

## Loi sur la concurrence

# Responsabilité des administrateurs et des dirigeants

Par Serge Bourque, Patrick Buchholz et Larry Markowitz

En cette époque marquée par la déconfiture d'Enron, la responsabilité des administrateurs et des dirigeants de sociétés occupe une place prépondérante dans l'esprit des gens. Les actionnaires, les médias et le public en général exigent une plus grande part de responsabilité des administrateurs et des dirigeants de sociétés.

L'imposition d'une plus grande responsabilité personnelle aux administrateurs et aux dirigeants se fonde sur le principe suivant : confrontés au risque de se voir imputer la responsabilité d'une situation, les administrateurs et les dirigeants seront plus attentifs aux obligations juridiques que leur impose la gestion de leur société.



## Principes généraux

La *common law* et le *Code civil du Québec* imposent des obligations aux administrateurs de sociétés. En outre, ces derniers peuvent être tenus responsables personnellement de certains gestes en vertu des lois provinciales et fédérales, telles que la *Loi sur la concurrence*.

Il est également important d'examiner la jurisprudence à l'égard de la responsabilité des administrateurs. Par exemple, dans un arrêt-clé aux États-Unis, *Smith v. Van Gorkom*<sup>1</sup>, la Cour suprême de l'État du Delaware a conclu à la négligence grave du conseil d'administration dans le cadre de l'examen d'un projet de fusion et en a tenu les administrateurs personnellement responsables. Dans ce cas particulier, les administrateurs avaient négligé de s'informer sur la manière dont le coût de la fusion avait été déterminé ou sur la valeur intrinsèque de la société. En outre, les administrateurs avaient omis de demander un avis juridique ou une opinion sur le caractère équitable de la transaction.

Les diverses formes de responsabilité qui sont imputées aux administrateurs et aux dirigeants de sociétés par la *Loi sur la concurrence* peuvent habituellement être repoussées par une défense de diligence raisonnable.

Dans le cadre d'une défense de diligence raisonnable, un administrateur ou un dirigeant peut s'exonérer personnellement s'il peut établir qu'il avait participé à la mise en place de contrôles et de mécanismes de surveillance appropriés pour veiller à la mise en œuvre des politiques pertinentes, à la présentation et à la révision dans les règles de rapports périodiques et à l'instauration de mesures appropriées lorsqu'un problème était porté à son attention.

Lorsqu'ils imposent une norme de diligence aux administrateurs de sociétés, les tribunaux tiennent compte du processus adopté par le conseil d'administration plutôt que du résultat. Si les administrateurs prennent une décision qui n'est discutable que du strict point de vue des affaires ou si la situation découlant de cette décision tourne mal, les tribunaux n'en tiendront pas les administrateurs personnellement responsables. Ce principe porte le nom de « règle de l'appréciation commerciale » (*Business Judgment Rule*).

En somme, les administrateurs doivent s'acquitter de leurs devoirs avec le même degré de diligence qu'une personne raisonnablement prudente exercerait dans des circonstances comparables.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

<sup>1</sup> *Smith v. Van Gorkum*, 488 A. 2d 858 (Del. Supr. 1985).

Serge Bourque est membre du Barreau du Québec depuis 1962 et se spécialise en droit des affaires et notamment en droit de la concurrence



Par exemple, dans la cause *UPM-Kymmene Corporation v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*<sup>2</sup>, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a jugé que la règle de l'appréciation commerciale ne devait pas s'appliquer à la décision du conseil d'administration de Repap Enterprises Inc. d'approuver un contrat de travail conclu avec un haut dirigeant de la société et qui prévoyait des niveaux de rémunération abusifs, étant donné que les administrateurs avaient manqué à leur devoir de diligence en ne menant pas les enquêtes qui leur auraient permis d'analyser adéquatement la situation. Ainsi, la règle de l'appréciation commerciale ne s'applique que dans la mesure où les administrateurs font preuve de diligence appropriée dans leur prise de décision.

## Responsabilité en vertu de la *Loi sur la concurrence*

La *Loi sur la concurrence* présente un certain nombre d'exemples qui engagent la responsabilité personnelle des administrateurs et des dirigeants de sociétés :

- Paragraphe 45(1) : Complot — peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou amende maximale de dix millions de dollars, ou les deux, en cas de complot en vue de restreindre indûment la concurrence ou de lui causer un préjudice indu.
- Paragraphe 47(2) : Truquage des offres — amende à la discrétion du tribunal ou emprisonnement maximal de cinq ans, ou les deux.
- Paragraphe 52(5) : Indications fausses ou trompeuses — selon les circonstances, amende à la discrétion du tribunal ou d'un montant n'excédant pas 200 000 \$ ou emprisonnement maximal d'un an ou de cinq ans, ou une amende et un emprisonnement.

- Paragraphe 52.1(8) : Télémarketing trompeur — responsabilité des dirigeants et des administrateurs qui sont en mesure de diriger ou d'influencer les politiques d'une société qui s'engage dans des pratiques de télémarketing trompeur.
- Paragraphe 53(5) : Documentation trompeuse — responsabilité des dirigeants et des administrateurs qui sont en mesure de diriger ou d'influencer les politiques d'une société qui envoie une documentation trompeuse concernant des prix gagnés.
- Paragraphe 65(4) : Peine pour infraction à la partie II — les administrateurs et les dirigeants d'une société qui contreviennent à une ordonnance exigeant une déposition orale ou la production de documents aux termes de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* peuvent être reconnus coupables s'ils ont ordonné ou autorisé la perpétration de l'infraction, ou s'ils y ont consenti ou participé.
- Paragraphe 74.10 : Pratiques commerciales trompeuses — une sanction administrative pécuniaire maximale de 50 000 \$ pour la première ordonnance et de 100 000 \$ pour une ordonnance subséquente.

Au Canada, le Bureau de la concurrence s'emploie depuis la fin des années 1990 à obtenir la condamnation des dirigeants et non plus uniquement celle de leur société. En fait, le Bureau de la concurrence a la ferme intention de poursuivre les administrateurs et dirigeants personnellement.

Par exemple :

- En 1999, le Bureau de la concurrence a imposé une amende de 250 000 \$ à un dirigeant de la société F. Hoffman-La Roche Ltée. pour le rôle qu'il avait joué dans un complot international en vue de fixer les prix de vitamines et de partager les ventes. Un autre ancien dirigeant s'est vu imposer une amende de 250 000 \$ pour sa participation à deux cartels internationaux en vue de fixer les prix et de partager les marchés dans les secteurs des vitamines en gros et de l'acide citrique.
- Dans la cause *R. v. Cormie*<sup>3</sup>, Donald Cormie, l'ancien président de la société Principal Group Ltd., qui offrait des produits financiers, a été condamné personnellement à une amende de 500 000 \$, après avoir plaidé coupable à une accusation portée contre lui aux termes des dispositions relatives à la publicité trompeuse de la *Loi sur la concurrence*.
- En septembre 1999, un ancien vice-président de la société Chinook Group Limited a été condamné à une peine de neuf mois d'emprisonnement pour sa participation à un complot international en vue de fixer les prix et de partager les marchés du chlorure de choline, un additif utilisé dans l'industrie de l'alimentation animale. Ce dernier a en outre été condamné à 50 heures de travaux communautaires. C'était la première peine d'emprisonnement à être imposée par suite d'une infraction aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*.

<sup>2</sup> C.S. Ont. No. 99-CL-3536, 20 juin 2002.

<sup>3</sup> *R. v. Cormie*, Alta. Q.B., 22 janvier 1992 (non publié).



Patrick Buchholz est membre du Barreau du Québec depuis 1992 et se spécialise en droit des affaires et notamment en droit de la concurrence



Larry Markowitz est membre du Barreau du Québec depuis 1996 et se spécialise en droit des affaires et notamment en droit de la concurrence

- Le 20 juin 2002, trois fournisseurs de produits chimiques de Toronto ont été inculpés de truquage d'offres et de complot dans le cadre de la vente et de la fourniture de chlore liquide à la ville de Toronto. En plus des accusations portées à l'endroit des sociétés, deux individus, à savoir un ancien vice-président à la commercialisation et un gestionnaire d'une autre société intimée, ont fait l'objet d'inculpations à titre personnel.
- En novembre 2002, des accusations criminelles ont été portées contre bon nombre de sociétés ainsi que contre certains de leurs dirigeants personnellement, pour du télémarketing trompeur, dans le cadre duquel des télé-vendeurs avaient communiqué avec des organismes sans but lucratif en se présentant à eux en tant que leurs prétendus fournisseurs réguliers de répertoires d'entreprises ou de fournitures de bureau.

La cause *Stroh Brewery* est un exemple où une défense de diligence raisonnable a été présentée avec succès :

- En octobre 2002, La Stroh Brewery Company (Quebec) Ltd. a été condamnée à une amende pour avoir pris part à un régime de maintien des prix. Toutefois, aucun directeur n'a été tenu responsable personnellement puisque le comportement reproché n'était qu'un cas isolé et n'avait pas été adopté conformément à la politique générale de la société. Celle-ci avait mis en œuvre un programme de conformité à la *Loi sur la concurrence* et tenu des séances d'information sur la Loi auprès de ses employés.

## États-Unis

En règle générale, le Canada a tendance à suivre les grandes orientations qui se manifestent initialement aux États-Unis en ce qui a trait à la responsabilité des administrateurs et des dirigeants et aux questions entourant le droit de la concurrence et la législation antitrust. Il est donc souhaitable de tenir compte des décisions américaines importantes à ce chapitre, telle que la cause *Archer Daniels Midland Company* rendue en 1999, dans laquelle deux hauts dirigeants du géant agro-alimentaire américain qui avait comploté avec ses concurrents en vue de fixer les prix ont été condamnés à deux ans d'emprisonnement et à une amende de 350 000 \$ US chacun.

### Tendances observées à l'égard de la *Loi sur la concurrence* au Canada

Nous prévoyons une tendance à la hausse du nombre de litiges liés à la responsabilité personnelle des administrateurs et des dirigeants en vertu de la législation canadienne sur la concurrence pour plusieurs raisons :

- Les recours privés pour cause de refus de vendre et de restriction du marché sont maintenant autorisés, de sorte que le Bureau de la concurrence n'est désormais plus le seul habilité à intentier des poursuites aux termes de ces dispositions. Nous prévoyons, pour les années à venir, que d'autres recours privés seront autorisés en vertu d'autres dispositions de la *Loi sur la concurrence* dont possiblement les recours pour abus de position dominante.

- En vertu de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, toute personne ayant subi des pertes ou des dommages attribuables à des pratiques anticoncurrentielles peut tenter des poursuites en dommages-intérêts. La tendance actuelle consiste à tenter un recours collectif fondé sur l'article précité.
- Les organismes antitrust ont tendance à coopérer au Canada, aux États-Unis et en Europe, ce qui a engendré un plus grand nombre de poursuites et une meilleure application de la *Loi sur la concurrence* (p. ex. cas des cartels internationaux en vue de fixer les prix et de partager les marchés dans le secteur des vitamines en gros).

## Conclusion

Dans le cas des infractions à la *Loi sur la concurrence* où les administrateurs et les dirigeants de sociétés peuvent se soustraire à leurs responsabilités par la présentation d'une défense de diligence raisonnable, il reste que la mise en œuvre d'un programme de conformité au sein de la société constitue le meilleur moyen d'être exempté de ces responsabilités. Un tel programme doit être adapté aux besoins propres de la société et porter sur les dispositions civiles et criminelles de la Loi. Pour plus d'information sur ce que doit contenir un guide de conformité à la législation sur la concurrence et sur les différents points à aborder dans le cadre d'un programme de conformité, nous vous invitons à consulter notre bulletin de juillet 2002 intitulé « *Droit de la concurrence : La nécessité de mettre sur pied des programmes de conformité* », que vous pouvez vous procurer sur notre site Web à l'adresse [www.laverydebilly.com](http://www.laverydebilly.com).

Le présent bulletin ainsi que celui mentionné au paragraphe précédent ne visent qu'à fournir des orientations générales à l'égard de la responsabilité éventuelle des administrateurs et des dirigeants de sociétés et de l'exemption de ces responsabilités. Si vous désirez faire analyser les circonstances particulières applicables à votre société ou mettre sur pied un programme de conformité, y compris préparer un manuel de conformité à l'intention des employés, veuillez communiquer avec M<sup>e</sup> Serge Bourque au (514) 877-2997, M<sup>e</sup> Patrick Buchholz au (514) 877-2931 ou M<sup>e</sup> Larry Markowitz au (514) 877-3048.

L'équipe de spécialistes du droit de la concurrence de *Lavery, de Billy* peut également organiser des séminaires à l'intention de vos employés afin de les informer sur la législation en matière de concurrence et leur fournir des orientations sur le respect de ses dispositions.

Si une plainte a déjà été portée ou est susceptible de l'être, *Lavery de Billy* dispose aussi d'experts en droit pénal en ce domaine, plus particulièrement M<sup>e</sup> Raphaël H. Schachter, c.r. et M<sup>e</sup> Marc Cigana.

M<sup>e</sup> Bourque, M<sup>e</sup> Buchholz et M<sup>e</sup> Markowitz sont les coauteurs de la *Loi sur la concurrence* annotée (Les Éditions Yvon Blais inc., 2000), une version annotée de la *Loi sur la concurrence* (Canada).

**Vous pouvez communiquer avec les membres suivants du groupe Droit de la concurrence pour toute question relative à ce bulletin.**

**à nos bureaux de Montréal**

Patrick Bourbeau  
Serge Bourque  
Patrick Buchholz  
Marc Cigana  
David Eramian  
Benjamin Gross  
Guy Lemay  
Corinne Lemire  
Larry Markowitz  
Jean Saint-Onge  
Raphaël H. Schachter, c.r.

**Montréal**

Bureau 4000  
1, Place Ville Marie  
Montréal (Québec)  
H3B 4M4

Téléphone :  
(514) 871-1522  
Télécopieur :  
(514) 871-8977

**Québec**

Bureau 500  
925, chemin Saint-Louis  
Québec (Québec)  
G1S 1C1

Téléphone :  
(418) 688-5000  
Télécopieur :  
(418) 688-3458

**Laval**

Bureau 500  
3080, boul. Le Carrefour  
Laval (Québec)  
H7T 2R5

Téléphone :  
(450) 978-8100  
Télécopieur :  
(450) 978-8111

**Ottawa**

Bureau 1810  
360, rue Albert  
Ottawa (Ontario)  
K1R 7X7

Téléphone :  
(613) 594-4936  
Télécopieur :  
(613) 594-8783

**Site Web**

[www.laverydebilly.com](http://www.laverydebilly.com)

Droit de reproduction réservé. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.