

L'indemnisation des administrateurs et des dirigeants : législation, réglementation d'indemnisation, assurance

Rémi Moreau

Volume 63, Number 1, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105020ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1105020ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Moreau, R. (1995). L'indemnisation des administrateurs et des dirigeants :
législation, réglementation d'indemnisation, assurance. *Assurances*, 63(1),
19–45. <https://doi.org/10.7202/1105020ar>

Article abstract

The indemnification of corporate Directors and Officers is a complex problem. Firstly, the author describes and analyzes the provisions contained in section 124 of the Canada Business Corporations Act and in section 123.87 to 123.89 of the Quebec Companies Act. Secondly, the author questions the right of Directors to be indemnified more extensively by their corporations in situations not covered by federal and provincial legislation provided that said broader indemnity is not contrary to public order. Thirdly, he draws a parallel between the corporate by-laws on the indemnification of the Directors and Officers and the Directors' and Officers' liability insurance coverage (D & O insurance) in order to determine what can be adequately protected by corporate indemnification and whether the remainder can be covered by insurance. He concludes with the necessity for the board of directors to comply with more demanding standards of care and to develop a practical program to minimize the risks and to prevent suits against Directors and Officers.

L'indemnisation des administrateurs et des dirigeants : législation, réglementation d'indemnisation, assurance

par

Rémi Moreau

The indemnification of corporate Directors and Officers is a complex problem. Firstly, the author describes and analyzes the provisions contained in section 124 of the Canada Business Corporations Act and in section 123.87 to 123.89 of the Quebec Companies Act. Secondly, the author questions the right of Directors to be indemnified more extensively by their corporations in situations not covered by federal and provincial legislation provided that said broader indemnity is not contrary to public order. Thirdly, he draws a parallel between the corporate by-laws on the indemnification of the Directors and Officers and the Directors' and Officers' liability insurance coverage (D & O insurance) in order to determine what can be adequately protected by corporate indemnification and whether the remainder can be covered by insurance. He concludes with the necessity for the board of directors to comply with more demanding standards of care and to develop a practical program to minimize the risks and to prevent suits against Directors and Officers.

19



Introduction

Les administrateurs ou les dirigeants peuvent parfois se méprendre sur la nature, l'étendue ou la sévérité des obligations qui leur sont imposées, lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions. Telles obligations peuvent mettre en cause non seulement la responsabilité de l'entreprise mais leur

responsabilité propre. Dans cette perspective, il nous apparaît intéressant d'examiner en parallèle deux mécanismes d'indemnisation qui s'offrent à eux : le règlement d'indemnisation et le contrat d'assurance.

Dans un premier temps, nous tenterons de comparer les deux régimes légaux d'indemnisation, l'un adopté en vertu de la *Loi sur les compagnies*¹ et l'autre en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*².

20 Dans un second temps, nous examinerons la possibilité d'élargir la portée du règlement d'indemnisation adopté par les sociétés à l'égard des administrateurs et des dirigeants.

Dans un troisième temps, nous tenterons de comparer l'étendue des régimes légaux ci-haut analysés par rapport aux garanties offertes par les sociétés d'assurance.

Nous concluons sur la nécessité de miser sur la prévention et sur la connaissance intime des lois et des risques auxquels les administrateurs et les dirigeants sont confrontés.

A. Les régimes fédéral et québécois

a) La portée des dispositions légales

La Loi sur les sociétés par actions

L'article 124 de la *Loi sur les sociétés par actions* se lit comme suit :

(1) La société peut indemniser ses administrateurs, ses dirigeants ou leurs prédécesseurs, les personnes qui, à sa demande, agissent en cette qualité pour une personne morale dont elle est actionnaire ou créancière ainsi que leurs héritiers ou mandataires, de tous leurs frais et dépenses, y compris les sommes versées pour

¹L.C.Q. c. C-38.

²L.R.C. (1985) c. C-44. Entrée en vigueur le 12 décembre 1988, cette Loi remplace la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* (S.C. 1974-75-76, c. 33).

transiger sur un procès ou exécuter un jugement, entraînés par des poursuites civiles, pénales ou administratives auxquelles ils étaient partie en cette qualité, à l'exception des actions intentées par la société ou la personne morale, ou pour leur compte, en vue d'obtenir un jugement favorable, si :

a) d'une part, ils ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société ;

b) d'autre part, dans le cas de poursuites pénales ou administratives aboutissant au paiement d'une amende, ils avaient de bonnes raisons de croire que leur conduite était conforme à la loi.

(2) La société peut, avec l'approbation du tribunal, indemniser les personnes visées au paragraphe (1) des frais et dépenses résultant du fait qu'elles ont été parties à des actions intentées par la société ou par une personne morale, ou pour leur compte, en vue d'obtenir un jugement favorable si elles remplissent les conditions énoncées aux alinéas (1) a) et b).

(3) Nonobstant les autres dispositions du présent article, les personnes visées au paragraphe (1) peuvent demander à la société de les indemniser de leurs frais et dépenses entraînés par des actions civiles, pénales ou administratives auxquelles elles étaient parties en raison de leurs fonctions, dans la mesure où :

a) d'une part, elles ont obtenu gain de cause sur la plupart de leurs moyens de défense au fond ;

b) d'autre part, elles remplissent les conditions énoncées aux alinéas (1) a) et b).

(4) La société peut souscrire au profit des personnes visées au paragraphe (1) une assurance couvrant la responsabilité qu'elles encourent :

a) soit pour avoir agi en qualité d'administrateur ou de dirigeant de la société, à l'exception de la

responsabilité découlant du défaut d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société ;

b) soit pour avoir, sur demande de la société, agi en qualité d'administrateur ou de dirigeant d'une autre personne morale, à l'exception de la responsabilité découlant du défaut d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la personne morale.

(5) Le tribunal peut, par ordonnance, approuver, à la demande de la société ou de l'une des personnes visées au paragraphe (1), toute indemnisation prévue au présent article et prendre toute autre mesure qu'il estime pertinente.

La Loi sur les compagnies

Les articles 123.87 à 123.89 de la *Loi sur les compagnies* énoncent ce qui suit :

123.87

Une compagnie assume la défense de son mandataire qui est poursuivi par un tiers pour un acte posé dans l'exercice de ses fonctions et paie, le cas échéant, les dommages-intérêts résultant de cet acte, sauf s'il a commis une faute lourde ou une faute personnelle séparable de l'exercice de leurs fonctions.

Toutefois, lors d'une poursuite pénale ou criminelle, la compagnie n'assume que le paiement des dépenses de son mandataire qui avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi ou le paiement des dépenses de son mandataire qui a été libéré ou acquitté.

123.88

Une compagnie assume les dépenses de son mandataire qu'elle poursuit pour un acte accompli dans l'exercice

de ses fonctions si elle n'obtient pas gain de cause et si le tribunal en décide ainsi.

Si la compagnie n'obtient gain de cause qu'en partie, le tribunal peut déterminer le montant des dépenses qu'elle assume.

123.89

Une compagnie assume les obligations visées dans les articles 123.87 et 123.88 à l'égard de toute personne qui, à sa demande, a agi à titre d'administrateur pour une corporation dont elle est actionnaire ou créancière.

23

b) Aspects distinctifs

À la lumière de cette double législation, l'une fédérale, l'autre provinciale, nous constatons ce qui suit :

1) L'indemnisation obligatoire

Alors que la loi fédérale n'impose pas aux personnes morales l'obligation d'adopter un règlement d'indemnisation visant à protéger leurs administrateurs et dirigeants, puisqu'elle utilise le verbe « peut », la loi québécoise possède un contenu obligatoire : dès lors qu'ils sont poursuivis par un tiers pour un acte accompli dans l'exercice de leurs fonctions, la compagnie assume la défense de leurs mandataires.

Il revient à dire qu'une personne morale, constituée en vertu de la loi québécoise, n'aurait pas à adopter un règlement d'indemnisation, si un tel règlement se limite au contenu édicté par la loi.

2) Les personnes visées

La loi fédérale vise les personnes suivantes : les administrateurs, les dirigeants ou leurs prédécesseurs, les personnes qui agissent en cette qualité pour une personne morale dont la société est actionnaire ou créancière, ainsi que les héritiers ou mandataires des personnes ci-avant énumérées.

La loi québécoise vise d'abord les mandataires. Par mandataires, on entend, au sens de l'article 123.83 L.C.Q., « les administrateurs, officiers et autres représentants de la compagnie ». Elle vise aussi, selon l'article 123.89 L.C.Q., toute personne qui agit à titre d'administrateur pour une corporation dont elle est actionnaire ou créancière.

24 On constate que la loi fédérale est plus large que la loi québécoise, puisqu'elle englobe les héritiers et les mandataires des personnes énumérées dans la loi. De plus, elle comprend non seulement les administrateurs, mais aussi les dirigeants qui agissent pour une personne morale dont la société est actionnaire ou créancière.

3) Le droit à l'indemnisation à l'occasion d'une poursuite civile

La loi fédérale précise que la société peut indemniser les personnes visées, sans égard au sort d'un litige, mais uniquement si celles-ci remplissent une condition : elles doivent agir avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de la société. La loi fédérale est formelle : l'administrateur qui agirait d'une façon déloyale ne pourrait être indemnisé. Par ailleurs, l'administrateur qui commettrait une simple erreur de jugement pourrait l'être.

La loi québécoise énonce deux limitations : la faute lourde ou la faute séparable de l'exercice des fonctions du mandataire. Sous réserve de ces limitations, l'indemnisation est obligatoire et sans égard au sort d'un litige. La compagnie doit indemniser les mandataires qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions dans toutes poursuites civiles, que ceux-ci soient exonérés ou tenus responsables, totalement ou partiellement. Contrairement à la loi fédérale, la loi québécoise est muette sur les questions de la transaction sur un procès ou de l'exécution d'un jugement entraînées par une poursuite civile.

4) La nature de l'indemnisation à l'occasion d'une poursuite civile

La loi fédérale est ambiguë. La loi dit d'abord, au premier paragraphe, que les personnes visées peuvent demander à la

société de les indemniser de leurs frais et dépenses, y compris les sommes dues en vertu d'un jugement ou d'une transaction. Par ailleurs, au troisième paragraphe, la loi fixe une condition additionnelle quant à la possibilité d'indemnisation des frais et des dépenses : cette indemnisation ne serait possible que si les personnes visées obtiennent gain de cause « sur la plupart de leurs moyens de défense au fond ». La terminologie anglaise est plus forte (*entitled*). On constate une différence entre l'indemnisation générale, prévue au paragraphe 1, et l'indemnisation des frais et dépenses, prévue au paragraphe 3. En vertu du premier paragraphe, l'indemnisation est large : elle englobe toute condamnation, totale ou partielle, et tout règlement hors cours, les frais judiciaires, les frais d'avocat. La loi fédérale n'est pas claire, cependant, quant aux avances. En ce qui concerne le troisième paragraphe, le degré de succès peut être difficile à évaluer. Qu'entend-on par « moyens de défense au fond » ? Comment mesurer quantitativement la plupart des moyens de défense ? Qu'arrive-t-il si une personne visée obtient gain de cause sur un moyen technique ou procédural ?

La loi québécoise est plus claire. Sous la loi québécoise, la compagnie assume la défense de son mandataire et elle paie les dommages-intérêts par voie de conséquence. Si les frais judiciaires sont couverts, il n'est pas évident que la compagnie indemnise les honoraires d'avocat ou encore qu'elle puisse faire des avances pour préparer une défense. Il serait approprié que la loi le dise explicitement. La question du gain de la cause ne se pose que dans une seule circonstance : lorsque la compagnie assume les dépenses du mandataire qu'elle poursuit elle-même, si elle n'obtient pas gain de cause.

5) L'indemnisation à l'occasion d'une poursuite pénale ou criminelle

Sous la loi fédérale, la société peut indemniser les personnes visées de leurs frais et dépenses qu'à deux conditions : elles doivent avoir agi avec intégrité et bonne foi (même condition que dans le cas d'une poursuite civile) et, en plus, elles doivent avoir de bonnes raisons de croire que leur conduite était

conforme à la loi. Cet aspect est subjectif. Qui appréciera si les raisons sont bonnes ? La question reste posée.

26

Sous la loi québécoise, la compagnie n'est tenue d'assumer le paiement des dépenses (la loi change de formulation : elle n'utilise plus le mot « défense ») que dans deux cas : si le mandataire avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi ou s'il a été libéré ou acquitté. Cette disposition pose quelques difficultés : qui déterminera si la conduite est conforme à la loi ? Est-ce que le paiement des dépenses englobe les avances que pourrait faire la compagnie ? Quel sens donner au mot « dépenses » ? Il semble évident, pour des motifs d'ordre public, que les dépenses ne comprennent pas les amendes, mais uniquement les frais de défense et les frais directement liés à cette défense.

6) La nature de l'indemnisation en cas de poursuite pénale

La loi fédérale prévoit le remboursement des frais et dépenses, y compris les sommes versées pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement. Ces mentions signifient-elles que l'indemnisation englobe le paiement des amendes, si les personnes visées ont été condamnées, tout en respectant les deux conditions, à savoir (1) qu'elles aient agi avec intégrité et bonne foi, au mieux des intérêts de la société et (2) qu'elles aient eu de bonnes raisons de croire que leur conduite était conforme ? Il est évident, par ailleurs, qu'un règlement prévoyant le paiement des amendes serait contraire à l'ordre public, que les actes aient été posés ou non de bonne foi.

La loi québécoise réfère strictement au paiement des dépenses.

7) L'indemnisation à l'occasion d'une enquête administrative

Sous la loi fédérale, on observe, dans le cas de poursuites administratives, le même droit d'indemnisation que dans le cas de poursuites pénales, sous réserve des deux conditions énoncées à l'alinéa 5 qui précède. En outre, l'indemnisation ne sera possible que si les personnes visées obtiennent gain de cause sur

la plupart de leurs moyens de défense au fond. Toutefois, l'indemnisation est limitée aux frais et dépenses découlant de poursuites ou actions administratives ; les frais d'enquêtes ne sont pas prévus.

La loi québécoise est silencieuse sur cet aspect.

8) Les poursuites intentées par la société

La loi fédérale a la même portée que dans le cas d'une poursuite intentée par un tiers : la société indemniserait les frais et les dépenses encourus par les personnes visées si elles ont agi avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de la société. Cette indemnisation est versée sans égard au sort d'un litige. Cette indemnisation est toutefois soumise à l'approbation du tribunal. Seuls les frais et les dépenses sont prévus, à l'exclusion des sommes dues à la suite d'une condamnation ou d'une transaction hors cours. Le législateur veut sans doute éviter que les personnes visées ne récupèrent de leur société les sommes qu'elles ont dû lui verser légalement.

Sous la loi québécoise, la compagnie assume les dépenses dans deux cas précis : si elle n'obtient pas gain de cause et si le tribunal le décide. La loi prévoit aussi le cas d'un gain de cause partiel de la part de la compagnie : dans tel cas, il appartiendra au tribunal de déterminer le montant des dépenses. Par contre, la loi est silencieuse dans certains cas, tel le règlement hors cours. Les dépenses comprennent-elles les honoraires d'avocat ?

9. L'indemnisation judiciaire

La loi fédérale offre à la société ou aux personnes visées la possibilité de s'adresser au tribunal afin de faire approuver toute indemnisation prévue ou d'obtenir toute autre mesure jugée pertinente. La loi provinciale est muette sur cet aspect.

B. L'élargissement des dispositions légales

À la lumière de ce qui précède, voyons d'abord les principales qualités de chaque législation. Les aspects qui

précèdent constituent des dispositions qualitatives idéales selon la législation fédérale ou québécoise :

1. La définition des personnes visées, selon la loi fédérale, est plus large ;

2. L'indemnisation est obligatoire, selon la loi québécoise ;

3. Sous la loi québécoise, l'indemnisation des mandataires est indépendante du sort éventuel d'une poursuite, sauf si la poursuite est intentée par la société ;

28

4. La loi québécoise ne prévoit qu'un seul énoncé comme condition préalable à l'indemnisation : une faute lourde ou une faute séparable de l'exercice des fonctions du mandataire. Nous reviendrons plus loin sur ces notions. Les conditions d'indemnisation sont plus nombreuses en vertu de la loi fédérale ;

5. La loi québécoise est plus claire si la compagnie poursuit un mandataire et qu'elle n'obtient gain de cause qu'en partie ;

6. La nature de l'indemnisation est plus explicite en vertu de la loi fédérale : l'indemnisation est étendue aux frais et aux dépenses dans toute poursuite civile, y compris les sommes versées pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement. Nous croyons que cette disposition peut comprendre le versement d'avances par la personne morale et le paiement des honoraires d'avocat ;

7. La loi fédérale est explicite en ce qui concerne les poursuites administratives ; toutefois, il est à se demander si la loi s'étend aux frais d'enquête devant des tribunaux administratifs, sans qu'il n'y ait une poursuite ;

8. La loi fédérale prévoit la possibilité de s'adresser aux tribunaux afin de faire approuver toute indemnisation ou pour obtenir toute autre mesure jugée pertinente.

Au stade de cette analyse, une question essentielle se pose : une société pourrait-elle adopter un règlement d'indemnisation qui serait plus large que les dispositions prévues légalement et

qui pourrait comprendre des aspects additionnels à ceux qui sont prévus dans la loi ?

Pour répondre à cette question, il faut nous interroger sur la nature exclusive ou non des dispositions légales : est-ce que les régimes légaux (tant ceux adoptés sous l'empire de la loi fédérale ou de la loi québécoise) sont des régimes exclusifs et complets, auxquels on ne peut déroger, ou s'ils constituent plutôt des régimes de base, que l'on peut modifier en faveur des personnes visées. Les deux lois étudiées sont silencieuses sur cet aspect.

29

Un auteur prétend que doit prévaloir l'interprétation voulant que les règles statutaires d'indemnisation, tant provinciales que fédérales, aient un caractère non exhaustif³ :

En conclusion, il est permis de soutenir, qu'en l'absence d'interdiction spécifique, l'indemnisation additionnelle par voie réglementaire ou contractuelle est licite. Cette interprétation a, au surplus, le mérite de procurer une solution au problème du recrutement des administrateurs et de favoriser les relations harmonieuses entre ceux-ci et les corporations qu'ils servent. Notons finalement que cette interprétation s'accorde parfaitement avec la tendance législative américaine puisque la grande majorité des lois corporatives contiennent une « non-exclusivity clause » et non le contraire.

À l'appui de ses prétentions⁴, l'auteur précité cite un autre auteur :

As section 119 *CBCA* does not contain any « exclusivity » clause, corporations are presumably free to indemnify their directors and officers in situations not covered by the

³L. Hélène Richard, *La protection des administrateurs de compagnies: l'indemnisation statutaire et les mesures complémentaires de protection*, Revue de droit de McGill, Vol. 35, 1989, p. 144.

⁴John I.S. Nicholl, *Directors' and Officers's Liability Insurance*, Canadian Journal of Insurance Law, May-June 1985, p. 45.

statute provided that the indemnity is not contrary to public policy.

Voir également *Liability of Corporate Officers and Directors*, Second Edition, William E. Knepper, The Allen Smith Company, p. 407.

Les deux auteurs ne manquent pas de citer un autre auteur, pareillement favorable aux dispositions élargies par rapport au contenu strict de la loi, si tant est qu'elle soit limitative. Nous désirons citer intégralement ses propos⁵ quant au caractère non-exclusif des dispositions légales précédemment examinées :

Non-exclusivity Clause

Neither the *Quebec Act* nor the *C.B.C.A.* legislate as to whether their respective indemnification articles in the law are exclusive or non-exclusive. However, the Dickerson Report states that :

Although much influenced by the New York Model, (Section 119) does not adopt its policy of setting up an exclusive mandatory regime.

Therefore it appears that the intention of the legislator in spite of the silence of the law is that it is not an exclusive article. To clarify the situation we propose that the *Quebec Act* include a non-exclusivity clause to allow for clarity and for flexibility on the part of the company.

This would allow the company to provide for indemnification of their directors in a by-law agreement, vote of shareholder or otherwise in situations which are not covered in the statute but are not contrary to public morals, statutory liability nor the standard of duty expressed in the law. Consequently the following subsection should be added to section 119 of the law :

⁵David Altro, *Must the Company Indemnify the Director for Expenses Arising Out of Legal Actions Incurred by Him ? A Look at a Growing Phenomenon*, La Revue du Barreau, Mars-Avril 1980, Tome 40, No 2, p. 267. Voir également *Liability of Corporate Officers and Directors*, Second Edition, William E. Knepper, The Allen Smith Company, p. 407.

The indemnification provided for in this section shall not be deemed exclusive to any other rights to which those indemnified may be entitled under any by-law, agreement, or vote of shareholders in situations not covered by the law but not contrary to public morals, statutory responsibility nor the standard of duty imposed by the law.

Le législateur n'a pas tenu compte de ce vœu, tel que ci-haut suggéré, pour des raisons que nous ignorons, ou bien l'a-t-il volontairement ignoré, à l'occasion de la réforme qui a conduit à l'adoption, en 1985, de la *Loi sur les sociétés par actions*, entrée en vigueur en 1988.

31

Si l'on observe la tendance américaine, il semble que la grande majorité des lois contiennent des dispositions dites « non-exclusivity clause⁶ ». À titre d'exemple, l'État du Delaware a légiféré sur un régime d'indemnisation très large qui s'apparente, à plusieurs égards, au contenu d'un contrat d'assurance⁷ :

to indemnify any person who ... is or was a director, officer, employee, or agent of the corporation or is or was serving at the request of the corporation as a director, officer, employee or agent of another corporation.

Puisque les administrateurs et les dirigeants sont considérés comme des mandataires de la personne morale, il peut être utile de s'en référer aux règles du mandat pour conclure que la société, en tant que mandant, aurait une certaine latitude dans la détermination de son règlement d'indemnisation.

Les règles du mandat sont claires : les mandataires ont droit au remboursement des « frais raisonnables qu'ils ont engagés dans l'exécution de leur mandat »⁸, y compris l'intérêt sur tels frais⁹. Le nouveau Code civil du Québec traite de la possibilité d'indemniser le préjudice subi par un mandataire, alors qu'il

⁶L. Hélène Richard, op. cit., note 3, p. 146.

⁷Frank R. Tierney, *Directors and Officers Liability - Coverage and Control*, Risk Management, June 1988.

⁸Article 2150 C.c.Q.

⁹Article 2151 C.c.Q.

n'aurait commis aucune faute¹⁰. On peut se demander toutefois si la situation demeure la même lorsque le mandataire a commis une faute, dès lors qu'il a agi dans les limites de son mandat.

32

Dans le contexte du mandat, les deux législations étudiées ont une vision différente : la législation fédérale prévoit la faculté d'indemniser les administrateurs ou les dirigeants qui agissent en cette qualité pour une personne morale, alors que la législation québécoise réfère plutôt à l'exercice des fonctions du mandataire. Cet aspect est intéressant car il peut survenir des litiges, en ce qui concerne l'application du règlement ou l'application de l'assurance quant à cette question. À titre d'exemple, un administrateur peut commettre une faute en donnant une opinion à l'occasion d'une simple rencontre avec un client de la société. Agit-il alors en qualité d'administrateur ? Est-il dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur ? Il y aurait intérêt à étudier davantage cette question dans une perspective d'élargissement de l'indemnisation. Examinons une situation particulière pour illustrer ce propos.

Les administrateurs ou les dirigeants peuvent agir dans des domaines connexes aux activités courantes de leurs fonctions, à la demande de leur société. Il arrive que certaines sociétés demandent à leurs administrateurs de s'impliquer dans leur milieu social en siégeant sur des conseils d'administration d'associations à but non lucratif ou à caractère caritatif. Malheureusement, trop souvent leur sécurisation est laissée pour compte, ignorée ou négligée à la suite d'un acte fautif.

Certains États, tel le Delaware, prévoient dans leur législation que certaines activités extérieures au cadre des fonctions normales, accomplies par les administrateurs à la demande de leurs sociétés, peuvent être assujetties au règlement d'indemnisation et au programme d'assurance de l'entreprise, le cas échéant.

Si la société opte d'élargir son règlement d'indemnisation par rapport aux dispositions légales, elle peut procéder soit par

¹⁰ Article 2154 C.c.Q.

l'adoption d'un règlement ou l'amendement d'un règlement déjà adopté, soit par contrat. Cette dernière solution semble être plus sécuritaire, dans la mesure où un contrat ne peut pas être amendé subséquemment de façon unilatérale par la société.

Les limites à l'élargissement du règlement d'indemnisation

En ce qui concerne l'étendue de la protection, jusqu'où l'indemnisation peut-elle aller ? La société peut-elle indemniser une faute lourde ? Ou une faute dissociable de l'exercice des fonctions ? Il semble que le respect de l'ordre public soit la seule limite précise à observer. Toutefois, pour éviter qu'un tel règlement d'indemnisation élargi ne soit annulé éventuellement par les tribunaux, on doit être prudent dans l'élaboration du règlement en s'assurant, par exemple, de ne pas dépasser une certaine frontière : ce qui est explicitement défendu par la loi ne pourrait faire l'objet du règlement élargi ou encore ce qui y est prévu sous réserve de conditions expresses. Entre ce que la loi prévoit, même implicitement, et ce qui n'est pas explicitement défendu, il y a un large corridor où certaines dispositions additionnelles peuvent prendre racine et que M^e Richard expose clairement dans son étude¹¹.

Sans vouloir créer un droit absolu à l'indemnisation, les possibilités d'élargir le règlement d'indemnisation sont vastes. Les éléments qui suivent ne peuvent servir qu'à la réflexion. Il est nécessaire que le conseiller juridique de l'entreprise en examine la portée. Prenons certains exemples :

- **L'indemnisation de la faute lourde** : une faute lourde constitue une insouciance caractérisée, un mépris certain des intérêts de la société. Nous ne voyons pas pourquoi la faute lourde ne pourrait pas faire l'objet d'une indemnisation, pourvu qu'elle ne soit pas intentionnelle.
- **La faute simple devrait faire l'objet d'une indemnisation sans restriction** : il n'est pas rare de lire certains règlements d'indemnisation qui prévoient des situations de non

¹¹ L. Hélène Richard, op. cit., note 3.

responsabilité, sauf si les administrateurs ont commis une faute personnelle. Il nous semblerait approprié de prévoir des exceptions de cette nature uniquement lorsque des fautes lourdes sont commises.

- **L'indemnisation de la faute séparable des fonctions** : une faute séparable de l'exercice des fonctions est le fait d'agir à l'extérieur du mandat. Dans la mesure où les administrateurs et les dirigeants sont régis par les règles du mandat, il est clair que le mandant a le pouvoir de ratifier des actes accomplis hors du champs du mandat. Nous croyons que la faute séparable des fonctions est indemnisable dans la mesure où les dirigeants ou, s'il y a lieu, les actionnaires, ont autorisé ou ratifié, le cas échéant, les actes des administrateurs alors qu'ils n'agissaient pas strictement dans le cadre de leur mandat.

En outre, nous croyons que rien dans la loi n'interdit d'indemniser les administrateurs et les dirigeants pour les frais suivants encourus dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions. Le règlement d'indemnisation pourrait être plus explicite sur la possibilité d'indemniser tels frais ou dépenses :

- Les honoraires d'avocats ;
- le remboursement des avances, pourvu que les administrateurs et les dirigeants s'engagent, dans le cas d'une poursuite intentée par la société, à rembourser cette société si elle obtenait gain de cause ;
- le remboursement des règlements intervenus hors cours ;
- les frais d'enquête administrative ;
- le remboursement en tout temps des sommes payées par les administrateurs ou des dirigeants, en vertu du principe de la solidarité, lorsque ces derniers n'ont pas commis de faute lourde ;
- les frais liés aux actes accomplis en siégeant au conseil d'administration d'autres sociétés, à la demande de leur société.

De plus, nous croyons que la société pourrait prévoir une certaine forme de protection des droits acquis, lorsqu'elle juge opportun de rétrécir le champs d'application du règlement.

En outre, elle pourrait trouver utile de mentionner clairement, dans son règlement d'indemnisation, certains cas où les administrateurs ne seraient pas responsables. Nous puisons cette possibilité dans la législation de certains États américains, dont le Vermont. Une seule réserve doit être faite : ces cas d'exonération de responsabilité ne doivent pas aller à l'encontre de l'ordre public.

35

Enfin, pour contrer certaines situations dans lesquelles la société peut exercer son pouvoir discrétionnaire, il serait opportun de prévoir la nomination d'un arbitre, relativement à certains conflits d'interprétation, avant de s'adresser à un tribunal.

Pour conclure cette partie, mentionnons, sans les développer, certaines situations pouvant être problématiques :

- lorsque la société renonce à poursuivre ses mandataires, afin de faciliter la composition de son conseil d'administration : on peut se demander si la société agirait alors dans l'intérêt des actionnaires ou des membres ;
- lorsque la société adopte un règlement ultérieur, après la commission d'un acte fautif, exonérant les mandataires de toute responsabilité à la suite de cet acte fautif.

En terminant, il faut mentionner que certains jugements, que nous passons sous silence, faute d'espace, concluent que les indemnités dues en vertu du règlement d'indemnisation sont imposables. Cette question devrait être réexaminée d'une façon particulière.

Si un règlement d'indemnisation élargi est, en soi, une chose souhaitable, il peut néanmoins être utile, avant de procéder à son adoption, de le présenter aux assureurs, afin d'éliminer tout impact négatif, s'il y a lieu, par rapport au contrat d'assurance. À prime abord, un règlement élargi n'a pas d'impact négatif sur

l'assurance, puisque seule la garantie B s'applique, comme nous le verrons ci-après, lorsqu'il existe un règlement d'indemnisation, laquelle garantie B est assujettie à une franchise, contrairement à la garantie A, applicable sans franchise. Dans ce contexte, la mise en jeu de la garantie B avantage nécessairement l'assureur par rapport à la garantie A, puisqu'elle est assortie d'une franchise.

C. Le règlement d'indemnisation versus le contrat d'assurance : éléments comparatifs

36

L'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants comprend deux volets distincts, assujettis à des exclusions et des conditions propres :

Garantie A

Les conséquences de la responsabilité des administrateurs et des dirigeants découlant d'une faute commise dans l'exercice de leurs fonctions. Cette garantie s'applique, sans franchise, ou avec une franchise minimum, lorsqu'il n'existe pas de règlement d'indemnisation.

Garantie B

Le remboursement par la société des sommes qu'elle a dû payer à ses administrateurs ou à ses dirigeants pour une faute commise dans l'exercice de leurs fonctions, lorsque ce remboursement est autorisé en vertu d'un règlement d'indemnisation adopté par la société ou lorsque le remboursement est autorisé en vertu de la loi (telle la loi québécoise).

L'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants comporte, selon nous, cinq éléments particuliers qui sont parfois incompris ou mal interprétés :

- a) L'objet de la police est de couvrir strictement des pertes dites financières : dès qu'un dommage corporel ou matériel, subi par un tiers, est allégué, cette police n'a aucune utilité. À titre d'exemple, la police ne saurait

s'appliquer si la poursuite d'un tiers à l'égard des administrateurs allègue des dommages matériels causés par la pollution. Par ailleurs, si une tierce personne prétend que les administrateurs ont toléré des actes dans leur entreprise pouvant générer des cas de pollution et qu'il en résulte une perte financière, notamment l'interruption temporaire des opérations de cette tierce personne, la police serait susceptible de s'appliquer, pourvu que le risque pollution ne soit pas exclu.

- b) L'application de la police est double : d'une part, l'assureur prend la défense des administrateurs à qui l'on reproche des actes ou des décisions fautives. Plusieurs polices, rédigées sur base dite d'indemnité¹², prévoient l'indemnisation des frais judiciaires jusqu'à concurrence du montant d'assurance : nous émettons des réserves sur la légalité de cette pratique qui contourne indirectement l'obligation absolue de l'article 2503 C.c.Q.¹³ ; d'autre part, il paie les dommages-intérêts qui en résultent, si la responsabilité est établie par le tribunal ou par règlement hors cours.
- c) Les réclamations résultant de fautes dont seulement la société doit répondre ne font pas l'objet de cette assurance. Seules sont couvertes les conséquences de la responsabilité des mandataires de la société, à savoir ses administrateurs, ses dirigeants ou autres mandataires spécialement mentionnés. Dès que la société elle-même est poursuivie, l'assurance responsabilité des administrateurs ne peut être mise en jeu. La société n'a pas d'autres alternatives que d'aviser l'assureur souscrivant un autre type de police : l'assurance responsabilité civile de l'entreprise. Toutefois,

37

¹² Il existe deux types de rédaction: d'une part, l'assureur s'engage à assumer la défense et à payer pour le compte des assurés (*to pay on behalf of*); d'autre part, il s'engage à indemniser les assurés de leurs frais et dépenses encourus et les indemnités établies par jugement (*to indemnify*).

¹³ «L'assureur est tenu de prendre fait et cause pour toute personne qui a droit au bénéfice d'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 de l'assurance».

cette assurance ne couvre que les dommages personnels ou matériels subis par des tiers, à l'exclusion de toute perte dite financière.

- d) Comme nous l'avons mentionné précédemment, dès que l'acte fautif est indemnisé par la société, en vertu du règlement d'indemnisation, c'est la garantie B qui s'applique, moyennant une franchise. Il peut arriver que la société refuse d'indemniser un administrateur fautif pour le seul motif qu'il serait assuré par la garantie A de la police, sans aucune franchise. Pour contrer cette situation, les assureurs stipulent une disposition, dite « présomption d'indemnisation », dans laquelle l'assureur présume que la société indemnise ses mandataires, lorsqu'elle s'est engagée à le faire, donnant ainsi ouverture à la garantie B.
- e) Enfin, l'assurance s'applique selon un mode dit « réclamations présentées » : l'assurance prend effet lorsque la réclamation est présentée à l'assureur pendant la période de la police. Contrairement à l'assurance responsabilité civile générale, la police ne saurait s'appliquer à un événement survenu pendant la période d'assurance mais déclaré à l'assureur alors que la période d'assurance est expirée et non renouvelée.

L'assurance responsabilité des administrateurs et des dirigeants est parfois nécessaire, pour les motifs suivants ou autres :

- les protections peuvent être plus larges sur le marché de l'assurance que les protections accordées en vertu du règlement d'indemnisation de la société ;
- les assurés sont pleinement protégés en cas de faillite ou d'insolvabilité de la société ;
- les administrateurs ont, par le biais de l'assurance, une protection dite neutre, objective, qui ne dépend pas de la volonté de la société et qui ne risque pas d'être modifiée unilatéralement par la société, dès lors qu'ils ont commis une faute dans l'exercice de leurs fonctions ;

- l'assurance permet à la société d'être remboursée des sommes qu'elle a dû payer à ses administrateurs ou à ses dirigeants, en vertu de l'application de son règlement d'indemnisation (tel est l'objet de la garantie B de la police).

Quelles sont les principales différences entre l'indemnisation prévue par la loi et le contrat d'assurance ? En matière d'assurance, les conséquences de la responsabilité civile sont couvertes d'une façon globale, sous réserve des exclusions et des conditions. Dans un règlement d'indemnisation, les conditions sont plus limitées. Toutefois, elles sont plus subjectives.

39

Pour mieux illustrer cet aspect, nous utiliserons le modèle légal qui est décrit à l'article 124 de la *Loi sur les sociétés par actions*. Le règlement d'indemnisation ou la garantie d'assurance ont pour objet principal de couvrir les frais encourus par les mandataires de la société à la suite d'actes répréhensibles, de décisions imprudentes ou d'omissions (prêts, placements, actes administratifs déficients, décisions erronées sans aucune connotation de fraude ou de malhonnêteté). Le contenu du règlement d'indemnisation ou la garantie d'assurance se rétrécissent dans la mesure où les actes sont perpétrés illégalement, de mauvaise foi et d'une façon contraire aux intérêts de la société. L'un des problèmes, dans ce cas, vient du fait que la société se donne un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la conduite de ses administrateurs ou dirigeants, sous réserve de la possibilité d'une intervention du tribunal dans certains cas.

Éléments distinctifs entre le règlement d'indemnisation et le contrat d'assurance

On peut difficilement comparer le règlement d'indemnisation avec le contrat d'assurance : les objets fondamentaux, notamment le risque et les techniques, sont différents. Les administrateurs n'ont à verser aucune prime pour obtenir le dédommagement de certains frais en vertu du

règlement d'indemnisation. Les notions de *claims made*, d'événement ou de sinistre sont étrangères au règlement d'indemnisation. Il n'y a aucune clause territoriale dans un règlement d'indemnisation. Les aveux de responsabilité ne peuvent être tolérés par l'assureur. Les demandes d'indemnités doivent être acheminées à l'assureur dans les meilleurs délais, quoique le nouveau Code civil du Québec tempère cette obligation par le fardeau imposé à l'assureur de prouver un préjudice¹⁴.

40

Certains éléments de comparaison sont néanmoins possibles sur un même plan, c'est-à-dire l'étendue de l'indemnisation :

- L'assureur assume la défense de l'assuré et la conduite d'un procès ; la société n'intervient pas dans la défense mais en assume les frais en vertu de son règlement (les honoraires peuvent être exclus).
- Comme il s'agit d'une assurance responsabilité civile, certains assureurs n'assument pas la défense pénale, sauf par voie d'avenant, (les marchés sont limités) ; la société, quant à elle, assume les frais de nature pénale, à certaines conditions.

Il ne faut pas croire que le règlement d'indemnisation couvre tout. Le modèle légal (sous la loi fédérale) précise, comme on l'a observé dans la première partie de cette étude, que les personnes visées peuvent demander à la société le remboursement de certains frais et dépenses à la suite de poursuites civile, pénales et administratives, mais à des conditions précises :

- a) d'abord, l'indemnisation par règlement est facultative et non obligatoire, contrairement à l'assurance ;
- b) ensuite, en vertu du modèle fédéral sur le règlement d'indemnisation, les personnes visées doivent avoir obtenu gain de cause sur la plupart de leurs moyens de défense ;

¹⁴ Article 2470 C.c.Q.

l'assurance est plus vaste puisqu'elle s'applique aux frais de défense des assurés ou autres frais prévus, dans toutes poursuites, même non fondées, et aux conséquences de la responsabilité civile des administrateurs, dès lors que ceux-ci sont trouvés responsables ;

- c) le règlement fédéral d'indemnisation prévoit deux conditions essentielles : les administrateurs ou les dirigeants doivent avoir agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société ; l'assurance est plus nuancée puisqu'elle n'exclut que les actes malhonnêtes, frauduleux et criminels (en outre, la loi mentionne clairement que l'assureur n'est jamais tenu d'indemniser les fautes intentionnelles d'un assuré)¹⁵ ;
- d) en vertu du règlement d'indemnisation, les administrateurs doivent démontrer, dans certains cas, qu'ils avaient « de bonnes raisons de croire que leur conduite était conforme à la loi » ; sur cet aspect l'assurance est moins large puisque les administrateurs doivent avoir été préalablement acquittés par un tribunal de dernière instance, lorsque les assureurs couvrent les poursuites de nature pénale.

Il existe néanmoins des similitudes entre le règlement d'indemnisation et le contrat d'assurance et que l'on peut dégager sommairement :

- l'application du règlement d'indemnisation ou du contrat d'assurance suppose que les administrateurs ou les dirigeants doivent agir en cette qualité pour une personne morale (le règlement d'indemnisation) ou agir dans l'exercice de leurs fonctions en tant que telles (le contrat d'assurance) ;
- l'assureur protège les administrateurs ou les dirigeants qui n'ont pas commis d'actes fautifs, mais qui sont solidairement responsables ; d'une façon similaire, le règlement peut prévoir que les administrateurs ou les

¹⁵ Article 2464 C.c.Q.

dirigeants ne seront pas tenus responsables pour les actes fautifs d'un autre administrateur ;

- les frais de défense ne sont assujettis à aucune limitation de somme, tant dans le règlement d'indemnisation que dans le contrat d'assurance ;
- les personnes visées par le règlement d'indemnisation ou le contrat d'assurance sont similaires : les administrateurs, les dirigeants, leurs successeurs et leurs héritiers légaux ; toutefois, le contrat d'assurance ne protège pas les mandataires des personnes visées, ces derniers pouvant être indemnisés en vertu du règlement d'indemnisation, tel que prévu dans la *Loi sur les sociétés par actions* ;
- tant le règlement que le contrat d'assurance prévoient l'indemnisation des membres actuels ou des anciens membres du conseil d'administration ;
- dans les deux cas, la réclamation doit être judiciaire ; elle ne peut être faite à l'amiable (sauf les enquêtes administratives) ; précisons cependant, sur le plan judiciaire, que l'assurance s'applique dans le cas de règlement hors cours, alors que la situation est ambiguë dans certains règlements d'indemnisation.

L'assurance peut être moins large que le règlement d'indemnisation dans certaines situations :

- l'assureur ne couvre pas les poursuites qui sont intentées aux administrateurs ou aux dirigeants par la société (sauf si telle poursuite émane d'un actionnaire en son nom personnel et non au nom de la société) ; le règlement d'indemnisation couvre cette situation, sous réserve toutefois des conditions énoncées plus haut ;
- l'assureur ne couvre pas, sauf moyennant une surprime, les actes fautifs des administrateurs et des dirigeants qui agissent, même à la demande de la société, pour d'autres sociétés, alors que le règlement d'indemnisation peut prévoir cette situation, d'une façon plus ou moins large ;

- le contrat d'assurance peut comporter des exclusions importantes, qui n'apparaissent pas dans un règlement d'indemnisation : les dommages corporels ou matériels subis par des tiers et en général les dommages qui sont assurables en vertu d'une autre assurance ; les sinistres liés à la pollution ; le bris d'obligations contractuelles (sous certaines polices) ; le défaut de souscrire ou de maintenir une assurance (exclusion de plus en plus rare) ; les réclamations présentées en dehors de la période d'assurance ; les réclamations d'assurés entre eux (certains assureurs accordent cette protection) ; les réclamations liées aux fusions et aux acquisitions et celles liées à l'administration de fonds de pension.

43

Nous terminons en mentionnant les restrictions générales, que l'on peut retrouver tant dans un règlement d'indemnisation que dans un contrat d'assurance : les avantages personnels ou autres avantages obtenus illégalement, les rémunérations illégales, les actes frauduleux ou malhonnêtes, lorsqu'ils sont établis par le tribunal (sauf à l'égard des personnes visées qui n'ont pas commis tels actes), les services professionnels rendus par les administrateurs (services considérés comme séparables de l'exercice des fonctions d'un administrateur agissant en cette qualité), ainsi que les amendes ou les pénalités (non assurables comme étant contraire à l'ordre public).

Conclusion

Le contexte juridique dans lequel s'inscrivent les aspects ici étudiés n'ont pas été examinés. Qu'il nous suffise d'énumérer, à cet égard, les principales législations qui mettent en lumière les devoirs et les obligations des administrateurs et des dirigeants et qui constituent le fondement même de l'engagement de la société (règlement d'indemnisation) ou de l'engagement de l'assureur (garantie d'assurance) :

- Les devoirs et les obligations générales qui découlent du Code civil du Québec (responsabilité civile, personnes morales, mandat) ;

- Les devoirs et les obligations retrouvées dans diverses lois fédérales ou provinciales :
 - *Loi sur les sociétés par actions* ;
 - *Loi sur les compagnies* ;
 - *Loi sur les banques* ;
 - *Loi sur les assurances* ;
 - *Loi sur les valeurs mobilières* ;
 - *Charte des droits et libertés de la personne* ;
 - *Loi sur la protection des renseignements personnels* ;
 - Législations sur l'environnement ;
 - Législations fiscales ;
 - et autres.

Les administrateurs et les dirigeants pouvaient s'abriter autrefois derrière le voile corporatif de l'entreprise, sorte d'écran magique qui empêchaient les tiers de les poursuivre personnellement : leur responsabilité se confondait avec celle de l'entreprise. Cette perception existe encore de nos jours, mais il faut y prendre garde. Le législateur impose de plus en plus des responsabilités strictes aux administrateurs, même s'ils n'ont pas personnellement commis de fautes. La faute d'un administrateur rejaillit sur tous les autres.

Les tribunaux, en outre, ont largement rétréci la règle dite *Business Judgment Rule* : l'application de cette règle permettait aux dirigeants de s'exonérer, du moins partiellement, des risques liés à leur administration dans la mesure où ils n'avaient pas commis de faute. Aujourd'hui, tout administrateur qui commettrait une faute lourde (conflit d'intérêts, fausse représentation) pourrait devoir assumer personnellement les conséquences de ses actes.

La connaissance intime des lois qui régissent l'administration d'une personne morale et des rôles précis que

l'on exige des administrateurs et des dirigeants est la clé qui permet de mieux prévenir les situations problématiques, avant même l'enclenchement du règlement d'indemnisation ou du contrat d'assurance. Il est heureux que certains assureurs spécialisés dans ce type de garantie d'assurance mettent l'accent sur la prévention, en offrant non seulement une protection, mais également une documentation pertinente sur les risques auxquels les administrateurs sont exposés et sur les points à surveiller en vue de leur permettre de s'acquitter de leur mandat, en toute légalité, en toute sérénité.