

3 – L'approche financière en matière d'assurance de responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants

Gilles Nadeau

Volume 48, Number 1, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1104068ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1104068ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Nadeau, G. (1980). 3 – L'approche financière en matière d'assurance de responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants. *Assurances*, 48(1), 67–80. <https://doi.org/10.7202/1104068ar>

3 - L'approche financière en matière d'assurance de responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants

par

GILLES NADEAU, c.A. ¹

Introduction

67

Notre intention est de traiter de l'assurance responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants de l'intérieur, c'est-à-dire à partir d'un point de vue qui nous sert à comprendre le risque pécunier propre à toute assurance, à l'identifier et à évaluer ses probabilités de réalisation.

Pour ce faire, notre exposé sera développé à partir de trois éclairages différents qui sont présentés ici. Qu'il nous suffise de dire que cette approche est empirique et qu'elle s'appuie sur des données constatées et largement répandues.

A - La dimension et la nature du risque financier D & O

L'organisme *Financial Post* a relevé qu'il existe au Canada environ 14,000 administrateurs de sociétés. Au cours des quinze dernières années, des scandales très importants à l'échelle canadienne ont secoué la communauté financière et le public investisseur. Rappelons-nous les cas de:

Atlantic Acceptance

Prudential Finance

Windfall

et, plus près de nous, au Québec,

Corporation Foncière de Montréal (COFOMO)

Marine Industrie, Ltée, Richelieu Dredging Corp. Inc.,

J.P. Porter Ltd., McNamara Corp. Ltd., et autres.

¹M. Gilles Nadeau est vice-président de Gestas Inc., membre du groupe Sodarcan.

ASSURANCES

Compte tenu de toute la publicité qui a entouré les affaires précitées et du raz-de-marée américain qui menace de déferler un tant soit peu au Canada, car aux États-Unis et particulièrement vers la Côte ouest, n'importe qui a tendance à poursuivre n'importe qui pour n'importe quoi. Bien sûr, les administrateurs et dirigeants de sociétés, non seulement ne sont pas épargnés, mais sont les premières cibles visées après l'entreprise elle-même.

68

Qu'il suffise de mentionner qu'il y a deux ans, à Pittsburg, la Gulf Oil a conclu une entente de quelques millions de dollars, suite à une poursuite émanant d'actionnaires contre dix-neuf de ses administrateurs et dirigeants. Il ne s'agit pas de brandir d'épouvantail mais, inévitablement, un de ces jours, nous retrouverons au Canada des poursuites du genre. À titre d'exemple, il nous semble intéressant d'indiquer ici certains cas réglés aux États-Unis en 1978.

- Total des réclamations affectant des sociétés privées: 16
- Total de celles affectant des organismes à but non lucratif: 7
- Total de celles affectant des sociétés mutuelles: 14

En ce qui concerne les 16 sociétés privées, la demande émanait:

- des actionnaires: 4
- des associés commanditaires: 3
- des employés et anciens employés: 3
- du gouvernement et anciens propriétaires: 3
- autres: 3

Les motifs invoqués à l'encontre <lesdites sociétés privées peuvent se résumer aux actes suivants: lésion aux prix des droits contractuels, violation des lois antitrust, présentations trompeuses, bris de contrats d'emploi, manquement au devoir - actionnaires minoritaires. Pour compléter ce tableau, la

réclamation la plus élevée était à plus de \$20 millions, le règlement le plus élevé à plus de \$10 millions et les frais juridiques les plus élevés à plus de \$1 million.

Voici, à titre d'illustration, quelques autres exemples américains:

1 , Société minière. Actifs de plus de un milliard de dollars. Réclamation produite par une agence gouvernementale et par des employés.

Motif: violation des lois contre les trusts.

Règlement partiel par l'assureur D & O en vigueur, sachant que le montant du règlement était supérieur à \$5 millions avec frais juridiques s'élevant à \$600,000.

2 , Société industrielle détenue par des intérêts privés. Actifs de moins de \$50 millions.

Réclamation produite par les actionnaires.

Motif: violation des lois contre les trusts.

Règlement de plus de \$20 millions demandé; règlement réel accordé de l'ordre de \$10 millions, avec frais juridiques s'élevant à \$1 million.

3 , Organisme de services professionnels. Actifs de moins de \$75 millions.

Réclamation produite à la fois par les actionnaires, à la fois par une agence gouvernementale et les anciens propriétaires d'une société acquise par ledit organisme.

Motifs: présentations trompeuses, complicité, conspiration dans le dessein de perpétrer une fraude.

Règlement: plus de \$2 millions aux actionnaires, plus de \$2 millions aux anciens propriétaires de la société acquise, aucun dommage-intérêt accordé à l'agence gouvernementale. Frais juridiques de l'ordre de \$2.5 millions. Malheureusement, nous pourrions continuer ainsi pendant plusieurs pages cete liste édifiante de règlements américains.

70

De cette énumération sommaire de cas, et plus particulièrement dans celui de la Gulf, il ressort un dénominateur commun: la méconnaissance des activités et des problèmes reliés à leur entreprise. Trop souvent, les administrateurs savent plus ou moins ce qui se passe et sont souvent accusés de grossière négligence. Avant d'accepter un tel poste, nos futurs administrateurs du sud posent un certain nombre de questions et il importe qu'ils soient renseignés sur plusieurs données importantes. À cet effet, il existe une *checklist* qui permet de vérifier un par un les principaux aspects inhérents à la compréhension globale de la société. Les documents constitutifs de la compagnie ont-ils été lus et examinés ? Les lettres patentes et les règlements sont-ils connus? Les états financiers internes sont-ils vérifiés ? Les documents touchant les fonds de pension, ceux qui visent les politiques internes ainsi que les renseignements détaillés sur les opérations de la société et les postes établis sur l'organigramme sont, en outre, autant d'informations essentielles qui doivent parfaire à la bonne connaissance des administrateurs. Finalement, certaines structures internes pouvant exister dans un certain nombre de compagnies contribuent également à la sécurité des administrateurs: les Comités.

Les quatre plus importants comités, tel qu'indiqué et brièvement explicité ci-après, dont les deux premiers sont d'origine américaine:

- 1 - le Comité de nomination
- 2 - le Comité de conflits d'intérêts
- 3 - le Comité de rémunération
- 4 - le Comité de vérification.

1 - Comité de nomination

Il nomme les administrateurs et établit la procédure visant à identifier les candidats susceptibles d'accéder aux postes de

direction, conformément aux critères de sélection des membres du Conseil d'administration. Il recommande à ce dernier le successeur éventuel du président directeur général (P.D.G.), en cas de retraite, révisé et voit à la bonne marche des divers comités, tout en contrôlant les fonctions et critères de sélection des membres de ces comités, en faisant des recommandations à tous les membres du Conseil d'administration réunis.

2 - Comité de conflits d'intérêt

71

Il étudie les commentaires, émis de temps à autre par les administrateurs et les dirigeants, ayant trait à des situations pouvant comporter des conflits d'intérêt, tant pour ceux-ci que pour leur entourage immédiat. Il voit à l'application de politiques de la société concernant les situations pouvant comporter des conflits d'intérêt, après avoir établi la procédure de surveillance qui vise à assurer que les administrateurs et dirigeants agissent conformément aux principes et aux politiques définis.

3 - Comité de rémunération

Il approuve, révisé et recommande au Conseil d'administration que soit approuvés le traitement annuel, les bonis et autres formes de rémunération, avantages sociaux directs ou indirects du P.D.G. des administrateurs et certains autres membres de la haute direction. Ceci peut englober tant la rémunération salariale que les autres avantages, incluant les plans d'achat d'actions dans l'administration desquels il doit s'impliquer directement. Il voit également à l'appréciation du rendement des membres de la direction, en vertu de laquelle la rémunération est fixée par ce comité. A ce comité est confiée la révision annuelle des allocations de dépenses des membres de la direction, laquelle doit en discuter avec le cabinet des vérificateurs externes et en faire rapport au Conseil d'administration. Il doit, à l'occasion, faire appel à des conseillers en

rémunération à l'extérieur, afin de s'assurer du réalisme, de la validité et de l'aspect confidentiel des divers modes de rémunération de la société.

4 — Comité de vérification

72 Il approuve à la fois la nomination des vérificateurs et, de concert avec ces derniers, il définit la nature du travail à effectuer dans le cadre normal de vérification, de même que toutes opérations ou travaux spéciaux connexes. Plus concrètement, il révisé et examine le plan de vérification, la lettre d'engagement et l'estimation des honoraires pour l'année en cours. Avec le personnel financier et les comptables de la société, il étudie les méthodes de contrôle interne, s'assure de la nature des activités des vérificateurs internes et voit à ce que les recommandations de ces derniers soient mises en vigueur.

Nous ne croyons pas qu'il s'agisse là de cas marginaux, mais d'une tendance de plus en plus marquée dans les sociétés américaines, d'utiliser ces comités pour minimiser l'impact ou d'éviter de prêter flan à des poursuites.

Qu'en est-il au Canada ? Le *Ontario Business Corporation Act* apporte la notion de *care, diligence and skill*, la Loi des compagnies du Québec préconisant d'agir en bon père de famille. Dans les autres provinces canadiennes, la Colombie-Britannique, le Manitoba et l'Alberta, la tendance, si ce n'est pas déjà fait, est de se rapprocher de l'esprit du législateur ontarien.

On dira qu'avant d'accepter un poste au Conseil d'administration ou d'être dirigeant d'une société, tout candidat devrait avoir analysé les conditions d'exercice de ces charges, examiné tout document ou toute situation qu'il jugera nécessaire, en vue d'élargir ses connaissances sur la nature des

opérations de la société dans laquelle il sera appelé à siéger. Il devrait s'assurer, en outre, de l'existence d'un règlement d'indemnité dans la société et verra, au besoin, à le faire examiner par un conseiller juridique.

B - L'évaluation financière proprement dite

Parmi les éléments servant à la détermination du risque pour ce genre d'assurance, un des éléments importants demeure le rapport annuel, accompagné des états financiers. Des problèmes auxquels l'assureur a souvent à faire face, le premier est sans doute la demande pressante pour ce genre d'assurance, sans que les administrateurs et dirigeants soient pleinement conscients du risque impliqué. Dans certains cas, la couverture est loin d'être assurée, compte tenu de certains éléments négatifs.

73

En examinant de façon générale le bilan, on pourra s'attarder à certains éléments. Cet examen du bilan doit se faire parallèlement avec la proposition qui a déjà été soumise à l'assuré éventuel.

1° La nature et la répartition des différentes classes d'actions votantes. Le Conseil d'administration et les dirigeants détiennent-ils la majorité des actions, soit directement ou indirectement? Ces renseignements sont trouvés dans la circulaire d'information qui accompagne l'avis d'assemblée annuelle. La tendance serait à l'effet qu'une société ayant une très large base de distribution de ses actions présente un risque additionnel de poursuites de la part des actionnaires contre les administrateurs.

2° La rentabilité de l'entreprise, c'est-à-dire la constance et la croissance dans les bénéfices.

3° Les différents ratios et éléments:

a) de liquidité;

ASSURANCES

- b) de dettes à long terme vs les garanties offertes;
- c) d'endettement par rapport à l'avoir des actionnaires;
- d) les placements et leur mode de comptabilisation dans les sociétés affiliées;
- e) les variations à l'avoir des actionnaires;
- f) les impôts reportés;
- 74 g) les postes extraordinaires et leur influence sur les bénéfices par actions, de même que l'état des bénéfices non répartis;
- h) la marge de bénéfice par rapport au revenu brut ou au chiffre d'affaires;
- i) le rendement sur le capital investi;
- j) les régions où les sociétés évoluent;
- k) cette société fait-elle partie d'un groupe et si oui, quel est le degré d'appartenance ou quel est le pourcentage de contrôle exercé par la compagnie-mère?
- l) le genre de produits fabriqués;
- m) y a-t-il eu des offres d'émission de titres dans le public dans l'année courante et quel a été le succès de ladite émission?
- n) la société est-elle impliquée dans un programme d'acquisition ou de fusion ?
- o) ne compte-t-elle exclusivement que sur le réinvestissement de ses bénéfices ?
- p) la politique de dividendes et la comptabilité ou complémentarité quant à la nature des opérations des filiales et celle de la compagnie-mère;
- q) l'examen des prêts aux administrateurs et actionnaires.

4° Beaucoup d'autres éléments ne transpirent pas, ni dans les états financiers, ni dans le rapport annuel. L'assureur doit voir et interpréter les tendances d'après les rapports du Conseil d'administration ou du chef de la direction et, au besoin, avec la permission du courtier, prendre contact avec le client. Bien sûr, il s'agit au départ d'une analyse, mais il faut se faire une idée globale du portrait de l'entreprise, par l'intermédiaire de la proposition de l'état financier et du courtier. Comme invoqué plus haut, il s'agit de voir les tendances et d'essayer de déceler si, par exemple, certaines notes aux états financiers auront un effet marquant sur les résultats de l'année en cours. Par exemple, les passifs éventuels ou les notes aux états financiers qui, si elles eussent été comptabilisées, auraient eu un effet déterminant sur les bénéfiques. Nous pensons, entre autres, à des bris de contrat, aux réclamations d'impôt contestées, aux comptabilisations d'allocation de coûts en capital pour fins d'impôt en excédent de l'amortissement aux livres qui, avant 1976, n'étaient pas comptabilisés et ayant pour effet de créer une distorsion plus qu'importante entre les bénéfiques réels et les bénéfiques comptabilisés. Il en est ainsi des changements de principes comptables dans le mode de comptabilisation des revenus ou des coûts comptabilisés: entreprises de service public, cablo distribution, forage de pétrole.

75

En effet, il s'agit de déceler d'où pourraient venir les réclamations. L'expérience américaine a prouvé que lorsque des acquisitions étaient mal *digérées*, lorsque des fusions étaient mal assimilées, lorsqu'une politique de dividende datant de plusieurs années était arrêtée, on se trouve en présence de cas potentiels de poursuites envers les membres du Conseil d'administration.

Il est important d'examiner également si les membres du Conseil d'administration ou les dirigeants sont déjà impliqués dans d'autres conseils d'administration de sociétés impor-

tantes. On se rappellera qu'au début, on disait qu'approximativement 14,000 administrateurs siégeaient à des conseils d'administration au Canada. Si nous procédons par élimination parmi les cent plus grandes sociétés, nous oserions croire que seulement quelques centaines se retrouvent aux mêmes conseils d'administration.

76

Bien entendu, une société canadienne publique qui émet régulièrement des titres peut s'exposer à des poursuites, compte tenu des différents aspects et des obligations légales qu'elle a envers ses obligataires ou ses nouveaux actionnaires, et compte tenu des organismes qui régissent de telles émissions. D'autres sociétés, dont la croissance dépend d'acquisitions par voie d'émissions d'actions du Trésor ou encore des sociétés dans une industrie *volatile* ou sujette à des conditions spéciales, sont exposées à des poursuites, beaucoup plus que d'autres. Par exemple, celles impliquées dans des services publics, dans des industries ou des secteurs d'activités surtout *tranquilles*. Bien sûr, le coût de la prime correspondra à la nature du risque car, par définition, l'assurance n'est qu'un moyen de compenser ou de transférer le risque ...

Il est important ici de souligner, qu'il s'agisse d'une entreprise à but lucratif ou non-lucratif, que la responsabilité des administrateurs et des dirigeants demeure la même par rapport à leurs devoirs et obligations. Si la loi impose un fardeau considérable de responsabilités aux administrateurs, cette responsabilité correspond généralement aux pouvoirs très étendus que tels administrateurs exercent comme membres du Conseil d'administration.

Il est aussi important de se rappeler que les administrateurs de la société ne sont pas responsables ou n'ont pas, comme fardeau, de gérer (*manage*) la société, mais de s'assurer que celle-ci est effectivement bien gérée par une bonne direction.

D'un point de vue financier, il faut également se rappeler que les dirigeants et administrateurs ne sont pas employés comme fiduciaires pour sauvegarder le patrimoine, mais pour choisir parmi un certain nombre de risques, les évaluer et, ensuite, prendre une décision. Par conséquent, leur jugement et leur *fairness* seront grandement mis en contribution; ce pourra être un point important dans le cas de poursuites. Plusieurs éléments entrent en ligne de compte dans l'évaluation d'un risque. Lorsqu'il se présente une évaluation-type, lorsqu'elle est en conformité avec l'objet économique et l'objet social de l'entreprise, avec la politique de l'entreprise, ou bien s'agit-il tout simplement d'une décision de nature spéculative. Dans l'hypothèse positive, la société a-t-elle les moyens de prendre une telle décision? Par exemple, un bon filon minier a été découvert, mais la société a-t-elle toutes les ressources pour exploiter cette nouvelle mine? Quelles sont les conditions du marché financier des emprunts, par exemple ?

77

Les facteurs de responsabilité d'un administrateur et d'un dirigeant varient selon la taille de l'entreprise. Est-elle publique ou privée ? Quelle est la nature de celle-ci ?

- La nature et les activités de l'entreprise: gestion d'actifs, gestion de fonds, industrie manufacturière, industrie de service.
- La nature des opérations bien précises: émissions d'actions ou d'obligations.
- L'accès à l'information selon la nature de l'entreprise, qui est permise aux administrateurs et aux dirigeants.

Toutefois, il est important de se rappeler que le plaignant a un problème de preuves. Il doit définir les devoirs de l'administrateur dans tel cas. Il est très important de souligner cela, de se rappeler que si les actionnaires ont élu des administrateurs incompetents, ils doivent, par conséquent, en sup-

porter, dans une certaine mesure, le fardeau de leur mauvaise décision.

C - L'appel à des administrateurs de l'extérieur

78 La tendance américaine est de faire appel, de plus en plus, aux administrateurs de l'extérieur, c'est-à-dire à d'autres que ceux employés directement dans la société ou ses filiales. En effet, 70% des mille sociétés américaines les plus importantes ont un Conseil d'administration dont la majorité vient de l'extérieur. La différence n'est pas dans le nombre des administrateurs de l'extérieur, mais dans la qualité de leur intervention et de leur supervision. En effet, la tendance serait que, depuis les dernières années, les conseils d'administration soient devenus le paradis des manques d'imagination et la place des amis des chefs de la direction (*rubber-stamp*). On veut maintenant des gens capables de prendre le temps d'analyser la stratégie du management, de vérifier les finances de la société, de siéger à divers comités, de travailler à la planification et aux plans de deux ou de cinq ans, de planifier le roulement du management et sa succession, de superviser et de filtrer les futurs membres du Conseil d'administration. Il semblerait que le New York Stock Exchange encourage de plus en plus les sociétés publiques à faire appel à des administrateurs de l'extérieur, et particulièrement que les comités de vérification soient majoritairement formés d'administrateurs de l'extérieur.

Parallèlement, cette même tendance est d'aller de plus en plus vers la protection par l'assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants. En effet, dans les cinq ans qui ont suivi le règlement de l'affaire Penn-Central, le nombre de réclamations contre les administrateurs aux Etats-Unis a augmenté de 300%. Il semblerait que 95% des mille plus grandes sociétés américaines soient couvertes par cette assurance, alors que seulement 60% l'étaient il y a 5 ans. Dans l'ensemble, on

estime que les primes totales pour ce genre de couverture ont doublé, pour atteindre maintenant \$125 millions aux Etats-Unis.

Pourquoi de plus en plus d'administrateurs de l'extérieur ? Entre autres, à cause de leur impartialité dans certaines décisions. Prenons le cas de General Automation Inc. où les administrateurs, venus majoritairement de l'extérieur, ont forcé la démission du chef de la direction et fondateur de la compagnie. En effet, ils craignaient beaucoup d'être réprimandés par les organismes, telle la Security Exchange Commission (S.E.C.) face, entre autres, aux dépenses excessives du siège social. tout comme l'avion privé et la voiture luxueuse des chefs de la direction. Ces utilisations risquaient de prêter flan à la critique, même dans une société comme General Automation où le chiffre d'affaires excédait les \$100 millions par année. Là où le vase a débordé, c'est lorsque le chef de direction a annoncé, sans consultation auprès de son Conseil, que le siège social serait transféré dans un ranch de \$3.2 millions près de San Diego, ranch que cette personne voulait louer ou utiliser comme résidence, après que la société eut encouru des frais de prêts de \$1 million pour moderniser son siège social.

En janvier 1980, l'Internal Revenue Service (I.R.S.). de même que S.E.C.. prennent les mesures nécessaires pour forcer M. Heffner, le célèbre propriétaire des clubs Playboy, à rembourser plus de \$400,000 pour utilisation personnelle des locaux appartenant à la compagnie, en l'occurrence une résidence luxueuse, genre château, sur la Côte ouest américaine. Comme on le sait, Playboy est une société dont les titres sont transférables.

L'appel à des administrateurs de l'extérieur vise donc un souci primordial attaché aux décisions globales et cohérentes. Il y aurait là un pas vers la voie de diminution du nombre des réclamations indiqué ci-haut et une valorisation pour l'adminis-

trateur assuré et la compagnie dans la tarification équitable et nettement concordante avec le risque financier en jeu.

Conclusion

Au terme de cette étude visant à la compréhension du risque financier inhérent aux devoirs et aux obligations des administrateurs et des dirigeants, il nous faut conclure.

80

Nous avons discuté certaines situations qui peuvent causer préjudice à des tiers ou à des actionnaires, par les actes administratifs posés.

En conséquence, une alternative s'offre aux membres du Conseil d'administration:

- a) Une bonne gestion passe par la connaissance des activités et des problèmes reliés à chaque entreprise, et par l'élaboration d'une politique bien appliquée visant à renseigner sur la nature des opérations;
- b) Sans atténuer l'importance de cette option ci-haut décrite, l'assurance semble être essentielle pour diminuer les effets de certains actes fautifs qui pourraient être commis.

Dans cette optique, l'assurance de responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants protège contre la survenance de fautes qui n'apparaissent pas toujours évidentes. Elle propose une sécurité par le biais de montants d'assurance dont les limites se mesurent à l'importance des actes posés et des décisions prises.

Cette analyse a permis, finalement, d'illustrer le problème de la perception du risque financier par l'assureur qui doit, en définitive, maîtriser l'étendue et la qualité de ses engagements de souscription.