

Institutions financières
Énergie
Infrastructures, mines et matières premières
Transport
Technologie et innovation
Sciences de la vie et soins de santé

 **NORTON ROSE FULBRIGHT**

Identification et gestion des risques que comporte le rôle d'administrateur de société



Table des matières

| | |
|--|----|
| 1. Introduction | 04 |
| 2. Devoirs envers la société | 04 |
| 3. Responsabilités prévues par la loi | 06 |
| 4. Moyens de protection | 08 |
| 5. Indemnisation | 08 |
| 6. Assurance | 08 |
| 7. Principaux moyens de défense stratégiques pour administrateurs | 11 |
| Notes | 13 |

1. Introduction

Le nombre de recours intentés par les actionnaires est en hausse. Les litiges dans ce domaine représentent une grande partie de la responsabilité encourue par les administrateurs et les dirigeants de sociétés et constituent donc une préoccupation légitime pour toute personne appelée à exercer les fonctions d'administrateur.

Les administrateurs sont nommés comme codéfendeurs, avec la société, dans le cadre d'un nombre grandissant d'actions collectives. Ce type d'action permet à un seul représentant d'intenter une poursuite, aux termes de laquelle des dommages-intérêts considérables sont souvent réclamés, pour le compte de centaines ou de milliers de personnes ayant des intérêts semblables.

Les gouvernements poursuivent aussi de plus en plus en justice les administrateurs de sociétés en vertu de dispositions législatives qui leur permettent de récupérer une multitude de sommes dont le versement est prévu par la loi, notamment les retenues à la source sur le salaire d'employés qui n'ont pas été prélevées et les taxes de vente qui n'ont pas été versées. En outre, les employés disposent de recours contre les administrateurs en cas de non-paiement, pour cause d'insolvabilité ou autre, de leur salaire et de leur indemnité de vacances. De plus en plus d'administrateurs et de dirigeants de sociétés sont également poursuivis à titre personnel pour avoir omis d'instaurer des processus ou des contrôles adéquats en matière de cybersécurité ou d'en assurer la surveillance.

Les administrateurs doivent limiter leur responsabilité en veillant à s'acquitter de leurs devoirs prévus par la loi. Ils doivent également s'assurer que la société est dotée ou se dote d'une assurance responsabilité des administrateurs. Les mesures en place doivent être réévaluées périodiquement, de façon à garantir qu'elles sont appropriées et offrent la meilleure protection possible. La dernière section de cette brochure contient un aide-mémoire utile à cet égard.

2. Devoirs envers la société

Les administrateurs doivent gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou en surveiller la gestion². Pour ce faire, ils doivent agir avec compétence et de bonne foi, c'est-à-dire de façon prudente, diligente, honnête et loyale envers la société et dans l'intérêt de celle-ci.

2.1 Les administrateurs doivent agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société

En vertu des lois sur les sociétés, les administrateurs et les dirigeants d'une société ont le devoir d'agir avec honnêteté et loyauté, au mieux des intérêts de la société³. Il s'agit du devoir de loyauté, aussi appelé devoir ou obligation fiduciaire. Les administrateurs doivent éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts, c'est-à-dire dans une situation où leurs intérêts personnels sont opposés à ceux de la société.

S'il y a conflit d'intérêts, les administrateurs ont le devoir de communiquer leurs intérêts au conseil d'administration, qui les consignera dans ses procès-verbaux⁴. Les administrateurs peuvent généralement acquérir des intérêts dans les biens de la société ou passer un contrat avec la société, à la condition d'en informer celle-ci. En pareil cas, les administrateurs doivent demander que leurs intérêts soient consignés dans les procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration et devraient s'abstenir de participer aux discussions sur la question de savoir si l'acquisition ou le contrat est équitable pour la société et de voter sur cette question⁵. En cas de non-divulgaration d'un conflit d'intérêts, le tribunal pourra écarter tout contrat et l'administrateur sera non seulement tenu d'indemniser la société de tout préjudice, mais pourra aussi être tenu de lui payer une somme équivalente au bénéfice qu'il en a tiré⁶.

Le devoir de loyauté impose également aux administrateurs de ne pas se servir de renseignements confidentiels à leur profit ou au profit d'un tiers, comme un ami ou un membre de leur famille⁷. La responsabilité d'un administrateur ou d'un dirigeant en cas de manquement à son devoir de loyauté sur le plan de la confidentialité peut subsister pendant une période raisonnable après la fin de son mandat⁸.

Les administrateurs d'une société doivent agir en tout temps au mieux des intérêts de celle-ci. Ils ne peuvent privilégier

les intérêts d'un groupe – par exemple, les actionnaires ou les créanciers – par rapport à un autre groupe. Ce principe prépondérant a été établi par la Cour suprême du Canada, notamment dans les affaires *BCE*⁹ et *Magasins à rayons Peoples*¹⁰. Agir autrement exposerait les administrateurs et la société à une responsabilité éventuelle.

2.2 Les administrateurs doivent agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve une personne prudente

Les administrateurs gèrent les activités commerciales et les affaires internes de la société ou en surveillent la gestion. Ils ont le pouvoir d'agir pour la société dans l'exercice de ses activités et de signer des contrats pour son compte. Dans l'exercice de leurs fonctions, les administrateurs doivent respecter les obligations que la loi, les documents constitutifs et les règlements de la société imposent et doivent agir dans les limites de leurs pouvoirs¹¹.

De plus, les administrateurs doivent faire preuve de soin, de prudence et de diligence dans l'exercice de leurs fonctions. Ils doivent apporter le soin et l'attention nécessaires à leurs fonctions et mener raisonnablement les délibérations du conseil avec sagesse et de manière réfléchie¹². Il s'agit du devoir ou de l'obligation de diligence.

En quoi consiste un comportement attentif, prudent et diligent? Cela dépend des circonstances, mais on s'attend à tout le moins des administrateurs à ce qu'ils assistent aux réunions du conseil d'administration et de ses comités et qu'ils s'y présentent suffisamment préparés, qu'ils surveillent les gestes posés par les dirigeants de la société et fassent un rappel à l'ordre lorsque leur conduite n'est pas au mieux des intérêts de la société¹³.

L'administrateur est généralement présumé avoir agi avec prudence et diligence s'il se fonde, de bonne foi, sur l'opinion ou le rapport d'un professionnel qualifié pour prendre une décision¹⁴.

Les administrateurs doivent s'acquitter de leurs devoirs personnellement, mais ils sont généralement autorisés à déléguer leurs pouvoirs aux dirigeants de la société et aux comités du conseil¹⁵, sauf dans certains cas précis¹⁶. Lorsqu'ils délèguent la gestion des activités commerciales et des affaires internes de la société, les administrateurs ne doivent pas oublier qu'ils conservent l'obligation, en vertu de la loi, de surveiller les personnes à qui ils délèguent des pouvoirs.

2.3 Recours

En cas de manquement à un devoir décrit ci-dessus, la société pourra poursuivre en justice ses administrateurs en poste et ses anciens administrateurs. Les actionnaires de la société pourront le faire en son nom lorsque certaines conditions seront remplies.

En vertu des lois sur les sociétés par actions canadiennes, les actionnaires et d'autres personnes (y compris, dans certains cas, les créanciers) peuvent tenter une action contre une société et ses administrateurs en cas d'abus. Cette demande est aussi appelée recours en « oppression ». Le tribunal qui juge que les administrateurs, dans l'exercice de leurs pouvoirs, ont abusé des droits des actionnaires ou d'un plaignant approuvé ou se sont montrés injustes à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts, peut rendre les ordonnances qu'il estime pertinentes, y compris rendre les administrateurs personnellement responsables, quoique cette situation soit assez rare en l'absence de gain personnel des administrateurs¹⁷. Les plaignants qui ont recours à ce mécanisme plaident souvent que les administrateurs de la société ont failli à leur devoir de loyauté ou à leur devoir de diligence. La conclusion par un tribunal qu'il y a eu manquement à l'un de ces devoirs suffit souvent pour qu'il accorde un redressement.

Les actionnaires peuvent également agir au nom et pour le compte de la société et poursuivre les administrateurs en poste ou les anciens administrateurs en intentant une action oblique¹⁸. Cette façon d'exiger l'exécution des devoirs des administrateurs permet de contrer des dirigeants ou des administrateurs peu collaborateurs et d'intenter une action judiciaire au nom de la société. Un certain nombre de conditions doivent cependant être remplies pour que le plaignant puisse se prévaloir de ce recours. L'autorisation d'intenter l'action pour le compte de la société doit d'abord être donnée par le tribunal. À cette fin, le tribunal doit être convaincu que le plaignant agit de bonne foi, qu'il a donné aux administrateurs avis de son intention de présenter une demande au tribunal, que ceux-ci n'ont pas eux-mêmes intenté d'action et enfin, qu'il semble dans l'intérêt de la société que l'action soit intentée¹⁹.

Dans certaines juridictions, les administrateurs et les dirigeants qui causent un préjudice à autrui en agissant en leur propre nom ou en outrepassant les pouvoirs qui leur ont été délégués pourront être tenus personnellement responsables des dommages causés à des tiers²⁰.

3. Responsabilités prévues par la loi

Bon nombre d'autres lois que celles visant les sociétés comportent des dispositions sur la responsabilité des administrateurs. Vous trouverez ci-dessous une liste des sources principales d'une telle responsabilité, notamment la responsabilité en cas de difficultés financières ainsi que la responsabilité potentielle à laquelle font face les administrateurs de sociétés ouvertes.

3.1 Principales dispositions entraînant la responsabilité

Les dispositions suivantes entraînant une responsabilité visent les sociétés fermées et ouvertes et s'appliquent souvent en situation de difficultés financières :

- Les administrateurs de la société sont solidairement responsables envers les employés de celle-ci des dettes liées aux services rendus pendant leur administration respective, jusqu'à concurrence de six mois de salaire, y compris les vacances accumulées²¹.
- Les administrateurs sont solidairement responsables avec la personne morale en cause lorsque celle-ci a omis de prélever ou de verser les retenues à la source sur les salaires des employés ou de faire certains paiements à des non-résidents²².
- Les administrateurs sont solidairement responsables avec la personne morale en cause en cas de défaut de celle-ci d'acquitter les cotisations salariales et patronales, y compris relativement à l'assurance-emploi, au Régime de pensions du Canada, au Régime de rentes du Québec, au Régime québécois d'assurance parentale, au Fonds des services de santé, à la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité au travail (CNESST)²³.
- Les administrateurs sont solidairement responsables avec la personne morale en cause de l'omission de percevoir ou de remettre la TPS ou les taxes de vente provinciales²⁴.
- Dans le cas où une société fait faillite, est liquidée ou est restructurée, ou si elle cesse ses activités, les administrateurs ne sont pas exonérés de leurs responsabilités se rapportant à leurs actes avant la faillite ou leur démission. De façon plus précise, ils pourraient être tenus solidairement responsables des dispositions de biens interdites avant l'ouverture de la faillite²⁵.
- Les administrateurs doivent être particulièrement prudents lorsqu'une société éprouve des difficultés financières, car en de telles circonstances, leurs devoirs sont accrus. Ils doivent poser davantage de questions et exiger des réponses détaillées de la part des dirigeants. Ils peuvent être tenus responsables s'ils ne sont pas en mesure de démontrer qu'ils se sont acquittés de leurs responsabilités²⁶.
- Les administrateurs qui déclarent des dividendes ou qui autorisent l'achat, le rachat ou toute autre forme d'acquisition d'actions, ou qui autorisent le versement d'une commission ou d'une indemnité lorsque la société n'a pas satisfait aux critères de solvabilité prévus par la loi, peuvent être tenus de restituer les sommes versées²⁷.
- Les administrateurs ont certaines responsabilités en matière de droit du travail et de l'emploi. Ils doivent s'assurer que des contrôles adéquats sont mis en place pour que l'entreprise respecte ses obligations portant sur les normes minimales de travail et la santé et sécurité au travail. Les dispositions du *Code criminel*²⁸ peuvent mener au dépôt d'accusations criminelles contre les administrateurs qui manquent à leur devoir de diligence. De plus, la responsabilité pénale des administrateurs est souvent engagée aux termes des lois provinciales sur les normes minimales de travail²⁹, et sur la santé et sécurité³⁰, lorsque la personne morale en cause a manqué à ses obligations prévues par ces lois.
- Les administrateurs doivent être en mesure de démontrer qu'ils ont pris des mesures raisonnables pour établir un système de prévention des infractions environnementales et assurer le bon fonctionnement d'un tel système³¹. Ils doivent être mis régulièrement au courant des questions environnementales et traiter avec célérité tout problème, non-conformité ou urgence se rapportant à une question environnementale. Les administrateurs doivent connaître les normes environnementales qui s'appliquent dans le secteur dans lequel évolue la société en cause.
- En cas de fraude ou de manœuvre dolosive dans le cadre de l'adjudication, de l'attribution ou de la gestion d'un contrat public, les administrateurs peuvent être tenus responsables dans certains territoires s'il est établi qu'ils savaient ou qu'ils auraient dû savoir qu'une telle fraude ou manœuvre dolosive avait été commise, à moins qu'ils ne démontrent avoir agi avec le soin, la diligence et la compétence nécessaires³².

3.2 Administrateurs de sociétés ouvertes

Outre les responsabilités décrites ci-dessus concernant toutes les sociétés, d'autres obligations incombent aux administrateurs de sociétés ouvertes en vertu des lois sur les valeurs mobilières, dont le non-respect peut entraîner des mesures d'application de la loi de la part d'organismes de réglementation en valeurs mobilières ou encore les exposer à une responsabilité civile, notamment dans le cadre d'actions collectives intentées pour le compte des actionnaires.

Obligations des initiés

- Les lois sur les valeurs mobilières imposent des exigences de déclaration aux initiés assujettis de sociétés ouvertes en ce qui concerne leur propriété et les changements touchant leur propriété de titres de sociétés ouvertes et leurs droits, intérêts et obligations à l'égard de tout « instrument financier lié ».
- Les initiés assujettis comprennent les administrateurs de la société ouverte, un actionnaire important ou une filiale importante, certains dirigeants, les personnes qui détiennent plus de 10 % des droits de vote rattachés aux titres conférant droit de vote de la société ouverte et les autres personnes ayant accès à de l'information importante concernant celle-ci avant qu'elle ne soit rendue publique³³. Par conséquent, les administrateurs et certains dirigeants d'une société ouverte doivent divulguer leur propriété de titres de la société, ou le contrôle ou la mainmise qu'ils ont sur ceux-ci, leurs opérations sur ces titres ou tout changement dans leurs intérêts dans un instrument financier lié à un titre de la société.
- Les lois sur les valeurs mobilières imposent également des restrictions sur les opérations sur les titres d'une société ouverte ou sur les intérêts financiers dans les instruments financiers liés lorsqu'une personne a connaissance d'une information confidentielle concernant la société. Au Québec, la restriction s'applique à « toute information encore inconnue du public et susceptible d'affecter la décision d'un investisseur raisonnable ». Dans d'autres provinces, il est interdit aux initiés d'effectuer des opérations lorsqu'ils ont connaissance de « faits importants » ou de « changements importants » concernant la société, selon la définition de ces termes³⁴.
- De plus, les initiés ne peuvent donner des « tuyaux » à des tiers en leur communiquant de l'information privilégiée autrement que dans le cours des affaires³⁵. Les personnes contrevenant à ces interdictions s'exposent à d'importantes conséquences administratives, civiles et pénales, dont de longues peines d'emprisonnement et/ou de lourdes amendes. Le délit d'initiés constitue également un acte criminel aux termes du *Code criminel*³⁶.

Prospectus

- Les déclarations fausses ou trompeuses contenues dans les documents d'offre, comme un prospectus, engagent aussi la responsabilité réglementaire et civile des administrateurs de sociétés ouvertes. Plus précisément, au moment de l'émission d'un prospectus visant le placement de titres dans le public contenant une déclaration fausse ou trompeuse, les administrateurs et les dirigeants de la société émettrice seront tenus responsables des dommages causés à tout acheteur ayant acheté les titres sur les marchés primaires. Les administrateurs sont également responsables envers ceux qui ont acquis ou aliéné des titres de la société sur le marché secondaire entre le moment de l'émission du prospectus et le moment où la déclaration fausse ou trompeuse a été corrigée³⁸.
- Bien que la loi prévoit plusieurs moyens de défense, la meilleure façon pour les administrateurs d'écartier leur responsabilité est de mener une vérification diligente et rigoureuse visant à s'assurer que le contenu du prospectus est exact et n'induit pas en erreur.

Information continue

- Les administrateurs et les dirigeants pourraient également être l'objet d'enquêtes réglementaires ou être déclarés responsables civilement envers les acheteurs et les vendeurs sur le marché secondaire relativement aux documents d'information continue d'une société, y compris dans le cadre d'une action collective³⁹. Les documents d'information continue d'une société comprennent tous les documents publiés par la société et déposés, y compris les communiqués de presse, et toutes les déclarations verbales ou écrites provenant des représentants de celle-ci, dont les déclarations verbales faites pendant les conférences téléphoniques sur les résultats trimestriels et les présentations aux investisseurs. Le défaut de communiquer rapidement un changement important lorsqu'il se produit peut aussi entraîner la responsabilité des administrateurs.
- Afin d'écartier leur responsabilité potentielle, les administrateurs devraient s'assurer de l'existence et du bon fonctionnement d'un système de révision de l'information verbale et écrite avant sa communication par l'entreprise. Ainsi, la mise sur pied d'un comité de divulgation et l'élaboration d'une politique de communication, qui sera tenue à jour et respectée, pourront aider les administrateurs à invoquer une défense de diligence raisonnable⁴⁰.

- Les états financiers et autres informations financières importantes devraient être passés en revue par le comité d'audit avant leur publication. Les états financiers annuels devraient être passés en revue par tout le conseil d'administration⁴¹.
- Les documents d'information continue devraient répondre aux exigences concernant la communication de l'information prospective⁴².

4. Moyens de protection

Chaque administrateur est généralement responsable, avec les autres administrateurs, des décisions du conseil d'administration, à moins qu'il n'ait fait consigner sa dissidence au procès-verbal des délibérations ou à ce qui en tient lieu⁴³.

L'administrateur d'une société constituée sous le régime de la LCSA, de la LSAQ ou de la LSAO qui est absent d'une réunion au cours de laquelle une résolution a été adoptée ou une mesure a été prise est réputé y avoir acquiescé, sauf s'il consigne sa dissidence au procès-verbal de la réunion (LCSA, LSAQ, LSAO) ou l'envoie par courrier recommandé au siège social de la société dans les délais prescrits (LCSA, LSAO, LSACB)⁴⁴.

En Alberta, à la différence des autres juridictions, l'administrateur d'une personne morale régie par la LSAA qui est absent au moment où le conseil prend une décision n'est pas réputé avoir consenti à la résolution⁴⁵.

Dans la plupart des cas, la meilleure défense qu'un administrateur puisse opposer en matière d'infractions ou de réclamations fondées sur la responsabilité civile consiste à établir qu'il a fait preuve de soin et de diligence pour empêcher l'acte reproché ou la perpétration d'une infraction par la société. Étant donné leur rôle et la connaissance approfondie qu'ils ont des affaires de la société, les hauts dirigeants qui siègent au conseil d'administration et les administrateurs qui sont membres de comités du conseil sont, dans certains cas, plus susceptibles d'être tenus responsables.

Si la société envisage l'achat, le rachat ou toute autre forme d'acquisition d'actions, le versement d'une commission ou d'un dividende ou encore d'une indemnité à un administrateur ou à un dirigeant de la société, les administrateurs devraient obtenir de la direction ou des auditeurs de la société des attestations de cette dernière afin de s'assurer du respect de certains critères financiers décrits dans la loi.

De plus, les administrateurs devraient recevoir régulièrement de la direction des certificats de conformité confirmant que les salaires des employés ont été payés et que les retenues à la source et taxes applicables ont été perçues et remises. Ces certificats doivent également attester de la conformité aux principales lois régissant la société. De même, les administrateurs devraient obtenir un avis professionnel chaque fois que l'exercice de leurs pouvoirs ou de leurs fonctions nécessite une expertise que ne peut fournir l'un ou l'autre des membres du conseil.

5. Indemnisation

Les administrateurs et les dirigeants n'ont souvent pas à assumer personnellement les dépenses engagées pour se défendre dans le cadre de poursuites visant leur responsabilité. Les lois applicables contiennent des dispositions qui leur permettent, dans certains cas, d'être indemnisés par la société. Les lois corporatives canadiennes prévoient que la société peut indemniser ses administrateurs à l'occasion d'enquêtes ou de poursuites civiles, pénales ou administratives, notamment dans la mesure où l'administrateur a agi avec intégrité et de bonne foi, au mieux des intérêts de la société. Dans le cadre de poursuites pénales ou administratives (ou, au Québec, dans le cas d'une poursuite entraînant le paiement d'une amende), l'administrateur devait avoir de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi⁴⁶.

L'administrateur devra généralement rembourser à la société toute indemnité qui lui a été versée s'il est jugé qu'il n'a pas rempli ces conditions. Notons qu'il est également possible pour les administrateurs et les dirigeants d'obtenir une indemnisation contractuelle complémentaire aux dispositions des lois fédérales ou provinciales.

6. Assurance

Une assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants (dite « assurance A&D »), et souvent appelée « assurance D&O » (pour *Directors et Officers*) peut couvrir les réclamations formulées contre les administrateurs et les dirigeants de petites et moyennes entreprises et de sociétés ouvertes. Compte tenu du risque sans cesse croissant auquel les administrateurs et les dirigeants sont

exposés dans le cadre de leurs fonctions, une attention particulière doit être portée au contenu des contrats d'assurance A&D. En effet, en plus d'être un produit d'assurance complexe à analyser, le libellé de ces polices varie d'un assureur à l'autre et est périodiquement modifié. Les titulaires de contrat devraient consulter leur gestionnaire de risques interne ou, en l'absence d'un tel gestionnaire, leur courtier d'assurance ou conseiller juridique pour déterminer si leur protection d'assurance A&D répond entièrement à leurs besoins.

6.1 Proposition d'assurance

Avant de s'attarder davantage à l'assurance A&D, mentionnons que remplir une proposition d'assurance afin d'obtenir une assurance A&D est un exercice important puisque, du point de vue juridique, la proposition d'assurance est réputée faire partie du contrat d'assurance au même titre que le libellé de la police. Une attention particulière doit donc être portée à l'information qui est fournie à l'assureur. Notons aussi que l'on retrouve parfois des clauses d'exclusion dans les formulaires de proposition d'assurance.

Tous ceux et celles qui sont appelés à bénéficier de la police d'assurance A&D ont intérêt à revoir la proposition d'assurance dûment remplie avant qu'elle soit remise à l'assureur.

6.2 Renonciation à la nullité et individualité

Il est souhaitable que le contrat contienne une clause prévoyant que la fausse déclaration du signataire de la proposition n'est pas opposable à un autre assuré qui n'en a pas eu connaissance. En effet, de fausses déclarations dans une proposition d'assurance pourraient autrement amener un assureur à demander que la police soit déclarée nulle sur cette base. Dans ce scénario, la police est réputée n'avoir jamais été émise, et tous les assurés deviennent alors privés de ses bénéfices, y compris les assurés dits « innocents », sauf si la police d'assurance prévoit expressément que ces assurés innocents sont protégés.

De même, une police d'assurance A&D devrait prévoir de façon spécifique que les exclusions portant sur le comportement d'un assuré ne peuvent être opposables aux autres assurés et qu'il y a ainsi sur ce plan une individualité des garanties d'assurance pour chaque assuré. En ce qui concerne l'assuré, la conduite malhonnête d'un coassuré ne devrait pas avoir d'incidence sur son droit au bénéfice des garanties d'assurance.

6.3 Droit de résiliation

Il est important de s'assurer que la police d'assurance ne pourra être résiliée par l'assureur qu'en cas de non-paiement de la prime ou de contravention au contrat d'assurance par l'assuré, et non pour quelque autre raison que ce soit.

6.4 Définition d'administrateur et de dirigeant

Les termes « administrateur » et « dirigeant » ne devraient pas être définis de façon trop restrictive par la police d'assurance et devraient inclure non seulement les administrateurs et les dirigeants de la société, mais également les anciens administrateurs et dirigeants, les personnes qui seront élues ou nommées après la date de prise d'effet du contrat d'assurance, de même que les personnes agissant de facto à titre d'administrateurs ou de dirigeants de la société. En effet, ces personnes sont susceptibles d'encourir une responsabilité en raison de leur rôle au sein de la société, et certains contrats d'assurance pourraient omettre de les inclure.

6.5 Filiales et entités externes

Le contrat doit prévoir que non seulement les administrateurs et les dirigeants de la société seront assurés, mais également ceux de ses filiales. Certains contrats prévoient en outre que les administrateurs qui siégeront comme administrateurs au sein d'autres entités, par exemple des sociétés à but non lucratif, bénéficieront des garanties d'assurance. De même, il est généralement possible (et souhaitable) de prévoir que l'administrateur qui, à la demande de la société, siège au conseil d'administration d'une tierce entité bénéficiera également des garanties d'assurance, à certaines conditions qu'il importera de respecter.

6.6 Pertinence d'une garantie d'assurance pour la société

Une garantie d'assurance pour la société (appelée en anglais « Entity Coverage »), c'est-à-dire une garantie pour la société elle-même, a été lancée sur le marché il y a plusieurs années. En général, les sociétés ont bien accueilli ce bénéfice qui s'ajoutait à leur police d'assurance A&D. Au cours des dernières années, un certain nombre de réclamations très importantes aux États-Unis ont toutefois amené les titulaires de contrat et leurs conseillers à réexaminer cette garantie d'assurance particulière, et les opinions divergent maintenant quant à sa pertinence selon les circonstances. Certains se préoccupent du

fait que tous les assurés (les administrateurs, les dirigeants et maintenant la société elle-même) pourraient éventuellement partager les limites d'assurance en place. Ainsi, la responsabilité de la société restreint la protection offerte aux administrateurs et aux dirigeants, alors qu'à l'origine, la police d'assurance a été souscrite pour leur bénéfice. D'autres estiment que malgré ces préoccupations, la nature de la police d'assurance A&D a évolué au fil des ans et qu'il est raisonnable d'accepter aujourd'hui que la société puisse également tirer profit de cette forme d'assurance.

Les difficultés relatives au partage des limites d'assurance avec la société peuvent être évitées jusqu'à un certain point si l'on apporte certains rajustements à la couverture d'assurance A&D, comme l'ajout d'une police d'assurance excédentaire de type « Side A only » (pour le bénéfice unique des personnes), l'ajout d'une clause de « priorité de paiement » en faveur des personnes, l'achat de limites d'assurance excédentaire additionnelles ou, encore, une combinaison de ces options.

Par exemple, la clause « priorité des paiements » peut prévoir que l'assureur s'engage, en cas de réclamation dépassant les montants de garantie, à régler d'abord les réclamations couvertes sous la garantie responsabilité des administrateurs et dirigeants avant les réclamations couvertes sous d'autres garanties.

6.7 Procédures en vue d'un redressement de nature non pécuniaire

Certaines polices d'assurance prévoient que l'assureur défendra les réclamations dirigées contre les administrateurs et dirigeants, non seulement lorsqu'il y a réclamation de dommages-intérêts en raison d'un acte fautif, mais également lorsque les réclamations ne visent que des redressements de nature non pécuniaire, comme une ordonnance d'injonction. Une telle extension de la garantie habituelle peut être avantageuse pour les administrateurs et les dirigeants.

6.8 Clause d'exclusion pour malhonnêteté

Toutes les polices d'assurance A&D contiennent une clause d'exclusion pour malhonnêteté, mais la rédaction de ces clauses varie d'une police à l'autre. En général, on retrouve deux types de clause d'exclusion pour malhonnêteté, soit une clause « lorsque reconnue dans un jugement final » et une clause dite « dans les faits ». La formulation « lorsque reconnue dans un jugement final » oblige l'assureur à défendre son assuré malgré les allégations de malhonnêteté émises par le tiers, et son obligation

de défendre se poursuit jusqu'à ce que ces allégations aient été reconnues « dans un jugement final ». Les frais juridiques associés à la défense de poursuites contre des administrateurs et dirigeants pouvant être élevés, cette clause est plus avantageuse pour les titulaires de contrat que la formulation « dans les faits », qui permet à l'assureur de tenter de mettre fin à ses obligations avant qu'un jugement soit rendu sur les allégations du tiers.

6.9 Exclusion des réclamations formulées par un assuré

Parfois, une police d'assurance A&D ne s'appliquera pas à une réclamation formulée par un assuré ou par la société ou en leur nom. Dans ces cas, cette exclusion sera généralement atténuée par certaines exceptions, par exemple lorsque la réclamation est formulée par un administrateur ou un dirigeant qui n'occupe plus ses fonctions depuis un certain nombre d'années. Certains assureurs prévoient aussi une obligation de défendre toute réclamation formulée par un assuré ou par la société, même si aucune indemnité ne sera disponible en cas de jugement défavorable.

D'autres assureurs prévoient que les réclamations découlant de pratiques d'emploi, au sens qui leur est donné dans le contrat d'assurance, seront couvertes même si elles sont intentées à l'initiative d'un assuré. Les matières généralement visées par la notion de « pratiques d'emploi » comprennent le congédiement injustifié, le harcèlement lié à l'emploi ou encore la diffamation relative à l'emploi.

6.10 Répartition des paiements

Selon certaines polices, lorsqu'une réclamation contient à la fois des éléments couverts et des éléments non couverts, l'assureur sera responsable d'un pourcentage fixe, et ce, afin d'éviter, dans la mesure du possible, les litiges entre assureurs et assurés à ce sujet. Certains contrats d'assurance prévoient même qu'en cas de poursuite contenant à la fois des éléments couverts et des éléments non couverts, l'ensemble des frais de défense seront considérés comme un sinistre couvert par l'assureur, ce qui est très avantageux pour la société qui, dans ces cas, évitera une responsabilité qu'elle aurait normalement dû assumer seule.

6.11 Changement de contrôle

De façon générale, une police d'assurance A&D prévoira que si la société fusionne avec une autre entité qui détiendra plus de 50 %

de ses actions comportant droit de vote ou si elle est acquise par celle-ci, la garantie offerte par la police d'assurance continuera de s'appliquer jusqu'à son expiration, mais uniquement en ce qui a trait aux réclamations pour des actes fautifs commis avant la date de prise d'effet de cette fusion ou acquisition. Il importe donc, dans le cadre d'opérations de ce type touchant la société, de veiller à ce que des garanties d'assurance adéquates soient mises en place pour bien protéger les administrateurs et dirigeants des actes fautifs commis après l'opération.

6.12 Période de garantie subséquente

Une période de garantie subséquente (appelée en anglais « tail coverage », « extended reporting period coverage » ou « discovery coverage ») permet aux assurés si, par exemple, l'assureur refuse de renouveler le contrat à son expiration, d'acheter une période, généralement d'au moins 12 mois, qui sera attachée à la fin de la police d'assurance et durant laquelle les assurés pourront présenter des réclamations à l'assureur.

Il est important d'examiner la possibilité d'acheter cette garantie d'assurance lorsque la société éprouve des difficultés financières et qu'elle est dans l'impossibilité de renouveler sa garantie d'assurance A&D. Cette prolongation de la garantie d'assurance est toujours limitée quant à sa portée. Elle couvre les réclamations qui seront soumises durant la période de garantie subséquente, mais seulement en ce qui a trait aux « actes fautifs » survenus avant le début de cette période de garantie subséquente.

Dans la mesure du possible, il est utile de prévoir que cette période de garantie subséquente sera offerte non seulement lorsque l'assureur choisira de résilier le contrat d'assurance ou de ne pas le renouveler, mais également lorsque la garantie n'est pas renouvelée, ou est même interrompue, à l'initiative de la société ou de ses administrateurs et dirigeants.

Certains contrats prévoient d'avance le coût qui sera exigé par l'assureur pour une telle protection additionnelle, et il est important d'en vérifier le caractère raisonnable au moment de souscrire le contrat d'assurance initial.

7. Principaux moyens de défense stratégiques pour administrateurs

Voici une liste de mesures à prendre pour éviter d'engager sa responsabilité à titre d'administrateur :

7.1 Pour s'acquitter du devoir de loyauté / devoir fiduciaire

- Agir au mieux des intérêts de la société en tant qu'entité distincte (distincte des intérêts d'un groupe donné d'actionnaires ou de parties prenantes), et non à son avantage personnel.
- Adopter une politique en matière de conflit d'intérêts et en superviser la mise en œuvre.
- Divulguer tout conflit d'intérêts aussitôt que possible. S'assurer de ne pas faire partie d'un processus décisionnel concernant un contrat ou une opération où son intérêt personnel et celui de l'entreprise peuvent différer, à moins que les dispositions législatives applicables soient respectées à la lettre.
- Éviter de voter (et de participer aux délibérations du conseil) en cas de conflit d'intérêts.

7.2 Pour s'acquitter du devoir de diligence

- Se préparer et participer activement aux délibérations du conseil.
- Adopter des mandats clairs pour le conseil, ses comités (s'il y en a) et la direction.
- Les comités (s'il y en a) et la direction devraient faire rapport des mesures importantes qui ont été prises à chaque réunion du conseil.
- Prendre le temps nécessaire pour étudier attentivement tous les aspects d'une mesure proposée et les autres solutions envisageables et en discuter avant de prendre une décision.
- Au besoin, retenir les services de conseillers indépendants et de conseillers juridiques pour donner des conseils au conseil d'administration.

- Dresser les procès-verbaux des réunions du conseil et de ses comités, qui témoigneront que les administrateurs ont été informés de leurs responsabilités et devoirs prévus par la loi, ont délibéré sur les questions importantes en envisageant les autres solutions possibles, ont obtenu tous les avis appropriés, au besoin, ont étudié attentivement toutes les questions qui leur ont été soumises, se sont penchés de façon indépendante sur ces questions et ont agi au mieux des intérêts de la société.

7.3 Pour pouvoir se fier à des professionnels

Lorsqu'ils utilisent un tel moyen de défense, les administrateurs devraient généralement pouvoir prouver qu'ils :

- ont communiqué tous les faits appropriés au professionnel afin que celui-ci puisse préparer son rapport;
- ont demandé l'avis du professionnel afin d'en arriver à la décision proposée;
- ont revu les hypothèses et la méthodologie du professionnel et ont posé des questions au besoin;
- se sont fiés aux conseils du professionnel.

7.4 Pour se protéger contre une responsabilité potentielle aux termes de la loi

Diverses lois qui contiennent des dispositions constituant des sources potentielles de responsabilité pour les administrateurs incluent également des moyens de défense permettant aux administrateurs d'éviter d'être tenus responsables lorsqu'ils démontrent qu'ils ont pris des mesures raisonnables afin d'éviter qu'une faute se produise. Pour bénéficier d'une défense de diligence raisonnable, les administrateurs doivent :

- Obtenir des déclarations de la direction, dont les assurances nécessaires à l'égard du paiement des salaires et indemnités de vacances, des remises de retenues à la source et taxes perçues et du respect des principales lois applicables.
- S'assurer que la société étaye de documents toutes les mesures prises par les administrateurs et conserve tout rapport reçu de comités du conseil et de la direction – sans eux, il est difficile de faire la preuve de la diligence.

- S'assurer qu'il existe un processus qui permet de percevoir des taxes, impôts et autres fonds que la société détient en tant que « mandataire » d'un organisme gouvernemental, de les détenir à titre de fonds distincts et de les verser aux autorités compétentes.
- S'assurer que les règles en matière de droit de l'emploi et du travail sont respectées, particulièrement en ce qui a trait aux normes minimales du travail et aux questions de santé et sécurité au travail.
- Connaître les risques environnementaux associés aux activités de la société et les obligations qu'imposent les lois environnementales. Être en mesure de démontrer en tout temps que les administrateurs et les dirigeants ont pris toutes les mesures raisonnables pour que la société respecte les lois environnementales.
- Redoubler de prudence si la société traverse des difficultés financières.
- Éviter de transgresser les lois sur les délits d'initié, s'assurer que les rapports sont produits dans les délais prescrits et que l'information publiée par une société cotée en bourse est complète et véridique.
- Faire tout en leur pouvoir pour corriger une situation problématique.

7.5 Précautions d'ordre général

En plus des mesures énoncées ci-dessus, les administrateurs devraient :

- S'assurer que la société est dotée d'une entente irrévocable d'indemnisation et de garanties d'assurance adéquates visant la responsabilité des administrateurs et des dirigeants de l'entreprise.
- En cas de désaccord, signifier sa dissidence et la faire consigner au procès-verbal.
- Lorsque le conflit ou la situation problématique ne se règle pas, envisager la possibilité de démissionner du conseil d'administration.

Notes

Dispositions juridiques

1. Cette communication est un instrument d'information et de vulgarisation juridiques. Son contenu ne saurait en aucune façon être interprété comme un exposé complet du droit ni comme un avis juridique de toute entité Norton Rose Fulbright sur les points de droit qui y sont discutés. Vous devez obtenir des conseils juridiques particuliers sur tout point précis vous concernant. Pour tout conseil ou pour de plus amples renseignements, veuillez vous adresser à votre responsable habituel au sein de Norton Rose Fulbright. Cette communication est en date du 1^{er} novembre 2018.
2. Par. 102(1), *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA »); art. 112, *Loi sur les sociétés par actions* (Québec) (« LSAQ »); par. 115(1), *Loi sur les sociétés par actions* (Ontario) (« LSAO »); par. 101(1), *Business Corporations Act* (Alberta) (« LSAA »); art. 136(1), *Business Corporations Act* (Colombie-Britannique) (« LSACB »).
Cette brochure porte sur la structure et les dispositions de la LCSA.
On renvoie également aux lois du Québec, de l'Ontario, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique à des fins de comparaison.
3. Par. 122(1)(a) LCSA; art. 119 LSAQ; art. 322 *Code civil du Québec* (« CCQ »); par. 134(1) LSAO; par. 122(1) LSAA; par. 142(1)(a) LSACB.
4. Art. 120 LCSA; art. 122 et s. LSAQ; art. 324 et s. CCQ; art. 132 et s. LSAO; art. 120 et s. LSAA; art. 147 et s. LSACB.
5. Ibid. À noter que la LSAO, à la différence de la LCSA, de la LSAQ, de la LSAA et de la LSACB, exige que l'administrateur quitte la réunion. De plus, en vertu de la LSACB, un administrateur ou un membre de la haute direction d'une entreprise est tenu de rendre compte à cette dernière de tout profit qu'il retire d'un contrat ou d'une opération dans lequel ou laquelle il détient un intérêt devant être déclaré (par. 148(1) LSACB).
6. Par. 120(8) LCSA; par. 120(9) LSAA; par. 132(9) LSAO.
7. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 RCS 574 et *Magasins à rayons Peoples inc. (Fiduciaire de) c. Wise*, [2004] R.C.S. 68, par. 35 [*Peoples*].
8. *Can. Aero c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, par. 25.
9. *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures*, [2008] 3 R.C.S. 560 [*BCE*].
10. *Peoples*, supra note 7.
11. Par. 122(2) LCSA; art. 119 LSAQ et art. 321 CCQ; par. 134(2) LSAO; par. 122(2) LSAA; par. 142(1)(c) et (d) LSACB.
12. Par. 122(1)(b) LCSA; art. 119 LSAQ; art. 322 CCQ; par. 134(1)(b) LSAO; par. 122(1) LSAA; par. 142(1)(b) LSACB.
13. L'obligation d'agir avec soin, prudence et diligence s'applique, par exemple, en matière de protection de la vie privée et de contrôles touchant la sécurité des données. Le défaut de mettre en œuvre des processus ou contrôles adéquats en matière de cybersécurité et d'en assurer la surveillance peut engager la responsabilité. Par conséquent, les conseils d'administration se doivent d'exercer une surveillance active des risques associés à la cybersécurité pour éviter d'engager leur responsabilité. Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont publié plusieurs avis du personnel sur la cybersécurité ainsi que des indications concernant la gestion des risques connexes. Les conseils d'administration doivent assurer la surveillance recommandée dans ces lignes directrices puisque le défaut de le faire peut entraîner des risques : Avis 11-332 du personnel des ACVM : *Cybersécurité* (2016); Avis 33-321 du personnel des ACVM : *Cybersécurité et médias sociaux* (2017). Les ACVM ont aussi donné des indications sur la façon de juger l'importance d'un incident et la pertinence de le déclarer : Avis multilatéral 51-347 du personnel des ACVM : *Information sur les risques et les incidents liés à la cybersécurité* (2017).
14. Par. 123(4) LCSA; art. 121 LSAQ; par. 135(4) LSAO; par. 123(3)(b) LSAA; par. 157(1) LSACB.
15. Par. 121(a) LCSA; par. 133(a) LSAO; par. 121(a) LSAA.
16. Par. 115(3) LCSA; art. 118 LSAQ; par. 127(3) LSAO; par. 115(3) LSAA.
17. Art. 241 LCSA; art. 242 LSAA.
18. Art. 239 LCSA; art. 445 LSAQ; 246 LSAO; par. 240(1) LSAA; art. 232 LSACB.
19. Par. 239(2) LCSA; art. 446 LSAQ; par. 246(2) LSAO; par. 240(2) LSAA; art. 233 LSACB.
20. Voir par exemple art. 309, 2157 et 2158 CCQ.
21. Art. 119 LCSA; art. 154 LSAQ; art. 131 LSAO; art. 119 LSAA.
22. Voir en particulier par. 227.1, *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada).
23. Voir en particulier art. 83, *Loi sur l'assurance-emploi*, par. 21.1, *Régime de pensions du Canada*, et art. 24.0.1, *Loi sur l'administration fiscale* (Québec).

24. Voir en particulier par. 323(1), *Loi sur la taxe d'accise* (Canada) et par. 24.0.1, *Loi sur l'administration fiscale* (Québec).
25. Par. 198(1)(a) et art. 204, *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (Canada).
26. *BCE*, supra note 9.
27. Par. 118(2) LCSA; art. 156 LSAQ; par. 130(2) LSAO; par. 118(3) LSAA; par. 154(1) LSACB.
28. Art. 21 à 23, 217.1 et 219 du *Code criminel*.
29. Voir, par exemple, l'article 142, récemment modifié, de la *Loi sur les normes du travail* (Québec).
30. Voir, par exemple, les articles 51, 236 et 237 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (Québec).
31. Au Québec, par exemple, si une société commet une infraction à la *Loi sur la qualité de l'environnement*, ses administrateurs sont présumés avoir commis eux-mêmes cette infraction, à moins qu'il ne soit établi que les administrateurs ont fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration. Voir art. 115.40 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (Québec). Voir aussi art. 115.50 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (Québec) relativement à la responsabilité des administrateurs en cas de défaut de paiement d'un montant dû aux termes de la Loi.
32. Art. 10, *Loi visant principalement la récupération de sommes payées injustement à la suite de fraudes ou de manoeuvres dolosives dans le cadre de contrats publics*. (Québec).
33. *Règlement 55-104 sur les exigences et dispenses de déclaration d'initié*; chapitre IV *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec); art. 107 *Loi sur les valeurs mobilières* (Ontario); art. 182 *Securities Act* (Alberta); art. 1 *Securities Act* (Colombie-Britannique).
34. Art. 187 *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec); art. 1 *Loi sur les valeurs mobilières* (Ontario); par. 147(3) *Securities Act* (Alberta); art. 1 *Securities Act* (Colombie-Britannique).
35. Art. 188 *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec); par. 76(2) *Loi sur les sociétés par actions* (Ontario); par. 147(4) *Securities Act* (Alberta).
36. Art. 382.1 *Code criminel* (Canada). Des poursuites sont également possibles en vertu des lois provinciales. Par. 122(1) *Lois sur les valeurs mobilières* (Ontario); par. 208.1 *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec); art. 194 *Securities Act* (Alberta); art. 155 *Securities Act* (Colombie-Britannique).
37. Art. 17 *Securities Act* (Alberta).
38. Art. 17.01 *Securities Act* (Alberta).
39. Art. 17.01 *Securities Act* (Alberta).
40. *Instruction générale 51-201 : Lignes directrices en matière de communication*, plus particulièrement la note 30.
41. *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*, art. 4.5.
42. *Instruction générale relative au règlement 51-102 sur les obligations d'information continue*, partie 4A; chap. II, section II *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec), Part XXIII.1 LSAO; art. 211.03 *Securities Act* (Alberta); art. 16.1 *Securities Act* (Colombie-Britannique).
43. Art. 123 LCSA; art. 139 LSAQ; art. 337 CCQ; art. 135 LSAO; art. 123 LSAA; par. 154(5) LSACB (De plus, la LCSA, la LSAQ, la LSAO, la LSAA et la LSACB permettent qu'un avis de dissidence soit envoyé par courrier recommandé au siège social de la société après l'ajournement de la réunion).
44. Par. 123(3) LCSA; art. 139 LSAQ; par. 135(3) LSAO; par. 154(8) LSACB.
45. Art. 123 LSAA.
46. Par. 124(1) et (3) LCSA; art. 159 LSAQ; art. 136 LSAO; art. 124 LSAA; art. 160 et par. 163(1)(c) et (d) LSACB.

Norton Rose Fulbright

Norton Rose Fulbright est un cabinet d'avocats mondial. Nous offrons une gamme complète de services juridiques d'affaires aux plus importantes sociétés et institutions financières du monde. Nous comptons au-delà de 4 000 avocats et autres membres du personnel juridique en poste dans plus de 50 villes partout en Europe, aux États-Unis, au Canada, en Amérique latine, en Asie, en Australie, en Afrique et au Moyen-Orient.

Reconnus pour notre approche sectorielle, nous possédons une grande expertise dans tous les principaux secteurs : les institutions financières; l'énergie; les infrastructures, les mines et les matières premières; le transport; la technologie et l'innovation; ainsi que les sciences de la vie et les soins de santé. Grâce à notre groupe mondial services-conseils-risques, nous mettons à profit notre expérience sectorielle et la jumelons à notre connaissance des enjeux en matière de droit, de réglementation, de conformité et de gouvernance afin de fournir à nos clients des solutions pratiques aux risques juridiques et réglementaires auxquels leurs entreprises font face.

Où que nous soyons, nous exerçons nos activités dans le respect de nos principes d'affaires internationaux, qui s'articulent autour de la qualité, de l'unité et de l'intégrité. Nous visons à offrir des services juridiques correspondant aux plus hautes normes qui soient dans chacun de nos bureaux et à maintenir ce niveau de qualité à tous les points de contact.

Le Verein Norton Rose Fulbright, un Verein suisse, aide à coordonner les activités des membres de Norton Rose Fulbright, mais il ne fournit aucun service juridique aux clients. Norton Rose Fulbright compte des bureaux dans plus de 50 villes dans le monde, notamment à Londres, Houston, New York, Toronto, Mexico, Hong Kong, Sydney et Johannesburg. Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez consulter nortonrosefulbright.com/ca/fr/notes_juridiques_et_avis_de_non-responsabilite/norton-rose-fulbright/.

Cette communication est un instrument d'information et de vulgarisation juridiques. Son contenu ne saurait en aucune façon être interprété comme un exposé complet du droit ni comme un avis juridique de toute entité Norton Rose Fulbright sur les points de droit qui y sont discutés. Vous devez obtenir des conseils juridiques particuliers sur tout point précis vous concernant. Pour tout conseil ou pour de plus amples renseignements, veuillez vous adresser à votre responsable habituel au sein de Norton Rose Fulbright.

