
**La protection des administrateurs de compagnies :
l'indemnisation statutaire et les mesures complémentaires
de protection**

L. Héléne Richard*

Cet article examine les régimes statutaires d'indemnisation des administrateurs de compagnie poursuivis en justice. Dans un premier temps, l'auteure analyse les modalités et conditions énoncées tant par la *Loi sur les compagnies* que par la *Loi sur les sociétés par actions*, et expose les points saillants et les défaillances de ces régimes. Dans un deuxième temps, l'auteure étudie l'indemnisation additionnelle par voie conventionnelle ou par règlement corporatif interne. Dans la troisième partie, l'auteure décrit brièvement le rôle que peut jouer l'assurance dans la perspective d'une protection élargie pour les administrateurs, et la nature des contrats types d'assurance.

This article examines the statutory indemnification regimes in place for company directors involved in a law suit. In section 1, the author analyzes the modalities and conditions set out in the Quebec *Companies Act* as well as in the *Canada Business Corporations Act*, and highlights the strengths and weaknesses of these regimes. In section 2, she presents a study of supplemental indemnification by way of a contractual agreement or of a corporate by-law. In the last section, the author briefly describes the role that can be played by insurance in the perspective of an enlarged protection for directors, as well as the nature of standard insurance contracts in this area.

*L'auteure est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Elle remercie Albert Bohémier et Pierre P. Côté pour leurs commentaires relatifs à une version antérieure de ce texte.

Sommaire

Introduction

Section 1 — Les régimes statutaires d'indemnisation

- A. *La partie I de la Loi sur les compagnies*
- B. *La partie IA de la Loi sur les compagnies*
 - 1. Poursuite d'un tiers
 - i) *Poursuite civile*
 - ii) *Poursuite pénale ou criminelle*
 - iii) *Enquête administrative*
 - 2. Poursuite de la compagnie
- C. *La Loi sur les sociétés par actions***
 - 1. Poursuite d'un tiers
 - i) *Poursuite civile*
 - ii) *Poursuite pénale*
 - iii) *Enquête administrative*
 - 2. Poursuite de la société
 - 3. Indemnisation judiciaire

Section 2 — L'indemnisation additionnelle des administrateurs par voie conventionnelle ou par règlement corporatif interne

- A. *La légalité de l'indemnisation additionnelle*
- B. *Une protection maximale : la convention ou le règlement corporatif interne ?*
- C. *L'effet juridique et la portée de l'indemnisation additionnelle*

Section 3 — La protection complémentaire des administrateurs par l'assurance

- A. *Le rôle de l'assurance*
- B. *La convention type d'assurance*

Conclusion

* * *

**Depuis la révision des lois fédérales, entrée en vigueur le 12 décembre 1988, la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) c. C-44 remplace l'ancienne *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33. Au cours de cette révision, la numérotation des articles a été substantiellement modifiée. Afin de faciliter la correspondance entre les anciens et les nouveaux textes, l'auteur a cru bon d'indiquer, chaque fois que cela était utile, les anciens numéros d'articles entre parenthèses.

Introduction

Les administrateurs, chargés de la gestion des corporations¹, sont de plus en plus exposés au risque qu'une poursuite en responsabilité soit dirigée contre eux. En effet, outre les fondements traditionnels — contractuels et délictuels — de responsabilité, on assiste à une prolifération des devoirs statutaires imposés aux administrateurs constituant autant de sources diverses de responsabilité. De fait, la responsabilité d'un administrateur peut survenir dans des circonstances parfois inattendues². L'administrateur peut même être trouvé responsable après avoir pris toutes les précautions dignes d'une gestion honnête et raisonnable³.

L'appréhension de s'exposer à des risques disproportionnés de poursuites, ressentie par certains candidats de qualité, pourrait entraîner de nombreux refus à occuper des postes d'administration, et pourrait même éventuellement provoquer une situation de pénurie d'administrateurs compétents à la tête des corporations⁴.

Cette situation, déjà à l'état de crise aux États-Unis⁵, incite les corporations à rechercher des moyens qui, sans mettre les administrateurs à l'abri de leur res-

¹*Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 83 et 91 ; *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 102 (ancien art. 96 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.R. 1974-75-76, c. 33). Les abréviations *L.C.Q.*, *L.S.A.* et *L.S.C.C.* utilisées dans ce texte désigneront respectivement la *Loi sur les compagnies*, la *Loi sur les sociétés par actions* et l'ancienne *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.

²Ce pourrait être le cas de l'administrateur d'une société fédérale absent lors d'une réunion du conseil d'administration au cours de laquelle des décisions importantes et lourdes de conséquences ont été prises. Dans l'hypothèse où cet administrateur n'a pas enregistré sa dissidence conformément à l'article 123(3) *L.S.A.* (ancien art. 118(3) *L.S.C.C.*, *ibid.*), il est réputé avoir acquiescé aux résolutions adoptées pendant cette réunion. Il pourrait ainsi faire l'objet d'une poursuite relative aux décisions prises, hors sa présence, lors de la réunion.

³Citons, à titre d'exemple, le cas de la responsabilité des administrateurs pour salaires impayés, art. 96 *L.C.Q.* et art. 119 *L.S.A.* (ancien art. 114 *L.S.C.C.*), *supra*, note 1.

⁴J. Smith, *La partie IA de la Loi sur les compagnies.— Les commentaires*, vol. 3, Montréal, C.E.J., 1981 à la p. 293.

⁵Il n'est pas rare, semble-t-il, de voir certains administrateurs de corporations américaines démissionner de leur poste, faute de protection adéquate. Voir l'exemple cité dans M. Brown et J. Hinsey, « Directors' and Officers' Indemnification and Insurance » (1986) 18 *Inst. Sec. Reg.* 179 à la p. 186.

ponsabilité⁶, offrent une protection contre les conséquences pécuniaires importantes qui pourraient découler d'une poursuite intentée contre eux⁷.

D'une façon générale, on considère deux voies de protection : l'indemnisation des administrateurs par la corporation et l'adhésion à un programme d'assurance.

L'étude de l'indemnisation corporative des administrateurs comporte de nombreux aspects. Les deux premières parties de ce texte y seront consacrées. Une description des régimes statutaires d'indemnisation, au niveau provincial et fédéral, permettra d'abord de dégager la portée et les limites des droits des administrateurs, tels que spécifiquement circonscrits par la loi.

Il n'est pas inutile d'exposer ici le contexte théorique dans lequel certaines discussions ultérieures prendront place. Rappelons d'abord que l'administrateur assume la fonction principale de gérer les biens d'autrui, soit le patrimoine de la corporation. Dans le cadre de ses fonctions, l'administrateur pose des gestes et prend des décisions susceptibles d'être à l'origine de poursuites le visant personnellement, alors qu'il agit non pas pour lui-même mais pour l'entité corporative. Dans cette perspective, on estime justifié le principe selon lequel la corporation, à qui profite les services de l'administrateur, indemnise celui qui agit en son nom, de bonne foi et aux meilleurs de ses intérêts. Mais, au-delà de ce postulat, on peut s'interroger sur l'étendue des règles d'indemnisation en fonction de divers scénarios possibles.

Prenons l'hypothèse de la poursuite en responsabilité civile initiée par un tiers. Il semble tout à fait raisonnable qu'un administrateur, qui réussit à faire rejeter l'action, soit remboursé des frais encourus pour sa défense. Quelle solution doit prévaloir si, toutefois, l'administrateur perd et est condamné à verser des dommages et intérêts au demandeur ? Doit-on tout de même l'indemniser de ses frais de défense ? Et qu'en est-il du montant de la condamnation lui-même ? En l'absence de faute lourde ou de manquement au devoir d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie, l'indemnisation peut paraître souhaitable. Mais alors doit-elle être obligatoire ou facultative pour la corporation ? Outre

⁶Il faut mentionner qu'aux États-Unis, les problèmes causés par la croissance des litiges dirigés contre les administrateurs ont amené certains états à légiférer pour limiter la responsabilité des administrateurs. Voir la loi corporative de l'État du Delaware, Del. Code Ann. tit. 8, art. 102(b)(7), commenté dans E.N. Veasey, J.A. Finkelstein et C.S. Bigler, « Delaware Supports Directors with a Three-Legged Stool of Limited Liability, Indemnification, and Insurance » (1987) 42 Bus. Law 399 aux pp. 401-04 [ci-après Veasey] ; R.P. McKinney, « Protecting Corporate Directors and Officers : Indemnification » (1987) 40 Vand. L. Rev. 737 aux pp. 758-60 ; B.L. Ross, « Protecting Corporate Directors and Officers : Insurance and Other Alternatives » (1987) 40 Vand. L. Rev. 775 à la p. 803 ; R.E. Mallen et D.W. Evans, « Surviving The Directors' and Officers' Liability Crisis : Insurance and the Alternatives » (1987) 12 Del. J. Corp. L. 439 aux pp. 459-62 ; Brown et Hinsey, *ibid.* aux pp. 196-98.

⁷Notons que la présente étude s'adresse également aux officiers d'une corporation.

l'exonération ou la condamnation de l'administrateur, il faut également se pencher sur les deux autres issues possibles d'un procès, le succès partiel de l'action et le règlement hors cour, pour lesquelles il peut être délicat de faire le choix d'une norme unique en raison du fait que le comportement fautif de l'administrateur est, dans de tels cas, plus difficile à évaluer.

Par ailleurs, si la poursuite est de nature criminelle ou pénale, le traitement de l'administrateur doit-il être différent ? Il apparaît évident qu'un administrateur ayant commis un vol ou une fraude ne devrait pas bénéficier d'un régime d'indemnisation trop favorable. Cependant, devant la variété et la complexité de la réglementation actuelle touchant les matières pénales, ne serait-on pas justifié d'apporter certaines nuances à une prohibition absolue de toute indemnisation ?

Il faut de plus considérer l'hypothèse de la poursuite initiée par la corporation elle-même ou en son nom (l'action dérivée). Le contexte particulier d'une telle action, où ce que l'on recherche c'est la réparation par l'administrateur d'un tort qu'il aurait causé à la compagnie, commande sans doute des règles d'indemnisation propres.

La première partie de ce texte, portant sur les régimes statutaires d'indemnisation, reflétera la démarche ci-haut exposée, laquelle démontre la nécessité de faire certaines distinctions selon la nature de la poursuite et le sort du litige.

Dans le cadre de la deuxième partie, nous nous interrogerons sur la possibilité de recourir à des moyens additionnels d'indemnisation, soit par règlement corporatif interne soit par convention entre la compagnie et l'administrateur. Trois aspects de la question seront alors examinés : la légalité des moyens d'indemnisation additionnelle, la comparaison des deux formes juridiques d'indemnisation additionnelle et, finalement, les effets juridiques de ces moyens de protection.

S'il y a carence de littérature juridique québécoise sur l'indemnisation des administrateurs, la doctrine américaine, qui s'est fréquemment penchée sur ce sujet, ne manque pas d'intérêt. Il est utile de noter que la réflexion et les préoccupations qui ont alimenté les commentaires de nombreux auteurs, quoique émanant de textes législatifs différents des nôtres, demeurent pertinentes dans le contexte des corporations québécoises et fédérales.

En effet, nous avons pu constater que les questions fondamentales qui se posent en matière d'indemnisation sont essentiellement les mêmes bien que les solutions choisies par les législateurs américain, canadien et québécois aient pu différer⁸.

⁸D'ailleurs, rappelons que les rédacteurs de la loi fédérale se sont largement inspirés de modèles législatifs américains et que, pour sa part, la partie IA de la loi québécoise poursuit un but semblable à la loi fédérale. Ainsi, bien que les textes diffèrent, on ne peut nier l'influence américaine.

C'est pourquoi nous nous permettrons de faire, occasionnellement, certains rapprochements entre la loi corporative de l'État du Delaware, choisie pour sa représentativité de la législation américaine dans le domaine⁹ et les lois fédérale et québécoise.

Quant à la protection des administrateurs par voie d'assurance, son étude fera l'objet d'une troisième partie du texte. Nous l'envisagerons comme un moyen de protection complémentaire à l'indemnisation. L'assurance sera donc décrite comme une mesure qui supplée essentiellement les déficiences des régimes statutaires et des moyens additionnels d'indemnisation. Dans cette perspective stricte, nous nous limiterons à quelques commentaires relatifs aux risques assurés et aux exclusions apparaissant habituellement aux contrats types d'assurance, laissant de côté tous les aspects techniques tels franchise, montant de la couverture et avis qui relèvent du droit des assurances.

En terminant, mentionnons que la corporation, placée devant diverses possibilités en vue d'offrir une protection adéquate à ses administrateurs, devra, avant d'adopter la solution qui lui semble la plus appropriée, concilier deux aspects fondamentaux : protéger suffisamment les dirigeants afin de stimuler les tempéraments dynamiques à entreprendre, sans crainte démesurée, des initiatives qu'ils estiment profitables pour la compagnie, sans par contre verser dans l'excès susceptible d'encourager les comportements négligents et la transgression de devoirs envers la corporation. L'élaboration d'un plan équilibré de protection doit viser la pondération entre la protection des droits des administrateurs, d'une part, et la protection des intérêts de la corporation et des droits des actionnaires, d'autre part¹⁰.

Section 1 — Les régimes statutaires d'indemnisation

Les lois corporatives, aussi bien fédérale que québécoise, contiennent des dispositions relatives à l'indemnisation des administrateurs¹¹. Cette protection statutaire mérite d'être analysée attentivement de sorte qu'on puisse clairement identifier ses lacunes et, conséquemment, mettre en évidence le champ d'application de l'indemnisation additionnelle. Nous avons choisi d'étudier, tour à tour, sous des rubriques séparées, le régime d'indemnisation de la partie I et de la partie IA de la loi québécoise, et le régime de la loi fédérale afin de faciliter le repérage de l'ensemble des règles d'indemnisation propres à une même loi.

⁹Voir D.A. Oesterle, « Limits on a Corporation's Protection of its Directors and Officers from Personal Liability » (1983) Wis. L. Rev. 513 aux pp. 536 et 548-50 ; McKinney, *supra*, note 6 à la p. 738.

¹⁰Oesterle, *ibid.* à la p. 514 ; Altro, *infra*, note 12 à la p. 263 ; D.J. Block, N.J. Barton et S.A. Radin, « Indemnification and Insurance of Corporate Officials » (1985) 13 Sec. Reg. L.J. 239 à la p. 240 [ci-après Block].

¹¹*L.C.Q.*, art. 90 (partie I), art. 123.87 et 123.88 (partie IA) ; *L.S.A.*, art. 124 (ancienne *L.S.C.C.*, art. 119), *supra*, note 1.

A. La partie I de la Loi sur les compagnies¹²

Des trois régimes d'indemnisation que nous exposerons dans le présent texte, le régime de la partie I de la *Loi sur les compagnies*¹³ s'avère certainement être celui qui offre la protection la moins satisfaisante pour les administrateurs¹⁴ en raison du caractère vague et imprécis du libellé de l'article 90 :

Tout administrateur peut, avec le consentement de la compagnie donné en assemblée générale, être indemnisé et remboursé, par la compagnie, des frais et dépenses qu'il fait au cours ou à l'occasion d'une action, poursuite ou procédure intentée ou exercée contre lui, à raison d'actes, de choses ou faits accomplis ou permis par lui dans l'exercice et pour l'exécution de ses fonctions ; et aussi de tous autres frais et dépenses qu'il fait au cours ou à l'occasion des affaires relevant de sa charge, excepté ceux résultant de sa faute.

Il faut avant tout souligner que cette disposition est la seule qui subordonne systématiquement toute demande d'indemnisation au « consentement de la compagnie donné en assemblée générale ». Il va sans dire que l'administrateur d'une compagnie régie par la partie I de la loi québécoise ne peut prétendre détenir un droit à l'indemnisation. L'article 90 présente plutôt l'indemnisation des administrateurs comme une faculté de la corporation qui s'exerce à la réalisation d'une condition à la fois essentielle et inhabituelle : l'approbation par les actionnaires de la compagnie réunis en assemblée générale¹⁵. Les auteurs qui ont commenté cette disposition estiment injustifié le fait que l'indemnisation soit assujettie à une telle condition parce qu'elle est contraire aux règles générales du Code civil relatives à l'indemnisation du mandataire¹⁶.

Outre cet aspect singulier, notons que la généralité des termes utilisés à l'article 90 semble causer ici plus d'inconvénients que d'avantages. L'administrateur se trouve devant une réelle incertitude quant à l'étendue, et surtout quant à la limite, de ses droits. En effet, contrairement à la démarche législative généralement suivie et que nous évoquons plus tôt dans l'introduc-

¹²Voir sur le sujet l'étude détaillée de D.A. Altro, « Must the Company Indemnify the Director for Expenses Arising Out of Legal Actions Incurred by Him ? A Look at a Growing Phenomenon » (1980) 40 R. du B. 241 ; également J.I.S. Nicholl, « Directors' and Officers' Liability Insurance » dans L. Sarna, dir., *Corporate Structure, Finance and Operations*, vol. 4, Toronto, Carswell, 1986 aux pp. 15-16.

¹³*Supra*, note 1.

¹⁴Smith, *supra*, note 4 à la p. 293.

¹⁵Voir Altro, *supra*, note 12 aux pp. 244-46 ; également J. Smith, *Corporate Executives in Quebec*, Montréal, C.E.J., 1978 à la p. 220.

¹⁶Rappelons qu'au Québec, l'administrateur de compagnie a traditionnellement été considéré comme un mandataire de sorte que les règles du mandat sont pertinentes pour l'interprétation de ses droits et obligations. En matière d'indemnisation, on compare le droit corporatif statutaire notamment avec l'article 1722 C.c.B.-C. Voir Altro, *supra*, note 12 à la p. 244 citant un passage de Smith tiré de *Corporate Executives in Quebec*, *supra*, note 15 à la p. 221.

tion¹⁷, l'article 90 n'opère pas de distinction entre la poursuite d'un tiers et celle intentée au nom de la compagnie. De même, on ne trouve dans le texte aucune référence aux diverses issues d'une poursuite telles l'exonération, la condamnation, le succès partiel ou le règlement hors cour. Pourtant, ces considérations peuvent justifier, et sont de fait fréquemment à l'origine, de diverses modulations des règles d'indemnisation.

Certaines précisions seraient sans doute utiles, sinon nécessaires, notamment pour connaître l'étendue des dépenses couvertes par le régime de l'article 90. À titre d'exemple, dans l'état actuel du droit, il est difficile de savoir si les sommes qu'un administrateur est condamné à verser à un tiers peuvent être remboursées par la compagnie¹⁸. Qu'en serait-il du montant déboursé suite à un règlement hors cour¹⁹? Les mêmes interrogations demeurent sans réponse dans l'hypothèse de l'action dérivée avec la difficulté supplémentaire que dans un tel cas les dommages et intérêts sont destinés à la compagnie elle-même²⁰. Doit-elle les restituer à l'administrateur sous forme d'indemnisation? En raison du silence de la loi, l'ambiguïté existe également dans le cadre de poursuites de nature criminelle ou pénale : le libellé de l'article 90 sous-entend-il nécessairement la prohibition du remboursement par la corporation des amendes imposées à l'administrateur²¹? Enfin, soulignons une autre imprécision : le déboursement d'avances est-il possible? Rien dans la loi ne l'interdit expressément. Cependant, en l'absence d'un texte clair, l'administrateur est-il autorisé à le demander²²?

On constate qu'un texte comportant autant d'aspects incomplets et incertains offre des garanties d'indemnisation bien peu satisfaisantes aux yeux d'une personne sollicitée à occuper un poste au sein du conseil d'administration d'une compagnie partie I. Notre propos n'est pas de dégager l'interprétation qui, selon nous, devrait être retenue par un tribunal, d'autant plus que ce ne serait là qu'hypothèses et spéculation. D'ailleurs dans la perspective de prévention où nous nous plaçons, l'exercice serait trop aléatoire. Nous préférons nous attarder aux solutions offrant une meilleure garantie de protection contre toute cette ambiguïté. Nous songeons à des solutions telles que le règlement corporatif interne

¹⁷Voir ci-dessus, Introduction.

¹⁸Selon Altro, l'article 90 ne permet pas l'indemnisation du montant d'une condamnation en raison de l'exclusion apparaissant à la fin de l'article « [...] excepté ceux résultant de sa faute. » Voir *supra*, note 12 à la p. 248. Nous ne sommes pas convaincue que ce soit là la seule interprétation possible compte tenu du sens que le juge Crête prête, dans l'arrêt *Crochetière c. Frappier*, [1975] C.A. 433, au mot « faute » apparaissant à l'article 1725 C.c.B.-C. et que l'on peut, par analogie, appliquer à l'article 90 L.C.Q., *supra*, note 1.

¹⁹Voir les commentaires d'Altro, *ibid.* aux pp. 248-49.

²⁰Voir Altro, *ibid.* aux pp. 250-52 et 255 n. 33.

²¹*Ibid.* aux pp. 252-55.

²²*Ibid.* à la p. 257.

ou le contrat entre la compagnie et l'administrateur, efficaces pour élucider les points obscurs et combler les lacunes du régime d'indemnisation statutaire²³.

B. La partie IA de la Loi sur les compagnies

Dans la partie IA, le régime statutaire d'indemnisation est établi par deux articles de loi. Ces deux articles reproduisent les distinctions classiques évoquées plus tôt : le premier s'intéresse à la poursuite d'un tiers²⁴ et le second à la poursuite au nom de la compagnie²⁵. Nous avons choisi de respecter cette structure législative dans notre plan de façon à mettre en évidence les différences entre les deux types de poursuites, lesquelles portent essentiellement sur l'étendue et la nature des dépenses couvertes dans chaque cas²⁶.

1. Poursuite d'un tiers

L'article 123.87 édicte le régime d'indemnisation dans l'hypothèse où un administrateur est poursuivi par un tiers, c'est-à-dire dans tous les cas où ce n'est pas la compagnie elle-même ou une personne en son nom qui intente l'action. À ce chapitre, il faut aborder l'indemnisation sous trois aspects : la poursuite civile, la poursuite criminelle ou pénale et l'enquête de nature administrative²⁷.

i) Poursuite civile

Aux termes du premier alinéa de l'article 123.87, la compagnie doit assumer la défense d'un administrateur poursuivi par un tiers et doit supporter, le cas échéant, les conséquences financières de l'acte reproché, sauf s'il s'agit d'une faute lourde ou d'une faute séparable des fonctions de l'administrateur²⁸.

Une première observation s'impose : les termes impératifs de l'article 123.87 ont pour effet de dicter aux corporations régies par la partie IA une obligation d'indemniser l'administrateur²⁹ et ce, contrairement au régime élaboré

²³Si toutefois la technique est légale. Nous réservons l'étude de cette question pour la deuxième partie du texte.

²⁴*L.C.Q.*, *supra*, note 1, art. 123.87.

²⁵*L.C.Q.*, *ibid.*, art. 123.88.

²⁶Voir Nicholl, *supra*, note 12 aux pp. 16-17.

²⁷Par cette expression, nous entendons référer par exemple à une enquête menée par la Commission des valeurs mobilières en vertu de l'article 239 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.

²⁸Pour une étude des circonstances dans lesquelles un administrateur peut être trouvé responsable personnellement d'un acte commis dans l'exercice de ses fonctions et des conditions d'application de l'article 123.87 *L.C.Q.*, voir L.H. Richard, « Le devoir d'indemnisation de la compagnie québécoise : réflexions sur la responsabilité personnelle du mandataire » (1988) 48 R. du B. 785.

²⁹Smith, *supra*, note 4 à la p. 293 ; M. et P. Martel, *La compagnie au Québec — Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel, 1989 à la p. 481 [ci-après Martel].

dans la partie I qui laisse l'indemnisation des administrateurs à l'entière discrétion de la compagnie. Ainsi, la partie IA offre une meilleure protection à ses administrateurs puisqu'elle rend l'indemnisation obligatoire. Cette fois, l'administrateur peut véritablement prétendre détenir un droit à l'indemnisation, droit exécutoire devant les tribunaux en cas de refus de la corporation de se conformer à l'article 123.87³⁰.

Le droit américain connaît une distinction semblable entre deux types d'indemnisation : « mandatory indemnification » et « permissive indemnification ». Cette distinction repose sur le caractère exécutoire de l'indemnisation dite « mandatory », inexistant pour l'indemnisation dite « permissive »³¹. Il va sans dire que l'indemnisation obligatoire représente une garantie supérieure et constitue donc un réel avantage pour l'administrateur.

Il est intéressant de signaler que les autres lois corporatives étudiées³² comportent généralement, en regard de l'indemnisation des administrateurs, deux parties, soit à la fois une partie obligatoire et une partie facultative. Leurs champs d'application respectifs dépendent alors du sort des litiges : l'indemnisation sera habituellement obligatoire lorsque l'administrateur obtient gain de cause³³ et facultative dans les autres cas. L'article 123.87 de la loi québécoise a ceci de particulier que l'indemnisation qui y est édictée constitue un régime unique, obligatoire, sans égard au sort des litiges. Sous réserve d'une faute lourde ou d'une faute séparable des fonctions, on peut donc affirmer que l'indemnisation doit être versée par la corporation dans tous les cas de poursuites civiles intentées par un tiers, peu importe que l'administrateur soit exonéré ou condamné³⁴, en totalité ou en partie³⁵.

³⁰Smith, *ibid.* à la p. 294.

³¹McKinney, *supra*, note 6 à la p. 738 :

Indemnification statutes typically contain two distinct parts, a mandatory part and a permissive part. The mandatory part creates an enforceable *right* [...] In contrast, the permissive part grants the corporation an *option* to indemnify its directors and officers.

Voir également Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 406-07.

³²Principalement celle de l'État du Delaware, *supra*, note 6, et la *Loi sur les sociétés par actions*, *supra*, note 1.

³³Dans la législation américaine, on rencontre certaines variantes selon qu'il s'agit d'un succès partiel ou total, ou encore s'il a été obtenu suite à la présentation d'une défense technique (ex. prescription) ou d'une défense au mérite. Voir McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 740-41 ; Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 406-07 ; Oesterle, *supra*, note 9 aux pp. 546-48 ; Block, *supra*, note 10 aux pp. 241-42 ; J.E. Irenas et T. Moskowitz, « Indemnification of Corporate Officers, Agents and Directors : Statutory Mandates and Policy Limitations » (1984) 7 *Seton Hall Legis. J.* 117 à la p. 118.

³⁴Puisque le législateur n'accorde aucune importance à l'issue du procès, nous n'avons présumément pas à nous préoccuper de la nature de la défense, procédurale ou au mérite, qui permettrait à l'administrateur d'être tenu indemne par le tribunal du paiement de dommages et intérêts.

³⁵En effet, dans la mesure où le législateur impose à la compagnie l'obligation d'indemniser l'administrateur condamné, à plus forte raison croyons-nous pouvoir conclure que la compagnie doit assumer son obligation d'indemnisation en cas de succès partiel de l'action.

Peut-on conclure dans le même sens en cas de règlement hors cour ? Le législateur n'envisage pas spécifiquement cette hypothèse. La généralité des termes de l'article 123.87 et le principe selon lequel un règlement hors cour ne doit pas être interprété comme un aveu de responsabilité — ce qui pourrait alors gêner l'ordre public — nous portent à croire que le législateur n'avait pas l'intention de libérer la corporation de son devoir d'indemniser dans un tel cas³⁶.

Quant à la nature des dépenses couvertes par ce régime d'indemnisation, il faut s'interroger sur le sens des mots « assume la défense » et « paie, le cas échéant, les dommages-intérêts ». Cette dernière expression ne pose pas véritablement de problème. Elle entend certainement couvrir le montant d'une condamnation prononcée par jugement de même que le montant fixé par entente hors cour. Par ailleurs, l'expression « assume la défense » est plus ambiguë. Elle couvre assurément les frais judiciaires. Mais comprend-elle au surplus le paiement des honoraires d'avocat et permet-elle le déboursement d'avances pour la préparation de la défense de l'administrateur poursuivi ? Nous partageons l'avis exprimé par Me Smith lorsqu'il écrit :

L'expression « assumer sa défense » est assez large pour couvrir tous les frais et dépenses encourus à l'occasion d'une poursuite d'un tiers y compris le paiement d'honoraires d'avocats et le déboursement d'avances.³⁷

Le sens des mots « assumer la défense » semble impliquer que la compagnie doit contribuer à la défense de l'administrateur lors même que le résultat du litige est inconnu³⁸. L'administrateur ayant bénéficié d'avances devra toutefois en rembourser le montant à la corporation s'il advenait que le tribunal lui impute une faute lourde ou une faute séparable de ses fonctions³⁹.

En matière de poursuite pénale ou criminelle, le régime d'indemnisation tient compte cette fois du sort du procès.

ii) Poursuite pénale ou criminelle

Le régime d'indemnisation édicté au deuxième alinéa de l'article 123.87, qui concerne spécifiquement les poursuites pénales et criminelles, est plus circonscrit que celui décrit à l'alinéa précédent. Le devoir d'indemnisation de la corporation se limite à deux situations précises : lorsque l'administrateur est libéré ou acquitté, ou encore lorsque l'administrateur avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi.

³⁶Smith, *supra*, note 4 à la p. 294.

³⁷*Ibid.* à la page 294 n. 62.

³⁸Il y a lieu de faire le rapprochement entre l'expression « assume la défense » et la garantie formelle de l'article 220 *C.p.c.* Dans une telle perspective, l'interprétation proposée ci-haut est conforme au contexte de l'article 220 qui stipule que le tiers (en l'occurrence, la corporation) prend fait et cause pour le garanti (l'administrateur).

³⁹Smith, *supra*, note 4 à la p. 294.

De ces deux cas, celui de l'administrateur libéré ou acquitté ne pose pas de grande difficulté. La corporation assume alors uniquement — comme il ne serait être question d'amende dans ce contexte — les frais judiciaires s'il en est, et les honoraires d'avocat. Il subsiste toutefois une question. Si l'on compare les textes du premier et du deuxième alinéa, on remarque un changement terminologique : « assume la *défense* » et « assume les *dépenses* ». Ce changement doit-il être interprété comme une volonté du législateur de donner une portée plus restrictive à la nature des frais couverts dans le deuxième cas ? Si oui, il n'est pas évident qu'une telle expression permette le déboursement d'avances⁴⁰.

Le second cas d'indemnisation en matière de poursuite pénale ou criminelle, celui de l'administrateur qui avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi, se comprend aisément en théorie mais soulève certaines difficultés d'application.

Tout d'abord, il faut en déduire que nous sommes, cette fois, en présence d'un administrateur condamné par le tribunal. Quelle autorité est investie du pouvoir de déterminer si cet administrateur, trouvé coupable d'une infraction pénale ou criminelle, avait par ailleurs des motifs raisonnables de croire que son comportement était conforme à la loi ? Le législateur demeure silencieux sur la question. Le tribunal ne risque-t-il pas d'être influencé par l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ?⁴¹ Quant à la corporation, n'est-elle pas susceptible d'être en conflit d'intérêts ?

Indépendamment de cette question, il y a celle de l'étendue des frais couverts. Quel sens doit-on prêter au mot « dépenses » dans le contexte précis de ce deuxième cas d'indemnisation, là où le paiement d'une amende sera le plus souvent en jeu ? Selon certains, l'on doit s'en tenir à une définition restrictive couvrant uniquement les frais afférents à la défense de l'administrateur, à l'exclusion de l'amende⁴². Le motif invoqué pour justifier cette interprétation réside

⁴⁰C'est précisément un sens restrictif que semble vouloir accorder Smith aux mots utilisés dans le deuxième alinéa de l'article 123.87 *L.C.Q.*, *supra*, note 1 : « Il se distingue de l'alinéa précédent en ce qu'il exige que le jugement soit rendu préalablement au remboursement des dépenses encourues par le représentant ». Smith, *supra*, note 4 à la p. 295. Si l'on accepte cette hypothèse, il semble que le déboursement d'avances serait exclu.

⁴¹Voir S.M. Brooks, « Directors' Liabilities : Insurance and Indemnification » dans R.B. Miner, éd., *Current Issues in Canadian Business Law*, Toronto, Carswell, 1986, 185 à la p. 194. L'auteur commente à cette page la loi corporative ontarienne qui contient une disposition semblable (*Business Corporations Act*, 1982, S.O. 1982, c. 4) :

It is also unclear whether ignorance of a law or regulation imposing liability affords « reasonable grounds » for believing that the offending conduct was lawful. At common law, everyone is presumed to know the law. The ascertainment of whether certain facts provide « reasonable grounds », in the circumstances of section 136(1)b), may require directors to consult a lawyer in cases where there is any risk of a decision or subsequent corporate conduct being found unlawful.

⁴²Voir Smith, *supra*, note 4 à la p. 295.

dans le fait que l'administrateur qui contrevient à la loi doit, en principe, supporter seul les conséquences de ses actes. Nous doutons que ce soit là la seule interprétation que l'on puisse donner au mot « dépenses ». Le législateur a ouvert la porte à l'indemnisation de l'administrateur ayant des motifs de croire que sa conduite était conforme à la loi. Peut-être cette indemnisation a pour but d'offrir une protection adéquate à l'administrateur honnête et raisonnable, auquel cas un tribunal pourrait reconnaître une signification plus large au mot « dépenses » couvrant frais de défense et amende⁴³.

Une des faiblesses de l'article 123.87 consiste en son silence sur la question de l'indemnisation des frais qui peuvent être encourus lors d'une enquête administrative.

iii) Enquête administrative

Le libellé de l'article 123.87, notamment en raison de la présence des termes « poursuivi » et « poursuite », nous porte à croire que le régime d'indemnisation ne concerne que les poursuites judiciaires contentieuses. Ainsi, le devoir d'indemnisation qui est imposé à la corporation ne s'étendrait pas aux enquêtes administratives du type de celles que peut mener, par exemple, la Commission sur les valeurs mobilières. Pourtant, un administrateur directement, ou même accessoirement, visé par une telle enquête peut ressentir le besoin, légitime d'ailleurs, de consulter des avocats afin d'être conseillé au cours du déroulement des procédures d'enquête. L'administrateur supportera probablement des frais importants qui, dans l'état actuel de la loi, ne pourront lui être remboursés. Il faudrait y pourvoir par des moyens additionnels de protection⁴⁴.

Ces observations complètent le régime statutaire d'indemnisation relatif aux poursuites engagées par des tiers. Lorsque la poursuite est intentée par la compagnie elle-même, ou en son nom, les règles diffèrent.

2. Poursuite de la compagnie

L'indemnisation de l'administrateur poursuivi par l'entité corporative est assujettie à deux conditions, énoncées à l'article 123.88 : gain de cause de l'administrateur et permission du tribunal. Ces conditions limitent considérablement les droits d'indemnisation de l'administrateur, en comparaison du régime édicté par l'article précédent.

Avant de passer à l'étude de ces conditions, il est opportun d'insister sur le contexte particulier dans lequel la corporation et l'administrateur se trouvent. Ceci permettra d'expliquer, jusqu'à un certain point, la mise en place de telles

⁴³Comparer avec l'article 124(1) *L.S.A.*, *supra*, note 1, qui permet le remboursement de l'amende pénale.

⁴⁴Voir Smith, *supra*, note 4 à la p. 295.

exigences. Lorsque la compagnie intente un recours contre son propre administrateur et, qu'au terme du procès, une condamnation est prononcée, on peut conclure qu'un préjudice a été causé à la corporation, présumément en raison du fait que l'administrateur a violé le devoir de diligence ou de loyauté qu'il avait à l'égard de la compagnie. Le montant de la condamnation est alors dû à la corporation elle-même en compensation du préjudice qu'elle a subi suite au comportement fautif de son gestionnaire. Les règles d'indemnisation doivent-elles permettre à l'administrateur de récupérer les montants versés à sa « victime » et, en conséquence, faire perdre à la corporation le bénéfice du jugement prononcé en sa faveur ? D'une façon générale, la doctrine canadienne⁴⁵ et américaine⁴⁶ considèrent déraisonnable et non souhaitable un tel résultat.

C'est sans doute un raisonnement analogue qui a amené le législateur québécois à restreindre le droit de l'administrateur d'être indemnisé uniquement dans l'hypothèse du rejet de l'action intentée par la compagnie.

Le texte de l'article 123.88 stipule : « Une compagnie assume les dépenses de son mandataire qu'elle poursuit [...] si elle n'obtient pas gain de cause [...] ». Il est permis de s'interroger sur l'étendue des obligations de la corporation si elle obtient partiellement gain de cause ou encore lorsqu'intervient un règlement hors cour entre les parties.

Le législateur traite spécifiquement du succès mitigé de l'action et retient l'idée de l'indemnisation partielle⁴⁷. Le règlement hors cour n'est, par ailleurs, mentionné nulle part. Par interprétation de l'article dans son ensemble, l'auteur Smith arrive à la conclusion que « [...] les transactions hors cour sur poursuite de ce genre [intentée par la compagnie elle-même] ne donnent pas ouverture au droit du mandataire de se faire rembourser ses dépenses »⁴⁸. Il justifie son opi-

⁴⁵Voir Altro, *supra*, note 12 à la p. 255 n. 33 :

It would be illogical to firstly condemn the defendant [sic] to pay to the company damages and then in turn allow the latter to indemnify the director for the said quantum as the money would have returned to the director.

Voir également Brooks, *supra*, note 41 à la p. 195.

⁴⁶Voir Veasey, *supra*, note 6 à la p. 406 :

The policy behind this distinction is based on the fact that in a derivative action the ultimate plaintiff is the corporation on whose behalf the suit is brought. Consequently, any resulting money judgment against, or settlement funds provided by, the defendant is paid to the corporation in order to make it whole. The corporation would not receive that benefit if it were to reimburse a defendant for the amount of the judgment or settlement funds that the defendant is required to pay the corporation.

Voir également McKinney, *supra*, note 6 à la p. 747.

⁴⁷*L.C.Q.*, *supra*, note 1, art. 123.88, al.2. Il appartient alors au tribunal de déterminer le montant des dépenses assumées par la compagnie.

⁴⁸Smith, *supra*, note 4 à la p. 297.

nion principalement en raison du fait que l'intervention du tribunal est nécessaire pour que se concrétise le droit de l'administrateur d'être indemnisé⁴⁹. Nous émettons une réserve à l'égard du raisonnement tenu par Me Smith. Nous estimons que, puisque le législateur permet l'indemnisation partielle en cas de succès mitigé de l'action, l'indemnisation devrait également être possible dans l'hypothèse d'un règlement hors cour qui ne constitue aucunement un aveu de responsabilité. Bien que l'intervention du tribunal soit requise aux termes de l'article 123.88 de la loi, rien n'empêcherait, à notre avis, d'y recourir aux fins de faire fixer par celui-ci l'indemnisation à laquelle pourrait avoir droit l'administrateur et ce, même dans le cadre d'une action en voie de règlement.

Ce dernier commentaire nous amène à souligner la deuxième condition imposée par la loi pour faire droit à l'indemnisation : outre le succès de l'action, le tribunal doit décider du fait que la compagnie assumera les dépenses de l'administrateur⁵⁰. Compte tenu de l'intervention du tribunal, peut-on véritablement parler d'un droit à l'indemnisation de l'administrateur ? Nous croyons que l'approbation exigée du tribunal aura, en pratique, peu d'impact sur le droit de l'administrateur de recevoir sa compensation. En effet, le tribunal, une fois le jugement exonérant l'administrateur rendu, n'aura d'autre choix que d'affirmer son droit à l'indemnisation. En somme, il est permis de penser que le législateur fait intervenir le tribunal non pas dans son rôle traditionnel, afin de dégager le droit, mais plutôt comme élément objectif, comme substitut à la corporation, afin d'éviter toute apparence de conflit d'intérêts.

Il reste un point à commenter : la nature des dépenses couvertes par le régime d'indemnisation dans le cadre d'une poursuite initiée par ou au nom de la compagnie.

Lorsque l'administrateur obtient le rejet de l'action, la situation est claire : sur autorisation du tribunal, il pourra se faire rembourser par la corporation les dépenses encourues pour sa défense, y compris les honoraires d'avocat⁵¹. Si le jugement prononce le succès partiel de l'action, on sait d'ores et déjà que l'indemnisation partielle est reconnue par la loi, le tribunal étant l'instance responsable de déterminer le montant des dépenses que la corporation assume. Dans ce dernier cas, le montant se limite-t-il à couvrir les frais de défense ou peut-il également s'étendre aux dommages et intérêts que l'administrateur est con-

⁴⁹*Ibid.*

⁵⁰Il est à noter que ces conditions sont cumulatives : « [...] si elle n'obtient pas gain de cause et si le tribunal en décide ainsi. » Il ne s'agit pas de deux hypothèses différentes pour lesquelles l'indemnisation est permise mais bien d'un seul et même cas qui doit satisfaire aux deux aspects exigés par la loi.

⁵¹Les remarques concernant le déboursement d'avances faites au chapitre des poursuites pénales ou criminelles demeurent pertinentes étant donné que la terminologie est la même (« assume les dépenses »). Voir dans le présent texte les propos relatifs à la poursuite civile au chapitre de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*.

damné à payer ? Il serait étonnant que cette dernière interprétation prévale puisque le remboursement par la corporation aurait alors pour conséquence d'annihiler les effets du jugement. Or, comme nous l'avons mentionné plus tôt, un tel résultat ne semble pas souhaité par le législateur.

Dans l'hypothèse où la compagnie obtient gain de cause, l'administrateur n'a, aux termes de la loi, aucun droit d'être indemnisé tant à l'égard du montant de la condamnation qu'à l'égard des frais judiciaires et des honoraires d'avocat. Il en est de même, semble-t-il, en cas de règlement hors cour. Si le législateur a de bonnes raisons de prohiber l'indemnisation des montants versés à la corporation elle-même, nous déplorons cependant qu'il n'accorde pas à l'administrateur, en l'absence de faute lourde et avec l'autorisation du tribunal, le droit de se faire rembourser ses frais de défense⁵².

Nous abordons maintenant l'analyse des règles d'indemnisation de la loi fédérale, règles dont la caractéristique principale est assurément une rédaction détaillée que l'on ne retrouve pas dans la loi québécoise.

C. La Loi sur les sociétés par actions⁵³

Le modèle législatif choisi par le législateur fédéral présente, dans sa forme, des différences importantes avec le régime d'indemnisation statutaire élaboré dans la loi québécoise⁵⁴. Par contre, il montre de grandes ressemblances avec celui de l'État du Delaware⁵⁵.

Bien que la structure formelle de la *Loi sur les sociétés par actions* diffère sensiblement de celle de la *Loi sur les compagnies*, nous avons choisi de conserver, sous cette rubrique, essentiellement les mêmes divisions que celles adoptées pour la partie IA de la loi québécoise, par souci d'équilibre et afin de faciliter au lecteur la comparaison entre les deux régimes. La loi fédérale nous

⁵²Soulignons que la législation américaine a actuellement tendance à le faire, en vue d'assurer une meilleure protection à ses gestionnaires. Voir McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 744-45 :

In a derivative suit, however, the corporation may not indemnify a director or officer who has been adjudged liable to the corporation without court approval. Formerly, an adjudication of negligence or misconduct precluded indemnification in derivative suits in Delaware. A recent amendment to the Delaware statute, however, changed this standard to allow directors and officers to be eligible for permissive indemnification unless the director or officer has been adjudged liable to the corporation for gross negligence under the duty of care or for a breach of the duty of loyalty.

Voir également Veasey, *supra*, note 6 à la p. 405.

⁵³L.S.A., art. 124 (ancienne L.S.C.C., art. 119), *supra*, note 1. Voir les commentaires de Nicholl, *supra*, note 12 aux pp. 9-11.

⁵⁴Quant au fond, les différences entre le régime québécois et fédéral apparaissent plus significatives qu'elles ne le sont véritablement. Voir Smith, *supra*, note 4 aux pp. 295-96.

⁵⁵Voir l'article 145 de la loi corporative de l'État du Delaware, *supra*, note 6. Les passages pertinents de l'article seront cités en temps utile dans le présent texte.

oblige cependant à faire de nouvelles distinctions auxquelles correspondront de nouvelles subdivisions.

1. Poursuite d'un tiers

La poursuite d'un tiers et la poursuite de la corporation font appel encore une fois à une différence de traitement. Nous examinerons d'abord la poursuite d'un tiers en trois volets — poursuite civile, poursuite pénale⁵⁶ et enquête administrative — pour ensuite analyser les règles applicables lors de poursuites intentées par la société.

i) Poursuite civile

Deux aspects principaux méritent d'être commentés : la condition préalable à l'indemnisation et la nature de l'indemnisation en fonction de l'issue du litige.

La condition préalable à l'indemnisation

L'administrateur ne pourra réclamer à la corporation le remboursement des dépenses encourues, de quelque nature qu'elles soient, et peu importe le sort du litige, s'il ne s'est pas conformé au standard de conduite exigé par l'article 124(1)(a), soit d'agir avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de la société. Autrement dit, l'administrateur qui viole son devoir de loyauté est forcé de demander toute indemnisation de ses dépenses⁵⁷.

Des considérations d'ordre public entrent en jeu pour justifier cette condition d'indemnisation. S'il est raisonnable de permettre l'indemnisation d'un administrateur ayant commis une erreur de jugement⁵⁸, on ne peut admettre l'in-

⁵⁶Soulignons qu'au cours de la révision des lois fédérales, les termes « poursuites criminelles » de l'ancien article 119 *L.S.C.C.*, *supra*, note 1, ont été remplacés par « poursuites pénales » dans le nouveau texte de l'article 124 *L.S.A.*, *supra*, note 1. Cette modification terminologique avait sans doute pour but d'élargir la portée de l'article, le mot « pénales » ayant une acception plus large que « criminelles ».

⁵⁷Selon une approche plus civiliste, l'article 123.87 *L.C.Q.*, *supra*, note 1, réfère aux concepts de faute lourde ou de faute séparable des fonctions. Par ailleurs, de façon générale, la législation américaine connaît un standard similaire. Voir McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 743-44 ; Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 404-05 ; Oesterle, *supra*, note 9 à la p. 541 ; Irenas et Moskowitz, *supra*, note 33 à la p. 120 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 243 ; Brown et Hinsey, *supra*, note 5 à la p. 187. Voir également sur la loi ontarienne : Brooks, *supra*, note 41 à la p. 194.

⁵⁸L'administrateur peut violer le devoir que lui impose l'article 122(1)(b) *L.S.A.* (ancien article 117(1)(b) *L.S.C.C.*) soit d'« agir avec soin, diligence et compétence, comme le ferait en pareilles circonstances un bon père de famille » et ainsi être trouvé responsable à l'égard d'un tiers. Dans un tel cas, l'indemnisation serait permise. Par ailleurs, la violation de l'article 122(1)(b) *L.S.A.* n'empporte pas nécessairement le manquement au devoir de l'article 122(1)(a) (ancien article 117(1)(a) *L.S.C.C.*) soit « agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société ».

demnisation d'un individu qui agit sans égard aux intérêts de la corporation, violant ainsi les règles élémentaires de la gestion des biens d'autrui. Le devoir de loyauté constitue un principe fondamental et représente une valeur suprême dans la philosophie du droit corporatif fédéral.

La nature de l'indemnisation en fonction de l'issue du procès

Traitant ici de la nature de l'indemnisation, nous entendons référer à la distinction que nous évoquions plus tôt dans le texte entre l'indemnisation facultative (« permissive indemnification ») et l'indemnisation obligatoire (« mandatory indemnification »)⁵⁹. L'article 124 de la loi fédérale édicte un régime d'indemnisation qui est tantôt facultatif tantôt obligatoire selon que l'administrateur poursuivi perde ou gagne l'action.

L'indemnisation facultative

Le premier alinéa de l'article 124 prévoit la possibilité⁶⁰ pour la corporation d'indemniser les administrateurs poursuivis par des tiers. Sous réserve de l'hypothèse du gain de cause obtenu par l'administrateur, laquelle donnera ouverture à l'indemnisation obligatoire comme nous le verrons plus loin, toute autre issue d'un procès — condamnation totale ou partielle et règlement hors cour⁶¹ — est visée par cette disposition⁶². Le législateur ayant été explicite, nous n'avons donc pas à nous interroger sur les possibilités d'indemnisation en regard de ces différentes hypothèses. Ceci a l'avantage de donner un portrait clair des droits potentiels de l'administrateur.

En ce qui concerne la nature des dépenses couvertes par l'indemnisation, l'article stipule « tous leurs frais et dépenses, y compris les sommes versées pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement [...] »⁶³. Compte tenu de la généralité des termes utilisés, il est permis de conclure que tant les frais relatifs à la défense proprement dite — les frais judiciaires et les honoraires d'avocat — que les montants payés au tiers en compensation du préjudice subi, suite à une entente entre les parties ou à une condamnation judiciaire, pourront être remboursés.

Dans le cas d'un manquement à ce dernier devoir, l'indemnisation serait interdite conformément à l'article 124(1)(a) *L.S.A.* (ancien article 119(1)(a) *L.S.C.C.*), *supra*, note 1.

⁵⁹*Supra*, note 31.

⁶⁰Soulignons l'emploi du verbe pouvoir : « La société *peut* indemniser [...] ».

⁶¹Un problème se pose toutefois dans le cadre du règlement hors cour : qui déterminera si le standard de conduite exigé par l'article 124(1)(a) *L.S.A.*, *supra*, note 1, a été satisfait ? Cette question est importante dans la mesure où il s'agit d'une condition préalable à l'indemnisation. Voir à ce sujet : McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 748-51 ; Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 408-10.

⁶²*L.S.A.*, *ibid.*, art. 124 : « [...] y compris les sommes versées pour *transiger sur un procès ou exécuter un jugement* ».

⁶³Soulignons que la révision des lois fédérales a fait disparaître le mot « raisonnables » qui qualifiait les frais et dépenses dans l'ancienne version de l'article 119 *L.S.C.C.*, *supra*, note 1.

Le législateur a été moins loquace relativement au déboursement d'avances. Sans doute la corporation a-t-elle le pouvoir d'accorder des avances, toutefois rien ne l'indique clairement. À cet égard, le texte de la loi fédérale diffère de celui de l'État du Delaware qui prévoit expressément cette possibilité :

Expenses incurred by an officer or director in defending civil or criminal action, suit or proceeding may be paid by the corporation in advance of the final disposition of such action, suit or proceeding upon receipt of an undertaking by or on behalf of such director or officer to repay such amount if it shall ultimately be determined that he is not entitled to be indemnified by the corporation as authorized in this section.⁶⁴

Bien qu'en vertu de cette disposition le déboursement d'avances demeure facultatif pour la corporation, cette possibilité, écrite en toutes lettres, est rassurante aux yeux de l'administrateur pour qui cet aspect précis de l'indemnisation revêt un intérêt particulier. Il serait sans doute utile de combler cette lacune par règlement corporatif interne ou convention.

L'indemnisation obligatoire

Le troisième alinéa de l'article 124 établit un droit à l'indemnisation⁶⁵. Il stipule que, dans la mesure où l'administrateur obtient gain de cause, la corporation a l'obligation, ce qui diffère de la simple faculté, d'indemniser celui-ci de ses frais et dépenses⁶⁶. Deux conditions doivent être satisfaites afin de permettre l'indemnisation obligatoire. Une de celles-ci porte sur le standard de conduite énoncé à l'article 124(1)(a) : l'administrateur doit avoir agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Ainsi, cette exigence préalable vaut tant pour l'indemnisation facultative que pour l'indemnisation obligatoire.

L'autre condition mérite de plus amples commentaires : l'administrateur doit avoir obtenu gain de cause « sur la plupart de [ses] moyens de défense au fond ». Ce passage suscite de nombreuses interrogations. D'abord, l'utilisation du mot « la plupart » pose le problème du succès partiel de l'action⁶⁷. Le degré de succès requis pour donner droit à l'indemnisation obligatoire demeure ambigu. En effet, il est difficile d'évaluer ce que l'on entend, en pratique, par « la plupart ». Le montant de la condamnation, comparé à celui initialement réclamé dans les procédures, constitue peut-être un indice de ce qui doit être

⁶⁴McKinney, *supra*, note 6 à la p. 752 n. 75. Voir à ce sujet Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 410-12 ; Oesterle, *supra*, note 9 aux pp. 545-46 ; Block, *supra*, note 10 aux pp. 247-48.

⁶⁵*Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes* par R.W.V. Dickerson, L. Getz et J.L. Howard, vol. 1 (commentaires), Ottawa, Information Canada, 1971 à la p. 94 [ci-après *Rapport Dickerson*] ; Martel, *supra*, note 29 aux pp. 481-82.

⁶⁶Soulignons que le libellé de la version anglaise est plus clair que celui de la version française en ce qui concerne le caractère obligatoire de l'indemnisation (Comparer « les personnes [...] peuvent demander à la société de les indemniser » avec « a person [...] is entitled to indemnity from the corporation ... »).

⁶⁷Voir Altro, *supra*, note 12 à la p. 261.

compris comme étant un gain de cause sur la plupart des moyens de défense quoique, selon nous, l'on ne doit pas se limiter à une interprétation purement quantitative. Il paraît évident qu'un problème d'interprétation se soulève ici et mérite certaines précisions⁶⁸.

La deuxième expression qui nécessite réflexion est l'emploi des termes « moyens de défense au fond »⁶⁹. Doit-on comprendre qu'un administrateur qui obtient gain de cause sur un moyen de défense dit technique ou procédural — par exemple, en raison de l'irrecevabilité d'un moyen de preuve — ne peut se prévaloir de l'article 124(3) ? Il semble que ce soit nécessairement la conclusion à laquelle on doit en arriver compte tenu du fait que le législateur a choisi de spécifier, par la présence des mots « au fond », la nature de la défense⁷⁰. La seule logique qui puisse justifier un tel choix se trouve probablement dans le fait que le succès de l'administrateur, dû à la présentation d'un moyen de défense technique, n'aura pas permis au tribunal de se prononcer sur le comportement de l'administrateur. Dans de telles circonstances, le législateur a préféré que l'indemnisation demeure facultative et s'est donc abstenu d'en faire un cas d'indemnisation obligatoire.

Terminons notre analyse sur la nature des frais visés par l'indemnisation obligatoire⁷¹. Si l'on excepte le cas problématique du succès partiel de l'action, la seule situation qui nous concerne est l'exonération de l'administrateur. Les dépenses couvertes comprennent donc essentiellement les honoraires d'avocat et autres frais judiciaires. Quant à l'hypothèse du règlement hors cour, elle est exclue du champ d'application de l'indemnisation obligatoire si l'on s'en remet

⁶⁸L'ambiguïté existe également dans le texte de loi du Delaware qui se lit comme suit : *To the extent that a director, officer, employee or agent of a corporation has been successful on the merits or otherwise in defense [...] he shall be indemnified* [nos italiques].

Commentant cette disposition Veasey, *supra*, note 6 à la p. 406, écrit :

The effect of this statute in the case of total victory on the merits is clear. What is less clear is the statutory right to indemnification in the event of a victory that is less than total.

L'auteur propose (à la page 407) :

Detailed by-laws or agreements may be useful in providing answers to the questions.

Voir également sur cette question : McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 740-41 ; Oesterle, *supra*, note 9 aux pp. 546-47 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 241.

⁶⁹À comparer avec la loi du Delaware qui se lit : « successful on the merits or otherwise ». Voir Veasey, *supra*, note 6 à la p. 406 :

The phrase found in section 145(c) « on the merits or otherwise », permits the indemnitee to be indemnified as a matter of right in the event he wins a judgment on the merits in his favor or if he successfully asserts a « technical » defense, such as a defense based upon a statute of limitations.

Voir aussi : McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 741-42 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 242 ; Irenas et Moskowitz, *supra*, note 33 aux pp. 118-19.

⁷⁰Voir Altro, *supra*, note 12 aux pp. 261 et 269.

⁷¹Les commentaires faits à la note 63 du présent texte demeurent pertinents.

au contexte général de l'article 124(3). En effet, le libellé de cette disposition — avoir obtenu gain de cause sur [...] moyens de défense — porte à croire qu'on a voulu soustraire la transaction hors cour de l'indemnisation obligatoire. Ceci s'inscrit sans doute dans la même logique que celle exposée précédemment en regard de l'exclusion des moyens de défense techniques. Ainsi, l'administrateur ne peut prétendre avoir un droit absolu de remboursement relativement aux frais et dépenses entraînés par un règlement hors cour, que ceux-ci se rapportent à sa défense ou au montant de la transaction elle-même. Ces frais et dépenses pourront uniquement être compensés dans le cadre de l'indemnisation facultative⁷².

ii) Poursuite pénale

Pour connaître le régime d'indemnisation de l'administrateur dans le cadre d'une poursuite pénale, il faut conjuguer les articles 124(1) et 124(3) de la loi fédérale. De fait, les mêmes règles régissent l'indemnisation de l'administrateur dans le cas d'une poursuite pénale et dans le cas d'une poursuite civile. Certains commentaires sont tout de même à propos dans le contexte particulier d'une poursuite pénale.

La condition préalable à l'indemnisation

Dans le cas de poursuites pénales aboutissant au paiement d'une amende, l'administrateur pourra être indemnisé seulement s'il avait de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi. Nous avons déjà exprimé les difficultés d'application que pose ce standard de conduite, notamment en ce qui concerne l'autorité qui jugera si l'exigence est rencontrée ou non⁷³.

La nature de l'indemnisation en fonction de l'issue du procès

Tout comme dans le cas d'une poursuite civile, l'indemnisation suite à une poursuite pénale sera facultative ou obligatoire selon l'issue du procès. Lorsque l'administrateur obtient gain de cause, l'indemnisation est obligatoire, c'est-à-dire que l'administrateur a un droit absolu de se faire rembourser ses frais et dépenses⁷⁴. S'il y a condamnation, l'indemnisation corporative est facultative⁷⁵. Tous les commentaires faits précédemment et portant sur les problèmes d'interprétation qui découlent du libellé des dispositions législatives demeurent pertinents.

⁷²L.S.A., *supra*, note 1, art. 124(1).

⁷³Voir dans le présent texte les propos relatifs à la poursuite pénale ou criminelle au chapitre de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*. Par ailleurs, il faut noter qu'un standard de conduite semblable est exigé dans la loi du Delaware, voir à ce sujet Veasey, *supra*, note 6 à la p. 405 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 243.

⁷⁴L.S.A., *supra*, note 1, art. 124(3).

⁷⁵L.S.A., *ibid.*, art. 124(1).

Une dernière remarque s'impose concernant les frais et dépenses visées par l'indemnisation : non seulement l'article 124(1) couvre-t-il le remboursement des frais de défense d'un administrateur trouvé coupable d'une infraction pénale — s'il avait de bonnes raisons de croire que sa conduite était conforme à la loi — mais il n'exclut, ni expressément ni implicitement, la possibilité que celui-ci soit indemnisé du montant de l'amende qu'il est condamné à payer. En effet, le texte stipule clairement que la société peut indemniser ses administrateurs de tous leurs frais et dépenses, « y compris les sommes versées pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement, entraînés par des poursuites civiles, pénales ou administratives ». Il n'y a donc aucune limite à l'indemnisation en cas de condamnation pénale⁷⁶. Par rapport à la loi québécoise, cette caractéristique constitue un net avantage pour l'administrateur.

iii) *Enquête administrative*

Le législateur fédéral traite spécifiquement des poursuites administratives. L'indemnisation des frais et dépenses encourus par un administrateur visé par une telle poursuite suit en tous points les règles édictées en matière pénale⁷⁷. C'est donc dire que le même standard de conduite est exigé de l'administrateur⁷⁸ et que l'indemnisation par la corporation sera facultative ou obligatoire en fonction du résultat de la poursuite. Quant aux frais couverts, les remarques faites auparavant s'appliquent *mutatis mutandis*.

Il faut cependant distinguer les poursuites des enquêtes administratives. L'article 124, tel que rédigé, semble limiter l'indemnisation aux cas de poursuites uniquement. Ainsi, tout comme dans le cadre du régime d'indemnisation de la loi québécoise, les droits de l'administrateur d'être indemnisé des frais que pourrait occasionner une enquête administrative, laquelle n'aboutit pas nécessairement à une poursuite, ne sont régis par aucune disposition législative. Pourtant, ces enquêtes peuvent être longues et coûteuses. L'administrateur aurait certainement avantage à ce que la société comble cette lacune par voie réglementaire ou conventionnelle⁷⁹.

L'indemnisation d'une poursuite intentée par la société, ou en son nom, mérite une attention particulière.

⁷⁶La loi du Delaware est au même effet. Voir Block, *supra*, note 10 à la p. 243 ; McKinney, *supra*, note 6 à la p. 747.

⁷⁷L.S.A., *supra*, note 1, art. 124(1).

⁷⁸L.S.A., *ibid.*, art. 124(1)(b) ; voir sur l'interprétation du standard de bonne foi et de loyauté *Balestreri c. Robert*, [1985] C.S. 1038. Dans cette affaire, le requérant recherchait l'indemnisation des frais encourus dans le cadre de procédures administratives. Sa requête fut rejetée, le standard de conduite n'ayant pas été respecté.

⁷⁹Altro, *supra*, note 12 aux pp. 269-70 ; Nicholl, *supra*, note 12 à la p. 10.

2. Poursuite de la société

Rappelons qu'en raison du fait que la corporation est dans les circonstances à la fois la demanderesse à l'action et la responsable d'un éventuel remboursement de frais à l'administrateur poursuivi, les règles d'indemnisation énoncent certaines exigences et limites que l'on ne retrouve pas en cas de poursuite d'un tiers.

La condition préalable à l'indemnisation

Soulignons cependant que les mêmes standards de conduite valent tant pour la poursuite d'un tiers que celle initiée par la corporation⁸⁰. Ainsi, pour donner ouverture à l'indemnisation dans le cas d'une poursuite intentée par ou au nom de la société, le législateur réitère ses exigences de bonne foi et loyauté.

La nature de l'indemnisation

De quelle nature est l'indemnisation ? La loi n'offre pas une réponse claire à cette question. Étudions d'abord l'article 124(2) qui traite spécifiquement de l'action en justice intentée par la corporation ; on y prévoit une indemnisation facultative. Nous nous interrogerons ensuite sur la question de savoir si l'article 124(3), qui édicte le régime d'indemnisation obligatoire, exclut de son champ d'application une poursuite de telle nature.

L'indemnisation facultative

La société peut indemniser l'administrateur des frais et dépenses qu'il encourt lors d'une poursuite intentée par elle. L'indemnisation est toutefois soumise à l'approbation du tribunal. Nous connaissons déjà une telle exigence dans la partie IA de la loi québécoise⁸¹.

La différence la plus significative entre le régime d'indemnisation lors d'une poursuite d'un tiers et celui lors d'une poursuite de la société se situe au niveau des frais et dépenses qui seront remboursés à l'administrateur. Alors que dans le premier cas la corporation peut rembourser les frais de défense (frais judiciaires et honoraires d'avocat) ainsi que tout montant versé en exécution d'un jugement ou d'un règlement hors cour, seuls les frais relatifs à la défense seront couverts dans le cas d'une poursuite intentée par la société, à l'exclusion

⁸⁰Voir McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 743-44 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 244.

⁸¹*L.C.Q.*, *supra*, note 1, art. 123.88, commenté ci-dessus. Voir dans le présent texte les propos relatifs à la poursuite de la compagnie au chapitre de la partie IA de la *Loi sur les compagnies*. Dans la législation américaine, on retrouve généralement une exigence semblable. Voir la loi du Delaware commentée dans McKinney, *supra*, note 6 à la p. 747 :

If a director or officer is adjudged liable to the corporation in a derivative suit, the director or officer may not be indemnified, even for expenses, unless permitted by the court.

de sommes dues suite à une condamnation judiciaire ou à une transaction hors cour⁸².

Cette interprétation restrictive repose notamment sur la politique législative, dont nous faisons état plus tôt⁸³, qui veut empêcher que l'administrateur récupère de la corporation ce qu'il a dû lui verser en compensation du préjudice subi⁸⁴.

On peut souligner, en guise d'argument supplémentaire pour appuyer l'interprétation limitative des termes « frais et dépenses » apparaissant à l'article 124(2), le fait que, contrairement à l'alinéa précédent, le législateur a omis de spécifier « y compris les sommes versées pour transiger sur un procès ou exécuter un jugement. »

Ainsi, seuls les frais de défense sont visés par l'article 124(2) sans égard toutefois au sort du litige, que l'administrateur perde, gagne ou règle la poursuite judiciaire. Ceci constitue une différence importante avec le régime d'indemnisation édicté par le législateur québécois en matière de poursuite initiée

⁸²Altro, *supra*, note 12 à la p. 262 ; Brooks, *supra*, note 41 à la p. 195 :

This section permits indemnification for costs *only*, with court approval, whether or not the directors are successful in their defence of a derivative action. [...] Settlements and damages do not appear to be indemnifiable under section 136(2) [de la loi ontarienne, comparable à l'article 124(2) L.S.A.] with respect to derivative actions.

Voir également les commentaires des auteurs américains sur une disposition semblable de la loi du Delaware : Veasey, *supra*, note 6 à la p. 405 :

It is important to keep in mind the distinctions between indemnification in respect of third-party actions and that applicable to derivative actions. Section 145(b) permits indemnification only of expenses in derivative suits and does not authorize indemnification of judgments or amounts paid in settlement in derivative suits.

McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 747-48 ; Oesterle, *supra*, note 9 aux pp. 541-42 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 244 ; Irenas et Moskowitz, *supra*, note 33 aux pp. 119-20.

⁸³Voir dans le présent texte les propos relatifs à la poursuite de la compagnie au chapitre de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*.

⁸⁴Rapport Dickerson, *supra*, note 65 à la p. 94 :

Il faut souligner que l'indemnité dans ce cas ne comprend pas les sommes payées pour régler une action ou satisfaire à un jugement. Le postulat fondamental de ce paragraphe [art. 124(2)] est que si une action indirecte au nom de la corporation a été intentée contre un administrateur ou un fonctionnaire, il est probable que ce dernier n'a pas agi dans l'intérêt de la corporation et que par conséquent sa conduite mérite un examen plus approfondi. Ceci est particulièrement vrai dans le cas des règlements d'actions en justice où les administrateurs ayant, dans leur propre intérêt, tiré profit de transactions préjudiciables à la corporation, tentent ensuite d'obtenir une indemnité de la corporation parce qu'obligés de régler une action indirecte alléguant cet écart de conduite. Cette pratique a été sévèrement critiquée à juste titre dans certains états des États-Unis comme étant un « double pillage ».

par la compagnie. Ce régime, rappelons-le, réserve le remboursement des dépenses aux seuls cas de gain de cause, total⁸⁵ ou partiel⁸⁶, de l'administrateur refusant l'indemnisation en cas de condamnation pure et simple ou de règlement hors cour.

Intéressons-nous maintenant à l'application de l'article 124(3).

L'indemnisation obligatoire

L'administrateur poursuivi par la compagnie peut-il, par ailleurs, prétendre avoir un droit à l'indemnisation s'il remplit les conditions énoncées à l'article 124(3), soit avoir obtenu gain de cause sur la plupart des moyens de défense au fond ?

La réponse à cette question a un impact important. Si on y répond par l'affirmative, l'administrateur a un droit automatique à l'indemnisation, droit exécutoire devant les tribunaux. En revanche, si on y répond par la négative, l'indemnisation est facultative et requiert au surplus l'approbation du tribunal.

Me Brooks, commentant une disposition de la loi ontarienne analogue à l'article 124(3) de la loi fédérale, fait l'observation suivante :

Section 136(3) [art. 124(3) L.S.A.] provides for a mandatory indemnity in favour of directors and officers by the corporation in specific situations. It is unclear whether it can be read with section 136(2) [art. 124(2) L.S.A.] to make indemnity mandatory for a successful defence or substantially successful defence of a derivative action.⁸⁷

L'ambiguïté tient sans doute au fait que la phrase introductive de l'article 124(3) est imprécise. L'article stipule : « Nonobstant les autres dispositions du présent article ». Il est difficile de savoir avec certitude si le législateur entendait référer uniquement à la situation décrite à l'article 124(1), soit les poursuites des tiers, ou s'il avait l'intention de couvrir également les poursuites intentées par une corporation, lesquelles sont visées par l'article 124(2). Il aurait évidemment été souhaitable que le législateur mentionne spécifiquement les alinéas concernés afin d'éviter toute confusion⁸⁸.

Sans s'attarder à la difficulté d'interprétation, Me Altro estime pour sa part que toute indemnisation relative à une action intentée par la société doit être

⁸⁵*L.C.Q.*, *supra*, note 1, art. 123.88, al. 1.

⁸⁶*L.C.Q.*, *ibid.*, art. 123.88, al. 2.

⁸⁷*Supra*, note 41 à la p. 196.

⁸⁸À cet égard, le libellé de la disposition législative de l'État du Delaware est plus précis : « To the extent that a director [...] has been successful on the merits or otherwise in defense of any action, suit or proceeding referred to in subsections (a) and (b) of this section, [...] he shall be indemnified against expenses [...] » [nos italiques]. Voir Veasey, *supra*, note 6 à la p. 406.

soumise à l'approbation du tribunal⁸⁹. Cette idée semble impliquer que de telles poursuites ne donneraient pas ouverture à l'indemnisation obligatoire et seraient donc exclues du champ d'application de l'article 124(3).

Nous ne partageons pas ce point de vue. Nous favorisons plutôt une interprétation libérale de la phrase introductive de l'article 124(3) de façon à ce qu'elle réfère non seulement aux poursuites des tiers mais également à celles de la corporation. À cet égard, nous croyons que la précision terminologique apportée à l'article 124(3) lors de la récente révision des lois fédérales clarifie l'ambiguïté et donne raison à notre approche. En effet, la version française du texte a été ainsi modifiée : alors que l'ancien article 119(3) de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* se lisait « nonobstant le présent article », le nouvel article 124(3) stipule « nonobstant les autres dispositions du présent article »⁹⁰. Bien que cet ajout soit de nature purement formelle, il a pour effet d'améliorer notre compréhension du texte.

Finalement, il y a lieu de commenter brièvement l'article 124(5) de la loi fédérale concernant l'indemnisation prononcée par le tribunal.

3. Indemnisation judiciaire

Le législateur fédéral a prévu la possibilité pour un administrateur ou une corporation de s'adresser au tribunal afin de faire « approuver [...] toute indemnisation prévue au présent article, et prendre toute autre mesure qu'il estime pertinente »⁹¹. Les pouvoirs du tribunal ne sont pas clairement énoncés⁹². Le rôle du tribunal est-il de voir à l'application du régime d'indemnisation statutaire, s'en tenant à ce qui y est déjà circonscrit ou s'étend-il au-delà de cette limite, lui permettant d'accorder de façon discrétionnaire l'indemnisation dans un cas non prévu par la loi ? Le tribunal pourrait-il, par exemple, accorder à un administrateur le remboursement d'un montant versé suite au règlement hors cour d'une action dérivée ?

Il est difficile de se prononcer sur le sens à donner au dernier membre de phrase de l'article 124(5) ; toutefois, nous doutons que les pouvoirs du tribunal soient aussi étendus. On peut plutôt penser que ce passage — prendre toute

⁸⁹Altro, *supra*, note 12 à la p. 260 : « The Federal Act requires court approval of any indemnification paid by the corporation to a director who has been sued by or on behalf of the corporation. »

⁹⁰Notons que la version anglaise de l'article 124(3) *L.S.A.*, *supra*, note 1 qui se lit : « notwithstanding anything in this section », est demeurée inchangée.

⁹¹*L.S.A.*, *ibid.*, art. 124(5) ; voir Altro, *supra*, note 12 aux pp. 263-64.

⁹²À cet égard, voir le commentaire de Brooks, *supra*, note 41 à la p. 197 :

While the inclusion of the word « approving » indicates that the section does not give any jurisdiction to a court to order indemnity other than permitted pursuant to section 136(1) [124(1) *L.S.A.*] or as required by section 136(3) [124(3) *L.S.A.*] the inclusion of the words « and make any further order it thinks fit » may indicate otherwise.

autre mesure qu'il estime pertinente — doit être interprété comme étant relatif à toute mesure dont le but serait de rendre exécutoire le remboursement des dépenses, tel que par ailleurs circonscrit par les alinéas précédents de l'article. Quoi qu'il en soit, cette disposition constitue une barrière de sécurité pour l'administrateur à qui la corporation refuse l'indemnisation obligatoire⁹³.

Nous avons maintenant terminé l'étude des trois régimes statutaires d'indemnisation. Il reste sans doute plusieurs commentaires à faire ; cependant, nous croyons avoir relevé les caractéristiques fondamentales des règles d'indemnisation de chacune des lois, provinciale et fédérale. L'exercice nous a permis d'identifier l'essentiel de leurs faiblesses. Du même coup, nous avons pu dégager les besoins, variables d'un régime à l'autre, de hausser la protection des administrateurs. Dans cette perspective, il faut d'abord considérer l'amélioration de l'indemnisation corporative en vue de compléter, par voie réglementaire ou contractuelle, les aspects laconiques des régimes statutaires. Enfin, on ne peut passer sous silence une deuxième façon de procurer une protection additionnelle aux administrateurs qui consiste en l'adhésion de la corporation à un programme d'assurance-responsabilité. Ces deux mesures de protection feront respectivement l'objet de la deuxième et de la troisième partie du présent texte.

Section 2 — L'indemnisation additionnelle des administrateurs par voie conventionnelle ou par règlement corporatif interne

Étant donné l'incertitude liée à certains aspects de l'indemnisation des administrateurs, notamment en ce qui a trait à l'indemnisation facultative, une pratique corporative s'est développée, au fil des récentes années, consistant à offrir aux gestionnaires une protection additionnelle, par le biais de contrats ou de règlements corporatifs internes, dans le but d'attirer les administrateurs qualifiés ou de les maintenir en poste⁹⁴.

Dès lors, la question se pose de savoir si cette pratique, bien que tolérée, est légale dans le cadre juridique des lois québécoise et fédérale. L'étude de cette question fera l'objet du premier des trois points analysés dans la présente partie. Le deuxième point sera consacré à la comparaison des deux formes juridiques que revêt l'indemnisation additionnelle, règlement et contrat, afin de déterminer laquelle semble la plus appropriée pour maximiser la protection que la corporation désire procurer à ses administrateurs. Finalement, nous nous intéresserons aux effets juridiques et à la portée de ces mesures d'indemnisation additionnelle, afin de savoir jusqu'où on peut aller dans l'objectif de combler les lacunes ou de contourner les limites des régimes statutaires d'indemnisation. Dans le but d'éclairer le lecteur à cet égard, nous terminerons l'étude de ce der-

⁹³En droit américain, consulter Block, *supra*, note 10 aux pp. 246-47 ; McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 751-52.

⁹⁴Voir Smith, *supra*, note 15 à la p. 220 ; McKinney, *supra*, note 6 à la p. 755.

nier point par quelques suggestions quant au contenu possible d'une convention ou d'un règlement.

A. La légalité de l'indemnisation additionnelle

Ce qui nous préoccupe maintenant est de déterminer le caractère exhaustif ou, au contraire, minimal des régimes statutaires d'indemnisation que nous avons étudiés précédemment. Lorsque les législateurs ont élaboré les dispositions relatives à l'indemnisation, ont-ils eu l'intention d'en faire un régime de protection exhaustif, complet en soi, éliminant implicitement toutes possibilités d'établir, par des moyens parallèles, des règles complémentaires à celles édictées par la loi ? Ou avaient-ils plutôt l'intention d'instaurer un régime minimal de protection laissant, par ailleurs, aux parties concernées — corporations et administrateurs — la faculté de moduler ces règles statutaires ?

La lecture des dispositions législatives pertinentes⁹⁵ ne permet pas de donner une réponse sans équivoque à cette question. Ni dans la *Loi sur les compagnies*, ni dans la *Loi sur les sociétés par actions*, on ne stipule expressément si l'indemnisation, telle qu'elle y est décrite, doit être considérée comme exclusive ou non-exclusive. À cet égard, notre législation se distingue de la pratique américaine qui consiste à intégrer formellement dans la loi un alinéa indiquant le caractère exclusif ou non des règles statutaires d'indemnisation, ce que la doctrine américaine désigne comme étant l'« exclusivity » ou la « nonexclusivity clause »⁹⁶.

À défaut de disposition semblable, comment interpréter le silence du législateur ? Bien qu'il existe peu d'arguments juridiques déterminants qui commandent nettement la faveur de l'une ou l'autre des deux approches, nous sommes portée à faire prévaloir l'interprétation voulant que les règles statutaires d'indemnisation, tant provinciales que fédérales, aient un caractère non-exhaustif.

⁹⁵*L.C.Q.*, art. 90, 123.87 et 123.88 ; *L.S.A.*, art. 124 (ancienne *L.S.C.C.*, art 119).

⁹⁶Voir McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 756-58 :

Delaware's nonexclusivity clause, section 145(f), is typical of nonexclusivity clauses in other states. Amended section 145(f) states that the specific indemnification rights and procedures, which stem from the other subsections of section 145, are not exclusive and do not bar any other right to indemnification or the advancement of expenses established through « by-law, agreement, vote of stockholders or disinterested directors or otherwise » (p. 756). [...] In contrast, the California statute and the Revised Model Act contain exclusivity provisions that invalidate any agreement to indemnify a director or officer not « consistent with the statutes ». Under these exclusivity statutes, directors' and officers' indemnification cannot be enlarged by a charter or by-law provision, or by an individual indemnification contract (p. 758).

Voir également Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 413-17 ; Block, *supra*, note 10 aux pp. 248-49 ; Irenas et Moskowitz, *supra*, note 33 aux pp. 124-28.

Les administrateurs de compagnies québécoises étant traditionnellement comparés à des mandataires de compagnie⁹⁷, il est opportun de consulter, à titre supplétif, les principes généraux du droit civil en matière de mandat. Les règles gouvernant l'indemnisation du mandataire sont énoncées aux articles 1722 et 1725 du Code civil⁹⁸. Aux termes de ces articles, le mandataire a droit au remboursement de ses avances de même qu'au remboursement des pertes qu'il a essuyées en exécutant le mandat, sauf celles dues à sa faute⁹⁹. Le cadre juridique du Code civil est déjà plus généreux que le régime d'indemnisation purement facultatif de la partie I de la *Loi sur les compagnies*, ce qui autoriserait, à notre sens, qu'on rende ce dernier conforme au premier par des moyens complémentaires d'indemnisation. Par ailleurs, rien n'indique que les règles générales du mandat sur l'indemnisation du mandataire soient d'ordre public, de sorte qu'il ne serait pas interdit aux parties de convenir contractuellement de certaines modulations.

Pour étayer la thèse de non-exclusivité, on peut également invoquer la doctrine québécoise qui réfère, sans autre explication toutefois, à la possibilité de prévoir, par contrat ou autrement, des garanties additionnelles d'indemnisation, prenant ainsi pour acquis que la technique est permise et légale :

⁹⁷Voir notamment l'article 123.83, partie IA *L.C.Q.*, *supra*, note 1, et l'article 355 de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18 (Projet de loi 20, adopté et sanctionné le 15 avril 1987 dont les dispositions entreront en vigueur à une date future fixée par le gouvernement) ; sur cette question, Richard, *supra*, note 28 aux pp. 790-96 ; Martel, *supra*, note 29 à la p. 482.

⁹⁸L'article 1720 *C.c.B.-C.* s'y ajoute. Toutefois, cette règle n'est pas pertinente dans le cadre de notre étude puisqu'elle vise le remboursement des dépenses du mandataire lorsque celui-ci a contracté des obligations directement avec un tiers. Il s'agit du cas où le mandataire est lié personnellement à l'égard du tiers. Voir C. Fabien, « Les règles du mandat » dans *Répertoire de droit — Mandat*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986 à la p. 156 ; P.B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 8, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909 à la p. 45 ; H. Roch et R. Paré, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952 aux pp. 77-78. Il est utile de souligner que le lecteur pourra consulter avec intérêt le texte des articles 2222, 2228 et 2229 de l'avant-projet de loi intitulé *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1ère session, 33ème législature, modifiant les dispositions du *Code civil* sur les contrats nommés. Ces articles pourraient éventuellement remplacer les règles d'indemnisation du mandataire édictées aux art. 1722 et 1725 du *C.c.B.-C.*

⁹⁹P.B. Mignault, *ibid.* aux pp. 48 et 50 ; H. Roch et R. Paré, *ibid.* à la p. 87. Sur l'interprétation du mot « faute », voir l'arrêt *Crochetière c. Frappier*, *supra*, note 18 à la p. 434 :

Sur le droit, le juge me paraît s'être bien dirigé dans son interprétation de l'article 1725 *C.c.B.-C.* L'interprétation de cet article veut que la faute commise par le mandataire dans l'exécution du mandat ne constitue pas, en soi, une fin de non recevoir à l'exercice de son recours contre le mandant, excepté dans la mesure et jusqu'à concurrence du préjudice que le mandant a pu subir par la faute du mandataire.

La protection dont bénéficie le représentant ne se limite pas à celle prévue à l'article 123.87 : il peut en outre invoquer les droits que lui reconnaissent les principes du mandat ou ceux que lui accorde un contrat d'emploi ou d'assurance.¹⁰⁰

Quant au silence du législateur fédéral, selon Me Altro, le Rapport Dickerson¹⁰¹ fournit un indice sur la nature de son intention. Il écrit à ce propos :

However, the Dickerson Report states : « Although much influenced by the New York Model, [section 124] does not adopt its policy of setting up an exclusive mandatory regime ». Therefore it appears that the intention of the legislator in spite of the silence of the law is that it is not an exclusive article.¹⁰²

Ainsi, si l'on s'en remet à cet extrait, le régime d'indemnisation de l'article 124 de la loi fédérale ne serait pas exclusif¹⁰³.

En conclusion, il est permis de soutenir, qu'en l'absence d'interdiction légale spécifique, l'indemnisation additionnelle par voie réglementaire ou contractuelle est licite¹⁰⁴. Cette interprétation a, au surplus, le mérite de procurer une solution au problème du recrutement des administrateurs et de favoriser les relations harmonieuses entre ceux-ci et les corporations qu'ils servent. Notons finalement que cette interprétation s'accorde parfaitement avec la tendance législative américaine puisque la grande majorité des lois corporatives contiennent une « non-exclusivity clause » et non le contraire¹⁰⁵.

Quelle forme doit prendre l'indemnisation additionnelle pour garantir une protection efficace aux administrateurs ?

¹⁰⁰Smith, *supra*, note 4 à la p. 295. L'auteur souligne d'ailleurs, dans un autre ouvrage, que la technique du règlement corporatif interne est fort répandue en pratique : voir Smith, *supra*, note 15 à la p. 220.

¹⁰¹*Supra*, note 65.

¹⁰²Altro, *supra*, note 12 à la p. 267.

¹⁰³Voir l'opinion de Brooks, *supra*, note 41 à la p. 193 alors qu'il commente la loi ontarienne.

¹⁰⁴Nicholl, *supra*, note 12 aux pp. 10-11, raisonne de la même façon lorsqu'il écrit :

As section 119 of the C.B.C.A. [124 L.S.A.] does not contain any « exclusivity » clause, corporations are presumably free to indemnify their directors and officers in situations not covered by the statute provided that the indemnity is not contrary to public policy.

¹⁰⁵Voir Oesterle, *supra*, note 9 à la p. 538 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 248.

B. Une protection maximale : la convention ou le règlement corporatif interne ?

D'une façon générale, deux documents juridiques sont envisagés pour l'élaboration d'une indemnisation complémentaire au régime statutaire¹⁰⁶. Le premier est intrinsèquement corporatif : le règlement interne. Le deuxième consiste en l'entente contractuelle pure et simple, mettant en présence l'administrateur et la corporation. Ces deux moyens de protection sont essentiellement équivalents dans la mesure où ils offrent les mêmes possibilités quant à leur contenu : les mêmes règles d'indemnisation peuvent être élaborées indifféremment dans l'un ou l'autre document¹⁰⁷. Toutefois, la convention présente des garanties de remboursement supérieures à celles du règlement corporatif interne puisque ce dernier peut être modifié, unilatéralement, au gré du conseil d'administration¹⁰⁸. Or, au cours du mandat d'un administrateur, certains changements peuvent survenir dans la composition du conseil d'administration. Des modifications pourront alors être apportées aux dispositions réglementaires relatives à l'indemnisation de sorte que les conditions dans lesquelles un administrateur aurait accepté de siéger peuvent être considérablement affectées dans l'avenir.

Il faut souligner que, selon une certaine opinion, les règlements corporatifs internes n'ont pas la valeur juridique d'un contrat entre les administrateurs et la corporation¹⁰⁹. Nous désirons cependant nuancer cette assertion en précisant que ce n'est pas tant au plan de la force exécutoire d'un règlement interne que l'on doit distinguer celui-ci du contrat¹¹⁰ mais plutôt dans le fait que les modalités

¹⁰⁶On évoque également la possibilité d'accorder une indemnisation complémentaire par un vote des actionnaires ou celui des administrateurs non concernés. Cependant, les deux méthodes courantes qui font l'objet de commentaires sont les règlements et les conventions. Voir McKinney, *supra*, note 6 aux pp. 756 et 760-66 ; Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 413-17 ; Brooks, *supra*, note 41 aux pp. 197-98 et 212-13.

¹⁰⁷Voir McKinney, *supra*, note 6 à la p. 763.

¹⁰⁸*Ibid.* à la p. 764. Sur les pouvoirs du conseil d'administration, voir *L.C.Q.*, art. 91 et *L.S.A.*, art. 103 (ancienne *L.S.C.C.*, art. 98), *supra*, note 1 ; voir aussi Martel, *supra*, note 29 aux pp. 489 et s.

¹⁰⁹Voir Brooks, *supra*, note 41 à la p. 197. Il est vrai que l'effet juridique des règlements internes des compagnies est plutôt ambigu : voir Oesterle, *supra*, note 9 aux pp. 518-19 n. 8.

¹¹⁰Voir Martel, *supra*, note 29 à la p. 489.

d'un règlement, contrairement à celles d'un contrat, peuvent être unilatéralement modifiées¹¹¹.

Dans cette perspective, le règlement corporatif interne offre une protection plus aléatoire. La convention d'indemnisation, quant à elle, liera la corporation au-delà des changements subits qui se produisent, parfois dans une atmosphère hostile, au sein du conseil d'administration, et ses modalités ne pourront être modifiées unilatéralement. Ainsi, tout candidat prudent devrait toujours exiger, comme condition d'acceptation d'un poste d'administration, qu'une entente contractuelle entre la compagnie et lui-même consigne les règles d'indemnisation qui régiront leurs relations. Dès lors, l'administrateur sera à l'abri des aléas d'un règlement d'indemnisation et pourra s'adresser aux tribunaux afin de faire respecter les clauses contractuelles édictées au moment de son embauche¹¹².

Il y a maintenant lieu de s'interroger sur la portée juridique des contrats et règlements offrant une protection supplémentaire au régime statutaire d'indemnisation.

C. L'effet juridique et la portée de l'indemnisation additionnelle

Si l'on accepte la thèse selon laquelle les régimes statutaires d'indemnisation ne sont pas exclusifs, il reste à déterminer jusqu'où l'on peut étendre l'indemnisation des administrateurs. Pourrait-on par convention garantir le remboursement d'une condamnation en dommages et intérêts dans le cadre d'une poursuite intentée par la compagnie ? L'indemnisation additionnelle pourrait-elle couvrir la faute volontaire et intentionnelle, le manquement au devoir de loyauté ? Il est difficile d'établir les limites précises de l'indemnisation additionnelle. La doctrine américaine le constate également :

¹¹¹Nous ne partageons pas, à cet égard, la conclusion de Me Brooks lorsque, après avoir mentionné que les règlements corporatifs ne constituaient pas un contrat entre les administrateurs et la corporation, il écrit :

As a result, notwithstanding that a particular liability suffered by a director is permitted to be indemnified by section 136 and such indemnification is provided for in the corporate by-laws, a director could not, except in the limited circumstances provided for in section 136(3), compel the corporation to indemnify him.

Voir *supra*, note 41 à la p. 197. Notons que pour pallier la difficulté relative aux modifications réglementaires unilatérales, McKinney, *supra*, note 6 à la p. 762, suggère la démarche suivante :

[...] include a provision stating that the indemnification rights established in the [...] by-law are to be deemed a contract between the individual and the corporation and that any subsequent repeal or modification does not diminish the individual's rights.

¹¹²Il est à noter que ces deux méthodes ne sont pas exclusives : rien n'empêche la corporation d'édicter des dispositions réglementaires et, à la fois, de s'engager contractuellement. C'est d'ailleurs la suggestion de Brooks, *supra*, note 41 aux pp. 197-98 (notamment pour pallier les lacunes du règlement). Il faudra alors être prudent dans la rédaction de tels documents de façon à éviter les problèmes d'interprétation que pourrait causer l'utilisation d'une terminologie différente dans l'un et l'autre document.

How far can you go under the nonexclusive provision ? I am not sure that there is a clear answer.¹¹³

Il existe une limite, généralement reconnue par les auteurs, qui doit guider la rédaction des règlements ou conventions d'indemnisation, celle de l'ordre public :

Indemnification agreements that go beyond accepted statutory limits are valid if the courts believe that they do not offend « public policy ».¹¹⁴

La notion d'« ordre public » est toutefois floue et, en ce sens, elle n'établit que des contours bien imprécis¹¹⁵. Ce concept laisse une large part à l'interprétation de sorte que son contenu peut varier, de façon purement arbitraire et sans réelle justification¹¹⁶.

Si on laisse de côté l'analyse théorique de cette limite qui, du reste, ne s'explique véritablement que dans le contexte de cas concrets, pour plutôt tenter de définir la portée de l'indemnisation additionnelle en matière d'indemnisation non-exclusive, on identifie des approches doctrinales différentes. D'abord, il existe une tendance libérale soutenant que la corporation a le pouvoir d'élaborer des droits supérieurs à ceux prévus par la loi, sans autre réserve que celle de l'ordre public¹¹⁷. D'autre part, certains auteurs démontrent une réticence à l'idée de permettre que l'on étende les droits statutaires d'indemnisation :

The basic answer is that the scope of [the nonexclusivity provision] is unclear. Most of us from Delaware believe that [it] is intended *not to broaden the scope*

¹¹³Brown et Hinsey, *supra*, note 5 à la p. 189. Voir également Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 413-14 :

There is no case that spells out the extent to which an indemnification agreement or by-laws may go in providing indemnification rights under section 145(f).

¹¹⁴Oesterle, *supra*, note 9 aux pp. 538-39 ; voir également Veasey, *supra*, note 6 à la p. 414 ; McKinney, *supra*, note 6 à la p. 757 ; Irenas et Moskowitz, *supra*, note 33 à la p. 128 ; Altro, *supra*, note 12 à la p. 267.

¹¹⁵Irenas et Moskowitz, *ibid.* à la p. 128 : « These limitations are not explicated in the Act, but lie in the amorphous parameters of « public policy ».

¹¹⁶Sur le caractère arbitraire de cette limite, voir Irenas et Moskowitz, *ibid.* à la p. 128 : « The public policy is manifested in judicial unwillingness to permit indemnification in certain circumstances. »

¹¹⁷Irenas et Moskowitz, *ibid.* à la p. 128 :

Since New Jersey's Statute is also nonexclusive, we have gone to some length to review and analyze the legal effect of nonexclusive statutory provisions. Such nonexclusivity permits the corporation to *create indemnification rights greater than those permitted by the statute*. Thus, in New Jersey, corporate actions such as by-laws may ... *expand the rights* [to indemnification] *beyond the statutory formulation* [nos italiques].

Voir également Oesterle, *supra*, note 9 aux pp. 538-39.

*of indemnification, but rather to broaden the permissible means by which indemnification can be supplied.*¹¹⁸

Si nous comprenons bien le sens de ces propos, on doit considérer la convention et le règlement corporatif interne comme étant deux instruments mis à la disposition des intéressés, instruments dont la teneur se limiterait à reprendre les mêmes règles d'indemnisation que celles prévues par la loi. Cette interprétation attribue un rôle bien mince aux conventions et règlements d'indemnisation. Dans une telle perspective, on peut s'interroger sur l'utilité de recourir à ces moyens puisqu'ils n'ajouteraient rien de plus aux droits accordés par le régime statutaire.

Finalement, d'autres auteurs jouent l'extrême prudence et interprètent ainsi les effets de la non-exclusivité :

Nevertheless, [the nonexclusivity provision] does provide support for wide-ranging agreements or by-laws that broaden indemnification rights granted in the other subsections of section 145, although provisions in such by-laws or agreements that are contrary to the limitations or prohibitions set forth in the other section 145 subsections, other statutes, court decisions, or public policy may be unenforceable.¹¹⁹

Cette interprétation constitue ni plus ni moins que le raffinement de la première théorie, exposée plus tôt. On peut toutefois y voir une approche plus restrictive. À tout le moins, cette interprétation suggère-t-elle que l'on tienne compte, en outre de l'ordre public, d'une frontière entre ce que le régime statutaire considère comme implicite et permis, et ce qu'il considère par ailleurs comme véritablement prohibé.

Force est donc de constater que la question de l'effet juridique des clauses d'indemnisation additionnelle demeure ambiguë. On doit admettre que, dans l'état actuel du droit, la rédaction d'un règlement ou d'une convention qui vise à offrir une protection accrue aux administrateurs implique toujours le risque que certaines clauses, dont la validité demeure équivoque, soient déclarées nulles¹²⁰. Il est utile, dans cette perspective, de souligner que les tribunaux amé-

¹¹⁸Brown et Hinsey, *supra*, note 5 à la p. 190 [nos italiques].

¹¹⁹Veasey, *supra*, note 6 à la p. 415.

¹²⁰Veasey, *ibid.* aux pp. 415-16 :

These various provisions should be considered for the protection of officers and directors even though they have not yet been tested in the courts and no assurance can be given that they will be upheld.

D'où l'importance de prévoir, dans toute convention d'indemnisation, une clause stipulant que la nullité d'une disposition contractuelle n'emporte pas la nullité de tout le contrat. C'est d'ailleurs ce que suggère l'auteur lorsqu'il écrit, à la p. 416 :

Agreements should contain standard severability clauses. Thus, if any provision of the agreement is declared invalid, the remainder of the agreement will not necessarily be rendered invalid.

ricains ont généralement eu tendance à interpréter restrictivement les pouvoirs des corporations d'étendre la portée du régime statutaire d'indemnisation¹²¹.

Malgré toute l'incertitude qui entoure l'effet juridique de l'indemnisation additionnelle, nous sommes tentée de proposer des réponses à trois questions plus précises sur lesquelles nous nous sommes penchée. D'abord, serait-il possible, par le biais d'une convention ou d'une disposition réglementaire, de rendre obligatoire l'indemnisation que la loi stipule comme étant facultative, sous réserve de l'ordre public ? Il semble que cette hypothèse soit tout à fait concevable et ne rencontre aucune embûche. D'ailleurs, au sens strict, ceci ne modifie en rien l'étendue des règles statutaires d'indemnisation : les situations spécifiques pour lesquelles l'indemnisation est permise par la loi demeurent les mêmes, seulement elles donneront lieu à une indemnisation obligatoire plutôt que facultative. Un auteur américain tenait, à cet égard, les propos suivants :

A by-law provision that mandates indemnification in circumstances in which the state statute is permissive is a highly advantageous right for directors and officers.¹²²

L'indemnisation additionnelle peut-elle pallier les silences de la loi en prévoyant spécifiquement, par exemple, la possibilité pour les administrateurs de recevoir des avances de la corporation aux fins de préparer leur défense ou encore, en précisant des modalités d'indemnisation lors d'enquêtes administratives ? À notre avis, c'est là un des rôles essentiels que l'on doit prêter à l'indemnisation additionnelle : clarifier une disposition législative peu loquace ou rédigée en termes généraux. La convention ou le règlement complète alors le non-dit qui, par ailleurs, dans le contexte général de la disposition statutaire, ne semble pas interdit. Bien qu'en principe une convention ou un règlement rédigé à cet effet ne devrait soulever aucun problème de légalité, certaines difficultés d'application peuvent rendre l'exercice subtil. D'aucuns pourraient prétendre que tout ce sur quoi la loi ne s'exprime pas clairement ne constitue pas un droit et dès lors, s'interprète comme une prohibition implicite.

¹²¹Oesterle, *supra*, note 9 à la p. 539 :

... Interestingly, those few cases in which courts have been confronted with agreements that go beyond the statutory bounds indicate that the courts are not sympathetic to expanding the statutory provisions.

Voir aussi, McKinney, *supra*, note 6 à la p. 756 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 248 :

Notwithstanding the breadth of nonexclusivity provisions, the few cases in which the issue has been presented suggest that courts will either ignore such provisions or read them restrictively.

¹²²McKinney, *supra*, note 6 à la p. 761 ; voir également Veasey, *supra*, note 6 à la p. 415 :

For example, indemnification agreements or by-laws could be provided for : (i) [...] (ii) mandatory advancement of expenses, which the indemnitee can, in many instances, obtain on demand [...].

Voir les réserves de Smith, *supra*, note 15 à la p. 220.

Finalement, la question la plus épineuse concerne les exclusions, implicites ou explicites, du régime statutaire d'indemnisation : peut-on, par voie contractuelle ou réglementaire, carrément contourner ce que la loi exclut du champ d'indemnisation ? La situation principalement visée par cette question est l'indemnisation du montant fixé lors de la condamnation d'un administrateur dans le cadre d'une poursuite intentée par ou au nom de la compagnie. On sait déjà que les lois étudiées nient systématiquement à l'administrateur l'indemnisation dans un tel cas. La convention d'indemnisation pourrait-elle aller à l'encontre de cette prohibition statutaire et offrir cette protection à l'administrateur ? La majorité des auteurs y répondent par la négative en invoquant comme motif la rétrocession des bénéfices du jugement entre les mains du fautif, motif classé sous la limite qu'impose l'ordre public¹²³. Cette opinion nous semble raisonnable dans la mesure où l'indemnisation additionnelle entre ici directement en conflit avec la loi, non pas sur une technicalité, mais sur un principe général de justice. Dans le même ordre d'idées, nous croyons qu'une convention ou un règlement ne pourrait pourvoir à l'indemnisation d'un administrateur qui n'aurait pas satisfait aux standards de conduite imposés par la loi, c'est-à-dire qui aurait commis une faute lourde ou un manquement au devoir de loyauté.

Ainsi, les moyens d'accroître la protection des administrateurs ne peuvent aller jusqu'à créer un droit absolu à l'indemnisation. Il demeure pourtant que ces moyens ont une importance pratique à maints points de vue. Sans prétendre en faire une liste exhaustive, voici quelques suggestions :

généralités

- i) il serait préférable, en regard des frais et dépenses, de préciser que les honoraires d'avocat sont couverts afin d'éviter toute discussion visant à faire une distinction de traitement entre les frais judiciaires et les frais extra-judiciaires¹²⁴ ;
- ii) des modalités relatives au déboursement d'avances devraient être explicitement élaborées. Compte tenu que certaines poursuites peuvent être complexes et se dérouler sur une période de temps relativement longue, l'administrateur peut être tenu de faire des paiements intérimaires importants au cours de la préparation du dossier. Une disposition portant sur la possibilité, ou encore sur le droit, d'obtenir des avances devrait donc apparaître au contrat ou au règlement. La corporation peut, par ailleurs, se protéger en stipulant l'obligation de l'administrateur de rembourser les avances consenties dans l'hypothèse où, à l'issue du procès, l'administrateur ne remplit pas les conditions lui permettant de tou-

¹²³Brown et Hinsey, *supra*, note 5 à la p. 190 : « I believe it [nonexclusive provision] is not intended, for example, to allow one to indemnify against a judgement in a derivative action... ». Voir également Irenas et Moskowitz, *supra*, note 33 à la p. 130.

¹²⁴Voir Altro, *supra*, note 12 à la p. 270 ; McKinney, *supra*, note 6 à la p. 762.

cher l'indemnisation aux termes de la loi, d'une convention ou d'un règlement¹²⁵ ;

poursuite des tiers

iii) en ce qui concerne les corporations régies par la loi fédérale, nous estimons que les défenses dites techniques ou procédurales à l'origine d'un gain de cause obtenu par un administrateur devraient être prévues comme donnant ouverture au droit à l'indemnisation¹²⁶ ;

iv) de même, certaines précisions pourraient être apportées relativement aux droits d'indemnisation lors du succès partiel d'une poursuite au fédéral. Le tribunal pourrait alors être appelé à intervenir dans la détermination des montants à rembourser¹²⁷ ;

v) en ce qui a trait à la loi québécoise, on pourrait élaborer une disposition permettant, dans l'hypothèse d'une condamnation pénale ou criminelle de l'administrateur, l'indemnisation des frais de défense, y compris les honoraires d'avocat, et même, possiblement, le remboursement de l'amende dans le cas où l'administrateur avait des motifs raisonnables de croire que sa conduite était conforme à la loi. Bien que l'indemnisation dans de telles circonstances soit implicitement exclue par les termes de l'article 123.87 de la *Loi sur les compagnies*, rappelons qu'elle est permise, quoique non obligatoire, dans la *Loi sur les sociétés par actions*¹²⁸ ;

vi) l'indemnisation des frais occasionnés par une enquête administrative devrait également faire l'objet de clauses explicites¹²⁹.

poursuite de la compagnie

vii) en cas de succès ou de règlement hors cour d'une poursuite intentée par la compagnie, bien que les montants versés à la compagnie elle-même ne puissent, avec raison, être remboursés à l'administrateur¹³⁰, nous croyons que l'indemnisation des frais de défense, y compris les honoraires d'avocat, pourrait être prévue¹³¹.

¹²⁵Voir Altro, *ibid.* à la p. 268. Voir aussi : McKinney, *ibid.* aux pp. 752-53.

¹²⁶Altro, *ibid.* à la p. 269.

¹²⁷Par ex. *L.C.Q.*, *supra*, note 1, art. 123.88.

¹²⁸*L.S.A.*, *supra*, note 1, art. 124(1).

¹²⁹Altro, *supra*, note 12 aux pp. 269-70 ; Smith, *supra*, note 4 à la p. 295 ; McKinney, *supra*, note 6 à la p. 762.

¹³⁰Pour des motifs déjà évoqués, voir dans le présent texte les propos relatifs à la poursuite de la compagnie au chapitre de la Partie IA de la *Loi sur les compagnies*.

¹³¹D'ailleurs, sous réserve de l'approbation du tribunal, cette possibilité existe aux termes de l'article 124(2) *L.S.A.*, *supra*, note 1. Peut-être pourrait-on rendre l'indemnisation de ces frais obligatoire ?

Comme nous le mentionnions auparavant, notre propos n'était pas d'épuiser la liste des possibilités. L'important consiste à bien évaluer les besoins de la corporation et ceux de l'administrateur, en considérant spécifiquement les règles juridiques qui les régissent.

Nous suggérons, dans le contexte actuel d'incertitude entourant la validité des clauses d'indemnisation additionnelle, de faire approuver par les actionnaires toute convention ou tout règlement corporatif dont l'objectif est de procurer aux administrateurs une protection élargie par rapport à celle prévue statutairement et ce, afin de se mettre à l'abri d'éventuels reproches de conflit d'intérêts¹³².

Il est certain que l'indemnisation additionnelle par voie de contrat et de règlement corporatif interne constitue un atout pour l'administrateur, nonobstant le caractère ambigu de quelques-uns de ses aspects. Cet avantage ne se matérialise cependant que si la corporation maintient une bonne santé financière. Dans la mesure où les administrateurs sont parfois la cible de poursuites personnelles justement en raison de la précarité de la situation financière de la corporation, l'indemnisation corporative perd ses vertus protectrices. C'est pourquoi les mesures additionnelles d'indemnisation ne dispensent pas la corporation de recourir, au surplus, à l'assurance comme moyen supplémentaire de protection¹³³.

Section 3 — La protection complémentaire des administrateurs par l'assurance

Nous nous proposons d'aborder dans cette partie d'une part le rôle que peut jouer l'assurance, dans la perspective d'une protection élargie pour les administrateurs, et d'autre part la nature des contrats types d'assurance. Mais auparavant, il est opportun de préciser que tant les corporations québécoises que fédérales ont le pouvoir de souscrire une police d'assurance couvrant les pertes susceptibles d'être encourues par leurs administrateurs. La loi fédérale le pré-

¹³²Voir McKinney, *supra*, note 6 à la p. 765 ; Mallen et Evans, *supra*, note 6 à la p. 465 ; Brown et Hinsey, *supra*, note 5 à la p. 191 :

[...] it is clearly desirable to get shareholder approval of any attempt to go beyond the statutory minimum of indemnification for just that reason. The directors have a conflict — they are basically asking for the power to pay themselves out of the corporate till — and probably have a burden of showing fairness by analogy to contracts with conflicts.

¹³³Mallen et Evans, *ibid.* à la p. 466.

voit expressément à l'article 124(4)¹³⁴. Bien que la loi provinciale n'ait pas d'article équivalent, on reconnaît également cette faculté aux corporations québécoises en vertu de leurs pouvoirs généraux¹³⁵.

Rappelons que notre intention n'est pas de faire une étude détaillée des questions juridiques que soulève l'assurance-responsabilité des administrateurs. Notre but consiste plutôt à faire des commentaires généraux sur l'utilité de l'assurance en tant que moyen de protection complémentaire à l'indemnisation corporative.

A. *Le rôle de l'assurance*

L'auteur M.S. Brooks décrit clairement les rôles respectifs que jouent l'assurance et l'indemnisation dans la protection des administrateurs :

The indemnity agreement will generally serve as a director's first source of reimbursement, to the extent that a particular liability is indemnifiable. The [director and officer] insurance is really only secondary protection in the event the corporation is, for financial reasons, unable to indemnify the director, or in the event that the particular liability is one which cannot be legally indemnified but which can be insured.¹³⁶

L'assurance tient donc un rôle secondaire. Il faudrait cependant se garder de confondre secondaire et facultatif. Nous insistons sur le fait que, si l'assurance est considérée comme un moyen de protection complémentaire, elle demeure néanmoins essentielle et nécessaire dans le cadre d'un régime global de protection. On ne doit pas sous-estimer sa valeur, ne serait-ce qu'en raison du fait, qu'en pratique, de nombreux administrateurs accordent une importance primordiale à l'assurance et jugent que sa disponibilité est indispensable au point où ils en font un prérequis pour accepter d'assumer le poste¹³⁷. Ils y trouvent une source de sécurité indépendante de la corporation et donc, forcément, hautement rassurante.

On identifie généralement deux principaux champs où l'assurance prend toute son utilité : (i) pour combler les carences laissées par les régimes statu-

¹³⁴Martel, *supra*, note 29 aux pp. 481-82.

¹³⁵Art. 358 *C.c.B.-C.* ; *L.C.Q.*, *supra*, note 1, art. 123.29. Voir aussi Smith, *supra*, note 4 à la p. 294 ; Martel, *ibid.* à la p. 481 ; Oesterle, *supra*, note 9 à la p. 549 :

A majority of states have expressly authorized corporations to purchase insurance against director and officer liability [...] In those jurisdictions that do not have statutes specific to the matter, it is generally assumed that corporations may, consistent with their general powers, buy such insurance.

¹³⁶Brooks, *supra*, note 41 à la p. 198.

¹³⁷Ross, *supra*, note 6 à la p. 787.

taires et les moyens additionnels d'indemnisation, (ii) pour remédier au refus ou à l'incapacité de la corporation de rembourser l'administrateur¹³⁸.

L'exemple classique cité pour illustrer les lacunes des régimes d'indemnisation est évidemment le cas du non-remboursement du montant versé par l'administrateur suite à une condamnation ou à un règlement hors cour dans le cadre d'une action intentée par la compagnie. Bien que l'indemnisation de ces sommes soit exclue par les lois corporatives, les auteurs¹³⁹ s'entendent pour soutenir que leur remboursement peut être couvert par contrat d'assurance¹⁴⁰.

Quant au refus ou à l'incapacité de la corporation de verser l'indemnisation à laquelle pourrait avoir droit l'administrateur, l'assurance offre ici un palliatif intéressant ; pensons notamment au refus d'accorder l'indemnisation dans l'hypothèse de changements provoqués au sein d'un conseil d'administration lors d'une prise de contrôle hostile, ou encore, à l'insolvabilité ou à la faillite de la corporation¹⁴¹.

B. La convention type d'assurance

Nous serons très brève sous cette rubrique, notre objectif étant uniquement de renseigner le lecteur sur la forme que prend généralement le contrat type d'assurance¹⁴².

¹³⁸Voir Block, *supra*, note 10 à la p. 249 ; Brown et Hinsey, *supra*, note 5 aux pp. 181-82 ; Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 418-19 ; Ross, *supra*, note 6 aux pp. 785-86 ; Brooks, *supra*, note 41 aux pp. 198 et 204. Il est à remarquer que l'ordre public semble présider à la rédaction des contrats d'assurance comme pour tout contrat.

¹³⁹*Ibid.*

¹⁴⁰Il semble que les raisons qui ont justifié les législateurs de prohiber l'indemnisation statutaire de telles sommes par la corporation n'empêchent par ailleurs pas les assureurs de couvrir une telle situation. Voir le commentaire de Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 418-19 :

As discussed above, the policy behind the prohibition of indemnification for such items in derivative — as opposed to direct — suits is based on the fact that the ultimate plaintiff in a derivative action is the corporation on whose behalf the suit is brought. Consequently, the corporation would not receive the benefit of a money judgment or settlement in its favor if it were to reimburse the defendant for the amount of the judgment or settlement he paid to the corporation in the litigation. [...] While these policy reasons were deemed sufficient to prohibit indemnification for amounts paid in settlement of derivative actions or in satisfaction of judgments rendered therein, the authors of the statute believed that such policies were not abrogated by allowing a corporation to pay the premium on an insurance policy insuring against, among other things, payment of such amounts.

¹⁴¹Voir Brown et Hinsey, *supra*, note 5 aux pp. 182 et également 194-96 ; Ross, *supra*, note 6 à la p. 786.

¹⁴²Le lecteur pourra consulter plus spécifiquement sur la question : Nicholl, *supra*, note 12 aux pp. 1 à 39 ; Ross, *ibid.* aux pp. 775-807 ; Mallen et Evans, *supra*, note 6 aux pp. 439-72.

Soulignons d'abord que la couverture de la convention type d'assurance comporte habituellement deux volets¹⁴³. Le premier concerne la responsabilité personnelle des administrateurs : il vise à compenser les pertes subies par ceux-ci, découlant d'une poursuite pour un acte fautif, sous réserve toutefois des pertes pour lesquelles ils ont été indemnisés par la corporation. Mentionnons que l'administrateur se trouve alors à être le bénéficiaire d'une assurance contractée par la corporation. Le deuxième volet offre, à la corporation cette fois, le remboursement des sommes qu'elle verse aux administrateurs aux fins de les indemniser¹⁴⁴.

Trois clauses méritent l'attention particulière des personnes concernées, soit la corporation et les administrateurs. Il s'agit des clauses définissant les termes « acte fautif » et « perte » ainsi que de la clause énonçant les exclusions¹⁴⁵. Celles-ci peuvent varier légèrement d'un contrat à l'autre. Cependant, nous soumettons les textes suivants à titre d'exemples :

« Wrongful Act »

any actual or alleged error or misstatement or misleading statement or act or omission or neglect or breach of duty by the directors or officers in the discharge of their duties, individually or collectively, or any other matter not excluded by the terms and conditions of this policy, claimed against them solely by reason of their being directors or officers of the company.

« Loss »

any amount which the directors and officers are legally obligated to pay for which they are not indemnified by the company, or which the company may be required or permitted by law to pay as indemnity to the directors and officers, for a claim or claims made against them for wrongful acts, [...]

« Exclusions »

Except in so far as the company may be required or permitted by law to pay as indemnity to the directors or officers, the insurer shall not be liable to make any payment for loss in connection with any claim made against the directors or officers :

(1) for libel or slander ;

(2) based upon or attributable to their gaining in fact any personal profit or advantage to which they were not legally entitled ;

¹⁴³Il peut s'agir d'une police d'assurance simple ou d'une police dite « tandem » i.e., en pratique, deux polices réunies sous un même contrat, en contrepartie d'une seule prime : Nicholl, *ibid.* aux pp. 21 et 24. Voir aussi Block, *supra*, note 10 à la p. 250 ; Ross, *ibid.* à la p. 782 ; Brown et Hinsey, *supra*, note 5 à la p. 180 ; Mallen et Evans, *ibid.* à la p. 444.

¹⁴⁴Voir Nicholl, *ibid.* à la p. 30 et s., en ce qui concerne certains problèmes d'interprétation dans le libellé des clauses.

¹⁴⁵Brooks, *supra*, note 41 aux pp. 204-07 ; Ross, *supra*, note 6 à la p. 782 ; Block, *supra*, note 10 à la p. 251 ; Mallen et Evans, *supra*, note 6 aux pp. 452-56.

(3) for the return by the directors or officers of any remuneration paid in fact to them without the previous approval of the stockholders of the company, if payment of such remuneration shall be held by the courts to be in violation of the law ;

(4) for an accounting of profits in fact made from the purchase or sale by the directors or officers of securities of the company within the meaning of Section 16(b) of the *Security Exchange Act of 1934* and amendments thereto or similar provisions of any statutory or common law ;

(5) for any liability, costs, charges or expenses incurred under Section 113 of the *Securities Act 1966* (Ontario) and amendments thereto or under similar provisions of any statute or other law of Canada or any other Province thereof ;

(6) brought about or contributed to by the dishonesty of the directors or officers ; however, notwithstanding the foregoing, the directors or officers shall be protected under the terms of this policy as to any claims upon which suit may be brought against them by reason of any alleged dishonesty on the part of the directors or officers, unless a judgment or other final adjudication thereof adverse to the directors or officers shall establish that acts of active and deliberate dishonesty committed by the directors or officers with actual dishonest purpose and intent were material to the cause of action so adjudicated.¹⁴⁶

Soulignons que l'augmentation des poursuites dirigées contre les administrateurs a entraîné aux États-Unis un effet de crise dans le domaine des assurances. Ainsi, il existe actuellement une tendance des compagnies d'assurance soit à modifier leur police pour en limiter considérablement la couverture soit à hausser substantiellement leur prime de sorte qu'il est devenu difficile pour certaines corporations de maintenir en vigueur les contrats qu'elles avaient souscrits¹⁴⁷. Cet état de chose se reflétera sans doute dans un avenir rapproché au Québec et au Canada. Faudra-t-il alors chercher de nouvelles solutions ? Aux États-Unis, certains états ont légiféré pour permettre aux corporations de restreindre la responsabilité des administrateurs par l'insertion de clauses dans leur charte¹⁴⁸. Mais outre l'intervention législative, on connaît également des initiatives corporatives : certaines corporations se sont en effet regroupées afin de contribuer à un fonds spécial, affecté à l'indemnisation des administrateurs. Cette technique constitue, en fait, ce qu'on pourrait appeler de l'auto-assurance¹⁴⁹.

¹⁴⁶Ces exemples de clauses contractuelles ont été tirés de Nicholl, *supra*, note 12 aux pp. 21-23 ; bien entendu, il y aurait lieu, pour les paragraphes (4) et (5) de la clause énumérant les exclusions, d'opérer la correspondance avec les textes législatifs québécois.

¹⁴⁷Voir Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 400-01 ; Ross, *supra*, note 6 aux pp. 776-82 ; Mallen et Evans, *supra*, note 6 aux pp. 439-44.

¹⁴⁸Voir *supra*, note 6.

¹⁴⁹Oesterle, *supra*, note 9 à la p. 553 et s. ; Mallen et Evans, *supra*, note 6 à la p. 459 et s. ; Veasey, *supra*, note 6 aux pp. 419-21 ; Ross, *supra*, note 6 à la p. 793 et s.

Conclusion

Malgré les tentatives récentes destinées à combattre les effets de la responsabilité potentielle des administrateurs, les risques de pertes demeurent significatifs. Les moyens de protection disponibles ne peuvent, de façon absolue, mettre les administrateurs à l'abri des conséquences pécuniaires des poursuites susceptibles d'être intentées contre eux.

La voie première de protection consiste évidemment à tenter d'éviter, dans la mesure du possible, la naissance de litiges. Ceci sous-entend la sensibilisation des administrateurs au respect de leurs devoirs de diligence et de loyauté à l'égard de la corporation et l'invitation à la plus grande prudence dans leurs relations avec les tiers.

Cela dit, et sachant que certaines poursuites ne peuvent être évitées, la convention et le règlement d'indemnisation peuvent assurément offrir une protection accrue aux administrateurs. À cet égard, il va sans dire que le rédacteur devra apporter une attention toute particulière au libellé de ces documents¹⁵⁰ et ce, spécialement lorsqu'il choisira de rédiger à la fois une convention et un règlement corporatif interne.

Quant à l'assurance, rappelons qu'elle ne constitue pas un substitut aux conventions et règlements d'indemnisation et que c'est dans la complémentarité que ces moyens offrent la meilleure protection à l'administrateur.

¹⁵⁰Voir à cet égard la critique énoncée par Ross, *ibid.* aux pp. 761-62 quant à l'utilisation pure et simple de la formule : « The corporation shall indemnify [...] to the full extent permitted by applicable law. »