

Vol. 22, n° 2

De quelques développements récents en droit de la concurrence

Mistrale Goudreau et Jennifer Quaid*

Introduction	319
Modifications législatives à la <i>Loi sur la concurrence</i>	319
1. La collaboration entre concurrents	320
1.1 L'article 45 – le complot	320
1.2 La nouvelle disposition 90.1 – pratique révisable – entente ou arrangement anticoncurrentiel.	323
2. Les peines applicables aux infractions pénales	325
3. Les pratiques commerciales trompeuses.	326
4. Les dispositions sur la détermination des prix.	328
5. Le maintien des prix.	329
6. L'abus de position dominante.	329
7. La procédure d'examen des fusions.	330
De quelques développements jurisprudentiels.	331

© Mistrale Goudreau et Jennifer Quaid, 2010.

* Mistrale Goudreau est vice-doyenne aux études et professeure titulaire, Faculté de droit – section de droit civil, Université d'Ottawa. Jennifer Quaid est doyenne adjointe, Études supérieures, Faculté de droit – section de droit civil, Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

Ce bref commentaire a pour objet de passer en revue les importantes modifications législatives qui ont été apportées à la *Loi sur la concurrence*¹ en 2009 et d'attirer l'attention sur deux décisions rendues au cours de l'année, qui ont semblé dignes d'intérêt.

MODIFICATIONS LÉGISLATIVES À LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

La *Loi d'exécution du budget de 2009*², sanctionnée le 12 mars 2009, a apporté des modifications importantes à la *Loi sur la concurrence*. Les modifications touchent à de nombreux aspects du droit de la concurrence, notamment à la collaboration entre concurrents, aux peines applicables à plusieurs infractions pénales prévues à la Partie VI de la *Loi*, aux pratiques commerciales trompeuses, aux dispositions sur la détermination des prix, au maintien de prix, à l'abus de position dominante et à la procédure d'examen des fusions.

La *Loi d'exécution*, étant principalement une loi budgétaire, fut adoptée de façon expéditive sans être débattue en détail en chambre. Bien que cette méthode d'adoption de modifications à la *Loi* ait été l'objet d'assez nombreuses critiques, il faut souligner que la grande majorité des modifications avaient déjà été proposées et analysées au fil des dernières années³. Suite à l'adoption de la *Loi d'exécution*, le Bureau de la concurrence a publié des nouvelles lignes directrices concernant deux aspects de la *Loi* ayant fait l'objet de changements significatifs, soit la collaboration entre concurrents⁴ et la procédure

1. L.R.C. 1985, ch. C-34, aux présentes, la *Loi*.

2. L.C. 2009, ch. 2, aux présentes, la *Loi d'exécution*.

3. Les modifications suivent de très près les recommandations du Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, publiées dans le rapport *Foncer pour gagner – Rapport final*, juin 2008, disponible en ligne au http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/fra/h_00040.html. De plus, une partie des recommandations du Groupe reprennent les modifications à la *Loi* proposées dans le Projet de loi C-19 (*Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquence*, 1^{ère} lecture le 2 nov. 2004) qui est mort au feuillet au stade du renvoi en comité à cause des élections fédérales déclenchées en 2005.

4. *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Gatineau : Bureau de la concurrence, le 18 décembre 2009. Disponible en ligne au : <http://competitionbureau>.

d'examen des fusions⁵. La *Loi d'exécution* a également entraîné des modifications au *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*⁶, dont la version finale a été enregistrée le 2 février 2010⁷.

Toutes les modifications à la *Loi* sont entrées en vigueur à la date de la sanction royale, soit le 12 mars 2009, à l'exception des modifications aux dispositions traitant de la collaboration entre concurrents (l'article 45 et le nouvel article 90.1), qui entrent en vigueur le 12 mars 2010. Ce délai a donné l'occasion à toute partie à un accord ou un arrangement existant de demander au commissaire de la concurrence (en vertu de l'article 124.1 de la *Loi*) son avis sur l'applicabilité des articles 45 ou 90.1 à l'accord ou à l'arrangement en question⁸.

1. LA COLLABORATION ENTRE CONCURRENTS

Il ne fait pas de doute que la modification la plus importante à la *Loi* a été la transformation de l'ancien article 45 (complot pour réduire sensiblement la concurrence) en deux dispositions séparées, dont la première est une infraction *per se* de complot (l'article 45, tel que modifié) et la deuxième, une nouvelle matière sujette à examen – « les accords ou arrangements empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence » (le nouvel article 90.1).

1.1 L'article 45 – le complot

La reconceptualisation de l'infraction du complot est significative tant au niveau de la forme que du fond. En ce qui concerne la rédaction de l'article de loi, le langage tordu, ambigu et compliqué de l'ancien article 45 est largement disparu. À sa place se trouve une disposition mieux organisée et rédigée dans un style plus convivial pour le lecteur. Ceci est particulièrement évident au premier paragraphe, où les éléments de l'infraction sont décrits en termes généraux – il n'y a pas de tentative de faire une liste exhaustive des diverses variantes de comportements qui pourraient y être visés.

gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03178.html. Un projet pour consultations publiques de ces mêmes Lignes directrices fut publié le 8 mai 2009 et est disponible en ligne au : <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02987.html>.

5. *Lignes directrices concernant le processus d'examen des fusions*, Gatineau : Bureau de la concurrence, le 18 septembre 2009. Disponible en ligne au : <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03128.html>.

6. *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*, DORS/87-348.

7. *Règlement modifiant le Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*, DORS/2010-22.

8. *Loi d'exécution, supra*, note 2, art. 440.

Quant au fond, au cœur des modifications à l'article 45, se trouve une distinction entre d'une part, les comportements considérés comme des atteintes en soi à la concurrence, c'est-à-dire la fixation de prix, l'allocation de marchés et la réduction de l'offre d'un produit, et d'autre part, toutes les autres formes de collaboration entre concurrents. Dorénavant, seulement les premiers seront visés par l'infraction de l'article 45⁹.

Faire une telle distinction a plusieurs conséquences importantes. D'abord, en limitant l'application de l'infraction du complot, l'art. 45 s'accorde maintenant avec l'opinion générale de ce qui constitue les atteintes les plus graves à la concurrence¹⁰. Sans que ce soit expressément mentionné, le nouvel article 45 a un champ d'application qui se rapproche de celui de l'article 1 du *Sherman Act*¹¹ américain (même si la formulation des dispositions demeure différente¹²). Le nouvel article 45 importe également le concept d'infraction *per se* – c'est-à-dire une infraction qui vise un comportement qu'on considère tellement répréhensible qu'on en présume l'effet anticoncurrentiel. Réserver l'article 45 à des comportements *per se* anticoncurrentiels élimine de l'infraction l'élément le plus complexe et difficile à prouver sous l'ancien article 45 : démontrer que le complot implique des comportements restreignant indûment la concurrence. Vu le peu de poursuites réussies en vertu de l'ancien article 45, on peut souhaiter que cette modification aura pour effet de faciliter la mise

9. Voir les alinéas a), b) et c) du par. 45(1) de la *Loi*.

10. Le Bureau de la concurrence fait mention expresse de la *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* (1998) (disponible en ligne au : <http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>) dans la Préface de ses *Lignes directrices sur la collaboration en concurrents*, *supra*, note 4. Depuis 1998, trois Rapports du Comité de la concurrence sur la *Mise en œuvre de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables* (2000, 2003 et 2005) ont été publiés par l'OCDE. Ceci reflète l'émergence d'un consensus international voulant que les comportements anticoncurrentiels les plus flagrants soient sanctionnés vigoureusement vu leurs effets néfastes sur le fonctionnement des marchés et l'activité économique.

11. 15 U.S.C. § 1.

12. L'art. 1 du *Sherman Act* est rédigé de façon très générale, mais a fait l'objet de plusieurs interprétations jurisprudentielles qui ont donné lieu au concept de comportements *per se* criminels. Le texte de l'art. 1 se lit comme suit :

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

en application de l'article 45 dans les circonstances plus restreintes où il s'applique.

Ensuite, le nouvel article 45 se limite à des accords et arrangements entre *competitors*. L'ancien article 45 s'appliquait à toute entente avec une autre personne. La définition d'un concurrent (prévue au par. (8) de l'art. 45), bien que relativement simple, est néanmoins large¹³. Il n'est donc pas surprenant que dans les *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, le Bureau de la concurrence énonce certaines nuances à la définition qu'il entend employer dans l'évaluation de cas de collaboration en vertu de l'article 45¹⁴. Le plus important est que le Bureau considère que la définition englobe tant des concurrents actuels que des concurrents potentiels. En revanche, le Bureau estime que la définition ne vise, à défaut de preuve contraire dans un cas particulier, que les accords horizontaux. Un autre point à signaler est que le Bureau est d'avis que dans le cas d'un accord où toutes les parties ne sont pas concurrentes, rien n'empêcherait l'application de l'article 45 aux parties qui sont des concurrentes; par ailleurs, les parties qui ne sont pas concurrentes pourraient être poursuivies en vertu de l'article 21 du *Code criminel* (aide et encouragement).

Enfin, il n'est pas surprenant que la restructuration de l'infraction de complot, visant les comportements *en soi* anticoncurrentiels, prévoit une nouvelle défense (au par. 45(4)) qui permet à l'accusé de présenter une preuve selon laquelle un accord qui semble autrement contrevenir aux interdictions du paragraphe 45(1) n'est, en réalité, qu'une restriction de la concurrence accessoire à un accord plus large ou distinct dont le but est légitime. Cette défense est assujettie à la preuve de deux éléments dont le fardeau (sur une prépondérance des probabilités) repose sur l'accusé. L'accusé doit

13. La définition se lit comme suit :

(8) ... "competitor" includes a person who it is reasonable to believe would be likely to compete with respect to a product in the absence of a conspiracy, agreement or arrangement to do anything referred to in paragraphs (1)(a) to (c).	(8) ... « concurrent » S'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement visant à faire l'une des choses prévues aux alinéas (1)a) à c).
---	--

14. *Supra*, note 4, aux pages 8 à 10. Il est entendu que des lignes directrices n'ont pas la valeur d'une interprétation juridique et ne lient ni les tribunaux, ni le Commissaire de la concurrence, ni le Directeur des poursuites pénales (DPP), mais elles donnent une indication de la mise en application probable que le Bureau emploiera (sous réserve, bien sûr, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des procureurs du DPP).

démontrer que : 1) l'accord est accessoire à un accord plus large (et que ce dernier accord inclut les parties à l'accord qui enfreint l'art. 45) et 2) l'accord autrement contraire au paragraphe 45(1) est directement lié, ainsi que raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de l'accord plus large ou distinct. L'alinéa b) du paragraphe 45(4) précise que l'accord plus large, considéré individuellement, ne peut pas contrevenir au paragraphe 45(1).

Malgré toutes les modifications, l'article 45 retient certains éléments de son prédécesseur, notamment, la défense pour les accords ou arrangements se rattachant exclusivement à l'exportation¹⁵, et les exceptions pour les accords et arrangements intervenus : 1) exclusivement entre des personnes morales qui sont affiliées¹⁶ ou 2) entre institutions financières fédérales visées au paragraphe 49(1) de la *Loi*¹⁷. De plus, le paragraphe 45(7) indique que la théorie de l'activité réglementée, telle qu'élaborée dans la jurisprudence, continuera à s'appliquer à l'article 45 modifié de la même manière qu'elle s'appliquait avant les modifications de 2009.

1.2 La nouvelle disposition 90.1 – pratique révisable – entente ou arrangement anticoncurrentiel

Les modifications à l'article 45, restreignant de façon importante le champ d'application de l'infraction de complot, pourraient donner l'impression que les autres collaborations entre concurrents seront dorénavant permises. Or, l'article 90.1 crée une nouvelle opération que le Tribunal de la concurrence peut examiner, soit « les accords ou arrangements empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence. » Il donne au commissaire de la concurrence le pouvoir de faire une demande d'examen au Tribunal de la concurrence dans tout cas où il conclut qu'une collaboration entre concurrents diminue sensiblement la concurrence. Comme dans le cas de l'article 45, la définition de « concurrent » à l'article 90.1 restreint l'application de l'article à des accords et arrangements horizontaux¹⁸. Il y a toutefois une nuance entre la définition de concurrent à l'article 45 et celle à l'article 90.1 – cette dernière n'exige pas que les parties à un accord sujet à examen soient des concurrents à l'égard du produit qui fait l'objet de l'accord.

15. Par. 45(5) de la *Loi*.

16. Al. 45(6) a) de la *Loi*.

17. Al. 45(6) b) de la *Loi*.

18. Voir par. 90.1(11) de la *Loi* qui se lit comme suit : « (11) Au paragraphe (1), “concurrent” s'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence de l'accord ou de l'arrangement. »

Vu le champ d'application potentiellement très large de cette disposition, il importe de noter deux commentaires énoncés dans les *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* à ce sujet. D'un côté, le commissaire considère qu'il va de soi que les accords qui ne sont pas visés par l'article 45 ou à l'égard desquels une défense d'accord accessoire peut être démontrée pourraient néanmoins être examinés en vertu de l'article 90.1¹⁹. De l'autre côté, l'existence d'un parallélisme conscient entre concurrents, à elle seule, ne sera pas considérée par le commissaire comme étant suffisante pour constituer un accord visé par l'article 90.1²⁰. À ces précisions de nature générale, le commissaire ajoute des commentaires plus détaillés au sujet de la manière dont il fera l'examen de l'effet anticoncurrentiel de certains genres d'accord : la commercialisation et les ententes de ventes communes²¹, les ententes de partage d'information²², les ententes visant la recherche et développement²³, les ententes de coproduction²⁴, les ententes d'achats groupés et groupes d'achat²⁵ et les clauses de non-concurrence²⁶. Sans discuter de chaque cas individuellement, selon les *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, dans la majorité des cas, l'examen du commissaire suivra des cadres d'analyse déjà appliqués à d'autres matières civiles de la *Loi*, telle la fusion.

La ressemblance entre l'examen des accords en vertu de l'article 90.1 et l'examen des fusions s'étend à d'autres éléments : les critères pour évaluer l'effet anticoncurrentiel de l'accord sont les mêmes²⁷, l'interdiction de fonder l'examen de l'effet anticoncurrentiel uniquement sur des constatations relatives à la concentration ou à la part de marché²⁸ et la possibilité de soulever une défense fondée sur les gains en efficience découlant directement de l'accord qui surpasseront et neutraliseront tout effet anticoncurrentiel de ce dernier²⁹.

19. *Supra*, note 4, à la page 20, note 1.

20. *Supra*, note 4, à la page 20.

21. *Supra*, note 4, aux pages 26 à 28.

22. *Supra*, note 4, aux pages 28 à 30.

23. *Supra*, note 4, aux pages 31 à 32.

24. *Supra*, note 4, aux pages 33 à 35.

25. *Supra*, note 4, aux pages 35 à 38.

26. *Supra*, note 4, à la page 38.

27. Voir le par. 90.1(2) aux alinéas a) à h) et l'art. 93 aux alinéas a) à h) de la *Loi*.

28. Voir le par. 90.1(3) et le par. 92(2).

29. Voir le par. 45(4) et le par. 96(1) de la *Loi*. Le cadre d'analyse qu'emploie le commissaire de la concurrence est décrit en détail dans le Bulletin *Le traitement des gains en efficience dans le cadre de l'examen d'une fusion*, (Gatineau : Bureau de la concurrence, mars 2009). Disponible sur l'Internet au : <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02982.html> ainsi que la publication *Fusions : lignes directrices pour l'application de la Loi*, Gatineau : Bureau de la concurrence, le

Au niveau des sanctions en vertu de l'article 90.1, à la différence de certaines autres matières sujettes à révision, elles sont limitées à des ordonnances qui remédient à l'effet anticoncurrentiel de l'accord en question – il n'y a pas de sanctions monétaires ni de possibilité pour une partie privée d'intenter un recours en dommages-intérêts. Le pouvoir du Tribunal de rendre une ordonnance est prévu aux alinéas a) et b) du par. 90.1(1) :

90.1 (1) ... le Tribunal peut rendre une ordonnance :

- a) interdisant à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou à l'arrangement;
- b) enjoignant à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.³⁰

2. LES PEINES APPLICABLES AUX INFRACTIONS PÉNALES

Outre la modification de fond de l'infraction prévue à l'article 45, la *Loi d'exécution* renforce et alourdit les peines applicables à plusieurs infractions pénales prévues à la partie VI de la *Loi* ainsi que les dispositions relatives à l'entrave, la destruction de preuve et la conformité avec l'article 11 (ordonnance de faire une déposition orale ou une déclaration écrite), et les paragraphes 15(5) et 16(2) (obligation de se conformer à un mandat de perquisition délivré en vertu du paragraphe 15(1)) de la *Loi*.

Au niveau des peines maximales, la modification la plus significative est l'augmentation de la peine maximale d'emprisonnement de cinq ans à quatorze ans pour les infractions suivantes : le complot, le truquage des offres³¹, les indications fausses ou trompeuses, le télémarketing trompeur et la documentation trompeuse quant à la possibilité de gagner un prix³².

1^{er} septembre 2004. Disponible sur l'Internet au : <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01245.html>.

30. Al. 90.1(1) a) et b) de la *Loi*.

31. Voir l'art. 47 de la *Loi*. Une autre modification à l'infraction de truquage des offres est l'ajout à la définition de « truquages des offres » du retrait d'une offre qui a déjà été présentée (l'alinéa 47(1) a)).

32. Pour les infractions sur les indications fausses ou trompeuses, le télémarketing trompeur et la documentation trompeuse quant à la possibilité de gagner un prix, la peine maximale d'emprisonnement de 14 ans s'applique alors qu'il y a

En ce qui a trait aux amendes, il n'y a qu'une modification – l'amende maximale pour le complot est augmentée de 10 millions \$ à 25 millions \$³³. Pour les autres infractions principales de la Partie VI, le montant maximal de l'amende (sur condamnation par mise en accusation) demeure à la discrétion du tribunal³⁴.

Dans le cas des infractions visant à assurer le respect d'ordonnances en vertu de l'article 11 et les mandats de perquisition, et à empêcher des comportements qui nuisent à l'application de la *Loi*, la *Loi d'exécution* prévoit des augmentations importantes des peines maximales. En ce qui concerne l'entrave (paragraphe 64(2)) et le défaut de se conformer à une ordonnance en vertu de l'art. 11 ou un mandat de perquisition (paragraphe 65(1)), les peines maximales augmentent, pour une condamnation par voie de mise en accusation, de deux ans à dix ans d'emprisonnement et d'une amende maximale de 5 000 \$ à une amende à la discrétion du tribunal. Pour une condamnation par voie de poursuite sommaire, l'amende maximale va de 5 000 \$ à 100 000 \$ alors que la peine maximale d'emprisonnement de deux ans est inchangée. Les peines maximales pour la destruction de documents ou autre chose dont la production est exigée en vertu de l'article 11 ou qui est visée dans un mandat de perquisition atteignent des seuils semblables : pour une condamnation par voie de mise en accusation, l'amende maximale monte de 50 000 \$ à un montant à la discrétion du tribunal et l'emprisonnement maximal de deux à dix ans ; pour une condamnation par voie de poursuite sommaire, l'amende maximale monte de 25 000 \$ à 100 000 \$ (la peine maximale d'emprisonnement de deux ans est inchangée).

3. LES PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

La *Loi d'exécution* a apporté des changements à la fois aux dispositions pénales et aux dispositions civiles applicables aux pratiques commerciales trompeuses. Outre les augmentations de peines maximales applicables aux infractions pénales d'indications fausses ou trompeuses, le télémarketing trompeur et la documentation trompeuse (voir l'énumération ci-dessus), la *Loi d'exécution* augmente également les sanctions administratives pécuniaires (SAP) maximales pouvant être ordonnées dans le cadre d'un recours administratif

une condamnation par voie de mise en accusation. Pour les condamnations par voie de poursuite sommaire, la peine maximale d'un an est inchangée.

33. Par. 45(1) de la *Loi*.

34. Voir le par. 47(2) (truquage d'offres), le par. 52(5) (indications fausses ou trompeuses), l'al. 52.1(9) a) (télémarketing trompeur) et l'al. 53(6) a) (documentation trompeuse quant à la possibilité de gagner un prix).

intenté par le commissaire de la concurrence à l'encontre d'une pratique d'indications trompeuses (article 74.01 et suivants).

Pour les personnes physiques, la SAP maximale dans le cas d'une première ordonnance monte de 50 000 \$ à 750 000 \$ pour la première ordonnance et de 100 000 \$ à 1 000 000 \$ pour toute ordonnance subséquente. Pour les personnes morales, la SAP maximale dans le cas d'une première ordonnance monte de 100 000 \$ à 10 000 000 \$ pour la première ordonnance et de 200 000 \$ à 15 000 000 \$ pour toute ordonnance subséquente. De plus, la *Loi d'exécution* ajoute un pouvoir d'injonction temporaire (à l'art. 74.111 de la *Loi*) permettant au Tribunal de la concurrence d'empêcher la disposition d'actifs par la personne qui fait l'objet d'une demande d'examen d'une pratique commerciale trompeuse alors qu'une telle disposition pourrait nuire à l'exécution d'une ordonnance rendue pour remédier à la pratique en question.

En ce qui concerne la preuve d'une indication trompeuse, que ce soit au pénal ou au civil, la *Loi* est modifiée afin de préciser qu'il n'est nécessaire ni de prouver « qu'une personne faisant partie du public à qui les indications ont été données se trouvait au Canada »³⁵, ni que « les indications ont été données à un endroit auquel le public avait accès »³⁶. Sans que cela soit indiqué expressément dans la publication du Bureau décrivant les modifications à la *Loi*³⁷, ces ajouts aux paragraphes 52(1.1) (disposition pénale) et 74.03(4) (pratique révisable) semblent avoir été adoptés en réponse à certaines décisions ayant exigé de telles preuves³⁸.

Les dispositions civiles et pénales sont encore plus uniformisées par l'ajout d'un paragraphe (5) à l'article 74.03. Ce paragraphe reprend l'essentiel du paragraphe 52(4) en stipulant qu'il faut tenir compte de l'impression générale donnée par les indications ainsi que de leur sens littéral pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses.

35. Voir les alinéas 52(1.1) b) et 74.03(4) b) de la *Loi*.

36. Voir les alinéas 52(1.1) c) et 74.03(4) c) de la *Loi*.

37. Voir *Guide sur les modifications à la Loi sur la concurrence*, (Gatineau : Bureau de la concurrence, 22 avril 2009). Disponible en ligne au : <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03045.html>.

38. Voir *R. c. Stucky*, (2006), 53 C.P.R. (4th) 369 (Ont. S.C.J.). Cette décision fut cependant infirmée par un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario publié au début de 2009 : 240 C.C.C. (3d) 141. Une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada fut abandonnée le 2 septembre 2009 et le dossier fermé le 11 septembre 2009. Voir aussi *Canada (Commissioner of Competition) v. Premier Career Management Group Corp.*, (2009) 78 C.P.R. (4th) 401 (F.C.A.) renversant une décision du Tribunal de la concurrence.

4. LES DISPOSITIONS SUR LA DÉTERMINATION DES PRIX

Une modification d'importance, qui était souhaitée depuis plusieurs années³⁹, porte sur la dépénalisation des dispositions sur la détermination des prix, soit la discrimination par les prix, l'établissement de prix d'éviction, la discrimination géographique par les prix et les remises promotionnelles. Ces pratiques de détermination des prix seront dorénavant assujetties au régime civil de la Partie VIII de la Loi. Les articles 50, 51 et 61 sont donc abrogés. À part la discrimination par les prix qui fait l'objet d'une disposition particulière à la Partie VIII de la Loi, soit l'article 76, les autres pratiques relatives à la détermination des prix seront évaluées en fonction des pratiques révisables existantes, soit l'abus de position dominante (les articles 78-79), le refus de vendre (article 75) et l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché (article 77).

Ce changement a pour but de favoriser des pratiques innovatrices en matière de détermination des prix et de limiter l'examen de ces pratiques aux cas où il y a preuve d'une réduction sensible de concurrence. De plus, les réparations possibles sont alors limitées à des réparations civiles, soit des ordonnances de faire ou de cesser de faire ou l'octroi de dommages-intérêts.

Il est à noter qu'en matière de prix d'éviction, l'abrogation de l'article 50 n'aura probablement que peu d'effet en pratique, puisque le Bureau de la concurrence avait déjà adopté une politique de mise en application qui restreignait de façon significative le recours à l'infraction pénale⁴⁰.

39. Le Bureau de la concurrence avait déjà depuis un certain temps reconnu la nécessité de modifier la Loi en ce qui avait trait aux dispositions pénales sur la détermination des prix. En 1998, le commissaire de la concurrence avait demandé aux professeurs Anthony VanDuzer et Gilles Paquet de mener une étude indépendante sur le sujet. Leur rapport, "Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et la Loi sur la concurrence – Doctrine, droit et pratique", publiée en octobre 1999 (disponible en ligne au : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00760.html>), indiquait que dans la mise en application des dispositions sur la détermination des prix, il était très difficile de distinguer les pratiques pro-compétitives et les pratiques anti-compétitives. Les auteurs avaient donc recommandé la dépénalisation des dispositions et avaient proposé un certain nombre de modifications dans la révision civile de telles pratiques. Le projet de loi C-19 notamment (voir *supra*, note 3) a repris un bon nombre des recommandations faites dans ce rapport.

40. Voir *Lignes directrices pour l'application des dispositions – prix d'éviction*, Gatineau : Bureau de la concurrence, juillet 2008. Disponible en ligne au : <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02713.html>.

5. LE MAINTIEN DES PRIX

En ce qui concerne le maintien de prix, tel que mentionné plus haut, l'article 61 est abrogé. À sa place, il y a maintenant une nouvelle disposition civile – l'art. 76 – ajoutée à la Partie VIII de la Loi. Le texte de la disposition reprend, aux alinéas 76(1) a) et b), l'essentiel des comportements et des personnes⁴¹ que visait l'ancien article 61, sauf qu'on y ajoute l'exigence de démontrer que « le comportement a eu ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché » (alinéa 76(1) b)).

Une demande d'examen en vertu de l'article 76 peut être faite soit par le commissaire, soit par une personne à qui la permission de faire une telle demande en vertu de l'art. 103.1 est accordée. Une ordonnance rendue en vertu de l'article 76 se limite à interdire à la personne visée de se livrer au comportement visé à l'alinéa 76(1) a) ou à exiger qu'elle fasse affaires avec une autre personne aux conditions de commerce normales (paragraphe 76(2)).

6. L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

En ce qui concerne l'abus de position dominante, la modification la plus significative est au niveau des sanctions. Le paragraphe 3.1 de l'article 79 prévoit désormais la possibilité d'imposer une sanction administrative pécuniaire (SAP) à toute personne visée par une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) de l'article 79 (ordonnances dans le cas d'abus de position dominante) – l'ancien paragraphe 3.1 ne visait l'imposition de SAP que pour les lignes aériennes domestiques (l'ancien paragraphe 3.1 et toutes les dispositions, dites « Air Canada », sont abrogées). Les sanctions sont importantes – 10 000 000 \$ pour une première ordonnance et 15 000 000 \$ pour toute ordonnance subséquente. La détermination du montant d'une sanction en vertu du paragraphe 3.1 doit tenir compte des facteurs énumérés au paragraphe 3.2, dont l'impact de l'abus de position dominante sur la concurrence dans le marché pertinent et sur les revenus bruts provenant de ventes sur lesquelles l'abus a eu une incidence et la situation financière de la personne visée par l'ordonnance, ainsi que son comportement antérieur eu égard au respect de la *Loi*. Malgré l'importance des sanctions prévues, il faut noter que l'art. 79 retient l'essentiel de l'ancien paragraphe 3.3, qui précisait que le but de toute

41. Le par. (3) de l'art. 76, tout comme l'ancien par. 61(1), fait mention expresse des personnes suivantes pouvant faire l'objet d'une ordonnance : a) les fournisseurs, b) les personnes offrant du crédit et c) les détenteurs de divers droits de la propriété intellectuelle.

ordonnance en vertu de l'article 79 est d'en encourager la conformité et non pas de punir⁴².

7. LA PROCÉDURE D'EXAMEN DES FUSIONS

En matière de fusions, c'est au niveau de la procédure d'examen des fusions – et non pas au niveau de la substance des éléments retenus et du cadre d'analyse employé pour effectuer un tel examen – qu'il y a eu des changements. L'ancienne distinction entre la déclaration abrégée et détaillée est abandonnée en faveur d'une procédure en deux temps qui se rapproche de la procédure appliquée aux États-Unis en vertu du *Hart-Scott-Rodino Act*⁴³. Selon cette nouvelle procédure, toute transaction excédant un des divers seuils de préavis prévus à la Partie IX de la *Loi* emporte l'obligation de fournir les renseignements exigés à la Partie IX (paragraphe 114(1)). Suite à la réception de ce préavis par le commissaire de la concurrence, les parties à une transaction sont assujetties à un délai d'attente de 30 jours (alinéa 123(1) a)). À l'intérieur de cette période d'attente, le commissaire peut envoyer un avis aux parties exigeant qu'elles fournissent des renseignements supplémentaires (paragraphe 114(2)). Si une telle demande est envoyée, le délai d'attente est prolongé jusqu'à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la réception des informations supplémentaires par le commissaire. D'après les *Lignes directrices sur la procédure d'examen des fusions*, le commissaire entend envoyer une demande de renseignements supplémentaires seulement dans le cas où la transaction proposée soulève un risque important de diminution sensible de la concurrence⁴⁴.

Il faut aussi faire mention de deux autres modifications. La première concerne l'augmentation du seuil de préavis applicable aux paragraphes (2) à (6) de l'article 110 de la *Loi* (le seuil relatif à la valeur de la transaction⁴⁵) : d'abord, pour l'année au cours de laquelle la disposition entre en vigueur, le seuil passe de 50 millions \$ à 70 millions \$ (paragraphe (7)) et ensuite, dans les années subséquentes, à un montant déterminé par le mécanisme de calcul prévu au paragraphe (8). La deuxième modification vise à diminuer la période de prescription applicable aux demandes faites par le commissaire

42. Par. 79(3.3) de la *Loi*.

43. Les dispositions créant la procédure de préavis de fusions sont refondues à 15 USC §18a.

44. *Supra*, note 5, à la page 8.

45. Ceci se distingue du seuil applicable à la valeur des actifs et des revenus bruts des parties et de leurs affiliés – 400 millions \$ – qui demeure inchangé (par. 109(1) de la *Loi*).

en vertu de l'article 92 (contestation d'une fusion) de trois ans à un an (article 97).

DE QUELQUES DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS

En juin 2009, la Cour d'appel fédérale a eu à nouveau à se prononcer sur l'interface brevet et droit de la concurrence. Dans l'affaire *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*⁴⁶, Apotex était poursuivi pour violation du brevet sur un composé, le périndopril, utilisé pour le traitement de l'hypertension et de l'insuffisance cardiaque. Le brevet avait été émis à ADIR suite à de longues procédures de conflits entre revendications concurrentes, procédures ayant pris fin par un règlement intervenu entre ADIR, Shering Corporation et Hoechst Aktiengesellschaft. Apotex, dans l'action intentée par ADIR, fait une demande reconventionnelle, alléguant que les actes d'ADIR et des autres parties à l'entente de règlement constituaient des agissements contraires à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, ce qui lui donnerait droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de l'article 36.

Selon Apotex, sans le règlement entre les compagnies novatrices, aucun brevet n'aurait été accordé sur le périndopril ou encore des revendications concurrentes auraient été octroyées à de multiples brevetés. Le règlement aurait donc restreint la concurrence dans le marché des inhibiteurs de l'ECA (enzyme de conversion de l'angiotensine).

La Cour d'appel rejettera les arguments d'Apotex, les qualifiant de spéculatifs. Ne trouvant au dossier aucune preuve d'une puissance commerciale accrue en faveur d'ADIR suite au règlement, ni aucune suggestion que la Cour fédérale n'aurait pas pu allouer les revendications de la même manière que celle retenue dans le règlement des parties, elle estima les prétentions d'Apotex sans fondement.

Au contraire, la Cour d'appel fera remarquer que le juge de première instance a bien indiqué que toutes les étapes du processus d'octroi du brevet, y compris le règlement entre les parties, avaient été suivies conformément à la *Loi sur les brevets*⁴⁷ et aux *Règles des Cours fédérales*⁴⁸. Elle prendra soin toutefois de préciser que le droit de la concurrence peut jouer un rôle en cas de règlement de conflits entre demandeurs de brevets, dès lors qu'il y aurait preuve que le breveté a fait plus que simplement exercer ses droits. La décision suit

46. *Apotex Inc. c. ADIR*, 2009 CAF 222; demande d'autorisation d'appel refusée, Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada, 26 mars 2010, p. 368.

47. L.R.C. 1985, ch. P-4.

48. DORS/98-106.

donc le même schéma que celui élaboré dans les affaires *Eli Lilly*; le droit de la concurrence s'applique aux conduites qui comportent quelque chose de plus que le simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle⁴⁹.

Enfin, en 2009, les tribunaux provinciaux ont aussi rendu des décisions qui ont attiré l'attention. Dans l'affaire *Pro-Sys Consultants Ltd c. Infineon Technologies AG*⁵⁰, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a renversé la décision de première instance, qui avait refusé la certification d'un recours collectif contre des entreprises ayant présumément comploté pour fixer les prix d'une microplaquette de mémoire vive dynamique, utilisée dans les ordinateurs et appareils électroniques. Dans ces cas de complots, il peut être difficile de démontrer l'existence d'une perte ou d'un dommage commun aux membres du groupe, condition nécessaire à la certification. Le groupe proposé comprend les acheteurs directs du produit dont le prix a été fixé, ici la DRAM, et aussi les acheteurs indirects des produits, c'est-à-dire les acheteurs des nombreux produits dans lesquels la DRAM est incorporée. Les deux sous-groupes prétendent avoir subi des dommages, alors que le sous-groupe des acheteurs directs a pu décider, ou non, de transférer le prix plus élevé à ses clients, sans subir de préjudice. Lequel des sous-groupes devrait être admis à intenter le recours collectif reste une question difficile. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, rompant avec une jurisprudence plus sévère⁵¹, a admis la certification sur la base d'une perte collective, n'exigeant qu'une méthodologie « plausible » ou « crédible » pour la calculer.

Au Québec, en 2008, dans l'affaire *Option Consommateurs c. Infineon Technologies AG*⁵², la Cour supérieure a été moins réceptive⁵³, mais surtout a jugé ne pas avoir compétence pour entendre le recours collectif portant sur un complot survenu aux États-Unis et non au

49. *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493 (F.C.A.) (Molnlycke); *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2004 FCA 232 (Eli Lilly 1) et *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2005 FCA 361 (Eli Lilly 2).

50. *Pro-Sys Consultants ltd c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503 et 2010 BCCA 91; demande d'autorisation d'appel refusée, Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada, 4 juin 2010, p. 795.

51. *Chadha c. Bayer Inc.*, (2003) 63 O.R. (3d) 22 (On C.A.).

52. *Option Consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694, inscription en appel 500-09-018872-085.

53. La Cour semble avoir eu dans le dossier peu d'éléments sur lesquels s'appuyer; elle déclare : [178] ... alléguer seulement que le cartel a eu une incidence sur les prix de la DRAM au Québec ne peut être considéré comme une description de faits appuyant l'exercice d'un recours.

[179] Il y a une lacune évidente et déterminante dans la requête en autorisation. Le lien de causalité est en quelque sorte laissé à l'imagination et non pas allégué d'une façon satisfaisante. C'est une hypothèse qui ne s'appuie sur aucun fait.

Canada. Par contre, en 2009, d'autres recours collectifs pour fixation de prix ont été autorisés⁵⁴.

Évidemment, il faut attendre les jugements au fond avant de se prononcer sur l'impact qu'auront ces recours collectifs sur le droit de la concurrence. Ce sont donc des affaires à suivre dans les prochaines années.

54. Voir notamment *Jacques c. Petro-Canada*, 2009 QCCS 5603; *Irving Paper Limited c. Atofina Chemicals inc.*, [2009] O.J. 4021 (Ont. S.C.J.); demande d'autorisation d'appel refusée, 2010 ONSC 2705.