



ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS

LA FEUILLE DE ROUTE DU JURISTE

1^{er} janvier 2004



TABLE DES MATIÈRES

	<u>page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. OBLIGATIONS DES ADMINISTRATEURS	3
III. JURISTE ADMINISTRATEUR	6
IV. SOURCES DES RÉCLAMATIONS	7
V. PRÉVENTION DES SINISTRES/MEILLEURES PRATIQUES	10
VI. SIGNES D'AVERTISSEMENT	13
VII. LA POLICE	14
VIII. COMMENT SOUMETTRE UNE PROPOSITION D'ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS?	21
IX. QUAND ET COMMENT DÉCLARER UNE RÉCLAMATION?	21
X. QUELLES SONT LES MESURES PRISES EN CAS DE RÉCLAMATION?	22
XI. SOMMAIRE	23

LA FEUILLE DE ROUTE DU JURISTE – ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS

I INTRODUCTION

Le présent manuel vise à vous renseigner, en tant que juriste praticien, sur certains risques auxquels pourraient faire face les administrateurs siégeant au sein d'un conseil d'administration, à vous expliquer les motifs et le contenu du programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs parrainé par l'Association d'assurance du Barreau canadien et à vous indiquer la marche à suivre pour déclarer une réclamation, le cas échéant. Toutefois, ce manuel est essentiellement destiné à vous aider à mieux comprendre certaines pratiques, lesquelles vous permettront d'améliorer vos compétences d'administrateur et de réduire ainsi les risques de réclamation auxquels vous pourriez être exposé.

A. Historique du programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs parrainé par l'AABC

L'Association du Barreau canadien (ABC) a été créée en 1896 et a été constituée en corporation en vertu d'une loi spéciale adoptée par le parlement le 13 avril 1921. L'ABC représente quelque 36 000 juristes, juges, notaires, professeurs de droit et étudiants en droit, partout au Canada. Environ les deux-tiers de tous les juristes praticiens au pays sont membres de l'ABC.

L'Association d'assurance du Barreau canadien (AABC) est le volet « assurance » de l'ABC. Il s'agit d'un organisme sans but lucratif administré et contrôlé par des juristes, qui s'est employé à offrir des produits d'assurance aux membres de la communauté juridique, à leurs familles et employés. L'AABC offre une gamme complète de produits d'assurance conçus et mis au point en vue de répondre aux besoins personnels et professionnels de tous les juristes et notaires canadiens et de leur fournir valeur et stabilité moyennant rétribution.

Le programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs est parrainé par l'AABC. Il a été mis au point dans le but de fournir une couverture (défence et indemnité) aux juristes siégeant au sein de conseils d'administration autres que ceux liés à leur emploi. Le programme couvre à l'heure actuelle plus de 7 000 juristes occupant plus de 10 000 postes d'administrateurs à travers le Canada.

Le programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs de l'AABC est en vigueur depuis septembre 1989. Dion Durrell + Associés Inc., une firme d'actuaire et d'experts-conseils, administre ce programme au Canada depuis le 1^{er} avril 1998, lorsque quelques syndicats des Lloyd's sont devenus les souscripteurs du programme.

B. Pourquoi une assurance de la responsabilité civile des administrateurs?

La police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs procure une couverture au juriste qui siège au sein du conseil d'administration d'une entreprise par opposition à un juriste qui agit à titre d'avocat offrant des services juridiques à une entreprise. **Cette police d'assurance couvre les juristes qui occupent des postes d'administrateurs externes au sein d'entreprises.** Vu que le rôle d'un administrateur est bien plus différent que celui d'un avocat offrant des services juridiques, les risques courus sont également différents. Par conséquent, il est important

qu'un juriste qui songe à occuper un poste d'administrateur sache en quoi consiste le rôle d'un administrateur ainsi que les risques auxquels il pourrait être exposé.

En règle générale, l'administrateur joue un rôle de gestionnaire et de guide. Selon le Rapport de la Bourse de Toronto [Traduction] « *Où se trouvaient les administrateurs* »¹, le rôle de l'administrateur est analysé en examinant la responsabilité du conseil d'administration. Dans ce rapport, il a été conclu que les responsabilités clés comportaient l'adoption d'un processus de planification stratégique, la gestion du risque, la nomination, la formation et l'encadrement des cadres supérieurs, en vue d'assurer l'existence de politiques d'information propices au sein de l'entreprise et la mise en place de systèmes internes efficaces de contrôle et de gestion de l'information.

Un conseil d'administration comporte normalement des administrateurs « internes » et « externes ». Les administrateurs internes sont ordinairement des employés de l'entreprise. Un administrateur interne serait, par exemple, un membre du personnel de gestion, comme le président ou le trésorier d'une entreprise. Les administrateurs externes ne sont pas des employés de l'entreprise. Par suite de leur autonomie, ils sont censés assumer les fonctions de « chiens de garde » pour le compte des actionnaires. Une récente étude par la Bourse de Toronto a révélé que plus de 77 % de tous les administrateurs qui siègent au sein de conseils sont des administrateurs externes indépendants. D'ailleurs, ce nombre ne cesse d'augmenter².

Bien que la différence entre les responsabilités des gestionnaires et celles des administrateurs n'est pas souvent très claire, c'est aux administrateurs que revient l'ultime responsabilité de l'entreprise. Les gestionnaires sont des employés. S'il arrive à un gestionnaire d'exercer ses fonctions avec insouciance ou négligence, sans toutefois prendre part à des activités criminelles, il risque tout au plus d'être congédié. Par contre, les conséquences sont beaucoup plus graves pour les administrateurs d'entreprise qui exercent leurs fonctions administratives avec négligence. Les administrateurs sont portés à faire face à des procédures réglementaires, à des poursuites quasi-criminelles et/ou à des instances civiles menées par les syndic de faillite, les curateurs et /ou les actionnaires et les investisseurs. De plus, lorsqu'une entreprise est sans actif et/ou sans assurance des administrateurs et des dirigeants, les biens personnels de l'administrateur sont potentiellement en danger. Pour la dernière raison seulement, il est extrêmement important que les administrateurs comprennent les processus au moyen desquelles les décisions sont prises et mises à exécution et qu'ils contrôlent ces processus.

Le contenu du présent manuel doit être examiné dans le contexte de deux événements majeurs. Premièrement, les événements tragiques du 11 septembre 2001 ont accéléré les changements apportés au marché de l'assurance dans le monde entier et ont donné lieu à une réanalyse fondamentale de tous les types de couvertures d'assurance souscrites.

L'assurance des administrateurs et des dirigeants n'a pas été épargnée par les assureurs, lesquels ont passé en revue les risques qu'ils se préparaient à assurer particulièrement à la lumière du deuxième « événement » qui était pratiquement plus récent que le premier. Le deuxième

¹ Le Rapport de la Bourse de Toronto sur la gouvernance corporative au Canada, [traduction] « *Où se trouvaient les administrateurs* » (Dey Report), Toronto, décembre 1994

² La Bourse de Toronto : Le rapport sur la gouvernance corporative par l'Institut des administrateurs de sociétés, « Five Years to the DEY », Toronto, juin 1999

« événement » était en fait une série d'événements. Les irrégularités comptables associées à l'éclatement de la bulle des « titres techno » ont donné lieu à de nombreuses poursuites contre les entreprises et leurs administrateurs et dirigeants. De plus, ces deux événements ont entraîné de nouvelles demandes de la part des organismes de réglementation, des investisseurs, des organismes gouvernementaux et du grand public, lesquelles portaient sur une gouvernance corporative plus rigoureuse et des normes de vigilance plus élevés imposés aux administrateurs d'entreprise en particulier. Ces deux événements ont également donné lieu à un marché « très difficile » pour l'assurance des administrateurs et des dirigeants d'entreprise, ce qui a diminué les limites offertes aux entreprises et a nettement augmenté les coûts.

Bien que ce manuel ne soit pas destiné à explorer les récents changements apportés aux lois et règlements sur les valeurs mobilières aux É.-U. et au Canada, il est important d'y mentionner deux mesures législatives d'importance et de grande portée.

Aux États-Unis, la loi *Sarbanes Oxley (Sarbanes)* 2002 a été promulguée en partie suite à la vague de fraudes corporatives qui avait coïncidé entièrement ou en partie avec la décadence des titres de technologie. La loi Sarbanes a eu un impact sérieux sur la suffisance des gestionnaires internes et des membres du conseil d'administration. En vertu de cette loi, la responsabilité corporative à laquelle sont exposés les administrateurs et les dirigeants est beaucoup plus importante, notamment, la certification des états financiers vérifiés par les chefs de la direction et les chefs des opérations financières, un plus grand contrôle interne, la mise à jour en temps réel de documents et d'autres lignes directrices, la restriction du rôle des vérificateurs et des juristes externes, l'amélioration des processus d'information des actionnaires et la possibilité de sanctions pénales au niveau fédéral pour certains actes. Il est évident que la loi Sarbanes a changé la façon d'agir des membres du conseil, ce qui ne manquera pas d'augmenter les obligations et les responsabilités des administrateurs et des dirigeants.

Ici, au pays, les législateurs et les régulateurs n'ont pas ignoré ce qui s'est passé au sud de la frontière, vu que le Canada a également eu sa part d'activités similaires à celles de Enron, WorldCom, etc. Par exemple, le projet de loi 198 de l'Ontario contient un nombre de réformes concernant les valeurs mobilières, qui imposent des obligations aux administrateurs et aux dirigeants, entre autres, pour toute déclaration trompeuse. Les actionnaires peuvent maintenant intenter des procès contre les administrateurs qui étaient responsables au moment où un document ou une déclaration publique contenaient des déclarations inexactes. Bien que la responsabilité des administrateurs soit quelque peu limitée, il existe également de lourdes sanctions, distinctes de toute responsabilité civile potentielle. Tout comme la loi Sarbanes, le projet de loi 198 devrait changer le champ de jeu des entreprises qui devront s'engager ou se réengager à adopter des principes de bonne gouvernance corporative pour éviter de faire l'objet d'examen rigoureux ou, dans le pire des scénarios, d'enfreindre ses dispositions.

II OBLIGATIONS DES ADMINISTRATEURS

A. Obligations fondamentales

Les administrateurs doivent assumer certaines obligations fondamentales à l'égard de l'entreprise :

1) Obligation de connaissances

L'administrateur doit avoir des connaissances sur l'entreprise et ses activités. Un administrateur prudent doit passer en revue les actes constitutifs et les règlements de l'entreprise afin de comprendre l'étendue de ses pouvoirs en tant qu'administrateur.

2) Obligation de vigilance et de diligence

Les administrateurs doivent exercer leurs fonctions de bonne foi et dans le meilleur intérêt de l'entreprise. Ils doivent contrôler les activités commerciales de l'entreprise régulièrement et exercer une diligence raisonnable lorsqu'ils prennent des décisions pour le compte de l'entreprise.

3) Obligation de loyauté

Les administrateurs ne doivent pas tirer avantage de leur situation de confiance afin de promouvoir leur propre intérêt, c.-à-d. il doivent éviter de se trouver dans des positions où il y aurait conflit d'intérêt. Par exemple, les administrateurs ne sont pas autorisés à tirer profit des occasions offertes à l'entreprise ou à faire un profit caché (ce qui comprend les opérations par des initiés). Les administrateurs ont une obligation fiduciaire à l'égard de l'entreprise.

4) Obligation d'obéissance

Les administrateurs devraient exercer leurs fonctions selon la charte/les règlements administratifs de l'entreprise et conformément à la loi du territoire où l'entreprise est exploitée et du droit commun. Les administrateurs ne doivent pas dépasser les pouvoirs qui leur sont conférés par les modalités d'incorporation.

5) Obligation de compétences et de prudence

Un administrateur apporte à l'entreprise un ensemble de compétences. Ces compétences doivent être exploitées de façon pratique et avec prudence.

6) Obligation de gestion

Les administrateurs sont responsables quant à la direction prise par l'entreprise. Ils se doivent donc d'agir raisonnablement et avec prudence, vu qu'ils peuvent être tenus responsables des conséquences de la direction qui a été prise.

Les lois portant sur les sociétés par actions à travers le Canada (fédérales et provinciales) a, dans une large mesure, codifié ces obligations et responsabilités. Conformément à ces lois, les administrateurs sont tenus d'agir de bonne foi et dans le meilleur intérêt de l'entreprise, d'exercer les compétences, la vigilance et la diligence qu'une personne raisonnablement prudente exercerait dans des circonstances semblables. De plus, bon nombre de lois fédérales et provinciales, s'étendant de la *Loi de l'impôt sur le revenu* jusqu'aux mesures législatives sur la protection de l'environnement, imposent des responsabilités spécifiques aux administrateurs d'entreprise et les soumettent à des obligations potentielles.

Une importante entreprise internationale résume la responsabilité du conseil d'administration comme suit :³

³ *Organisation de coopération et de développement économiques. Comité spécial sur la gouvernance corporative. Principes de gouvernance corporative de l'OCDE, 16 avril 1999*

[Traduction] Le cadre de la gouvernance corporative doit assurer l'orientation stratégique de l'entreprise, l'encadrement pertinent des gestionnaires par le conseil et la responsabilisation du conseil à l'égard de l'entreprise et des actionnaires.

- A. *Les membres du conseil doivent agir en connaissance de cause, de bonne foi, avec une diligence et une vigilance raisonnables et dans le meilleur intérêt de l'entreprise et des actionnaires.*
- B. *Lorsque les décisions du conseil risquent d'avoir des conséquences différentes sur divers groupes d'actionnaires, le conseil doit traiter tous les actionnaires équitablement.*
- C. *Le conseil doit assurer la conformité avec les lois applicables et prendre en considération les intérêts des actionnaires.*
- D. *Le conseil devrait exercer certaines fonctions clés, notamment :*
 - 1) *Examiner et guider les stratégies corporatives, les plans d'action majeurs, la politique en matière de risque, les budgets annuels et les plans d'affaires; établir des objectifs de rendement; contrôler la mise en application et le rendement de l'entreprise; et contrôler les principales dépenses en capital, les acquisitions et les déssaisissements.*
 - 2) *Sélectionner, rémunérer, encadrer et, le cas échéant, remplacer les cadres clés et planifier la relève.*
 - 3) *Évaluer la rémunération des cadres clés et des membres du conseil et assurer un processus de désignation du conseil formel et transparent.*
 - 4) *Contrôler et administrer la possibilité de conflit d'intérêt de la part des gestionnaires, des membres du conseil et des actionnaires, y compris l'usage abusif de l'actif de l'entreprise et l'abus d'opérations entre personnes apparentées.*
 - 5) *Assurer l'intégrité des systèmes d'information comptable et financière de l'entreprise, y compris la vérification externe, et faire en sorte que les systèmes de contrôle appropriés sont en place, particulièrement les systèmes de contrôle du risque, du contrôle financier et de la conformité légale.*
 - 6) *Contrôler l'efficacité des pratiques de gouvernance selon lesquelles l'entreprise est exploitée et apporter les changements qui s'imposent.*
 - 7) *Coordonner le processus d'information et de communication.*
- E. *Le conseil devrait pouvoir exercer un jugement objectif en ce qui concerne les affaires de l'entreprise et, en particulier, indépendamment de la direction.*
 - 1) *Les conseils devraient considérer la désignation d'un nombre suffisant de membres non cadres, aptes à exercer un jugement indépendant relativement à des tâches comportant la possibilité de conflit d'intérêt. Ces responsabilités clés comprennent notamment la communication de l'information financière, la nomination et la rémunération des cadres et du conseil.*
 - 2) *Les membres du conseil devraient consacrer suffisamment de temps à l'exercice de leurs responsabilités.*
- F. *Afin de s'acquitter de leurs responsabilités, les membres du conseil devraient avoir accès à des renseignements précis, pertinents et opportuns.*

B. Protection des administrateurs

Les lois régissant les sociétés par actions prévoient également l'indemnisation des gestionnaires dans certains cas. L'entreprise est *autorisée* à indemniser lorsque le gestionnaire a agi avec intégrité et de bonne foi et dans le meilleur intérêt de l'entreprise. Dans le cas de poursuites administratives ou criminelles, il est également important de démontrer que l'administrateur avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était légitime. Toutefois, un contrat d'indemnisation conclu entre l'entreprise et le gestionnaire est la pratique la plus efficace et la plus prudente. L'indemnisation devient alors obligatoire ou lieu d'être facultative ou discrétionnaire. Le gestionnaire peut se tourner immédiatement vers l'entreprise dans le cas d'un avis de réclamation.

Les lois régissant les sociétés par actions comportent également des dispositions autorisant l'entreprise à souscrire une assurance de la responsabilité civile à l'intention des gestionnaires, toutefois, la responsabilité ne doit pas se rapporter à un défaut d'agir de bonne foi et dans le meilleur intérêt de l'entreprise. Les juristes avisés qui examinent une proposition de nomination à titre de membres du conseil devraient, avant de l'accepter, se renseigner si l'entreprise détient une telle couverture ou est prête à la mettre en place.

Souvent, les règlements administratifs de l'entreprise prévoient une indemnisation par l'entreprise et/ou la souscription d'une assurance de la responsabilité civile à l'intention des administrateurs.

Les administrateurs membres du conseil d'une entreprise privée peuvent obtenir une couverture par le biais de dispositions d'indemnisation contenues dans les conventions unanimes des actionnaires. Toutefois, l'on devrait noter que, comparativement à l'indemnisation offerte par l'entreprise, la valeur de l'indemnité est liée à la situation financière de l'entité. De plus, vu qu'une telle indemnisation n'offre aucune défense directe à un tiers présentant une réclamation, sa valeur pourrait être limitée.

III JURISTE ADMINISTRATEUR

A. Motifs

Les juristes font partie du deuxième groupe professionnel (après les entrepreneurs indépendants) que les entreprises choisissent à titre d'administrateurs externes, représentant jusqu'à 32 % de tous les administrateurs externes du Canada.⁴ L'on estime que plus des trois-quarts de tous les conseils comportent des juristes exerçant les fonctions d'administrateurs externes. Aux États-Unis, des juristes siègent au sein du conseil d'environ 30 % des 250 plus importantes sociétés industrielles du pays.⁵ Cette tendance comporte plusieurs raisons, tant du point de vue de l'entreprise que du point de vue du juriste.

Du point de vue de l'entreprise, les juristes sont d'excellents candidats parce qu'ils détiennent de nombreux attributs positifs qui les qualifient pour siéger au sein du conseil d'administration. Les juristes sont très instruits. Les juristes sont perçus comme exerçant un bon jugement. Les juristes

⁴ Ibid. Note 2

⁵ Administrateurs et dirigeants - The ACE Report, Édition n° 17 – Janvier 1995

possèdent un niveau de connaissances spécialisées, même dans le cadre de l'industrie ou du contexte commercial où l'entreprise compétitionne. Les juristes sont souvent au courant des affaires de l'entreprise et des affaires réglementaires, si eux-mêmes ou leur bureau d'avocats sont impliqués dans le travail légal de l'entreprise. De plus, les juristes sont perçus comme des leaders dans la communauté. En faisant siéger un juriste au sein de son conseil d'administration, l'entreprise peut augmenter sa réputation ou légitimer ses opérations.

Quant aux juristes, plusieurs motifs personnels les poussent à occuper le poste d'administrateur, notamment :

- Raisons financières ou d'affaires
- Forte conviction qu'ils peuvent ajouter de la valeur
- Fonction publique, c.-à-d. sociétés sans but lucratif
- Reconnaissance ou statut professionnels

Quels que soient les motifs, les juristes sont de plus en plus portés à occuper des postes d'administrateurs d'entreprises.

B. Quels types d'entreprises sont à la recherche de juristes administrateurs?

L'examen des propositions d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs remplies par les juristes partout au Canada a révélé une grande gamme d'administrateurs d'entreprises, sociétés privées, sociétés ouvertes et sociétés sans but lucratif. Aucune industrie ou entreprise ne semble prédisposée à sélectionner des juristes, par opposition à d'autres personnes ou professionnels, pour occuper des postes d'administrateurs.

IV. SOURCES DES RÉCLAMATIONS

Les administrateurs sont de plus en plus exposés à tous genres de risques, indépendamment du fait qu'ils exercent ou non leurs fonctions conformément à la loi. À un moment donné, les postes d'administrateurs étaient choisis pour des raisons de prestige ou pour rendre service à un client, et impliquaient peu de travail ou de responsabilité. Toutefois, ces moments-là sont révolus. Un récent sondage entrepris par Tillinghast-Towers Perrin a démontré que les sources de réclamations contre les administrateurs sont nombreuses et variées.⁶

Les statistiques obtenues à la suite du sondage fait au Canada ont révélé les sources de réclamation suivantes auxquelles font face les administrateurs :

Employés	- 20 %
Actionnaires	- 16 %
Clients	- 8 %
Concurrents/fournisseurs	- 16 %
Gouvernement	- 24 %
Autre	- 16 %

⁶ Tillinghast-Towers Perrin, Sondage auprès des administrateurs et dirigeants en 2002

Le sondage entrepris aux États-Unis, a révélé les sources de réclamations suivantes auxquelles font face les administrateurs :

Employés	- 63,3 %
Actionnaires	- 21,4 %
Clients	- 5,8 %
Concurrents/fournisseurs	- 4,0 %
Gouvernement	- 0,8 %
Autre	- 4,7 %

Une comparaison entre les statistiques obtenues au Canada et celles obtenues aux États-Unis a révélé que les réclamations provenant des employés sont beaucoup plus courantes aux É.-U. qu'au Canada (trois fois plus élevées), alors que les réclamations provenant du gouvernement sont beaucoup plus courantes au Canada qu'aux É.-U. (aux É.-U., environ 3 % du nombre de réclamations encourus au Canada). Ces résultats pourraient révéler la tendance au Canada vers une plus grande intervention de la part du gouvernement dans le secteur des entreprises ou bien le manque de couverture pour la main-d'oeuvre aux É.-U., bien qu'aucune conclusion ou inférence évidente ne puisse être faite.

Les sources communes de réclamations en vertu du programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs comprennent, mais non de façon limitative, ce qui suit :

- Réclamations liées à l'emploi – *Loi sur les normes d'emploi*
- Réclamations statutaires – Agence canadienne des douanes et du revenu, réclamations auprès de la commission des valeurs mobilières, etc.
- Impôt
- Environnement
- Inquiétudes quant à la protection de la vie privée
- Réclamation pour violation d'obligations fiduciaires, mauvaise foi et oppression par les actionnaires et les investisseurs.

Les statistiques du programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs correspondent en grande partie à celles de l'industrie au Canada, lorsqu'on les compare au sondage Tillinghast.

Voici quelques-unes des allégations souvent portées contre les administrateurs et dirigeants lors de procès et de démarches réglementaires. Les réclamations dans le cadre du programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs comportent bon nombre d'entre elles :

- Agir au-delà de l'étendue des pouvoirs
- Diffamation verbale et écrite
- Inefficacité ou manque de supervision et de contrôle de la part des gestionnaires
- Rapport trompeur et/ou fausse déclaration de statut
- Présentation incorrecte ou trompeuse de l'information
- Dilapidation de biens
- Conflits d'intérêts
- Fraude et mauvaise gestion
- Pratiques comptables inconvenantes
- Opérations boursières inconvenantes
- Inconduite lors de réunions des actionnaires

Compte tenu des statistiques du programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs, les réclamations qui se produisent lorsqu'une entreprise devient insolvable constituent la situation la plus sérieuse à laquelle un assuré peut faire face. Une telle situation donne souvent lieu à des réclamations par les autorités gouvernementales (par exemple pour des retenues salariales impayées), à des recours collectifs par les actionnaires et/ou à des réclamations par les syndicats de faillite.

En règle générale, l'administrateur qui siège au sein du conseil d'une entreprise n'est pas tenu responsable de toute rupture de contrat ni de tout délit civil commis par l'entreprise. Toutefois, une récente décision de la Cour d'appel de l'Ontario semble contester cette hypothèse de longue date. Dans l'affaire *ADGA Systems International Ltd. c. Valcom Ltd.*, ADGA et Valcom compétitionnaient pour obtenir le contrat d'un bâtiment fédéral. Selon l'appel d'offre, les parties soumissionnaires devaient fournir les noms et les qualifications techniques d'au moins 25 techniciens d'expérience dans leur personnel. Comme Valcom n'avait pas d'employés, par l'entremise de son seul gestionnaire et de deux employés de longue date, elle a convaincu le personnel technique d'ADGA de lui permettre d'inscrire leurs noms dans sa soumission en vue de travailler pour Valcom si la soumission de cette dernière était retenue. Valcom l'a emporté. ADGA a poursuivi Valcom pour dommages-intérêt, pour avoir incité à la violation d'un contrat et d'une obligation fiduciaire. Valcom a présenté une motion en jugement sommaire. La motion a été accordée puis refusée lors de l'appel auprès de la Cour divisionnaire. Elle a été finalement accordée par la Cour d'appel (l'autorisation d'appel auprès de la Cour suprême du Canada a été rejetée). La Cour a conclu [traduction] *qu'il n'y avait aucun principe de base pour protéger l'administrateur et les employés de Valcom contre la responsabilité liée à leur présumée conduite sur la base qu'ils agissaient dans l'intérêt de l'entreprise.*⁷

Les administrateurs ont clairement une obligation fiduciaire à l'égard de l'entreprise. Cette obligation a, dans une grande mesure, fait l'objet d'une codification légale. Toutefois, il a été généralement pris pour acquis que cette obligation ne s'était pas auparavant étendue aux créanciers de l'entreprise. Cependant, au moins une décision prise récemment a mis en doute cette hypothèse. Dans l'affaire *Peoples Department Store/ Magasins à rayons Peoples c. Wise et autres*⁸, Peoples était une filiale en propriété exclusive de Wiseco. Les administrateurs de Peoples faisaient également partie du conseil d'administration de Wiseco. Peoples faisait des bénéfices. Wiseco n'en faisait pas. Une nouvelle méthode d'achat a été introduite – Peoples effectuait les achats pour son entreprise et pour Wiseco. Peoples livrait les produits à Wiseco et un compte client a été créé entre les deux entités. Il résulte un endettement considérable de Wiseco envers Peoples. Les deux entreprises déclarent faillite. Le syndic de faillite intente un procès contre les administrateurs de Wiseco (et l'assureur des administrateurs et dirigeants de Wiseco) pour la valeur de la créance de Wiseco non recouvrée par Peoples. Le syndic déclare que les frères Wise ont agi avec négligence à l'égard de Peoples et qu'ils avaient tiré un avantage direct d'une transaction révisable dans la faillite de Peoples. Lors du procès, la Cour a jugé que les administrateurs ne pouvaient pas se prévaloir du motif de défense « jugement professionnel », c.-à-d., le motif de défense normalement disponible aux administrateurs d'entreprise qui ont exercé un jugement professionnel raisonnablement éclairé. Dans ce cas, la Cour a jugé que ce motif de défense a été annulé du fait que les administrateurs ont omis d'obtenir des renseignements

⁷ *ADGA Systems International Ltd c. Valcom Ltd.* (1999) O.R. (3d) 101 (CA)

⁸ *Peoples Department Stores Inc./Magasins à rayons Peoples c. Wise*, [1998] Q.J. n° 3571; *Peoples Department Stores* ([2003] Q.J. 505) (appel)

importants ou de mener une enquête raisonnable en ce qui concerne les raisons de leur décision de désigner Peoples l'acheteur isolé de Wiseco. La Cour a jugé que *[traduction] ...les administrateurs d'une filiale en propriété exclusive peuvent agir dans le meilleur intérêt de la société mère et que, lorsque ces intérêts et ceux de la filiale s'imbriquent ou coïncident, ils peuvent agir en conséquence. Lorsque ces intérêts respectifs ne sont pas simultanés, ils doivent essayer de concilier les deux. Il n'existe aucun problème lorsque les intérêts sont mutuels. Cependant, lorsque les meilleurs intérêts de la filiale sont en conflit direct avec ceux de la société mère, la première doit avoir préséance relativement aux actes des administrateurs de la filiale.* Tout aussi importante, sinon plus, a été la reconnaissance par la Cour des créanciers de Peoples en tant que parties prenantes de cette entreprise. La Cour a déclaré que les administrateurs d'entreprise ne devraient pas sacrifier les intérêts des créanciers de l'entreprise et que les intérêts des créanciers, non seulement ceux des actionnaires de l'entreprise, doivent être pris en considération. La Cour d'appel a révoqué la décision de première instance et l'affaire est maintenant en appel auprès de la Cour suprême du Canada.

Pris ensemble, les cas ADGA et Peoples sont des exemples du monde de la gouvernance corporative en perpétuel changement et des défis connexes auxquels font face aujourd'hui les administrateurs au Canada.

V. PRÉVENTION DES SINISTRES/MEILLEURES PRATIQUES

Personne ne voudrait être exposé à une réclamation. Toutefois, selon le monde des affaires et de la réglementation d'aujourd'hui, les professionnels doivent faire face à des normes très élevées. Alors que les tribunaux exigent que les juristes répondent à des normes de plus en plus élevées dans le cadre de leur profession, l'on estime qu'ils sont également tenus de respecter des normes encore plus élevées en tant qu'administrateurs et ceci, en raison de leur statut professionnel de juriste. Un exemple qui décrit cette situation est une récente affaire devant la commission des valeurs mobilières de l'Alberta.⁹ Voici ce que la Commission a déclaré dans cette affaire au sujet du juriste, lequel a été heureusement disculpé :

[Traduction] Pour déterminer quelles sont les obligations d'un administrateur en particulier dans une situation précise, il est nécessaire de considérer de nombreux facteurs subjectifs, dont le rôle de l'administrateur au sein de l'entreprise, son expérience, ses compétences et son expertise ainsi que l'information qui lui est disponible...

Bien que D ne faisait pas partie des membres de la direction de Cartaway, en raison de son double rôle d'administrateur et de juriste, il disposait de plus d'informations sur les affaires de Cartaway qu'un administrateur externe (un administrateur qui n'était ni un dirigeant ni un employé). Cela était particulièrement vrai en ce qui concernait le changement important qui avait eu lieu au sein de Cartaway, D s'étant occupé de presque tous les détails de l'opération en cause. Par suite de son double rôle, D était un administrateur interne et assumait un niveau de responsabilité plus élevé relativement à ces opérations.

Une autre affaire sans doute très retentissante est celle de YBM Magnex en Ontario. Cette affaire a impliqué 124 jours d'audience devant la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) durant une période s'étendant de novembre 1999 à novembre 2002.¹⁰ Plusieurs poursuites en responsabilité ont également eu lieu (actions collectives et action par le curateur)

⁹ Dans l'affaire de Cartaway Resources Corporation, Commission des valeurs mobilières de l'Alberta, décision rendue le 11 août 2000

aux É.-U. et au Canada contre les administrateurs et souscripteurs. Ces poursuites, qui se sont finalement réglées à l'amiable pour la somme de 85 millions de dollars, comportaient le règlement le plus important dans l'histoire du Canada. Bien que les détails du règlement n'aient jamais été publiés, l'on peut spéculer avec une certitude raisonnable l'implication d'une assurance à l'intention des administrateurs et des dirigeants (et peut-être d'autres).

YMB était un magnat de l'industrie. La valeur de l'entreprise a connu une très forte croissance jusqu'à son effondrement en 1998 lors de spéculations sur des liens possibles avec le crime organisé russe et le blanchiment d'argent. Après avoir mené une enquête, la CVMO a entrepris une poursuite contre les courtiers en placement, les administrateurs et les dirigeants ainsi que le juriste de l'entreprise. Il est à noter que l'un des administrateurs externes était un juriste.

Dans une décision très attendue, la CVMO a infligé des amendes aux courtiers en plus d'interdire à certains administrateurs de siéger au conseil pendant trois ans ou plus. Bien qu'aucune amende ou repréhension n'ait été imposée au juriste exerçant à titre d'administrateur externe, celui-ci n'a pas été entièrement exonéré même s'il n'était pas au courant de la fraude perpétrée à l'égard du public. Voici ce que la CVMO a eu à dire sur les juristes exerçant à titre d'administrateurs externes :

185] [Traduction] Pour les questions juridiques, on s'attend beaucoup plus d'un juriste administrateur. Celui-ci est mieux porté à évaluer l'importance de certains faits. En raison de l'accès amélioré à l'information, le fardeau d'un administrateur peut s'accroître, selon les fonctions qui lui sont conférées. Prenons l'exemple d'un administrateur membre d'un comité de direction, comme un comité spécial ou un comité de vérification. Un administrateur externe qui siège au sein d'un comité peut être considéré comme un administrateur interne en ce qui a trait aux affaires traitées par le comité; Victor P. Alboini, Securities Law and Practice, feuillet mobile (Toronto : Carswell, 1984) article 23.4.1.

La CVMO a ensuite fait spécifiquement mention du juriste administrateur en question :

321] [traduction] Nous estimons que P aurait pu faire davantage, cependant, nous avons conclu que P a raisonnablement agi en fonction de son implication dans l'affaire, de ses compétences et de son accès à l'information compte tenu des circonstances. Il a donc pu invoquer la diligence raisonnable, mais de justesse. Nous sommes d'avis que la perspective de P a été précieuse pour le conseil. Sa réputation professionnelle, comme en a témoigné M. MW, M. B et M. JT, et l'expérience qu'il a acquise en siégeant au sein de plusieurs conseils d'entreprise, n'ont d'aucune façon été égalées par un autre administrateur. Il avait un accès unique aux conseillers juridiques du comité spécial, auxquels il a fourni un appui juridique lors de l'affaire YBM et du comité spécial. L'objectif de sa désignation consistait à renforcer le prestige et la réputation de YBM. Bien que P ait rempli les exigences légales de diligence raisonnable, l'avis du tribunal reste inébranlable sur le fait qu'il n'a pas offert plus de lucidité et de leadership au comité dans ces circonstances.

Ces cas représentent-ils des écarts ou bien sont-ils le spectre de situations auxquelles il faudrait s'attendre? Compte tenu de la loi Sarbanes et du projet de loi 198 ainsi que de la demande sans cesse croissante pour une meilleure gouvernance corporative à travers le Canada, le dernier point est sans doute le plus approprié.

Indépendamment de ce que l'avenir nous réserve, ces deux cas sont très révélateurs et les administrateurs ont certainement des leçons à apprendre en ce qui concerne la prévention des

¹⁰Dans l'affaire de la Loi sur les valeurs mobilières, RXO 1990, C. S.5, et ses modifications et YBM Magnex et autres, décision rendue le 27 juin 2003

sinistres. Premièrement, les administrateurs font face à des exigences en matière de diligence beaucoup plus élevées qu'auparavant, peut-être encore plus pour les juristes administrateurs. Deuxièmement, les administrateurs, qu'il s'agisse de juristes ou non, sont tenus de comprendre leurs fonctions et leurs responsabilités et de prendre les mesures qui s'imposent pour prévenir les sinistres ou bien de subir les conséquences déplaisantes de poursuites, de procédures réglementaires ou d'autres mesures disciplinaires d'ordre professionnel.

Dans une récente publication, KPMG a communiqué une liste sur ce qu'elle considère être les « meilleures pratiques » pour le conseil d'administration.¹¹ Voici un extrait des attributs et des activités publiés dans ce rapport, qui pourraient servir à mesurer la performance des administrateurs.

Attributs liés aux meilleures pratiques

- Bonne compréhension des rôles et responsabilité du conseil
- Expérience/expertise afférentes à l'entreprise
- Disponibilité et participation appropriées
- Bonne compréhension de l'entreprise et de l'industrie
- Capacité de toujours agir en faveur des actionnaires
- Capacité/conviction de défier la direction
- Degré élevé d'intégrité/de diligence/d'éthique
- Appréciation d'une information financière de qualité
- Influence positive sur les contrôles, l'éthique

Activités liées aux meilleures pratiques

- Réunions annuelles avec les vérificateurs externes avant l'établissement des états financiers
- Ressources pertinentes mises à la disposition du comité de vérification
- Capacités pertinentes mises à la disposition du comité de vérification
- Examen des conditions du comité – continuité c. nouveauté
- Encouragement d'activités d'orientation/de formation pour les nouveaux membres
- Autoévaluation annuelle du conseil et des membres

Les sept principes de gouvernance corporative suivants figuraient dans un récent communiqué¹² :

- 1) Sélection des personnes qualifiées – principe de base
- 2) Formation des gestionnaires
- 3) Information et communication – gestionnaires, vérificateurs, employés
- 4) Équilibre des pouvoirs de la direction générale
- 5) Encouragement « scepticisme constructif » - administrateurs et vérificateurs
- 6) Gestion du temps – les gestionnaires devraient limiter leurs services au sein du conseil à quelques entreprises
- 7) Évaluation et amélioration

¹¹ KPMG Audit Committee Institute, Meilleures pratiques du comité de vérification

¹² Strategy + Business Printemps 2003

V1. SIGNES D'AVERTISSEMENT

Dans le Rapport de la Bourse de Toronto sur la gouvernance corporative, on a demandé à un nombre de personnes d'identifier les signes précurseurs d'un conflit imminent auxquels les gestionnaires devraient prêter attention.¹³ Voici les trois réponses les plus fréquentes :

- 49 % des personnes interrogées ont identifié des situations où les administrateurs étaient trop passifs et où la direction a agi de façon trop indépendante
- 26 % des personnes interrogées ont identifié des situations où l'entreprise a continuellement manqué les objectifs et où les perspectives de marché étaient négatives
- 21 % des personnes interrogées ont identifié des situations où la direction n'était pas réceptive, n'a pas tenu compte des échéances et/ou a trompé le conseil

Les inférences que l'on peut tirer des données ci-dessus sont évidentes – les directeurs doivent s'éveiller et prendre en considération ces signes ainsi que d'autres indices manifestes de problèmes futurs pour l'entreprise et de réclamations potentielles contre les administrateurs et les dirigeants. La loi Sarbanes Oxley aux États-Unis, le projet de loi 198 en Ontario et les commentaires des commissions des valeurs mobilières relativement aux deux affaires examinées plus haut viennent également à l'appui de cette prémisse.

Pour se protéger, les trois étapes suivantes aideront l'administrateur à faire face à ses obligations fiduciaires à l'égard de l'entreprise :

- √ Soyez averti – Examinez-vous les états financiers? Les comprenez-vous? Dans la négative, demandez des questions jusqu'à ce que l'on vous donne une réponse favorable.
- √ Contrôlez les tâches délégués aux autres – En tant qu'administrateur, vous n'êtes pas un membre de la direction. Vous êtes un surveillant. Vous pouvez compter de bonne foi sur l'honnêteté et l'intégrité des conseillers, des dirigeants et des subordonnés. Toutefois, à titre de précaution, vous devez toujours faire un suivi auprès de la personne à qui les tâches ont été déléguées.
- √ Soyez vigilant et donnez suite au moindre signe d'alerte – Si une chose vous semble suspecte ou si des faits portés à votre attention vous font soupçonner d'autres, posez des questions à la direction – en n'agissant pas, vous risquez d'avoir des ennuis plus tard.

Comment mettre tout cela en pratique? Par exemple, les réclamations sont souvent faites contre des administrateurs pour des impôt impayés après l'insolvabilité d'une entreprise. Compte tenu des informations ci-dessus, l'administrateur diligent estimera utile de procéder ainsi :

- Examiner les états financiers et essayer de détecter toutes obligations inhabituelles.
- Obtenir des explications à l'égard de ces obligations. Par exemple, s'enquérir auprès du chef de la direction financière si tous les impôts ont été payés.
- Dans la négative, demander la raison. Obtenir des certitudes quant à l'acquittement de toutes obligations, particulièrement fiscales, et les incorporer dans les procès-verbaux des réunions.

¹³ ibid note 2

- Faire un suivi à cet effet lors de la réunion suivante ou des réunions subséquentes.
- En dernier recours, analyser les options à long terme si les plaintes sont toujours ignorées. La démission pourrait s'avérer nécessaire relativement à la situation. Les obligations, surtout fiscales, qui ne sont pas acquittées peuvent être des indices de problèmes extrêmement importants qu'on cherche à dissimuler.

VII. LA POLICE

Nota : Ce sommaire est destiné à servir de guide en ce qui concerne la couverture d'assurance. Dans tous les cas, la couverture sera procurée conformément aux modalités, conditions et exclusions réelles de la police. Le libellé même de la police, et non pas ce sommaire, déterminera les modalités et les conditions exécutoires de la couverture.

A. Généralités

1) Assurance de la responsabilité civile des administrateurs contre l'indemnisation par l'entreprise

Bon nombre d'entreprises reconnaissent que leurs administrateurs sont susceptibles d'être exposés à plusieurs genres de risques. C'est pourquoi, elles consentent souvent à indemniser leurs administrateurs pour les frais de défense et/ou les dommages auxquels ils pourraient faire face. La marche à suivre de l'entreprise consiste à incorporer l'indemnité dans ses règlements administratifs et/ou conclure une entente d'indemnisation distincte avec ses administrateurs.

Une entente d'indemnisation est un contrat entre l'entreprise et l'administrateur. Il est donc possible que l'entreprise rompe l'entente, soit intentionnellement (par exemple, dans le cas du congédiement de l'administrateur et l'existence d'un litige), soit involontairement (par exemple, dans le cas de l'insolvabilité de l'entreprise et du manque de ressources financières pour payer l'indemnité, ce qui constitue une situation fréquente selon les statistiques du programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs). Dans l'un ou l'autre de ces deux événements, l'administrateur est exposé à risquer ses biens personnels dans l'éventualité d'une réclamation et d'un verdict de responsabilité. Autrement dit, la valeur de l'indemnité est uniquement comparable à la solidité de l'entreprise qui la fournit. Lorsqu'une entreprise fait faillite, il y a rarement, sinon jamais, suffisamment de ressources pour financer la défense des administrateurs et dirigeants dont les activités sont analysées de près par les requérants potentiels, qu'il y ait infraction ou pas.

C'est précisément pour cette raison que tout juriste (ou en l'occurrence toute personne) qui examine la possibilité d'accepter un poste d'administrateur doit proposer à l'entreprise, à titre de condition préalable à son acceptation, de souscrire une assurance responsabilité à l'intention des administrateurs et des dirigeants. Pour se protéger davantage, un juriste a également l'option de souscrire une assurance de la responsabilité civile des administrateurs à un coût très abordable.

2) Assurance de la responsabilité civile des administrateurs contre assurance de la responsabilité civile professionnelle des avocats

Dans chaque juridiction du Canada, le Barreau provincial/territorial exige que ses juristes souscrivent une assurance de responsabilité professionnelle facultative. La limite de couverture prévue par ces programmes d'assurance obligatoires s'élève normalement à 1 million \$ par réclamation et à un total de 2 millions \$.

Il existe une certaine similarité entre les couvertures que la plupart de ces polices d'assurance procurent. Toutefois, pratiquement chacune de ces polices contient un libellé spécifique qui exclut toute couverture relativement aux activités exercées par les juristes à titre d'administrateurs ou de dirigeants¹⁴ ou peut potentiellement exclure la couverture en n'incluant pas ces activités sous la définition de services professionnels.¹⁵

Beaucoup de juristes, sinon la plupart, estiment que leurs compétences et leur expérience ne peuvent être séparées de leur rôle d'administrateurs. Cependant, du point de vue de l'assurance, la police d'assurance de responsabilité professionnelle (erreurs et omissions) d'un avocat pourrait ne pas fournir de protection relativement à une réclamation dans le cas où une action en justice est intentée contre le juriste en sa qualité d'administrateur.

¹⁴ En Colombie-Britannique, par exemple, l'assurance de la responsabilité professionnelle des avocats (2001) comporte les exclusions suivantes :

[Traduction] Cette police ne s'applique pas à...

5. *une réclamation découlant de vos activités à titre d'administrateur ou de dirigeant, à l'exception de vos activités à titre d'administrateur ou de dirigeant d'une société d'avocats ou d'une société de gestion d'un cabinet d'avocats.*

En Alberta, un autre exemple du libellé de l'assurance de la responsabilité professionnelle des avocats contient l'exclusion suivante :

[Traduction] La couverture d'assurance procurée en vertu de la Partie A ne s'applique pas à une réclamation découlant en tout ou en partie de...

- 3.9 *Un assuré qui agit à titre d'administrateur ou de dirigeant d'une entreprise autre que ALIA ou la Société du Barreau;*

¹⁵ En Ontario, la police d'assurance de la responsabilité professionnelle des avocats (2003) contient la définition suivante de « services professionnels » :

[Traduction] « **SERVICES PROFESSIONNELS** », s'entend de la pratique du droit au Canada, dans ses provinces et territoires et s'entend également des services dispensés, ou ayant dû être dispensés par un ASSURÉ ou en son nom, en sa capacité d'avocat et de membre du Barreau du Haut-Canada, sous réserve de la Disposition spéciale A. de la Partie II; et comprend, sans restreindre la généralité de ce qui précède, les services pour lesquels l'ASSURÉ est responsable en tant qu'avocat et découlant de l'activité de cet ASSURÉ en tant que fiduciaire, administrateur, exécuteur, arbitre, médiateur, agent de brevets et marques.

La police d'assurance de la responsabilité civile professionnelle des avocats n'exclut pas spécifiquement les activités à titre d'administrateur et de dirigeant, cependant, les activités en tant qu'administrateur ne sont pas incluses sous la définition de « services professionnels ». Bien que le libellé de cette police soit suffisamment ambigu pour procurer une couverture dans le cas d'une réclamation contre un juriste exerçant en même temps les fonctions d'administrateur ainsi que celles d'avocat, l'affaire Kerr c. assurance de la responsabilité civile professionnelle des avocats (1995), 25 O.R. (3d) 804 au 812, 128 D.L.R. (4^e) 269 (C.A.) peut être une indication de la position de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle des avocats sur ce point.

3) **Assurance de la responsabilité civile des administrateurs contre assurance traditionnelle erreurs et omissions des administrateurs et dirigeants**

Les polices traditionnelles d'assurance erreurs et omissions ne sont pas ordinairement établies relativement à une profession, à un particulier ou à un groupe spécifique. Bon nombre de polices d'assurance erreurs et omissions comportent une couverture très limitée et très étroite, ce qui pourrait expliquer le marché très restreint pour ce genre d'assurance.

L'assurance de la responsabilité civile des administrateurs est destinée à offrir une assurance excédentaire distincte aux juristes en plus de toute indemnité par l'entreprise et/ou de toute assurance erreurs et omissions existantes.

La police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs comporte les caractéristiques suivantes, lesquelles la distinguent d'une police traditionnelle erreurs et omissions :

- √ Vous devez être un avocat ou un notaire pour soumettre une proposition d'assurance et être admissible
- √ L'assurance est souscrite à titre d'assurance excédentaire, cependant, dans certains cas isolés, elle peut diminuer en l'absence d'une couverture de base.
- √ La couverture d'assurance peut s'étendre à plusieurs administrateurs.
- √ Pour certaines options de couverture, il n'y a pas d'exigence de déclaration ni d'imputation de primes pour les avocats et les administrateurs nouvellement assurés.
- √ Une tarification selon le risque s'applique aux administrateurs individuels d'après un questionnaire joint à la proposition.
- √ Les primes sont concurrentielles par rapport aux polices d'assurance traditionnelle erreurs et omissions.

B. Police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs

Vous trouverez ci-dessous un bref sommaire des plus importantes modalités de la police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs. Il s'agit d'une analyse simplifiée des modalités et conditions de la police d'assurance. Pour plus de détails, veuillez consulter votre police d'assurance (un spécimen de la police est joint aux présentes en tant qu'annexe A) et passer en revue tout avenant qui y est joint. La couverture qui y est indiquée peut légèrement différer de celle résumée ci-dessous.

1) **En quoi consiste la couverture de la police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs?**

Le programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs offre aux juristes trois différentes options selon les circonstances de l'avocat ou du bureau d'avocats :

- a) Une police « individu » couvre un avocat désigné pour un poste d'administrateur désigné;

- b) Une police « groupe – avocats sélectionnés » ou groupe sélectionné couvre seulement les avocats sélectionnés qui sont désignés par le cabinet d’avocats dans la proposition pour des postes d’administrateurs sélectionnés;
- c) Une police « groupe – tous les avocats » ou ensemble du groupe couvre tous les avocats du bureau d’avocats pour tous les postes d’administrateurs.

2) La couverture

La police d’assurance de la responsabilité civile des administrateurs est une police d’assurance excédentaire destinée à offrir une couverture aux fins de défense et/ou d’indemnisation aux juristes qui siègent aux conseils d’administration d’entreprises à l’extérieur de leur société ou association professionnelle.

La police d’assurance de la responsabilité civile des administrateurs procure une couverture contre la responsabilité légale incombant aux administrateurs externes relativement à des réclamations découlant d’« actes répréhensibles », selon la définition donnée dans la police, au cas où l’administrateur n’est pas totalement indemnisé par la société et/ou une autre assurance n’est pas disponible pour l’indemnisation de l’administrateur.

La couverture procurée au titre de la police d’assurance de la responsabilité civile des administrateurs s’applique aux réclamations faites n’importe où au monde. L’assureur défendra toute réclamation ou toute poursuite dans toute juridiction du Canada, des États-Unis, leurs territoires ou possessions, ou dans une juridiction où le jugement rendu pourrait être exécuté au Canada.

Le paiement des frais de défense réduit la limite de couverture en vertu de la police sauf dans la province de Québec où, selon une obligation statutaire, les frais de défense doivent être en sus de la limite de couverture.

3) La police d’assurance de la responsabilité civile des administrateurs est une police « sur la base de réclamation présentée »

La police d’assurance de la responsabilité civile des administrateurs est une police « **sur la base de réclamation présentée** ». Autrement dit, pour qu’une réclamation soit couverte par la police, elle doit avoir été présentée pour la première fois contre le juriste administrateur au cours de la période d’assurance et déclarée à l’assureur avant la date d’expiration de la police.

4) En quoi consiste une « réclamation »?

Une réclamation est une demande écrite de dommages pécuniaires, une procédure civile introduite au moyen de la signification d’un acte introductif d’instance ou une procédure réglementaire ou administrative introduite par le dépôt d’un avis d’accusation ou d’une ordonnance d’investigation officielle.

5) En quoi consiste un « acte répréhensible »?

La police procure une couverture pour les actes répréhensibles commis par des juristes qui occupent des postes d’administrateurs d’entreprises. « Acte répréhensible », s’entend des erreurs, déclarations erronées, fausses représentations, actes, omissions, négligence, négligence dans les

actes ou manquement à un devoir, réels ou allégués, attribuables à l'assuré désigné, à titre individuel ou autrement, ou tout autre élément faisant l'objet d'une réclamation contre lui en raison de sa qualité d'administrateur externe.

6) Quels sont les limites de couverture disponibles?

Trois options de couverture sont offertes pour les particuliers, par réclamation, pour un total annuel de 1 000 000 \$, 2 000 000 \$ et 3 000 000 \$.

Les trois options de couverture suivantes sont également offertes pour les cabinets d'avocats, pour le groupe sélectionné et pour l'ensemble du groupe comme suit :

5 000 000 \$ « par sinistre » et 5 000 000 \$ « par période de couverture »
5 000 000 \$ « par sinistre » et 10 000 000 \$ par « période de couverture »
10 000 000 \$ « par sinistre » et 10 000 000 \$ « par période de couverture »

La limite de responsabilité « totale par entreprise » est de 10 000 000 \$. Autrement dit, il s'agit du montant maximum de couverture d'assurance disponible pour toutes les réclamations faites contre un nombre quelconque d'assurés, de polices d'assurance ou d'administrateurs externes relativement à toute entreprise individuelle.

La police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs exige que les assurés qui siègent au sein des conseils de sociétés faisant appel à l'épargne détiennent une assurance de base minimale jusqu'à concurrence de 10 millions \$CAN. En l'absence d'une assurance de base, une sous-limite de couverture de 1 million \$CAN est offerte. Pour les sociétés faisant appel à l'épargne aux États-Unis, sans égard à l'existence d'une assurance de base, une sous-limite de 2 millions \$CAN est offerte.

7) Qu'entend-on par « assuré désigné »?

Un « assuré désigné » est un avocat, associé ou employé qui est assuré en vertu de la police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs.

Pour l'option « individu », l'assuré désigné est la personne mentionnée dans la proposition d'assurance.

Pour les options « groupe et groupe sélectionné », l'assuré désigné comprend les associés, les employés et toute autre personne réputée être employée par le bureau d'avocats mentionné dans la proposition d'assurance.

La couverture ne s'applique à ces personnes que si elles sont toujours membres du cabinet d'avocats. Cependant, moyennant une prime additionnelle, la couverture peut être étendue aux avocats qui ont quitté l'emploi du bureau d'avocats mais uniquement pour les réclamations attribuables aux actes répréhensibles commis alors qu'ils étaient à l'emploi du cabinet d'avocats.

Pour une couverture « ensemble du groupe », les nouveaux avocats sont automatiquement couverts pendant la durée de la couverture d'assurance et aucun avis n'est exigé avant la date de renouvellement suivante. Pour une couverture « groupe sélectionné », une demande de couverture doit être faite par les nouveaux avocats occupant des postes d'administrateurs et elle doit être acceptée par l'assureur.

8) Qu'entend-on par « administrateurs externes »?

« Administrateurs externes », s'entend du poste d'administrateur, de dirigeant ou d'un poste équivalent qu'occupe un « assuré désigné » au sein d'une société ou d'une société sans but lucratif, comme il est énoncé dans la proposition.

Au sens de la police, une société est une entité juridique, autre que celles qui suivent :

- L'employeur de l'assuré désigné ou une filiale de celui-ci
- Les entités juridiques à l'égard desquelles tout « assuré désigné » agit à titre d'administrateur ou de dirigeant et à titre d'associé ou d'employé/dirigeant salarié
- Les entités juridiques où un « assuré désigné » est propriétaire, directement ou indirectement, de plus de dix (10) pour cent des actions comportant droit de vote
- Les sociétés de personnes, les sociétés en commandite et les sociétés en nom collectif

9) Est-ce que l'assurance de la responsabilité des administrateurs est une assurance primaire ou excédentaire?

La police d'assurance de la responsabilité des administrateurs s'applique en excédent de toute assurance d'indemnisation de l'entreprise ou de toute autre assurance de base erreurs ou omissions.

Les dirigeants des sociétés faisant appel public à l'épargne, tant au Canada qu'aux États-Unis, doivent détenir une assurance de base, sinon, une sous-limite de couverture s'appliquera.

10) Qu'entend-on par « date limite de rétroactivité »?

« Date limite de rétroactivité », s'entend de la date à laquelle l'assurance est souscrite pour la première fois au profit de l' « assuré désigné » aux termes de la présente police ou des polices précédentes, pourvu qu'il n'y ait eu aucune interruption dans la continuité de la couverture.

11) Quelles sont les exclusions au titre de la police d'assurance de la responsabilité des administrateurs?

La police d'assurance ne couvre pas les réclamations découlant des circonstances suivantes :

- actes répréhensibles apparents commis à la date marquant ou précédant la date limite de rétroactivité ou la date à laquelle la couverture est souscrite pour la première fois pour tout administrateur
- acte ou omission frauduleux et délibérés, ou violation volontaire d'une loi ou d'un règlement
- préjudice corporel, anxiété ou angoisse, maladie ou décès d'une personne ou dommages ou destruction de biens corporels, y compris une perte de leur usage
- toute rémunération versée aux administrateurs sans l'approbation préalable des actionnaires

- profit résultant d'opération d'initiés relativement aux titres de l'entreprise
- amendes, pénalités ou dommages punitifs, à l'exception, occasionnellement, de certaines responsabilités statutaires
- déversement, libération ou échappement, ou allégation ou menace de déversement, de libération ou d'échappement, de polluants, y compris les frais de nettoyage et d'essai
- réclamations présentées par la société au conseil de laquelle l'administrateur siège, sauf les actions dérivées

12) Les actes préalable sont-ils couverts ?

La police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs est une police sur la base de réclamations présentées. Cela signifie que, dans des circonstances normales, la couverture d'assurance est déterminée selon la date à laquelle l'administrateur prend connaissance de la réclamation pour la première fois et la signale à l'assureur.

Toutefois, dans des cas très restreints, les actes répréhensibles antérieurs (par opposition aux réclamations) peuvent être couverts. Si un acte répréhensible antérieur a été commis relativement à un poste d'administrateur couvert alors que l'assuré n'avait aucune connaissance de l'acte répréhensible antérieur ou de toute réclamation antérieure et que l'acte répréhensible n'a pas été commis avant la date limite de rétroactivité de la police, la couverture peut être prolongée.

13) Si je quitte l'emploi d'un bureau d'avocats au cours de l'année d'assurance, suis-je couvert?

Si une « personne assurée » quitte l'emploi du bureau d'avocats, la couverture se prolongera jusqu'à la date d'expiration de la police seulement en ce qui concerne les actes répréhensibles commis avant son départ.

Si, lors du renouvellement suivant, une couverture est demandée pour cette personne au titre de la période de déclaration prolongée, la personne assurée ne sera alors couverte au titre de la période de déclaration prolongée que pour les actes répréhensibles commis avant son départ.

Selon les options « ensemble du groupe et groupe sélectionné », une « période de déclaration prolongée » type est également disponible. Au lieu de devoir désigner des personnes déterminées, une couverture pour tous les anciens « assurés désignés » est automatiquement incluse moyennant un pourcentage additionnel de 5 % de la prime totale.

14) Qu'advient-il en cas d'obtention de nouveaux postes d'administrateurs au cours de l'année d'assurance?

Selon l'option de couverture « ensemble du groupe », les nouveaux postes d'avocats et d'administrateurs externes admissibles obtenus avant la date de la proposition sont automatiquement couverts sans donner avis à l'assureur. Un avis doit être donné à l'assureur à la date de renouvellement suivante.

Au titre de l'option de couverture « groupe sélectionné », les avocats qui sont nouvellement membres de l'entreprise ainsi que les administrateurs externes doivent faire une demande de couverture auprès de l'assureur, laquelle doit être acceptée, avant que la couverture ne s'applique.

15) Qu'advient-il si des fonctions d'administrateur prennent fin au cours de l'année d'assurance?

Si des fonctions d'administrateur prennent fin au cours de la période d'assurance, la police continuera de couvrir l'« assuré désigné » jusqu'à la date d'expiration de la police et tout renouvellement de celle-ci, toutefois, la couverture ne sera procurée que relativement aux actes répréhensibles commis avant que les fonctions d'administrateur ne prennent fin.

16) Une franchise s'applique-t-elle?

Une franchise de 5 000 \$ s'applique à chaque sinistre. La franchise ne s'applique pas aux frais de défense.

VIII. COMMENT SOUMETTRE UNE PROPOSITION D'ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES ADMINISTRATEURS?

Pour des détails relativement à une proposition d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs, il suffit de communiquer avec votre courtier d'assurance ou directement avec le gestionnaire du programme à l'adresse ci-dessous :

Programme d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs

a/s Dion Durrell + Associés Inc.

Bureau 306

20, rue Queen Ouest

Toronto, ON

M5H 3R3

Téléphone : 416 408-5296

Télécopieur : 416 408-3721

Courriel : CBIA-ODI@dion-durrell.com

Vous trouverez ci-joint un spécimen de la proposition et du tableau 1 à titre d'annexe B.

IX. QUAND ET COMMENT DÉCLARER UNE RÉCLAMATION?

Si une réclamation est faite contre vous relativement à un acte répréhensible ou si des circonstances susceptibles de donner lieu à une réclamation sont portées à votre attention, vous devez immédiatement soumettre un avis écrit de la réclamation actuelle ou potentielle à l'assureur par l'entremise de votre courtier et/ou à l'assureur (a/s gestionnaire du programme) à l'adresse mentionnée ci-dessus. Votre avis écrit doit être soumis à l'attention de l'« administrateur des réclamations » à cette adresse.

Votre avis écrit doit comporter les détails suivants :

- Nom de l'avocat assuré
- Nom du bureau d'avocats

- Numéro de police
- Nom de l'entreprise où le poste d'administrateur est occupé
- Date à laquelle vous avez reçu l'avis de réclamation ou la date à laquelle la possibilité d'une réclamation a été portée à votre attention
- Nature de la réclamation
- Brève description des circonstances donnant lieu à la réclamation ou à la réclamation potentielle
- Toute correspondance, tout avis et tout acte de procédure donnant lieu à la réclamation doivent être joints à l'avis.

En cas de doute quant à la déclaration d'une réclamation à l'assureur, vous devez agir avec prudence et fournir un avis de réclamation écrit à votre courtier et/ou à l'assureur.

Si vous n'êtes pas sûr si une réclamation relève de votre assurance de la responsabilité professionnelle des avocats/erreurs et omission ou de la police d'assurance de la responsabilité civile des administrateurs, vous devez faire preuve de prudence et soumettre un avis de réclamation écrit aux deux assureurs.

N'oubliez pas que tout retard quant à la déclaration d'un sinistre à vos assureurs (responsabilité civile des administrateurs ou autre) est susceptible de compromettre votre couverture d'assurance en vertu de ces polices.

Si une réponse immédiate de l'assureur est nécessaire (par exemple si une demande introductive d'instance vous a été remise en votre capacité d'administrateur et que le demandeur exige qu'un exposé de la défense soit présenté dans les plus brefs délais), assurez-vous de soumettre votre avis écrit, par télécopieur ou par messagerie, à votre courtier et/ou à l'assureur et d'indiquer distinctement sur la feuille couverture de la télécopie ou sur la lettre qu'il s'agit d'une urgence qui demande une attention immédiate.

Tous les renseignements fournis à l'assureur seront traités dans la plus stricte confidentialité.

X. QUELLES SONT LES MESURES PRISES EN CAS DE RÉCLAMATION?

Si vous déclarez une réclamation ou une réclamation potentielle à l'assureur, plusieurs mesures peuvent être prises par celui-ci. Vous trouverez ci-dessous un guide illustrant les étapes que l'assureur est susceptible de prendre, selon la nature et les circonstances de la réclamation déclarée.

- L'assureur examinera immédiatement la réclamation pour déterminer si elle doit faire l'objet d'une enquête ou s'il s'agit d'une réclamation potentielle ou d'un incident pouvant être simplement contrôlés.
- L'assureur vous soumettra, à vous ou à votre courtier d'assurance, une confirmation écrite indiquant qu'il a reçu un avis écrit de votre réclamation en général dans les sept (7) jours suivant sa réception, sauf s'il s'agit d'une urgence qui nécessitera une réponse immédiate.
- Si la réclamation doit faire l'objet d'une enquête, un expert communiquera avec vous, par téléphone ou par écrit, en général dans les quatorze (14) jours suivant la réception de l'avis par l'assureur. L'expert vous informera qu'il agit en qualité de représentant de

l'assureur et vous posera des questions afin d'obtenir les détails qui lui permettront d'évaluer la réclamation. Il peut également vous demander de la documentation afférente à la réclamation. Ces renseignements permettront à l'expert de faire un rapport à l'assureur et de faire des recommandations quant au traitement de toute réclamation future.

- S'il existe un litige relativement à la couverture, l'assureur, l'expert ou le conseiller juridique en matière de couverture de l'assureur, vous avisera promptement de la nature du litige portant sur la couverture. En cas de litige concernant la couverture, vous voudrez sans doute retenir les services de votre propre conseiller juridique afin de protéger vos propres intérêts.
- En cas de poursuite contre vous pour un acte répréhensible, sous réserve de l'existence d'une indemnisation valable par l'entreprise ou d'une assurance de base erreurs ou omissions en vigueur, l'assureur peut désigner un avocat de la défense en votre nom.
- Vous avez une obligation de collaborer avec l'assureur, laquelle consiste notamment à faciliter l'enquête de l'assureur, à comparaître aux audiences et aux procès, à vous procurer des preuves à l'appui et à les soumettre, à obtenir la présence des témoins et à aider les efforts de règlement (règlement extrajudiciaire de différends, etc.).
- L'assureur se réserve le droit de choisir l'avocat de la défense, de prescrire la défense et de régler les réclamations, le cas échéant.
- Si l'assureur effectue un paiement, l'assureur est subrogé dans vos droits de recouvrement.

XI. SOMMAIRE

À l'entrée du 21^e siècle, les juristes font face à de nombreux défis – spécialistes, cabinets d'experts-comptables et techniciens juridiques empiétant sur des secteurs traditionnels du droit, une réglementation de plus en plus rigide à l'égard de la profession, les retombées des scandales d'entreprises, comme Enron et WorldCom, un accroissement des actes terroristes partout dans le monde, la prolifération des actions collectives, la loi Sarbanes-Oxley aux États-Unis et le projet de loi 198 en Ontario. La liste est longue. Les juristes doivent se tenir au courant des procédés qu'ils doivent mettre au point pour s'adapter à ces changements. La situation à laquelle est exposé un juriste occupant le poste d'administrateur, qu'il siège au sein du conseil d'une entreprise Fortune 500 ou d'un organisme sans but lucratif, est bien plus différente maintenant que celle d'il y a à peine cinq ans. Les administrateurs font face à des exigences plus élevées de la part des actionnaires d'entreprise, des tribunaux et des organismes de réglementation. Comme il a déjà été discuté plus haut, on peut soutenir que l'on s'attend à un niveau de vigilance plus élevé d'un juriste qui occupe les fonctions d'administrateur, en raison de son expérience et de ses compétences, surtout si ses relations d'affaires avec l'entreprise sont distinctes. L'opinion longtemps soutenue que les administrateurs ne sont pas responsables des délits ou des violations des contrats des entreprises où ils occupent des postes, ou que les administrateurs n'ont pas d'obligations fiduciaires à l'égard des créanciers des entreprises, est remise en question.

En bref, ce manuel fournit trois suggestions générales à un juriste qui examine la possibilité de siéger au sein d'un conseil ou qui est déjà membre d'un conseil.

Premièrement, les juristes qui songent à accepter un poste d'administrateur devraient se poser, à tout le moins, les questions suivantes :

- √ Jusqu'à quel point suis-je au courant de cette entreprise?
- √ Quels sont les motifs qui me poussent à faire partie de ce conseil – motifs d'affaires ou personnels, services communautaires, etc.?
- √ Est-ce que je serai en mesure de consacrer mon temps et mon énergie afin de m'assurer d'agir avec diligence dans ce rôle?
- √ Est-ce que je comprend les risques et les responsabilités liés au poste d'administrateur?

Après que l'on se soit posé ces questions et que l'on ait fait un choix, les deux suggestions suivantes doivent être considérées.

Deuxièmement, les juristes qui exercent les fonctions d'administrateurs ou qui songent à accepter un poste d'administrateur devraient procéder comme suit :

- √ Négocier un contrat d'indemnisation avec l'entreprise
- √ Négocier la souscription d'une assurance erreurs et omissions par l'entreprise
- √ S'il s'agit d'une société privée, négocier une indemnisation dans le cadre d'une convention unanime des actionnaires
- √ Souscrire séparément une assurance de la responsabilité civile des administrateurs auprès de l'AABC à titre individuel ou par l'entreprise d'un bureau d'avocats

Troisièmement, les juristes devraient regarder au-delà de la protection externe susceptible d'être mise en place et considérer ce qu'ils peuvent faire d'un point de vue personnel pour mettre en oeuvre les « meilleures pratiques » en vue de prévenir les sinistres à titre personnel.

- √ Examiner le milieu des affaires et de la réglementation dans lequel l'entreprise opère
- √ Examiner le droit commun et les fonctions statutaires imposés aux administrateurs
- √ Étudier les « meilleures pratiques » (voir plus haut) et, si elles conviennent, les mettre en oeuvre au niveau du conseil, sinon, à un niveau personnel

Ne faites pas erreur, bien que les risques d'occuper des fonctions d'administrateur soient immenses, les avantages (tant personnels que professionnels) méritent pleinement les efforts. Les juristes ont exercé des fonctions d'importance et continueront de le faire, que ce soit à titre de conseillers juridiques auprès de sociétés à but lucratif et non lucratif et/ou à titre d'administrateurs externes. Les juristes peuvent ajouter de la valeur non seulement en partageant leurs expérience professionnelle, leur sagesse et leur vision, mais également en initiant les entreprises et leurs administrateurs à la prévention des sinistres.