

*Vol. 37, n° 1*

## **Réforme du droit de la concurrence – Perspective du détenteur de droit de propriété intellectuelle**

**Jennifer Quaid et Mistrale Goudreau\***

RÉSUMÉ / ABSTRACT .....	3
I. RÉGIME GÉNÉRAL DE LA <i>LOI SUR LA CONCURRENCE</i> .....	7
II. APERÇU GÉNÉRAL DE LA RÉFORME 2022-2024 .....	10
III. ANALYSE DE QUATRE MODIFICATIONS D'INTÉRÊT POUR LES DÉTENTEURS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE .....	12
A. Modifications aux règles régissant l'abus de position dominante .....	13
1. L'état du droit avant la réforme .....	13
2. Modernisation en trois temps du droit régissant l'abus de position dominante .....	16
3. Note concernant l'entrée en vigueur de certaines modifications prévues aux projets de loi C-56 et C-59 et concernant certains chevauchements potentiels .....	23

---

© CIPS 2025.

\* Jennifer Quaid et Mistrale Goudreau sont professeures titulaires à la section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Le texte est à jour au 1<sup>er</sup> janvier 2025.  
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

B.	Le renforcement et l'expansion du droit d'accès privé au Tribunal pour les pratiques révisables. . . . .	27
1.	Observations préliminaires. . . . .	28
2.	Aperçu des principales modifications au droit d'accès privé. . . . .	30
3.	L'élargissement du bassin de plaignants pouvant demander la permission d'intenter un recours privé . . . . .	30
C.	La remise des profits pour pratiques révisables . . . . .	33
D.	L'ajout d'un droit à la réparation à l'article 75 (refus de fournir) . . . . .	38
1.	Bref aperçu de l'interaction entre le refus de fournir et la propriété intellectuelle . . . . .	38
2.	Tensions entre le droit à la réparation et les droits de propriété intellectuelle . . . . .	41
	CONCLUSION. . . . .	44

## RÉSUMÉ

Au cours de la période 2022-24, le Canada a procédé à une révision majeure de la *Loi sur la concurrence*, la principale législation visant à promouvoir la concurrence et les marchés concurrentiels. Présentés comme une modernisation de la Loi, les changements législatifs profonds, promulgués progressivement par le biais de trois projets de loi budgétaire, ont modifié les règles juridiques applicables à de nombreux domaines clés du droit de la concurrence et de sa mise en application. Dans cet article, nous donnons un aperçu de la réforme qui se concentre sur les modifications de la loi les plus pertinentes pour les détenteurs de droits de propriété intellectuelle : la transformation du cadre juridique régissant l'abus de position dominante et l'ajout d'un droit limité de réparation dans le cadre de la disposition relative au refus de vendre. Notre examen des modifications apportées à la disposition relative à l'abus de position dominante porte principalement sur le nouveau droit d'accès privé qui a été élargi pour inclure les demandes déposées par des plaignants dans « l'intérêt public » et qui permet aux plaignants de demander un paiement monétaire ne dépassant pas le montant de « bénéfice tiré » du comportement qui a constitué l'abus. Nous examinons comment ces deux nouvelles expressions pourraient être interprétées et nous identifions certaines questions que le Tribunal de la concurrence sera appelé à trancher lorsqu'il appliquera les nouvelles dispositions.

## MOTS-CLÉS

Concurrence – Propriété intellectuelle – Abus de position dominante – Actions privées – Actions collectives – Certification – Profits – Remise des bénéfices – Pratiques révisables – Pratiques abusives – Intérêt public – Prix excessif ou injuste – Sanctions administratives pécuniaires – Gains en efficience – Refus de fournir – Mesures de protection technique – Secrets industriels – Renseignements confidentiels – Moyen de diagnostic ou de réparation.

**ABSTRACT**

Over the period 2022-24, Canada completed a major overhaul of the *Competition Act*, the core legislation directed at promoting competition and competitive markets. Framed as a modernization of the Act, the sweeping legislative changes, enacted progressively via three budget bills, have altered the legal rules applicable to many key areas of competition law and enforcement. In this article, we provide an overview of the reform that is focused on the changes to the Act most relevant to the holder of intellectual property rights: the transformation of the abuse of a dominant position, and the addition of a limited right to repair within the refusal to deal provision. Our discussion of the changes to the abuse of dominant position provision is directed primarily at a new right of private access which has been expanded to include claims brought by plaintiffs in the “public interest” and entitles plaintiffs to seek a monetary payment not exceeding the amount of “benefit derived” from the conduct that constituted the abuse. We explore how these two new phrases might be interpreted and identify certain questions the Competition Tribunal will be called upon to decide as it applies the new provisions.

**KEYWORDS**

Competition – Intellectual Property – Abuse of Dominant Position – Private Actions – Class Actions – Certification – Profits – Disgorgement of Profits – Reviewable Practices – Abusive Practices – Public Interest – Excessive or Unfair Pricing – Administrative Monetary Penalties – Efficiency Gains – Refusal to Deal – Technical Protection Measures – Trade Secrets – Confidential Information – Diagnostic and Repair Tools.

Dans les dernières années, le législateur a apporté de nombreuses modifications à la *Loi sur la concurrence*<sup>1</sup> (ci-après « Loi »), dont l'impact est abondamment discuté<sup>2</sup>. Effectuée de manière très accélérée à travers trois projets de loi de nature budgétaire (C-19<sup>3</sup>, C-56<sup>4</sup> et C-59<sup>5</sup>), la réforme de 2022-24 se démarque des réformes

- 
1. *Loi sur la concurrence*, LRC, 1985, ch C-34, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-34/index.html>>.
  2. Voir notamment McMillan Competition and Antitrust Group, « Ready for Change? Bill C-59 Rewrites the Competition Playbook » (21 juin 2024), en ligne (Law Firm) : *McMillan* <<https://mcmillan.ca/insights/publications/ready-for-change-bill-c-59-rewrites-the-competition-playbook/>> ; McCarthy Tétrault Competition/Antitrust & Foreign Investment Group, « Greener on the Other Side: Environmental Amendments to the Competition Act » (24 juin 2024), en ligne (Law Firm) : *McCathry Tétrault* <<https://www.mccarthy.ca/en/insights/articles/greener-other-side-environmental-amendments-competition-act>> ; Dionysios Rossi *et al.*, « False advertising and greenwashing: Bill C-59 changes to Competition Act », en ligne (Law Firm) : *Borden Ladner Gervais* <[https://www.blg.com/en/insights/2024/07/false-advertising-and-greenwashing-bill-c-59-changes-to-competition-act#:~:text=Bill%20C%2D59%2C%20The%20Fall,environmental%20benefit%20claims%20\(greenwashing\).>](https://www.blg.com/en/insights/2024/07/false-advertising-and-greenwashing-bill-c-59-changes-to-competition-act#:~:text=Bill%20C%2D59%2C%20The%20Fall,environmental%20benefit%20claims%20(greenwashing).>)> ; Adam S Goodman et Sandy Walker, « Bill C-59's third wave of changes to the Competition Act passed » (28 juin 2024), en ligne (Law Firm) : *Dentons* <<https://www.dentons.com/en/insights/articles/2024/june/28/bill-c-59s-third-wave-of-changes-to-the-competition-act-passed>> ; Kevin Wright, Amy Pressman et Stephanie Wright, « Bill C-59 Becomes law: Competition Act hit by a green wave » (24 juin 2024), en ligne (Law Firm) : *DLA Piper* <<https://www.dlapiper.com/en-ca/insights/publications/2024/06/competition-act-hit-by-a-green-wave>> ; Jennifer A Quaid, « Canada's competition laws just changed: Here's what you need to know », *The Conversation Canada* (20 décembre 2023), en ligne : <<https://theconversation.com/canadas-competition-laws-just-changed-heres-what-you-need-to-know-220020>>.
  3. *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 7 avril 2022 et mettant en œuvre d'autres mesures (Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022)*, LC 2022, c 10, en ligne : <<https://www.parl.ca/LegisInfo/fr/projet-de-loi/44-1/c-19>>.
  4. *Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur la concurrence (Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable)*, LC 2023, c 31, en ligne : <<https://www.parl.ca/LegisInfo/fr/projet-de-loi/44-1/c-56>>.
  5. *Loi portant exécution de certaines dispositions de l'énoncé économique de l'automne déposé au Parlement le 21 novembre 2023 et de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 28 mars 2023 (Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023)*, LC 2024, c 15, en ligne : <<https://www.parl.ca/LegisInfo/fr/projet-de-loi/44-1/c-59>>.

antérieures autant par le nombre de modifications législatives que par l'étendue de la transformation des règles de fond. Il n'y a pas de doute que cette plus récente réforme est l'une des plus importantes depuis l'adoption de la Loi en 1986<sup>6</sup>.

Ces modifications sont bien sûr d'un grand intérêt pour bien des détenteurs de propriété intellectuelle (ci-après « PI »). La concurrence met l'accent sur la liberté des entreprises d'œuvrer dans un marché concurrentiel alors que la PI accorde une exclusivité sur des biens immatériels (œuvres marques, invention, etc.) restreignant l'accès à ces biens. La PI confère donc des avantages aux entreprises, permet d'acquérir ou de fidéliser la clientèle, et peut même permettre d'atteindre une position dominante sur le marché. L'entreprise détenant ces droits de PI doit veiller à ce que sa conduite ne constitue pas un acte anticoncurrentiel, un « abus » de position dominante, notamment dans son refus de fournir accès à la PI. Lorsque ses actes peuvent être considérés comme des violations du droit de la concurrence, elle s'expose à des recours par les autorités publiques ou, encore, de plus en plus, à des recours par des parties privées. C'est pour ces raisons que notre texte analysera quatre modifications d'intérêt pour les détenteurs de PI : (1) les modifications importantes au cadre juridique régissant l'abus de position dominante (art. 78-79), (2) la modification et l'expansion du droit d'accès au Tribunal de la concurrence (ci-après « Tribunal ») pour les parties privées touchées par les effets anticoncurrentiels de plusieurs pratiques révisables visées à la Partie VII de la Loi, (3) dans le cadre de ce même droit d'accès, l'ajout d'un droit de demander la remise des profits tirés de ces pratiques anticoncurrentielles, et (4) l'ajout, à l'article 75, d'un droit à la réparation.

Mais pour bien saisir l'impact de la réforme, il faut d'abord comprendre le régime général de la loi.

---

6. La *Loi sur la concurrence*, LRC, 1985, ch C-34, adoptée en 1986, a remplacé la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, SRC 1970, ch C-23, une loi à caractère pénal dont les versions antérieures remontaient à la première loi sur la concurrence au Canada, l'*Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, SC 1889, ch 41, adoptée en 1889. La loi a aussi fait l'objet de modifications majeures en 2009 : voir la *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 janvier 2009 et mettant en œuvre des mesures fiscales connexes*, LC 2009 c 2, arts 407 à 444. Pour une description des modifications de 2009, voir : Mistrale Goudreau et Jennifer A Quaid, « De quelques développements récents en droit de la concurrence » (2010) 22:2 (mai 2020) CPI 319.

## I. RÉGIME GÉNÉRAL DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

La *Loi sur la concurrence*<sup>7</sup>, dont le but est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada<sup>8</sup>, utilise plusieurs modes d'interventions : notamment, elle crée une série d'infractions criminelles et elle fournit une liste de comportements susceptibles d'examen, aussi appelés pratiques révisables ou « sujettes à examen ». L'application de la Loi est confiée au Bureau de la concurrence, dirigé par le commissaire de la concurrence, nommé par le gouverneur en conseil<sup>9</sup>. En veillant à la mise en application des lois qui relèvent de sa compétence<sup>10</sup>, dont la principale est la *Loi sur la concurrence*, le Bureau utilise plusieurs moyens destinés à encourager le respect de la Loi et ultimement le maintien d'une économie de marché « efficiente, concurrentielle et efficiente »<sup>11</sup>. Le Bureau peut faire enquête pour donner suite à une demande ou lorsqu'il a des raisons de croire qu'une infraction ou une pratique illégale a eu ou aura lieu<sup>12</sup>. Lorsqu'une infraction (mentionnée à la Partie VI ou VII de la loi) est décelée, le Bureau envoie le dossier au Directeur du Service des poursuites pénales du Canada (ci-après « SPPC ») qui décide ou non d'intenter une poursuite criminelle. Si l'entreprise se livre à une pratique révisable (mentionnée à la Partie VII.1, VIII ou VIII.1 de la loi), le Bureau peut soumettre le cas au Tribunal de la concurrence<sup>13</sup> (pour les pratiques trompeuses et frauduleuses prévues à la Partie VII.1, le Commissaire peut choisir de saisir soit le Tribunal, soit la Cour fédérale, soit une cour supérieure d'une province<sup>14</sup>). Le Tribunal peut ordonner à cette personne d'abandonner ou de modifier sa pratique et l'assujettir, en certains cas, au paiement d'une « sanction administra-

7. *Loi sur la concurrence*, supra note 1.

8. *Id.*, art 1.1.

9. *Id.*, art 7.

10. *Loi sur la concurrence*, supra note 1 ; *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, LRC 1985, ch C-38, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-38/index.html>> ; *Loi sur l'étiquetage des textiles*, LRC 1985, ch T-10, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/T-10/index.html>> ; *Loi sur le poinçonnage des métaux précieux*, LRC 1985, ch P-19, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/P-19/index.html>>.

11. Bureau de la concurrence, « Cadre d'action pour la conformité » (10 novembre 2015) à la p iii, en ligne (Gouvernement du Canada) : *Bureau de la concurrence du Canada* <<https://bureau-concurrence.canada.ca/sites/default/files/attachments/2022/Competition-Compliance-Framework-Bulletin-f.pdf>>.

12. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, art 10.

13. *Id.*, arts 75, 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 90.1, 92.

14. *Id.*, art 74.09.

tive pécuniaire ». Une sanction de cette nature s'inscrit normalement<sup>15</sup> dans un objectif de correction et de prévention visant à favoriser le respect de la Loi et ne vise pas à punir la personne<sup>16</sup>. Les montants sont considérés des créances de la Couronne<sup>17</sup>.

En dehors de ces recours pénaux et administratifs, il existe d'autres mécanismes de mise en œuvre. Notamment, des modifications à la Loi dans les années 1970<sup>18</sup> ont introduit la notion de « private enforcement », mise en œuvre privée, permettant en fait des recours par des parties privées<sup>19</sup>. Comme la Consultation sur l'avenir de la politique de la concurrence au Canada de 2023 l'a mis en lumière, le Bureau, disposant de ressources limitées, donne priorité aux affaires d'importance nationale et il est espéré que les affaires moins importantes ou à l'issue incertaine seront portées devant le Tribunal par des particuliers<sup>20</sup>.

C'est dans cet esprit que la Loi permet aux victimes d'agissements anticoncurrentiels d'obtenir dans certaines circonstances un dédommagement pour leurs pertes ou dommages. Cependant, le

- 
15. La constitutionnalité de cette forme de sanction, comme prévue au paragraphe 79(3.1) de la Loi fait actuellement l'objet d'une contestation constitutionnelle dans le cadre d'une demande présentée par le Commissaire de la concurrence contre Google Canada et Google LLC. Google prétend que contrairement à l'impression que laisse entendre le libellé de la disposition, la sanction administrative pécuniaire prévue au paragraphe 79(3.1) constitue dans les faits une conséquence « véritablement pénale » dont les conditions d'application ne respectent pas les garanties juridiques auxquelles les « personnes inculpées » ont droit en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fr/const/page-12.html>> ; *Commissioner of Competition c Google Canada & Google LLC (Avis de question constitutionnelle) (déposé le 2025-02-14)*, CT-2024-010, en ligne : <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/fr/item/521349/index.do>>.
  16. Voir les articles 74.1(4) et 79(3.3) de la Loi ainsi que les nouveaux articles 74.121(2), 74.132(2) et 90.1(1.5) de la Loi, introduits par le projet de loi C-59 : *Loi portant exécution de certaines dispositions de l'énoncé économique de l'automne déposé au Parlement le 21 novembre 2023 et de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 28 mars 2023*, LC 2024, c 15, arts 242, 243.
  17. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, arts 74.15 (indications trompeuses), 79.1 (abus de position dominante) ; *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, art 243 (entrée en vigueur au 2025-06-20).
  18. *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, SC 1974-75-76, ch 76.
  19. Kent Roach et Michael J Trebilcock, « Private Enforcement of Competition Laws » (1996) 34:3 *Osgoode Hall L J* 461-508.
  20. *Consultation sur l'avenir de la politique de la concurrence au Canada – Rapport sur Ce que nous avons entendu*, par Innovation science et développement économique Canada, 20 septembre 2024, en ligne : <<https://ised-isde.canada.ca/site/secteur-politique-strategique/fr/politique-dencadrement-marche/politique-concurrence/consultations-lavenir-politique-concurrence-canada/consultation-lavenir-politique-concurrence-canada-rapport-nous-avons-entendu>>.

premier recours privé (créé par l'article 36 de la Loi en 1976) a été, à l'origine, de portée bien limitée. Les pertes devaient avoir été subies par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la Partie VI (donc à la suite d'une infraction relative à la concurrence, notamment les infractions de cartel<sup>21</sup> et de pratiques frauduleuses<sup>22</sup>) ou du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente Loi<sup>23</sup>.

Des modifications à la Loi ont changé la portée des recours civils en permettant sur autorisation que des demandes soient faites au Tribunal de la concurrence par toute personne qui allègue que des faits constituant certaines pratiques restrictives ont eu lieu<sup>24</sup> ; ainsi, on a admis en 2002<sup>25</sup> les demandes qui allèguent l'illégalité d'un refus de vente<sup>26</sup>, d'une exclusivité, vente liée et limitation du marché<sup>27</sup>, puis en 2009 celles concernant un maintien des prix<sup>28</sup>, activité d'ailleurs décriminalisée en 2009<sup>29</sup>. Dans les années qui ont suivi l'ajout de ces recours, des demandes d'autorisation ont été déposées, surtout dans des cas de refus de vente<sup>30</sup>. Or, le seuil à franchir, comme élaboré par la Cour d'appel fédérale<sup>31</sup>, s'est avéré exigeant (voir notre discussion ci-dessous). Seulement une minorité des demandes ont été autorisées<sup>32</sup>, et donc l'importance de ces recours est demeurée limitée, d'autant plus qu'ils ne permettent pas l'octroi de dommages-intérêts.

Maintenant que nous avons tracé les grandes lignes du régime législatif antérieur, il faut expliquer le contexte de la réforme de 2022-2024.

21. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, arts 45, 45.1, 46, 47, 48, 49.

22. *Id.*, arts 52-55.1.

23. *Id.*, arts 64-73.

24. *Loi sur la concurrence*, LRC (1985), ch C-34 art 103.1, introduit par la *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, LC 2002, ch 16 art 12.

25. *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, supra note 24, LC 2002, ch 16, arts 11.1, 11.2, 11.3.

26. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, arts 75, 103.1(1) ; *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (2002)*, supra note 24, art 12.

27. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, arts 77, 103.1(1) ; *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (2002)*, supra note 24, art 12.

28. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, arts 76, 103.1(1) ; *Loi d'exécution du budget de 2009*, LC 2009, ch 2, art 431, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/b-9.858/page-4.html>>.

29. *Loi d'exécution du budget de 2009*, supra note 28, arts 426, 433.

30. John S Tyhurst, *Canadian Competition Law and Policy*, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2021 aux pp 61-62.

31. *Symbol Technologies Canada ULC v Barcode Systems Inc*, 2004 CAF 339 au para 16, en ligne : <<https://www.canlii.org/fr/ca/caf/doc/2004/2004caf339/2004caf339.html>>.

32. Tyhurst, supra note 30 à la p 62.

## II. APERÇU GÉNÉRAL DE LA RÉFORME 2022-2024

L'adoption de cette réforme a fait l'objet d'un consensus politique qui s'est établi autour de l'opportunité d'effectuer une modernisation de la Loi<sup>33</sup>. Pour les parlementaires, la réforme signale un point tournant du droit de la concurrence au Canada. On peut néanmoins souligner que l'adoption de la réforme a été facilitée par le choix du gouvernement de greffer les modifications à la *Loi sur la concurrence* à des mesures budgétaires, dont la période d'étude parlementaire est fortement limitée. Plusieurs commentateurs ont critiqué ce choix en soulignant que la procédure expédiée n'a pas laissé beaucoup de temps aux parties prenantes ni aux experts de se prononcer sur l'opportunité des modifications, ni de faire des propositions alternatives, ou même de proposer des améliorations ou des corrections techniques au libellé des dispositions<sup>34</sup>. À cet égard, la réforme de 2022-2024 se

- 
33. Le vote à la Chambre des communes sur la Division 6 du projet de Loi (les modifications à la *Loi sur la concurrence*) fut unanime : « Vote no. 778, 44<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., séance 319 » (28 mai 2024), en ligne (Parlement du Canada) : *Chambre des communes* <<https://www.noscommunes.ca/Members/fr/votes/44/1/778>>.
34. Ce point a été souligné directement en comité parlementaire, voir par ex : Ottawa, Chambre de communes, Comité permanent des finances, *Témoignage de Jennifer Quaid*, FINA-138 (18 avril 2024) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Evidence/EV13034270/FINAEV138-E.PDF>> ; Ottawa, Chambre des communes, Comité permanent de l'industrie et de la technologie, *Témoignage de Jennifer Quaid*, INDU-25 (20 mai 2022) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/INDU/Evidence/EV11808553/INDUEV25-E.PDF>>. Des arguments dans le même sens ont été formulés par plusieurs commentateurs du milieu du droit de la concurrence : Tony Di Domenico *et al.*, « Further and Significant Proposed Amendments to the Competition Act in the areas of Merger Review, Ordinary Sales Pricing, Drip Pricing and Environmental Claims » (10 mai 2024), en ligne (Law Firm) : *Competition Chronicle (Fasken)* <<https://www.competitionchronicle.com/2024/05/further-and-significant-proposed-amendments-to-the-competition-act-in-the-areas-of-merger-review-ordinary-sales-pricing-drip-pricing-and-environmental-claims/#more-3040>> ; Mémoire de l'ABC – Projet de loi C-59, Loi d'exécution de l'énoncé économique d'automne, par Elisa Kearney, (25 juillet 2024) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Brief/BR12980820/br-external/TheCanadianBarAssociation-067-240325-011-f.pdf>> [*Mémoire C-59 de l'ABC*] ; Mémoire de l'ABC au comité sénatorial NFFN re: Projet de loi C-59, par Elisa Kearney, (5 juin 2024) en ligne : <[https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/NFFN/briefs/C-59\\_Brief\\_CanadianBarAssoc\\_f.pdf](https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/NFFN/briefs/C-59_Brief_CanadianBarAssoc_f.pdf)> [*Mémoire ABC au NFFN C-59*] ; Mémoire de la Chambre de commerce du Canada au comité sénatorial NFFN re: projet de loi C-59, par Matthew Holmes, (30 mai 2024) en ligne : <[https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/NFFN/briefs/Letter\\_CanadianChamberofCommerce\\_f.pdf](https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/NFFN/briefs/Letter_CanadianChamberofCommerce_f.pdf)> [*Mémoire CCC C-59*] ; Robin Spillette *et al.*, « Significant Competition Act Amendments on the Horizon » (1<sup>er</sup> décembre 2023), en ligne (Law Firm) : *Competition Chronicle (Fasken)* <<https://www.competitionchronicle.com/2023/12/significant-competition-act-amendments-on-the-horizon/>> ; McMillan Competition and Antitrust Group, *supra* note 2 ; Quaid, *supra* note 2.

distingue de la précédente en 2009, également accomplie au moyen d'une mesure budgétaire. En 2009, la plupart des modifications avaient été recommandées dans le rapport final du Groupe d'experts mandaté pour étudier comment améliorer la concurrence et la compétitivité de l'économie canadienne<sup>35</sup>. De plus, un certain nombre des modifications avaient été incluses dans des projets de loi antérieurs morts au feuillet<sup>36</sup>.

Sur le plan juridique, même s'il y a une diversité d'opinions chez les commentateurs sur la nature et l'étendue des effets juridiques qui risquent de découler des plus récentes modifications législatives, la plupart sont d'accord pour dire qu'en raison de la quantité de règles de droit ayant fait l'objet de modifications substantielles, il ne sera pas possible à court terme de délimiter avec précision ni leur portée ni leur impact pratique sur la mise en application de la Loi<sup>37</sup>. Cette période d'incertitude durera encore plusieurs mois sinon un an ou deux, puisque les lignes directrices sur l'application de la Loi doivent être réécrites<sup>38</sup>. Ces lignes directrices sont des documents

---

35. *Foncer pour gagner : Rapport final du Groupe d'étude sur les politiques publiques en matière de concurrence*, par LR Wilson et al, Ottawa, Gouvernement du Canada, juin 2008, en ligne : <[https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/ic/Iu173-1-2008-1F.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2008/ic/Iu173-1-2008-1F.pdf)>.

36. Pour une description en détail de la réforme de 2009, voir : Goudreau et Quaid, « Quelques développements », *supra* note 6.

37. Anita Banicevic, John Bodrug et Umang Khandelwal, « Navigating the New Norm: Further Changes to Canada's Competition Act in Effect » (21 juin 2024), en ligne (Law Firm) : *Davies Ward Phillips & Vineberg* <<https://www.dwpv.com/en/insights/publications/2024/further-changes-to-canada-competition-act>> ; Tony Di Domenico et al, « Significant Amendments to Canada's Competition Act Are Now Law: What You Need to Know » (28 juin 2022), en ligne (Law Firm) : *Competition Chronicle (Fasken)* <<https://www.competitionchronicle.com/2022/06/significant-amendments-to-canadas-competition-act-are-now-law-what-you-need-to-know/>> ; Arlan Gates et Justine Johnston, « A new dawn for competition law and enforcement as Bill C-59 passes » (21 juin 2024), en ligne (Law Firm) : *Baker McKenzie Canada Insights* <<https://canada-insights.bakermckenzie.com/2024/06/21/a-new-dawn-for-competition-law-and-enforcement-as-bill-c-59-passes/>> ; Eric Dufour, Devin Persaud et Jaclyne Reive, « A new playing field: Summarizing sweeping reforms to the Canadian Competition Act » (11 juillet 2024), en ligne (Law Firm) : *Miller Thomson* <<https://www.millerthomson.com/en/insights/competition-antitrust-foreign-investment/summarizing-reforms-canadian-competition-act/>> ; Karounga Diawara, « Préface : La cure de jouvence de la législation sur la concurrence à l'ère de l'économie numérique et de la lutte contre l'inflation » dans *Quelques développements récents en droit de la concurrence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024 XI.

38. Quelques jours après l'adoption du projet de loi C-59, le Bureau de la concurrence a annoncé qu'il entamerait la préparation de nouvelles lignes directrices aussi rapidement que possible, sans préciser les échéances et tout en indiquant que le processus sera effectué au fur et à mesure. Or, l'ampleur de la tâche de révision ainsi que la nécessité de faire des consultations publiques des parties prenantes

qui articulent la vision du Bureau quant à la mise en application de la Loi. Même si elles ne lient pas les tribunaux, les lignes directrices sont généralement considérées comme des sources utiles, voire un « facteur important » pour dégager le sens et la portée plausibles des dispositions<sup>39</sup>.

En attendant la publication des lignes directrices sur les différentes pratiques anticoncurrentielles auxquelles la Loi s'applique, ainsi que les premières affaires à être entendues par le Tribunal de la concurrence ou les tribunaux de droit commun, nous aimerions faire part de nos impressions à l'égard des modifications qui sont, à notre avis, susceptibles de présenter le plus d'intérêt pour les titulaires de propriété intellectuelle.

### III. ANALYSE DE QUATRE MODIFICATIONS D'INTÉRÊT POUR LES DÉTENTEURS DE PI

Comme nous l'avons annoncé dans notre introduction, nous allons nous concentrer sur quatre modifications : (1) les modifications importantes au cadre juridique régissant l'abus de position dominante (arts 78-79), (2) la modification et l'expansion du droit d'accès au Tribunal de la concurrence (ci-après « Tribunal ») pour les parties privées touchées par les effets anticoncurrentiels de plusieurs pratiques révisables visées à la Partie VII de la Loi, (3) dans le cadre de ce même droit d'accès, l'ajout d'un droit de demander la remise des profits tirés

---

suggèrent fortement que ce processus prendra au moins un à deux ans à compléter : Bureau de la concurrence, « Des changements importants visant à renforcer la Loi sur la concurrence deviennent loi » (25 juin 2024), en ligne (Gouvernement du Canada) : *Bureau de la concurrence du Canada* <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2024/06/des-changements-importants-visant-a-renforcer-la-loi-sur-la-concurrence-deviennent-loi.html>>. Pendant cette période de transition, le Bureau a publié des orientations préliminaires sur l'application des dispositions modifiées par les projets de loi C-56 et C-59 concernant les fusions (arts 91 à 103) et les pratiques restrictives de commerce (arts 75 à 79 et 90.1) : Bureau de la concurrence, « Modifications aux dispositions de la Loi sur la concurrence relatives aux fusions et aux pratiques restrictives du commerce » (7 novembre 2024), en ligne (Gouvernement du Canada) : *Bureau de la concurrence du Canada* <<https://bureau-concurrence.canada.ca/fusions-acquisitions/modifications-aux-dispositions-loi-concurrence-relatives-aux-fusions-aux-pratiques-restrictives>>.

39. Ainsi s'exprime la Cour suprême concernant les bulletins d'interprétation en matière fiscale : « Les politiques et l'interprétation administratives ne sont pas déterminantes, mais elles ont une certaine valeur et, en cas de doute sur le sens de la législation, elles peuvent être un “facteur important” » : le juge de Grandpré dans l'arrêt *Harel c Sous-ministre du Revenu du Québec*, 1977 CanLII 10 (CSC), [1978] 1 R.C.S. 851, à la p 859 ; *Nowegijick c La Reine*, 1983 CanLII 18 (CSC), [1983] 1 RCS 29, à la p 37.

de ces pratiques anticoncurrentielles, et (4) l'ajout à l'article 75, d'un droit à la réparation. Commençons avec les modifications portant sur l'abus de position dominante.

## **A. Modifications aux règles régissant l'abus de position dominante**

### **1. L'état du droit avant la réforme**

L'abus de position dominante est une des pratiques révisables prévues à la Partie VIII de la Loi. Les règles de fond encadrant le contrôle de l'abus de position dominante se trouvent aux articles 78 et 79 de la Loi.

Avant la réforme, la mise en application de la Loi exigeait que la preuve de trois éléments soit faite avant que le Tribunal ne puisse rendre une ordonnance, soit la preuve :

- (1) que la personne (ou les personnes) occupe une position dominante (« contrôle sensiblement ou complètement une catégorie ou espèces d'entreprises, à la grandeur du pays ou une de ces régions » (par. 79(1a))),
- (2) qu'elle s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels (par. 79(1b)), et
- (3) que cette pratique a, a eu ou aura un effet sensible sur la concurrence dans un marché (par. 79(1c))<sup>40</sup>.

Au début des années 2020, une question a surgi : les dispositions de la Loi sont-elles susceptibles d'application aux pratiques émergentes dans les secteurs où les technologies numériques ont transformé le paysage d'exploitation commerciale ? Dans ces secteurs, on constate notamment que la collecte des données en temps réel par les outils de surveillance, surtout en forme numérique, a encouragé le déploiement de stratégies d'affaires exploitant l'asymétrie de pouvoir entre les géants numériques contrôlant l'accès à une plateforme (ou réseau social), dont la dominance s'est rapidement établie depuis

---

40. Pour une discussion très complète du droit positif tel qu'il existait avant les réformes, voir : Tyhurst, *supra* note 30 aux pp 357-401.

15-20 ans, et leurs utilisateurs, qu'ils soient des consommateurs (surtout acheteurs) ou des entreprises-clients (surtout vendeurs)<sup>41</sup>.

La perception que le Canada ne disposait pas d'un recours efficace pour sanctionner les pratiques abusives par des entreprises dominantes dans leurs secteurs n'était pas nouvelle<sup>42</sup>. Dans sa soumission à la consultation publique sur l'avenir de la politique canadienne en matière de concurrence, le Bureau de la concurrence a souligné trois aspects de l'article 79 qu'il estimait être mûrs pour un ajustement de tir : le critère applicable (qui exigeait la preuve à la fois d'une intention prédatrice, discriminatoire ou exclusionnaire et des effets anticoncurrentiels), le degré de déférence accordée aux justifications commerciales, et la méthode d'évaluation du préjudice causé à la concurrence<sup>43</sup>. Selon le Bureau, ces aspects ne sont pas en phase

41. Karounga Diawara, « Les nouveaux habits de l'abus de position dominante » dans *Développements récents en droit de la concurrence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024 75, aux pp 78-79 ; Jennifer A Quaid, « AI and Competition Law » dans Florian Martin-Bariteau et Teresa Scassa, dir, *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, Toronto, Lexis-Nexis, 2021 151. Voir aussi l'analyse de Pierre Larouche : Pierre Larouche, « On, In, For: Platforms, Disruptive Innovation, and Competition on the Market » Feb 2020 CPI Antitrust Chronicle 1-7. Cette préoccupation avec la puissance des géants numériques est internationale. Voir, par exemple, les rapports conjoints des autorités de la concurrence sur les enjeux numériques : Bundeskartellamt, « Compendium of approaches to improving competition in digital markets » (12 octobre 2022), en ligne (Government) : *Bundeskartellamt* <[https://bureau-concurrence.canada.ca/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/promotion-concurrence/conseils-interventions-bureau-concurrence-matiere-reglementation/lavenir-politique-concurrence-canada](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/G7_Compendium.pdf?__blob=publicationFile&v=4#:~:text=The%20Bundeskartellamt%20and%20the%20German,digital%20markets%20and%20related%20topics.></a>>.</li>
<li>42. Le Commissaire de la concurrence en a fait mention souvent au cours des années 2021-22, notamment dans un discours donné à la conférence annuelle de droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (voir ci-dessous). Les propositions de modifications à la Loi par le Bureau de la concurrence dans ses mémoires déposés dans le cadre des consultations Wetston (2021-2022) et la consultation publique du gouvernement (2022-2023) identifient plusieurs failles dans le cadre juridique de l'abus de position dominante qu'il estime nuisibles à une application effective de la loi : Matthew Boswell, <i>Canada Needs More Competition</i> (Ottawa, 2021) ; Bureau de la concurrence, <i>Examen de la Loi sur la concurrence du Canada à l'ère numérique : mémoire du Bureau de la concurrence</i> (2022) ; Bureau de la concurrence, <i>L'avenir de la politique de la concurrence au Canada : mémoire du Bureau de la concurrence</i> (2023).</li>
<li>43. L'avenir de la politique de la concurrence au Canada : Mémoire du Bureau de la concurrence, 15 mars 2023. En ligne : <<a href=)> (consulté le 1<sup>er</sup> avril 2025). Selon le Commissaire, dans VAA, le Tribunal a accepté une justification commerciale sincèrement crue par l'entreprise dominante même si cette dernière ne résistait pas à un examen objectif (VAA, par. 605 à 608). Dans la même décision, le Tribunal a conclu que le Commissaire avait le fardeau de prouver que des entreprises nouvelles seraient entrées dans le marché où l'entreprise dominante exerce une puissance commerciale (VAA, par. 665-669).

avec les approches préconisées par les homologues internationaux du Canada (les États-Unis, l'Union européenne et l'Australie). De plus, nous constatons que deux des critiques reflètent une insatisfaction de la part du Bureau avec le raisonnement du Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Autorité aéroportuaire de Vancouver* (ci-après « VAA »)<sup>44</sup>. L'importance de la décision dans VAA découle en partie du fait que depuis plusieurs années, seulement deux demandes intentées par le Commissaire en vertu de l'article 79 ont été entendues au fond (VAA et *Toronto Real Estate Board*)<sup>45</sup>. Un certain nombre des demandes ont fait l'objet d'ordonnances de consentement. Au cours de la même période, on a également observé une certaine tendance à appliquer le régime de pratiques commerciales trompeuses pour sanctionner des pratiques qui, quoique trompeuses, auraient pu être traitées comme d'autres pratiques révisables (comme l'abus de position dominante)<sup>46</sup>.

Compte tenu des lacunes du recours contre l'abus de position dominante, notamment pour répondre aux agissements des géants numériques, et surtout en comparaison avec le recours analogue appliqué en droit européen, on comprend pourquoi les articles 78-79 ont été ciblés dès le premier projet de loi de la réforme, C-19, déposé en avril 2022<sup>47</sup>.

- 
44. *Commissaire à la concurrence c Autorité aéroportuaire de Vancouver*, 2019 Comp Trib 6.
45. *Canada (Commissaire de la concurrence) c Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib conc 7 [*TREB TC (motifs)*] ; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib con 8 [*TREB TC (ordonnance)*] ; *Toronto Real Estate Board c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CAF 236, [2018] 3 RCF 563, en ligne : <<https://www.canlii.org/fr/ca/caf/doc/2017/2017caf236/2017caf236.html?autocompleteStr=toronto%20real%20estate%20board&autocompletePos=1&resultId=c74e89e8a20a40f1aa1f4ec902204f90&searchId=2024-07-29T07:20:57:692/a4bde515373541fdab24a89bd705c3b8>> [*TREB CAF (2017)*] ; *Toronto Real Estate Board c Commissaire de la concurrence*, [2014] 2018 CanLII 78753 (CSC) (aut appel refusée), en ligne : <<https://canlii.ca/t/htmn5>>.
46. L'exemple le plus marquant est celui de Facebook : *Commissioner of Competition v Facebook, Inc*, 2020 Competition Tribunal, en ligne : <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/471812/index.do>> (Competition Tribunal) [*Facebook Consent Agreement*]. Pour une analyse en détail de cette affaire, voir : Quaid, *supra* note 41. Voir aussi : *Canada (Commissioner of Competition) v Chatr Wireless Inc*, 2013 ONSC 5315, en ligne : <<https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2013/2013onsc5315/2013onsc5315.html>>.
47. *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022*, *supra* note 3.

## 2. *Modernisation en trois temps du droit régissant l'abus de position dominante*

La modernisation s'est faite par le biais des trois projets de loi : les C-19, C-56 et C-59.

### a) *Projet de loi C-19 (sanctionné le 23 juin 2022)*

Quatre modifications sont apportées aux articles 78-79 en 2022<sup>48</sup>. Premièrement, on ajoute un droit de recours privé, sur permission, analogue à celui déjà disponible pour les articles 75 (visant le refus de vendre) et 77 (visant l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché). Deuxièmement, la notion d'« agissement anticoncurrentiel » (définie à l'art. 78) est élargie au-delà des pratiques visant l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas des concurrents pour y inclure des agissements destinés à *nuire à la concurrence*. Cette modification cherchait à éliminer une certaine tension au niveau de la finalité de l'article 79 entre la protection de la concurrence et la protection des concurrents ayant subi les effets d'une pratique anticoncurrentielle<sup>49</sup>. Troisièmement, on voit l'ajout de références explicites à la réalité « numérique », dont les effets de réseaux en tant que barrière à l'entrée<sup>50</sup>, les effets « hors prix », notamment sur la vie privée des consommateurs<sup>51</sup>, et l'addition de la nature et la portée des changements et des innovations<sup>52</sup>, aux facteurs à considérer dans l'évaluation de la question à savoir si les agissements ont eu, ont ou auront un effet sensible sur la concurrence. Enfin, il y a une nette augmentation des seuils maximaux des sanctions administratives pécuniaires pouvant être imposées en ajoutant une méthode de calcul ajustée à la taille financière de l'entreprise, soit trois fois la valeur du bénéfice tiré de la pratique ou, si ce montant ne peut pas être déterminé, 3 % des recettes globales brutes annuelles<sup>53</sup>. Il est clair que le changement est motivé principalement par le constat que les seuils précédents (10 millions \$ ; 15 millions \$ en cas de récidive) étaient largement insuffisants pour avoir un effet dissuasif sur les entreprises d'envergure<sup>54</sup>.

48. *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022*, supra note 3, art 262.

49. Diawara, supra note 41 aux pp 81-83 ; Tyhurst, supra note 30 aux pp 375-76.

50. *Loi sur la concurrence*, supra note 24, art 79(4)a).

51. *Id.*, art 79(4)b).

52. *Id.*, art 79(4)c).

53. *Id.*, art 79(3.1)b).

54. Karounga Diawara, « Les nouveaux habits de l'abus de position dominante » dans *Développements récents en droit de la concurrence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024, 75 p 92-93 ; voir aussi Jennifer A Quaid, « AI and Competition Law » dans

Ces modifications, tout comme l'ensemble des modifications incluses dans le projet de loi C-19, sont décrites par le gouvernement<sup>55</sup>, ainsi que le Commissaire de la concurrence<sup>56</sup>, comme une première étape d'une réforme plus large. Selon eux, l'urgence de corriger ces lacunes déjà clairement identifiées justifiait la modification avant même que la consultation publique sur l'avenir du droit de la concurrence n'ait lieu. Sans nécessairement remettre en question l'opportunité de revoir le cadre juridique régissant l'abus de position dominante, plusieurs commentateurs ont questionné la sagesse d'effectuer une réforme partielle au lieu d'attendre et d'effectuer une réforme en profondeur après la consultation publique<sup>57</sup>. D'autres ont estimé que ce début de réforme était essentiel pour donner un élan au processus plus exigeant à venir<sup>58</sup>.

---

Florian Martin-Bariteau et Teresa Scassa, dir, *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, Toronto, Lexis-Nexis, 2021, 151 (insuffisance de seuils maximaux analogues dans le cadre de l'accord de consentement convenu entre Facebook et le Commissaire pour régler des allégations d'indications trompeuses).

55. François-Philippe Champagne, « Déclaration du ministre Champagne au sujet du lancement de la révision de la Loi sur la concurrence » (17 novembre 2022), en ligne (Gouvernement du Canada) : *Innovation science et développement économique Canada* <<https://www.canada.ca/fr/innovation-sciences-developpement-economique/nouvelles/2022/11/declaration-du-ministre-champagne-au-sujet-du-lancement-de-la-revision-de-la-loi-sur-la-concurrence.html>> ; Innovation science et développement économique Canada, « Document de travail : L'avenir de la politique de la concurrence au Canada » (novembre 2022), en ligne (Gouvernement du Canada) : *Innovation science et développement économique Canada* <<https://ised-isde.canada.ca/site/secteur-politique-strategique/fr/politique-dencadrement-marche/politique-concurrence/lavenir-politique-concurrence-canada>>.
56. Guide des modifications apportées en 2022 à la Loi sur la concurrence, par Bureau de la concurrence, Gouvernement du Canada (ISDE), (24 juin 2022) en ligne : <<https://ised-isde.canada.ca/site/bureau-concurrence-canada/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/publications/guide-modifications-apportees-2022-loi-concurrence>> [*Guide des modifications 2022*].
57. Omar Wakil et Valerie Dixon, « Brief submitted to House Standing Committee on Industry and Technology: Bill C-19, Part 5, Division 15: Budget Implementation Act, Competition Act amendments » (18 mai 2022), en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/INDU/Brief/BR11799769/br-external/TheCanadianBarAssociation-e.pdf>> ; Chambre de commerce du Canada, « Canadian Chamber of Commerce Recommendations on Bill C-19 » (24 mai 2022), en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/INDU/Brief/BR11810552/br-external/CanadianChamberOfCommerce-e.pdf>> ; Written Submission to Senate Standing Committee on Banking Commerce and Trade, par Jennifer Quaid, (11 mai 2022) en ligne : <[https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/BANC/briefs/Brief\\_JenniferA.Quaid\\_e.pdf](https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/BANC/briefs/Brief_JenniferA.Quaid_e.pdf)> [*Mémoire Quaid (2022-05-11)*].
58. Submission by Council of Canadian Innovators to House Standing Committee on Industry and Technology: Updating Canada's Competition Act to Support Canadian Innovation and Drive Prosperity, par Council of Canadian Innovators, (mai 2022) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/INDU/Brief/BR11814758/br-external/CouncilOfCanadianInnovators-e.pdf>> [*Mémoire CCI (mai 2022)*] ; avec la collaboration de Vasiliki Bednar, Ottawa, Chambre des

Ce sentiment est reflété dans les analyses des modifications effectuées par les juristes et les parties prenantes ayant déposé des mémoires et ayant témoigné devant les comités parlementaires. De manière générale, les changements sont bien reçus par les groupes représentant les consommateurs, les petites et moyennes entreprises, et l'intérêt public<sup>59</sup>. Ces groupes insistent sur la nécessité d'élargir la portée des articles 78-79 pour mieux responsabiliser les entreprises dominantes, capturer les pratiques commerciales qui caractérisent l'économie des données et du numérique et pour s'assurer que les conséquences des comportements abusifs sont ajustées à la puissance financière de l'entreprise. De l'autre côté, les grandes entreprises, leurs conseillers juridiques, ainsi que certains groupes d'experts sont plus critiques<sup>60</sup>. Ils soulignent le danger qu'une application étendue de

---

communes, Comité permanent de l'industrie et de la technologie, *Déclaration d'ouverture et témoignage de Vass Bednar (réunion du 2022-05-20 du comité INDU)*, (20 mai 2022) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/documentviewer/en/44-1/INDU/meeting-25/evidence>> [*Témoignage de V. Bednar (2022-05-20)*] ; avec la collaboration de Kaylie Tiessen, Ottawa, Chambre des communes, Comité permanent de l'industrie et de la technologie, *Déclaration d'ouverture de M<sup>me</sup> Kaylie Tiessen (réunion du 2022-05-20) au comité INDU*, en ligne : <<https://www.noscommunes.ca/documentviewer/fr/44-1/INDU/reunion-25/temoignages>>.

59. Voir les mémoires suivants, déposés au Comité permanent de l'industrie et de la technologie (projet de loi C-19), et au Comité permanent des finances (projets de loi C-56 et C-19) : Mémoire d'Option consommateurs sur le projet de loi C-56 déposé au Comité permanent des finances, par Option consommateurs, (23 octobre 2023) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Brief/BR12746177/br-external/OptionConsommateur-f.pdf>> ; Mémoire d'Option consommateurs sur le projet de loi C-59, par Options consommateurs, (5 avril 2024) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Brief/BR13003443/br-external/OptionConsommateurs-f.pdf>> ; Mémoire de l'Union des consommateurs sur le projet de loi C-59 déposé au Comité permanent des finances, par Union des consommateurs, (20 mars 2024) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Brief/BR13045979/br-external/UnionDesConsommateurs-f.pdf>> ; Mémoire du Conseil canadien des innovateurs sur le projet de loi C-19 déposé au Comité permanent de l'industrie et de la technologie, par Conseil canadien des innovateurs, (mai 2022) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/INDU/Brief/BR11814758/br-external/CouncilOfCanadianInnovators-10625024-f.pdf>>.
60. Voir les mémoires suivants déposés au Comité permanent de l'industrie et de la technologie (projet de loi C-19) et au Comité permanent des finances (projets de loi C-56 et C-59) : Mémoire de l'ABC – Projet de loi C-19 déposé au Comité permanent de l'industrie et de la technologie, par Omar Wakil et Valerie Dixon, (18 mai 2022) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/INDU/Brief/BR11799769/br-external/TheCanadianBarAssociation-f.pdf>> ; Mémoire – Projet de loi C-56 – Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable déposé au comité permanent des finances (2024-11), par Section taxes à la consommation, douanes et commerce, Section du droit de la construction et des infrastructures et Section du droit de la concurrence et de l'examen des investissements étrangers, (novembre 2023) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Brief/BR12746179/br-external/CanadianBarAssociation-10814410-f.pdf>>

la Loi représenterait pour les incitatifs économiques d'investir dans le développement de produits et de services innovants, ainsi que le risque de litiges abusifs par des concurrents moins performants<sup>61</sup>.

Les modifications à la *Loi* sont sanctionnées le 23 juin 2022, sans aucun changement au texte original du projet de loi.

b) *Projet de loi C-56 (sanctionné le 15 décembre 2023)*

Dix-huit mois plus tard, le cadre applicable à l'abus de position dominante est modifié de manière beaucoup plus significative par le projet de loi C-56<sup>62</sup>. Ce projet de loi, relativement court, fut déposé à l'automne 2023 à la suite de la publication d'un rapport de l'ISDE<sup>63</sup> résumant la teneur des contributions faites dans le cadre de la consultation publique sur l'avenir de la concurrence (de novembre 2022 à mars 2023)<sup>64</sup>.

---

[*Mémoire ABC (nov. 2023)*] ; Kearney, *supra* note 34 ; Mémoire de la Chambre de commerce du Canada sur le projet de loi C-19 déposé au Comité permanent de l'industrie et de la technologie, par Mark Agnew, (24 mai 2022) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/INDU/Brief/BR11810552/br-external/CanadianChamberOfCommerce-10624854-f.pdf>> ; Holmes, *supra* note 34 ; Structurer la réussite : La Loi sur la concurrence du Canada doit maintenir une approche basée sur les effets – mémoire déposé au comité permanent des finances, par Institut CD Howe, (28 novembre 2023) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Brief/BR12802642/br-external/CDHoweInstitute-10814619-f.pdf>>.

61. On peut trouver une transcription des témoignages et les mémoires des parties prenantes par le biais du site du Parlement du Canada, notamment sur celui du comité permanent de l'industrie et de la technologie de la Chambre des communes : « Étude du comité permanent de l'industrie et de la technologie de la teneur de la Partie 5, Sections 15, 16, et 17 du projet de loi C-19, Loi d'exécution du budget de 2022, n° 1 », (20 mai 2022), en ligne : *Chambre des communes* <<https://www.noscommunes.ca/committees/fr/INDU/StudyActivity?studyActivityId=11690693>>, ainsi que celui du comité sénatorial permanent sur les banques, le commerce et l'économie : « Étude du comité sénatorial permanent sur les banques, le commerce et l'économie de la teneur des éléments des sections 5, 10, 11, 15, 16, 17 et 30 de la partie 5 du projet de loi C-19, Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 7 avril 2022 », (11 mai 2022), en ligne : *Sénat du Canada* <<https://sencanada.ca/fr/comites/banc/memoires/44-1/#?sessionFilter=44-1&OrderOfReferenceID=576909>>.

62. *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable*, *supra* note 4.

63. Innovation science et développement économique Canada, *supra* note 20.

64. Innovation science et développement économique Canada, *supra* note 55 ; Innovation science et développement économique Canada, « L'avenir de la politique de la concurrence au Canada » (novembre 2022), en ligne (gouvernement) : *Innovation science et développement économique Canada* <<https://ised-isode.canada.ca/site/secteur-politique-strategique/fr/politique-dencadrement-marche/politique-concurrence/lavenir-politique-concurrence-canada>>.

Nous ne décrivons pas en détail le cheminement législatif de ce projet de loi, mais il importe de souligner que le texte du projet de loi a fait l'objet de modifications importantes en cours d'étude par le comité permanent des finances. En fait, les ajouts au texte final du projet de loi C-56, dont ceux touchant l'abus de position dominante, ont été tirés quasi textuellement des dispositions d'un projet de loi privé, C-352<sup>65</sup> (déposé en septembre 2023 par le chef du NPD, Jagmeet Singh). Cela a suscité de vives critiques de la part de certains commentateurs<sup>66</sup> ainsi que de plusieurs sénateurs, qui ont reproché au gouvernement de ne pas avoir laissé assez de temps pour une étude parlementaire en profondeur<sup>67</sup>. D'autres<sup>68</sup>, dont le groupe Option consommateurs<sup>69</sup>, étaient favorables au projet de loi.

À travers quatre modifications de conséquence, le projet de loi C-56 a transformé les règles de fond régissant l'abus de position dominante.

La plus importante est la réduction des conditions d'ouverture de trois à deux facteurs cumulatifs<sup>70</sup>. Dorénavant, pour établir un abus, il faut démontrer (1) le contrôle sensible d'une catégorie ou espèce d'entreprises (la position dominante) et **un** des deux facteurs alternatifs suivants : a) une pratique d'agissements anticoncurrentiels

65. *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence (Loi sur la réduction des prix pour les Canadiens)*, C-352 (examen en comité terminé le 19 juin 2024), en ligne : <<https://www.parl.ca/LegisInfo/fr/projet-de-loi/44-1/c-352>>.

66. Institut CD Howe, *supra* note 60 ; Section taxes à la consommation, douanes et commerce, Section du droit de la construction et des infrastructures et Section du droit de la concurrence et de l'examen des investissements étrangers, *supra* note 60 ; avec la collaboration de Matthew Holmes, Ottawa, Sénat, Comité permanent des finances nationales, 44<sup>e</sup> Parl, 1<sup>re</sup> sess., *Témoignage de M. Matthew Holmes, premier vice-président, Politique et relations gouvernementales, Chambre de commerce du Canada au comité permanent des finances nationales*, (13 décembre 2023) à la p 88:4-88:5 en ligne : <<https://sencanada.ca/content/sen/committee/441/nffn/88ev-56553.pdf>>. Voir aussi le résumé de : Quaid, *supra* note 2.

67. Sénat, 44<sup>e</sup> lég, 1<sup>re</sup> sess (22 nov 2021-présent), *Rapport du comité sénatorial permanent des finances nationales (PL C-56)*, C-56 (13 décembre 2023).

68. Note 64 à la p 88:5-88:6 ; avec la collaboration de Keldon Bester, Ottawa, Sénat, Comité permanent des finances, *Témoignage de M. Keldon Bester, directeur des campagnes, OpenMedia au comité permanent des finances nationales*, (13 décembre 2023) à la p 88:2-88:3 en ligne : <<https://sencanada.ca/content/sen/committee/441/nffn/88ev-56553.pdf>>.

69. Projet de loi C-56 – Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur la concurrence : commentaires d'Option consommateurs présentés au Comité des finances, par Option consommateurs, (23 octobre 2023) en ligne : <<https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/441/FINA/Brief/BR12746177/br-external/OptionConsommateur-f.pdf>>.

70. *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable*, *supra* note 4, art 7.2.

(une *intention*), ou b) un comportement qui a eu, a ou aura un effet sensible sur la concurrence (un *effet*).

De plus, le libellé de ce deuxième critère (79(1)b)) a été reformulé pour préciser que la notion de marché dans lequel les effets sont évalués s'étend à celui dans lequel la personne a un *intérêt concurrentiel plausible*, une reconnaissance du fait que la puissance commerciale peut être exercée de manière directe ou indirecte, notamment dans des catégories ou espèces d'entreprises dans des secteurs *adjacents ou liés* aux exploitations de l'entreprise dominante<sup>71</sup>. Ensuite, on y intègre la prise en compte du *rendement concurrentiel supérieur* antérieurement prévu à la liste des facteurs énumérés à l'article 79(4). Cette expression reconnaît qu'une position dominante peut découler du succès commercial et non pas de l'emploi de pratiques destinées à nuire aux concurrents ou à la concurrence<sup>72</sup>.

La deuxième modification ajoute « k) l'imposition directe ou indirecte de prix de vente excessifs et injustes » à la liste de pratiques anticoncurrentielles explicitement identifiées au paragraphe 78(1). Cet ajout semble ouvrir la porte à une évaluation comparative des prix sans identifier des critères fiables susceptibles d'appuyer rationnellement une prétention du caractère « excessif » ou « juste » d'un prix. Interrogé sur ce point devant le Sénat, le ministre de l'Innovation, Science et Développement économique a insisté sur le fait que la loi « n'est pas l'endroit pour réglementer les prix » tout en affirmant qu'il y a un lien direct entre l'abordabilité et la concurrence<sup>73</sup>. Témoignant

71. Cette modification est une reconnaissance législative de l'analyse effectuée dans deux affaires impliquant des entités dominantes qui n'étaient pas des concurrents directs des personnes affectées, mais avaient un intérêt commercial plausible dans le marché dans lequel ces personnes agissaient : *TREB TC (motifs)*, *supra* note 45 ; *Commissioner of Competition v Vancouver Airport Authority*, 2019 Competition Tribunal, en ligne : <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/465215/index.do>> (Competition Tribunal). Pour une discussion en détail du droit antérieur sur ce point et ces deux cas, voir : Tyhurst, *supra* note 30 aux pp 364-370, 381.

72. L'auteur Tyhurst note que le sens de cette expression n'a pas fait l'objet de beaucoup d'interprétations judiciaires et donc certains prétendent qu'il s'agit d'un moyen de prendre en compte les effets pro-compétitifs d'une pratique (analogue à la défense des gains en efficacité en fusions). Il souligne qu'une telle interprétation n'est pas conciliable avec l'historique législatif de la disposition : Tyhurst, *supra* note 30 aux pp 389-91. Nous ajouterons que l'abrogation de la défense des gains en efficacité dans le projet de loi C-56 renforce ce point. Toutefois, la position de Tyhurst, qui est à l'effet que la performance sert à évaluer la nature de la pratique (c'est-à-dire l'intention qui l'anime) plutôt que ses effets, ne cadre pas avec la nouvelle structure de l'article 79, qui permet de conclure à un abus lorsqu'il y a soit une intention interdite envers un concurrent, soit des effets anticoncurrentiels.

73. Avec la collaboration de François-Philippe Champagne, Ottawa, Sénat du Canada, par Hansard, 1<sup>re</sup> sess, 44<sup>e</sup> légis, *Débats du Sénat : Témoignage du Ministre François-*

plus tard dans la même journée devant le comité sénatorial permanent des finances nationales, le commissaire de la concurrence a précisé pour sa part que de l'avis du Bureau, l'application de l'alinéa 78(1)k serait limitée au contexte précis de l'alinéa 79(1)a – donc pour établir une pratique d'agissements anticoncurrentiels – et non pas comme moyen d'établir des seuils de prix juridiquement acceptables<sup>74</sup>. Il a également précisé que l'effet de l'application de la disposition sera surtout sur l'environnement concurrentiel et non pas directement sur les seuils de prix<sup>75</sup>.

La troisième modification a porté sur une augmentation des seuils financiers maximaux applicables aux sanctions administratives pécuniaires, de 10 millions \$ à 25 millions \$ pour une première ordonnance et de 15 millions \$ à 35 millions \$ pour toute ordonnance subséquente<sup>76</sup>.

La quatrième fut une modification au délai de prescription applicable de 1 an à 3 ans<sup>77</sup>.

*c) Projet de loi C-59 (sanctionné le 20 juin 2024)*

Alors que le projet de loi C-56 faisait l'objet d'étude, et avant sa sanction le 15 décembre 2023, le gouvernement a déposé le projet de loi C-59, la *Loi d'exécution de l'énoncé économique d'automne*<sup>78</sup>. La Section 6 de ce projet de loi de plus de 500 pages fut consacrée à des mesures liées à la concurrence. À la différence des mesures adoptées dans les projets de loi C-19 et C-56, qui furent ciblées et relativement peu nombreuses, les mesures de la Section 6 (qui comptait 35 pages) touchaient un vaste éventail de dispositions de la Loi qui, prises ensemble, représentaient le cœur de la réforme envisagée par le gouvernement.

*Philippe Champagne devant le Sénat (2023-12-13)*, vol. 155, n° 171 (13 décembre 2023) à la p 5258 en ligne : <[https://sencanada.ca/content/sen/chamber/441/debates/pdf/171db\\_2023-12-13-f.pdf](https://sencanada.ca/content/sen/chamber/441/debates/pdf/171db_2023-12-13-f.pdf)>.

74. Avec la collaboration de Matthew Boswell, Ottawa, Sénat du Canada, Comité sénatorial permanent des finances nationales, *Témoignage de M. Matthew Boswell, Commissaire à la concurrence au comité sénatorial permanent des finances nationales (réunion du 2023-12-13)*, (13 décembre 2023) à la p 88:27 en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/441/NFFN/88EV-56553-F>>.

75. *Id.*, à la p 88:21.

76. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, art 79(3.1) ; *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022*, supra note 3, art 262.

77. *Loi sur la concurrence*, supra note 1, art 79(6) ; *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022*, supra note 3, art 262.

78. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5.

Relativement à l'abus de position dominante et les autres pratiques unilatérales (arts 75 et 77), la modification la plus importante du projet de loi C-59 concerne le droit d'accès au Tribunal par les parties privées touchées par ces pratiques anticoncurrentielles. D'abord, le bassin de plaignants possibles est élargi au-delà des concurrents directement affectés par les pratiques d'une entreprise dominante (voir Section B). Ensuite, on prévoit la possibilité pour une partie privée de demander au Tribunal la remise d'un montant jusqu'à concurrence de la totalité des bénéfices tirés de la pratique abusive (voir Section C). L'autre modification de conséquence qu'apporte le projet de loi C-59 aux pratiques unilatérales est l'ajout d'une forme de « droit à la réparation » à l'article 75 (l'exclusivité) (voir Section D).

### **3. Note concernant l'entrée en vigueur de certaines modifications prévues aux projets de loi C-56 et C-59 et concernant certains chevauchements potentiels**

Avant d'aborder ces trois sujets d'intérêt particulier aux titulaires de droits de propriété intellectuelle, il importe de souligner que certaines dispositions prévues aux projets de loi C-56 et C-59 dont l'entrée en vigueur a été suspendue au 15 décembre 2024 (projet de loi C-56) et au 20 juin 2025 (projet de loi C-59). Dans un souci d'aider le lecteur à bien suivre notre analyse, voici un court résumé des dispositions transitoires qui touchent les dispositions dont nous traiterons et un aperçu de certains chevauchements potentiels.

#### *a) Projet de loi C-56*

Pour le projet de loi C-56, nous soulignons deux modifications à l'article 90.1 (qui visent les accords ou arrangements empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence entre concurrents) en vigueur depuis le 15 décembre 2024. Il s'agit de l'ajout du paragraphe 90.1(1.1) et l'abrogation des paragraphes 90.1(4) à (6)<sup>79</sup>. La première modification étend la portée du pouvoir du Tribunal de rendre une ordonnance dans le cas d'une collaboration qui nuit sensiblement à la concurrence. La deuxième élimine la défense dite des gains d'efficience tout comme

---

79. *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable*, supra note 4, art 8. Nous notons que la définition de « concurrent » au paragraphe 90.1(1.1) est également modifiée pour y intégrer la référence à ce nouveau paragraphe. La numérotation du paragraphe 90.1(1.1) fut subséquentement modifiée à 90.1(1.01) dans le projet de loi C-59, ce qui a nécessité une modification concordante à la définition de « concurrent » : *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, art 242.

ce fut le cas pour la disposition analogue applicable en matière de fusions, l'article 96<sup>80</sup>.

Bien que notre discussion ne mette pas l'accent sur l'article 90.1 en soi, ces modifications soulèvent certaines questions en raison du fait qu'elles brouillent la ligne de démarcation entre la portée de l'article 79 sur l'abus de position dominante et de l'article 90.1 sur les accords anticoncurrentiels. Même si on considère que les articles 79 et 90.1 ciblent des comportements *a priori* différents, il est possible d'imaginer des scénarios dans lesquels les mêmes faits pourraient plausiblement être qualifiés en vertu des deux dispositions en mettant l'accent sur des éléments différents. Ce sera notamment le cas lorsqu'il est question de dominance conjointe, où la puissance de marché est exercée de manière conjointe par plus d'une personne. Cette dominance conjointe est généralement accomplie au moyen de stratégies qui facilitent la coordination entre les entreprises dominantes, au détriment de leurs concurrents<sup>81</sup>. Dans un tel cas, il serait possiblement plus facile d'établir les éléments de l'article 90.1, qui n'exigent pas la preuve de la position dominante comme l'exige l'article 79, pour appuyer une demande au Tribunal alléguant que les agissements conjoints de deux personnes ont un effet sensible sur la concurrence. Cela est d'autant plus probable maintenant que la portée de l'article 90.1 sera élargie<sup>82</sup>. Dorénavant, le Tribunal pourrait intervenir même si aucune partie à la collaboration est un « concurrent » au sens de l'article 90.1(11). Cette modification cherche entre autres à permettre l'examen de clauses restrictives dans des baux commerciaux<sup>83</sup>.

L'abrogation de l'ancien paragraphe 90.1(4)<sup>84</sup>, la défense fondée sur les « gains en efficience », pourrait également influencer sur le choix de procéder en vertu de l'article 79 ou de l'article 90.1. Disposition identique à l'ancien article 96 en matière de fusions, ce moyen de défense permettait de plaider que des gains en efficience telles des économies d'échelle et autres épargnes réalisées par les entreprises

80. *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable*, *supra* note 4, art 10. Nous notons que, contrairement aux articles 90.1(4) à (6), l'article 96 fut abrogé sans suspension d'effet.

81. Tyhurst, *supra* note 30 aux pp 391-93.

82. *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable*, *supra* note 4, art 8(2).

83. Bureau de la concurrence, *supra* note 38 ; Competition Bureau, « Guide to the December 2023 amendments to the Competition Act » (18 décembre 2023), en ligne (Government) : *Competition Bureau Canada* <<https://competition-bureau.canada.ca/how-we-foster-competition/education-and-outreach/guide-december-2023-amendments-competition-act>> ; Quaid, *supra* note 2.

84. *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable*, *supra* note 4, art 8.

fusionnantes ou en collaboration surpassaient et neutralisaient les effets anticoncurrentiels qui résulteraient de la fusion ou de la collaboration<sup>85</sup>. Sans ce moyen de défense, il sera plus difficile pour des entreprises détenant conjointement une position dominante dans un marché de justifier des accords ou des pratiques qui entraînent ou risquent d'entraîner des effets anticoncurrentiels sensibles.

b) *Projet de loi C-59*

Quant à l'entrée en vigueur des modifications à la Loi adoptées dans le projet de loi C-59 pertinentes aux dispositions dont nous discuterons, il importe de préciser que la plupart des règles de fond sont en vigueur, notamment les modifications à l'article 78 (notion d'acte anticoncurrentiel), le nouveau cadre analytique de l'abus de position dominante (le passage de trois à deux conditions pour établir un abus, nouveaux critères d'appréciation des effets anticoncurrentiels, etc.) et la nouvelle formulation de l'article 75 (qui intègre maintenant une référence à un droit de réparation).

C'est principalement pour les dispositions relatives aux modalités du droit d'accès des parties privées que le législateur a prévu une suspension d'entrée en vigueur jusqu'au 20 juin 2025 (un an après la sanction). Les deux catégories de modifications non en vigueur dont nous traiterons sont : (1) les personnes ayant droit de demander la permission d'intenter un recours privé (en vertu des arts 75, 77, 79 et 90.1) ainsi que les motifs donnant ouverture à l'octroi de cette permission, et (2) la possibilité pour le Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance supplémentaire ordonnant à une entreprise s'étant livrée à une pratique révisable « de payer une somme – ne pouvant excéder la valeur du bénéfice tiré du comportement visé par l'ordonnance – devant être répartie, de la manière qu'il estime indiquée, entre le demandeur et toute autre personne touchée par le comportement »<sup>86</sup>.

85. Pour une discussion du fonctionnement de cette défense, telle qu'appliquée en matière de fusions (en vertu du droit antérieur), voir : Jennifer Quaid et Mistrale Goudreau, « Bref commentaire sur l'affaire Tervita de 2015 » (2016) 28:3 CPI 703-720 ; Tyhurst, *supra* note 30 aux pp 228-242.

86. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, *supra* note 5, arts 244(2), 245(2), 246, 247(1) et (2), 248(2), (4) et (7), 254, 255, 256(1), 257, 259, 264. Le projet de loi C-59 a également ajouté un nouveau droit d'accès privé en vertu de l'article 74.1 (indications trompeuses et frauduleuses), qui n'est pas non plus en vigueur avant le 20 juin 2025. Parce que ce droit d'accès diffère à certains égards de celui en vertu des articles 75, 77, 79 et 90.1, nous n'en traiterons pas dans ce texte.

Il va sans dire que la suspension de l'entrée en vigueur d'une partie des dispositions qui sont au cœur de la réforme du droit de la concurrence crée une situation transitoire pendant laquelle le Tribunal sera, strictement parlant, appelé à appliquer une version partielle de la réforme dans le contexte de demandes de permission d'intenter un recours par des parties privées alléguant des violations des articles 75-77 et 79. Dans le cadre d'une procédure de demande de permission de présenter une demande en vertu de l'article 79, intentée par JAMP Pharma<sup>87</sup>, le Commissaire de la concurrence avait déposé des représentations écrites invitant le Tribunal à appliquer une interprétation large et libérale des dispositions actuellement en vigueur régissant l'octroi de la permission. Il a invoqué au soutien de cette prétention l'importance de respecter l'intention du législateur de permettre un plus grand accès au Tribunal pour les parties privées afin de favoriser une mise en application de la loi complémentaire aux recours intentés par le commissaire<sup>88</sup>. Le Tribunal de la concurrence, tout en arrivant à la conclusion que le demandeur JAMP Pharma n'avait pas atteint le seuil de preuve nécessaire pour obtenir la permission d'intenter un recours en vertu de l'article 79<sup>89</sup>, a néanmoins abordé en détail la question de l'interprétation du paragraphe 103.1(7)<sup>90</sup>. Le Tribunal était d'avis que le sens à donner au paragraphe 103.1(7) exigeait une analyse adaptée au libellé, au contexte et à la finalité propres à l'article 79 : « It must be open to the Tribunal to interpret the provision from first principles and to conduct the interpretive analysis above for the added section 79. »<sup>91</sup> Cette première détermination de la portée du paragraphe 103.1(7), une disposition dont le libellé final n'entrera en vigueur qu'au 20 juin 2025, renforce notre opinion que nous sommes dans une période où l'état du droit de la concurrence demeure flou et continuera à évoluer. La délimitation précise de la portée et des effets des dispositions, surtout celles encadrant les recours intentés par des parties privées,

87. *JAMP Pharma c Janssen Inc (demande de permission de présenter une demande en vertu de l'art 79) (Avis de demande proposé selon l'art 79)*, 2024 Tribunal de la concurrence, en ligne : <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/521274/1/document.do>> (Tribunal de la concurrence).

88. *JAMP Pharma Corporation c Janssen Inc* (Représentations écrites du commissaire de la concurrence en vertu du para 103.1(6)), (6 octobre 2024) aux para 7-11 en ligne : <Représentations écrites du commissaire de la concurrence en vertu du para 103.1(6)> [Représentations du commissaire (JAMP Pharma)].

89. *JAMP Pharma v Janssen Inc*, 2024 Comp Trib 8 aux para 2, 180, 182, en ligne : <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/521328/index.do>>.

90. *Id.*, aux paras 23-77.

91. *Id.*, au para 75.

prendra encore du temps avant d'atteindre un degré de stabilité et de prévisibilité.

## **B. Le renforcement et l'expansion du droit d'accès privé au Tribunal pour les pratiques révisables**

La réforme de 2022-2024 transformera de manière importante le droit d'accès des parties privées au Tribunal de la concurrence. Ce droit prévu à l'article 103.1 de la Loi donne la possibilité à une partie privée de demander la permission d'intenter un recours contre une personne s'étant livrée à une pratique sujette à révision lorsque le Commissaire n'agit pas<sup>92</sup>. Ajouté à la Loi en 2002<sup>93</sup>, ce droit était limité aux demandes en vertu des articles 75 (refus de vendre) et 77 (exclusivité). Il fut étendu à l'article 76 (maintien des prix) en 2009<sup>94</sup>. À cette même époque, le groupe d'experts chargé de proposer des réformes à la Loi a écarté dans son rapport final<sup>95</sup> l'idée d'étendre ce droit à l'abus de position dominante citant le risque d'une prolifération de litiges frivoles<sup>96</sup>.

Au cours des 12 années suivantes, on voit naître une attitude plus favorable aux recours privés comme moyen complémentaire d'appliquer la Loi, notamment au sein du Bureau de la concurrence, qui propose dans son mémoire à la consultation initiée par le sénateur Wetston de l'étendre aux cas d'abus de position dominante, la principale pratique révisable de la Partie VIII de la Loi<sup>97</sup>. Cette recommandation du Bureau est intégrée au projet de loi C-19, sanctionné en juin 2022<sup>98</sup>.

92. Tyhurst, *supra* note 30 aux pp 57-62.

93. *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (2002)*, *supra* note 24, art 12.

94. *Loi d'exécution du budget de 2009*, *supra* note 28, arts 426, 431.

95. Wilson *et al*, *supra* note 35 à la p 59.

96. Tyhurst, *supra* note 30 à la p 229.

97. La consultation avait été lancée en octobre 2021 par le sénateur Wetston : L'honorable Howard Wetston (2021), Invitation à la consultation – Examen de la Loi sur la concurrence au Canada à l'ère numérique, en ligne : <<https://senca.nada.ca/media/368380/lettre-pdf.pdf>>. Voir la réponse du Bureau : Mémoire du Bureau de la concurrence : Examen de la Loi sur la concurrence du Canada à l'ère numérique, 8 février 2022, en ligne : <<https://bureau-concurrence.canada.ca/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/promotion-concurrence/conseils-interventions-bureau-concurrence-matiere-reglementation/examen-loi-concurrence-canada-lere-numerique#sec00>> au para 3.4.

98. *Loi sur la concurrence*, *supra* note 1, art 79(1) ; *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022*, *supra* note 3, art 262.

Dans la foulée des commentaires reçus sur cette question dans le cadre de la consultation publique effectuée par l'ISDE<sup>99</sup>, il n'est pas surprenant que le projet de loi C-59<sup>100</sup> propose des modifications supplémentaires au régime régissant l'accès privé.

### 1. Observations préliminaires

Avant de décrire les modifications de fond au droit d'accès, il importe de faire deux remarques préliminaires. Premièrement, comme nous l'avons déjà souligné, nous sommes actuellement dans une période transitoire puisque le droit régissant le droit d'accès au Tribunal pour les parties privées n'est pas entièrement en vigueur. Les modifications aux exigences pour obtenir l'autorisation<sup>101</sup>, l'élargissement du bassin de plaignants pouvant faire une demande<sup>102</sup> ainsi que l'ajout du droit de demander le paiement de « bénéfices »<sup>103</sup> n'entreront en vigueur que le 20 juin 2025, soit l'anniversaire de la sanction du projet de loi C-59<sup>104</sup>.

Deuxièmement, nous soulignons deux effets pratiques des modifications au cadre juridique applicable à l'accès privé. D'abord, il étend ce droit aux principales pratiques révisables ciblées par la Loi au-delà des articles 75, 76, 77 et 79 (pour lesquels un recours était déjà disponible avant 2024) aux pratiques visées par l'article 90.1 (l'accord ou arrangement empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence) et certaines pratiques commerciales trompeuses prévues à la Partie VII de la Loi<sup>105</sup>. Ensuite, il a uniformisé les modalités du

99. *Future of Canada's Competition Policy Consultation – What We Heard Report*, par Innovation Science and Economic Development Canada, 20 septembre 2023, au ch Private Enforcement, en ligne : <<https://ised-isde.canada.ca/site/strategic-policy-sector/en/marketplace-framework-policy/competition-policy/consultation-future-competition-policy-canada/future-canadas-competition-policy-consultation-what-we-heard-report>>.

100. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, art 254.

101. *Loi portant exécution de certaines dispositions de l'énoncé économique de l'automne déposé au Parlement le 21 novembre 2023 et de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 28 mars 2023*, LC 2024, ch 15 art 255. D'ici le 20 juin 2025, l'accès au Tribunal se limite à une personne « directement et sensiblement » (arts 75, 77 et 79) ou « directement » (art 76) « gêné dans son entreprise en raison de l'existence de l'une ou l'autre des pratiques qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance » en vertu de ces articles. *Loi sur la concurrence*, LRC, 1985, ch C-34 arts 7, 7.1.

102. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, art 255.

103. *Id.*, arts 245(2), 246, 247(1), (2), 248(2), 4(4), (7), 254.

104. *Id.*, art 272.

105. *Id.*, art 254 (ajoutant à l'art 103.1 de la Loi une mention à l'art 74.1 (PCT) et à l'art 90.1 (accords anticoncurrentiels)). Seules les pratiques commerciales

droit d'accès privé, avec une exception. Pour les pratiques ciblées par la Partie VIII (arts 75, 76, 77, 79 et 90.1) le projet de loi C-59 accorde la possibilité à tout demandeur privé de demander le paiement d'un montant financier n'excédant pas la valeur du bénéfice obtenu par la personne qui s'est livrée à la pratique révisable. Les victimes des pratiques révisables en vertu de la Partie VII.1 (les pratiques frauduleuses et trompeuses, soit les PCT), n'ont pas la possibilité de demander un montant financier en guise de restitution, à l'exception des consommateurs dans les circonstances limitées prévues au paragraphe 74.1(1)d) de la Loi<sup>106</sup>.

À première vue, offrir l'accès aux mêmes mesures, sans égard à la pratique en question, semble destiné à assurer que les pratiques révisables soient sanctionnées de manière comparable, évitant ainsi des débats sur la qualification de la pratique en vertu d'une disposition ou d'une autre. Or, il n'est pas clair que cet objectif louable est bien servi en raison de la modification des règles de non-concomitance des recours. Antérieurement, il était interdit d'intenter une procédure lorsqu'une poursuite ou une demande d'ordonnance impliquant les mêmes faits était pendante. Cette protection contre des procédures concomitantes sera limitée dans le cas de demandes d'ordonnances au Tribunal (l'interdiction d'entamer une procédure (civile) concomitante à une poursuite criminelle pendante reste inchangée). Dorénavant, l'interdiction ne s'appliquera que lorsqu'une affaire civile a fait l'objet d'une ordonnance (donc lorsque l'affaire est terminée). Juridiquement, rien n'empêcherait une partie privée de demander l'autorisation d'intenter un recours contre une personne en vertu de l'article 79 lorsqu'un recours est pendant contre cette personne en

---

trompeuses visées à l'article 74.01(1)a) sont incluses. Voir la note de bas de page 116.

106. Le Tribunal peut ordonner le paiement d'une forme de restitution en vertu du paragraphe 74.1(1)d). Or, il y a lieu de faire deux précisions importantes. D'abord, ce pouvoir du Tribunal se limite aux cas impliquant les comportements visés par l'interdiction générale des indications trompeuses et frauduleuses (prévue au para 74.01(1)a)). Ensuite, le montant pouvant être ordonné par le Tribunal n'est pas parfaitement analogue à la notion de « bénéfice tiré du comportement ». Le paragraphe 74.1(1)d) précise que le Tribunal peut ordonner le paiement d'une somme « ne pouvant excéder la somme totale payée au contrevenant pour ces produits – devant être répartie entre elles de la manière qu'il estime indiquée ». Cette somme est donc déterminée en fonction des montants payés par les acheteurs du produit au contrevenant et non pas en fonction des bénéfices que ce dernier a tirés de son comportement. Par ailleurs, est exclu du calcul de cette somme les montants payés par les entreprises ou personnes intermédiaires dans la chaîne de distribution du produit (grossistes, détaillants ou autres distributeurs). Le paiement de ce montant est destiné aux consommateurs : Tyhurst, *supra* note 30 à la p 526.

vertu de l'article 90.1. Il incombera au Tribunal d'établir les balises qui encadreront l'octroi de permission d'intenter des recours multiples touchant le même comportement.

## **2. *Aperçu des principales modifications au droit d'accès privé***

Le projet de loi C-59 a apporté deux modifications au droit d'accès privé qui méritent d'être soulignées.

D'abord, il a élargi le bassin de plaignants pouvant demander l'autorisation d'intenter un recours devant le Tribunal. Cet élargissement est attribuable à deux changements :

- la réduction des exigences applicables aux personnes *gênées dans leur entreprise* pour obtenir l'autorisation, et
- la possibilité d'autorisation pour toute personne pouvant convaincre le Tribunal qu'une demande servirait l'intérêt public (voir la section 3, ci-dessous).

Ensuite, le projet de loi a accordé au Tribunal le pouvoir de rendre une ordonnance additionnelle à celle d'ordonner les mesures raisonnables et nécessaires pour enrayer les effets de la pratique révisable – le paiement d'une somme « ne pouvant pas excéder la valeur du bénéfice tiré du comportement visé par l'ordonnance »<sup>107</sup>. On accorde au Tribunal le pouvoir de décider comment cette somme devrait être répartie entre le demandeur et toute autre personne « touchée par le comportement »<sup>108</sup>. Ce pouvoir d'ordonner le paiement d'un montant d'argent n'a pas toutefois été ajouté au recours privé applicable aux PCT (voir la Partie C ci-dessous).

## **3. *L'élargissement du bassin de plaignants pouvant demander la permission d'intenter un recours privé***

Il importe de dire quelques mots sur l'élargissement du bassin de plaignants pouvant demander la permission au Tribunal de la concurrence d'intenter un recours privé. Comme mentionné ci-dessus,

---

107. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, art 254 (introduisant l'art 103.1(6.1), (7)).

108. *Id.*, arts 244-248.

la seule demande étudiée au fond par le Tribunal a été rejetée<sup>109</sup>, mais il est probable que d'autres demandes soient déposées après le 20 juin 2025, lorsque l'ensemble des modifications touchant l'accès privé seront en vigueur. La plupart des commentateurs ainsi que le Commissaire de la concurrence<sup>110</sup> s'attendent à une augmentation du nombre de demandes de permission et par conséquent du nombre de recours privés autorisés.

Les modifications apportées par le projet de loi C-59 cherchent à favoriser l'accès privé en réduisant les exigences d'autorisation et en créant un nouveau motif d'autorisation greffé à la promotion de l'intérêt public. Concernant les exigences d'autorisation, avant la réforme, la Loi prévoyait que le Tribunal pouvait faire droit à une demande « s'il a des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné »<sup>111</sup>, ou « directement gêné »<sup>112</sup> ou « sensiblement gêné » « *dans son entreprise* »<sup>113</sup>. Il fallait donc considérer l'ensemble de l'entreprise de l'auteur de la demande, un critère restrictif, notamment pour les nouveaux entrants dans un marché<sup>114</sup>. Le projet de loi C-59 précise que la gêne peut affecter tout *ou partie* de l'entreprise requérante<sup>115</sup>. Il sera donc possible de baser une demande sur l'impact affectant un sous-segment de l'entreprise, comme une gamme de produits ou un marché.

Ensuite, il serait possible pour une personne de demander la permission d'intenter un recours en plaidant que cela servirait l'intérêt public. Cette modification étend l'accès privé au-delà des personnes *gênées dans leur entreprise* (donc des demandeurs-entreprises<sup>116</sup>) à toute personne pouvant *convaincre le Tribunal qu'une telle demande servirait l'intérêt public* (ce qui pourrait inclure, notamment, des

109. Nous soulignons que bien que la demande déposée par JAMP Pharma fut la première étudiée au fond par le Tribunal, deux demandes antérieures ont été présentées au Tribunal. Une a été jugé non recevable (*Winston Gaskin et al v Rogers Communications et al*, 2025 Trib conc 3, en ligne : <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/521359/index.do>>) et l'autre a été abandonnée peu de temps après son dépôt : Apotex (dossier CT-2023-007).

110. Ian Freeman, « Une nouvelle ère de l'application de la loi en matière de concurrence », *CBA/ABC National* (2 octobre 2024), en ligne : <<https://nationalmagazine.ca/fr-ca/articles/law/business-corporate/2024/a-new-era-of-com-petition-enforcement>>.

111. *Loi sur la concurrence*, supra note 24, art 103.1(7).

112. *Loi sur la concurrence*, art 103.1(7.1), en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-34/>> LRC (1985), ch C-34.

113. *Loi sur la concurrence*, supra note 24, art 75(1).

114. Tyhurst, supra note 30 à la p 62.

115. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, art 244 (modifiant l'art 75(1) et art 254 (modifiant l'art 103.1(7)).

116. Tyhurst, supra note 30 aux pp 62-63.

individus, des groupes de consommateurs ou d'autres organismes d'intérêt public).

Les chances que cette dernière modification donne lieu à un plus grand accès privé restent à voir. La notion d'intérêt public n'est pas définie par la Loi. Son sens prendra forme lorsque le Tribunal sera saisi de demandes d'accès fondé sur ce volet de l'article 103.1(7). Même s'il est encore difficile de prévoir comment le Tribunal interprétera l'expression « intérêt public », nous sommes d'avis que dans l'identification des contours de ce concept, on tiendra compte de la nature des pratiques commerciales visées, de l'économie générale de la Loi, notamment de l'article 1.1 (l'article objet de la Loi), ainsi que de la volonté claire du législateur d'outiller les personnes affectées par les comportements anticoncurrentiels pour veiller directement à la promotion et au maintien d'une économie de marché dynamique, adaptable et concurrentielle.

L'ajout d'une référence à l'intérêt public soulève plusieurs questions procédurales importantes qui dépassent largement le cadre de ce texte. Un des enjeux critiques qui sera débattu lors des premières demandes sera l'interaction entre les règles de permission prévues à la Loi et le régime de certification des actions collectives, quant à l'application des critères d'autorisation. Les droits d'accès privé plus limités avant la réforme ne soulevaient pas cette question parce que les personnes pouvant déposer une demande étaient des concurrents ou autres personnes directement et sensiblement affectées par une pratique anticoncurrentielle, donc un bassin plus petit de demandeurs potentiels. Le volet « intérêt public » du droit d'accès ouvre la porte à des demandes intentées par des personnes, par exemple des consommateurs ou des PME, qui, si on regarde l'historique des recours privés en vertu de l'article 36 de la Loi<sup>117</sup>, risquent de ne pas pouvoir assumer la charge d'un litige sans la possibilité de faire certifier un groupe et procéder au moyen d'une action collective. Est-ce que l'autorisation d'un recours pour un motif d'intérêt public sera une étape supplémentaire à la certification d'une action collective ou est-ce que les deux procédures seront combinées d'une certaine manière afin de réduire le fardeau aux demandeurs ? La réponse à cette question, qui aura un impact pratique significatif sur l'étendue du droit d'accès au Tribunal,

---

117. Pour un excellent survol de la jurisprudence récente relative à l'application des critères d'autorisation de recours collectifs dans le contexte de l'article 36 de la Loi, voir : Pascale Dionne-Bourassa *et al.*, « Le droit de la concurrence sous la loupe des actions collectives : un retour sur certains jugements importants de 2022-2023 » dans *Quelques développements en droit de la concurrence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024.

sera à préciser par le Tribunal et les tribunaux de droit commun, idéalement dans un avenir proche. Entre-temps, il serait louable pour le Bureau de la concurrence d'élaborer sa vision du concept d'« intérêt public » afin d'aider les parties à évaluer l'opportunité de déposer une demande d'autorisation dans le cas où le Bureau n'entend pas intenter un recours. La complémentarité souhaitée de l'accès privé au Tribunal aux efforts de mise en application du Bureau en dépendra.

### C. La remise des profits pour pratiques révisables

La possibilité pour une partie privée de demander une somme d'argent pour une pratique anticoncurrentielle révisable (et non pas criminelle) marque un tournant dans l'histoire du droit de la concurrence au Canada. Plusieurs rapports, ayant étudié la question au cours des années, dont le rapport Foncer pour gagner (2008)<sup>118</sup>, ont déconseillé l'ajout d'un pouvoir de verser une somme d'argent à des parties privées affectées par une pratique anticoncurrentielle<sup>119</sup>.

Or, la formulation utilisée pour décrire ce montant ne correspond pas à une expression consacrée en droit fédéral. Quel est le sens à donner à la formulation : est-ce une reddition de compte, un montant qui tient lieu de dommages-intérêts ou autre chose ?

Le projet de loi C-59 permet au Tribunal de la concurrence d'octroyer une somme monétaire (en anglais « amount ») à la ou les personnes touchées par la pratique illégale. C'est le cas pour le refus de vente<sup>120</sup>, le maintien des prix<sup>121</sup>, de l'exclusivité, vente liée et limitation du marché<sup>122</sup>, l'abus de position dominante<sup>123</sup> et l'accord ou entente empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence<sup>124</sup>. Fait à noter, le projet de loi n'offre pas, sauf exception, cette possibilité pour les déclarations commerciales trompeuses<sup>125</sup>.

118. Wilson *et al*, *supra* note 35 à la p 59.

119. Pour un bref aperçu de la question dans un contexte historique, voir : Tyhurst, *supra* note 30 aux pp 44-60.

120. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, *supra* note 5, art 244 (introduisant l'art 75(1.2)).

121. *Id*, art 245 (introduisant l'art 76(11.1)).

122. *Id*, art 246 (introduisant l'art 77(3.1)).

123. *Id*, à la p 247 (introduisant l'art 79(4.1)).

124. *Id*, art 248 (introduisant l'art 90.1(10.1)).

125. Lorsque la modification au paragraphe 74.1(1) de la Loi entre en vigueur le 20 juin 2025, une partie privée qui obtient la permission d'intenter un recours dans un cas d'indication trompeuse ou frauduleuse peut demander au Tribunal : a) de rendre une ordonnance de cesser la conduite ; b) de publier un avis de correction ou rétraction ; c) de payer une sanction administrative pécuniaire ;

Cet octroi d'une somme monétaire est différent du remède envisagé par l'article 36 (le recours privé applicable pour les infractions de cartel et les pratiques frauduleuses). Comme l'explique la Cour d'appel fédérale :

[58] Le libellé du paragraphe 36(1) est clair et restrictif : la réparation prévue par la loi consiste en une indemnisation pour des pertes, des dommages et des coûts. La restitution des bénéfices n'y est pas prévue.<sup>126</sup>

Au contraire, le projet de loi C-59, à différents endroits, indique que le « montant » peut être accordé à une personne « directement et sensiblement gênée dans tout ou partie de son entreprise en raison de l'existence de l'un ou l'autre des comportements » en litige, mais ne peut pas « excéder la valeur du bénéfice tiré du comportement visé par l'ordonnance » (en anglais « not exceeding the value of the benefit derived from the conduct that is the subject of the order »). C'est ici que les difficultés d'interprétation surgissent. S'agit-il d'ordonner le retour des profits aux personnes lésées par une pratique ? C'est la conclusion de plusieurs commentateurs<sup>127</sup>. Faudra-t-il alors s'enligner sur les principes du « account of profits », de la restitution des bénéfices, remède bien connu en propriété intellectuelle<sup>128</sup> ? Ou faudra-t-il faire des distinctions, des nuances ?

---

d) dans le cadre de l'interdiction générale prévue à l'alinéa 74.01(1)a), de payer aux acheteurs des produits vendus une somme, ne pouvant excéder la somme totale payée au contrevenant pour ces produits, à être répartie entre les acheteurs de la manière que le Tribunal estime indiquée. Or, il est important de noter que le Tribunal ne peut pas émettre une ordonnance en vertu des paragraphes b), c) ou d) si le défendeur établit qu'il a agi avec diligence raisonnable (par. 74.1(3)).

126. *Energizer Brands, LLC c The Gillette Company*, 2020 CAF 49, en ligne : <<https://www.canlii.org/fr/ca/caf/doc/2020/2020caf49/2020caf49.html?resultId=904507ecc874630baa241cf946b0247&searchId=2024-11-30T00:18:58:004/1036624009f14b728301e57654f94e0c>>.

127. Voir entre autres, McCarthy Tétrault, *Amendments to Canada's Abuse of Dominance Regime*, 15 janvier 2024 ; Melanie Aitken, Randal Hughes, John Rook, Emrys Davis, Zirjan Derwa, Christina Skinner et Kolding Larson, *Federal Government to Significantly Overhaul the Competition Act*, 19 décembre 2023, en ligne : <<https://www.bennettjones.com/Blogs-Section/Federal-Government-to-Significantly-Overhaul-the-Competition-Act>> ; McMillan's Competition & Antitrust Group, *Transformative Change: Your Guide To Canada's Breathtaking Competition Act Changes*, 5 décembre 2023, en ligne : <<https://mcmillan.ca/insights/transformative-change-your-guide-to-canadas-breathtaking-competition-act-changes/?print-posts=pdf>>.

128. David Vaver, *Intellectual Property Law*, 2<sup>e</sup> éd, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2011 aux pp 649-655.

Certains points méritent d'être soulignés. D'abord, le libellé législatif est particulier au droit de la concurrence. L'expression habituelle est le « recouvrement de profits perçus » – « recovery of [...] or profits », comme on le voit dans la *Loi sur les marques de commerce*<sup>129</sup>, la *Loi sur les dessins industriels*<sup>130</sup> et la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*<sup>131</sup>. En droit d'auteur, on précise que le contrefacteur est passible de payer des dommages-intérêts « et, en sus, la proportion, que le tribunal peut juger équitable, des profits qu'il a réalisés en commettant cette violation et qui n'ont pas été pris en compte pour la fixation des dommages-intérêts »<sup>132</sup>. La référence aux « profits » que l'on doit rendre est aussi présente dans des lois provinciales<sup>133</sup>. On peut se demander si ce choix de formulation différente référant à la « valeur du bénéfice » en droit de la concurrence indique une volonté du législateur de souhaiter une méthodologie différente.

Même la méthodologie connue pour le recouvrement des profits n'est pas exempte d'incertitude. En droit, on connaît bien sûr la différence entre les bénéfices bruts et les bénéfices nets (après déduction des dépenses). En propriété intellectuelle, seuls les profits nets après paiement des taxes peuvent être recouvrés du contrefacteur. Cela suppose de pouvoir identifier les profits et les dépenses ou coûts qui sont liés à l'activité contrefaisante. Tout de suite, les interrogations commencent. Lorsqu'on déduit les coûts, doit-on permettre uniquement la déduction des coûts variables, ou inclure les dépenses fixes de l'entreprise, ces coûts qui ne varient pas en fonction de la production de l'entreprise, comme les dépenses de loyers ou d'assurances ?

En 2022, la décision *Nova Chemicals Corp. c Dow Chemical Co*<sup>134</sup> a illustré toute la complexité du calcul nécessaire. La Cour

129. *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, ch T-13, art 53.2(1), en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/T-13/index.html>> ; *Loi sur les marques olympiques et paralympiques*, LC 2007, ch 25, art 5(1), en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/O-9.2/index.html>>.

130. *Loi sur les dessins industriels*, LRC 1985, ch I-9, art 15.1, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/I-9/index.html>>.

131. *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, LC 1990, ch 37, art 9, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/I-14.6/index.html>>.

132. *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, ch C-42, art 35(1), en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-42/index.html>>.

133. *Safety Authority Act*, SBC 2003, c 38 à la p 18 (en cas de conflit d'intérêts), en ligne : <<https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/hstats/hstats/935857247>> ; *Privacy Act*, RSS 1978, c P-24, art 7.7(1) (en cas de distribution non autorisée d'images intimes), en ligne : <<https://www.canlii.org/en/sk/laws/stat/rss-1978-c-p-24/latest/rss-1978-c-p-24.html>>.

134. *Nova Chemicals Corp c Dow Chemical Co*, 2022 CSC 43, [2022] SCJ No 43 (QL), en ligne : <<https://canlii.ca/t/jt1w8>>.

suprême a identifié au moins trois méthodes différentes pour calculer le profit à restituer : (1) la méthode des coûts différentiels, (2) la méthode de la totalité des coûts et (3) la méthode des profits différentiels<sup>135</sup>. Il s'agirait dans chaque cas d'identifier le scénario de l'activité de l'entreprise sans contrefaçon. Supposons que l'entreprise défenderesse a vendu ses marchandises avec la marque appartenant au demandeur. Dans la méthode des profits différentiels, on essaie d'estimer quels auraient été les profits du défendeur s'il avait vendu les produits sans la marque usurpée ; ces profits sont alors considérés non attribuables à la contrefaçon. Le défendeur ne serait donc condamné qu'à la différence entre les profits réels et ces profits jugés non attribuables à la contrefaçon.

Dans *Nova Chemicals Corp. c Dow Chemical Co*<sup>136</sup>, une affaire en contrefaçon de brevet, la Cour choisit finalement une méthode à trois étapes :

Première étape : Calculer les profits réels tirés de la vente du produit contrefait – c.-à-d. les recettes moins les coûts (totaux ou différentiels).

Deuxième étape : Déterminer s'il existe une solution non contrefaisante susceptible d'aider à isoler les profits ayant un lien de causalité avec l'invention de la portion des profits du contrefacteur n'ayant pas de lien de causalité avec l'invention – c.-à-d. les profits différentiels. C'est à cette étape que les juges devraient appliquer les principes de la causalité. La causalité « n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique et [...] il s'agit [traduction] "essentiellement [d']une question de fait pratique à laquelle on peut mieux répondre par le bon sens ordinaire" » (*Merck & Co., Inc. c Apotex Inc.*, 2015 CAF 171, [2016] 2 R.C.F. 202, par. 44, citant *Snell c Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, par. 328).

Troisième étape : S'il existe une solution non contrefaisante, soustraire les profits qu'aurait pu réaliser le contrefacteur s'il avait eu recours à la solution non contrefaisante de ses profits réels, afin de déterminer le montant à restituer.<sup>137</sup>

135. *Id.*, au para 8.

136. *Nova Chemicals Corp. c Dow Chemical Co.*, *supra* note 134.

137. *Id.*, au para 15. Pour une analyse critique de la décision, voir : Norman V Siebrasse, « *Nova v Dow: Intuition or Principle in the Accounting of Profits Remedy, Part I* » (2023) 35 IPJ 249 ; Norman V Siebrasse, « *Nova v Dow: Intuition or Principle in the Accounting of Profits Remedy, Part II* » (2023) 36 IPJ 81.

Faudrait-il appliquer cette méthode pour le calcul des bénéfices tirés du comportement anti-concurrentiel ? Supposons qu'une entreprise en position dominante qui, souhaitant maintenir la demande pour ses produits, fait signer à ses distributeurs des licences comportant des clauses d'exclusivité, les empêchant de vendre tout produit concurrentiel, et des clauses de produits liés, les forçant à joindre la vente de cette marchandise à la vente d'autres produits qu'elle fabrique. Dans l'hypothèse que ces clauses constituent des pratiques sujettes à révision, le Tribunal devra-t-il déterminer quels auraient été les profits de l'entreprise sans ces clauses, ces profits devant être déduits pour fixer le plafond que le Tribunal doit respecter, la loi lui prescrivant de ne pas accorder de montant excédant « la valeur du bénéfice *tiré* du comportement visé par l'ordonnance » ?

Il faut aussi remarquer, comme nous l'avons déjà souligné, que le projet de loi C-59 permet au Tribunal de répartir le montant, de la manière qu'il estime indiquée, entre le demandeur et toute autre personne touchée par un comportement visé aux articles 75, 76, 77, 79, 90.1 de la Loi<sup>138</sup>, ce qui se rapproche de l'action collective, procédure reconnue par les tribunaux provinciaux<sup>139</sup> et la Cour fédérale<sup>140</sup>. Notons que le projet de loi introduit l'article 75(1.3), qui donne au Tribunal le pouvoir de préciser dans son ordonnance les frais d'administration (alinéas a-b-c), les avis aux réclamants éventuels et la procédure de réclamation (les alinéas d-e-f), ainsi que le traitement des sommes non réclamées (alinéa g)<sup>141</sup>. Ce pouvoir est également ajouté aux articles 76, 77, 79 et 90.1<sup>142</sup>, mais bien des points sont laissés en suspens. Comme nous l'avons mentionné, il n'est pas clair qu'il doive y avoir formellement une procédure de « certification », c'est-à-dire une autorisation de l'action en tant qu'action collective comme telle, comme on la connaît dans les actions collectives en droit provincial et à la Cour fédérale<sup>143</sup>. Plus précisément, faut-il prévoir

138. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, arts 244, 245, 246, 247, 248.

139. Voir par exemple au Québec, le Titre III – Les Règles particulières à l'action collective, du Livre VI « Les voies procédurales particulières du *Code de procédure civile* RLRQ c C-25 », RLRQ c C-25, en ligne : <[https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/C-25.01?langCont=fr#ga:l\\_vi-gb:l\\_iii-h1](https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/C-25.01?langCont=fr#ga:l_vi-gb:l_iii-h1)>.

140. *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art 5.1, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/DORS-98-106/>>.

141. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, supra note 5, art 244.

142. *Id*, art 245 (ajoutant l'art 76(12.2)), 246 (ajoutant 77(3.2)), 247 (ajoutant l'art 79(4.2)), 248 (ajoutant l'art 90.1(10.2)).

143. Voir par exemple la procédure prévue aux arts 334.12 et s des *Règles des Cours fédérales*, supra note 140.

une participation éventuelle de membres du groupe à l'instance<sup>144</sup>, ou une procédure d'exclusion potentielle pour les membres qui le désirent<sup>145</sup> ?

Bref, selon nous, le Tribunal de la concurrence devra se livrer à un premier exercice de clarification dans les premières affaires qui lui seront soumises par les parties civiles.

#### **D. L'ajout d'un droit à la réparation à l'article 75 (refus de fournir)**

##### **1. *Bref aperçu de l'interaction entre le refus de fournir et la propriété intellectuelle***

L'article 75 de la Loi vise les cas de refus de vendre. Or, cela entre en conflit avec les droits de propriété intellectuelle, car, normalement, le titulaire a le droit exclusif d'exploiter l'objet de cette propriété intellectuelle, et donc le droit de décider à qui il donnera une licence, c'est-à-dire une autorisation d'exploiter cet objet. Il peut donc accepter ou refuser de fournir la licence. Comment peut-on concilier son droit avec le droit de la concurrence sur le refus de vendre ?

Voyons en premier lieu comment le droit de la propriété intellectuelle (PI) traite le refus de fournir d'un titulaire de PI. Les lois accordent les droits exclusifs au titulaire et en contrepartie, elles imposent certaines obligations, par exemple, celle de satisfaire à la demande, au Canada, dans une mesure adéquate et à des conditions équitables<sup>146</sup>. Le comportement du titulaire de PI peut, on s'en doute, avoir un effet sur la concurrence. L'article 32 de la *Loi sur la concurrence* permet à la Cour fédérale de rendre des ordonnances correctives, si une entreprise abuse de ses droits de PI pour restreindre indûment le commerce ou diminuer la concurrence. Mais quand y a-t-il abus ? Dans un souci de transparence, le Bureau de la concurrence publie périodiquement des lignes directrices pour décrire l'approche générale qu'il entend adopter à ce sujet. Ainsi, le Bureau, dans la version de 2023<sup>147</sup>, indique qu'il « ne considère pas comme anticoncurrentiels

144. *DORS/98-106 | Règles des Cours fédérales*, art 334.23, en ligne : <<https://www.canlii.org/fr/ca/legis/regl/dors-98-106/derniere/dors-98-106.html>>.

145. *Id.*, art 334.21.

146. *Loi sur les brevets*, LRC 1985, ch P-4, art 65, en ligne : <<https://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/P-4/index.html>>.

147. « Lignes directrices sur la propriété intellectuelle » (11 août 2023), en ligne (Gouvernement du Canada) : *Bureau de la concurrence du Canada* <<https://>

les accords de licence relatifs à la PI, sauf s'ils réduisent sensiblement la concurrence qui aurait probablement existé en l'absence de modalités potentiellement anticoncurrentielles de telles licences ». Il fait référence à la distinction entre le simple exercice d'un droit de PI et les pratiques qui supposent plus que le simple exercice d'un tel droit, en s'inspirant des décisions du Tribunal de la concurrence<sup>148</sup>. On y donne notamment en exemple fictif le cas d'une entente de prix minimal entre des entreprises qui possèdent chacune une technique de chirurgie esthétique brevetée : l'entente serait considérée illégale par le Bureau<sup>149</sup>.

De plus, au cours des dernières années, certaines situations ont été jugées problématiques, notamment celles reliées à la réparation d'un objet dont le design ou les caractéristiques sont protégés par un droit de propriété intellectuelle ou un secret<sup>150</sup>. Pour faire la réparation, il peut être nécessaire de refaire l'invention brevetée qui est incorporée dans l'objet, ce qui constitue à première vue une contrefaçon. Il peut être nécessaire de reproduire les dessins à partir desquels les pièces de l'objet ont été réalisées, et refaire les pièces, ce qui viole en principe le droit de reproduction des dessins sous une quelconque forme matérielle, droit protégé par la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>151</sup>.

Les tribunaux ont été sensibles à la portée excessive que les droits de propriété intellectuelle pouvaient dans ces cas recevoir. Par exemple, en droit des brevets, le titulaire a le droit exclusif d'exploiter et vendre à d'autres l'objet de l'invention<sup>152</sup>. Donc, le consommateur qui achète un bien incorporant une invention n'a pas en principe le droit de revendre le bien. Les tribunaux, jugeant la règle démesurée, ont établi que, sauf stipulation contraire dans le contrat, la vente d'un article breveté est présumée donner à l'acheteur le droit

---

bureau-concurrence.canada.ca/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/lignes-directrices-proprieete-intellectuelle>.

148. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Télé-Direct (Publications) Inc et Télé Direct (Services) Inc*, (1997) 73 CPR (3d) 1 (Tribunal de la concurrence) ; *TREB TC (motifs)*, supra note 45 ; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Warner Music Canada Ltd*, (1997), 78 CPR (3d) 321 (Tribunal de la concurrence).

149. Note 148 aux paras 81-83.

150. Voir notamment l'affaire *Nintendo of America Inc. v King*, 2017 FC 246, [2018] 1 FCR 509 et le commentaire de Gaspard Petit, C-244 : Déverrouiller la réparation des biens, 22 novembre 2024, en ligne : <<https://www.lavery.ca/fr/publications/nos-publications/5389-c-244-deverrouiller-la-reparation-des-biens.html>>.

151. Sous réserve des exceptions législatives couvrant les dessins industriels, qui reçoivent elles aussi des exceptions. Voir la *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, ch C-42 art 64.

152. *Loi sur les brevets*, supra note 146, art 42.

[TRADUCTION] « d'utiliser, de vendre ou d'aliéner les marchandises à son gré »<sup>153</sup>. De la même manière, l'acheteur d'un objet breveté peut procéder à des réparations sans violer le brevet<sup>154</sup>. Mais le droit de réparation de l'acheteur ne couvre pas une refabrication ou une reconstruction de l'article breveté<sup>155</sup>. La difficulté est de déterminer s'il s'agit véritablement d'une réparation ou plutôt d'une reconstruction de l'article, ce qui constitue une contrefaçon. Il faut aussi vérifier le contrat pour déterminer quelle latitude il a laissé à l'acheteur.

En matière de droit d'auteur, il arrive aussi souvent que le support de l'œuvre soit protégé par des mesures techniques (les MTP), empêchant la reproduction ou l'accès à l'œuvre. Ces mesures peuvent empêcher le public d'exercer son droit à l'utilisation équitable de l'œuvre<sup>156</sup> et les contrats peuvent aussi restreindre le droit des consommateurs de contourner ces mesures pour réparer ou faire réparer leurs produits<sup>157</sup>. En certains cas, certes, le législateur est intervenu pour prévoir des exceptions aux droits des titulaires de propriété intellectuelle, mais les exceptions demeurent limitées. Ainsi, la *Loi sur le droit d'auteur* permet de contourner une mesure de protection technique dans certaines circonstances : lorsque le propriétaire d'un programme d'ordinateur, ou d'un exemplaire de celui-ci, souhaite le rendre interopérable avec un autre programme d'ordinateur, dispositif ou composant<sup>158</sup>, ou lorsque le but est d'effectuer un entretien, une réparation ou un diagnostic connexe sur un produit<sup>159</sup>.

- 
153. *Eli Lilly & Co c Novopharm Ltd*, 1998 CanLII 791 (CSC), [1998] 2 RCS 129 au para 100, en ligne : <<https://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1998/1998canlii791/1998canlii791.html?resultId=80860cac38a744e59a651d700f47cebb&searchId=2024-11-29T17:19:15:447/bb0b515723f747cdb4b97cc27c7a01b8>>.
154. *Rucker Co v Gavel's Vulcanizing Ltd*, (1985), 7 CPR (3d) 294 (Fed TD), varied (1987), 14 CPR (3d) 439 (Fed TD) ; David Vaver, *Intellectual Property Law*, 2<sup>e</sup> éd, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2011, aux pp 405-406.
155. Vaver, *supra* note 128.
156. Pour une explication des conséquences, voir Philippe Morin, « Les mesures techniques de protection du droit d'auteur – Aperçus des conséquences possibles en droit canadien : copie pour usage privé et exceptions au droit d'auteur – Partie I » (2005) 17:2 CPI 277 à la p 331.
157. Pour un aperçu des pratiques contractuelles et de leurs effets dans le marché, voir Jeremy De Beer, Jules Bélanger et Mohit Sethi, « Consumer Contracts, Copyright Licensing, and Control over Data on the Internet of Things » (2020) 18 Can J L & Tech 161 à la p 203.
158. *Loi sur les brevets*, *supra* note 146, art 41.12, tel que modifié par la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur (interopérabilité) (projet de loi, C-294, sanction royale le 7 nov 2024)*, LC 2024, ch 27 44<sup>e</sup> Parl, 1<sup>re</sup> sess, en ligne : <[https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/LoisAnnuelles/2024\\_27/](https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/LoisAnnuelles/2024_27/)>.
159. *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, ch C-42 art 41.121, tel que modifié par la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur (diagnostic, entretien et réparation) (projet de loi C-244, sanction royale 7 nov 2024)*, LC 2024, ch 26.

## 2. Tensions entre le droit à la réparation et les droits de propriété intellectuelle

C'est dans ce contexte que les modifications ont été introduites dans la *Loi sur la concurrence*. L'article 75 de la Loi est reformulé : désormais le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs d'un produit, *y compris un moyen de diagnostic ou de réparation*, acceptent une personne comme client, ou lui fournissent ce moyen de diagnostic ou de réparation. Les conditions pour que le Tribunal rende l'ordonnance sont axées sur l'impact économique du refus de fournir et sont cumulatives. Il faut :

- a) que la personne soit sensiblement gênée dans tout ou partie de son entreprise ou ne puisse exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer le produit en quantité suffisante où que ce soit sur le marché, aux conditions de commerce normales ;
- b) que la personne soit incapable de se procurer le produit en quantité suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur le marché ;
- c) que la personne accepte et soit en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par le ou les fournisseurs de ce produit ;
- d) que le produit soit disponible en quantité amplement suffisante ou, dans le cas d'un moyen de diagnostic ou de réparation, puisse être facilement fourni ;
- e) que le refus de vendre ait ou aurait vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

Il est clair que l'on est loin du cas d'une exception législative générale aux droits de propriété intellectuelle, qui aurait permis au propriétaire d'un produit d'avoir accès aux informations, savoirs et droits nécessaires pour réparer ou faire réparer son bien, sans avoir à démontrer un impact économique.

Fait à noter, les modifications à la *Loi sur la concurrence* prévoient une exception à l'ordonnance de fournir : elle ne peut pas avoir pour effet d'exiger la communication de secrets industriels<sup>160</sup>.

---

160. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023, supra note 5, art 244.* Cette disposition modifie l'article 75(2.1) de la Loi.

*A contrario*, l'ordonnance peut forcer un détenteur de PI, par exemple d'un brevet, d'un droit d'auteur, à fournir le moyen de diagnostic ou de réparation même s'il est protégé par ce droit. Par ailleurs, l'emploi de l'expression « secrets industriels », « trade secrets », invite peut-être à une interprétation technique ou restrictive. Dans d'autres lois, on protège plutôt les « enseignements commerciaux confidentiels »<sup>161</sup>. De plus, dans le corpus de lois fédérales qui imposent la communication d'informations, on a aussi des exceptions pour le secret industriel. On peut penser notamment à la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>162</sup>, qui impose aux responsables d'institutions fédérales de refuser la communication de documents contenant des secrets industriels de tiers<sup>163</sup>. Or, cette loi distingue les secrets industriels des renseignements confidentiels<sup>164</sup>. Ces derniers font aussi l'objet en principe d'une interdiction de communication, sauf qu'il est possible d'y passer outre pour des « raisons d'intérêt public concernant la santé

- 
161. À titre d'exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, ch 5, art 9(3)b), (4), en ligne : <<https://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/P-8.6/index.html>> qui permet toutefois la communication des renseignements si « l'intéressé a besoin des renseignements parce que la vie, la santé ou la sécurité d'un individu est en danger », ainsi que le commentaire d'Alexandra Allouch, « Les secrets de commerce, un droit éparpillé en attente d'une loi » (2021) 33 CPI 459. Voir aussi : *Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa)*, LC 2014, ch 24, en ligne : <[https://lois-laws.justice.gc.ca/fra/LoisAnnuelles/2014\\_24/page-1.html#h-2](https://lois-laws.justice.gc.ca/fra/LoisAnnuelles/2014_24/page-1.html#h-2)>, modifiant les art 2 et 21.1(2) de la *Loi sur les aliments et drogues*, LRC (1985), ch F-27, en ligne : <<https://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/F-27/>>, qui protègent les « renseignements commerciaux confidentiels », sauf si « les renseignements concernent un produit thérapeutique qui, de l'avis du ministre, peut présenter un risque grave de préjudice à la santé humaine ».
162. *Loi sur l'accès à l'information*, LRC 1985, ch A-1, en ligne : <<https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/a-1/textecomplet.html>>.
163. *Id.*, art 20(1)a).
164. *Id.*, art 20(1)b), c), d). Les alinéas b à d visent :
- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tel de façon constante par ce tiers ;
  - b.1) des renseignements qui, d'une part, sont fournis à titre confidentiel à une institution fédérale par un tiers en vue de l'élaboration, de la mise à jour, de la mise à l'essai ou de la mise en œuvre par celle-ci de plans de gestion des urgences au sens de l'article 2 de la *Loi sur la gestion des urgences* et, d'autre part, portent sur la vulnérabilité des bâtiments ou autres ouvrages de ce tiers, ou de ses réseaux ou systèmes, y compris ses réseaux ou systèmes informatiques ou de communication, ou sur les méthodes employées pour leur protection ;
  - c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité ;
  - d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

ou la sécurité publiques ou la protection de l'environnement »<sup>165</sup>. La Loi précise que « ces raisons doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers : pertes ou profits financiers, atteintes à la sécurité de ses ouvrages, réseaux ou systèmes, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations – contractuelles ou autres – qu'il mène »<sup>166</sup>. On comprend donc que la protection est différente pour les secrets commerciaux et les renseignements confidentiels, ces derniers voyant leur divulgation rendue possible par des considérations d'intérêt public. Dans le projet de loi C-59, il faut remarquer que l'intérêt public est pris en considération pour autoriser un droit d'action privé<sup>167</sup>, mais aucunement mentionné lorsqu'il s'agit d'exclure le secret industriel des informations à fournir sous l'article 75 de la *Loi sur la concurrence*.

Faut-il dans l'application de l'exception relative aux secrets industriels se référer à la jurisprudence qui a eu à interpréter la *Loi sur l'accès à l'information* et faire une distinction entre le secret et le renseignement confidentiel ? Cela mène-t-il à une analyse restrictive de la notion de secret ? C'est ainsi que s'était prononcée la Cour fédérale en raisonnant que dans le contexte du paragraphe 20(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, on pouvait supposer que les catégories de renseignements prévus aux différents alinéas ne devaient pas se chevaucher et donc que les secrets commerciaux, sous-ensemble des renseignements confidentiels, devaient faire l'objet d'une interprétation raisonnablement étroite<sup>168</sup>. En conséquence, la Cour avait conclu « qu'un secret d'affaires doit être quelque chose, probablement de nature technique, qui est gardé très étroitement et qui a une valeur si particulière pour le propriétaire du secret d'affaires que sa simple divulgation serait présumée lui causer un préjudice » [traduction libre]<sup>169</sup>. La Cour suprême a toutefois choisi de retenir, non cette

165. *Id.*, art 20(6).

166. *Id.*

167. *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*, *supra* note 5, art 254. Cette disposition modifie le paragraphe 103.1(7) (entrée en vigueur au 20 juin 2025).

168. *Société Gamma Inc v Canada (Department of Secretary of State)*, [1994] FCJ No 589, [1994] ACF n° 589, 79 FTR 42, 27 Admin LR (2d) 102, 17 BLR (2d) 13, 56 CPR (3d) 58, 47 ACWS (3d) 898, [1994] FCJ No 589 au para 7. Voir aussi : *Toronto Sun Wah Trading inc c Canada (Procureur général)*, 2007 CF 1091 ; 161 ACWS (3d) 517 ; 62 CPR (4th) 337 ; [2007] ACF No 1418 (QL) au para 15.

169. *Société Gamma Inc v Canada (Department of Secretary of State)*, *supra* note 168 au para 7 : « I am of the view that a trade secret must be something, probably of a technical nature, which is guarded very closely and is of such peculiar value to the owner of the trade secret that harm to him would be presumed by its mere disclosure. »

définition restrictive, mais bien le sens juridique traditionnel<sup>170</sup>. Or, il n’y a pas de définition juridique « exhaustive », comme le reconnaît d’ailleurs la Cour suprême<sup>171</sup> ; les définitions, bien que se recoupant<sup>172</sup>, varient selon les juges et auteurs<sup>173</sup>, les lignes directrices ou lois uniformes<sup>174</sup>, les textes internationaux<sup>175</sup>. Là encore, selon nous, le Tribunal de la concurrence devra se livrer à un premier exercice de clarification dans les premières affaires qui lui seront soumises par les parties civiles au sujet des secrets industriels.

## CONCLUSION

Nées d’un rare consensus politique cherchant à moderniser le droit et la politique en matière de concurrence, il ne fait pas de doute que les modifications législatives apportées au droit canadien au cours des trois dernières années sont ambitieuses. Responsabiliser les entreprises dominantes, ajuster les sanctions aux bénéfices tirés des comportements illégaux, faire participer le public à la mise en œuvre de la Loi, donner accès aux moyens de diagnostic ou de réparation d’un produit, voilà autant d’objectifs de la réforme qui nous ont semblé importants de porter à l’attention des détenteurs de propriété intellectuelle. Cependant, changer les règles juridiques n’est que le début d’un processus de transformation d’un régime juridique aussi complexe qu’est le droit de la concurrence.

Comme nous l’avons souligné dans ce texte, la réforme soulève plusieurs questions juridiques et pratiques pour lesquelles il faudra attendre des réponses plus définitives. Dans les mois à venir, les

170. *Merck Frosst Canada Ltée c Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 RCS 23. Elle précise : « La question n’est pas de savoir si le terme doit être défini de façon “large” ou “restrictive” (par. 63), mais plutôt si le terme devrait recevoir son sens juridique traditionnel » (par. 111).

171. *Id.*, au para 104.

172. Simon Lemay, *Guide pratique de la propriété intellectuelle*, Montréal, LexisNexis Canada, 2018 aux pp 6-9.

173. Voir une compilation des définitions dans : *Id.*, au ch 6-Définitions.

174. Voir les Lignes directrices opérationnelles concernant la *Loi sur l’accès à l’information*, LRC 1985, ch A-1, telles que citées par la Cour suprême du Canada dans *Merck Frosst Canada Ltée c Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 RCS 23. Voir aussi : « Loi uniforme sur les secrets commerciaux », en ligne (Organisme non gouvernemental (Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada)) : *ULCC-CHLC* <<https://www.ulcc-chlc.ca/Civil-Section/Uniform-Acts/Uniform-Trade-Secrets-Act?lang=fr-ca>>.

175. *Accord TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)*, Annexe 1C, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization 1995, art 39(2), en ligne : <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm)>.

lignes directrices élaborées par le Bureau de la concurrence jetteront de la lumière sur comment les autorités entendent opérationnaliser les nouvelles règles. En même temps, tant le Commissaire<sup>176</sup> que des parties privées intenteront des recours. Ces recours et les autres qui vont sûrement suivre feront appel au Tribunal de la concurrence et aux tribunaux de droit commun pour défricher progressivement la portée et les effets concrets de la version modifiée de la Loi. Cet exercice d'interprétation primordial exigera une analyse non seulement des nouveaux concepts, expressions et règles, ajoutés à la Loi, mais également une considération des valeurs sociétales qui sous-tendent la Loi. Ce n'est donc qu'à la fin de ce long processus d'analyse et de mise en application que nous pourrons évaluer l'impact réel de la réforme 2022-2024 du droit de la concurrence au Canada.

---

176. Au moment de la rédaction de ce texte, le Commissaire de la concurrence a déposé la première demande en vertu de l'article 79 depuis l'adoption des modifications. Dans sa demande, le Commissaire invoque au soutien des ses arguments plusieurs des nouvelles dispositions applicables à l'abus de position dominante, notamment les nouveaux facteurs faisant référence à l'économie numérique (art 79(4)a, b) et c) de la Loi) et les nouveaux modes de calcul des seuils maximaux pour les sanctions administratives pécuniaires (art 79(3.1)b) de la Loi). Il s'agit d'un litige critique pour la nouvelle réforme : *Commissaire de la concurrence c Google Canada Corporation & Google LLC (demande déposée en vertu de l'art 79) (28 nov 2024)*, Tribunal de la concurrence, en ligne : <<https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/521324/1/document.do>> (Tribunal de la concurrence).

