frais et dépenses entraînés par leur implication dans des actions intentées par ou contre la société pour laquelle ils agissent à titre d'administrateurs et leur avancer des fonds à ces fins, le tout avec l'approbation du tribunal;

le tout, pourvu que l'administrateur, premièrement ait agi « avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société » dans laquelle il occupait la fonction d'administrateur et que deuxièmement, « dans le cas de poursuites pénales ou administratives aboutissant au paiement d'une amende », l'administrateur ait eu « de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi » (les « conditions »).

Parallèlement, la LCSA stipule aussi que ces mêmes administrateurs ont droit d'être indemnisés dans les cas décrits ci-dessus s'il n'y a pas de conclusion de manquement ou d'omission à leurs devoirs et si les conditions ci-dessus mentionnées sont respectées.

Plusieurs questions peuvent être soulevées face au langage du texte de l'article 124 de la LCSA. Ainsi,

- y a-t-il obligation d'indemnisation dans les cas où ni la société ni l'administrateur ne font encore l'objet d'une action ou de poursuite mais que des menaces d'actions ou de poursuites existent?
- le montant des amendes imposées à l'administrateur est-il couvert par les expressions frais, dépenses et autres sommes requises pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement?

- qu'arrive-t-il dans le cas d'enquêtes, de poursuites pénales, administratives ou autres dirigées contre la société?

Notons que les administrateurs qui autorisent le versement d'une indemnité en violation de l'article 124 de la LCSA, sont tenus de restituer à la société les sommes illégalement versées et non remboursées. L'engagement contractuel d'indemnisation et les règlements généraux ou la résolution doivent donc préciser et compléter les formulations législatives sans pour autant excéder les pouvoirs accordés par la LCSA.

LCQ

La loi québécoise, quant à elle, utilise un langage plus impératif. Ainsi, en vertu de la LCQ, la compagnie :

- assume la défense de l'administrateur de la compagnie qui est poursuivi par un tiers pour un acte posé dans l'exercice de ses fonctions (sauf dans le cas de faute lourde ou de faute personnelle séparable de l'exercice de ses fonctions);
- assume les dépenses de l'administrateur que la compagnie elle-même poursuit pour un acte posé dans l'exercice de ses fonctions si elle n'obtient pas gain de cause et si le tribunal en décide ainsi; et
- assume les mêmes obligations à l'égard de l'administrateur d'une autre entité dont elle est l'actionnaire à qui elle a demandé d'agir comme administrateur.

Cependant, en vertu de la LCQ dans le cas d'une poursuite pénale ou criminelle, la compagnie n'assume le paiement des dépenses de l'administrateur que si celui-ci avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi ou si l'administrateur a été libéré ou acquitté.

Comme l'administrateur est un mandataire de la compagnie, selon la LCQ (art. 123.83 LCQ et 321 C.c.Q.), les dispositions du Code civil du Québec applicables aux mandataires s'appliquent à lui dans la mesure où il n'y a pas contradiction avec les dispositions de la LCQ. Or, l'article 2150 du Code civil du Québec peut, entre autres, être utilisé pour compléter les obligations d'indemnisation de la compagnie.

« Art. 2150. Le mandant s'il en est requis avance au mandataire les sommes nécessaires à l'exécution du mandat. Il rembourse au mandataire les frais raisonnables que celui-ci a engagés et lui verse la rémunération à laquelle il a droit. »

Dans le cas de la LCQ aussi, plusieurs questions sont laissées sans réponses claires bien que le langage utilisé soit assez large.

AUTRES LOIS CONSTITUTIVES

Pour les compagnies, sociétés et autres organisations qui sont constituées en vertu d'autres lois, il faut se référer à la loi constitutive ou aux lois d'encadrement pour préciser l'étendue et la nature de la protection qui est ou peut être accordée à l'administrateur. Certaines lois (exemple : Hydro-Québec et Caisse de dépôt et placement) accordent l'immunité aux administrateurs contre les poursuites de tiers. De plus, des fonctionnaires nommés par le gouvernement du Québec sur les conseils d'administration de sociétés d'état bénéficient de certaines protections de la part du gouvernement du Québec. Chaque cas doit être étudié pour déterminer ce qui existe et ce qui doit être fait.

FISCALITÉ

Dans certains cas, l'indemnité versée à l'administrateur a été considérée par les tribunaux comme un revenu imposable entre les mains de l'administrateur bénéficiaire. L'indemnisation ne doit pas apparaître comme partie de la rémunération mais bien plutôt comme une dépense reliée à l'exercice des fonctions. Le paiement direct par la société plutôt que le remboursement peut aussi aider. La formulation de l'engagement est donc importante également à ce plan et ce, peu importe la loi applicable.

RÈGLEMENTS GÉNÉRAUX, RÉOLUTIONS ET ENGAGEMENTS CONTRACTUELS

Aux États-Unis, les dispositions relatives à l'indemnisation des administrateurs se retrouvent souvent dans les statuts constitutifs. Au Canada, on retrouve fréquemment des dispositions relatives à l'indemnisation des administrateurs dans les règlements généraux de la société ou dans une résolution adoptée par le conseil.

De telles dispositions d'indemnisation dans les règlements généraux ou dans une résolution du conseil devraient toujours être adoptées. Notons que si elles se retrouvent dans les règlements généraux, toutes les modifications devront être ratifiées par les actionnaires ou membres à la prochaine assemblée à moins qu'une délégation claire au conseil ait été faite à cet égard dans les règlements généraux. De plus, l'administrateur aurait intérêt à obtenir un **engagement contractuel direct de la société** dont il est l'administrateur en plus de la protection législative et de celle accordée par les règlements généraux ou une résolution du conseil.

Enfin, l'administrateur devrait aussi obtenir un engagement d'indemnisation de la société qui lui a demandé de siéger au conseil de sa filiale ou au conseil d'une société dont la première est créancière ou dans laquelle la première détient une participation minoritaire.

Qui plus est, dans la mesure où d'autres tiers non soumis aux limites législatives précitées peuvent lui fournir des engagements d'indemnisation contractuels, l'administrateur devrait se prévaloir d'une telle opportunité. Dans de tels cas, les engagements d'indemnisation peuvent être plus larges sans pour autant cautionner la mauvaise foi et la faute lourde.

Tant le langage des règlements généraux ou de la résolution que celui de l'engagement lui-même devrait couvrir les trous et ambiguïtés laissés par les lois constitutives. Par ailleurs, il faut éviter toute incohérence ou contradiction entre les textes utilisés d'une part, et les dispositions législatives d'autre part.

Garanties d'assurance

La souscription de garanties d'assurance à l'égard de la responsabilité des dirigeants et administrateurs constitue une pratique courante. Il ne fait pas de doute que tout administrateur qui ne bénéficie pas d'une immunité complète d'une autorité qui sera toujours solvable, devrait exiger la mise en place de garanties d'assurance adéquates contre sa responsabilité potentielle à titre d'administrateur. Ces garanties ne remplacent pas l'engagement d'indemnisation mais viennent le compléter.

Plusieurs sociétés et administrateurs n'accordent pas une importance suffisante aux caractéristiques des garanties d'assurance disponibles sur le marché. Toutes les polices et toutes les conditions de ces polices ne se

ressemblent pas. Il est donc très imprudent de ne pas faire de vérifications et de ne pas prendre des précautions préalables à l'acceptation de la charge d'administrateur et périodiques, une fois la police émise.

L'avantage principal pour l'administrateur d'obtenir une garantie d'assurance est de se prémunir contre le risque que la société soit éventuellement en difficulté financière et donc dans l'impossibilité de respecter les modalités et conditions de son engagement d'indemnisation envers lui.

Rappel de quelques règles de base

Au Québec, le contrat d'assurance est soumis aux dispositions du *Code civil du Québec* (articles 2389 à 2628).

L'article 2503 C.c.Q. précise l'obligation principale de l'assureur-responsabilité.

« Art. 2503. L'assureur est tenu de prendre fait et cause pour toute personne qui a droit au bénéfice de l'assurance et d'assumer sa défense dans toute action dirigée contre elle.

Les frais et dépens qui résultent des actions contre l'assuré, y compris ceux de la défense, ainsi que les intérêts sur le montant de l'assurance, sont à la charge de l'assureur, en plus du montant d'assurance. »

Les obligations accessoires à l'égard des frais et dépenses de la défense et des intérêts, en sus du montant de la garantie, ne se retrouvent pas dans la plupart des autres juridictions en Amérique du Nord. Certaines polices ne comportent aucune garantie pour les frais de défense. Les polices assujetties à la loi québécoise apportent donc à l'assuré et ce, malgré les dispositions contractuelles à l'effet contraire, une protection automatique additionnelle à l'assuré.

Si le contrat d'assurance n'est pas conclu au Québec, cette protection additionnelle accordée à l'administrateur par la loi québécoise ne s'appliquera pas que l'administrateur soit poursuivi au Québec ou ailleurs, et devrait donc être stipulée dans le contrat.

Cette protection additionnelle est importante puisque, à eux seuls, ces frais de défense peuvent épuiser les limites monétaires de la garantie et laisser l'assuré sans protection face au montant qu'un jugement pourrait le condamner à payer.

Rappelons qu'en droit québécois, c'est la police elle-même « ... qui doit indiquer :

- la relation entre les personnes et les biens, ainsi que celle entre les personnes et les faits qui entraînent la responsabilité;
- de même que les montants;
- les exclusions de garantie;
- le caractère obligatoire ou facultatif de l'assurance; et
- les bénéficiaires directs et indirects de celle-ci» (article 2499 C.c.Q.).

En d'autres mots, c'est donc cette police qui décrit les risques couverts et les conditions d'application des garanties. Le *Code civil du Québec* prévoit entre autres que :

« Art. 2470. L'assuré doit déclarer tout sinistre de nature à mettre en jeu la garantie dès qu'il en a connaissance. Tout intéressé peut faire cette déclaration... »

« Art. 2472. Toute déclaration mensongère entraîne pour son auteur la déchéance de son droit à l'indemnisation à l'égard du risque auquel se rattache ladite déclaration... »

« Art. 2477. L'assureur peut résilier le contrat moyennant un préavis qui doit être envoyé à chacun des assurés nommés dans la police. La résiliation a lieu quinze (15) jours après la réception du préavis par l'assuré à sa dernière adresse connue. »

Il ne faut pas oublier non plus l'obligation de divulgation initiale (art. 2408 C.c.Q.) de « toutes les circonstances connues qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur... » et celle en cours de contrat (art. 2466 C.c.Q.) de déclarer promptement à l'assureur « les circonstances qui aggravent les risques stipulés dans la police ».

Au Québec, les clauses du contrat d'assurance qui ont pour effet de réduire les obligations que le *Code civil du Québec* prescrit sont réputées non écrites (art. 2414).

Par ailleurs, l'administrateur ne pourra bénéficier de la protection de la police si le dommage causé l'a été de façon intentionnelle (ou absence de fortuité) ou encore s'il y a eu fraude de sa part. Tant le *Code civil du Québec* que les polices québécoises autorisent l'assureur à ne pas assurer un tel événement.

Soulignons que si la société souscrit la garantie et paie les primes, elle ne pourra vraisemblablement pas offrir plus par le biais de la garantie d'assurance que ce que sa loi constitutive lui permet d'accorder sous forme d'indemnisation (voir les commentaires soumis précédemment).

Fiscalité

Certains prétendent que la portion des primes qui se rapporte à des garanties d'assurance qui excède l'obligation d'indemnisation de la société en vertu de la LCSA ou de la LCQ, constitue un revenu imposable entre les mains de l'administrateur.

Exemples de certaines questions à soulever en matière de garantie d'assurance

- Quelle loi s'applique au contrat?
- Quels sont les types de poursuites couvertes?
- S'agit-il d'une assurance de type « indemnité » ou de type « défense »?
- La garantie d'assurance administrateurs et dirigeants est-elle distincte des autres garanties d'assurance souscrites par la société, a-t-elle ses propres conditions et est-elle accordée à l'administrateur personnellement et individuellement?
 - √ La déclaration initiale de la société lie-t-elle l'administrateur?
 - √ Y a-t-il une limite monétaire par sinistre ou réclamation ou une limite globale?
 - √ Est-ce qu'une fausse déclaration de la société peut invalider la garantie en faveur de l'administrateur?
- La société a-t-elle le pouvoir de lier l'administrateur-assuré auprès de l'assureur?
- L'administrateur-assuré a-t-il le droit ou l'opportunité (information préalable) de payer les primes à la place de la société, si la société fait défaut de ce faire?
- Avant de remplacer une police d'assurance existante ou à l'expiration d'une telle police, est-il certain qu'un autre assureur va prendre le risque?

- S'agit-il d'une police de type « Claims made » et si oui, la garantie d'assurance est-elle contractée pour une période de temps adéquate?
- Si les allégations de la réclamation d'un tiers sont de nature à mettre en doute l'obligation de couvrir de l'assureur, ce dernier a-t-il quand même l'obligation d'assumer la défense, à charge par l'assuré de rembourser le cas échéant?
- Quelles sont les exclusions (ex. : poursuite par la société ou par actionnaire important)?
- L'administrateur-assuré a-t-il le droit et le pouvoir de retenir ses propres avocats et experts?

Plusieurs autres questions se soulèvent et doivent être posées. Il est donc essentiel que l'administrateur se penche attentivement sur ces questions. Le recours à un courtier d'assurance spécialisé et à un avocat qui s'y connaît en la matière est nettement préférable.

Conclusion

Les engagements d'indemnisation et les garanties d'assurance constituent des protections fondamentales pour l'administrateur prudent.

Comme nous l'avons souligné, les garanties d'assurance, en faveur de l'administrateur qui bénéficie déjà d'un engagement d'indemnisation élargi, visent surtout à le protéger en cas de difficulté financière de la société. Or, c'est justement lorsque la société est en difficulté financière que l'assureur est susceptible de vouloir se retirer et résilier ou ne pas renouveler la police. L'administrateur doit donc s'assurer que la garantie jouera bien son rôle et sera en place pour le protéger dans une telle éventualité.

Quant à l'engagement d'indemnisation, sa valeur risque d'être bien relative si l'administrateur doit lui-même avancer ses frais d'avocats et d'experts parce que la société invoque quelque défaut de respecter ses obligations ou parce que le type de situation à laquelle l'administrateur est confronté n'est

pas clairement couvert par l'engagement. **L'obligation pour la société d'avancer les fonds fait donc partie des engagements prioritaires que l'administrateur doit rechercher.** Il importe aussi que l'engagement d'indemnisation couvre les aspects que l'assureur ne peut ou ne veut pas couvrir. Les deux moyens sont complémentaires.

Dans ces cas comme dans l'analyse de toute question, il faut se demander quel est l'objectif recherché et prendre les bons moyens pour l'atteindre. **Or, les protections offertes par la société requièrent donc une analyse beaucoup plus rigoureuse que celle à laquelle se livre la majorité des sociétés et administrateurs de sociétés.**

André Laurin
514 877-2987
alaurin@lavery.qc.ca

Vous pouvez communiquer avec les membres suivants des groupes Régie d'entreprise, Valeurs mobilières et Assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants pour toute question relative à ce bulletin.

Régie d'entreprise	Assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants
À nos bureaux de Montréal	À nos bureaux de Montréal
Isabelle Lamarre	Anne Bélanger
André Laurin	Jean Bélanger
À nos bureaux de Québec	Julie Cousineau
Jacques R. Gingras	Odette Jobin-Laberge
Valeurs mobilières	Bernard Larocque
À nos bureaux de Montréal	Robert W. Mason
Michel Blouin	J. Vincent O'Donnell, c.r.
René Branchaud	Ian Rose
Georges Dubé	Jean-Yves Simard
Isabelle Lamarre	
André Laurin	
Larry Markowitz	
Jean Martel	
Michel Servant	
Sébastien Vézina	

Montréal

Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec)
H3B 4M4

Téléphone :
514 871-1522
Télécopieur :
514 871-8977

Québec

Bureau 500
925, chemin Saint-Louis
Québec (Québec)
G1S 1C1

Téléphone :
418 688-5000
Télécopieur :
418 688-3458

Laval

Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec)
H7T 2R5

Téléphone :
450 978-8100
Télécopieur :
450 978-8111

Ottawa

Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario)
K1R 7X7

Téléphone :
613 594-4936
Télécopieur :
613 594-8783

Abonnement

Vous pouvez vous abonner, vous désabonner ou modifier votre profil en visitant notre site Internet www.laverydebilly.com/htmlfr/Publications.asp ou en communiquant avec Carole Genest au 514 877-3071.

Droit de reproduction réservé. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.