

# 20 Questions que les administrateurs devraient poser sur **l'indemnisation et l'assurance des administrateurs et des dirigeants** **DEUXIÈME ÉDITION**

Richard A. Shaw, c.r., IAS.A.





20 Questions  
que les administrateurs  
devraient poser sur  
**l'indemnisation et l'assurance des  
administrateurs et des dirigeants**  
**DEUXIÈME ÉDITION**

Richard A. Shaw, c.r., IAS.A.

## **AVERTISSEMENT**

La présente publication, préparée par les Comptables professionnels agréés du Canada (CPA Canada), fournit des indications ne faisant pas autorité.

CPA Canada et les auteurs déclinent toute responsabilité ou obligation pouvant découler, directement ou indirectement, de l'utilisation ou de l'application de cette publication.

Données de catalogage disponibles auprès de Bibliothèque et Archives Canada

© 2014 Comptables professionnels agréés du Canada

Tous droits réservés. Cette publication est protégée par des droits d'auteur et ne peut être reproduite, stockée dans un système de recherche documentaire ou transmise de quelque manière que ce soit (électroniquement, mécaniquement, par photocopie, enregistrement ou toute autre méthode) sans autorisation écrite préalable.

Pour obtenir des renseignements concernant l'obtention de cette autorisation, veuillez écrire à [permissions@cpacanada.ca](mailto:permissions@cpacanada.ca)

# Table des matières

|   |            |
|---|------------|
| <b>Préface</b>  | <b>vii</b> |
| <b>Introduction</b>   | <b>1</b>   |
| Obligation fiduciaire et obligation de diligence  | 1          |
| Autres responsabilités imposées par la loi  | 4          |
| Attention   | 4          |
| <b>Questions que les administrateurs devraient poser sur l'indemnisation et l'assurance</b>   | <b>5</b>   |
| 1. À quelle fréquence les programmes d'indemnisation et d'assurance A&D de la société devraient-ils être examinés en détail, et de quels conseillers externes la société devrait-elle retenir les services pour effectuer à l'examen? | 6          |
| 2. Quels sont les éléments d'un programme d'indemnisation et d'assurance A&D?   | 6          |
| 3. Que devraient stipuler les règlements administratifs de la société quant à l'indemnisation des administrateurs et des dirigeants?  | 8          |
| 4. Quel est l'objet d'une convention d'indemnisation entre la société et chacun de ses administrateurs et de ses dirigeants? Quelles modalités et conditions habituelles la convention d'indemnisation comporte-t-elle?               | 8          |

5. Quelles sont les limitations de l'indemnisation selon les règlements administratifs et la convention d'indemnisation et pourquoi l'assurance A&D procure-t-elle la protection la plus fiable aux administrateurs et aux dirigeants? **10**
6. À quoi ressemble un programme d'assurance A&D et quelles couvertures une police d'assurance A&D offre-t-elle? **11**
7. Quelle couverture (limite de garantie) d'assurance responsabilité A&D l'organisation devrait-elle obtenir? Quels assureurs l'organisation devrait-elle choisir pour souscrire la garantie? **13**
8. Quelles sont les franchises appropriées pour une police A&D? **14**
9. À quel moment la couverture d'assurance A&D devrait-elle prendre effet? Ou dans quelles circonstances une réclamation devrait-elle être couverte par la police A&D? **14**
10. Comment le terme « perte » est-il défini et quelle sorte de perte est, et n'est pas, habituellement couverte en vertu d'une police A&D? **15**
11. Quelle est la durée d'une police A&D? Qu'est-ce qu'une police établie « sur la base des réclamations présentées »? **16**
12. Quelles exclusions de couverture comporte habituellement une police A&D? **17**
13. Quel est l'objet des clauses de divisibilité d'une police A&D? **18**
14. Outre la protection relative aux réclamations contre les administrateurs et les dirigeants, quelles garanties d'assurance peut comporter une police A&D? L'ajout de ces garanties supplémentaires suscite-t-il un risque pour les administrateurs et les dirigeants? **19**
15. Quel est l'objet de la clause de répartition dans une police A&D? La répartition peut-elle être prédéterminée? **20**
16. Quel est l'objet de la couverture d'« assurance de carence » de la couverture « A »? **21**
17. Qu'est-ce qu'une police de « garantie subordonnée »? **22**

|  |           |
|--|-----------|
| 18. Quelle couverture la police A&D procure-t-elle aux administrateurs et aux dirigeants des filiales nouvellement acquises ou aux administrateurs et aux dirigeants d'une filiale vendue par la société mère? | 23        |
| 19. Qu'est-ce que la « garantie subséquente des administrateurs et des dirigeants » et dans quelles circonstances devrait-elle être obtenue?   | 23        |
| 20. Quelle est la couverture offerte par une police A&D pour : a) les réclamations en vertu des lois sur l'environnement; b) les réclamations en vertu de la loi canadienne anti-pourriel (LCAP)?              | 25        |
| <b>Conclusion</b>  | <b>29</b> |
| <b>Au sujet de l'auteur</b>  | <b>31</b> |





# Préface

Les administrateurs et les dirigeants sont tenus d'exercer une diligence raisonnable dans la surveillance des activités des sociétés au sein desquelles ils travaillent. Le particulier qui agit en qualité d'administrateur ou de dirigeant d'une société cotée s'expose à une myriade d'obligations éventuelles imposées par les lois fédérales et provinciales et par la common law. Il serait irresponsable de sa part d'envisager la charge d'administrateur ou de dirigeant sans s'informer des mesures instaurées par la société pour protéger les administrateurs et les dirigeants de la responsabilité personnelle en cas d'omission de s'acquitter des nombreux devoirs et responsabilités leur incombant.

Le Conseil sur la surveillance des risques et la gouvernance de Comptables professionnels agréés du Canada (CPA Canada) a élaboré *20 questions que les administrateurs devraient poser sur l'indemnisation et l'assurance des administrateurs et des dirigeants* pour aider les administrateurs et les dirigeants à évaluer l'efficacité des programmes d'indemnisation et d'assurance des administrateurs et des dirigeants (assurance A&D) d'une société. Chaque question est accompagnée de brèves explications contextuelles et de quelques recommandations concernant les pratiques, qui aideront le lecteur à mieux comprendre des sujets tels que l'importance de la mise en place de programmes d'assurance A&D, le moment et la façon de consulter des professionnels de l'assurance et du droit et ce qu'il faut inclure dans les règlements administratifs d'une société.



# Introduction

La protection d'un administrateur ou d'un dirigeant contre le risque de responsabilité personnelle ne repose pas uniquement sur la mise en place d'un programme efficace d'indemnisation et d'assurance. Elle commence par une société dotée d'une structure et de processus de gouvernance appropriés permettant une prise de décision propre à réduire le risque que les administrateurs engagent leur responsabilité personnelle.

La présente publication porte sur les éléments essentiels d'un programme de protection des administrateurs et des dirigeants. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) sert de loi sur les sociétés de référence pour ce qui est des dispositions habilitantes ayant trait à l'indemnisation et à l'assurance des administrateurs et des dirigeants. Les lois sur les sociétés provinciales contiennent des dispositions habilitantes similaires, sinon quasi identiques.

## Obligation fiduciaire et obligation de diligence

La LCSA impose deux obligations principales aux administrateurs (de même qu'aux dirigeants) :

- Agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société (obligation connue sous le nom d'«obligation fiduciaire»);
- Agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente (obligation connue sous le nom d'«obligation de diligence»).

Une relation fiduciaire existe entre le conseil d'administration et la société. Le conseil est un fiduciaire en ce sens que l'étendue de son pouvoir lui permet d'agir unilatéralement dans l'intérêt du bénéficiaire.

Le bénéficiaire, à savoir la société, est particulièrement vulnérable aux gestes que pose le fiduciaire, ou à sa merci. Il importe de noter que, au Canada, la société—et non ses actionnaires—est le bénéficiaire.

À titre de fiduciaires, les administrateurs doivent remplir certains devoirs et obligations :

- Les intérêts personnels des administrateurs doivent être subordonnés à ceux de la société;
- Les administrateurs doivent agir dans l'intérêt de la société dans son ensemble, plutôt que dans l'intérêt d'un actionnaire, d'un groupe d'actionnaires ou d'autres parties prenantes, tels les créanciers, les employés, la collectivité, l'environnement ou le gouvernement. Le conseil devrait toutefois tenir compte de ces intérêts dans la prise d'une décision afin de mieux éclairer celle-ci;
- Les administrateurs désignés ne peuvent pas tenir compte des intérêts de l'actionnaire ayant proposé leur candidature à l'exclusion d'autres intérêts. Eux aussi doivent agir au mieux des intérêts de la société, et non de l'actionnaire ayant proposé leur candidature;
- Les administrateurs ne peuvent pas conclure d'engagements qui suscitent, ou peuvent susciter, un conflit entre leurs intérêts personnels et les intérêts de la société, à moins de communiquer leurs intérêts dans le contrat ou l'opération d'importance touchant la société et de s'abstenir de voter à ce sujet (sous réserve d'exceptions limitées);
- Les administrateurs doivent préserver la confidentialité des renseignements qui viennent à leur connaissance en qualité d'administrateurs de la société.

L'obligation de diligence exige que l'administrateur emploie la compétence et les connaissances qu'il possède. Par conséquent, une norme de diligence plus élevée peut s'appliquer à celui qui possède plus de compétences ou de connaissances qu'à celui qui en possède moins. L'administrateur doit faire preuve de diligence lorsqu'il s'occupe des affaires de la société en lisant les documents pertinents, en assistant

aux séances d'information et aux réunions du conseil et des comités ainsi qu'en acquérant une bonne connaissance des activités commerciales de la société. Des processus décisionnels opportuns doivent être appliqués. La règle de l'appréciation commerciale protégera les décisions du conseil si le processus et les procédures appropriés ont été appliqués.

Selon la règle de l'appréciation commerciale, il est présumé que les décisions prises par le conseil sont valides, et les tribunaux ne les révisent généralement pas a posteriori. Les facteurs suivants, notamment, peuvent établir que l'obligation de diligence n'a pas été remplie :

- Les administrateurs n'ont pas agi de manière prudente et éclairée dans la prise d'une décision;
- Les administrateurs qui ont pris la décision n'étaient pas indépendants et libres de tout conflit d'intérêts;
- La décision n'était pas raisonnable compte tenu des objectifs de l'entreprise;
- La décision a été prise à la hâte.

Comme l'a énoncé un tribunal : [Traduction] «Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision raisonnable, et non une décision parfaite. Dès lors que la décision prise se situe dans des limites raisonnables, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si des événements ultérieurs peuvent avoir remis en question la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient, la retenue est de mise à l'égard de la décision du conseil<sup>1</sup>.»

Le processus décisionnel, plutôt que la décision elle-même, constitue le facteur déterminant. Il faut une preuve documentaire des renseignements examinés et du processus suivi par le conseil afin d'en arriver à sa décision pour démontrer que les administrateurs ont rempli l'obligation fiduciaire et l'obligation de diligence imposées par la loi.

1 *Maple Leaf Foods c. Schneider* (1998), 42 O.R. (3<sup>rd</sup>) 177 (Cour d'appel de l'Ontario), à la p. 192.

## Autres responsabilités imposées par la loi

Outre la nature générale des obligations liées à l'obligation fiduciaire et à l'obligation de diligence imposées en vertu des lois sur les sociétés, de nombreuses autres responsabilités incombent aux administrateurs et aux dirigeants en vertu de lois portant, notamment, sur l'impôt sur le revenu, la retraite, l'assurance-emploi, les normes du travail, la protection de l'environnement, la santé et la sécurité.

Une liste à jour des principales lois fédérales et provinciales imposant une responsabilité aux administrateurs couvre plus de 50 pages et renvoie à plus de 40 lois. Cela dénote la nécessité d'un programme d'indemnisation et d'assurance approprié pour ceux qui agissent en qualité d'administrateurs.

## Attention

En cas de conduite particulièrement déficiente du conseil d'administration, les administrateurs peuvent être jugés personnellement responsables et être tenus de payer avec leurs ressources personnelles, même s'il existe une assurance en vigueur pour couvrir les paiements. Voilà l'une des leçons à tirer de l'effondrement d'Enron en 2001 et de WorldCom en 2002. Les administrateurs des deux sociétés ont dû payer des dommages de leurs propres poches, malgré la garantie suffisante qu'offrait l'assurance des administrateurs et des dirigeants souscrite par les deux sociétés pour payer les sommes en cause. Les administrateurs d'Enron ont payé 13 M\$ américains sur un règlement de 168 M\$ américains; les administrateurs de WorldCom ont payé 24,5 M\$ américains sur un règlement de 60,5 M\$ américains. Les règlements stipulaient que les administrateurs devaient fournir de leurs ressources personnelles plutôt que d'être entièrement exonérés au moyen de l'assurance dont ils pouvaient se prévaloir.

# Questions que les administrateurs devraient poser sur l'indemnisation et l'assurance

Sont énoncées ci-après 20 questions que les administrateurs peuvent poser afin d'évaluer l'efficacité des programmes d'indemnisation et d'assurance A&D d'une société. Elles servent aussi de liste de contrôle.

Ces questions sont réparties en plusieurs catégories. Les questions 1 et 2 décrivent les principaux éléments des programmes d'indemnisation et d'assurance A&D, de même que le recours aux services de conseillers en assurance et de conseillers juridiques compétents. Les questions 3, 4 et 5 portent sur les éléments d'indemnisation énoncés dans les règlements administratifs d'une société et les conventions d'indemnisation, les limites de ces éléments quant à la protection des administrateurs et des dirigeants, ainsi que les raisons pour lesquelles l'assurance A&D offre la meilleure protection. Les autres questions ont trait à l'assurance A&D et finissent par la question 20, qui traite de deux importantes sources de responsabilité des administrateurs et des dirigeants : les lois sur l'environnement et la loi canadienne anti-pourriel promulguée récemment<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> La loi a pour titre officiel : *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications.*

## 1. À quelle fréquence les programmes d'indemnisation et d'assurance A&D de la société devraient-ils être examinés en détail, et de quels conseillers externes la société devrait-elle retenir les services pour effectuer à l'examen?

Une société devrait retenir les services continus d'un courtier d'assurance A&D expérimenté. Ce courtier sera chargé d'examiner annuellement la couverture et le libellé de la police d'assurance A&D de la société, compte tenu de l'évolution rapide du marché de l'assurance et de l'élargissement de la couverture au cours des dernières années. En outre, il devrait aussi examiner la couverture lorsqu'un changement important touche le profil de risque de la société, par exemple en cas de croissance rapide, d'activité de fusion et d'acquisition, de transformation de société à capital fermé en société à capital ouvert, d'inscription à la cote d'une Bourse américaine ou de détérioration de la situation financière.

Les services d'un conseiller juridique chevronné devraient être retenus relativement à tout changement important dans la couverture d'assurance ou dans les dispositions législatives régissant l'indemnisation et l'assurance A&D, mais, peu importe la situation, au moins une fois tous les cinq ans. Le libellé très détaillé d'une police d'assurance A&D doit faire l'objet d'un examen minutieux par un expert et des modifications s'y rapportant doivent être négociées avec les assureurs au besoin.

Pour une meilleure compréhension des programmes d'indemnisation et d'assurance, il est utile de les faire examiner par le courtier d'assurance et le conseiller juridique, soit avec un comité du conseil responsable de la gestion des risques, soit l'ensemble du conseil. Une telle mesure contribuera à rassurer les administrateurs sur le caractère approprié des programmes en place.

## 2. Quels sont les éléments d'un programme d'indemnisation et d'assurance A&D?

Un bon programme d'indemnisation et d'assurance A&D repose sur les quatre éléments suivants :

- Les dispositions législatives habilitantes (LCSA);
- Les règlements administratifs de la société;
- Les conventions d'indemnisation;
- L'assurance A&D.



Selon le paragraphe 124(1) de la LCSA, la société peut indemniser ses administrateurs, ses dirigeants ou leurs prédécesseurs ainsi que les autres particuliers qui, à sa demande, agissent ou ont agi en cette qualité pour une autre entité, de tous leurs frais et dépenses, y compris les sommes versées pour transiger dans le cadre d'un procès ou exécuter un jugement, entraînés par la tenue d'une enquête ou par des poursuites civiles, pénales, administratives ou autres dans lesquelles ils étaient impliqués à ce titre.

Le paragraphe 124(3) de la LCSA impose deux conditions préalables (collectivement, les «conditions préalables») à la faculté d'indemnisation de la part de la société :

- Le particulier doit s'être acquitté de son obligation fiduciaire.
- Dans une poursuite pénale ou administrative aboutissant au paiement d'une amende, le particulier avait de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi.

La société peut avancer des fonds au titre des frais de défense à un administrateur ou à un dirigeant, sous réserve du remboursement, par le particulier, des sommes avancées s'il ne satisfait pas aux conditions préalables.

Lorsque l'action contre les administrateurs ou les dirigeants est intentée par la société ou pour son compte (tel un recours similaire à l'action oblique intenté par des actionnaires de la société), la société doit d'abord obtenir l'approbation du tribunal pour indemniser un administrateur ou un dirigeant ou pour avancer des fonds au titre des frais de défense, sous réserve du respect des conditions préalables par le particulier.

Un administrateur ou un dirigeant a le droit d'être indemnisé par la société à l'égard d'une action lorsque le particulier qui demande l'indemnisation remplit les conditions préalables et que le tribunal ou toute autre autorité compétente n'a pas conclu à la commission de manquements ou à l'omission de devoirs de sa part.

La LCSA permet à la société de souscrire au profit de ses administrateurs et de ses dirigeants une assurance couvrant la responsabilité à laquelle ces particuliers s'exposent lorsqu'ils agissent en qualité d'administrateurs ou de dirigeants de la société, ou en qualité d'administrateurs ou de dirigeants d'une autre entité à la demande de la société.

Le tribunal peut, par ordonnance, approuver une indemnisation, à la demande de la société, ou d'une personne, ou d'une entité y ayant droit.

### **3. Que devraient stipuler les règlements administratifs de la société quant à l'indemnisation des administrateurs et des dirigeants?**

Le paragraphe 124(1) de la LCSA permet à une société, sans lui en imposer l'obligation, d'indemniser ses administrateurs et ses dirigeants. Les règlements administratifs de la société doivent comporter une clause l'obligeant à indemniser ses administrateurs et ses dirigeants dans toute la mesure autorisée par la LCSA et la loi en général. Le droit à indemnisation en vertu des règlements administratifs est également assujéti au respect des conditions préalables. Si celles-ci ne sont pas respectées, les fonds avancés au titre des frais de défense doivent être remboursés.

### **4. Quel est l'objet d'une convention d'indemnisation entre la société et chacun de ses administrateurs et de ses dirigeants? Quelles modalités et conditions habituelles la convention d'indemnisation comporte-t-elle?**

À titre de complément aux dispositions des règlements administratifs, une convention d'indemnisation devrait être conclue entre la société et chacun de ses administrateurs et de ses dirigeants. La convention d'indemnisation crée un mécanisme facilitant l'exécution de l'obligation d'indemnisation devant un tribunal judiciaire. Elle aborde aussi certaines autres obligations importantes, dont la souscription par la société d'une couverture d'assurance A&D. La convention d'indemnisation oblige la société à indemniser l'administrateur ou le dirigeant dans toute la mesure autorisée par la LCSA et la loi en général, de même qu'à avancer les fonds requis au titre des frais de défense. Conformément à la LCSA, l'indemnisation est assujéti au respect des conditions préalables et les frais de défense doivent être remboursés si le particulier ne satisfait pas à celles-ci. Si la société n'honore pas son obligation d'indemnisation, le particulier peut tenter une action devant un tribunal judiciaire afin de faire exécuter la convention d'indemnisation.

Normalement, une société devrait respecter son obligation d'indemnisation dans la plupart des cas. Un administrateur ou un dirigeant peut être particulièrement exposé à certains risques en cas de nomination d'un conseil d'administration hostile après une fusion ou une prise de contrôle contestée. Le nouveau conseil pourrait décider de ne pas honorer, ou de tarder à honorer, les obligations d'indemnisation de la société prévues dans les règlements administratifs et la convention d'indemnisation.

Une convention d'indemnisation devrait comprendre les modalités et conditions habituelles suivantes :

- Le particulier convient d'agir en qualité d'administrateur ou de dirigeant;
- La société a une obligation d'indemnisation dans toute la mesure autorisée par la LCSA et la loi en général, sous réserve du respect des conditions préalables;
- La société s'engage à demander à ses frais, au tribunal, toute approbation requise afin de verser une indemnisation;
- La société avancera à l'administrateur ou au dirigeant tous les fonds au titre des frais qu'il engagera pour la tenue d'une enquête ou la contestation d'une action ou d'une procédure, sous réserve du remboursement des sommes en cause s'il est finalement jugé que le particulier n'avait pas le droit d'être indemnisé de tout ou partie de ces sommes;
- La société s'engage à contester, à ses frais, toute réclamation présentée contre l'administrateur ou le dirigeant, sous réserve d'un remboursement en faveur de la société, dans la mesure où l'administrateur ou le dirigeant n'avait pas le droit d'engager de tels frais pour son propre compte par l'intermédiaire de la société;
- Une disposition prévoit la majoration de l'indemnité compte tenu du montant de tout avantage imposable ou autre impôt ou prélèvement se rattachant à celle ci;
- La société a l'obligation de souscrire, pendant que le particulier demeure administrateur ou dirigeant et pendant au moins six ans après qu'il a renoncé à ses fonctions, une assurance A&D assortie des modalités et des conditions habituelles ainsi que des montants qu'elle peut obtenir à des conditions commerciales raisonnables compte tenu du coût de l'assurance ainsi que de la taille de l'entreprise et de son exploitation.

## 5. Quelles sont les limitations de l'indemnisation selon les règlements administratifs et la convention d'indemnisation et pourquoi l'assurance A&D procure-t-elle la protection la plus fiable aux administrateurs et aux dirigeants?

Le tableau suivant compare l'application de l'indemnisation et de l'assurance A&D dans diverses circonstances cruciales.

| Circonstance   | Indemnisation   | Assurance A&D   |
|--|---|---|
| Insolvabilité de la société  | Absence d'indemnisation   | Assurance offerte pendant la durée de la police                                   |
| Prise de contrôle hostile : omission d'honorer ou retard à honorer l'indemnisation de la part du nouveau conseil, ou action de la part du nouveau conseil contre d'anciens administrateurs et dirigeants | Risque pour les administrateurs de devoir assumer les frais de justice en premier lieu  | Protection offerte par l'assurance A&D de garantie subséquente (voir question 19) |
| Obligation pour les administrateurs de rembourser les frais de défense   | Obligation de remboursement si les conditions préalables ne sont pas respectées   | Non-application des conditions préalables   |
| Amendes et pénalités   | Possibilité de remboursement par la société si l'administrateur avait de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi | Possibilité de paiement par l'assurance, dans la mesure autorisée par la loi      |

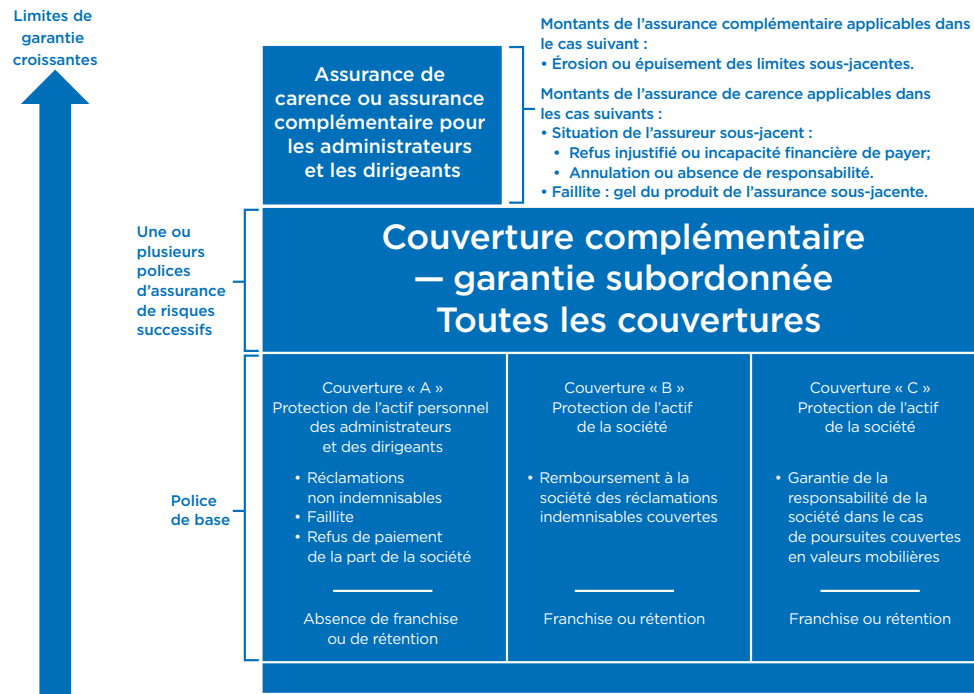
En résumé, l'assurance A&D procure la protection la plus fiable offerte aux administrateurs et aux dirigeants. Sous réserve des clauses d'exclusion de la police A&D, l'assurance A&D comprend les avantages suivants :

- Elle est valide quand la société est insolvable;
- Il n'est pas nécessaire de satisfaire aux conditions préalables;
- Les paiements ne dépendent pas des actions d'un conseil hostile.

Les frais de défense et les montants de règlements et de jugements seront payés en vertu de l'assurance A&D, dans la mesure où les limites de garantie suffisent à cette fin.

## 6. À quoi ressemble un programme d'assurance A&D et quelles couvertures une police d'assurance A&D offre-t-elle?

La représentation schématique d'un programme type d'assurance A&D figure ci après :



Une police d'assurance A&D offre les trois couvertures principales suivantes :

- Couverture « A » : Paiement, pour le compte de chacune des personnes assurées, de toutes les pertes desquelles l'organisation assurée ne les a pas indemnisées et que les personnes assurées deviennent juridiquement obligées de payer en raison d'une poursuite intentée contre elles pendant la période où elles sont assurées pour un acte fautif qu'elles ont effectivement ou prétendument commis ou tenté de commettre avant ou pendant la période d'assurance. L'assureur déclare normalement non annulable la couverture « A ». Quoique déclarée non annulable, cette couverture demeure assujettie aux diverses clauses d'exclusion de la police.

- b. Couverture «B» : Paiement, pour le compte de l'organisation assurée, de toutes les pertes desquelles celle-ci accorde l'indemnisation à chaque personne assurée, tel que l'autorise ou l'exige la loi, et que la personne assurée est devenue juridiquement obligée de payer en raison d'une poursuite intentée contre elle en premier lieu, individuellement ou autrement, pendant la période d'assurance pour un acte fautif qu'elle a effectivement ou prétendument commis ou tenté de commettre avant ou pendant la période d'assurance.
- c. Couverture «C» (ou «couverture d'entité») : Couverture des pertes subies par une organisation assurée en raison d'une poursuite en valeurs mobilières intentée contre elle en premier lieu au cours de la période d'assurance.

Tel qu'il est illustré ci-dessus, la structure du programme d'assurance A&D se composera d'une police de base à laquelle se superposeront des polices d'assurance de risques successifs et une tranche supérieure appelée «assurance de carence». L'assurance de carence est offerte exclusivement aux administrateurs et aux dirigeants (voir question 16).

La définition du terme « organisation assurée » englobera la société mère et toutes les filiales. Si l'entreprise comprend des entités autres que des sociétés filiales, par exemple des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite, des sociétés à responsabilité limitée ou des coentreprises, il faudra veiller à étendre la définition à toutes ces entités. Dans le cas d'une coentreprise, la couverture pourra être limitée au personnel de l'organisation assurée fournissant des services à la coentreprise.

Le terme «personnes assurées» englobera les administrateurs et les dirigeants de l'organisation assurée. À nouveau, si l'organisation assurée comprend des entités autres que des sociétés par actions, il faudra s'assurer d'étendre la définition à toutes les personnes exerçant des rôles similaires à ceux d'administrateur et de dirigeant de société. Il arrive couramment, en particulier dans le cas des sociétés cotées, que les «personnes assurées» comprennent les suivantes :

- Un employé, si celui-ci est nommé codéfendeur conjointement avec un administrateur ou un dirigeant;
- Le principal particulier chargé des relations avec les investisseurs, qui agit pour le compte de l'organisation assurée;

- L'époux ou le conjoint de fait d'une personne assurée, lorsque la réclamation le vise en raison de sa situation d'époux ou de conjoint de fait, ou à l'égard de son intérêt dans un bien qui est demandé en recouvrement de créances contre une personne assurée;
- Tout administrateur ou dirigeant d'une organisation assurée à l'égard de réclamations présentées contre lui alors qu'il occupe un poste d'administrateur externe d'une entité externe sans but lucratif à la demande de l'organisation assurée, ou dans le cadre des fonctions régulièrement attribuées à la personne assurée par l'organisation assurée;
- Un employé à l'égard d'une réclamation d'un avocat salarié;
- D'autres particuliers en situation d'autorité, tels des administrateurs de facto, les membres d'un conseil consultatif ou des cadres en territoires étrangers, qui, sans nécessairement être des dirigeants, sont considérés comme se trouvant en situation d'autorité.

## **7. Quelle couverture (limite de garantie) d'assurance responsabilité A&D l'organisation devrait-elle obtenir? Quels assureurs l'organisation devrait-elle choisir pour souscrire la garantie?**

Un courtier d'assurance A&D expérimenté travaillera avec l'organisation en vue de déterminer le montant approprié (c'est-à-dire la limite de garantie) de l'assurance responsabilité A&D à souscrire. Ce montant dépendra de la taille de l'organisation, de sa structure de gouvernance d'entreprise, de sa capitalisation boursière et de la volatilité du cours de son action, des territoires où elle exerce ses activités, de la pratique dans son secteur ou dans des secteurs similaires et de considérations relatives à la prime. Le courtier donnera également son avis sur la solvabilité des assureurs souscrivant la garantie, leur réputation au chapitre du paiement des réclamations, leur volonté de souscrire et leur longévité.

Il incombe aussi au courtier d'obtenir des tarifications de primes concurrentielles afin d'assurer que la société ne paie pas sa garantie trop cher. Tout montant important d'assurance A&D se compose de deux éléments : une police de base et une ou plusieurs polices d'assurance de risques successifs, qui s'y superposent. Généralement, toutes les polices seront délivrées par des assureurs différents (quoique le même assureur figure parfois à plus d'une position dans les niveaux superposés). Les limites de garantie atteignant 100 M\$ ou plus

ne sont pas rares dans le cas des grandes sociétés à capital ouvert, en particulier celles qui sont cotées aux États-Unis, étant donné la responsabilité sensiblement accrue à laquelle s'exposent les administrateurs et les dirigeants.

Il importe de déterminer la limite de garantie appropriée en prenant en considération le fait que la perte comprend les frais de défense. Les actions intentées contre les administrateurs et les dirigeants entraînent souvent des frais de défense élevés.

## **8. Quelles sont les franchises appropriées pour une police A&D?**

Les administrateurs ou les dirigeants ne devraient payer aucune franchise pour la couverture «A». Si l'organisation omet, ou est incapable, d'honorer son obligation d'indemniser ses administrateurs et ses dirigeants, la police A&D devrait fournir la protection sans que ceux-ci n'aient à payer de franchise.

Dans le cas des couvertures «B» et «C», l'organisation assurée doit toujours payer une franchise, dont le montant dépendra de la taille de l'organisation de même que du degré de quiétude que ce montant procure à l'organisation et aux personnes assurées. La franchise peut atteindre les millions de dollars dans le cas des organisations d'envergure. Des franchises plus élevées donnent lieu à des primes un peu moindres.

## **9. À quel moment la couverture d'assurance A&D devrait-elle prendre effet? Ou dans quelles circonstances une réclamation devrait-elle être couverte par la police A&D?**

La prise d'effet de la couverture d'assurance A&D dépend de la définition du terme «réclamation» énoncée dans la police. Selon la définition attribuée à ce terme dans nombre de polices, la couverture A&D ne prend effet qu'au moment de l'introduction d'une mesure officielle contre les administrateurs ou les dirigeants, par exemple :

- une demande écrite de dommages pécuniaires;
- une procédure civile engagée par la signification d'une plainte ou d'un acte de procédure similaire;
- une procédure criminelle engagée par le dépôt d'un acte d'accusation;
- une procédure administrative ou réglementaire officielle engagée par le dépôt d'un avis de changement, d'une ordonnance d'enquête officielle ou d'un document similaire.



Selon ces définitions du terme « réclamation », la couverture ne serait pas offerte en cas, par exemple, d'enquête officielle, de demande de renseignements ou de procédure d'extradition visant une personne assurée. De telles garanties sont parfois proposées moyennant une prime supplémentaire.

## **10. Comment le terme « perte » est-il défini et quelle sorte de perte est, et n'est pas, habituellement couverte en vertu d'une police A&D?**

Le terme « perte » est défini comme étant le montant que l'assuré devient juridiquement tenu de payer en raison d'une réclamation présentée contre lui pour un acte fautif et est assorti d'une liste non exclusive de réclamations admises et d'une liste de réclamations non admises.

Pour être couverte en vertu d'une police A&D, la réclamation doit respecter la définition de la perte et inclure des allégations d'«actes fautifs». Remarque : la liste des réclamations admises est non exclusive et exprimée par les termes «y compris, mais non exclusivement» ou une variante :

- Dommages-intérêts compensatoires;
- Dommages-intérêts punitifs, exemplaires ou multipliés, amendes ou pénalités (y compris les amendes administratives en vertu de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* du Canada et de la *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis), dans la mesure où ils sont assurables en vertu de la loi;
- Montants de jugements, y compris les intérêts avant et après jugement;
- Montants de règlements;
- Frais de défense;
- Sommes payables pour informations fausses ou trompeuses dans un prospectus ou une notice d'offre.

Les éléments suivants peuvent figurer sur une liste d'exclusion type :

- Frais engagés à des fins de conformité avec une ordonnance de mesure non pécuniaire ou injonctive (garantie cependant offerte moyennant une prime supplémentaire);
- Sommes non assurables en vertu de la loi applicable;
- Contrepartie excédentaire payée par l'organisation assurée à l'achat d'actifs ou de valeurs mobilières;

- Impôts et taxes (exclusion ne s'appliquant toutefois pas : i) à la couverture «A» si les impôts ou les taxes sont imposés à la personne assurée relativement à une procédure d'insolvabilité, dans la mesure où ils sont assurables en vertu de la loi applicable; ii) aux impôts ou aux taxes payables au gouvernement fédéral ou à un gouvernement provincial lorsqu'une personne assurée devient personnellement tenue de les payer seulement en raison de l'omission par l'organisation assurée de le faire); ce dernier élément protège les administrateurs de l'obligation de payer les retenues au titre des salaires, de la retraite et de l'emploi si la société omet de les verser au gouvernement;
- Coûts engagés dans le nettoyage, le confinement, le traitement, la détoxification, la neutralisation, l'évaluation des effets, la vérification de la présence ou la surveillance de polluants; ces activités peuvent faire l'objet d'une police d'assurance pollution distincte.

Les « actes fautifs » qui déclencheront la garantie d'assurance A&D comprennent toute erreur, déclaration inexacte, déclaration trompeuse ou tout acte, omission, toute négligence ou tout manquement à un devoir qu'une personne assurée a effectivement ou prétendument commis ou tenté de commettre en sa qualité d'assurée. Est aussi inclus tout élément faisant l'objet d'une réclamation contre une personne assurée pour le seul motif qu'elle agit en une qualité d'assurée. Cette dernière catégorie englobe également les obligations que la loi impose quant aux retenues devant être versées au gouvernement.

## **11. Quelle est la durée d'une police A&D? Qu'est-ce qu'une police établie « sur la base des réclamations présentées »?**

Les polices A&D sont délivrées pour une durée d'un an et doivent être renouvelées à la fin de chaque période d'un an. La police type permet à chaque partie de la résilier avant l'expiration de la durée établie. De nombreuses polices confèrent à l'assureur un droit de résiliation moyennant un préavis de 60 ou de 90 jours. Avec une telle clause, la police A&D d'une société peut très rapidement être résiliée sur l'ordre de l'assureur. Cette clause devrait être modifiée de façon à ne conférer le droit de résiliation anticipée à l'assureur qu'en cas de défaut de paiement des primes. L'organisation assurée devrait bénéficier d'un droit de résiliation anticipée, ou les deux parties devraient pouvoir obtenir la résiliation d'un commun accord.

La police établie sur la base des réclamations présentées ne couvre que les réclamations qui sont présentées ou déclarées par l'assuré pendant la durée de la police. Un délai de grâce de 30 ou de 60 jours est normalement accordé après la fin de la durée établie, au cours duquel délai doit être déclarée une réclamation ayant pris naissance pendant la durée d'un an. Le délai de grâce peut varier, selon que la police A&D a été renouvelée ou non pour une année subséquente. Une période de déclaration prolongée d'au plus un an peut être obtenue moyennant le paiement d'une prime supplémentaire. La période de déclaration prolongée permet de couvrir les réclamations qui prennent naissance avant la date d'expiration de la police et qui sont déclarées pendant la période de déclaration prolongée. Le renouvellement d'une année à l'autre, par l'organisation assurée, de la police établie sur la base des réclamations présentées atténue habituellement les préoccupations que suscite la nature d'une telle police. En cas de non-renouvellement de la police A&D, il pourrait s'avérer souhaitable de payer la prime pour la période de déclaration prolongée ou d'envisager de souscrire une police A&D de garantie subséquente (voir question 19).

## 12. Quelles exclusions de couverture comporte habituellement une police A&D?

Les exclusions de couverture habituelles peuvent généralement être regroupées en trois catégories :

a. Éléments non indemnissables et non assurables en droit

Cette catégorie comprend la responsabilité des administrateurs et des dirigeants en cas de délit d'initié, de fraude et d'autres crimes ainsi que, sauf dans la mesure où l'assurance est autorisée par la loi, les amendes et les pénalités. L'exclusion ne devrait s'appliquer que lorsqu'une décision définitive non susceptible d'appel a été rendue, selon laquelle un délit d'initié, une fraude ou un autre crime a eu lieu. Les règlements administratifs de la société et les conventions d'indemnisation couvrent généralement les poursuites criminelles ou administratives de même que les amendes et les pénalités, pourvu que le particulier ait eu de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi;

b. Éléments indemnisés par la société, mais généralement exclus aux termes de la police A&D, parce qu'ils peuvent habituellement être couverts par un autre type de police, notamment :

- i. préjudices corporels, souffrance morale, trouble émotionnel ou dommages matériels, qui peuvent faire l'objet d'une assurance responsabilité civile générale,
- ii. manquement à l'obligation fiduciaire quant aux régimes de retraite ou à d'autres régimes d'avantages du personnel, qui peuvent faire l'objet d'une assurance responsabilité des fiduciaires,
- iii. pollution, qui peut faire l'objet d'une assurance pollution distincte, quoique la police A&D couvre généralement : a) les poursuites pour pollution intentées par un actionnaire de l'organisation assurée sans l'assistance d'une personne assurée de son propre chef ou à titre de recours similaire à l'action oblique pour le compte de l'organisation assurée, et b) les frais de défense se rattachant à des poursuites pour pollution, sauf lorsque la poursuite est intentée aux États-Unis, lorsque l'organisation assurée n'a pas l'autorisation ou l'obligation, ou en raison de la détérioration de sa situation financière omet ou refuse, d'indemniser la personne assurée,
- iv. Poursuites intentées par une personne assurée contre une autre organisation assurée ou une personne assurée (exclusion « assuré contre assuré »). Cette exclusion est fondée sur le risque de collusion entre les parties assurées. Font habituellement exception à cette exclusion : la détérioration de la situation financière de l'organisation assurée (y compris la nomination d'un séquestre, d'un liquidateur, d'un syndic ou d'un représentant similaire), le recours similaire à l'action oblique intenté par l'organisation assurée contre une personne assurée lorsque ce recours est intenté sans l'assistance d'une personne assurée ou lorsque la personne assurée n'agit plus en qualité d'assurée (ce qui exige habituellement l'écoulement d'un certain délai après que la personne a ainsi agi).

### **13. Quel est l'objet des clauses de divisibilité d'une police A&D?**

La police A&D est destinée à protéger les administrateurs et les dirigeants à titre individuel comme si une police distincte avait été délivrée en faveur de chaque particulier. À cette fin, cette police doit contenir des clauses de divisibilité stipulant qu'aucun fait ayant trait à une personne assurée ou élément connu d'elle n'est attribué à une autre personne assurée pour déterminer si la couverture s'applique et qu'aucun énoncé ou déclaration figurant dans la proposition écrite d'assurance ou élément connu d'une personne assurée

n'est attribué à une autre personne assurée pour déterminer si la couverture ou une exclusion s'applique. Si la police comprend la couverture de l'entité, les éléments connus d'un groupe restreint de cadres supérieurs, en général le chef de la direction et le chef des finances, sont attribués à la société pour déterminer si cette dernière est couverte.

#### **14. Outre la protection relative aux réclamations contre les administrateurs et les dirigeants, quelles garanties d'assurance peut comporter une police A&D? L'ajout de ces garanties supplémentaires suscite-t-il un risque pour les administrateurs et les dirigeants?**

La police A&D est souscrite en vue de protéger les administrateurs et les dirigeants lorsque la société est incapable de les indemniser et de protéger son bilan quand elle est tenue de le faire. Cette protection est plafonnée à la limite de garantie de la police A&D. Quand d'autres garanties sont ajoutées à la police A&D, le paiement y afférent peut éroder les limites de garantie applicables aux administrateurs et aux dirigeants.

La couverture «C» constitue la garantie supplémentaire la plus courante que comporte une police A&D de société cotée. Cette garantie protège la société contre les poursuites intentées en vertu des lois sur les valeurs mobilières. Étant donné la nature de la garantie, une telle poursuite pourrait éroder considérablement les limites de garantie applicables aux administrateurs et aux dirigeants. Il existe des arguments tant favorables que défavorables à l'inclusion de la couverture «C». À l'appui de la couverture, une poursuite en vertu des lois sur les valeurs mobilières risque de porter gravement atteinte à la situation financière de la société et la garantie contribuera à préserver la viabilité de la société. Tel serait particulièrement le cas des sociétés dotées d'une faible capitalisation boursière. Par contre, les actionnaires poursuivant la société pour violation de lois sur les valeurs mobilières devraient se tourner vers les actifs de la société, plutôt que vers une police A&D, aux fins de recouvrement.

La couverture «C» peut encourager les poursuites contre la société en vertu des lois sur les valeurs mobilières et prolonger le délai à respecter pour contester ou régler une poursuite. En l'absence de couverture de l'entité, les actionnaires poursuivant la société avec succès, plutôt que de bénéficier de l'avantage de la couverture «C», subiront la même perte de valeur de leur placement que les actionnaires ne participant pas à la poursuite.

Une autre garantie assez fréquente dans les polices A&D se rapporte aux réclamations liées à l'emploi et touche celles qu'un employé antérieur, actuel ou éventuel présente contre les personnes assurées concernant des éléments relatifs à l'emploi. Une police d'assurance distincte visant les pratiques d'emploi serait plus propice à une telle garantie. De plus, en particulier à la lumière de la responsabilité civile sur le marché secondaire introduite dans les lois sur les valeurs mobilières au Canada, la catégorie «personnes assurées» s'est élargie pour englober des particuliers supplémentaires, tels les avocats salariés fournissant des services professionnels et la principale personne chargée des relations avec les investisseurs.

Il faut veiller à ce que l'ajout de garanties supplémentaires ou l'élargissement des catégories de personnes assurées ne crée pas un risque d'érosion importante des limites de garantie destinées à protéger les administrateurs et les dirigeants.

Lorsque la police A&D offre des garanties s'ajoutant à la protection relative à la responsabilité des administrateurs et des dirigeants, elle doit comporter une clause de «priorité des paiements». Cette clause donne la priorité au paiement des réclamations visées par la couverture «A», lorsque le montant des pertes réclamé en vertu des diverses garanties dépasse les limites de garantie stipulées ou restantes selon la police.

## **15. Quel est l'objet de la clause de répartition dans une police A&D? La répartition peut-elle être prédéterminée?**

En cas de réclamation portant sur une perte qui est couverte en vertu de la police A&D et une qui ne l'est pas, que ce soit parce que la réclamation touche des personnes couvertes et non couvertes ou des éléments couverts et non couverts, la clause de répartition établit la façon dont l'assureur détermine la partie de la perte qui sera couverte en vertu de la police. Il vaut mieux établir la proportion maximale de perte couverte, ce que permet le recours à une clause de répartition prédéterminée.

En l'absence d'une clause de répartition prédéterminée, les assurés et l'assureur feront de leur mieux pour s'entendre sur une répartition entre la perte couverte et la perte non couverte et, à défaut d'entente, l'assureur avancera, à mesure qu'elle sera engagée, la partie des frais de défense qu'il estime couverte jusqu'à ce qu'il en soit décidé autrement par voie de négociation, d'arbitrage ou de justice.

L'insertion d'une clause de répartition prédéterminée dans la police permet d'éviter une décision arbitraire de l'assureur. La couverture «B» des sociétés cotées prévoit couramment une répartition attribuant 80 % aux pertes couvertes en matière de valeurs mobilières (y compris les frais de défense en matière de valeurs mobilières). Dans le cas des pertes non liées aux valeurs mobilières, une proportion de 80 % peut être attribuée au paiement des pertes relatives aux frais de défense (sauf si l'organisation assurée est en faillite, auquel cas celle-ci ne se verra attribuer aucun montant pour frais de défense). Dans le cas des pertes autres que celles liées aux frais de défense, les parties doivent faire de leur mieux pour en répartir le montant en fonction de leur exposition relative respective aux risques juridiques et financiers se rattachant à de tels éléments et, en cas de règlement d'une telle réclamation, en fonction des avantages relatifs que ce règlement procure aux parties.

La répartition prédéterminée évitera les débats et les retards à la présentation d'une réclamation.

## 16. Quel est l'objet de la couverture d'« assurance de carence » de la couverture «A»?

Comme on l'a illustré à la question 6, un programme d'assurance A&D est normalement structuré par tranches, un assureur couvrant la limite de garantie de base et les autres, les limites de garantie des risques successifs. Par exemple, un programme assorti d'une limite de garantie maximale de 100 M\$ peut comporter une garantie de 25 M\$ offerte par un assureur en première ligne et des tranches de garanties complémentaires successives, par exemple de 25 M\$, de 20 M\$, de 20 M\$ et de 10 M\$, offertes par d'autres assureurs. La tranche de garantie supérieure (ou les tranches, car il en existe parfois plus d'une), de 10 M\$ dans le présent cas, fait souvent l'objet d'une police d'assurance de carence.

La police d'assurance de carence ne procure une protection aux administrateurs et aux dirigeants que lorsque aucune autre protection n'est applicable. Elle vise à les couvrir dans les cas suivants :

- L'organisation assurée omet ou est incapable d'indemniser les administrateurs ou les dirigeants, et les limites de garantie des polices sous-jacentes sont épuisées;
- La couverture en vertu d'une police sous-jacente n'est pas applicable selon les modalités de cette police;
- Un assureur sous-jacent refuse indûment la garantie ou a fait faillite;

- La couverture en vertu d'une police sous-jacente est annulée;
- Le flot des indemnités ou du produit d'assurance est indûment retardé.

Dans chacun de ces cas, la police d'assurance de carence et ses limites de garantie se substitueront de façon à procurer la garantie non applicable par ailleurs.

Les polices d'assurance de carence comportent moins de clauses d'exclusion de la garantie que les polices d'assurance de base et de risques successifs et se révèlent particulièrement utiles pour faire en sorte que les administrateurs et les dirigeants disposent de l'assurance nécessaire et n'aient pas à piger dans leurs propres poches pour engager un conseiller juridique afin d'obtenir un règlement négocié de la réclamation les visant. Dans l'exemple mentionné précédemment, les administrateurs et les dirigeants seraient au moins assurés d'avoir 10 M\$ à leur disposition si tout le reste échouait. Dans de nombreuses circonstances, ces fonds suffiraient aux administrateurs et aux dirigeants pour obtenir un règlement négocié.

## **17. Qu'est-ce qu'une police de « garantie subordonnée »?**

Un programme d'assurance A&D est normalement composé d'une tranche de garantie de base, à laquelle se superposent diverses tranches d'assurance complémentaire fournies par différents assureurs. Les polices A&D des assureurs fournissant la couverture complémentaire sont appelées polices de « garantie subordonnée ». Elles sont, ou devraient être, assorties des mêmes modalités et conditions, et contiennent les mêmes exclusions que la police de base, sauf que la garantie ne prend effet que lorsque la limite de garantie de toute police d'un niveau superposé inférieur est épuisée. Vu l'objectif de similitude, il importe de faire examiner les polices d'assurance complémentaire par des conseillers juridiques ou d'autres personnes bien informées en matière de couverture d'assurance A&D pour vérifier si elles répondent aux critères établis et, dans la négative, comprendre les trous de garantie résultant des écarts. De nombreux programmes utilisent le même libellé de police pour chaque tranche afin d'assurer la conformité de la garantie.

Étant donné son objet, la police d'assurance de carence n'est pas une garantie subordonnée.



## **18. Quelle couverture la police A&D procure-t-elle aux administrateurs et aux dirigeants des filiales nouvellement acquises ou aux administrateurs et aux dirigeants d'une filiale vendue par la société mère?**

Les administrateurs et les dirigeants d'une filiale nouvellement acquise d'une organisation assurée ne bénéficient seulement de la couverture d'assurance A&D qu'en vertu de la police de la société acheteuse quant aux actes fautifs qu'ils ont effectivement ou prétendument commis ou tenté de commettre après l'acquisition de la filiale. Pour étendre la couverture aux actes fautifs survenus avant la date d'acquisition, l'organisation assurée établit et dépose une proposition à cette fin et, vraisemblablement, paie une prime supplémentaire. Lorsque le montant payé pour acquérir la filiale dépasse un pourcentage fixé (au moins 10 %, mais souvent 25 %) du total de l'actif de la société mère, celle-ci doit déposer un avis écrit concernant l'acquisition auprès de l'assureur et peut devoir payer toute prime supplémentaire exigée par ce dernier.

De même, en cas d'aliénation d'une filiale par une société mère, la couverture est maintenue pour les administrateurs et les dirigeants de cette filiale, mais seulement à l'égard des réclamations pour les actes fautifs qu'ils ont effectivement ou prétendument commis ou tenté de commettre avant la date où l'organisation en question a cessé d'être une filiale.

## **19. Qu'est-ce que la « garantie subséquente des administrateurs et des dirigeants » et dans quelles circonstances devrait-elle être obtenue?**

La garantie subséquente des administrateurs et des dirigeants couvre les administrateurs et les dirigeants d'une organisation assurée qui a fait l'objet d'une prise de contrôle ou a été absorbée par une autre entité et subsiste pour une période déterminée. Elle est le plus couramment utilisée dans les cas de prises de contrôle ou de fusions d'entités ou de sociétés cotées.

Advenant la prise de contrôle d'une société cotée (« société cible ») par une autre entité ou société ou sa fusion avec elle, un grand nombre, sinon la totalité, des administrateurs et des dirigeants de la société cible quitteront leur poste à la réalisation de l'acquisition. Ceux qui le feront auront besoin de protection à l'égard des obligations ayant pris naissance avant leur départ.

Cette protection revêt généralement deux formes :

- a. L'entité ou la société acheteuse s'engage par écrit à fournir à chaque administrateur ou dirigeant qui quitte une indemnisation quant aux réclamations prenant naissance contre eux en leur qualité d'administrateurs ou de dirigeants avant la date d'acquisition. La durée de cette indemnisation peut être illimitée ou limitée; dans le dernier cas, elle se situera normalement dans une fourchette de trois à six ans;
- b. La garantie subséquente A&D, dont les primes peuvent être payées soit par l'entité acheteuse, soit par la société cible, procure une couverture d'assurance A&D aux administrateurs et aux dirigeants qui ont quitté quant aux actes fautifs qu'ils ont effectivement ou prétendument commis avant la date d'acquisition. La police est pluriannuelle (d'une durée de trois à six ans en général) et la prime entière est payée d'avance. Le libellé de l'exclusion « assuré contre assuré » d'une telle police doit être établi soigneusement.

Dans le cadre d'une fusion ou d'une prise de contrôle amicale, la convention d'acquisition protégera les administrateurs et les dirigeants de la société cible contre les poursuites intentées par l'acquéreur (sauf en cas de fraude ou d'acte délibéré). Par contre, tel ne sera probablement pas le cas lors d'une prise de contrôle hostile, et l'entité acheteuse ne fournira probablement pas d'indemnisation. Il importe donc de limiter le plus possible l'exclusion « assuré contre assuré » ou d'envisager de mettre des fonds de côté autrement au profit des administrateurs et des dirigeants au cas où l'exposition subsisterait.

Dans le cadre d'une prise de contrôle amicale, l'acquéreur assurera fort probablement la liaison avec l'assureur à l'égard de la garantie subséquente. Dans une situation hostile, la question devra être réglée par un ou plusieurs des administrateurs ou des dirigeants de la société cible qui quittent leurs fonctions.

Une société peut envisager de souscrire une garantie subséquente A&D si elle décide de ne pas renouveler sa couverture A&D auprès d'un assureur en particulier. Le nouvel assureur pourrait se montrer hésitant à offrir une telle couverture quant aux réclamations prenant naissance avant la date d'effet de la nouvelle police A&D, ou le coût supplémentaire des primes pourrait s'avérer considérable. La garantie subséquente A&D auprès de l'assureur existant pourrait être moins coûteuse et plus facile à obtenir.

## 20. Quelle est la couverture offerte par une police A&D pour : a) les réclamations en vertu des lois sur l'environnement; b) les réclamations en vertu de la loi canadienne anti-pourriel (LCAP)?

### Réclamations environnementales

La cause récente de Northstar Aerospace Canada en Ontario illustre la punition sévère que la responsabilité personnelle peut infliger aux administrateurs et aux dirigeants dans une réclamation environnementale. Les administrateurs et les dirigeants de l'entreprise ont payé personnellement 4,75 M\$ (en plus des 800 000 \$ déjà consacrés à des travaux de remise en état) en règlement des ordonnances de nettoyage émises par le ministère de l'Environnement de l'Ontario après la faillite de Northstar Aerospace Canada<sup>3</sup>.

Comme il est indiqué à la question 12 ci-dessus, une police d'assurance A&D limite la garantie à l'égard de la pollution ou des éléments d'ordre environnemental. En général, cette garantie est limitée aux frais de défense dans le cadre d'une action intentée par un actionnaire, ou lorsque la société n'a pas l'autorisation ou l'obligation, ou en raison de la détérioration de sa situation financière omet ou refuse, d'indemniser les administrateurs ou les dirigeants. Une telle police comporte habituellement : une exclusion des préjudices corporels et des dommages matériels; une exclusion relative à la pollution; une exclusion des coûts de remise en état. Une police d'assurance environnementale distincte couvrira plus adéquatement les coûts de remise en état liés aux réclamations environnementales. Le paiement de la prime de la police exige que la société soit solvable. Une telle police est peu susceptible de couvrir les pertes non indemnisées subies par les administrateurs et les dirigeants après une faillite.

En date du présent document, des efforts sont faits afin d'établir, avec les marchés de l'assurance, un libellé approprié d'assurance A&D portant sur la responsabilité en matière de réparation des dommages causés à l'environnement, lorsque l'organisation assurée est incapable de le faire pour cause d'insolvabilité. À ce jour, une telle garantie a parfois pu être obtenue dans le cadre de polices d'assurance de carence.

3 Pour plus de renseignements, voir Janet McFarland, « Former Northstar directors, officers reach deal with Ontario over cleanup; Former directors will personally provide \$4.75-million toward remediation of polluted land at Cambridge, Ont., site », *The Globe and Mail* (28 octobre 2013) en ligne : The Globe and Mail, [www.theglobeandmail.com/report-on-business/](http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/)

Quoique plutôt similaires, les lois sur l'environnement varient d'un territoire à l'autre. Les obligations environnementales éventuelles auxquelles les administrateurs et les dirigeants peuvent être exposés doivent être comprises dans chaque territoire où la société fait affaire. Par exemple, la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec prévoit que, lorsqu'une société ou un agent, un mandataire ou un employé de celle-ci commet une infraction à cette loi, les administrateurs et les dirigeants sont présumés avoir commis l'infraction, à moins qu'il ne puisse être établi qu'ils ont fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration. Il incombe aux administrateurs et aux dirigeants de prouver leur innocence une fois que l'infraction a eu lieu.

Lorsque la société, ses administrateurs et ses dirigeants sont exposés à une responsabilité environnementale importante, des politiques environnementales et des systèmes de gestion environnementale appropriés doivent être mis en place afin de réduire l'exposition et d'aider à établir une défense fondée sur la diligence raisonnable pour la société, ses administrateurs et ses dirigeants. En outre, si aucune assurance appropriée ou suffisante ne peut être souscrite, d'autres possibilités peuvent devoir être examinées, par exemple l'établissement d'une fiducie recueillant l'argent en vue de respecter les exigences continues de réparation des dommages causés à l'environnement. Une telle fiducie doit être protégée des demandes de créanciers en cas de faillite de la société.

Il faut veiller que les politiques environnementales et le système de gestion environnementale, ainsi que la police A&D et les autres garanties d'assurance environnementale, règlent les questions soulevées dans les territoires particuliers où la société fait affaire.

### **Loi canadienne anti-pourriel (LCAP)**

La *Loi canadienne anti-pourriel* (LCAP) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014<sup>4</sup>. Elle vise à éliminer les communications électroniques non sollicitées et s'applique généralement à toute communication commerciale reçue au Canada, quel qu'en soit le point d'origine. Les Canadiens et les sociétés étrangères faisant affaire au Canada sont tenus d'obtenir le consentement du destinataire avant de lui envoyer une communication électronique.

<sup>4</sup> La *Loi canadienne anti-pourriel* (LCAP) entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014 - Questions que les administrateurs devraient poser; [www.cpacanada.ca/LCAP](http://www.cpacanada.ca/LCAP)

La loi, dont l'application relève du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), est accompagnée d'un régime de sanctions administratives pécuniaires, prévoyant des sanctions maximales de 1 M\$ pour les particuliers et de 10 M\$ pour les organisations. Ces sanctions peuvent être imposées aux administrateurs et aux dirigeants, sous réserve d'une défense fondée sur la diligence raisonnable, s'ils ont demandé ou autorisé une violation, ou y ont consenti ou participé. Les administrateurs et les dirigeants sont responsables des violations commises par les employés de la société dans le cadre de leur emploi.

La LCAP instaure également un droit privé d'action (à compter de 2017), assujéti à un délai de prescription de trois ans, permettant aux destinataires de communications commerciales de réclamer des dommages-intérêts devant la Cour fédérale du Canada.

En l'absence d'exclusions spécifiques, l'assurance A&D s'appliquera à l'égard d'une enquête du CRTC ou d'une action privée pour prétendue non-conformité. De telles polices excluent la garantie en cas de violation délibérée de la loi lorsqu'un tribunal judiciaire le déclare dans une décision définitive. Si les administrateurs ou les dirigeants violent, ou font en sorte que d'autres personnes violent, la LCAP délibérément, ils ne seront pas protégés par la garantie et toute somme versée au titre des frais de défense devra être remboursée.

Les détenteurs de valeurs mobilières de sociétés cotées visées par le CRTC peuvent poursuivre les administrateurs et les dirigeants en cas de perte de valeur pour les actionnaires. Les polices A&D donnent habituellement suite à de telles réclamations. Les amendes et les pénalités peuvent ou non être couvertes en vertu des polices A&D, selon le libellé.

Il est recommandé aux sociétés de consulter leurs courtiers d'assurance et leurs conseillers juridiques pour déterminer l'étendue de la couverture liée à la LCAP qui est offerte en vertu de leurs polices A&D.



# Conclusion

Un programme dûment personnalisé d'indemnisation et d'assurance des administrateurs et des dirigeants fournira la protection nécessaire à l'égard des obligations personnelles pouvant découler de l'exercice de telles fonctions. La mise en place du programme qui convient débute par le recours aux services d'un courtier d'assurance bien informé et l'instauration d'un programme actif afin d'examiner et de mettre à jour la couverture au besoin compte tenu des modifications législatives et autres. Il faut aussi prévoir des examens juridiques périodiques des conventions d'indemnisation et des polices A&D afin de s'assurer que le programme fournit efficacement la protection requise. Ce document sert de liste de contrôle pour l'évaluation du programme de la société en vue de déterminer l'efficacité de la garantie qu'il procure.





## Au sujet de l'auteur

**Richard A. Shaw**, c.r., IAS.A., était un associé principal du groupe de droit des affaires de McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., à Calgary, en Alberta, jusqu'à son départ du cabinet en décembre 2010. Sa pratique du droit englobait généralement la gouvernance d'entreprise, le financement d'entreprise, les fusions et acquisitions, le droit des valeurs mobilières ainsi que les obligations, l'indemnisation et l'assurance des administrateurs et des dirigeants; il a aussi agi en qualité de conseiller auprès de conseils d'administration et de comités de conseils. Par l'entremise de sa société professionnelle, il continue de fournir des services de consultation juridique dans ces domaines de pratique.

M. Shaw possède une vaste expérience en ce qui a trait aux pratiques de gouvernance d'entreprise au Canada, ayant agi en qualité d'administrateur au conseil national de l'Institut des administrateurs de sociétés et de président de sa section régionale de Calgary. Il est chargé de cours aux programmes de formation des administrateurs et de MBA de la Haskayne School of Business de l'Université de Calgary et a été président du conseil des gouverneurs de l'Université Mount Royal. Il est président du conseil d'Inter Pipeline Ltd. et administrateur d'Enmax Corporation, de même que membre indépendant principal de la commission des valeurs mobilières de l'Alberta. Par le passé, il a été gouverneur et vice-président intérimaire du conseil du musée Glenbow de même qu'administrateur de Theatre Calgary.

M. Shaw tient à remercier Mme Catherine Richmond, vice-présidente directrice et chargée de comptes chez AON Risk Solutions, pour son examen du présent document du point de vue d'une courtière d'assurance des administrateurs et des dirigeants expérimentée ainsi que pour ses nombreux commentaires et corrections utiles.







**CPA**

COMPTABLES  
PROFESSIONNELS  
AGRÉÉS  
CANADA

277, RUE WELLINGTON OUEST  
TORONTO (ONTARIO) CANADA M5V 3H2  
TÉL. 416 977.3222 TÉLÉC. 416 977.8585  
[WWW.CPACANADA.CA](http://WWW.CPACANADA.CA)

ISBN-13: 978-1-55385-894-2



9 781553 858942

04001084