

**ANALYSE COMPARATIVE INTERNATIONALE
DES
DROITS D'ACTION PRIVÉS**

ÉTUDE DEMANDÉE PAR

INDUSTRIE CANADA

BUREAU DE LA CONCURRENCE

R. Jack Roberts
Professeur émérite
Faculté de droit
University of Western Ontario
R. J. Roberts & Associates
3044 Bloor Street West, Box 177
Toronto, Canada
M8X 2Y8

ADJOINTS À LA RECHERCHE

Andrew Chan
Christopher Cates
Patrick Smith
Osgoode Hall Law School
Toronto, Canada

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Résumé	2
AUSTRALIE	6
Introduction	6
I. Aperçu des actions privées	7
1a) Conduite donnant ouverture à une action privée	7
1b) Types d'actions que les parties privées ont tendance à intenter en pratique	9
1c) Lieu d'introduction des actions privées	12
1d) Nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions intentées par l'ACCC	12
1e) Évolution de l'utilisation des actions privées	15
II. Qualité pour agir en justice	16
2a) Qualité pour intenter une action privée	16
2b) Critères appliqués pour déterminer la qualité pour agir	17
III. Mesures correctives	19
3a) Mesures correctives que peuvent demander les parties privées	19
(1) Injonctions	19
(2) Ordonnances de dessaisissement	21
(3) Dommages-intérêts	22
(4) Recours collectifs	23
(5) Jugements déclaratoires	25
3b) Mesures correctives dont dispose l'ACCC	25
(1) et (2) Injonctions civiles et ordonnances de dessaisissement	25
(3) et (4) Dommages-intérêts et recours collectifs	27
(5) Sanctions pécuniaires	30
(6) Ordonnances interdisant à des particuliers de gérer des personnes morales	31
(7) Application administrative	31
3c) Mesures correctives provisoires	33
3d) Octroi de dommages-intérêts	34
3e) Dépens adjugés dans les actions privées	34
3f) Comparaison avec les dépens adjugés dans les actions publiques	38
IV. Le rôle de l'ACCC dans les actions privées	38
4a) Pouvoir d'exercer un recours collectif	39
4b) Droit d'intervention dans une action privée	40

(ii)

4c)	Prise en charge des actions privées	41
4d)	Pouvoir de conférer l'immunité contre des poursuites judiciaires au moyen d'une notification dans les cas d'accord d'exclusivité	42
4e)	Pouvoir de conférer l'immunité contre des poursuites judiciaires au moyen des autorisations	43
4f)	Politique de l'ACCC au sujet de la prise en charge des affaires ou de les laisser aux parties privées	44
4g)	Accès pour les parties privées aux renseignements ou éléments de preuve recueillis par l'ACCC	46
V.	Gestion des instances et efficacité procédurale	48
5a)	Gestion du volume d'instances	48
5b)	Mode de règlement extrajudiciaire des différends	51
5c)	Ordonnances par consentement	51
5d)	Jugement sommaire	52
5e)	Efficacité versus qualité de la justice	54
5f)	Les actions privées portées devant la Cour fédérale	55
5g)	Importance des actions privées dans la jurisprudence sur la concurrence	57
	NOUVELLE-ZÉLANDE	62
	Introduction	62
I.	Aperçu des actions privées	64
1a)	Conduite donnant ouverture à une action privée	64
1b)	Nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions intentées par la Commerce Commission	66
1c)	Lieu d'introduction des actions privées	67
1d)	Nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions intentées par la Commerce Commission	68
1e)	Naissance du droit d'action privée	69
II.	Qualité pour agir en justice	70
2a)	Qualité pour intenter une action privée	70
2b)	Critères appliqués pour déterminer la qualité pour agir	70
III.	Mesures correctives	71
3a)	Mesures correctives que peuvent demander les parties privées	71
(1)	Injonctions	71
a)	Généralités	71
b)	Injonctions provisoires	72
c)	Injonctions permanentes	75
(2)	Ordonnances de dessaisissement	76
(3)	Domages-intérêts	76

(4) Recours collectifs	78
(5) Jugements déclaratoires	79
(6) Autres ordonnances	79
3b) Mesures correctives que la Commerce Commission peut exercer :	81
(1) Injonctions provisoires et permanentes et ordonnances de faire	81
(2) Ordonnances d'interdiction	83
(3) Sanctions pécuniaires	85
(4) Ordonnances interdisant à des particuliers de diriger ou de gérer des personnes morales	88
(5) Ordonnances de dessaisissement	88
(6) Application administrative	89
3c) Octroi de dommages-intérêts	91
3d) Dépens adjugés dans les actions privées	91
3e) Comparaison avec les dépens adjugés dans les actions publiques	91
IV Le rôle de la Commerce Commission dans les actions privées	92
4a) Pouvoir d'exercer un recours collectif	92
4b) Droit d'intervention dans les actions privées	92
4c) Prise en charge des actions privées	93
4d) Pouvoir de conférer l'immunité contre des poursuites judiciaires au moyen d'autorisations et d'approbations	94
4e) Politique au sujet de la prise en charge des affaires ou de les laisser aux parties privées	96
4f) Accès pour les parties privées aux renseignements ou éléments de preuve recueillis par la Commerce Commission	97
V. Gestion des instances et efficacité procédurale	98
5a) Gestion du volume d'instances et efficacité par opposition à la qualité de la justice	98
5b) Traitement par la Haute Cour des actions privées intentées sous le régime de la <i>Commerce Act</i>	101
5c) Importance des actions privées dans la jurisprudence sur la concurrence	101
ROYAUME-UNI	104
Introduction	104
I. Aperçu des actions privées	105
II. Le rôle de l'Office of Fair Trading dans les actions privées	108
III. Gestion des instances et efficacité procédurale	110
IRLANDE	113
Introduction	113

I. Aperçu des actions privées	114
II. Qualité pour agir et mesures correctives	119
2a) Qualité pour agir	119
2b) Mesures correctives	119
III. Le rôle de la Competition Authority dans les actions privées	120
3a) Le pouvoir d'intervenir, etc., les recours collectifs	120
3b) Le pouvoir d'accorder une immunité	120
3c) Politique de la Competition Authority relativement aux actions privées	121
3d) Accès des parties privées aux renseignements recueillis par la Competition Authority	123
IV. Gestion des instances et efficacité procédurale	124
ÉTATS-UNIS	126
Introduction	126
I. Aperçu des actions privées	127
1a) Comportement donnant ouverture à une action privée :	127
1b) Types d'actions que les parties privées ont tendance à intenter en pratique	128
(1) Aperçu général	128
(2) Temps écoulé entre le début de l'instance et le règlement	131
(3) Pourcentage des actions privées débouchant sur une ordonnance	131
a) Nombre de règlements en général	131
b) Taux de règlement dans les affaires de ventes liées et de refus de vendre	132
1c) Lieu d'introduction des actions privées	133
1d) Nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions publiques	134
1e) Évolution de l'utilisation des actions privées	135
II. Qualité pour agir en justice	135
III. Mesures correctives	136
3a) Mesures correctives que peuvent demander les parties privées	136
(1) Dommages-intérêts triplés	136
(2) Injonction provisoire ou permanente	137
(3) Recours collectif	138
3b) Mesures correctives accessibles aux États-Unis	139
(1) Poursuite criminelle	139
(2) Dommages-intérêts	141
(3) Injonction et ordonnance de dessaisissement	141
(4) Jugement par consentement	143
(5) Ordonnance de cesser et de s'abstenir	144

(6) Sanction civile en cas de désobéissance à une ordonnance de cesser et de s'abstenir	145
(7) Ordonnance temporaire de ne pas faire ou injonction provisoire obtenue par la FTC	145
(8) Application administrative	146
a) Ministère de la Justice	146
(1) Programme d'indulgence envers les entreprises	146
(2) Programme d'indulgence envers les particuliers	148
(3) Lettre d'intention	149
b) Federal Trade Commission	150
(1) Ordonnance administrative par consentement	150
(2) Avis consultatif	150
(3) Règles ou lignes directrices régissant l'activité commerciale	151
c) Coordination des activités de la FTC et de la division antitrust	151
3c) Adjudication de dommages-intérêts	153
3d) Adjudication des dépens dans le cadre d'une action privée	154
3e) Comparaison avec les dépens adjugés dans le cadre d'une action publique	155
IV. Le rôle des États-Unis dans le cadre d'une action privée	155
4a) Pouvoir d'intenter une action collective	155
4b) Droit d'intervenir dans une action privée	155
4c) Pouvoir d'accorder l'immunité contre les poursuites judiciaires	156
4d) Politique américaine concernant la substitution éventuelle au demandeur privé ..	157
4e) Appui aux demandeurs privés	157
V. Gestion des instances et efficacité des poursuites	158
5a) Gestion du volume d'instances et règlement extrajudiciaire des différends	158
5b) Modification des règles fédérales applicables à la procédure civile en matière de communication préalable	160
5c) Jugement sommaire, poursuite non fondée et offre de règlement	160
5d) Issue judiciaire des actions antitrusts privées	161
5e) Apport des actions privées à la jurisprudence antitrust	161
ANALYSE COMPARATIVE	163
Introduction	163
I. Philosophie d'application	163
II. Étendue de la collaboration en matière d'application	166
(1) Échange de renseignements	166
(2) Autres formes de collaboration	167

III. Le partage du pouvoir d'application entre les pouvoirs publics et les parties privées	168
IV. Caractère approprié de l'injonction aux fins de l'application privée	174
V. Priorité de l'application publique	176
VI. Réduction du coût de l'application privée	178
(1) Généralités	178
(2) Réduction du coût des actions antitrusts	180
VII. Surveillance des actions privées par l'État	181
(1) Intervention	181
(2) Immunité contre les poursuites judiciaires	182
VIII. Prévenir le recours stratégique à l'action privée à des fins anticoncurrentielles	183
IX. Paramètres : Efficacité de l'application privée	184
(1) Détection	184
(2) Dissuasion	185
(3) Conformité	185
(4) Indemnisation	186
(5) Lignes directrices à l'intention du milieu des affaires	187

INTRODUCTION

Le Bureau de la concurrence m'a demandé de remettre au commissaire de la concurrence une étude écrite visant à comparer les pratiques et l'expérience internationales dans le domaine de l'application privée de la législation relative à la concurrence. L'étude servirait de guide en vue de la conception d'un droit privé d'accès au Tribunal de la concurrence.

L'étude devait porter sur les cinq territoires suivants : l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni, l'Irlande et les États-Unis. L'examen de l'expérience vécue dans ces territoires dans le domaine des actions privées permettrait d'obtenir des renseignements précieux non seulement sur les types de conduite anticoncurrentielle qui se prêtent le mieux aux mesures d'application de la loi prises par le secteur privé, mais également sur les droits d'action et sur les répartitions qui conviennent le mieux aux actions privées. De plus, cet examen pourrait être révélateur en ce qui a trait aux mesures de prudence, aux stimulants et aux procédures nécessaires pour éviter les litiges abusifs ou stratégiques et pour trancher les différends de manière rapide et efficace.

L'étude envisagée par le Bureau devait être structurée comme suit : elle comporterait six chapitres, soit un pour chacun des cinq territoires et un dernier chapitre présentant une analyse comparative des lois, des pratiques et de l'expérience de chacun d'eux en matière de mesures d'application privées. L'analyse comparative devait, ce qui s'est d'ailleurs produit, fournir un certain nombre de leçons à retenir pour faciliter la conception d'un droit privé efficace et réel en ce qui a trait à l'accès au Tribunal de la concurrence.

En plus de respecter la structure que le Bureau a suggérée, la présente étude vise, dans chacun des cinq chapitres consacrés aux territoires, à répondre de la façon la plus exhaustive qui soit à plusieurs questions spécifiques qu'il a posées. Les questions concernaient, notamment, les types de comportement donnant ouverture à une action de la part des secteurs public et privé, les types d'actions effectivement intentées, le nombre d'actions engagées par chaque secteur, la qualité pour exercer une action, la durée et le coût des litiges privés, l'éventail des mesures correctives que peuvent obtenir les secteurs public et privé, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts, les pratiques relatives à l'adjudication des dépens, le succès relatif des actions privées, les moyens dont le secteur public dispose pour contrôler les litiges privés, les politiques gouvernementales concernant l'intervention dans les actions privées, la possibilité pour les parties privées d'obtenir des renseignements découlant des enquêtes, l'existence de procédures de gestion des instances, l'utilisation d'autres mécanismes permettant de contrôler les litiges stratégiques ou abusifs et le rôle des actions privées sur le plan de l'évolution du droit de la concurrence. À moins d'avis contraire, cette étude s'actualise en juin 1999.

Les chapitres concernant les cinq territoires ont été structurés de façon à présenter des renseignements en réponse à ces questions de la façon la plus efficace qui soit. Toutefois, le chapitre de l'analyse comparative et le résumé sont présentés d'une façon qui est mieux adaptée au déroulement de l'analyse.

RÉSUMÉ

L'analyse comparative de l'étude a donné lieu aux résultats suivants, qui pourraient avoir une grande utilité pour la conception d'un droit privé d'accès au Tribunal de la concurrence.

(1) Philosophie sous-jacente aux mesures d'application

Si tous les territoires visés par l'étude, à l'exception du Royaume-Uni, considèrent les actions privées comme un complément souhaitable des mesures d'application publiques, l'Australie et la Nouvelle-Zélande en sont venues à adopter graduellement une philosophie axée sur la collaboration dans le cadre des mesures d'application et sur l'accroissement du rôle du secteur privé sur le plan de la protection de l'intérêt public.

(2) Ampleur des mesures d'application axées sur la coopération

Cependant, même en Nouvelle-Zélande, qui est allée le plus loin en ce sens, les mesures d'application axées sur la coopération se sont limitées pour ainsi dire à l'octroi d'un droit ouvert en matière de demande d'injonction et à la formulation d'une proposition visant à inciter les tribunaux à tenir compte des intérêts de tous les consommateurs dans les demandes d'injonction provisoire privées. Dans tous les territoires examinés, la coopération a été minime en ce qui a trait à l'accès privé aux renseignements obtenus dans le cadre d'enquêtes publiques.

La plupart des territoires visés par l'étude offrent de l'aide sous une forme ou l'autre aux parties privées qui désirent engager des actions lorsque l'enquête publique menée par le secteur public a donné lieu à des résultats favorables à leur cause. L'aide prend habituellement la forme d'une reconnaissance à première vue de la valeur de la preuve déposée dans l'action du secteur public ou du jugement rendu par le tribunal dans cette action.

(3) Répartition des pouvoirs en matière d'application de la loi entre les secteurs public et privé

C'est le secteur public qui détient la majorité des pouvoirs en matière d'application de la loi, surtout en raison de l'ampleur des mesures correctives dont il dispose ainsi que des pouvoirs administratifs dont il est investi. Dans tous les territoires, le secteur public est autorisé à demander que de lourdes peines, pécuniaires ou autres, soient infligées aux coupables, que ce soit au civil ou au criminel. Dans presque tous les territoires sauf en Australie, où une exception mineure est reconnue dans les cas de fusionnement, le secteur public peut également obtenir des ordonnances exigeant l'adoption de certaines mesures pour rétablir la concurrence, y compris la dissolution et le dessaisissement. Enfin, seul le secteur public dispose d'un arsenal reconnu de pouvoirs administratifs. Aux États-Unis et au Royaume-Uni, ces pouvoirs comprennent celui de délivrer des ordonnances d'interdiction. La Nouvelle-Zélande a l'intention de s'orienter en ce sens et le Royaume-Uni est même allé plus loin, puisqu'il permet au Director of the Office of Fair Trading d'infliger des amendes.

(4) Interdictions qui conviennent le mieux aux mesures d'application du secteur privé

Les actions privées semblent être les mesures les plus utiles pour mettre un terme à la conduite anticoncurrentielle

(1) qui entraîne des répercussions visibles pour les participants du marché;

(2) qui peut être réglée de façon satisfaisante par l'obtention d'une injonction provisoire ou permanente.

La conduite visée est celle qui a pour but d'exclure les concurrents actuels ou éventuels et qui a des répercussions économiques évidentes sur eux. Les ventes liées, les accords d'exclusivité et les refus de vendre feraient apparemment partie des types de conduite répondant à ces critères. D'après les données disponibles, ces comportements représentent de 40 à 50 p. 100 au moins des actions privées qui sont déposées.

(5) Objet des mesures d'application du secteur public

En Australie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis, les mesures d'application du secteur public ont été de plus en plus axées sur les activités des grands cartels, y compris la fixation des prix, le truquage des offres, les ententes de limitation de la production et la division horizontale du marché. Ces types de comportement anticoncurrentiel sont habituellement entourés d'un grand secret et il est plus facile de les déceler et d'y mettre fin par une intervention du secteur public. Aux États-Unis, les taux de détection ont augmenté sensiblement par suite de l'application du programme d'amnistie américain. La Nouvelle-Zélande songe à s'engager dans cette voie.

D'après les critères publiés par certains territoires, comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Irlande, la prise en compte de plusieurs autres facteurs pourrait donner lieu à une intervention publique dans d'autres secteurs. Ces facteurs comprennent les répercussions sur la concurrence, le caractère délibéré de l'infraction, la valeur possible d'une décision comme précédent et l'insuffisance des ressources dont les parties privées disposent pour intenter elles-mêmes une action.

(6) Réduction des coûts des mesures d'application privées

Dans la plupart des territoires, les mesures visant à réduire la durée et le coût des litiges ont été prises dans le contexte plus général des litiges complexes en matière civile. Les affaires portant sur la concurrence ont été reconnues comme les litiges faisant partie des litiges les plus complexes du système judiciaire. En Australie, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni et aux États-Unis, les tribunaux ont pris ou adoptent actuellement plusieurs mesures visant à réduire la durée et le coût des litiges. Ces mesures comprennent principalement la mise sur pied de systèmes rigoureux de gestion des instances, notamment le renvoi à des mécanismes de règlement extrajudiciaire des différends, et la simplification des règles relatives aux interrogatoires préalables. La règle du paiement des frais à titre d'indemnités, qui s'applique dans tous les territoires visés par l'étude, sauf aux États-Unis, demeure inchangée.

Les seuls territoires où des mesures spécifiques visant à réduire les coûts en matière antitrust ont été proposées sont l’Australie et la Nouvelle-Zélande. L’Australian Law Reform Commission a suggéré des modifications législatives ayant pour but d’autoriser l’Australian Competition and Consumer Commission à exercer des recours collectifs au nom des consommateurs et des petites entreprises. Elle a également proposé de permettre aux associations de consommateurs et d’entreprises d’intenter des poursuites au nom de leurs membres dans le cadre de recours collectifs. La Nouvelle-Zélande a proposé d’atténuer les obstacles aux actions publiques et privées visant à obtenir une injonction provisoire en autorisant la Commerce Commission à rendre des ordonnances d’interdiction.

(7) Intervention du gouvernement dans les actions privées

De tous les territoires visés par l’étude, seule l’Australie a expressément autorisé l’organisme compétent en matière de concurrence, l’Australian Competition and Consumer Commission, à intervenir dans les actions privées et même à les prendre en charge. Ces pouvoirs ont toutefois rarement été utilisés, s’ils l’ont été. Les États-Unis accordent aux membres du secteur public le droit d’intervenir à titre d’intervenants bénévoles ou d’intervenants désintéressés dans les appels interjetés à l’égard des décisions rendues dans les actions privées en matière antitrust. En pratique, le gouvernement n’intervient que lorsqu’il existe une question de droit claire au sujet de laquelle il désire être entendu.

À l’exception des États-Unis, chaque territoire visé par l’étude autorise l’organisme compétent en matière de concurrence à protéger l’auteur d’une conduite anticoncurrentielle de poursuites en justice, en autant que la conduite en question donne lieu à des avantages publics supérieurs aux inconvénients qui en découlent sur le plan de la concurrence. Toutefois, ces pouvoirs ont rarement été utilisés de manière à retirer aux demandeurs privés éventuels leurs droits d’action.

(8) Mesures visant à empêcher l’utilisation stratégique d’actions privées à des fins anticoncurrentielles, non valables en droit ou abusives

Presque tous les territoires visés par l’étude reconnaissent que les mesures ayant pour objet d’améliorer l’application des lois antitrust au moyen d’actions privées ne doivent pas, au même moment, permettre au secteur privé d’utiliser les actions de façon stratégique à des fins anticoncurrentielles ou non valables en droit. C’est la raison pour laquelle l’Australie a retiré aux parties privées le droit de demander une injonction dans les cas de fusionnement. C’est également pour cette raison que la Nouvelle-Zélande a rejeté l’idée de permettre les actions en triples dommages-intérêts.

Toutefois, à l’heure actuelle, les tribunaux des différents territoires semblent avoir les moyens nécessaires pour trancher les litiges abusifs, non valables ou stratégiques. Ils disposent en effet de toute une panoplie de mécanismes permettant de filtrer ces recours, depuis les procédures mineures, comme le jugement sommaire, jusqu’aux sanctions disciplinaires plus strictes, comme les ordonnances de paiement de frais punitifs.

(9) Orientation : efficacité des mesures d'application privées

Parmi les cinq grands secteurs d'application de la loi, soit la détection, la dissuasion, la conformité, l'indemnisation et l'orientation des entreprises, c'est dans les domaines de la détection, de la conformité et de l'orientation des entreprises que les actions privées se sont révélées le plus efficaces. Elles sont particulièrement utiles pour détecter la conduite anticoncurrentielle ayant des répercussions immédiates sur les participants du marché, notamment lorsqu'il s'agit de ventes liées, d'accords d'exclusivité et de refus de vendre. Les actions privées peuvent en effet permettre d'assurer la conformité avec les lois sur la concurrence dans ces domaines, pourvu que les parties concernées puissent obtenir assez rapidement et à peu de frais une injonction provisoire ou une ordonnance d'interdiction. Enfin, malgré les failles qu'elles comportent sur le plan de la dissuasion et de l'indemnisation, les actions privées ont guidé le milieu des entreprises en favorisant l'évolution des règles portant sur des aspects fondamentaux du droit de la concurrence en Australie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis.

AUSTRALIE

Introduction

Les règles générales sur la concurrence de l'Australie sont énoncées dans les dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives de la partie IV de la *Trade Practices Act* (loi sur les pratiques commerciales - la Loi)¹. En vertu de cette Loi, les parties privées peuvent tenter une action pour contravention à ses dispositions devant la Cour fédérale de l'Australie. L'évolution que le droit de la concurrence australien a connue au cours des 25 dernières années est imputable en bonne partie aux actions privées ainsi intentées.

La Loi n'offre pas aux parties privées, en matière de poursuites, les mêmes stimulants que les lois antitrust américaines. Comme dans la plupart des pays du Commonwealth, les parties privées doivent payer les frais de la partie qui a gain de cause. Les poursuites en triples dommages-intérêts, populaires aux États-Unis, ne sont pas reconnues en Australie. Les mesures correctives que peuvent demander les parties privées se limitent aux dommages-intérêts simples, aux jugements déclaratoires et aux injonctions. En cas de fusionnement, une ordonnance de dessaisissement peut être obtenue, mais non une injonction. La mesure corrective que semblent privilégier la plupart des parties privées en Australie est l'injonction.

Les parties privées peuvent également exercer des recours collectifs. Les dispositions pertinentes de la *Federal Court Act* (loi sur la Cour fédérale) permettent aux parties privées d'exercer un recours collectif pour contravention aux règles relatives aux pratiques commerciales, pourvu qu'au moins sept personnes aient des réclamations soulevant une question de droit ou de fait commune sous un rapport essentiel.

L'organisme appelé Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) peut lui aussi adopter des mesures pour assurer le respect des dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives. En 1995, l'ACCC a absorbé la Trade Practices Commission (TPC) qui, jusqu'à cette date, veillait au respect des dispositions en question. L'ACCC peut adopter certaines mesures coercitives, notamment demander des engagements ayant force exécutoire devant les tribunaux, des sanctions pécuniaires, des injonctions civiles et des ordonnances de dessaisissement. L'ACCC serait peut-être également habilitée à tenter des recours collectifs visant à obtenir des dommages-intérêts au nom des petites entreprises ou des consommateurs.

¹ *Trade Practices Act* 1974 (Cth) et ses modifications

L'ACCC a également le droit, en vertu de la loi, d'intervenir dans la plupart des actions privées, mais elle l'a rarement invoqué. De plus, elle est autorisée à accorder l'immunité contre des poursuites en justice, y compris des actions privées, au moyen de notifications ou d'autorisations. Cependant, les défendeurs dans les actions privées n'ont pas invoqué ces mesures pour échapper à leur responsabilité potentielle.

Pour décider s'il y a lieu d'intervenir dans un cas donné ou s'il est préférable de laisser aux parties privées le soin de régler entre elles le différend qui les oppose, l'ACCC doit tenir compte de plusieurs facteurs, notamment la possibilité que l'action devienne un instrument de dissuasion important, l'importance de promouvoir le respect de la Loi et la possibilité d'obtenir une réparation pour les parties lésées par la conduite en question. Toutefois, l'ACCC est souvent réticente à communiquer aux parties privées les renseignements qu'elle obtient dans le cadre des enquêtes qu'elle mène. Les parties privées doivent obtenir elles-mêmes les renseignements dont elles ont besoin en signifiant une assignation ou en présentant une demande d'accès à l'information.

La Cour fédérale de l'Australie a adopté différentes procédures de gestion des instances afin de réduire les délais au minimum et de permettre aux parties de se faire entendre le plus rapidement possible. Elle a également recours à plusieurs formations spécialisées, dont une formation spécialisée en droit de la concurrence, afin d'accélérer le traitement de ce type de litiges. Le but de la Cour fédérale est de faire en sorte de trancher 98 % des affaires qui lui sont soumises dans les 18 mois suivant l'introduction de l'instance. Toutefois, il semble reconnu que cet objectif n'est pas réaliste dans le domaine de la concurrence, en raison de la complexité des questions que la Cour doit trancher.

I. Aperçu des actions privées

1a) Conduite donnant ouverture à une action privée

En vertu de la Loi, une action privée peut être intentée en cas de contravention à la partie IV (pratiques commerciales restrictives), à la partie IVB (codes d'activité économique) et à la partie V (protection du consommateur) de la Loi². La partie IV, qui renferme les dispositions relatives à la concurrence, interdit les pratiques commerciales restrictives suivantes :

² L'ACCC et les parties privées exercent activement des recours pour assurer le respect des dispositions des parties IVB et V de la Loi touchant la protection du consommateur et les codes d'activité économique. Toutefois, ces recours débordent le cadre de l'étude et ne sont pas analysés aux présentes.

³ Aux fins du présent document, une infraction en soi est une pratique qui est interdite sans qu'il ne soit nécessaire d'en prouver les effets réels ou probables sur la concurrence.

Pratique	Article(s)	Illégale en soi?³
1. Entente entraînant une diminution importante de la concurrence	45, 45B	Non
2. Entente comportant des engagements limitatifs (boycottage collectif)	45, 45D	Oui
3.(i) Ententes sur la fixation des prix Marchandises ou services	45, 45A	Oui
(ii) Exceptions à la règle de l'illégalité en soi :		Non
(1) Prix fixé par consortium	45, 45A(2)	Non
(2) Recommandations sur les prix	45A(3)	Non
(3) Groupes d'achat	45A(4)	
4. Boycottages secondaires par les syndicats	45D & E	Non
5. Abus de position dominante	46, 46A	Non
6. Exclusivité	47	Non
7. Ventes liées	47(7)- (9)	Oui
8. Maintien du prix de revente des marchandises	48, partie VIII	Oui
9. Fixation de prix différents à l'égard des marchandises	49	Non
10. Fusionnements	50, 50A	Non

L'ensemble de ces pratiques commerciales restrictives correspondent à peu près à celles qui sont visées par les dispositions correspondantes de la *Loi sur la concurrence* du Canada⁴.

⁴ À l'instar de la *Trade Practices Act* de l'Australie, la *Loi sur la concurrence* du Canada renferme des dispositions concernant à la fois la concurrence et la protection du consommateur. Toutefois, la loi australienne a une portée beaucoup plus large. Elle renferme aussi des dispositions concernant la conduite répréhensible, la sécurité des produits, la vente de marchandises, la responsabilité des fabricants et importateurs d'objets viciés, les codes d'activité économique, les ententes des conférences maritimes et les activités des transporteurs maritimes, l'accès aux services essentiels et l'accès aux télécommunications ainsi que la concurrence et les tarifs s'y rapportant.

Même si les dispositions relatives à la concurrence des lois australienne et canadienne se recoupent dans une large mesure, le chevauchement n'est pas complet. Ainsi, la Loi canadienne ne comporte aucune disposition correspondant aux dispositions assez spéciales de la Loi australienne qui concernent le boycottage secondaire. Quant à cette dernière, elle ne renferme aucune disposition correspondant aux dispositions de la Loi canadienne portant sur le refus de vendre, la vente par voie de consignation et les prix à la livraison.

De façon générale, la Loi permet aux parties privées de demander une injonction ou des dommages-intérêts par suite d'une contravention aux dispositions susmentionnées⁵. Une partie privée peut demander une injonction dans tous les cas, sauf les cas de fusionnement visés par l'article 50 de la Loi. L'exclusion des cas de fusionnement a été ajoutée dans les révisions qui ont été apportées à la Loi en 1977⁶.

Les actions privées en dommages-intérêts sont régies par l'article 82 de la Loi. Pour avoir le droit d'intenter une action en dommages-intérêts, une partie privée doit avoir subi un préjudice par suite de la contravention. Seuls des dommages-intérêts simples peuvent être recouvrés. Un délai de prescription de trois ans, prévu au par. 82(2), empêche les parties de demander des dommages-intérêts par suite d'un préjudice subi plus de trois ans avant l'introduction de l'action.

1b) Types d'actions que les parties privées ont tendance à intenter en pratique

À l'heure actuelle, les documents publiés renferment très peu de renseignements au sujet des types d'actions que les parties privées ont tendance à intenter. La plus récente étude sur cette question, l'étude Brunt⁷, a été publiée en 1990 et portait sur les données recueillies entre 1975, année suivant la promulgation de la Loi, et 1989. Elle contenait le tableau suivant, qui indique le nombre d'actions intentées par la défunte Trade Practices Commission (TPC) et les parties privées entre 1975 et 1980 ainsi que la nature des causes d'action⁸.

⁵ Voir l'article 80 de la Loi.

⁶ L'exclusion visait à empêcher les parties privées d'abuser de leur pouvoir d'obtenir une injonction contre un fusionnement. Fait intéressant à souligner, les dispositions relatives aux actions privées de la loi de la Nouvelle-Zélande intitulée *Commerce Act*, qui étaient calquées sur celles de la partie IV de la Loi australienne de 1986, ont permis aux parties privées d'obtenir une injonction contre des fusionnements depuis 1990. Voir le chapitre sur la Nouvelle-Zélande, plus loin.

⁷ Maureen Brunt, « The Role of Private Actions in Australian Restrictive Practices Enforcement » (1990), 17 *Melbourne Univ. L. Rev.* 582. Dans son étude, l'auteure propose que les statistiques concernant les actions fondées sur le boycottage secondaire ne soient pas prises en compte dans l'évaluation de l'importance des actions privées sur le plan de la mise en oeuvre de la politique en matière de concurrence. Voici comme elle s'est exprimée : [TRADUCTION] «[L'article 45D] a toujours été une disposition populaire auprès des employeurs et permettait dans bien des cas d'obtenir une injonction provisoire et interlocutoire. Les questions soulevées sont plutôt spéciales et concernent également la *Conciliation and Arbitration Act*, de sorte qu'il y a lieu de consigner les données sans tenir compte des poursuites fondées sur l'article 45D ». *Id.*, p. 589 et 590.

⁸ *Id.*, p. 589.

Tableau 2 Causes d'action indiquées par la TPC, 1975-1980

<i>Causes d'action</i>	Nbre d'affaires fondées sur une cause d'action désignée			
	<i>Intentées</i>		<i>Réglées</i>	
	<i>TPC</i>	<i>Partie privée</i>	<i>TPC</i>	<i>Partie privée</i>
Art. 45 - Fixation des prix	7	2	4	1
Art. 45 - Autres ententes	4	42	3	7
Al. 45D, 45E - Boycottages secondaires (et infractions connexes)	1	37	1	11
Art. 46 - Monopolisation	2	20	1	4
Art. 47 - Exclusivité	4	20	1	4
Art. 48 - Maintien des prix de revente	13	5	11	3
Art. 49 - Fixation de prix différents	0	11	0	1
Art. 50 - Fusionnement	1	2	1	0
Autres (non classifiées ou multiples)	0	3	0	0
Toutes les causes	32	142	23	31

Il appert du tableau qu'au cours des premières années qui ont suivi la promulgation de la Loi, les parties privées ont eu le plus souvent tendance à intenter des actions qui portaient sur des ententes visant à diminuer sensiblement la concurrence, des boycottages secondaires illégaux⁹, la monopolisation, l'exclusivité ou la fixation de prix différents. Même si la majeure partie de ces actions ont été réglées à l'amiable ou ont fait l'objet d'un désistement, la plupart de celles qui ont été tranchées par une décision mettaient en cause les mêmes pratiques.

⁹ Bon nombre des actions concernant un boycottage secondaire ont été déposées par des employeurs qui voulaient empêcher les syndicats de faire du piquetage secondaire ou de poursuivre d'autres activités nuisant aux entreprises de leurs clients ou fournisseurs. La *Loi sur la concurrence* du Canada ne comporte aucune disposition équivalente et, tel qu'il est mentionné à la note 7 qui précède, les dispositions relatives au boycottage secondaire de l'article 45D de la Loi australienne sont assez spéciales. Les mesures d'application privée prévues à l'article 45D ne sont pas considérées comme des mesures faisant véritablement partie des recours visant à assurer le respect des règles sur les pratiques commerciales restrictives. C'est pourquoi les actions concernant les cas de boycottage secondaire sont considérées comme des recours qui débordent le cadre de l'étude.

Le tableau suivant, qui découle d'un survol du site web *Scaleplus* du gouvernement de l'Australie¹⁰, indique que les ententes anticoncurrentielles et l'exclusivité (y compris les ventes liées) constituent maintenant l'objet de la plupart des décisions rendues dans les actions privées¹¹.

Pratique	Année civile										Total
	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	
Fixation des prix	0	1	2	1	0	1	0	1	1	0	7
Ententes entraînant une diminution sensible de la concurrence	5	7	5	5	3	3	5	5	11	0	49
Abus de position dominante	0	0	1	2	0	0	1	0	0	0	4
Exclusivité	5	5	6	2	6	1	4	3	1	0	33
Ventes liées (sous-catégorie de l'exclusivité)	1	0	1	0	2	0	1	1	0	0	6
Maintien des prix de revente	0	1	1	0	1	0	1	1	3	0	8
Fixation de prix différents	4	0	0	1	2	1	0	3	1	0	12
Total des décisions											119

Il convient de se rappeler que le tableau qui précède est fondé sur des renseignements partiels et traduit simplement le nombre de décisions provisoires et définitives que la Cour fédérale a rendues

¹⁰ Voici l'adresse du site web : <http://law.agps.gov.au/>, où il est possible de trouver plusieurs bases de données intéressantes, y compris la base de données des décisions fédérales, qui a été utilisée au cours du sondage. La base de données est régulièrement mise à jour et comporte toutes les données disponibles jusqu'à quelques jours précédant la recherche. Au moment de la recherche, la base de données était à jour au 20 janvier 1999.

¹¹ Les données du tableau ont été obtenues par suite d'une recherche effectuée dans la base de données des décisions fédérales afin de trouver des décisions renfermant l'expression « trade practices act » et les mots clés de chacune des pratiques susmentionnées. Dans la plupart des cas, les mots clés correspondaient à la désignation de la pratique, p. ex., fixation des prix; toutefois, dans le cas des ententes entraînant une diminution importante de la concurrence, les mots clés étaient « diminution importante de la concurrence ». De plus, toutes les décisions ont été prises en compte et non seulement celles qui mettaient fin à des litiges donnés. Certaines des décisions mentionnées au tableau étaient de nature interlocutoire. Par ailleurs, des décisions rendues dans des actions privées au cours de la période allant de 1990 à 1999, 16 concernaient des actions relatives à un boycottage secondaire.

dans des actions fondées sur les pratiques susmentionnées¹². Il ne comprend pas le nombre d'actions qui ont été introduites et réglées à l'amiable plus tard et ne constitue peut-être pas un indicateur fiable de toutes les pratiques que les demandeurs privés peuvent cibler à l'heure actuelle. L'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) et l'Australian Law Reform Commission (ALRC) ont cependant indiqué que des renseignements plus précis seraient bientôt disponibles. Le commissaire Sitesh Bhojani, de l'ACCC, a récemment fait savoir qu'une étude sur l'application des règles australiennes en matière de concurrence par les tribunaux était actuellement en cours pour le compte de l'ACCC et serait vraisemblablement publiée en mars ou avril 1999¹³. L'ALRC a fait savoir que, plus tard en 1999, elle publierait une étude exhaustive du système accusatoire de l'Australie qui comporterait, notamment, une analyse du cheminement d'un certain nombre d'actions privées intentées sous le régime de la partie IV de la Loi¹⁴.

1c) Lieu d'introduction des actions privées

Les actions civiles intentées sous le régime de la Loi, que ce soit par des parties privées ou par l'ACCC, sont portées devant la Cour fédérale de l'Australie. Voici à ce sujet l'extrait pertinent de l'article 86 de la Loi :

[TRADUCTION]

86(1) La Cour fédérale a compétence sur toute question au sujet de laquelle une action civile a été introduite, avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, sous le régime de la présente partie...

La Cour fédérale a compétence à l'exclusion de tout autre tribunal, sauf en ce qui a trait à la compétence de la Haute Cour en vertu de l'article 75 de la Constitution australienne¹⁵.

1d) Nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions intentées par l'ACCC

Suivant le tableau tiré de l'étude Brunt et reproduit ci-dessus à la partie 1b) du présent document, les parties privées ont, au cours de la période allant de 1975 à 1980, intenté de trois à

¹² Une action privée peut être fondée sur plusieurs causes d'action, notamment une allégation portant que la partie défenderesse a participé à des transactions exclusives et une allégation distincte d'abus de position dominante.

¹³ Entrevues téléphoniques menées auprès du commissaire Bhojani les 6 et 21 janvier 1999.

¹⁴ Entrevues téléphoniques menées auprès de la commissaire Kathryn Cronin, de l'ALRC, les 11 et 12 janvier 1999.

¹⁵ Par. 86(4) de la Loi.

quatre fois plus d'actions que la défunte Trade Practices Commission (TPC)¹⁶. Cependant, le nombre d'actions que les parties privées ont menées à terme se rapproche de celui des actions de la TPC. Les actions de la TPC portaient principalement sur le maintien des prix de revente et la fixation des prix, tandis que les actions privées concernaient surtout des ententes entraînant une diminution importante de la concurrence, des accords d'exclusivité et des allégations de monopolisation (abus de position dominante).

Aucune statistique semblable n'est disponible à l'égard d'une période plus récente. Toutefois, notre propre survol du site *Web Scaleplus* peut donner une idée générale des actions intentées par l'ACCC comparativement à celles des parties privées. Cet examen indique qu'au cours de la période allant de 1990 à 1999, les actions intentées par l'ACCC ont donné lieu au nombre de décisions indiqué ci-dessous selon les causes d'action qui suivent :

Pratique	Année civile										Total
	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	
Fixation des prix	0	3	0	1	3	2	3	4	6	1	23
Ententes entraînant une diminution sensible de la concurrence	0	3	1	5	4	4	4	5	1	1	28
Abus de position dominante	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Exclusivité	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
Ventes liées (sous-catégorie de l'exclusivité)	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Maintien des prix de revente	5	3	2	2	4	1	1	3	4	0	25
Fixation de prix différents	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
Fusionnement	4	0	4	2	5	0	0	3	0	0	16
Total des décisions											94

Le tableau indique qu'au cours de la période allant de 1990 à 1999, un total de 94 décisions provisoires et définitives ont été rendues dans les actions intentées par l'ACCC ou son prédécesseur,

¹⁶ Le ratio de 4 sur 1 tombe à 3 sur 1 lorsque les actions concernant le boycottage secondaire (art. 45D) sont exclues du calcul, comme elles devraient l'être. Voir les notes 7 et 9 ci-dessus.

la TPC¹⁷, comparativement à un total de 135 décisions provisoires et définitives rendues dans les actions privées à l'égard de la même période¹⁸. La plupart des décisions rendues dans les actions intentées par l'ACCC portaient sur des allégations de fixation des prix, d'ententes entraînant une diminution sensible de la concurrence et de maintien des prix de revente.

Cet éventail de décisions ne traduit pas très bien les priorités officielles de l'ACCC en matière d'application des dispositions de la partie IV de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives. Ces priorités sont les ventes liées, l'abus de position dominante et le maintien des prix de revente¹⁹. La différence entre nos résultats et les priorités officielles de l'ACCC s'expliquent peut-être par le manque de raffinement de la méthode d'examen du site web Scaleplus. Le relevé du nombre de décisions rendues dans un domaine donné ne tient pas compte des poursuites judiciaires intentées ou des mesures administratives prises qui ont été réglées avant le prononcé d'une décision²⁰. Cependant, il appert des communiqués publiés par l'ACCC pour l'année civile 1998 que la fixation des prix et les ententes entraînant une diminution sensible de la concurrence demeurent la préoccupation majeure de l'organisme²¹. Le point saillant eu égard aux priorités officielles de

¹⁷ La TPC a été absorbée dans la nouvelle ACCC au début de l'exercice financier 1995, laquelle a également pris en charge les activités et le personnel de la Price Surveillance Authority (PSA); tel qu'il est mentionné à la note 4 qui précède, l'ACCC joue un rôle majeur dans plusieurs domaines qui vont au-delà de l'application de la politique en matière de concurrence.

¹⁸ Il convient de souligner que les affaires de fusionnement ont également été prises en compte dans les statistiques compilées pour l'ACCC, tandis qu'elles ne l'ont pas été dans les statistiques relatives aux actions privées. Depuis 1977, la Loi ne permet pas l'exercice de recours privés en injonction dans les cas de fusionnement. Même si la recherche effectuée dans la base de données des décisions fédérales a permis de trouver plusieurs décisions qui ont été rendues dans des actions privées et dont le texte comprenait les expressions « *Trade Practices Act* » (loi sur les pratiques commerciales) et « merger » (fusionnement), un bref examen de ces décisions a révélé qu'elles concernaient, notamment, des allégations de déclaration trompeuse ou de conduite répréhensible et non des fusionnements interdits par l'article 50 de la Loi. À titre d'information, au cours de la période sous examen, la Cour a rendu quatre décisions dans des actions concernant des boycottages secondaires qui ont été intentées par l'ACCC ou l'organisme qu'elle a remplacé, la TPC.

¹⁹ Voir le texte correspondant aux notes 100 à 102, plus loin.

²⁰ L'ACCC dispose d'une panoplie de mesures correctives administratives, depuis la simple négociation et le règlement des plaintes jusqu'à l'obtention d'engagements formels aux termes de l'article 87B de la Loi, dont l'exécution peut être exigée devant les tribunaux. Voir le texte correspondant aux notes 61 à 65, plus loin. D'après certains indices, depuis l'ajout de l'article 87B à la Loi en 1993, l'ACCC/TPC a utilisé de plus en plus fréquemment ce mécanisme pour régler les différends avant le prononcé d'une décision judiciaire.

²¹ Selon les communiqués de presse de 1998, l'ACCC a intenté trois actions portant sur des allégations de fixation des prix, réglé une affaire antérieure portant sur le même sujet, engagé deux actions relatives à des ententes entraînant une diminution sensible de la concurrence et réglé une affaire antérieure touchant le maintien des prix de revente.

L'organisme a également intenté des actions concernant des cas d'abus de position dominante et de boycottage secondaire. Le 24 décembre 1998, l'ACCC a intenté contre la société de téléphone australienne, Telstra, une action fondée sur l'abus de position dominante dans le cadre de ses efforts visant à maintenir la concurrence dans le secteur

l'ACCC en matière d'application, c'est que les litiges portant sur des allégations d'exclusivité, y compris des ventes liées, sont devenus pour ainsi dire l'apanage du secteur privé. En effet, 33 décisions provisoires et définitives concernant des allégations d'exclusivité ont été rendues dans des actions intentées par le secteur privé, alors qu'une seule portait sur une action de même nature engagée par l'ACCC au cours de la même période.

1e) Évolution de l'utilisation des actions privées

Les actions privées sont utilisées en Australie depuis l'entrée en vigueur de la Loi en 1974. Voici les commentaires formulés dans l'étude Brunt à ce sujet :

[TRADUCTION] La première décision publiée rendue sous le régime de la partie IV (pratiques commerciales restrictives) de la *Trade Practices Act 1974* (Cth) (la Loi) était une action privée : *Top Performance Motors v. Ira Berk* (1975). La première décision publiée de la Haute Cour concernait également une action privée : *Quadramain v. Sevastapol* (1976). De plus, le jugement le plus important qui a été prononcé jusqu'à maintenant l'a été dans une autre action privée : *Queensland Wire Industries v. B.H.P.* (1989). Dans cette affaire, la Haute Cour de l'Australie a rendu, en matière d'abus de position dominante (art. 46 de la Loi), un jugement qui a été universellement reconnu comme un arrêt clé...²²

Depuis l'implantation de ce recours en 1974, les actions privées ont joué un rôle majeur dans l'élaboration de la jurisprudence rendue sous le régime des dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives.

des communications, qui était précédemment réglementé. Le 3 juillet 1998, elle a réglé une action qui avait été intentée contre une entreprise de taxi et qui portait sur une allégation d'abus de position dominante. Le 22 mai 1998, l'ACCC a engagé contre des syndicats maritimes une action fondée sur des allégations de boycottage secondaire dans le cadre d'un différend lié à des opérations d'arrimage. Cette action a donné lieu à une série d'injonctions provisoires et, en septembre-octobre 1998, à un règlement aux termes duquel les syndicats ont versé un montant de 7 500 000 \$ dans un fonds d'affectation spéciale que l'ACCC devait administrer pour dédommager les particuliers et les entreprises lésés par le boycottage.

L'ACCC a intenté une action fondée sur des allégations d'exclusivité contre un avocat qui avait participé à un stratagème visant à lier des programmes de financement à la vente de biens immobiliers dans le cadre d'une vente aux enchères. Il appert également des communiqués de presse que l'ACCC a participé activement à l'examen de plusieurs fusionnements, mais qu'elle a apaisé ses craintes à cet égard par des négociations avec les parties.

²² Brunt, *loc. cit.*, *supra*, note 7, p. 582.

II. Qualité pour agir en justice

2a) Qualité pour intenter une action privée

La Loi renferme deux dispositions concernant la qualité pour agir. Dans le cas des injonctions, le par. 80(1) de la Loi n'est pas limitatif. Il [TRADUCTION] « confère le pouvoir de demander une injonction dans tous les cas autres que les fusionnements nationaux au procureur général, à [l'ACCC] et à 'toute autre personne' -- et les tribunaux ont décidé à plusieurs reprises que l'expression 'toute autre personne' a précisément ce sens »²³.

La Loi est plus restrictive en ce qui a trait aux actions en dommages-intérêts. Le par. 82(1) de la Loi reconnaît la qualité pour agir uniquement [TRADUCTION] « aux 'personnes ayant subi un préjudice par suite [...] d'une contravention' et uniquement dans les cas [...] où il est possible d'établir un lien de causalité entre la conduite constituant la contravention et le préjudice subi »²⁴.

Cependant, cette restriction a été jugée mineure, compte tenu de l'accessibilité générale des recours en injonction. Rappelons que l'injonction est le recours privilégié dans les actions privées intentées sous le régime de la Loi. Un auteur australien a formulé les commentaires suivants à ce sujet :

[TRADUCTION] Nos tribunaux obtiendront peut-être un résultat similaire à ceux qui découlent des règles antitrust [américaines] en appliquant la doctrine du caractère éloigné du préjudice. Toutefois, à l'heure actuelle, compte tenu de la diminution des frais anticipés et des rendements obtenus, la question a peu d'importance... En Australie, la plupart des parties privées qui intentent une action seront satisfaites si elles obtiennent une injonction. En effet, la valeur financière que l'injonction (contrairement à une indemnité) représente pour elles sera nettement supérieure au coût du litige...²⁵.

La possibilité d'obtenir une indemnité ne semble pas être considérée comme un facteur important susceptible d'inciter les parties privées à engager des poursuites sous le régime de la Loi.

²³ *Id.*, p. 585.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

2b) Critères appliqués pour déterminer la qualité pour agir

Comme nous l'avons vu, le par. 80(1) n'impose pas de restriction quant à la qualité nécessaire pour obtenir une injonction, notamment sous le régime des dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives. Il s'agit donc d'une accessibilité beaucoup plus grande que celle qui est habituellement reconnue dans le cas des actions privées visant à obtenir une réparation publique en vertu des règles de droit générales et de bon nombre d'autres lois australiennes, dont plusieurs obligent les parties privées à prouver qu'elles ont la [TRADUCTION] « capacité voulue pour représenter l'intérêt public » ainsi qu'un « intérêt spécial » à l'égard de l'objet de l'action.

Dans un rapport de 1996, l'Australian Law Reform Commission (ALRC)²⁶ s'est efforcée de réfuter les arguments allant à l'encontre de la libéralisation des règles touchant la qualité pour demander une mesure corrective publique en faisant allusion à l'expérience antérieure, notamment, sous le régime du par. 80(1) de la Loi. Commentant la crainte que la libéralisation n'entraîne une avalanche de litiges, l'ALRC s'est exprimée comme suit : [TRADUCTION] « Aucune donnée n'indique que la disposition de la *Trade Practices Act 1974* (Cth) prévoyant l'accessibilité générale du recours a mené à un nombre élevé de litiges »²⁷.

L'ALRC a recommandé que tous les critères relatifs à la qualité pour intenter et poursuivre des actions en droit public selon les règles de droit générales et presque toutes les lois soient remplacés par un seul critère plus libéral :

Toute personne devrait être en mesure d'intenter et de poursuivre des actions en droit public, sauf si l'une des deux conditions suivantes s'applique :

²⁶ La commission a été créée en vertu de la *Law Reform Commission Act* de 1973. En vertu de l'article 6 de cette loi, sa mission consiste à examiner, moderniser et simplifier les règles de droit. L'organisme a entrepris ses travaux en 1975.

²⁷ Rapport de l'ALRC n° 78, *Beyond the Door-Keeper Standing to Sue for Public Remedies* (1996), au par. 4.40. Dans une note de bas de page, l'ALRC a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « D'après certaines données non scientifiques recueillies au cours des consultations que la commission a menées, très peu de demandes fondées sur ... [la *Trade Practices Act*] sont déposées par des personnes qui ne sont pas directement touchées par la conduite en question. Cette conclusion va de pair avec le nombre relativement constant d'actions portant sur des pratiques commerciales qui sont intentées devant la Cour fédérale chaque année (d'après les rapports annuels de la Cour fédérale de l'Australie depuis 1984-1985, environ 650 nouvelles demandes sont déposées chaque année), malgré le nombre croissant de groupes et de personnes qui cherchent à assurer le respect de la Loi » (*Id.*, note 60).

L'ALRC a également indiqué dans son rapport que [TRADUCTION] « les règles concernant la qualité pour agir ne servent pas à limiter les poursuites, mais ne font qu'ajouter aux questions en litige » (*Id.*, par. 4.40). Étant donné que les intérêts spéciaux des parties demandresses étaient habituellement liés au fondement de leurs réclamations, les tribunaux ont eu tendance à différer leurs décisions concernant les objections relatives à la qualité pour agir et à les trancher à la fin de l'instance en même temps que les questions de fond. Voir *ibid.*

- le législateur a clairement indiqué qu'il ne voulait pas que la décision ou la conduite visée par la poursuite puisse être contestée par une personne telle la partie requérante;
- compte tenu de toutes les circonstances, l'exercice du recours irait à l'encontre de l'intérêt public parce qu'il entraverait indûment la capacité d'une personne ayant un droit privé dans l'affaire de l'exercer différemment ou de s'abstenir de le faire...²⁸.

L'ALRC a également recommandé que [TRADUCTION] « la qualité pour agir soit présumée [...] de façon qu'il incombe [...] à ceux qui veulent contester la qualité d'une partie d'établir l'existence de l'un des facteurs d'exclusion »²⁹.

Toutefois, ce nouveau critère n'aurait pas pour effet de remplacer les critères actuellement prévus dans la Loi à ce sujet. L'ALRC a confirmé la recommandation qu'elle avait formulée dans un précédent rapport de 1985³⁰, selon laquelle aucune modification ne devrait être apportée, notamment, à [TRADUCTION] « la qualité, que confère une loi aux organismes gouvernementaux ou aux particuliers, d'engager et de poursuivre des procédures ou de demander une réparation spécifique »³¹.

²⁸ *Id.*, recommandation 2, par. 5.25.

²⁹ *Id.*, par. 5.29.

³⁰ Rapport n° 27 de l'ALRC (1985).

³¹ Rapport n° 78 de l'ALRC, *supra*, note 27, par. 5.33. Dans ce rapport, l'ALRC a également souligné ce qui suit : [TRADUCTION] « La plupart des personnes qui ont fait parvenir des observations en réponse au document de travail 61 [sur la qualité pour agir] ont souscrit à la conclusion que la Commission avait formulée dans son rapport 27, à savoir que la réforme des règles touchant la qualité pour agir n'allait pas ouvrir la voie à des litiges futiles ou abusifs. Les tribunaux disposent d'un certain nombre de mécanismes pour contrôler ce genre de litige, notamment le pouvoir de rejeter les allégations futiles ou vexatoires, de radier les actions ou recours qui constituent un emploi abusif des procédures ou qui ne sont nullement fondés, d'exiger de la partie demanderesse qu'elle dépose un cautionnement pour garantir le paiement des frais et d'obliger un avocat à payer les frais engagés par les parties par suite de son retard ou sa négligence. Dans certains cas, un tribunal peut en arriver à la conclusion qu'une allégation ne peut faire l'objet d'un recours en justice [...] La commission estime que les règles relatives à la qualité pour agir n'ont pas pour fonction de contrôler les litiges futiles. Ce sont les tribunaux eux-mêmes qui peuvent le mieux exercer cette fonction dans le cadre de leurs pouvoirs liés à la gestion des instances et des procédures s'y rapportant ». (*Id.*, par. 4.43 et 4.44).

III. Mesures correctives

3a) Mesures correctives que peuvent demander les parties privées

Tel qu'il est mentionné auparavant dans les sections 1a) et 2a) de l'étude, les parties privées ont, en vertu des par. 80(1) et 82(1) de la Loi, le droit de demander une injonction ou des dommages-intérêts simples, bien que la possibilité d'obtenir une indemnité ne semble pas être considérée comme un facteur important qui les incite à engager des poursuites. Depuis 1977, les parties privées ne peuvent obtenir une injonction dans les cas de fusionnement. Toutefois, elles peuvent obtenir une ordonnance de dessaisissement en pareil cas. Elles peuvent également exercer un recours collectif devant la Cour fédérale pour contravention à la Loi et intenter une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire.

(1) Injonctions

Voici le libellé du par. 80(1) de la Loi :

[TRADUCTION]

(1) Sous réserve des paragraphes 1A), 1AAA) et 1B), lorsque, à la demande de la commission ou de toute autre personne, la Cour est convaincue qu'une personne s'est livrée ou a l'intention de se livrer à une conduite qui constitue ou constituerait

- a) une contravention à une disposition de la partie IV, IVA, IVB ou V;
- b) une tentative en vue de contrevenir à l'une de ces dispositions;
- c) une conduite visant à aider une personne à contrevenir à l'une de ces dispositions ou à lui conseiller de le faire;
- d) une conduite visant à inciter une personne à contrevenir à l'une de ces dispositions, notamment par des menaces ou des promesses;
- e) une participation directe ou indirecte à une contravention par une autre personne;
- f) un complot avec d'autres personnes en vue de contrevenir à l'une de ces dispositions;

la Cour peut accorder une injonction selon les conditions qu'elle juge à propos.

À l'instar de l'ACCC, les parties privées peuvent obtenir une injonction en cas de contravention ou de tentative de contravention, notamment, aux dispositions de la partie IV de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives. Elles peuvent également obtenir une injonction contre ceux qui incitent ou aident une personne à contrevenir à ces dispositions, qui y participent ou qui sont complices d'une telle contravention.

Toutefois, l'ACCC est la seule entité ayant le droit d'obtenir une injonction en cas de contravention aux dispositions relatives aux fusionnements de l'article 50 de la Loi. Le paragraphe 80(1A) de la Loi est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

- (1A) À l'exception de la commission, nul n'a le droit de présenter une demande d'injonction fondée sur le paragraphe (1) au motif qu'une personne a contrevenu ou a tenté de contrevenir à l'article 50 ou a l'intention de le faire ou d'être partie à une contravention.

Cette restriction a été ajoutée à la Loi en 1977 afin de contrer l'emploi apparemment abusif de l'injonction par les parties privées dans les cas de fusionnement³².

Les autres dispositions de l'article 80 de la Loi indiquent clairement que la Cour dispose de larges pouvoirs en ce qui a trait à l'octroi d'injonctions. En vertu du par. 80(2), la Cour peut accorder une injonction provisoire jusqu'à ce que la demande d'injonction fondée sur le par. 80(1) soit tranchée. Aux termes du par. 80(1AA), les parties peuvent obtenir une injonction sur consentement, [TRADUCTION] « que la Cour soit convaincue ou non qu'une personne a participé ou a l'intention de participer » à une contravention à la Loi. Selon le par. 80(4), une injonction interdisant l'exécution d'un acte donné peut être rendue, que la Cour soit convaincue ou non que la personne visée avait l'intention de commettre l'acte en question, qu'elle a déjà commis l'acte ou que l'exécution de l'acte par la personne en question présente un danger imminent de préjudice important à autrui. Le paragraphe 80(5) permet à la Cour de prononcer une injonction péremptoire enjoignant à une personne d'exécuter un acte donné dans des circonstances analogues. Enfin, en vertu du par. 80(3), la Cour peut annuler ou modifier toute injonction qu'elle a précédemment prononcée.

En vertu de l'art. 87 de la Loi, la Cour est également habilitée à rendre les ordonnances qu'elle juge à propos pour corriger les préjudices que les parties à l'instance ont subis ou subiront vraisemblablement par suite d'une contravention à la partie IV, IVA, IVB ou V de la Loi. Ainsi, la Cour peut annuler ou modifier des contrats ou en interdire l'exécution ou encore ordonner le remboursement de sommes d'argent ou la restitution de biens, le paiement du montant du préjudice,

³² Depuis 1977, les seuls cas d'acquisition dans lesquels des parties privées ont été autorisées à obtenir une injonction étaient des acquisitions faites en dehors de l'Australie et pouvant être contestées devant le Competition Tribunal en vertu de l'article 50A de la Loi. Toutefois, avant qu'une injonction ne puisse être prononcée en sa faveur, la partie privée doit d'abord obtenir du tribunal un jugement déclaratoire portant que, si la partie défenderesse faisait l'acquisition d'une participation majoritaire dans une entreprise située à l'extérieur de l'Australie, cette acquisition entraînerait une diminution sensible de la concurrence sans procurer d'avantages au public au sens de la Loi. Voir les par. 80(1AAA) et (1B) de la Loi.

la réparation ou la fourniture de pièces, la prestation de services ou la passation d'actes juridiques ayant pour effet de modifier ou d'annuler des droits sur un bien-fonds³³.

Habituellement, la Cour fédérale oblige la partie qui demande une injonction provisoire à déposer un cautionnement garantissant le paiement des frais ou d'une indemnité. Dans un rapport de 1996 concernant la conformité à la *Trade Practices Act*³⁴, l'ALRC a souligné que les petites entreprises considéraient cette restriction comme un obstacle à l'obtention de mesures correctives en vertu des dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives et que d'autres règles de la Cour, notamment la règle obligeant les entreprises à être représentées par un conseiller juridique, produisaient également cet effet. En raison de ces préoccupations, l'ALRC a recommandé que la Trade Practices Commission dispose d'une plus grande marge de manoeuvre en ce qui a trait à la possibilité d'exercer des recours collectifs au nom des personnes ayant subi un préjudice par suite d'une contravention à la Loi³⁵.

(2) Ordonnances de dessaisissement

Même si les parties privées ne peuvent demander d'injonction dans les cas de fusionnement, elles sont autorisées à demander une ordonnance portant dessaisissement d'actions ou d'éléments d'actif acquis par suite d'une contravention aux dispositions de l'art. 50 de la Loi relatives au fusionnement. Le paragraphe 81(1) est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

(1) À la demande de la commission ou de toute autre personne, la Cour peut, si elle juge ou a jugé, dans une autre instance fondée sur la présente partie, qu'une personne a contrevenu à l'article 50, donner des directives en vue d'enjoindre à cette personne de se départir des actions ou éléments d'actif acquis par suite de la contravention à cet article.

Cette disposition semble indiquer qu'une partie privée peut obtenir cette mesure corrective même si l'instance dans laquelle la Cour a conclu à l'existence d'une contravention à l'art. 50 a été engagée par l'ACCC ou une autre partie privée.

³³ Voir les par. 87(2) et 87(3) de la Loi.

³⁴ Rapport n° 68 de l'ALRC, *Compliance with the Trade Practices Act 1974* (1996).

³⁵ *Id.*, par. 5.7, 5.18 et 5.21.

Indépendamment de la question de savoir si les dispositions du par. 81(1) de la Loi touchant le dessaisissement sont invoquées par une partie privée ou par l'ACCC, la Cour est autorisée à inscrire une ordonnance par consentement exigeant le dessaisissement des éléments d'actif ou des actions. Voici le libellé du par. 81(3) :

[TRADUCTION]

(3) Lorsqu'une demande de directives fondée sur le paragraphe (1) ou une demande de jugement déclaratoire fondée sur le paragraphe (1A) a été présentée, que ce soit avant ou après l'entrée en vigueur du présent paragraphe, la Cour peut, si elle l'estime à propos, donner des directives ou rendre un jugement déclaratoire par consentement de toutes les parties à l'instance, qu'elle ait ou non formulé les conclusions mentionnées aux paragraphes (1) et (1A).

L'ordonnance par consentement peut être inscrite indépendamment de la question de savoir si la Cour s'est prononcée au sujet de la demande d'ordonnance de dessaisissement.

(3) Dommages-intérêts

En ce qui a trait aux dommages-intérêts, voici ce que l'art. 82 de la Loi prévoit :

[TRADUCTION]

(1) Quiconque subit un préjudice découlant d'une contravention à une disposition de la partie IV, IVB ou V peut recouvrer le montant du préjudice en intentant une action contre l'auteur de la contravention ou toute personne qui y a participé.

(2) L'action prévue au paragraphe (1) peut être intentée en tout temps dans les trois ans suivant la date de naissance de la cause d'action.

Les personnes ayant subi un préjudice par suite d'une contravention, notamment, aux dispositions de la partie V de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives peuvent obtenir des dommages-intérêts simples. L'action est toutefois assujettie à un délai de prescription de trois ans.

Selon certaines suggestions qui ont été formulées à l'ALRC, les demandeurs privés devraient pouvoir obtenir des dommages-intérêts punitifs ou multiples en plus des dommages-intérêts compensatoires. L'ALRC a rejeté cet argument en ces termes :

[TRADUCTION] Dans le document de travail 56, il est proposé de permettre aux parties privées d'obtenir des dommages-intérêts punitifs ou multiples afin

de les inciter à assurer elles-mêmes le respect de la Loi, ce qui diminuerait les frais associés aux litiges que l'organisme doit engager. Refusant de souscrire à cette suggestion, la commission a proposé que les requérants ne puissent obtenir de dommages-intérêts punitifs ou multiples dans les instances fondées sur la TPA. À quelques exceptions près, les commentaires écrits reçus à ce sujet étaient conformes à cette suggestion. Aucune indemnité au titre de dommages-intérêts punitifs ou multiples ne devrait pouvoir être obtenue par suite d'une contravention à la TPA pour les raisons suivantes :

- les parties demanderesses pourraient ainsi obtenir un avantage nettement supérieur à celui qui découlerait de l'effet dissuasif;
- ce type de mesure corrective peut inciter les parties demanderesses à tenter des actions futiles ou hypothétiques;
- l'indemnité ainsi obtenue demeurera peut-être inférieure au risque et aux frais inhérents au litige lorsque le montant du préjudice effectivement subi est peu élevé;
- l'octroi possible de cette indemnité dans des actions distinctes portant sur la même contravention pourrait donner lieu à l'imposition de peines multiples à l'égard du même acte illicite;
- il n'y a aucune raison d'imposer une sanction sous forme de dommages-intérêts exemplaires à une personne afin de dissuader d'autres personnes d'agir d'une façon particulière.

Bon nombre de ces préoccupations sont partagées par ceux qui s'opposent à l'octroi de dommages-intérêts triples en vertu des lois antitrust américaines [...] Les contraventions à la TPA ne devraient être punies que conformément aux dispositions pertinentes appliquées par des organismes publics responsables³⁶.

De l'avis de l'ALRC, l'imposition de sanctions à l'égard des contraventions à la Loi devrait relever exclusivement des organismes publics chargés d'appliquer celle-ci.

(4) Recours collectifs

En Australie, les recours collectifs sont ainsi définis :

[TRADUCTION] Les recours collectifs sont des procédures qui permettent à une personne d'intenter une action en justice au nom d'un certain nombre de personnes touchées par un problème commun. Grâce à ce mécanisme, les personnes lésées peuvent faire valoir leurs droits collectivement d'une façon équitable, efficiente et économique, et bon nombre des obstacles financiers

³⁶ *Id.*, par. 7.31

que la plupart des gens ordinaires doivent surmonter lorsqu'ils veulent faire valoir leurs droits sont ainsi éliminés; la procédure du recours collectif permet aux tribunaux de traiter plus efficacement les cas intéressant un nombre élevé de personnes et favorise une application plus judicieuse et plus fréquente des lois³⁷.

Les recours collectifs sont considérés comme une façon économique d'appliquer la loi de manière plus efficace.

Les parties privées peuvent exercer un recours collectif en vertu de la partie IVA de la *Federal Court Act*³⁸. Suivant cette partie, un recours collectif peut être exercé [TRADUCTION] « si au moins sept personnes formulent contre une même personne des allégations qui concernent toutes des circonstances similaires ou connexes et qui donnent lieu à au moins une question de droit ou de fait commune importante »³⁹. En ce qui a trait à la dernière exigence, il n'est pas nécessaire que le représentant et le groupe aient des réclamations identiques. Une similitude sous un rapport important entre les allégations suffit. Les recours collectifs sont jugés peu appropriés uniquement lorsque l'incompatibilité entre les allégations du représentant et du groupe mènerait à un conflit d'intérêts entre eux⁴⁰.

L'ALRC a souligné que la Cour fédérale ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si une organisation de consommateurs ou d'entreprises pourrait être autorisée à exercer un recours collectif au nom de ses membres. À cette fin, il serait nécessaire que l'organisation ait elle-même une réclamation afin d'avoir la qualité voulue pour exercer le recours collectif. Toutefois, de l'avis de l'ALRC, [TRADUCTION] « il y aurait avantage à permettre aux grandes organisations de consommateurs ou d'entreprises d'exercer un recours collectif fondé sur la partie IVA au nom de consommateurs ou d'entreprises lésés⁴¹.

³⁷ *Id.*, par. 5.15.

³⁸ *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth).

³⁹ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 5.19, où un extrait de l'al. 87(1A) de la *Federal Court Act* est cité.

⁴⁰ Voir *Tropical Shine Holdings Pty Ltd. V. Lake Gesture Pty Ltd. & Ors*, (1993) ATPR 41-283.

⁴¹ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 5.21.

(5) Jugements déclaratoires

Selon l'art. 163A de la Loi, les parties privées peuvent demander à la Cour fédérale de rendre un jugement déclaratoire concernant l'application ou la portée de la plupart des dispositions de la Loi, notamment celles de la partie IV touchant les pratiques commerciales restrictives, ainsi que la validité d'actes réels ou proposés qui seraient fondés sur la Loi. Un jugement déclaratoire est une ordonnance du tribunal qui fait autorité sur une question donnée. Il n'impose pas en soi à une partie l'obligation de verser des dommages-intérêts ou de réparer d'une autre façon le tort causé. Les parties privées peuvent également demander des mesures correctives extraordinaires sous forme d'ordonnances interdisant ou enjoignant à des organismes administratifs, par exemple, de prendre certaines mesures. Ces ordonnances doivent être rendues [TRADUCTION] « par au moins trois juges de la Cour »⁴².

3b) Mesures correctives dont dispose l'ACCC

Bien entendu, l'ACCC dispose d'un plus grand éventail de mesures correctives que les parties privées. Elle peut en effet tenter des poursuites en vue d'obtenir une injonction, une ordonnance de dessaisissement et des sanctions pécuniaires. Elle serait aussi autorisée à exercer des recours collectifs visant à obtenir des dommages-intérêts au nom des particuliers ou entreprises lésés par suite d'une contravention à la partie IV de la Loi. De plus, elle est habilitée à prendre des mesures administratives pour assurer le respect de la Loi, notamment en exigeant des engagements exécutoires des parties avec lesquelles elle négocie des règlements à l'amiable.

(1) et (2) Injonctions civiles et ordonnances de dessaisissement

Le pouvoir de l'ACCC de demander des injonctions et des ordonnances de dessaisissement est régi par les mêmes dispositions de la Loi que celles qui concernent les parties privées. Cependant, les pouvoirs de l'organisme sont évidemment plus larges. Contrairement aux parties privées, l'ACCC peut en effet demander toute forme d'injonction contre des fusionnements et des acquisitions étrangères sans être restreinte par les dispositions des par. 80(1A) et 80(1AAA) de la Loi. De plus, lorsqu'elle cherche à obtenir une injonction provisoire pour empêcher une partie de contrevenir à la Loi, elle n'est pas tenue de donner d'engagements garantissant le paiement des dommages-intérêts⁴³.

⁴² Par. 163A(4).

⁴³ Voici le texte des par. 80(6) et 80(6A) de la Loi :

Dans son rapport de 1996, l'ALRC a souligné que la TPC était préoccupée par la réticence apparente de la Cour à accorder une injonction ayant une portée étendue. À son avis, [TRADUCTION] « si l'entreprise visée par une injonction oeuvre à l'échelle nationale, l'injonction devrait s'appliquer dans l'ensemble du pays, que la conduite qui constitue une contravention se soit limitée ou non à un État »⁴⁴. Tout en disant comprendre cette préoccupation, l'ALRC a refusé de recommander que la Loi soit modifiée à cet égard. Elle était disposée, tout au plus, à [TRADUCTION] « encourager les juges à examiner sous un angle plus général les objets de l'injonction et, dans les cas pertinents, à accorder une injonction dont les conditions sont suffisamment larges pour répondre aux préoccupations soulevées par la TPC, pourvu que la partie intimée soit clairement informée de la conduite interdite »⁴⁵.

Dans les cas de fusionnement et d'acquisition, seule l'ACCC peut demander à la Cour de rendre une ordonnance stipulant que [TRADUCTION] « l'acquisition est inopérante à compter de la date à laquelle elle a eu lieu, en ce qui a trait aux actions ou éléments d'actif [transférés à l'acquéreur] »⁴⁶. Dans le cas des acquisitions étrangères assujetties à la compétence du Tribunal de la concurrence en vertu de l'art. 50A de la Loi, seul le ministre ou l'ACCC peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance enjoignant à l'acquéreur de se défaire de ses actions ou de ses éléments d'actif de façon qu'il ne puisse poursuivre ses activités sur le marché tant que le jugement déclaratoire du tribunal demeurera en vigueur⁴⁷.

(6) Lorsque le ministre ou la commission présente une demande d'injonction à la Cour en application du présent article, la Cour ne peut obliger la partie requérante ou une autre personne à remettre un engagement garantissant le paiement des dommages-intérêts comme condition d'octroi de l'injonction.

(6A) Le paragraphe (6) ne s'applique pas à la demande d'injonction du ministre relativement à la partie IV.

Il convient de souligner que le par. (6A) empêche uniquement le ministre, et non l'ACCC, de bénéficier de l'exemption prévue au par. (6) lorsqu'il demande une injonction provisoire en vertu des dispositions de la partie V de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives.

⁴⁴ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 8.10.

⁴⁵ *Ibid.* Plus loin dans son rapport, l'ALRC a recommandé que [TRADUCTION] « l'article 80 de la TPA soit modifié de façon à indiquer clairement qu'une réévaluation ou une révision des mesures de contrôle interne d'une entreprise peut être exigée comme condition de l'injonction ». *Id.*, par. 8.11.

⁴⁶ Voir le par. 81(1A) de la Loi. Cependant, selon le par. 81(1C), la Cour peut accepter un document par lequel l'acquéreur s'engage à se départir des actions ou des éléments d'actif suivant les conditions que la Cour estime à propos.

⁴⁷ Voir les par. 81(1B) et 50A(6) de la Loi. Avant de publier son rapport n° 68, *supra*, note 30, l'ALRC a demandé des commentaires sur la question de savoir s'il y avait lieu de permettre l'obtention d'ordonnances de dessaisissement dans des cas autres que le fusionnement ou l'acquisition. Dans presque tous les commentaires écrits reçus à ce sujet, la réponse à cette question a été négative et l'ALRC a refusé de formuler quelque recommandation que

(3) et (4) Dommages-intérêts et recours collectifs

À première vue, il est peu probable que l'ACCC ait la qualité voulue pour demander des dommages-intérêts au nom des consommateurs ou des entreprises. Pour exercer le recours en dommages-intérêts prévu à l'art. 82 de la Loi, la partie demanderesse doit avoir subi un préjudice par suite d'une contravention à une disposition de la partie IV, IVB ou V de la Loi. Par conséquent, l'ACCC n'aurait pas qualité.

Dans certains cas⁴⁸, le par. 87(1B) de la Loi permet à l'ACCC d'intenter une action en dommages-intérêts sous forme de recours collectif au nom de ceux qui ont subi ou subiront vraisemblablement un préjudice par suite de contraventions à certaines parties de la Loi. Cependant, les contraventions en question ne comprennent pas les contraventions aux dispositions de la partie IV de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives⁴⁹.

Malgré ces obstacles, il se peut que l'ACCC puisse malgré tout exercer un recours collectif à l'égard d'une contravention aux dispositions touchant les pratiques commerciales restrictives. Bien que cette question ne soit pas claire, la partie IVA de la *Federal Court Act* permet apparemment à l'ACCC d'exercer un recours collectif à l'égard de toute contravention à la Loi. Voici les commentaires que l'ALRC a formulés à ce sujet :

[TRADUCTION] Dans le document de travail 56, la Commission a demandé des commentaires sur la question de savoir s'il y a lieu de modifier la partie IVA de la *Federal Court Act* afin d'indiquer clairement que la TPC peut exercer un recours collectif à l'égard d'une contravention à toute disposition de la TPA. [...] Une question fondamentale à cet égard est celle de savoir si la TPC a une « réclamation » au sens de la partie IVA qui lui permettrait d'exercer un recours collectif. [...] La Commission estime qu'il y a lieu d'indiquer plus clairement si la TPC peut exercer un recours collectif sous le régime de la partie IVA de la *Federal Court Act*. Elle **recommande** que la TPA soit modifiée de façon à habiliter la TPC à exercer un recours collectif sous le régime de la partie IVA de la *Federal Court Act* au nom des personnes

ce soit sur la question. *Id.*, par. 8.8.

⁴⁸ L'ACCC ou le ministre doit avoir d'abord intenté des poursuites fondées sur l'art. 79 de la Loi ou demandé une injonction en vertu de l'art. 80 de la Loi.

⁴⁹ Selon le par. 87(1B) de la Loi, les recours collectifs se limitent aux contraventions aux parties IVA, IVB ou V de la Loi.

qui ont subi un préjudice par suite d'une contravention à la TPA, qu'elle ait ou non une réclamation de son propre chef...⁵⁰.

L'ALRC a reconnu que, s'il est jugé que la TPC a une « réclamation » au sens de la partie IVA de la *Federal Court Act*, il se peut qu'elle ait la qualité voulue pour exercer un recours collectif devant la Cour. Elle a proposé que la Loi soit modifiée de façon à indiquer clairement que la TPC est habilitée, en vertu de la *Federal Court Act*, à exercer un recours collectif à l'égard d'une contravention à toute disposition de la *Trade Practices Act*.

Cette proposition était compatible avec le document de travail qui a précédé le rapport de l'ALRC sur la conformité à la *Trade Practices Act*. Dans ce document de travail, l'ALRC a proposé que le par. 87(1B) soit abrogé et remplacé par une disposition autorisant la TPC à exercer un recours collectif à l'égard des contraventions à toute partie de la Loi sous le régime de la partie IVA de la *Federal Court Act*. Cette suggestion n'a pas été acceptée d'emblée, la TPC elle-même ayant soutenu qu'en raison de facteurs liés aux coûts et à l'efficacité, elle préférerait conserver le par. 87(1B) sous une forme modifiée.

Par la suite, l'ALRC a formulé la recommandation suivante :

[TRADUCTION]

La commission **recommande** que le par. 87(1B) de la TPA soit modifié de façon

- à éliminer la restriction selon laquelle un recours collectif ne peut être exercé que lorsque la TPC a intenté des poursuites fondées sur l'art. 79 ou déposé une demande d'injonction sous le régime de l'art. 80;
- à permettre qu'un recours collectif puisse être exercé par suite d'une contravention à toute disposition de la TPA à l'égard de laquelle la TPC exerce des fonctions liées à la conformité »⁵¹.

Suivant cette recommandation, l'ACCC serait expressément habilitée à exercer un recours collectif au nom de toutes les personnes ayant subi un préjudice par suite d'une contravention à toute disposition de la Loi. La recommandation visait également à éliminer l'obligation pour l'ACCC d'intenter des poursuites ou de déposer une demande d'injonction en vertu de la Loi avant de pouvoir exercer un recours collectif⁵².

⁵⁰ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 5.20 et 5.21 (souligné dans l'original).

⁵¹ *Id.*, par. 5.18 (souligné dans l'original).

⁵² Toutefois, il convient de souligner que la condition énoncée à l'ancien par. 87(1B), selon lequel l'ACCC était tenue d'obtenir le consentement écrit des personnes qu'elle représentait avant de déposer son recours collectif, a été conservée dans la modification proposée. *Id.*, par. 5.17.

Lorsque le présent document a été rédigé, cette modification n'avait pas encore été proposée; toutefois, l'ACCC a récemment engagé et mené à terme devant la Cour fédérale une action qui possède toutes les caractéristiques d'une action visant à représenter les petites entreprises lésées par suite d'une contravention aux dispositions de la partie IV de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives.

Le 22 mai 1998, l'ACCC a intenté une action dans laquelle elle a allégué des contraventions aux dispositions de la Loi concernant le boycottage. Dans sa demande, l'ACCC cherchait à obtenir une injonction, un jugement déclaratoire au sujet des contraventions ainsi que des conclusions de fait qui permettraient aux entreprises ayant subi un préjudice de demander une indemnité⁵³. Des injonctions provisoires ont été prononcées et renouvelées à l'occasion en réponse à la demande de l'ACCC. Le 3 septembre 1998, l'ACCC a réglé l'affaire. Le règlement prévoyait la constitution d'un fonds d'indemnisation pouvant atteindre 7 500 000 \$ afin de dédommager les petites entreprises lésées par la contravention⁵⁴.

Le 8 octobre 1998, le président de l'ACCC, le professeur Allan Fels, a annoncé qu'un fonds d'affectation spéciale avait été constitué. Voici comment il s'est exprimé :

[TRADUCTION] La mise sur pied du fonds d'affectation spéciale aujourd'hui est une excellente nouvelle pour les petites entreprises qui ont subi un préjudice au cours du récent litige relatif au secteur riverain. Tout au long de ce litige, l'ACCC était bien décidée à protéger les intérêts de ces petites entreprises sans toutefois se ranger du côté d'une partie ou d'une autre dans le différend général...⁵⁵.

Ce règlement est probablement semblable à celui que l'ACCC aurait conclu dans le cadre du recours collectif exercé au nom des petites entreprises lésées. Le professeur Fels a mentionné que cette similitude n'était pas accidentelle et que le règlement découlait effectivement de la volonté de l'ACCC de protéger les intérêts des petites entreprises en cause.

⁵³ Communiqué de presse de l'ACCC en date du 22 mai 1998.

⁵⁴ Communiqué de presse de l'ACCC en date du 3 septembre 1998.

⁵⁵ Communiqué de presse de l'ACCC en date du 8 octobre 1998.

(5) Sanctions pécuniaires

Les personnes et les entreprises qui violent les dispositions de la partie V de la Loi touchant la protection du consommateur sont passibles de poursuites criminelles; cependant, selon l'art. 78 de la Loi, aucune poursuite criminelle ne peut être intentée contre ceux qui contreviennent aux dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives de la partie V de la Loi⁵⁶. L'ACCC est plutôt habilitée à intenter une action civile en recouvrement des sanctions pécuniaires. L'art. 77 de la Loi est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

77. Action civile en recouvrement d'une peine pécuniaire

(1) La commission peut engager devant la Cour une action visant à recouvrer au nom du Commonwealth une peine pécuniaire mentionnée à l'article 76.

(2) L'action visée au paragraphe (1) peut être engagée dans les six ans suivant la contravention.

L'ACCC doit agir dans un délai de six ans. Selon l'art. 76 de la Loi, elle peut recouvrer des entreprises défenderesses une somme pouvant atteindre 10 000 000 \$ pour chaque contravention; dans le cas des particuliers, ce montant s'établit à 500 000 \$ par contravention⁵⁷.

La Loi actuellement en vigueur permet à l'ACCC de recouvrer uniquement une peine pécuniaire. Toutefois, l'ALRC a recommandé qu'il puisse y avoir aussi recouvrement de sanctions civiles non pécuniaires, notamment des ordonnances de services communautaires, des ordonnances

⁵⁶ Voici l'extrait pertinent de l'art. 78 de la Loi :

[TRADUCTION]

78. Aucune poursuite criminelle ne peut être engagée contre une personne pour le simple motif que celle-ci

a) a contrevenu à une disposition de la partie IV; ...

Les autres dispositions de l'art. 78 indiquent clairement que ceux qui participent d'une façon ou d'une autre à une contravention à la partie IV bénéficient également d'une immunité contre des poursuites criminelles.

⁵⁷ D'après certains commentaires reçus par l'ALRC, ces peines maximales qui avaient été fixées en décembre 1992 étaient trop élevées. L'ALRC a rejeté ces commentaires, étant donné que les peines doivent s'appliquer [TRADUCTION] « aux contraventions les plus graves à toute disposition de la partie IV ». Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 10.44. Toutefois, l'ALRC a recommandé que d'autres facteurs soient pris en compte, en plus de ceux qui sont mentionnés à l'art. 76, pour déterminer la peine à imposer, notamment le bénéfice tiré de la contravention, la poursuite de l'activité interdite après la notification de l'ACCC et l'adoption de mesures de conformité suffisantes par la partie défenderesse. *Id.*, par. 10.38.

de publication relatives aux contraventions et même une forme de probation appelée ordonnance de surveillance à l'endroit des entreprises⁵⁸.

(6) Ordonnances interdisant à des particuliers de gérer des personnes morales

À l'heure actuelle, la Loi ne prévoit pas la délivrance d'ordonnances interdisant à certaines personnes de gérer des entreprises. Toutefois, selon l'ALRC, il s'agit là d'[TRADUCTION] « une des meilleures façons, sinon la meilleure, d'empêcher d'autres contraventions à la TPA »⁵⁹. Voici comment elle s'est exprimée :

[TRADUCTION] L'interdiction représentera sans aucun doute une sanction pour la personne concernée, mais la principale considération justifiant une ordonnance d'interdiction devrait être la question de savoir si cette mesure est susceptible d'empêcher d'autres contraventions à la TPA.[...] La Commission reconnaît que pareille interdiction n'empêchera pas une personne d'exploiter une entreprise seule ou comme membre d'une société de personnes, des limites constitutionnelles empêchant le Commonwealth d'interdire un plus large éventail d'activités. [En vertu de l'al. 51(xx) de la Constitution australienne, le Commonwealth peut édicter des lois concernant les personnes morales seulement.] [...] La Commission *recommande* que l'art. 230 de la *Corporations Law* soit modifié de façon à permettre à la Cour fédérale, à la demande de la TPC, d'interdire à une personne reconnue coupable d'une contravention à la TPA dans des poursuites criminelles ou civiles de gérer une personne morale pendant la période précisée dans l'ordonnance⁶⁰.

L'ALRC a recommandé que la Cour fédérale soit habilitée à prononcer des ordonnances d'interdiction contre des personnes reconnues coupables d'une contravention à la TPA dans des poursuites criminelles ou civiles fondées sur la Loi.

(7) Application administrative

Les pouvoirs de l'ACCC d'assurer le respect de la Loi par des mesures administratives ont été décrits en ces termes :

⁵⁸ *Id.*, par. 10.35. À l'heure actuelle, des ordonnances de publication relatives aux contraventions ne peuvent être obtenues qu'à l'égard des contraventions aux parties IVB et V de la Loi. Voir l'art. 80A de la Loi.

⁵⁹ *Id.*, par. 8.14.

⁶⁰ *Ibid.*

[TRADUCTION] La TPC [aujourd'hui l'ACCC] est habilitée à mener une enquête sur les plaintes et sur les allégations de contravention à la TPA et à prendre les mesures administratives nécessaires ou encore à engager une action en justice. Les mécanismes administratifs dont la TPC dispose varient du simple règlement, dans le cadre duquel la commission informe les parties de leurs droits et obligations aux termes de la TPA, aux engagements formels selon l'art. 87B de la TPA, exécutoires devant les tribunaux. Les décisions administratives de la TPC sont susceptibles de révision par la Cour fédérale en vertu de la TPA ou encore de la *Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977* (Cth). La TPC est également habilitée à accorder et à révoquer des autorisations et des notifications. L'exercice de ces pouvoirs est assujéti à l'examen du Trade Practices Tribunal⁶¹.

Une allégation de contravention à la Loi peut être tranchée dans le cadre de négociations avec les parties visées par l'allégation; dans certains cas, les négociations peuvent mener à la signature d'engagements formels en vertu de l'art. 87B de la Loi, dont la Cour fédérale peut ordonner l'exécution⁶².

Selon une ligne directrice que la TPC a publiée avant d'être absorbée dans la nouvelle ACCC⁶³, les engagements fondés sur l'art. 87B ne sont utilisés que lorsque la preuve permet d'établir une contravention à la TPA. Selon l'ALRC, [TRADUCTION] « les engagements et les rapports connexes seront consignés dans un registre public, sauf s'il existe des raisons péremptoires de

⁶¹ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 11.3

⁶² Les autorisations et les notifications seront commentées plus loin dans la présente étude. En ce qui a trait aux engagements, voici l'extrait pertinent de l'art. 87B de la Loi :

[TRADUCTION]

87B Exécution des engagements

(1) La commission peut accepter un engagement écrit qu'une personne donne aux fins du présent article au sujet d'une question visée par les pouvoirs ou fonctions qui lui sont dévolus en vertu de la présente Loi. [...]

(3) Si la commission estime que l'auteur de l'engagement a omis de se conformer à une condition de celui-ci, elle pourra demander à la Cour une ordonnance en vertu du paragraphe (4)...

En vertu du par. 87B(4), la Cour fédérale peut rendre une ordonnance exigeant la conformité, le remboursement de tout avantage financier attribuable à la contravention ou le paiement d'une indemnité aux parties lésées par la contravention ainsi que toute autre ordonnance qu'elle estime à propos.

⁶³ *Guideline on administrative resolution* TPC Canberra 1993.

considérer ces documents, en tout ou en partie, comme des documents confidentiels. La TPC a accepté plus de 20 engagements fondés sur l'art. 87B »⁶⁴.

L'ALRC a recommandé que les parties poursuivies devant le tribunal pour cause de manquement à leur engagement soient tenues de déposer un cautionnement, qui pourrait être confisqué si elles étaient ramenées devant le tribunal en raison d'un autre manquement⁶⁵. Toutefois, jusqu'à maintenant, cette recommandation n'a pas été mise en oeuvre.

L'ALRC a également reçu des observations sur la question de savoir si la TPC devrait être habilitée à rendre des ordonnances administratives de cesser et de s'abstenir. Voici comment l'ALRC s'est exprimée à ce sujet :

[TRADUCTION] De façon générale, une ordonnance de cesser et de s'abstenir serait une injonction administrative formelle enjoignant à une partie de mettre fin à une conduite allant à l'encontre de la TPA. Si l'ordonnance n'est pas respectée, la Cour fédérale pourrait imposer une sanction. Une indemnité pourrait être exigée si la contravention à l'ordonnance a entraîné un préjudice. Le pouvoir de rendre des ordonnances de cette nature devrait être exercé conformément aux principes de justice naturelle et serait assujéti au contrôle administratif et judiciaire⁶⁶.

Même si la TPC considérait ce pouvoir comme un instrument d'exécution utile, l'ALRC a refusé d'en recommander l'adoption, en raison des obstacles constitutionnels inhérents à la désignation de ce pouvoir comme pouvoir non judiciaire, l'ALRC estimant par ailleurs que la TPC avait déjà accès à plusieurs autres mécanismes d'application efficaces⁶⁷.

3c) Mesures correctives provisoires

Comme nous l'avons indiqué précédemment, tant les parties privées que l'ACCC peuvent demander une injonction provisoire dans des actions fondées, notamment, sur la partie IV de la Loi⁶⁸.

⁶⁴ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 11.5. D'après des données plus récentes obtenues de l'ACCC, ce nombre est beaucoup plus élevé aujourd'hui. Au cours des dernières années, l'ACCC a en effet demandé beaucoup plus souvent des engagements fondés sur l'art. 87B.

⁶⁵ *Id.*, par. 11.9.

⁶⁶ *Id.*, par. 11.12.

⁶⁷ *Id.*, par. 11.14 et 11.15.

⁶⁸ Voir le texte correspondant aux notes 28 à 30, *supra*.

Un bref examen des relevés de la base de données des décisions fédérales⁶⁹ indique que l'injonction provisoire est souvent demandée dans les affaires concernant une pratique commerciale restrictive.

3d) Octroi de dommages-intérêts

Les parties privées ont la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la Loi. Peu de données existent toutefois sur la fréquence à laquelle cette mesure corrective est accordée. Il est vrai que, récemment, l'ACCC a réussi à obtenir, dans le cadre d'un règlement, la constitution d'un fonds de 7 500 000 \$ devant servir à dédommager les petites entreprises lésées par suite de contraventions aux dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives⁷⁰. Cependant, selon l'étude Brunt, la perspective d'obtenir une indemnité sous forme de dommages-intérêts n'est pas considérée, en Australie, comme un facteur aussi important que l'injonction comme motif incitant les parties demanderessees à déposer des actions privées sous le régime de la Loi⁷¹.

3e) Dépens adjugés dans les actions privées

L'ACCC et les parties privées dans les instances engagées sous le régime de la Loi peuvent être condamnées à payer les dépens de la partie qui a gain de cause. La pratique consistant à adjuger les dépens contre la partie perdante est appelée règle des dépens compensatoires. Selon un récent rapport de l'ALRC :

[TRADUCTION] La règle des dépens compensatoires représente également la règle de base en ce qui a trait à l'adjudication des dépens en matière civile au Royaume-Uni, au Canada, au Japon et dans la plupart des pays européens. La principale exception est les États-Unis, où chaque partie doit généralement payer ses propres dépens, sauf si le litige est futile ou constitue une procédure abusive [...] Le pouvoir discrétionnaire d'ordonner à une partie déboutée de payer les dépens de la partie gagnante est né dans le cadre de l'exercice de la compétence en matière d'*equity*, apparemment en réponse à la nécessité d'éviter qu'une personne subisse un préjudice après avoir fait valoir ou défendu ses droits. [...] Les raisons les plus fréquemment invoquées au soutien de la règle sont les suivantes :

- elle permet de dédommager ceux qui ont gain de cause d'une partie des frais qu'ils engagent dans le litige;

⁶⁹ Voir le site Internet à l'adresse suivante : <http://law.agps.gov.au/>.

⁷⁰ Voir le texte correspondant aux notes 53 et 54, *supra*.

⁷¹ Voir le texte correspondant aux notes 24 et 25, *supra*.

- elle permet aux personnes sans ressources d'intenter des poursuites ou de se défendre dans un litige;
- elle dissuade les parties de formuler des réclamations ou défenses futiles, abusives ou dénuées de fondement;
- elle favorise le règlement des différends en majorant le montant en jeu dans le litige;
- elle dissuade les parties de faire preuve de lenteur ou de négligence en obligeant la partie responsable à payer les frais que son adversaire engage par suite de ce comportement⁷².

Ce sont d'abord les tribunaux compétents en matière d'*equity* qui ont adopté la règle du remboursement des dépens. Les principales raisons invoquées à cette fin étaient l'intention de réduire au minimum les pertes qu'une partie subit pour faire valoir ou défendre ses droits, dissuader les parties de formuler des réclamations ou défenses futiles ou abusives⁷³, favoriser le règlement du différend et diminuer les risques de retard ou de négligence au cours de l'instance.

Cependant, l'application de la règle des dépens compensatoires ne permet pas à la partie ayant gain de cause de recouvrer tous les frais qu'elle engage réellement. Selon l'ALRC, [TRADUCTION] « le montant pouvant être réclamé dans une demande d'ordonnance portant remboursement des dépens n'atteindra peut-être que 40 % des frais effectivement engagés »⁷⁴. Cette situation s'explique par deux principales raisons. D'abord, les frais d'enquête ne peuvent être recouverts⁷⁵. En second lieu, les tribunaux, même la Cour fédérale, ont adopté des barèmes détaillés établissant les montants maximaux qui peuvent être recouverts à titre d'honoraires et de débours dans le cadre d'une demande de dépens. Habituellement, ces montants sont bien inférieurs à ceux que paie effectivement la partie.

⁷² Rapport n° 75 de l'ALRC, *Costs Shifting - Who Pays for Litigation?* (1995), par. 4.3 à 4.5.

⁷³ Voir, toutefois, le rapport n° 75 de l'ALRC, *supra*, note 72, où la Commission estime que [TRADUCTION] « le risque pour une partie d'être condamnée à payer les frais ne permet pas vraiment de filtrer les réclamations et défenses futiles, abusives ou dénuées de fondement. Pour obtenir l'effet de dissuasion recherché, il est préférable d'adopter des mesures de gestion des instances et d'autres mesures de contrôle visant à déceler et à traiter les réclamations et défenses de cette nature au début de l'instance ». *Id.*, par. 4.13.

⁷⁴ Publication n° 20 concernant les enquêtes de l'ALRC, *The Cost of Federal Civil Litigation* (1997), par. 12.35.

⁷⁵ Voir la Federal Court Order 62 (ordonnance 62 de la Cour fédérale), règle 19.

Ainsi, le barème de la Cour fédérale⁷⁶ permet aux avocats de recouvrer seulement des honoraires allant de 120 \$ à 177 \$ l'heure, selon que la prestation des services de l'avocat a eu lieu dans le bureau de celui-ci ou devant le tribunal⁷⁷. Le montant accordé dans le cas des témoins experts varie de 104 \$ à 518 \$ par jour⁷⁸. Selon la règle 12 de l'Ordonnance 62 de la Cour, [TRADUCTION] « aucun montant supérieur ne peut être accordé au titre des honoraires, sauf s'il en est prévu autrement dans la présente ordonnance »⁷⁹. Il est donc évident que les taux permis sont sensiblement inférieurs aux montants qui seraient effectivement payés dans une affaire de concurrence complexe sous le régime de la partie IV de la Loi.

De plus, l'Ordonnance 62 renferme des dispositions qui ont pour effet d'abaisser le montant des dépens ou de retirer aux parties ayant eu gain de cause le droit de les réclamer. La décision d'adjudger les dépens est parfois discrétionnaire et, dans certains cas, les dépens pourront ou non être adjudgés selon, par exemple, les honoraires et les frais déjà accordés, l'importance de l'affaire ainsi que le déroulement et le coût du litige⁸⁰. La Cour peut ordonner le non-paiement des frais [TRADUCTION] « qui ont été engagés de façon peu appropriée, déraisonnable ou négligente »⁸¹ et même le paiement direct aux autres parties des frais qu'elles ont engagés par suite de ce comportement⁸². Lorsque les parties qui réclament des dommages-intérêts obtiennent un montant inférieur à 100 000 \$ à ce titre dans le jugement, le montant qu'elles peuvent obtenir au titre des dépens est réduit du tiers⁸³. La Cour a également la possibilité de fixer un plafond à l'égard des frais pouvant être adjudgés en prononçant une ordonnance précisant [TRADUCTION] « les dépens maximaux entre parties susceptibles d'être recouverts »⁸⁴.

⁷⁶ Annexe 2, mise en oeuvre conformément à l'Ordonnance 62, règle 12 des Règles de la Cour fédérale.

⁷⁷ *Id.*, points 35 et 36.

⁷⁸ *Id.*, point 44.

⁷⁹ Ordonnance 62, règle 12(1).

⁸⁰ *Id.*, règle 22.

⁸¹ *Id.*, règle 36(1).

⁸² *Id.*, règle 36(2).

⁸³ *Id.*, règle 36A.

⁸⁴ Ordonnance 62A, règle 1. Toutefois, selon la règle 2 de l'Ordonnance, les frais imputables à un retard ou à la négligence de la partie condamnée à payer peuvent être recouverts en plus du total des dépens adjudgés par la Cour.

Il y a d'autres cas dans lesquels il peut y avoir réduction des dépens. Ainsi,

[TRADUCTION] [D]'autres ordonnances peuvent être rendues dans les cas suivants :

- lorsque la réclamation d'une partie n'est que partiellement accueillie, auquel cas il peut être raisonnable que la partie ayant eu gain de cause paie les dépens correspondant à la partie du litige qu'elle a perdue : *Forster v. Farquhar* (1893) 1 QB 564; *Hughes v. Western Australia Cricket Assoc (Inc) & Ors* (1986) ATPR 40-748;

- lorsque les frais de l'affaire ont augmenté considérablement en raison de l'examen d'une question au sujet de laquelle les arguments de la partie gagnante n'ont pas été retenus, auquel cas celle-ci peut être non seulement privée des frais liés à cette question, mais également condamnée à payer les frais de l'autre partie à cet égard : *Cretazzo v. Lombardi* (1975) 13 SASR 4;

- lorsque la partie qui a eu gain de cause a engagé, poursuivi ou encouragé inutilement ou sans raison valable le litige ou a agi de façon répréhensible : *Ritter v. Godfrey* (1920), 2KB 47; *Donald Campbell & Co. v. Pollak* [1027] AC 732; *Hughes v. Western Australia Cricket Assoc (Inc) & Ors* (1986) ATPR 40-749⁸⁵.

Ainsi, la partie qui n'a pas gain de cause sur toutes les réclamations ou questions en litige ou qui encourage inutilement la poursuite de celui-ci peut se voir adjuger des dépens considérablement réduits.

L'ALRC a recommandé les règles suivantes à l'égard de l'adjudication des dépens en matière civile :

Dans les instances civiles, les dépens suivent l'issue de la cause [c.-à-d. que des dépens compensatoires sont adjugés]

- je paie mes frais et vos frais raisonnables si je perds;
- vous payez vos frais et mes frais raisonnables si je gagne.

- Toutefois, une autre ordonnance pourra être rendue quant au paiement des frais ou au montant des frais pouvant être recouverts dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- le litige est une affaire touchant l'intérêt public;
- l'un de nous est incapable de présenter sa cause en bonne et due forme ou de négocier un règlement équitable.

⁸⁵ Rapport n° 75 de l'ALRC, *supra*, note 72, à la note 5 du rapport.

- Nonobstant toute autre ordonnance quant aux dépens,
 - je paierai tous les frais engagés par l'autre partie par suite des réclamations ou défenses non fondées de ma part ou de l'utilisation abusive que je fais des procédures du tribunal;
 - je pourrai recouvrer les frais que j'engage par suite des réclamations ou défenses non fondées de l'autre partie ou de l'utilisation abusive par celle-ci des procédures du tribunal;
 - la capacité de chacun de nous de recouvrer des frais de l'autre (le cas échéant) peut être restreinte par l'imposition de plafonds et de règles concernant les règlements à l'amiable.

La principale différence entre cette recommandation et les Règles actuellement en vigueur à la Cour fédérale semble résider dans la possibilité de recouvrer des [TRADUCTION] « frais raisonnables » plutôt que les frais nettement inférieurs actuellement prévus dans le barème de la Cour.

3f) Comparaison avec les dépens adjugés dans les actions publiques

L'ACCC est assujettie à la même règle que les parties privées quant au caractère compensatoire des dépens. En fait, la TPC (le prédécesseur de l'ACCC) a déjà été condamnée à rembourser plus de 4 500 000 \$ à titre de dépens après avoir été déboutée dans une action engagée sous le régime de la partie IV de la Loi dans laquelle elle avait demandé une injonction ainsi que des sanctions pécuniaires⁸⁶.

IV. Le rôle de l'ACCC dans les actions privées

Comme nous l'avons vu, il y a lieu de penser que l'ACCC est habilitée à exercer un recours collectif au nom des consommateurs ou entreprises lésés par suite d'une contravention aux dispositions de la partie IV de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives; d'ailleurs, elle a déjà demandé au moins un règlement à l'amiable dans le cadre d'un recours de cette nature. De plus, l'ACCC a le droit d'intervenir dans les actions privées, bien qu'elle n'ait guère fait usage de ce droit jusqu'à maintenant. Ce droit pourrait mener à la prise en charge de l'action privée par l'ACCC dans des cas appropriés. Par ailleurs, l'ACCC a le pouvoir d'accorder l'immunité contre des poursuites judiciaires, y compris les actions privées, en vertu des dispositions de la Loi qui concernent la notification et l'autorisation.

⁸⁶ Voir le texte correspondant aux notes 91 et 92, *infra*. Cependant, l'ALRC a recommandé que l'ACCC puisse recouvrer ses frais d'enquête. Voir le rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34. Jusqu'à maintenant, cette recommandation n'a pas été mise en oeuvre.

Il arrive souvent que des parties privées tentent d'inciter l'ACCC à tenter une action dans des affaires liées à la concurrence qui les touchent plutôt que d'utiliser leurs propres ressources pour engager et poursuivre des instances fondées sur la partie IV de la Loi, dont le coût est élevé. Pour décider si elle agira ou non en ce sens dans un cas donné, l'ACCC tient compte de certains facteurs politiques et économiques ainsi que de ses propres priorités en matière d'application.

L'ACCC n'est pas disposée à communiquer aux parties privées les renseignements et les éléments de preuve qu'elle obtient dans le cadre de ses enquêtes. Les renseignements dont la communication est souhaitée doivent faire l'objet d'une assignation ou d'une demande d'accès à l'information. Cependant, l'ALRC a recommandé que ces éléments de preuve soient mis à la disposition des parties privées qui sont appelées à intervenir dans des actions engagées de bonne foi sous le régime de la partie IV de la Loi.

4a) Pouvoir d'exercer un recours collectif

Ainsi que nous l'avons indiqué à la partie 3b) de la présente étude, il se pourrait que l'ACCC soit déjà habilitée, en vertu de la partie IVA de la *Federal Court Act*, à exercer un recours collectif en vue d'obtenir, notamment, des dommages-intérêts au nom des consommateurs et entreprises lésés par suite d'une contravention aux dispositions de la Loi. Cependant, certains doutes persistent à ce sujet, car il n'est pas certain que l'ACCC aurait « une réclamation » au sens de la partie IVA de la *Federal Court Act*, lui donnant la qualité nécessaire pour exercer un recours de cette nature. Cette question n'a pas encore été examinée par la Cour⁸⁷.

À l'heure actuelle, la balance semble pencher en faveur de l'ACCC. L'ALRC a recommandé que le par. 87(1B) de la *Trade Practices Act* et la partie IVA de la *Federal Court Act* soient modifiés de façon à indiquer clairement que l'ACCC peut exercer un recours collectif sous le régime de l'une ou l'autre de ces lois par suite d'une contravention aux dispositions de la partie IV de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives. De plus, l'ACCC a obtenu, voilà moins de six mois, un règlement dans une action qui s'apparentait fortement à un recours collectif, alors qu'elle agissait comme représentant *de facto* des petites entreprises lésées par une activité allant à l'encontre de certaines dispositions de la partie IV de la Loi⁸⁸.

⁸⁷ Voir le texte correspondant aux notes 49 et 50, *supra*.

⁸⁸ Voir *ibid.*

4b) Droit d'intervention dans une action privée

L'ACCC a le droit d'intervenir dans la plupart des actions privées concernant les dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives de la partie IV de la Loi. Curieusement, ce droit est énoncé à l'art.163A de la Loi, qui porte sur la compétence de la Cour fédérale de prononcer des jugements déclaratoires concernant l'application ou la portée de la plupart des dispositions de la Loi. Voici l'extrait pertinent du par. 163A(3) :

[TRADUCTION]

(3) La commission n'est pas habilitée à engager des poursuites devant la Cour sous le régime du présent article, mais elle peut intervenir dans une instance engagée devant la Cour ou devant tout autre tribunal, notamment une instance

a) qui concerne une question découlant de la partie IV, sauf une question visée à l'article 48; ...

Selon cette disposition, l'ACCC peut intervenir dans toutes les instances engagées par une autre personne au sujet d'une pratique commerciale restrictive visée par la partie IV de la Loi, sauf dans les actions portant sur le maintien des prix de revente en vertu de l'art. 48.

Ce droit d'intervention ne se limite pas aux demandes de jugement déclaratoire proprement dites. L'alinéa 163A(3)b) autorise expressément l'ACCC à intervenir dans une demande de jugement déclaratoire formulée dans une instance. Il énonce que l'ACCC peut intervenir dans toute instance [TRADUCTION] « au cours de laquelle une partie demande un jugement déclaratoire du type mentionné à l'alinéa 1a) ou aa) ». Le jugement déclaratoire mentionné dans ce dernier alinéa peut concerner, notamment, l'application ou les effets de la plupart des dispositions de la Loi, y compris celles de la partie IV.

Par conséquent, il faut présumer que l'al.163A(3)a) accorde à l'ACCC le droit d'intervenir dans les instances concernant les pratiques commerciales restrictives visées par la partie IV de la Loi, indépendamment de la façon dont l'instance a été engagée. Si tel n'était pas le cas, cette disposition serait redondante, comme l'ALRC l'a expressément reconnu : [TRADUCTION] « Même si la TPC n'a pas le droit de demander un jugement déclaratoire en vertu de l'art. 163A, elle peut intervenir

dans les instances engagées par une autre personne sous le régime de l'al. 163A(1)a) *ainsi que* dans les instances concernant une question soulevée sous le régime de la partie IV »⁸⁹.

Toutefois, d'après les données disponibles, le pouvoir d'intervention a rarement été utilisé, comme le commissaire Bhojani, de l'ACCC, l'a confirmé⁹⁰.

4c) **Prise en charge des actions privées**

Même s'il est apparemment possible, en théorie, pour l'ACCC d'intervenir dans une action privée fondée sur la partie IV de la Loi et de prendre l'action en main par la suite, il ne semble pas que cet organisme ou son prédécesseur, la TPC, l'ait fait. Toutefois, d'autres renseignements figurent à ce sujet dans l'étude Brunt⁹¹, dont voici les extraits pertinents :

[TRADUCTION] Une affaire célèbre fondée sur l'art. 45, l'affaire *Tradestock* [TPC v. *T.N.T. Management Pty Ltd.*, (1985) A.T.P.R. 40-367], initialement engagée par une entreprise qui était un petit courtier en transport, a été abandonnée lorsque la partie demanderesse a manqué de fonds, *mais a été reprise par la TPC* [...] Une des grandes raisons pour lesquelles la requérante initiale a dû se désister de l'action était le fait qu'elle avait assumé un fardeau *collectif* qui comportait de nombreux obstacles de nature procédurale. En fait, le litige a débuté en 1976, sur les instances de Tradestock, *pour être repris par la commission en 1978* et connaître son dénouement en 1985. La Commission a été déboutée et a dû avoir recours à un crédit spécial de plus de 4 500 000 \$ pour payer les dépens adjugés contre elle⁹².

Selon Brunt, la défunte TPC a pris en main une action privée que la demanderesse initiale, Tradestock, avait intentée et l'a poursuivie pour finalement voir le tribunal rejeter la cause et lui ordonner de verser un montant de plus de 4 500 000 \$ à titre de dépens.

Toutefois, un examen des décisions publiées dans cette affaire indique que la TPC n'a pas pris en main l'action privée de Tradestock contre T.N.T. et les autres parties défenderesses dans le sens où elle serait intervenue dans l'action que Tradestock a engagée en 1976. La TPC a plutôt engagé sa

⁸⁹ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 11.26 (non souligné dans l'original). L'ALRC a ensuite recommandé que l'ACCC soit autorisée à demander des jugements déclaratoires de son propre chef. *Id.*, par. 11.27.

⁹⁰ Entrevue menée auprès du commissaire Bhojani le 21 janvier 1999.

⁹¹ *Op. cit.*, *supra*, note 7.

⁹² *Id.*, p. 590 (non souligné dans l'original).

propre action le 25 mai 1978, peu après la liquidation de Tradestock, contre les mêmes parties défenderesses afin de réclamer des sanctions pécuniaires et une injonction contre elles.

Il est indubitable qu'au cours de l'instruction au fond, l'essentiel de la thèse de la TPC reposait sur les événements entourant le boycottage dont Tradestock a été victime de la part des parties défenderesses. Les principaux témoins de la commission ont été les dirigeants de Tradestock. Un représentant de celle-ci a témoigné pendant 49 jours. Toutefois, tous ces événements se sont produits dans le cadre de l'action que la TPC avait elle-même engagée. L'action privée de Tradestock a simplement été abandonnée.

4d) Pouvoir de conférer l'immunité contre des poursuites judiciaires au moyen d'une notification dans les cas d'accord d'exclusivité

Selon les art. 93 à 95 de la Loi, toute personne qui a l'intention de conclure des accords d'exclusivité ou s'apprête à le faire peut déposer auprès de l'ACCC un avis officiel faisant état de la conduite qu'elle a adoptée ou qu'elle compte adopter. Sauf dans les cas de ventes liées, l'immunité contre des poursuites judiciaires est accordée à compter du moment du dépôt de l'avis et demeure en vigueur jusqu'à ce que l'ACCC réponde officiellement elle-même que, après évaluation, elle estime que la conduite entraîne une diminution sensible de la concurrence qui n'est pas compensée par les avantages de cet accord pour l'intérêt public. Une révision des mesures de l'ACCC concernant les notifications peut être demandée devant le Competition Tribunal, auparavant connu sous le nom de Trade Practices Tribunal, organisme spécialisé composé de juges et de non-juristes⁹³.

Dans un récent document, le commissaire Sitesh Bhojani, de l'ACCC, a décrit comme suit les circonstances dans lesquelles bon nombre de ces notifications sont faites :

[TRADUCTION] La Commission reçoit de nombreux avis d'ententes de franchise et de distribution qui contreviendraient par ailleurs à l'art. 47. L'exemple typique est le cas d'un fournisseur qui désigne un détaillant dans un territoire donné et qui accorde à celui-ci des droits exclusifs à l'égard de ce territoire. En général, une entente de cette nature n'a aucun effet sur la concurrence. Elle peut toutefois être anticoncurrentielle si le fournisseur occupe une position de force sur le marché. Une entente de franchise et de distribution exclusives peut fournir l'occasion de bloquer l'accès à d'autres niveaux du marché. C'est dans ce genre de situation que la commission s'intéresse à des ententes de cette nature. ...⁹⁴.

⁹³ Voir l'art. 101A de la Loi.

⁹⁴ S. Bhojani, Exemptions, Notifications and Authorisations (1996), au site Internet dont l'adresse est la suivante : www.accc.gov.au/docs/speeches/sp3of96.html.

La majorité des avis déposés sous le régime de la Loi le sont par des entreprises qui ont recours couramment à des ententes de franchise et de distribution.

Les avis d'ententes concernant des ventes liées ne donnent pas automatiquement droit à l'immunité. La période d'immunité ne commence à courir qu'après 14 jours suivant le dépôt de l'avis. Selon le commissaire Bhojani, [TRADUCTION] « pour refuser d'accorder l'immunité à l'égard d'un avis d'entente concernant des ventes liées, la commission doit être convaincue que l'avantage que cette entente peut procurer au public ne sera pas nettement supérieur au tort probable qu'il lui causera »⁹⁵.

4e) Pouvoir de conférer l'immunité contre des poursuites judiciaires au moyen des autorisations

Sur réception d'une demande fondée sur l'art. 88 de la Loi, l'ACCC est habilitée à accorder des autorisations à l'égard d'ententes anticoncurrentielles, d'ententes prévoyant la fixation des prix, d'engagements touchant la concurrence, d'ententes d'exclusivité et de ventes liées anticoncurrentielles, d'ententes prévoyant le maintien des prix de revente et de fusionnements entraînant une diminution sensible de la concurrence. Dès qu'elle est délivrée, l'autorisation confère l'immunité contre des poursuites judiciaires dans lesquelles il est allégué que la conduite en question contrevient aux dispositions applicables de la partie IV de la Loi. Toutes les demandes d'autorisation sont consignées dans un registre public que toute personne peut consulter⁹⁶. Il peut y avoir ultérieurement révocation de l'autorisation si la situation a évolué. La décision de l'ACCC peut être portée en appel devant le Tribunal de la concurrence.

Il a été décidé que le critère à appliquer pour trancher les demandes d'autorisation est le même, quel que soit le type de conduite sous examen. Dans l'affaire *Re Media Council of Australia No. 2*⁹⁷, le juge Lockhart s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] Le Tribunal ne rendra une décision confirmant, annulant ou modifiant celle de la commission que s'il est convaincu, eu égard à l'ensemble des circonstances, que la conduite proposée donnerait, réellement ou vraisemblablement, lieu à un avantage pour le public qui serait plus important que le tort découlant d'une diminution de la concurrence qui se produirait ou risquerait de se produire si la conduite était autorisée. [...] Le critère est

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Voir l'art. 165 de la Loi et le règlement n° 28.

⁹⁷ (1987) ATPR 40-774 (Tribunal des pratiques commerciales).

le même, que les dispositions de l'accord soient régies par le paragraphe 96 ou qu'elles constituent des « dispositions d'exclusion ». [...] Pour évaluer l'avantage public pertinent, le Tribunal doit comparer la situation qui existerait ultérieurement si l'accord proposé n'était pas conclu à celle qui existerait dans le cas contraire⁹⁸.

Le critère vise à comparer l'avantage que le public retirerait ultérieurement d'une interdiction par opposition à l'avantage que produirait une autorisation. Si ce dernier avantage est supérieur au premier, une autorisation sera délivrée.

Même si une partie défenderesse poursuivie dans une action privée fondée sur la partie IV de la Loi peut, en théorie, faire suspendre l'action et présenter une demande d'autorisation lui conférant l'immunité contre des poursuites judiciaires, cette demande a rarement été formulée. Lorsqu'il a été interrogé à ce sujet, le commissaire Bhojani n'a pu se rappeler qu'un seul cas où ce recours a été exercé. Il s'agissait d'un fusionnement qui touchait l'industrie des pâtes et papiers et à l'égard duquel l'ACCC avait déjà engagé des poursuites devant la Cour fédérale. Les parties intimées ont demandé une suspension et déposé une demande d'autorisation. Étant donné que l'ACCC avait déjà engagé des poursuites judiciaires à l'égard du fusionnement, il semblait évident qu'elle n'accorderait pas d'autorisation; toutefois, les parties intimées ont apparemment pensé qu'elles auraient de bonnes chances de faire annuler la décision de l'ACCC par le Tribunal de la concurrence, mais elles ont finalement été déboutées⁹⁹.

4f) Politique de l'ACCC au sujet de la prise en charge des affaires ou de les laisser aux parties privées

L'ACCC n'a publié aucune politique officielle sur la question de savoir si elle prendra ou non en main une affaire donnée ou si elle laissera aux parties privées le soin de poursuivre le litige. Toutefois, dans son rapport annuel de 1997-1998, l'ACCC s'est exprimée comme suit : [TRADUCTION] « Le choix par la commission des affaires [à poursuivre] est influencé par l'effet dissuasif important que l'action pourrait avoir ainsi que par la nécessité d'assurer le respect de la Loi ou encore d'obtenir une réparation en faveur des parties lésées par la conduite en question »¹⁰⁰.

⁹⁸ *Id.*, par. 48, p. 418 et 419.

⁹⁹ Entrevue avec le commissaire Bhojani, 21 janvier 1999.

¹⁰⁰ Rapport annuel de l'ACCC, 1997-1998, p. 9. Au cours de l'entrevue menée le 21 janvier 1999 auprès du commissaire Bhojani, il a été mentionné que, dans les affaires de pratiques commerciales restrictives fondées sur la partie IV de la Loi, l'ACCC tient généralement compte des facteurs suivants :

- (1) les parts de marché des parties;
- (2) la portée de la conduite en question;
- (3) les ressources que possèdent les parties éventuelles au litige.

Ces facteurs semblent avoir été repris dans les priorités en matière d'application que l'ACCC a énoncées dans un récent document portant sur les conduites répréhensibles en matière de transactions commerciales. Voici ce que l'ACCC a dit à ce sujet :

[TRADUCTION] La Commission continuera à choisir ses priorités en matière d'application de la loi en tenant compte des principaux enjeux liés à son environnement de travail et de la question de savoir si

- la conduite risque de créer un préjudice important pour les petites entreprises;
- l'intervention de la Commission peut avoir des effets valables sur le plan de l'éducation ou de la dissuasion;
- la conduite concerne une situation dans laquelle la partie visée par la plainte n'a pas fait preuve de diligence pour mettre en oeuvre des systèmes de conformité efficaces;
- la conduite concerne un nouveau marché important, comme un marché découlant d'un changement économique ou technologique;
- la conduite fournit l'occasion d'évaluer l'état du droit dans les circonstances pertinentes.

Les mesures d'application que prendra la Commission seront axées sur la conduite touchant les petites entreprises, y compris la conduite trompeuse (art. 52), les ventes liées (par. 47(6)), l'abus de position dominante sur le marché (art. 46), le maintien des prix de revente (art. 48) et la conduite répréhensible (art. 51AA et 51AC). Étant donné que la majorité des plaintes pouvant être visées par ces dispositions (notamment l'art. 51AC) concernent la location et le franchisage dans le domaine de la vente au détail, ce sont ces aspects qui constitueront la priorité majeure de la Commission à court terme¹⁰¹.

En ce qui a trait à ses priorités au chapitre des dispositions de la partie IV de la Loi touchant les pratiques commerciales restrictives, l'ACCC a dit qu'elles portaient principalement sur la conduite fautive majeure touchant les petites entreprises et allant à l'encontre des dispositions de la Loi qui concernent les ventes liées, l'abus de position dominante sur le marché ou le maintien des prix de revente. L'« importance » de la faute est évaluée en fonction (1) de l'ampleur des répercussions pour les petites entreprises; (2) des effets possibles d'une intervention sur le plan de l'éducation ou de la dissuasion; (3) de la rapidité avec laquelle la partie accusée a mis en oeuvre des systèmes de

¹⁰¹ ACCC, A Guide to Unconscionable Conduct in Business Transactions (1998), au site Internet : <http://www.accc.gov.au/docsbus%5Fconduct.htm>.

conformité efficaces; (4) du fait qu'il s'agit d'un nouveau marché et (5) de la possibilité de vérifier l'état du droit¹⁰².

4g) Accès pour les parties privées aux renseignements ou éléments de preuve recueillis par l'ACCC

Les pouvoirs d'enquête que la Loi confère à l'ACCC ont été décrits comme suit :

[TRADUCTION] Les articles 155 et 156 ainsi que certaines dispositions accessoires visent à permettre à la TPC d'exercer ses fonctions en ce qui a trait à la détection des contraventions à la TPA et aux poursuites s'y rapportant. L'art. 155 permet à la TPC d'obliger une personne à fournir des renseignements, documents ou éléments de preuve concernant une contravention à la TPA si elle estime que cette personne est en mesure de le faire. Il permet également à un agent autorisé à cette fin par la TPC d'entrer dans tout établissement et d'examiner tous les documents se trouvant en la possession ou sous le contrôle d'une personne qui, de l'avis de la TPC, pourrait avoir commis une contravention à la TPA. L'art. 156 permet à la TPC d'examiner et de reproduire tout document qu'elle obtient après avoir donné un avis fondé sur l'art. 155 ainsi que d'en prendre des extraits¹⁰³.

Lorsqu'elle mène une enquête, l'ACCC est investie de pouvoirs relativement larges en ce qui a trait à la collecte de toute forme d'éléments de preuve concernant une contravention possible à la Loi.

L'ACCC ne fournit pas ces éléments de preuve aux parties privées qui participent à des instances engagées sous le régime de la Loi ou qui ont l'intention d'engager des poursuites de cette nature. Elle [TRADUCTION] « ne communiquera de renseignements sur une question spécifique que si elle a reçu une demande fondée sur la *Freedom of Information Act 1982* (Cth) ou qu'une

¹⁰² Voir également ACCC, Small Business Report : Small Business Amendments to the TPA (1998), site Internet <http://www.accc.gov.au/smallbus/sbr2.html>, où l'ACCC s'est exprimée comme suit :

[TRADUCTION] Dans son dernier rapport annuel, la Commission mentionne qu'elle continuera à choisir ses priorités en matière de protection du consommateur en tenant compte des enjeux clés liés à son milieu de travail et de la question de savoir si la conduite

- est nationale ou internationale ou touche plusieurs États;
- risque de nuire considérablement aux consommateurs;
- justifie son intervention à des fins d'éducation et de dissuasion;
- nuit aux petites entreprises ou à la concurrence;
- fournit l'occasion de vérifier l'état du droit dans les cas pertinents.

Ces priorités s'apparentent beaucoup aux critères de l'« importance » de la conduite fautive énoncés plus haut dans le texte.

¹⁰³ Rapport n° 68 de l'ALRC, *supra*, note 34, par. 11.17.

assignation lui a été signifiée »¹⁰⁴. De plus, en 1995, la TPC a signalé qu'elle ne souhaite pas être autorisée à communiquer aux parties privées les renseignements qu'elle recueille au cours de ses enquêtes. Selon elle, ce pouvoir [TRADUCTION] « pourrait dissuader les personnes de fournir volontairement des renseignements à la TPC, qui serait ainsi tenue d'utiliser ses propres ressources pour acheminer les demandes de renseignements nécessaires; de plus, les parties qui veulent contester un avis fondé sur l'art. 155 pourraient invoquer ce pouvoir pour soutenir que l'avis en question n'a été utilisé que dans le but d'obtenir des renseignements d'une tierce partie»¹⁰⁵.

Néanmoins, l'ALRC a recommandé que [TRADUCTION] « la TPA soit modifiée de façon à accorder à la TPC le pouvoir de communiquer à une partie privée les renseignements qu'elle a obtenus par suite d'une enquête au cours de laquelle elle a utilisé ses pouvoirs en vertu de l'art. 155 si elle est convaincue que la personne poursuit ou envisage de bonne foi d'intenter une action à l'égard d'une contravention à la TPA à laquelle les renseignements se rapportent»¹⁰⁶. Voici comment l'ALRC s'est exprimée :

[TRADUCTION] Autoriser la TPC, dans les cas opportuns, à communiquer aux parties les renseignements, documents ou autres éléments de preuve qu'elle a obtenus lui permettrait d'utiliser ses ressources à bon escient. Ce pouvoir aiderait les parties privées et réduirait d'autant la nécessité pour la TPC d'engager des poursuites de son propre chef ou d'intervenir dans des instances.

- La protection de la vie privée concerne uniquement les renseignements personnels qui touchent des particuliers et peut être assurée par l'application de lignes directrices et par l'imposition, par la TPC, de conditions à l'égard de la communication de renseignements. L'énoncé de politique de l'ASC [Australian Securities Commission] au sujet de la confidentialité fait état des pratiques que l'ASC doit suivre lorsqu'elle communique des renseignements obtenus dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs coercitifs [...]

- Le risque de recherches à l'aveuglette est minime, car la TPC doit être convaincue que les renseignements concernent les poursuites engagées ou envisagées par la partie privée avant de pouvoir les communiquer. Du point de vue des parties, la communication de renseignements par la TPC en vertu de ce pouvoir s'apparenterait davantage à la communication de renseignements en réponse à une assignation plutôt qu'à une demande de communication préalable.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 11.22.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Id.*, par. 11.23.

- Même s'il se peut que l'exercice du pouvoir nécessite des ressources supplémentaires, celles-ci pourraient être réduites au minimum par l'application de lignes directrices et de méthodes satisfaisantes et les frais s'y rapportant devraient être compensés par les économies découlant de la diminution du nombre de poursuites judiciaires dans lesquelles la TPC serait forcée d'intervenir.

- La TPC a déjà adopté des procédures détaillées au sujet de l'utilisation de l'art. 155 de façon à réduire au minimum les risques de contestation s'y rapportant. L'ajout de ce pouvoir ne devrait nullement modifier la situation actuelle¹⁰⁷.

Jusqu'à maintenant, ce pouvoir n'a pas été ajouté dans la Loi. Ceux qui veulent obtenir des éléments de preuve de l'ACCC doivent encore déposer des demandes d'accès à l'information ou faire parvenir des assignations¹⁰⁸.

V. Gestion des instances et efficacité procédurale

5a) Gestion du volume d'instances

Lorsqu'elle a été créée en 1977, la Cour fédérale a été l'un des premiers tribunaux de l'Australie à adopter des procédures de gestion des instances afin de réduire au minimum les retards dans les litiges et de permettre aux parties de se faire entendre le plus tôt possible. Le pouvoir de la Cour d'adopter ces procédures était fondé sur l'art. 59 de la *Federal Court Act*, qui accordait à ses juges un large pouvoir en ce qui a trait à l'adoption de règles concernant son greffe, les audiences tenues devant elle et toutes les questions connexes.

Le système de gestion des instances de la Cour fédérale a été décrit comme suit :

[TRADUCTION] *Généralités*

Les audiences préliminaires forment l'élément central du système de gestion des instances de la Cour. Celle-ci est investie de larges pouvoirs qui lui permettent de donner des directives afin d'assurer la surveillance judiciaire de l'évolution des instances depuis le dépôt de l'acte introductif jusqu'à l'instruction. La Cour fédérale décrit la procédure de gestion des instances en ces termes :

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ La seule forme d'aide accordée aux parties privées en vertu de la Loi est prévue à l'art. 83, qui énonce essentiellement qu'en cas d'action en dommages-intérêts ou de demande de jugement déclaratoire, une conclusion de fait antérieure d'un tribunal dans une action engagée contre la même personne, selon laquelle celle-ci a contrevenu, notamment, à une disposition de la partie IV de la Loi, constitue [TRADUCTION] « une preuve *prima facie* de ce fait et la conclusion peut être établie par la production d'un document sous le sceau du tribunal qui l'a formulée ». *Ibid.*

Dès le dépôt d'un document introductif d'instance, une date lui est attribuée en vue de l'audience préparatoire au cours de laquelle les parties obtiendront des directives d'un juge seul. À l'occasion de cette audience, le juge donne les directives nécessaires pour aider les parties à cerner les questions en litige pertinentes. Il rend également les ordonnances nécessaires pour assurer la progression d'une affaire jusqu'à l'instruction, comme des ordonnances portant communication de précisions et production de documents. L'affaire est ajournée jusqu'à une date précise à laquelle les parties doivent avoir terminé les démarches interlocutoires ordonnées. Lorsque le juge est convaincu que l'affaire est prête à être instruite, une date d'instruction est fixée en fonction de la disponibilité des parties, des avocats et des témoins.

Audiences préparatoires

L'Ordonnance 10 des Règles de la Cour fédérale énonce les règles générales relatives aux ordonnances pouvant être rendues dans le cadre d'une audience préparatoire. L'Ordonnance 10 r 1(1) prévoit qu'au cours d'une audience préparatoire, la Cour donne les directives qu'elle juge à propos au sujet du déroulement de l'instance. La règle 1(2) énonce une longue liste, qui n'est toutefois pas exhaustive, des questions pouvant faire l'objet d'une ordonnance. Ainsi, la Cour peut donner des directives sur le mode de preuve de certains faits ainsi que sur la présentation des témoignages d'experts. Ainsi, il arrive parfois que les parties requérante et intimée soient toutes deux tenues, dans le cadre d'une procédure semblable à un mini-procès, de présenter devant la Cour fédérale leurs principaux témoins en vue d'un contre-interrogatoire.

Conférences de mise au rôle

Une autre procédure du système de gestion des instances de la Cour fédérale est la conférence de mise au rôle ou conférence préalable à l'instruction. La Cour ordonne ainsi aux parties d'assister à une conférence de mise au rôle devant un registraire conformément à l'Ordonnance 10 r I(2)(h) des Règles.

Cette conférence a pour but de permettre au registraire de s'assurer que toutes les mesures raisonnables visant un résultat négocié ont été prises, de clarifier les véritables questions à trancher de sorte que les ordonnances pertinentes puissent être rendues ou d'abrégé par ailleurs le temps de préparation à l'instruction.

Conférences de gestion des instances

La Cour peut également ordonner aux parties d'assister à une conférence de gestion des instances avec un juge ou un registraire conformément à l'Ordonnance O 10 r 1(2)(I) des Règles.

Cette conférence vise à examiner les façons les plus économiques et les plus efficaces de faire progresser le litige jusqu'à l'instruction et de procéder à l'instruction proprement dite. Le juge ou le registraire peut aussi donner d'autres directives¹⁰⁹.

Les audiences préparatoires, les conférences de mise au rôle et les conférences de gestion des instances servent à circonscrire les questions qui seront instruites et à favoriser le règlement rapide des différends.

L'ALRC a souligné que la Cour fédérale songe à apporter un certain nombre de changements à son système de gestion des instances afin de [TRADUCTION] « trancher 98 % des litiges dont elle est saisie dans un délai d'au plus 18 mois suivant l'introduction de l'instance. Voici les commentaires qu'elle a formulés à ce sujet :

[TRADUCTION] Les principales mesures de gestion des instances prévues dans les propositions envisagées par la Cour fédérale sont les suivantes :

- les audiences préparatoires (tenues pas plus de deux mois suivant l'introduction de l'instance), qui servent à filtrer rapidement les affaires par le désistement, le règlement à l'amiable ou non, ou le renvoi à un mode de règlement extrajudiciaire des différends, si possible; [...]
- les conférences de gestion des instances (tenues pas plus de quatre mois suivant l'introduction de l'instance), qui servent à faciliter le règlement de l'affaire à l'amiable ou non, ou son renvoi à un mode de règlement extrajudiciaire des différends, si possible; [...]
- les conférences d'évaluation (tenues pas plus de dix mois suivant l'introduction de l'instance), qui servent à examiner la possibilité de trancher l'affaire sans procéder à l'instruction et à évaluer la préparation en vue de l'instruction;
- les conférences de gestion des instructions (tenues pas plus de 13 mois suivant l'introduction de l'instance) qui ont lieu, au besoin uniquement, pour établir les règles de base du déroulement de l'instruction¹¹⁰.

L'ajout des conférences d'évaluation et des conférences de gestion des instructions à l'arsenal des mesures à la disposition de la Cour permettra vraisemblablement à celle-ci de trancher la plupart des litiges dans les 18 mois suivant l'introduction de l'instance¹¹¹.

¹⁰⁹ Document de travail 3 de l'ALRC, *Judicial and Case Management* (1996), p. 11 à 13.

¹¹⁰ *Id.*, p. 15.

¹¹¹ Toutefois, étant donné que les affaires concernant les pratiques commerciales restrictives sont habituellement longues et vivement contestées, cette attente semble un peu trop optimiste. Voir le texte correspondant aux notes 124 et 125, *infra*.

5b) Mode de règlement extrajudiciaire des différends

Au cours d'une audience préparatoire ou d'une conférence de mise au rôle, la Cour peut ordonner le renvoi de la totalité ou d'une partie de l'instance à un mode de règlement extrajudiciaire des différends. Selon l'ALRC :

[TRADUCTION] La Cour fédérale a mis sur pied un programme de règlement extrajudiciaire des différends en 1987. L'art. 53A de la *Federal Court Act* permet à la Cour, avec le consentement des parties, de renvoyer les litiges à un médiateur ou à un arbitre conformément aux Règles.

Selon ces Règles, les ordonnances rendues au cours d'une audience préparatoire peuvent avoir pour effet de filtrer les différends vers la médiation ou l'arbitrage. [...]

Les procédures de la Cour en matière de médiation et d'arbitrage sont énoncées à l'Ordonnance 72 des Règles. Le programme repose principalement sur la médiation des différends par le greffier de la Cour avec le consentement des parties. Les conférences de mise au rôle en vertu de l'Ordonnance 10 r 1(2)(h) [...] visent également à explorer la possibilité d'un règlement découlant de la médiation.

La note de pratique 8 de la Cour fédérale prévoit que les parties ne perdent pas leur priorité au rôle en cas de médiation ou de conférence de mise au rôle.

Les parties aux instances inscrites au Western Australia District Registry de la Cour fédérale peuvent également avoir recours à une évaluation neutre anticipée dans le cadre d'un programme pilote dont la Cour assure la marche avec la participation d'avocats expérimentés membres du Western Australian Bar¹¹². ...

Le renvoi possible d'une affaire à un mode de règlement extrajudiciaire des différends semble désormais faire partie intégrante des procédures préparatoires à l'instruction de la Cour.

5c) Ordonnances par consentement

Selon l'Ordonnance 35, règle 10 des Règles de la Cour fédérale, les conditions d'un règlement à l'amiable peuvent, si les parties y consentent par écrit, être consignées dans une ordonnance de la Cour, [TRADUCTION] « qui a la même valeur si elle avait été rendue au terme d'une audition devant

¹¹² Document de travail n° 3 de l'ALRC, *supra*, note 109, p. 14. L'évaluation neutre anticipée est une évaluation anticipée des chances d'une partie de gagner sa cause si l'instance est instruite. L'évaluation est effectuée par une personne neutre qui possède des compétences juridiques spécialisées au sujet de l'objet du litige.

le juge »¹¹³. Il suffit simplement de déposer une demande d'ordonnance par consentement auprès du greffe de la Cour. Le registraire saisira un juge de la question et ce dernier [TRADUCTION] « pourra, sans autre demande, enjoindre au registraire de rédiger et signer une ordonnance conforme aux conditions du consentement »¹¹⁴.

5d) Jugement sommaire

Selon l'Ordonnance 20, règle 2 des Règles de la Cour fédérale, une requête pour jugement sommaire peut être formulée en vue d'obtenir la suspension ou le rejet des allégations frivoles ou vexatoires¹¹⁵, des poursuites qui constituent une utilisation abusive des procédures de la Cour ou des réclamations qui ne révèlent aucune cause d'action raisonnable. En vertu du par. (2) de la règle 2, la Cour peut tenir une audience au sujet de la requête et recevoir des éléments de preuve. Comme nous l'avons indiqué précédemment, on compte que les requêtes pour ce type de jugement sommaire seront présentées dès l'audience préparatoire¹¹⁶.

Selon l'Ordonnance 52, règle 10, l'autorisation d'interjeter appel d'une décision interlocutoire, notamment en ce qui a trait à une requête pour jugement sommaire, peut être demandée verbalement au moment du prononcé du jugement. Toutefois, l'Ordonnance 52, règle 17, prévoit que l'appel n'a pas pour effet de suspendre l'instance devant le tribunal de première instance.

Le pouvoir du tribunal de première instance de rejeter ou de suspendre les réclamations vexatoires, etc., est considéré comme le principal facteur de dissuasion à l'égard de ces recours;

¹¹³ Ordonnance 35, règle 10(3).

¹¹⁴ *Id.*, règle 10(2).

¹¹⁵ L'ALRC définit comme suit les expressions « vexatoires » et « frivoles » :

[TRADUCTION] Les poursuites seront vexatoires si elles sont

- engagées dans le but de nuire à l'autre partie ou de l'embarrasser;
- engagées à des fins accessoires et non pour demander à la Cour de trancher les questions auxquelles elles donnent lieu;
- manifestement insoutenables ou non fondées au point d'être entièrement futiles, quel que soit le motif de la partie.

Le sens du mot « frivoles », souvent utilisé conjointement avec le mot « vexatoires », est moins clair. Les tribunaux qui ont examiné ce mot ont jugé qu'il désignait les cas insoutenables au point où la partie ne peut avoir gain de cause. Les tribunaux ont fait montre d'une très grande prudence en ce qui a trait à l'exercice de leur pouvoir de suspendre ou de rejeter des poursuites vexatoires ou frivoles [...] Rapport n° 75 de l'ALRC, *Cost Shifting - Who Pays for Litigation* (1995), par. 11.25.

¹¹⁶ Voir le texte correspondant à la note 109, *supra*.

toutefois, les Règles de la Cour concernant l'adjudication des dépens peuvent également avoir un effet dissuasif, puisqu'elles permettent d'imposer des sanctions pécuniaires en pareil cas¹¹⁷. En vertu de l'Ordonnance 62 des Règles de la Cour fédérale, règle 3(1), la Cour a le pouvoir d'adjudger des dépens et d'imposer des sanctions pécuniaires à tout stade de l'instance. En vertu de l'Ordonnance 22, règle 3, toute partie qui se désiste de son action avant ou après l'audience préparatoire peut être condamnée à payer les frais engagés par l'autre partie. De plus, selon la règle 9, l'avocat d'une partie peut être condamné à payer les dépens résultant d'un retard indu, d'une négligence ou d'une faute dont il est responsable, ou à y renoncer.

L'ALRC a recommandé de permettre l'adjudication de dépens à caractère disciplinaire dans les cas suivants :

[TRADUCTION] À tout stade d'une instance, le tribunal devrait pouvoir adjudger des dépens à caractère disciplinaire contre une partie, son représentant légal ou toute autre personne concernée par le litige si, de l'avis du tribunal, cette personne

- ne se conforme pas à une règle de procédure ou à une ordonnance du tribunal;
- cause des retards indus;
- augmente considérablement les frais de l'instance en poursuivant sans raison valable l'examen d'au moins une question au sujet de laquelle elle n'a pas gain de cause;
- incite l'autre partie à engager des frais qui n'étaient pas nécessaires pour assurer le déroulement économique et efficace de l'instance, y compris des frais engagés par suite d'une demande d'autorisation de modifier ses actes de plaidoirie ou encore d'une demande de précisions ou de prorogation;
- adopte une conduite qui, de l'avis du tribunal, nuit au règlement efficace et équitable des questions en litige;

¹¹⁷ L'ALRC ne croit pas que les règles élargies concernant la qualité pour agir donnent lieu à une avalanche de recours futiles ou vexatoires :

[TRADUCTION] La plupart des personnes qui ont fait parvenir des observations en réponse au document de travail 61 [sur la qualité pour agir] ont souscrit à la conclusion que la Commission avait formulée dans son rapport 27, à savoir que la réforme des règles touchant la qualité pour agir n'allait pas ouvrir la voie à des litiges futiles ou abusifs. Les tribunaux disposent d'un certain nombre de mécanismes pour contrôler ce genre de litige, notamment le pouvoir de rejeter les allégations futiles ou vexatoires, de radier les actions ou recours qui constituent un emploi abusif des procédures ou qui ne sont nullement fondés, d'exiger de la partie demanderesse qu'elle dépose un cautionnement pour garantir le paiement des frais et d'obliger un avocat à payer les frais engagés par les parties par suite de son retard ou sa négligence. Dans certains cas, un tribunal peut en arriver à la conclusion qu'une allégation ne peut faire l'objet d'un recours en justice [...] Rapport n° 78 de l'ALRC, *Beyond the Door-Keeper Standing to Sue for Public Remedies*, par. 4.43.

- refuse sans raison valable de négocier un règlement ou de participer à une démarche visant le règlement extrajudiciaire du différend;
- utilise par ailleurs de façon abusive les procédures de la Cour¹¹⁸.

La plupart de ces recommandations semblent être conformes à la pratique déjà suivie au sein de la Cour fédérale.

5e) Efficacité versus qualité de la justice

Tant l'ALRC¹¹⁹ que certains commentateurs¹²⁰ en Australie ont reconnu [TRADUCTION] « [l]a possibilité d'une tension entre les idéaux de la justice et l'application des principes modernes de gestion pour accroître l'efficacité du processus judiciaire¹²¹. Selon l'ALRC:

[TRADUCTION] D'aucuns craignent qu'une gestion des instances n'affecte la qualité du système judiciaire, malgré la possibilité qu'elle offre de trancher les différends plus rapidement à un coût moindre. Si l'on met trop l'accent sur la gestion de la justice, il se peut que le traitement des instances devienne une fin en soi plutôt que le moyen de faire en sorte que justice soit rendue.

Ces préoccupations concernant la qualité de la justice touchent la façon dont les tribunaux assurent la conformité en matière de gestion des instances. Ainsi, les tribunaux ont tendance à imposer des sanctions pécuniaires plutôt que des sanctions entraînant déchéance, qui empêcheraient une partie d'adopter ou de soutenir une position particulière dans une instance, parce qu'ils sont réticents à empêcher l'examen d'un litige au fond¹²².

Afin de préserver la qualité de la justice, bon nombre de juges ont donc tendance à imposer des sanctions pécuniaires plutôt qu'à radier des réclamations douteuses quant au fond, ce qui risque de compromettre l'objectif de l'efficacité.

¹¹⁸ Rapport n° 75 de l'ALRC, *supra*, note 115, par. 11.11.

¹¹⁹ Voir le document de travail 3 de l'ALRC, *supra*, note 109, p. 37 et 38.

¹²⁰ D. Ipp, « Reforms to the Adversarial Process in Civil Litigation - Part II » (1995), 69 *Australian Law Journal* 790, 797.

¹²¹ Document de travail 3 de l'ALRC, *supra*, note 109, p. 37.

¹²² *Ibid.*

5f) Les actions privées portées devant la Cour fédérale

En 1995, l'ALRC a été chargé d'examiner le régime contradictoire présidant au déroulement des affaires civiles, des révisions administratives et des affaires de droit de la famille devant les tribunaux administratifs ou judiciaires de juridiction fédérale. Dans le cadre de son enquête, l'ALRC a procédé à un examen empirique des 700 affaires réglées devant la Cour fédérale entre les mois de février et avril 1998, et ses conclusions préliminaires ont paru dans le *Discussion Paper 62: Review of the federal civil justice system* (août 1999)¹²³ (le chapitre pertinent pour la présente étude est le chapitre 10, intitulé *Case and hearing management in the Federal Court of Australia*). La commissaire chargée de l'enquête, M^{me} Kathryn Cronin a résumé les conclusions relatives aux affaires de pratiques commerciales soumises à la Cour fédérale, tirées des données empiriques de l'ALRC, de consultations et de communications écrites avec ladite Cour¹²⁴, de la façon suivante :

- S Les affaires de pratiques commerciales le plus souvent soumises à la Cour fédérale portent sur la concurrence et sur les pratiques commerciales trompeuses. Malheureusement, lorsque l'ALRC a recueilli les données empiriques, elle n'a pas distingué entre les différents types d'affaires de pratiques commerciales; les statistiques se rapportant uniquement aux affaires de concurrence ne peuvent donc être isolées.
- S Les affaires de pratiques commerciales comptent pour environ 8 % de l'ensemble des affaires traitées par la Cour fédérale en 1998-1999.
- S Les affaires de concurrence (partie IV de la *Trade Practices Act*) sont soumises à une formation de juges spécialisés du district de Sydney ou de Melbourne, ce qui permet que des juges ayant de l'expérience ou un intérêt particulier pour ces questions en soient saisis. Dans les districts plus petits ne comptant qu'entre trois et cinq juges, le système des formations de juges n'est pas en usage.
- S La durée médiane des affaires de la Cour fédérale comprises dans l'échantillon de l'ALRC était de sept mois pour l'ensemble des dossiers et de quatorze mois pour les affaires de pratiques commerciales. Les affaires de pratiques commerciales échantillonnées comprenaient quelques dossiers dont le règlement a pris plus de trois ans. La Cour fédérale et les avocats exerçant en ce domaine ont informé l'ALRC que ces dossiers n'étaient pas représentatifs et ont donc faussé les données relatives à la durée. La Cour fédérale a subséquemment fourni à l'ALRC des données

¹²³ Ce document peut être consulté au site web de la Commission <http://www.alrc.gov.au>.

¹²⁴ Lettre de M^{me} Cronin en date du 8 octobre 1999.

statistiques portant sur 100 affaires de concurrence déposées à compter du 1^{er} juillet 1996. Elles révèlent ce qui suit :

- 69 des 100 affaires ont été menées à terme.
- Dans les 69 affaires closes, il y a eu désistement ou règlement à l'amiable dans 66 % des cas (22 % ont été abandonnées et 44 % ont été réglées ou ont donné lieu à une ordonnance par consentement), instruction dans 30 % des cas et transfert à une autre juridiction dans 4 %.
- La durée moyenne des 69 affaires a été de 38 semaines (9 mois), l'intervalle allant d'un jour à 2 ans et 34 semaines.
- La durée moyenne des affaires qui ont été instruites a été de 44 semaines (10 mois), et leur durée médiane, de 38 semaines (9 mois), l'intervalle allant d'un jour à 2 ans et 8 semaines.

S Les affaires de pratiques commerciales comportent plus de demandes interlocutoires que les autres types d'affaires; le nombre médian de ces demandes par affaire est de 2 et, dans l'échantillon, l'intervalle allait de 1 à 19. En comparaison, dans les affaires de propriété intellectuelle, le nombre médian des demandes interlocutoires était de 1, et leur intervalle, de 1 à 18.

S 35 % de toutes les affaires de la Cour fédérale comprises dans l'échantillon de l'ALRC se sont rendues au stade de l'instruction et du jugement, et 57 % ont été réglées plus tôt au cours du processus. 72 % des affaires de pratique commerciale ont été réglées tôt, et seulement 19 % se sont rendues à l'étape de l'instruction et du jugement. C'est ce type d'affaires qui avait le plus haut taux de règlement « in extremis », c'est-à-dire après inscription pour instruction, à savoir 8 %, comparer à 4 % pour l'ensemble des affaires.

Dans le cadre de l'examen, un groupe de travail fédéral spécialisé en matière de litiges civils a été formé, en septembre 1996, pour aider l'ALRC à décrire les types d'affaires qui sont portées devant la Cour fédérale et pour analyser et faire ressortir les problèmes qui se posent au cours des différentes étapes de l'instance. Le groupe de travail a préparé un tableau illustrant le cheminement habituel d'une affaire de pratique commerciale restrictive. Voici les commentaires qu'il a formulés à ce sujet :

[TRADUCTION] Les affaires fondées sur la partie IV sont habituellement des litiges longs et vivement contestés qui mettent en cause une situation factuelle complexe. L'ampleur et la nature du contrôle judiciaire peuvent avoir des conséquences importantes sur la durée de l'audience. Les questions de pertinence sont parfois difficiles à trancher au début de l'instance. [...] Bon nombre de décisions (probablement plus de 50 %) rendues en première instance sont portées en appel et un délai de plus de deux ans peut s'écouler dans certains cas avant la fin de la procédure d'appel. Les frais de l'appel peuvent être relativement minimes

comparativement au coût de l'audience principale, car moins de deux jours d'audition suffisent habituellement en appel¹²⁵.

Les affaires fondées sur la partie IV étant des litiges vivement contestés et plus de 50 % des décisions s'y rapportant étant portées en appel, il faut généralement beaucoup plus de 18 mois pour en arriver à un règlement définitif de ces causes. Le tableau et des commentaires sont joints au présent chapitre en annexes A et B.

5g) Importance des actions privées dans la jurisprudence sur la concurrence

L'évolution de la jurisprudence sur la concurrence en Australie est sans nul doute imputable en bonne partie aux actions privées. Comme l'a dit Brunt dans son étude¹²⁶ :

[TRADUCTION] La première décision publiée rendue sous le régime de la partie IV de la *Trade Practices Act 1974* (Cth) (« la Loi ») touchant les pratiques commerciales restrictives, portait sur une action privée : *Top Performance Motors v. Ira Berk* (1975). La première décision publiée prononcée par la Haute Cour était également un jugement rendu dans une action privée : *Quadramain v. Sevastapol* (1976). Jusqu'à maintenant, le plus important jugement prononcé concernait également une action privée : *Queensland Wire Industries v. B.H.P.* (1989). Dans cette affaire, la Haute Cour de l'Australie a rendu un jugement concernant « l'abus de position dominante sur le marché » (art. 46 de la Loi), lequel jugement est universellement considéré comme un arrêt clé. Par ailleurs, au cours des quinze dernières années, une série de décisions importantes ont été rendues au sujet de différentes dispositions de la partie IV de la Loi dans le cadre de litiges engagés par des parties privées. En plus des trois décisions mentionnées ci-dessus, il convient d'ajouter les suivantes :

Adamson v. West Persh Football Club (1979);
Tillmans Butcheries v. A'sian Meat Industry Employees' Union (1979)
Ron Hodgson v. Westco (1980);
Actors and Announcers Equity v. Fontana (1980, 1982);
Cool v. O'Brien (1981, 1983);
Radio 2UE v. Stereo FM (1982, 1983);
Outboard Marine v. Hecar (1982);
Dandy Power Equipment v. Mercury Marine (1982);
Williams & Hodgson v. Castlemaine Tooheys (1985, 1986);
Warman v. Envirotech (1986);
Hughes v. Western Australian Cricket Association (1986);
Mark Lyons v. Bursill Sportsgear (1987);
McCarthy v. Australian Rough Riders (1988);

¹²⁵ Rapport présenté à l'ALRC par le groupe de travail (23 décembre 1996).

¹²⁶ *Op. cit.*, *supra*, note 7, p. 582 et 583.

Jewel Food Stores v. Amalgamated Milk Vendors Association (1989, 1990);
Paul Dainty v. National Tennis Centre Trust (1989, 1990);
Post Data Australia v. ASX Operations (1990).

Même quelques-unes des décisions concernant l'octroi d'injonctions interlocutoires, en soi d'un intérêt jurisprudentiel limité, ont suscité un intérêt allant au-delà de la question immédiate à trancher :

Victorian Egg Marketing Board v. Perkwood Eggs (1978);
Williams v. Papersave (1987);
Midland Milk v. Victorian Dairy Industry Authority (1988).

Enfin, il convient de souligner les cas où des actions ont été engagées conjointement par des parties privées et par la Trade Practices Commission - des actions privées engagées par suite du succès remporté par la commission dans des poursuites antérieures, notamment les actions en dommages-intérêts suivantes :

Hubbards v. Simpson (1982);
Parrys Department Store v. Simpson (1983).

Le nombre d'actions engagées par les parties privées est nettement supérieur à celui des actions intentées par la Trade Practices Commission (« la TPC »). Même si la plupart de ces actions privées sont réglées à l'amiable ou font l'objet d'un désistement, il semble que les jugements importants sur le fond découlent davantage de ce type d'actions que de celles qui sont intentées par un organisme public (c.-à-d. la Commission).

Le commissaire Bhojani, de l'ACCC, a repris ces commentaires et ajouté à la liste de décisions importantes l'arrêt *Re Eastern Express Pty Ltd. and General Newspapers Pty Ltd.*¹²⁷, où des règles ont été élaborées au sujet de la définition du marché, de l'établissement de prix d'éviction et de l'abus de position dominante sur le marché, l'arrêt *Dowling v. Dalgety Australia Ltd.*¹²⁸, où des règles ont été élaborées au sujet de la diminution sensible de la concurrence sous le régime de l'art. 45 de la Loi, et l'arrêt *News Ltd. v. Australian Rugby Football League*¹²⁹, qui renferme une longue étude des règles liées au refus de vendre, c'est-à-dire les boycottages collectifs.

¹²⁷ (1992) ATPR 41-162.

¹²⁸ (1992) ATPR 41-165.

¹²⁹ (1996) ATPR 41-521.

ANNEXE B

Cour fédérale

Affaires relevant de la partie IV

Autres commentaires

1. Le profil illustre une affaire relevant de la partie IV. Il faut signaler que ces affaires peuvent également comporter de nombreuses autres revendications juridiques compliquant le profil. L'affaire peut débiter par un litige contractuel, puis grossir, toucher beaucoup d'autres parties et comporter des allégations faisant intervenir d'autres formes de recours légaux.
2. Dans les affaires relevant de la partie IV, le processus de communication préalable pourra être très élaboré et de nombreux affidavits pourront être déposés. Habituellement, le différend sera autant factuel que technique.
3. Il faudra généralement faire appel à des témoignages d'experts pour déterminer la nature et la portée des incidences sur le marché. Il faudra trancher des opinions en matière de concurrence pour pouvoir procéder à une analyse du marché. Le Trade Practices Tribunal a été créé (dans une certaine mesure) pour faciliter l'évaluation des témoignages d'experts. La nature plurielle de nombreux différends relevant de la partie IV fait que beaucoup de ceux-ci sont réglés devant les tribunaux judiciaires plutôt que devant le Tribunal.
4. Les affaires relevant de la partie IV se caractérisent souvent par une lutte prolongée et féroce pour faire trancher un ensemble complexe de faits. L'étendue et la nature du contrôle judiciaire peuvent influencer énormément sur la durée de l'instruction. Il peut être difficile de résoudre les questions de pertinence aux premières étapes du processus.
5. La nomination d'experts désignés judiciairement pourrait servir à réduire les coûts dans une certaine mesure. On pourrait leur demander leurs commentaires sur le marché et sur la concurrence. La plus grande partie des frais de justice et autres coûts engagés par les parties concerne le frais d'experts et de communication préalable. Le processus d'assignation est lui aussi facteur de coûts importants. Il se peut qu'il faille envoyer des subpoenas à de nombreux concurrents, ce qui peut entraîner le dépôt de plusieurs demandes interlocutoires (et de mises en cause).
6. De nombreuses affaires (probablement plus de 50 %) sont portées en appel. Le processus d'appel peut prendre deux ans ou plus. Les frais d'appel sont relativement modestes à comparer des frais de l'instruction principale, parce que l'audience en appel ne dure généralement pas plus de deux jours.
7. Le juge saisi d'une telle affaire remplit une fonction critique dans l'examen des questions très complexes et très techniques qu'elle pose. Ce rôle pourrait être l'un des éléments militant en faveur du maintien de spécialistes de la partie IV au sein de la magistrature. Il est possible de circonscrire les questions dès les premières étapes. Le rôle des experts judiciairement désignés

pourrait être accru. Les interrogatoires peuvent jouer un rôle dans les affaires relevant de la partie IV.

8. La nature et l'étendue de l'intervention de l'ACCC pourrait influencer sur les possibilités de règlement à l'amiable et sur les discussions à cette fin.
9. Une affaire relevant de la partie IV peut faire partie d'une affaire d'offre publique d'achat.
10. L'instruction est une étape importante pour le contre-interrogatoire des témoins. L'instruction portera inévitablement sur des questions complexes de fait et de droit si l'affaire procède jusqu'à ce point.

NOUVELLE-ZÉLANDE

Introduction:

En Nouvelle-Zélande, les règles modernes du droit de la concurrence remontent à l'année 1986, au cours de laquelle le gouvernement a promulgué une version révolutionnaire de sa loi intitulée *Commerce Act* (la Loi)¹³⁰. Le gouvernement voulait ainsi s'assurer, en adoptant une loi forte en la matière, que la libéralisation économique et la déréglementation qu'il instaurait à l'époque n'entraîneraient pas la réglementation privée par l'entremise d'activités de cartel¹³¹.

Étant donné que l'accord intitulé Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement¹³² obligeait les États membres à harmoniser certains aspects de leur législation antitrust, la Loi reproduisait essentiellement une bonne partie des dispositions de l'Australian Trade Practices Act, qui était considérée comme le modèle par excellence à suivre, [TRADUCTION] « parce qu'elle offrait un régime strict en matière antitrust »¹³³. C'est ce qui explique les chevauchements importants entre les deux lois sur des questions comme la conduite donnant ouverture à une action privée, la qualité pour agir en justice, les réparations et les pénalités.

Le 29 juin 1990, le législateur a modifié la Loi de façon à simplifier le régime des fusionnements, à élargir à certains égards le pouvoir de la Commerce Commission de délivrer des autorisations, à élargir la portée extraterritoriale de la Loi et à accroître les sanctions pécuniaires¹³⁴.

À l'heure actuelle, la Loi est à nouveau révisée et est sur le point d'être modifiée. La révision a débuté en janvier 1998, lorsque le Cabinet a fait paraître un document de travail du ministère du

¹³⁰ *Commerce Act 1986*, N.Z. Stat. 5. La Loi a remplacé la *Commerce Act 1975*, qui était calquée sur l'ancienne loi du Royaume-Uni intitulée *Restrictive Trade Practices Act*. Elle est administrée par la Commerce Commission, qui est également chargée d'appliquer la *Fair Trading Act*, laquelle concerne la publicité trompeuse, les normes relatives à la sécurité des produits, etc.

¹³¹ Voir Rex J. Ahdar, « Antitrust Policy in New Zealand: The Beginning of a New Era » (1992), 9 *Int. Tax & Bus. Lawyer* 329, 335.

¹³² 1983 N.Z.T.S. n° 1.

¹³³ Ahdar, *ibid.*, note 131, p. 336.

¹³⁴ *Commerce Amendment Act, 1990*, N.Z. Stat. 84.

commerce intitulé « Penalties, remedies and court processes under the *Commerce Act*, 1986 » (pénalités, mesures correctives et procédures judiciaires sous le régime de la *Commerce Act*, 1986)¹³⁵ et a demandé des réponses à ce document. En décembre 1998, le Cabinet Economic Committee a produit cinq documents dans lesquels il a commenté le document de travail et les réponses et formulé des recommandations au Cabinet¹³⁶. Le Cabinet a adopté les recommandations et un projet de loi intitulé *Commerce Act Amendment Bill* a été inscrit au feuilleton à la mi-1999. Le 29 juillet 1999, d'autres modifications proposées ont été ajoutées à un feuilleton supplémentaire. Il semble qu'aucune mesure ne sera prise à l'égard de ces modifications avant les élections législatives de la Nouvelle-Zélande, qui doivent avoir lieu le 20 novembre 1999¹³⁷.

Un examen de ces documents indique que le projet de loi en question vise à apporter un certain nombre de modifications aux mécanismes d'application de la Loi, tant en ce qui a trait aux actions publiques qu'aux actions privées. Ces changements seraient nécessaires pour que [TRADUCTION] « les pénalités et les mesures correctives prévues à la loi intitulée *Commerce Act* appuient les objectifs de la Loi en prévenant toute forme de conduite anticoncurrentielle »¹³⁸. Ces changements comprennent les modifications suivantes :

- (1) autoriser la Commission à demander des sanctions pécuniaires correspondant au triple de la valeur du gain illégal ou, si le gain ne peut être calculé, à 10 p. 100 du chiffre d'affaires annuel de la société;
- (2) indiquer clairement aux tribunaux que les parties privées ont droit à des dommages-intérêts exemplaires;
- (3) autoriser la Commission à rendre des ordonnances d'interdiction;

¹³⁵ ISBN n° 0-478-00043-X.

¹³⁶ Les documents débutaient tous par le titre « Review of the Penalties, Remedies and Court Processes Under the *Commerce Act*, 1986 ». Ils ont ensuite été sous-titrés comme suit : « Paper 1: Overview (document 1 : aperçu); Paper 2 : Reforming Penalties and Offences (document 2 : réforme des pénalités et des infractions); Paper 3 : Reforming Remedies (document 3 : réforme des recours); Paper 4 : Improving Court Processes (document 4 : amélioration des procédures judiciaires); Paper 5 : Increasing Detection (document 5 : accroissement de la détection). Ils ont été publiés en 1989 en application de la loi intitulée *Official Information Act*.

¹³⁷ CAB (98) M 48/15 et entrevue téléphonique avec M. Geoff. Connor, Direction de la concurrence et des entreprises, ministère du commerce.

¹³⁸ Document de travail, *supra*, note 135, p. 1, para. 1.1.

(4) rendre illégale en soi la conduite des grands cartels, notamment les ententes de limitation de la production ou les ententes de partage du marché;

(5) interdire aux sociétés de dédommager leurs représentants des pénalités infligées;

(6) accorder aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'interdire aux contrevenants de diriger ou de gérer une société pour une période maximale de cinq ans;

(7) mettre sur pied un programme d'amnistie transparent à l'intention des personnes physiques et morales.

Les répercussions que ces modifications pourraient entraîner seront indiquées dans les cas pertinents dans les commentaires qui suivent.

I. Aperçu des actions privées

1a) Conduite donnant ouverture à une action privée

Une action privée peut être intentée en cas de contravention à la partie II de la Loi (pratiques commerciales restrictives) et, depuis les modifications de 1990, à la partie III (fusionnements). Les parties II et III interdisent les pratiques suivantes :

Pratique	Articles	Illégale en soi ¹³⁹ ?
1. Entente entraînant une diminution importante de la concurrence	27, 28	Non
2. Entente comportant des dispositions d'exclusion (Boycottages collectifs)	29	Oui
3. Entente sur la fixation des prix (marchandises ou services). Exemptions :	30, 34	Oui ¹⁴⁰
(1) prix fixé par consortium	31	
(2) recommandations sur les prix	32	
(3) groupes d'achat	33	
4. Abus de position dominante	36, 36A (Depuis 1990)	Non
5. Maintien du prix de revente (marchandises seulement)	37 - 42	Oui
6. Fusionnements	47, 48	Non

Bien que les interdictions susmentionnées soient similaires à celles qui sont énoncées dans la Loi de l'Australie, la Loi de la Nouvelle-Zélande ne renferme aucune disposition semblable aux interdictions australiennes en ce qui a trait aux accords d'exclusivité, aux ventes liées, à la fixation de prix différents ou aux boycottages secondaires. Les accords d'exclusivité et les ventes liées seraient visés par les articles 27 et 36 de la Loi, qui interdisent respectivement les ententes entraînant une diminution sensible de la concurrence et l'abus de position dominante¹⁴¹. La fixation de prix différents à titre d'infraction illégale en soi et le boycottage secondaire ne semblent pas être visés.

¹³⁹ Une infraction illégale en soi est une conduite qui est interdite sans qu'il soit nécessaire de prouver ses répercussions réelles ou probables sur la concurrence.

¹⁴⁰ Au cours de l'examen actuel de la Loi, le Cabinet a convenu [TRADUCTION] « d'élargir la portée de l'article 30 de la *Commerce Act* au-delà de la fixation des prix (qui comprend le truquage des offres), de façon qu'il s'applique également à d'autres activités des grands cartels (c.-à-d. les ententes de limitation de la production et les ententes de partage du marché) ». Document du Cabinet CAB (98) M 48/15, p. 2, al. e. Voir également le *Commerce Act Amendment Bill*, art. 3.

¹⁴¹ Voir Ahdar, *loc. cit.*, note 131, p. 336.

À l'instar de la loi australienne, la Loi accorde aux parties privées le droit de demander une injonction ou des dommages-intérêts par suite d'une contravention aux dispositions susmentionnées¹⁴². Le droit de demander des dommages-intérêts par suite d'une contravention aux dispositions de la Loi qui concernent les fusionnements a été reconnu dans les modifications apportées à celle-ci en 1990¹⁴³. Par ailleurs, contrairement à l'Australie, la Nouvelle-Zélande n'a pas retiré aux parties privées le droit de demander une injonction dans les cas de fusionnement¹⁴⁴.

1b) Types d'actions que les parties privées ont tendance à intenter en pratique

D'après le document de travail que le Cabinet a publié au début de la révision législative¹⁴⁵, la majorité des décisions clés qui ont été rendues dans les actions privées portaient sur des allégations d'abus de position dominante allant à l'encontre de l'article 36 de la Loi¹⁴⁶. Il appert d'un examen de ces décisions que la plupart concernaient des tentatives visant à invalider des accords d'exclusivité ou des ventes liées¹⁴⁷ ou à obtenir l'accès à des produits ou à des services que la partie défenderesse refusait de fournir¹⁴⁸. Au moins deux décisions clés portaient sur d'autres comportements ayant pour

¹⁴² Voir les articles 81 et 82 de la Loi.

¹⁴³ Voir l'article 84A de la Loi et l'article 31 de la Commerce Amendment Act, 1990.

¹⁴⁴ Voir l'article 84 de la Loi.

¹⁴⁵ *Supra*, note 135.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 42 et annexe 4, p. 57. Dans plusieurs cas, les allégations d'abus de position dominante allant à l'encontre de l'article 36 ont été combinées à des allégations d'ententes anticoncurrentielles ou d'ententes contraires à l'article 27 de la Loi.

¹⁴⁷ Voir, p. ex., *Bond & Bond, Ltd. v. Fisher & Paykel, Ltd.*, [1986] 6 N.Z.A.R. 278 (accord d'exclusivité), *McDonald Motors v. Christchurch International Airport* (1991) 4T.C.L.R. 407 (accord d'exclusivité), *Union Shipping New Zealand Ltd. v. Port Nelson Ltd.* (1990), 3 N.Z.B.L.C. 101, 618 (vente liée) et *Stevedoring Services (Nelson) v. Port Nelson*, [1992] N.Z.A.R. 5 (ventes liées et refus de permettre l'accès à des services).

¹⁴⁸ Voir, p. ex., *Chatham Islands Fishermen's Co-op v. Chatham Islands Packaging Co.* (1988), 2 T.C.L.R. 605; *Apple Fields, Ltd. v. New Zealand Apple and Pear Marketing Board*, [1991] 1 N.Z.L.R. 257; *Clear Communications v. Telecom Corp.* (1991), décision non publiée, CP 590/901; *Clear Communications v. Telecom Corp.* (1992), 4 T.C.L.R. 639; *Clear Communications v. Telecom Corp.* (1993), 4 N.Z.B.L.C. 103, 340 (C.A.) et *Stevedoring Services (Nelson) v. Port Nelson*, *supra*, note 8.

but de restreindre l'accès à un marché¹⁴⁹. Dans une décision, un discompteur s'est vu imposer une forme de maintien du prix de revente¹⁵⁰.

Selon toute vraisemblance, le nombre d'actions privées déposées était nettement supérieur au nombre d'actions dans lesquelles une décision a été rendue. Malheureusement, aucune donnée fiable n'existe au sujet des types de comportement anticoncurrentiel reprochés dans ces poursuites. D'après les données australiennes à ce sujet¹⁵¹, qui sont un peu plus détaillées, les différentes fautes alléguées dans toutes les actions privées déposées s'apparenteraient à celles qui ont été relevées dans les actions ayant fait l'objet d'une décision.

1c) Lieu d'introduction des actions privées

En vertu de l'article 75 de la Loi, la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande est investie d'une compétence exclusive en ce qui concerne, notamment, les demandes d'injonction et les actions en dommages-intérêts découlant d'une contravention aux parties II et III de la Loi. Voici les extraits pertinents de l'article 75 :

[TRADUCTION] ARTICLE 75 COMPÉTENCE DE LA HAUTE COUR

75(1) Conformément à la présente partie de la Loi, la Haute Cour entend et tranche les questions suivantes :

a) Dans le cas des contraventions à la partie II de la présente Loi,

...

- (ii) les demandes d'injonction fondées sur l'article 81 de la Loi;
- (iii) les actions en dommages-intérêts fondées sur l'article 82 de la Loi;

b) Dans le cas des contraventions à la partie III de la Loi,

...

- (ii) les demandes d'injonction fondées sur l'article 84 de la Loi;
- (iia) les actions en dommages-intérêts fondées sur l'article 84A de la Loi;

¹⁴⁹ Voir *New Zealand Magic Millions, Ltd. v. Wrightson Bloodstock, Ltd.*, [1990] 1 N.Z.L.R. 731, et *Tru Tone, Ltd. v. Festival Records Retail Mktg., Ltd.*, [1988] 2 N.Z.L.R. 352.

¹⁵⁰ Voir *Direct Holdings v. Feltex* (1986), 2 T.C.L.R. 61.

¹⁵¹ Voir le chapitre sur l'Australie, p. 4 et 5.

(iii) les procédures fondées sur l'article 85 de la Loi; ...

Dans le cas des fusionnements, la Haute Cour dispose d'une compétence exclusive à l'égard des demandes fondées sur l'article 85, soit les demandes d'ordonnance obligeant une partie défenderesse à se départir de ses actions ou d'autres biens.

1d) Nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions intentées par la Commerce Commission

D'après le document de travail que le ministère du commerce a publié en 1998¹⁵², les actions intentées par la Commerce Commission étaient beaucoup moins nombreuses comparativement aux actions privées :

[TRADUCTION] Comme prévu, le nombre d'actions fondées sur la *Commerce Act* dans lesquelles des sanctions pécuniaires ont été infligées est peu élevé. Des décisions de cette nature ont été rendues dans treize cas depuis 1990 (bien qu'au cours de la même période, un nombre beaucoup plus élevé d'actions privées ont été intentées et fournissent plus de précisions sur les comportements qui sont légaux ou qui ne le sont pas). Ce nombre est faible, comparativement à celui des actions fondées sur la *Fair Trading Act* [au sujet de la publicité trompeuse, etc.] et sur la *Health and Safety in Employment Act*. Au cours de la seule année 1995-1996, la Commerce Commission a porté 31 cas à l'attention des tribunaux sous le régime de la *Fair Trading Act* et 169 actions fondées sur l'*Occupational Safety and Health Service Act* ont été accueillies au cours de la même période.

Toutefois, selon nous, ce chiffre peu élevé est imputable au fait qu'il est difficile de déceler les contraventions à la *Commerce Act* ainsi qu'aux frais inhérents aux litiges plutôt qu'à des données indiquant l'absence de problème de dissuasion.

Le nombre relativement peu élevé d'actions intentées par la Commerce Commission a donc été attribué au fait qu'il est difficile de déceler les contraventions à la Loi et au coût élevé des litiges. À ce sujet, les commentaires suivants ont été formulés : [TRADUCTION] « étant donné qu'il est difficile de détecter les infractions à la *Commerce Act* et que la Commission préfère régler les litiges en raison

¹⁵² *Supra*, note 135.

des ressources restreintes dont elle dispose, les juges sont peu souvent appelés à ordonner le paiement de pénalités en application de la Loi »¹⁵³.

Il a également été mentionné dans le document de travail qu'en raison des frais élevés des litiges et d'autres obstacles connexes, les actions privées n'étaient pas légion non plus et qu'en tout état de cause, ces actions ne prévenaient pas les comportements anticoncurrentiels. Parmi les autres facteurs mentionnés dans le document comme facteurs dissuasifs à cet égard, mentionnons les éléments suivants : (1) le fait que les parties privées ne peuvent obtenir que des dommages-intérêts compensatoires; (2) la difficulté de prouver un lien de cause à effet entre le comportement anticoncurrentiel et le préjudice allégué par le plaignant; (3) l'obligation de donner un engagement à l'égard des dommages-intérêts dans les demandes d'injonction provisoire; (4) la tendance des tribunaux à ne pas tenir suffisamment compte des intérêts des consommateurs pour décider s'il y a lieu d'accorder une injonction provisoire dans les actions privées; (5) la réticence des tribunaux à rendre des ordonnances de faire exigeant une surveillance constante.

1e) Naissance du droit d'action privée

En Nouvelle-Zélande, le droit d'action privé est reconnu depuis la promulgation de la nouvelle loi intitulée *Commerce Act* le 28 avril 1986. Avant cet événement, qui a été perçu comme un [TRADUCTION] « changement notoire touchant la pensée économique de la Nouvelle-Zélande »¹⁵⁴, l'application des règles de la Nouvelle-Zélande en matière de concurrence était restreinte sur le plan philosophique par une norme d'intérêt public amorphe calquée sur la *Restrictive Trade Practices Act* alors en vigueur au Royaume-Uni. Les mesures d'application étaient confiées à une bureaucratie parfois trop lourde¹⁵⁵.

¹⁵³ *Id.*, p. 17, note 43.

¹⁵⁴ Ahdar, *loc. cit.*, note 131, p. 335.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 331 à 334.

II. Qualité pour agir en justice

2a) Qualité pour intenter une action privée

Comme c'est le cas en Australie, la Loi permet à toute partie de demander une injonction. L'article 81 de la Loi, qui concerne la partie II (pratiques commerciales restrictives), énonce que [TRADUCTION] « la Cour peut, à la demande de la Commission ou de toute autre personne, accorder une injonction ». L'article 84 de la Loi reconnaît un droit similaire dans les cas de fusionnement.

Cependant, l'action en dommages-intérêts ne peut être intentée que par les personnes qui ont été lésées par suite de la contravention reprochée à la Loi¹⁵⁶. Dans le cas des infractions prévues à la partie II, cette restriction est énoncée au paragraphe 82(1) de la Loi. La même restriction figure également à l'article 84A de la Loi, qui permet l'introduction d'une action en dommages-intérêts par suite d'une contravention aux dispositions de la Loi qui concernent les fusionnements¹⁵⁷.

2b) Critères appliqués pour déterminer la qualité pour agir

Aucune décision significative ne semble avoir été rendue en Nouvelle-Zélande au sujet de la qualité pour agir. Étant donné que les articles 81 et 84 de la Loi reconnaissent à tous la qualité pour demander une injonction, cette lacune ne semble pas importante. Comme c'est le cas pour les actions privées en dommages-intérêts, le principal obstacle qui empêche la partie requérante d'avoir gain de cause semble être l'élément de causalité exigé au paragraphe 82(1) et à l'article 84A de la Loi¹⁵⁸. Le

¹⁵⁶ Toutefois, voir le paragraphe 89(2) de la Loi, qui énonce que, dans toute action, y compris une demande d'injonction, fondée sur un contrat ou un engagement dans laquelle un tribunal conclut à l'existence d'une contravention, le tribunal peut, de son propre chef, modifier ou annuler le contrat ou l'engagement et exiger d'une partie à l'entente en question la restitution ou le paiement d'une indemnité à une autre partie.

¹⁵⁷ Voir également le paragraphe 89(1) de la Loi, qui permet au tribunal d'ordonner, notamment, le paiement de dommages-intérêts dans une demande d'injonction. Toutefois, avant de rendre une ordonnance de cette nature, le tribunal doit en arriver à la conclusion [TRADUCTION] « qu'une partie à l'instance a subi ou subira vraisemblablement un préjudice par suite d'une conduite allant à l'encontre d'une disposition de la partie II de la Loi ».

¹⁵⁸ Voir *Union Shipping New Zealand Ltd. v. Port Nelson Ltd.*, *supra*, note 147, et *Clear v. Telecom* (1992), *supra*, note 148.

nombre d'affaires dans lesquelles des dommages-intérêts ont été demandés est relativement peu élevé et aucune demande de cette nature n'a été accueillie¹⁵⁹.

III. Mesures correctives

3a) Mesures correctives que peuvent demander les parties privées

(1) Injonctions

a) Généralités

Tel qu'il est mentionné plus haut, à l'instar de l'Australie, la Nouvelle-Zélande permet aux parties privées d'obtenir une injonction générale. Les principales dispositions de la Loi à cet égard sont les articles 81 et 84, qui accordent à [TRADUCTION] « la Commission ou à toute autre personne » le droit d'obtenir une injonction interdisant, notamment, les contraventions, les tentatives de contravention ou les complots visant à contrevenir aux dispositions des parties II et III de la Loi. En vertu de l'alinéa 88(2)*b* de la Loi, le tribunal peut également accorder des injonctions provisoires [TRADUCTION] « s'il l'estime à propos » indépendamment de la question de savoir si la partie visée par l'injonction en question a l'intention [TRADUCTION] « de recommencer ou de poursuivre » les activités reprochées.

En plus de l'autoriser à rendre des injonctions provisoires et permanentes, la Loi permet également au tribunal, dans les demandes d'injonction par exemple, [TRADUCTION] « de rendre les ordonnances qu'il estime à propos » contre des parties à l'instance (par. 89(1)). Lorsque l'allégation de contravention porte sur un contrat, le tribunal est autorisé, en vertu du paragraphe 89(2), à modifier le contrat comme bon lui semble, à l'annuler ou à exiger d'une partie la restitution ou le paiement d'une indemnité à une autre partie. En vertu du paragraphe 89(3), le tribunal est investi des mêmes pouvoirs en ce qui concerne les engagements qui vont à l'encontre de la Loi ou qui iraient à l'encontre de celle-ci s'ils étaient exécutés.

¹⁵⁹ Voir le document de travail, *supra*, note 135, p. 24.

b) Injonctions provisoires

Dans le document de travail qu'il a publié¹⁶⁰, le Cabinet a exprimé sa grande déception face au traitement par les tribunaux des demandes d'injonction provisoire fondées sur la Loi. Il a défini en ces termes la différence entre les injonctions permanentes et les injonctions provisoires :

[TRADUCTION] Les injonctions permanentes sont des ordonnances interdisant à une personne d'agir d'une façon qui va à l'encontre de la Loi. En matière de concurrence, les injonctions provisoires protègent les parties demanderesses et d'autres personnes qui ne sont pas parties à l'instance (principalement des consommateurs) des préjudices pour lesquels elles ne pourraient être dédommagées si la conduite était jugée contraire à la Loi à l'instruction de l'affaire. Les deux types d'injonction peuvent avoir pour effet de contraindre une personne à agir ou à s'abstenir d'agir d'une certaine façon (ordonnance de faire).

Les injonctions provisoires étaient donc considérées comme des ordonnances protégeant tant les parties privées que les consommateurs contre le risque de subir des préjudices pour lesquels ils ne pourraient être dédommagés parce que les activités fautives reprochées se poursuivraient jusqu'à la décision finale sur le fond.

Cependant, lorsqu'ils ont été saisis de demandes d'injonction provisoire fondées sur la Loi, les tribunaux ont rarement tenu compte des intérêts généraux des consommateurs. De façon générale, ils ont appliqué les critères que la Chambre des lords a établis dans l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*¹⁶¹, qui les obligeaient essentiellement à se demander si la partie demanderesse avait présenté une preuve *prima facie* et, dans l'affirmative, à trancher l'affaire en fonction de la prépondérance des intérêts entre les parties¹⁶².

¹⁶⁰ *Supra*, note 135.

¹⁶¹ [1975] A.C. 396, p. 405 et 406.

¹⁶² Document de travail, *supra*, note 135, p. 30.

Selon le document de travail, si les demandes d'injonction provisoire n'ont été accueillies que rarement, c'est peut-être en partie parce que les tribunaux n'ont pas tenu compte de l'intérêt public général, notamment les intérêts des consommateurs, dans les cas touchant la concurrence¹⁶³. Voici les commentaires formulés à ce sujet dans le document de travail :

[TRADUCTION] Il existe des différences de taille entre le rôle des injonctions provisoires habituelles et celles qui sont rendues en matière de concurrence. Lorsqu'ils cherchent à savoir laquelle des parties est la plus lésée, les tribunaux doivent également tenir compte de l'intérêt public général. En effet, indépendamment de la question de savoir la partie demanderesse est liée à la partie défenderesse en qualité de concurrent, de fournisseur ou de client, si la conduite de celle-ci est anticoncurrentielle, il y a fort à parier que d'autres personnes seront lésées.

L'ensemble de la société, et surtout les consommateurs, auront subi un préjudice, qu'il s'agisse d'une hausse des prix, d'une baisse de la production, d'une certaine inefficience ou d'un retard sur le plan de l'innovation. Toutefois, généralement, les consommateurs ont peu de chances de recouvrer des dommages-intérêts à l'instruction de l'affaire car, malgré l'importance du préjudice global dans la plupart des cas, de nombreux consommateurs auront subi un préjudice mineur et ne seront pas parties à l'instance. ...

Si le tribunal décide, à l'instruction de l'affaire, que la conduite nuit à la concurrence, il sera alors trop tard pour imposer une forme de réparation ayant pour effet de dédommager l'ensemble des consommateurs des préjudices qu'ils auront déjà subis. La seule façon de protéger les autres consommateurs de ce risque est d'obliger les tribunaux à tenir compte de leurs intérêts au moment de décider s'il y a lieu d'accorder une injonction provisoire. ...¹⁶⁴.

Selon le document, en négligeant les intérêts des consommateurs au moment d'évaluer la prépondérance des inconvénients, les tribunaux ont peut-être été enclins à refuser d'accorder une injonction provisoire, ce qui a permis aux parties défenderesses de continuer à léser les consommateurs

¹⁶³ *Id.*, p. 43 et 44.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 40.

en poursuivant jusqu'à l'instruction leurs activités donnant lieu à des hausses de prix et à des baisses de la production, à l'inefficience et à un retard en matière d'innovation¹⁶⁵.

Le besoin de protéger les consommateurs par l'octroi libéral d'injonctions provisoires a été jugé criant dans les affaires portant sur le refus de fournir ainsi que le refus de permettre l'accès à des services essentiels. Voici les commentaires formulés à ce sujet dans le document :

[TRADUCTION] Ce sont là des facteurs importants lorsque l'affaire concerne un refus de fournir, y compris un refus implicite. Ils le sont davantage encore dans les cas concernant les allégations de refus d'accès à des services essentiels. En effet, plus souvent qu'autrement, la conduite illégale peut se poursuivre pendant l'instance, ce qui risque de nuire considérablement aux consommateurs, compte tenu du temps qui s'écoulera avant que la Haute Cour rende sa décision finale (et avant que les tribunaux supérieurs se prononcent en appel). Le monopoliste sera fortement tenté de continuer à refuser l'accès en retardant le plus possible les procédures si le tribunal n'a pas précédemment rendu d'ordonnances dissuasives, notamment dans les demandes d'injonction provisoire présentées dans la même instance. ...¹⁶⁶

Ainsi, étant donné que la partie défenderesse était fortement incitée à continuer de refuser de fournir des services ou d'empêcher l'accès à des services jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée définitivement après un long délai, il fallait favoriser l'octroi libéral d'injonctions provisoires dans les cas de cette nature.

En réponse à ces préoccupations, le Cabinet Economic Committee a formulé les commentaires et la recommandation qui suivent :

[TRADUCTION] Dans le cadre de l'examen des demandes d'injonction provisoire, la Loi permet aux tribunaux de tenir compte non seulement des intérêts des parties au litige, mais aussi des intérêts économiques plus généraux, comme ceux des consommateurs... Toutefois, la Loi ne précise nullement à l'heure actuelle la mesure

¹⁶⁵ Voir également *id.*, p. 43 et 44.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 41.

dans laquelle les intérêts plus généraux devraient être pris en compte dans les demandes d'injonction provisoire. Après avoir examiné la plupart des décisions rendues jusqu'à maintenant, les fonctionnaires ont conclu que l'importance accordée aux intérêts des consommateurs a varié au fil des années. Par souci d'uniformité et de certitude à cet égard, il est proposé de formuler de façon plus explicite les critères à appliquer au cours de l'examen des demandes d'injonction provisoire en précisant qu'il est nécessaire de tenir suffisamment compte des intérêts des consommateurs. ...¹⁶⁷

Le Cabinet Economic Committee a recommandé que le législateur modifie la Loi afin de préciser que les tribunaux doivent examiner les intérêts des consommateurs et leur accorder l'importance qui convient au moment de trancher les demandes d'injonction provisoire fondées sur la Loi. Il a ajouté que, même s'il est encore nécessaire de faire montre de prudence avant de rendre des injonctions, cette modification inciterait davantage les tribunaux [TRADUCTION] « à accorder des injonctions pour mettre un terme à une conduite peu souhaitable »¹⁶⁸. Le Cabinet a adopté cette recommandation et ajouté une disposition en ce sens dans le *Commerce Act Amendment Bill*¹⁶⁹.

c) Injonctions permanentes

Étant donné que la Loi ne permettait apparemment pas [TRADUCTION] « de dissuader efficacement les contrevenants éventuels, en partie parce que les procédures judiciaires connexes ... [étaient] longues et coûteuses »¹⁷⁰, le Cabinet Economic Committee a recommandé en principe d'autoriser la Commerce Commission à rendre des ordonnances de ne pas faire en matière de pratiques commerciales restrictives. À l'heure actuelle, il semble que la Commission ne pourra rendre des ordonnances de cette nature que dans les actions qu'elle a elle-même engagées. Toutefois, si tel est le cas, il est fort probable que les parties privées tenteront de réduire au minimum les coûts et retards

¹⁶⁷ Document 3 : Reforming Remedies, *supra*, note 136, p. 5, par. 28 et 29.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 5, par. 31.

¹⁶⁹ Document du Cabinet CAB (98) M 48/15, p. 3, al. 3e, et art. 10 du Commerce Act Amendment Bill.

¹⁷⁰ Document 4 : Improving Court Processes, *supra*, note 136, p. 1.

en cherchant à convaincre la Commission de déposer une requête en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction avant de présenter elles-mêmes une demande d'injonction devant les tribunaux¹⁷¹.

Le faible taux de succès des demandes d'ordonnance de faire a également été souligné dans le document de travail. Cet échec s'expliquerait principalement par la [TRADUCTION] « crainte que la Cour ne soit appelée à jouer un rôle de surveillance permanente ou à entendre plus tard une autre affaire portant sur un comportement identique ou similaire »¹⁷². Si le faible taux de succès a été jugé [TRADUCTION] « rassurant pour les entreprises qui contrôlent les services essentiels »¹⁷³, aucune conclusion n'a été formulée dans le document de travail en ce qui a trait à l'opportunité de libéraliser l'examen des demandes d'ordonnance de faire¹⁷⁴. Le Cabinet Economic Committee n'a formulé aucune recommandation à ce sujet et aucune modification n'a été proposée à cet égard dans le *Commerce Act Amendment Bill*.

(2) Ordonnances de dessaisissement

Contrairement à l'Australie, la Nouvelle-Zélande ne permet pas aux parties privées d'obtenir des ordonnances de dessaisissement dans les cas de fusionnement. En vertu du paragraphe 85(1) de la Loi, le tribunal peut rendre une ordonnance de cette nature [TRADUCTION] « à la demande de la Commission ». Il n'est nullement question des demandes présentées par d'autres personnes.

(3) Dommages-intérêts

En vertu des articles 82 et 84A de la Loi, les parties privées ont le droit de réclamer des dommages-intérêts par suite d'un préjudice qu'elles ont subi en raison d'une contravention aux dispositions de la Loi qui concernent les pratiques commerciales restrictives ou les fusionnements.

¹⁷¹ Pour obtenir des renseignements plus détaillés au sujet des ordonnances d'interdiction, voir la section 3b)(2) du présent chapitre, *infra*.

¹⁷² Document de travail, *supra*, note 135, p. 45.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Id.*, p. 46.

Toutefois, jusqu'à maintenant, peu de demandes de cette nature ont été formulées et aucune n'a été accordée¹⁷⁵. Cet échec s'expliquerait principalement par l'impossibilité d'établir un lien de cause à effet suffisant entre le préjudice subi par la partie demanderesse et le comportement anticoncurrentiel reproché¹⁷⁶.

Selon le document de travail, le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la Loi devrait avoir pour effet de prévenir la conduite anticoncurrentielle ainsi que de dédommager les parties demanderesses des préjudices qu'elles ont subis :

[TRADUCTION] À l'instar des lois sur la concurrence en vigueur dans d'autres territoires, la *Commerce Act* permet l'adoption de mesures d'application tant publiques que privées. Ce droit d'action privé a implicitement pour effet de reconnaître que l'organisme public dispose de ressources restreintes pour engager des actions et que les parties privées peuvent jouer un rôle complémentaire à cet égard.

La principale question que nous examinons... est celle de savoir si le rôle des dommages-intérêts en droit de la concurrence en est un d'indemnisation ou de dissuasion, ou l'un et l'autre. À notre avis, ils ont un rôle de dissuasion et la pratique actuellement suivie en matière d'octroi de dommages-intérêts ne permet pas d'atteindre cet objectif. Nous présentons deux options afin d'améliorer cette situation, soit la possibilité d'accorder des dommages-intérêts multiples et celle d'infliger des sanctions pécuniaires dans les actions privées, et nous demandons des opinions à ce sujet...¹⁷⁷.

Pour que l'action privée constitue un moyen de dissuasion efficace complétant les mesures d'application publiques, il y aurait lieu, selon le document de travail, de permettre aux tribunaux d'accorder des dommages-intérêts multiples ou d'infliger des sanctions pécuniaires.

¹⁷⁵ Voir le document de travail, *supra*, note 135, p. 34, art. 4.3.2.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Id.*, numéro 4.1.

Après avoir examiné le document de travail et un certain nombre de propositions présentées en réponse à celui-ci, le Cabinet Economic Committee a refusé de recommander l'une ou l'autre de ces suggestions¹⁷⁸. Il a plutôt choisi d'accroître l'accès à des dommages-intérêts exemplaires. À cette fin, il a proposé que le législateur reconnaisse clairement dans la Loi la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts exemplaires et qu'il précise aux tribunaux, au cours de l'adoption du Commerce Act Amendment Bill, qu'il [TRADUCTION] « s'attend à ce que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires soit relativement plus fréquent dans les affaires fondées sur la Commerce Act, car le préjudice économique global découlant d'une conduite anticoncurrentielle est habituellement nettement supérieur au préjudice causé à un seul rival »¹⁷⁹. Le Cabinet a accepté d'apporter cette modification, si bien que l'article 9 du Commerce Act Amendment Bill autorisait expressément le tribunal à ordonner le paiement de dommages-intérêts exemplaires, [TRADUCTION] « même s'il a rendu ou peut rendre une ordonnance obligeant la personne à verser une amende »¹⁸⁰.

(4) Recours collectifs

Les règles de la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande permettent que des recours collectifs soient engagés par suite, notamment, de contraventions à la Loi. Toutefois, à l'heure actuelle, les règles sont très restrictives et ne seraient probablement pas utiles pour les groupes importants de parties éventuelles à un litige. Aucune décision ne semble avoir été rendue au sujet d'un recours collectif fondé sur la Loi¹⁸¹.

¹⁷⁸ Cependant, le comité a reconnu que le principal objectif du régime de mesures d'application de la Loi devrait être la dissuasion :

[TRADUCTION] Pour que les mesures d'application de la Loi soient efficaces, il importe que leur principal objectif soit la dissuasion. En matière de concurrence, il n'est pas nécessaire que les sanctions protègent la société de manquements répétés dans la même mesure que dans le cas des crimes empreints de violence. De plus, les personnes coupables d'une infraction à la *Commerce Act* n'ont généralement pas besoin de réhabilitation. Il importe plutôt que les sanctions prévues à la Loi punissent le contrevenant d'aujourd'hui de façon à dissuader d'autres personnes d'agir de la même façon à l'avenir. ...
Document 1, *supra*, note 136, p. 5, par. 24.

¹⁷⁹ Document 3, *supra*, note 136, par. 21.

¹⁸⁰ Document du Cabinet CAB (98) M 48/15, p. 3, al. 3c, et art. 9 du Commerce Act Amendment Bill.

¹⁸¹ Document de travail, *supra*, note 135, p. 32, note 96, et p. 50.

(5) Jugements déclaratoires

Un jugement déclaratoire est une ordonnance du tribunal qui constitue simplement une décision faisant autorité sur une question donnée. Il n'a pas pour effet d'accorder des dommages-intérêts ou une autre réparation aux parties. Il est possible d'obtenir un jugement déclaratoire dans le cadre d'une action privée engagée devant la Haute Cour et un jugement de cette nature a effectivement été rendu dans au moins deux actions privées intentées sous le régime de la Loi.

Ainsi, dans l'arrêt *Union Shipping New Zealand Ltd. v. Port Nelson Ltd.*¹⁸², la Cour a refusé d'interdire à Port Nelson d'exiger un droit de débarcadère qui, apparemment, nuisait à la concurrence et allait à l'encontre des dispositions de l'article 36 de la Loi concernant l'abus de position dominante. La Cour a plutôt déclaré que certains éléments semblaient avoir été pris en compte deux fois dans la détermination de ce droit et que les parties devraient procéder à leurs frais à une analyse comptable indépendante de ce calcul.

Dans l'arrêt *Clear v. Telecom* (1993)¹⁸³, la Cour d'appel a déclaré que la position de négociation de Telecom allait à l'encontre des dispositions de l'article 36 de la Loi qui concernent l'abus de position dominante. Cependant, elle a refusé d'accorder des dommages-intérêts ou une injonction à Clear, en raison de la position de négociation également déraisonnable de celle-ci. Elle a plutôt ordonné aux parties de retourner à la table de négociations en les prévenant que, si elles ne parvenaient pas à s'entendre, elles pourraient être tenues d'avoir recours à un arbitre ou subir l'intervention directe du gouvernement par la réglementation.

(6) Autres ordonnances

En vertu du paragraphe 89(1) de la Loi, le tribunal est [TRADUCTION] « investi de larges pouvoirs l'autorisant à rendre toute ordonnance, qu'il accorde ou non une injonction, s'il estime

¹⁸² *Supra*, note 147.

¹⁸³ *Supra*, note 148. Le Conseil privé a plus tard infirmé la décision de la Cour d'appel.

qu'une partie à l'instance a été ou est susceptible d'être lésée par suite d'une contravention à la partie II [pratiques commerciales restrictives] »¹⁸⁴ Voici le libellé du paragraphe 89(1) :

[TRADUCTION] 89(1) Lorsque, dans toute instance fondée sur la présente partie de la Loi, la Cour estime qu'une partie a subi ou risque de subir un préjudice par suite de la conduite d'une autre personne allant à l'encontre d'une disposition de la partie II de la Loi, elle peut, qu'elle accorde ou non une injonction ou prenne une autre décision en application de la présente partie de la Loi, rendre toute autre ordonnance qu'elle juge indiquée contre l'auteur de la contravention ou contre toute autre personne qui a commis un acte mentionné aux alinéas 81*b*) à *f*) de la Loi dans le cadre de la contravention. ...

La Cour peut rendre toute ordonnance [TRADUCTION] « qu'elle juge indiquée » contre la personne qui a contrevenu à la Loi et toute autre personne qui a participé ou apporté son aide à la contravention ou encore qui a conseillé ladite contravention ou comploté dans le cadre de celle-ci, contrairement aux alinéas 81*b*) à *f*) de la Loi.

En vertu du paragraphe 89(2) de la Loi, la Cour est autorisée à modifier ou à annuler les contrats allant à l'encontre de la Loi ou à ordonner la restitution ou le paiement d'une indemnité aux parties au contrat. Le paragraphe 89(2) est ainsi libellé :

[TRADUCTION] 89(2) Lorsqu'un contrat allant à l'encontre de la Loi est conclu ou qu'il renferme une disposition qui, si elle était appliquée, irait à l'encontre de la Loi la Cour peut, dans toute instance fondée sur la présente partie de la Loi ou dans une demande présentée par une partie au contrat ou par tout ayant cause d'une partie au contrat, par ordonnance,

a) modifier le contrat de la manière qu'elle juge indiquée, pourvu qu'elle soit compatible avec les dispositions de la Loi;

b) annuler le contrat;

c) exiger de toute personne qui est partie au contrat la restitution ou le paiement d'une indemnité à toute autre partie au contrat.

¹⁸⁴ Document de travail, *supra*, note 135, p. 41, par. 5.3.

Ces pouvoirs peuvent être exercés indépendamment de la question de savoir si la partie demanderesse a réclamé des dommages-intérêts ou une injonction dans l'action initialement déposée.

Jusqu'à maintenant, la Cour n'aurait exercé ses pouvoirs découlant du paragraphe 89(2) de la Loi que dans une seule affaire, soit dans l'arrêt *Shell (Petroleum Mining) Company Ltd. and Todd Petroleum Mining Company Ltd. v. Kapuni Gas Contracts Ltd. and Natural Gas Corporation of New Zealand Ltd.*¹⁸⁵, où elle a refusé d'accorder une indemnité à la partie lésée, mais a modifié le contrat de façon à éliminer la disposition qui allait à l'encontre de la Loi. D'après le document de travail, [TRADUCTION] « c'est le seul cas où une "autre" ordonnance a été rendue »¹⁸⁶.

3b) Mesures correctives que la Commerce Commission peut exercer :

(1) Injonctions provisoires et permanentes et ordonnances de faire

En vertu des articles 81, 84 et 88 de la Loi, la Commerce Commission est investie des mêmes pouvoirs que les parties privées en ce qui a trait à l'obtention d'une injonction provisoire, d'une injonction permanente et d'une ordonnance de faire dans les cas de pratiques commerciales restrictives et de fusionnement. Cependant, la plupart des injonctions clés fondées sur la Loi ont été obtenues dans le cadre d'une action privée.

Le nombre restreint de cas dans lesquels la Commission a déposé elle-même une demande d'injonction s'expliquerait principalement par le budget restreint dont elle dispose. C'est ce qu'a souligné le Cabinet Economic Committee dans le cadre de la révision de la Loi :

[TRADUCTION] La Commerce Commission a déclaré que l'un des principaux obstacles qui l'empêchaient de demander une injonction provisoire pour mettre un terme aux comportements anticoncurrentiels réside dans l'obligation de fournir un engagement quant au paiement des dommages-intérêts. La Commission craint que, si elle est tenue d'honorer un engagement de cette nature, le montant en question ne devienne une dette grevant son budget.

¹⁸⁵ (CL 5/94, Auckland, 3 février 1997), p. 197.

¹⁸⁶ Document de travail, *supra*, note 135, p. 42, par. 5.3.

Même si la limite de responsabilité de la Commission est fixée à un montant de 40 000 000 \$ [en vertu du paragraphe 88(3A) de la Loi], il n'existe aucun accord ou entente prévoyant la radiation de cette créance par le gouvernement. C'est là un obstacle de taille qui empêche à toutes fins utiles la Commission de demander des injonctions provisoires. Cela signifie que la Commission n'utilise pas ce moyen d'action dans la mesure souhaitée pour mettre un terme aux comportements anticoncurrentiels. De plus, la menace d'une injonction provisoire ne constitue vraisemblablement pas un moyen de dissuasion suffisant¹⁸⁷. ...

Les conséquences qui découleraient de l'obligation de respecter un engagement en ce qui a trait au budget de la Commission ont effectivement incité celle-ci à éviter de demander des injonctions provisoires. Dans la plupart des cas où il aurait été nécessaire d'obtenir une injonction de cette nature, la Commission a plutôt tenté de négocier des accords avec les parties [TRADUCTION] « afin de stabiliser la situation jusqu'à la fin de son enquête ou jusqu'au dénouement d'une éventuelle action en justice »¹⁸⁸.

Pour faire de la demande d'injonction un recours plus attrayant, la Commission a proposé au législateur de modifier la Loi de façon à la soustraire à l'obligation de remettre un engagement dans des demandes d'injonction ou, subsidiairement, de façon à reconnaître que le gouvernement de la Nouvelle-Zélande financerait le coût de tout engagement au titre des dommages-intérêts que la Commission serait tenue de respecter¹⁸⁹. Le Cabinet Economic Committee a souligné que, si la modification législative proposée était apportée, les règles applicables en Nouvelle-Zélande à ce sujet seraient semblables à celles de l'Australie :

[TRADUCTION] Une façon d'augmenter considérablement l'usage de l'injonction provisoire serait de soustraire la Commission à l'obligation de remettre un engagement quant au paiement des dommages-intérêts. Une exemption de cette nature existe à l'heure actuelle en Australie, où la Competition and Consumer Commission

¹⁸⁷ Document 4, *supra*, note 136, p. 5, par. 27 et 28.

¹⁸⁸ *Id.*, p. 4, par. 23.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 5 et 6, par. 28 et 32.

ne fournit pas d'engagement de cette nature ni n'est tenue de le faire¹⁹⁰. ...

Cependant, le comité a refusé de recommander la proposition, estimant qu' [TRADUCTION] « il serait inéquitable que la Commission échappe à sa responsabilité par suite des préjudices qu'elle pourrait causer aux entreprises assujetties à une injonction provisoire »¹⁹¹ et que cette proposition [TRADUCTION] « augmenterait le pouvoir de la Commission de modifier le marché, lequel ne serait plus restreint par l'obstacle que représente à l'heure actuelle la responsabilité au titre des frais »¹⁹².

Plutôt que d'adopter l'une ou l'autre des propositions de la Commission, le comité a recommandé qu'elle soit autorisée à rendre des ordonnances d'interdiction et le Cabinet a souscrit à cette recommandation¹⁹³. De l'avis du comité, si la Commission était investie de ce pouvoir, [TRADUCTION] « elle ne verrait pas la nécessité de demander des injonctions provisoires, sauf dans les circonstances exceptionnelles... où, même si elle est incertaine de tous les faits, il lui semble impérieux d'agir rapidement »¹⁹⁴.

(2) Ordonnances d'interdiction

Aux yeux du comité du Cabinet, une ordonnance d'interdiction fondée sur la Loi serait [TRADUCTION] « une injonction administrative formelle enjoignant à la partie concernée de mettre fin à une conduite qui va à l'encontre des dispositions de la Loi concernant les pratiques commerciales restrictives »¹⁹⁵. Les commissaires rendraient une ordonnance de cette nature par suite d'enquêtes que mènerait le personnel de la Commission au sujet d'allégations de contravention. L'ordonnance [TRADUCTION] « se limiterait à l'arrêt de la conduite... elle n'aurait pas pour effet d'exiger des

¹⁹⁰ *Id.*, par. 29.

¹⁹¹ *Id.*, par. 31.

¹⁹² *Id.*, par. 33.

¹⁹³ Document du Cabinet CAB (98) M 48/15, p. 3, par. 4b à f.

¹⁹⁴ Document 4, *supra*, note 136, par. 31.

¹⁹⁵ *Id.*, p. 3, par. 15. Les ordonnances d'interdiction ne pourraient être obtenues dans les cas de fusionnement.

engagements positifs de la part des entreprises »¹⁹⁶. L'ordonnance des commissaires [TRADUCTION] « pourrait être portée en appel devant la Haute Cour et serait susceptible de contrôle judiciaire; toutefois, elle s'appliquerait malgré tout appel ou contrôle judiciaire. La Commission serait tenue de payer des dommages-intérêts dans les cas où il serait prouvé qu'elle a agi de façon déraisonnable ou de mauvaise foi »¹⁹⁷.

Fait intéressant à souligner, la Commerce Commission ne souhaitait pas être autorisée à rendre des ordonnances d'interdiction. Elle préférait plutôt être plus en mesure de demander des injonctions provisoires et continuer à se fonder sur son pouvoir de négocier de façon informelle des accords ayant pour effet de geler la situation de la concurrence pendant l'enquête ou l'action en justice. La Commission a également insisté sur la nécessité d'élaborer des règles d'équité procédurale accordant aux parties susceptibles d'être touchées par une ordonnance d'interdiction le droit de se faire entendre et le droit d'interjeter appel, par exemple¹⁹⁸. À ce sujet, le Department for Courts a souligné que [TRADUCTION] « les droits d'appel et de contrôle judiciaire liés aux ordonnances d'interdiction ne régleraient pas vraiment les problèmes de délai et de coût associés aux litiges fondés sur la Commerce Act »¹⁹⁹.

Le comité du Cabinet n'a pas tenu compte de ces préoccupations, faisant remarquer qu'aux États-Unis, les ordonnances d'interdiction de la Federal Trade Commission étaient très efficaces et que, en pratique, peu d'entre elles avaient été portées en appel²⁰⁰. Le comité a ajouté ce qui suit :

¹⁹⁶ *Id.*, par. 18.

¹⁹⁷ *Id.*, par. 17. Cette conception a été reproduite pour l'essentiel aux articles 5A et 10A du feuilleton supplémentaire déposé le 29 juillet 1999. Toutefois, d'autres éléments ont été ajoutés. L'article 5A autoriserait la Commission à exiger des mesures positives dans une ordonnance d'interdiction si elle est convaincue que [TRADUCTION] « l'arrêt de la conduite ne rétablira pas la concurrence ou le potentiel de concurrence ». Ce même article prévoyait également la possibilité d'infliger des sanctions pécuniaires par suite de contraventions aux ordonnances d'interdiction.

¹⁹⁸ *Id.*, p. 4, par. 23.

¹⁹⁹ *Id.*, par. 21.

²⁰⁰ *Ibid.*

[TRADUCTION] De l'avis des représentants, les injonctions provisoires ne sont pas aussi avantageuses à l'heure actuelle que les ordonnances d'interdiction, qui constitueraient un complément souhaitable aux injonctions provisoires, pour les raisons suivantes :

- elles permettent d'éviter les recours en justice;
- leur coût est peu élevé;
- elles sont préférables dans le cas des contraventions à la Loi qui ne justifient pas l'introduction d'une action en justice par la Commission;
- elles peuvent être appliquées rapidement;
- elles permettent d'éviter l'accumulation des coûts découlant d'une contravention probable à la Loi²⁰¹. ...

Il a été proposé en principe d'autoriser la Commission à rendre des ordonnances d'interdiction, pourvu que le Cabinet rende une décision finale après avoir reçu le rapport d'un représentant [TRADUCTION] « au sujet des procédures et des structures ainsi que des sanctions nécessaires pour que la Commission exerce cette fonction »²⁰². Le Cabinet a reconnu le bien-fondé de cette proposition et, après avoir pris connaissance du rapport, il a inscrit le pouvoir en question au feuillet supplémentaire²⁰³.

(3) Sanctions pécuniaires

Comme c'est le cas en Australie, aucune infraction criminelle n'a été créée au titre des comportements anticoncurrentiels en Nouvelle-Zélande. La Loi permet plutôt à la Commission d'obtenir des sanctions pécuniaires dans les actions civiles portées devant la Haute Cour²⁰⁴. À l'heure

²⁰¹ *Id.*, p. 4 et 5, par 24.

²⁰² *Id.*, p. 5, par. 26.

²⁰³ Voir la note 194 et le texte s'y rapportant, *supra*, ainsi que le feuillet supplémentaire en date du 29 juillet 1999.

²⁰⁴ *Commerce Act*, art. 75. Le Cabinet Economic Committee a examiné et rejeté la possibilité de criminaliser les contraventions à la Loi. Document 2, Reforming Penalties and Offences, *supra*, note 136, p. 6 et 7, par. 26 à 32.

actuelle, la pénalité maximale s'élève à 5 000 000 \$ dans le cas des entreprises et à 500 000 \$ dans le cas des particuliers²⁰⁵.

En août 1998, la Haute Cour a infligé des amendes plus élevées que jamais à différentes personnes physiques et morales. En effet, elle a condamné neuf entreprises spécialisées dans la production de viande à payer des amendes totalisant 5 500 000 \$. De plus, elle a infligé une pénalité de 380 000 \$ à une entreprise de Christchurch fournissant des services de transport par autobus, ainsi qu'une amende de 10 000 \$ au principal dirigeant de celle-ci²⁰⁶.

De l'avis du Cabinet Economic Committee, même des sanctions de cet ordre ne suffisent pas pour atteindre l'objectif de la Loi en ce qui a trait à la dissuasion²⁰⁷ : [TRADUCTION] « la sanction maximale pouvant être infligée aux entreprises est inférieure au chiffre d'affaires atteint en une seule journée dans le cas des principales entreprises de la Nouvelle-Zélande. De plus, les cartels de certains des grands marchés oligopolistiques pourraient recouvrer le coût de l'amende en quelques semaines seulement »²⁰⁸.

Après avoir examiné les régimes de sanctions en vigueur dans d'autres territoires, le Cabinet Economic Committee a recommandé et le Cabinet a approuvé que la Nouvelle-Zélande adopte le modèle suisse. Le Committee s'est exprimé en ces termes²⁰⁹ :

[TRADUCTION] Il est proposé que des sanctions pécuniaires pouvant atteindre le triple du gain illégal ou 10 p. 100 du chiffre d'affaires annuel (soit le modèle suisse) puissent être infligées. Le

²⁰⁵ *Commerce Act*, al. 80(1)f) et 83(1)f).

²⁰⁶ Document 2, *supra*, note 136, p. 1, par. 4.

²⁰⁷ La plupart des sanctions pécuniaires infligées depuis 1990 ont été proposées à la Cour à titre de pénalités convenues qui avaient été négociées entre la Commission et les parties défenderesses. Selon le document de travail, c'est peut-être ce qui explique l'adoption d'une conception prudente au sujet des sanctions, la Commission ayant généralement demandé des sanctions situées à l'extrémité inférieure de l'échelle afin d'éviter les coûts et les délais inhérents à une action contestée. Document de travail, *supra*, note 135, p. 22.

²⁰⁸ Document 2, *supra*, note 136, p. 2, par. 6.

²⁰⁹ Document du Cabinet CAB (98) M 48/15, p. 2, al. 2c.

modèle suisse est retenu, parce qu'il indique aux tribunaux que les sanctions pécuniaires devraient avoir un effet punitif, comme le suppose l'utilisation d'un multiple du gain illégal. Le modèle reconnaît en outre le problème inhérent au calcul du gain illégal en prévoyant une mesure de rechange, soit le pourcentage du chiffre d'affaires²¹⁰. ...

Considéré comme le modèle qui permettrait le mieux d'atteindre l'objectif de dissuasion que vise la Loi, le modèle suisse a été reproduit à l'article 6 du Commerce Act Amendment Bill.

Le comité n'a pas recommandé que l'amende maximale de 500 000 \$ pouvant être infligée aux particuliers soit modifiée, estimant que ce montant était suffisamment élevé pour promouvoir la dissuasion. Cependant, soulignant que cette sanction avait rarement été infligée, le comité a proposé [TRADUCTION] « que le législateur indique à la Haute Cour, au moyen d'un énoncé en ce sens dans la Loi, la nécessité accrue d'infliger des sanctions pécuniaires aux particuliers qui contreviennent à la Loi »²¹¹. Il a également été recommandé que la Loi interdise [TRADUCTION] « aux personnes morales d'indemniser leurs mandataires à l'égard des sanctions qui leur sont infligées »²¹². Le Cabinet a accepté les deux recommandations. Le Commerce Act Amendment Bill comportait donc une disposition obligeant la Cour [TRADUCTION] « à ordonner à une personne de verser une amende, sauf si elle estime qu'il existe de bonnes raisons de ne pas rendre une ordonnance de cette nature ». Le projet de loi interdisait également aux entreprises d'indemniser leurs mandataires²¹³.

Le comité a également recommandé que le paragraphe 80(2) de la Loi, qui énonce les critères que la Haute Cour doit prendre en compte pour déterminer une sanction satisfaisante²¹⁴, [TRADUCTION] « soit reformulé dans le contexte de l'objectif de la dissuasion » et le Cabinet a souscrit à cette recommandation²¹⁵. En vertu de la modification, la Cour devrait [TRADUCTION]

²¹⁰ Document 2, *supra*, note 136, p. 4, par. 16.

²¹¹ *Id.*, p. 7, par. 37.

²¹² *Id.*, p. 10.

²¹³ Document du Cabinet CAB (98) M 48/15, p. 3, al. 2i et j, et art. 6 et 7 du Commerce Act Amendment Bill.

²¹⁴ *Id.*, p. 3, al. k.

²¹⁵ Document 2, *supra*, note 136, p. 8, par. 42.

« tenir compte de la nature et de l'importance du gain illégal réel ou anticipé »²¹⁶. De l'avis de certains, cette modification réduirait vraisemblablement au minimum [TRADUCTION] « la possibilité que des sanctions insatisfaisantes soient infligées et offrirait de ce fait une plus grande certitude aux entreprises en ce qui a trait aux coûts probables associés aux contraventions à la Loi »²¹⁷. Cette modification a été énoncée à l'article 6 du Commerce Act Amendment Bill.

(4) Ordonnances interdisant à des particuliers de diriger ou de gérer des personnes morales

Ce pouvoir n'existe pas encore en vertu de la Loi; cependant, le comité du Cabinet a recommandé que la Loi soit modifiée de façon à accorder aux tribunaux [TRADUCTION] « le pouvoir discrétionnaire d'interdire aux contrevenants de diriger ou de gérer une personne morale pendant une période pouvant atteindre cinq ans »²¹⁸. L'article 7 du Commerce Act Amendment Bill aurait pour effet d'ajouter un alinéa c) à l'article 80 de la Loi afin de donner suite à cette modification.

(5) Ordonnances de dessaisissement

Contrairement à l'Australie, la Nouvelle-Zélande ne permet pas à des parties privées de demander une ordonnance de dessaisissement dans les cas de fusionnement. En vertu du paragraphe 85(1) de la Loi, seule la Commission a le droit d'obtenir une ordonnance de cette nature. Selon les alinéas 85(1)*b*) à *d*), une ordonnance peut avoir pour effet d'exiger l'aliénation d'éléments d'actif ou d'actions suivant la décision du tribunal ou conformément aux conditions d'un engagement remis à la Commission dans une demande d'autorisation ou d'approbation.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Id.*, p. 10.

(6) Application administrative

Comme c'est le cas en Australie, la Nouvelle-Zélande permet à la Commission d'accorder des autorisations à l'égard de certains fusionnements et de certaines pratiques commerciales restrictives, pourvu que l'avantage public qui en découle soit supérieur aux inconvénients résultant de la diminution de la concurrence²¹⁹. Les fusionnements proposés peuvent être autorisés à l'avance²²⁰. Les parties qui demandent une autorisation peuvent être tenues de remettre un engagement écrit à la Commission, lequel engagement fait partie de l'autorisation une fois que celle-ci est accordée²²¹.

Dans le cadre de ses enquêtes, la Commission peut donner des avertissements ou négocier des règlements auxquels elle-même ou son personnel sera partie. Les avertissements constituent des tentatives informelles en vue de convaincre les parties visées par l'enquête de modifier leur conduite. Ils peuvent être donnés par téléphone ou au cours d'une réunion et sont suivis d'une lettre dans laquelle la Commission précise que la conduite en question constitue ou pourrait constituer une contravention à la Loi. Les règlements négociés par le personnel sont des engagements signés par lesquels la partie concernée promet de modifier la conduite qui lui est reprochée et de mettre en oeuvre un programme de conformité, par exemple. Les règlements négociés par la Commission sont semblables, mais ils sont réservés aux grands participants du marché, à la conduite touchant des marchés importants ou à celle qui a des répercussions majeures sur la concurrence. Tous les règlements sont publiés dans le bulletin de la Commission.

La Commission peut également négocier avec une partie faisant l'objet d'une enquête un accord dans lequel celle-ci convient de geler la situation relative à la concurrence jusqu'au résultat de l'enquête. Dans le document qu'elle a présenté au comité du Cabinet et dans lequel elle s'est opposée à obtenir le pouvoir de rendre des ordonnances d'interdiction, la Commission a souligné qu'elle avait réussi à négocier des accords de cette nature dans la majorité des cas où une injonction provisoire aurait pu être demandée. Le comité a répondu comme suit : [TRADUCTION] « ces accords sont

²¹⁹ Voir la partie V et le par. 61(6) de la Loi.

²²⁰ Voir l'art. 66 de la Loi.

²²¹ Voir l'art. 69A de la Loi.

négociés dans le contexte d'une menace d'action en justice... ils s'apparentent à des ordonnances d'interdiction. En ce sens, l'octroi à la Commission du pouvoir de rendre des ordonnances de cette nature accroîtra la transparence de ses travaux et de ses procédures »²²².

Le comité du Cabinet a également invité la Commerce Commission à publier un programme à l'intention des dénonciateurs qui comporterait quelques-uns des éléments du programme d'amnistie du ministère de la justice américain. Le Comité s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] Le ministère de la justice américain applique un programme de clémence depuis 1993. Ce programme offre une immunité contre des accusations criminelles au premier complice qui se dénonce dans les affaires mettant en cause les grands cartels. Depuis l'entrée en vigueur du programme, une entreprise par mois s'est dénoncée en moyenne dans une gamme variée d'industries. Le programme a mené à l'introduction de poursuites relatives à des activités illégales que le ministère n'aurait pu déceler autrement. En fait, le succès du programme américain a incité la Commission européenne à adopter un programme de clémence formel.

La Commerce Commission peut déjà convenir de ne pas engager de poursuites en justice contre certaines personnes physiques et morales dans des cas particuliers. Toutefois, il est peu probable que ce programme informel donnerait d'aussi bons résultats sur le plan de la détection comparativement à un programme explicite et formel²²³.

Un programme de clémence formel a été considéré comme un moyen de détection utile. En ce sens, il serait nettement plus efficace que le pouvoir de la Commission de négocier de façon informelle la clémence dans des cas individuels. Le Cabinet a invité le ministre des Entreprises et du Commerce à demander à la Commerce Commission un rapport sur la possibilité de mettre sur pied un programme d'amnistie transparent²²⁴. Jusqu'à maintenant, les amendements proposés à la Loi ne renferment aucune disposition autorisant la mise sur pied d'un programme de cette nature.

²²² Document 4, *supra*, note 136, p. 5, par. 25.

²²³ Document 5 : Increasing Detection, *supra*, note 136, p. 3, par. 15 et 16.

²²⁴ Document du Cabinet CAB (98) M 48/15, p. 4, par. 5g.

3c) Octroi de dommages-intérêts

Tel qu'il est mentionné plus haut dans le présent chapitre, aucune indemnité sous forme de dommages-intérêts n'a été accordée dans les actions privées fondées sur la Loi. Certaines actions en dommages-intérêts ont été réglées, mais les conditions des règlements sont demeurées confidentielles.

3d) Dépens adjugés dans les actions privées

Les dépens adjugés dans les actions privées sont plutôt minimes. Ils sont régis par la deuxième annexe aux règles de la Haute Cour, qui prévoit des frais sous forme de montants fixes à l'égard de certaines tâches juridiques²²⁵. Selon le document de travail, il ne serait pas indiqué d'envisager une réforme à ce sujet dans le contexte de la Loi, parce que le comité des règles de la Haute Cour procède actuellement à un examen plus général des frais entre parties²²⁶. Il appert de l'examen du Cabinet Economic Committee que la réforme de la Haute Cour serait probablement terminée en l'an 2000²²⁷.

3e) Comparaison avec les dépens adjugés dans les actions publiques

La Commission est assujettie aux mêmes règles que celles qui s'appliquent aux parties privées en ce qui a trait aux dépens. Si elle n'a pas gain de cause, elle devra payer les frais de la même façon que toute partie privée perdante. Si elle gagne, elle pourra demander et obtenir des frais²²⁸.

Dans l'arrêt *Commerce Commission v. Hewlett Packard*²²⁹, le juge Ellis a déterminé l'amende en tenant compte des frais que la Commission avait engagés dans l'action, soit un montant d'environ 50 000 \$. Toutefois, dans l'arrêt *Commerce Commission v. Wrightson NMA Ltd.*²³⁰, le juge McGechan

²²⁵ Document de travail, *supra*, note 135, p. 51.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Document 4, *supra*, note 136, p. 3, par. 12.

²²⁸ Réponse écrite à un adjoint de recherche de la Commerce Commission, novembre 1998.

²²⁹ Décision non publiée, CP 849/90, 5 février 1993.

²³⁰ (1995), 5 N.Z.B.L.C. 103,668.

a spécifiquement rejeté cette interprétation, soulignant qu'il n'était pas disposé à fusionner les concepts de la pénalité et des frais. Depuis ce temps, aucun autre juge n'a appliqué le raisonnement suivi dans l'affaire *Hewlett Packard*²³¹. Selon toute vraisemblance, cette situation persistera. Dans le cadre de la révision législative actuellement en cours, la possibilité d'autoriser la Commission [TRADUCTION] « à demander des ordonnances lui permettant de recouvrer tous ses frais d'enquête »²³² a été examinée et rejetée²³³.

IV Le rôle de la Commerce Commission dans les actions privées

4a) Pouvoir d'exercer un recours collectif

Contrairement à l'Australie, la Nouvelle-Zélande ne semble pas s'orienter de façon à permettre à la Commerce Commission d'exercer des recours collectifs au nom des consommateurs et des petites entreprises. Le gouvernement n'a même pas envisagé cette possibilité au cours de la révision législative. De plus, le comité du Cabinet a refusé de recommander une option permettant expressément aux parties privées d'exercer des recours collectifs sous le régime de la Loi²³⁴.

4b) Droit d'intervention dans les actions privées

En vertu de la règle 97 des règles de la Haute Cour, la Commission pourrait demander l'autorisation d'intervenir dans une action privée. Pour décider s'il y a lieu d'accorder ou non cette autorisation, la Cour se demandera si la présence de la Commission [TRADUCTION] « est nécessaire pour lui permettre de régler et de trancher de façon exhaustive et efficace toutes les questions du

²³¹ Voir le document de travail, *supra*, note. 135, p. 22.

²³² Document 1, *supra*, note 136, p. 12.

²³³ *Ibid.* Toutefois, la Commission a pris des mesures informelles pour recouvrer des frais en plus du montant qu'un tribunal lui avait formellement accordé. En 1997, elle a souligné que, dans l'action qu'elle avait intentée contre *Port Nelson Ltd. (PNL)*, *infra*, note 239, [TRADUCTION] « en plus de la pénalité de 500 000 \$ infligée par le tribunal, PNL a convenu de payer un montant de 325 000 \$ au titre des frais que la Commission avait engagés dans l'action. Ce montant s'ajoutait à la somme de 25 000 \$ que la Cour d'appel lui avait adjugée au titre des frais ». 44 Commerce Commission Newsletter, *Fair's Fair*, p. 2 (février/mars 1997).

²³⁴ *Ibid.*

litige »²³⁵. Toutefois, il semble peu probable que la Commission chercherait à intervenir de cette façon dans une action privée. En raison de ses ressources financières restreintes, la Commission refuse généralement d'agir lorsque des procédures de mise en cause ont déjà été prises ou le seront probablement²³⁶. De plus, au cours de la révision législative, le Cabinet Economic Committee a refusé de recommander une option qui permettrait à la Commission d'agir en qualité d'intervenant bénévole pour représenter les intérêts des consommateurs²³⁷.

4c) Prise en charge des actions privées

Compte tenu de ce qui précède, la Commission ne serait pas disposée à intervenir dans une action privée ou à prendre en charge les actions de cette nature. Tout au plus, elle pourrait accepter d'engager une action subséquente pour prendre les choses en main, lorsque l'action privée a été abandonnée, afin d'obtenir des amendes et une injonction.

La Commission semble avoir agi de cette façon dans au moins un cas, l'affaire *Commerce Commission v. Port Nelson Ltd.*²³⁸, qui faisait suite à une action privée, *Stevedoring Services v. Port Nelson*²³⁹, où les parties demanderessees ont manqué d'argent après que leur demande d'injonction provisoire a été refusée. Dans l'action subséquente, *Port Nelson Ltd.* a été condamnée à payer une amende de 300 000 \$ pour avoir adopté une conduite allant à l'encontre des dispositions concernant l'abus de position dominante et deux amendes de 100 000 \$ pour avoir transgressé l'interdiction de conclure des accords diminuant sensiblement la concurrence. La Cour a également accordé des injonctions interdisant à Port Nelson (1) d'offrir des remises qui avaient pour effet de lier les services de pilotage ou de remorquage à d'autres services et (2) de refuser de louer ses remorqueurs à des exploitants de navires qui n'utilisaient pas les services de ses pilotes.

²³⁵ Réponse écrite de la Commerce Commission, *supra*, note 229.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Document 1, *supra*, note 136, p. 12.

²³⁸ (1995), 2 N.Z.B.L.C. 103,480.

²³⁹ [1992] N.Z.A.R. 5. Après l'action de la Commerce Commission, les parties privées ont intenté une action en dommages-intérêts, qui a été réglée selon des conditions qui n'ont pas été dévoilées.

4d) Pouvoir de conférer l'immunité contre des poursuites judiciaires au moyen d'autorisations et d'approbations

Tout comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande permet que certaines pratiques commerciales restrictives et certains fusionnements proposés soient protégés des poursuites judiciaires au moyen d'autorisations ou d'approbations. La partie V de la Loi permet à la Commerce Commission d'accorder des autorisations à l'égard d'ententes diminuant sensiblement la concurrence (art. 27 et 28), d'ententes comportant des dispositions d'exclusion (art. 29) et de mesures de maintien du prix de revente (art. 37 et 38)²⁴⁰. Cependant, avant de délivrer une autorisation, la Commission doit être convaincue que l'avantage public est supérieur aux inconvénients qui découlent ou découleraient vraisemblablement de la diminution de la concurrence²⁴¹. La Loi ne permet pas expressément de délivrer des autorisations ayant pour effet de protéger les accords de fixation des prix (art. 30)²⁴² ou les pratiques qui se traduisent par un abus de position dominante (art. 36).

La partie V de la Loi autorise également la Commission à accorder des approbations à l'égard d'acquisitions proposées d'entreprises²⁴³. Comme c'est le cas pour les autorisations, la Commission doit d'abord conclure que l'avantage public découlant de l'acquisition sera supérieur aux inconvénients susceptibles de découler de la diminution de la concurrence²⁴⁴. Elle doit également conclure que l'acquisition n'aura pas pour effet de créer ou de renforcer une position dominante²⁴⁵.

²⁴⁰ Le pouvoir d'autoriser le maintien du prix de revente a été ajouté dans les modifications de 1990.

²⁴¹ Voir l'art. 58 et l'al. 61(6)d) de la Loi. En vertu de l'art. 3A de la Loi, qui a été ajouté par suite des modifications de 1990, la Commission doit tenir compte des économies probables lorsqu'elle évalue l'avantage public.

²⁴² Néanmoins, il semble que les accords de fixation des prix pourraient être autorisés en vertu des dispositions plus générales des art. 27 et 28 de la Loi. Voir R.J. Adhar, « Antitrust Policy in New Zealand », *loc. cit., supra*, note 131, p. 371, où l'auteur s'exprime comme suit : [TRADUCTION] « La plupart des comportements anticoncurrentiels peuvent être autorisés, y compris la fixation horizontale des prix, les boycottages collectifs et, après 1990, le maintien des prix de revente. L'abus de position dominante représente toutefois une exception majeure ».

²⁴³ Voir l'art. 67 de la Loi.

²⁴⁴ *Id.*, al. 67(1)b).

²⁴⁵ *Id.*, al. 67(1)a).

Avant la révision législative actuelle, il n'était pas certain que la Commission avait le pouvoir d'autoriser pour l'avenir une conduite ayant débuté avant le dépôt d'une demande d'autorisation. En réponse à une recommandation du Cabinet Economic Committee, le Cabinet a accepté [TRADUCTION] « de modifier la *Commerce Act 1986* pour indiquer clairement que la Commission peut autoriser un comportement ultérieur, même si le comportement en question avait déjà produit ses effets dans le passé »²⁴⁶. Cette clarification a été apportée à l'article 5 du *Commerce Act Amendment Bill*, où l'ajout d'un article 59A à la Loi pour régler cette question a été proposé.

Il semble qu'un cas soit recensé dans les annales où une partie poursuivie dans une action privée a demandé d'être immunisée contre les actions en justice. Dans l'affaire *Bond & Bond, Ltd. v. Fisher & Paykel, Ltd.*²⁴⁷, un franchisé dont le contrat avait été résilié a demandé en vain une injonction afin d'interdire à *Fisher & Paykel*, fabricant d'appareils ménagers, d'appliquer une clause d'exclusivité de son contrat de franchise. Par la suite, *Fisher & Paykel*, qui occupait une position dominante, a demandé à la Commission d'autoriser sa pratique d'exclusivité. La Commission a refusé, affirmant que les avantages publics découlant de la pratique étaient nettement inférieurs aux effets négatifs qu'elle produisait sur la concurrence²⁴⁸. Cependant, en appel, la Haute Cour a infirmé la décision de la Commission et accordé l'autorisation²⁴⁹.

Les décisions de la Commission peuvent être portées en appel devant la Haute Cour²⁵⁰. Le gouverneur général peut désigner d'autres membres chargés d'aider les juges au cours de l'audition des appels²⁵¹. Une formation composée d'un juge et d'au moins un autre membre entend les appels. La décision du juge l'emporte lorsque les avis sont également partagés; dans les autres cas, la décision

²⁴⁶ Document du Cabinet CAB (98) M 48-15, p. 4, par. 5h.

²⁴⁷ [1986] 6 N.Z.A.R. 278 (Haute Cour).

²⁴⁸ [1989] 2 N.Z.B.L.C. 104,393.

²⁴⁹ [1990] 2 N.Z.L.R. 731 (Haute Cour). Dans cette affaire, la Haute Cour a également statué sur l'action privée dans laquelle des concurrents de *Fisher & Paykel* ont demandé un jugement déclaratoire portant que la pratique d'exclusivité de celle-ci allait à l'encontre de la Loi.

²⁵⁰ Voir l'art. 75 de la Loi.

²⁵¹ *Id.*, art. 77.

de la majorité constitue la décision de la Cour²⁵². Il est possible d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel²⁵³.

4e) Politique au sujet de la prise en charge des affaires ou de les laisser aux parties privées

La Commerce Commission applique plusieurs critères indiquant les circonstances dans lesquelles elle est susceptible d'intervenir. Quelques-uns de ces critères sont énoncés dans son bulletin *Compliance* d'avril 1999 :

[TRADUCTION]

Critères d'application de la *Commerce Act*

Pour déterminer les mesures à prendre lorsqu'une enquête indique une contravention à la Loi, les éléments suivants sont pris en compte :

- le caractère probant des données disponibles;
- l'importance du marché;
- la portée et l'importance des répercussions sur la concurrence dans ce marché;
- les mesures correctrices prises par le contrevenant;
- le caractère délibéré de la contravention;
- la portée des contraventions reprochées ou d'autres contraventions similaires (à l'échelle de l'industrie);
- l'insouciance à l'endroit des énoncés de politique de la Commission;
- la valeur de la décision comme précédent;

²⁵² *Id.*, par. 77(9) à (11).

²⁵³ *Id.*, art. 97.

- l'importance des conséquences sur le plan de l'éducation ou de la dissuasion. ...

Action en justice

Une action en justice sera probablement engagée dans les cas suivants :

- un précédent est recherché;
- une personne a contrevenu à la Loi malgré un avertissement ou un règlement antérieur;
- le contrevenant a consciemment et délibérément transgressé la loi
- la conduite nuit considérablement à la concurrence;
- une personne a refusé de conclure un règlement.

Cependant, ce ne sont pas les seuls cas dans lesquels une action en justice sera engagée. La décision d'intenter des poursuites devant les tribunaux n'est prise que lorsque la question a été examinée à la lumière des critères d'application.

Il appert également d'une réponse écrite obtenue de la Commission en novembre 1998 qu'un autre facteur qui est pris en compte au moment de décider s'il y a lieu d'intenter ou non une action devant les tribunaux est la probabilité d'une mise en cause.

4f) Accès pour les parties privées aux renseignements ou éléments de preuve recueillis par la Commerce Commission

En ce qui a trait à l'accessibilité des renseignements pour les parties privées, la Commerce Commission a formulé les remarques suivantes :

[TRADUCTION] À l'instar de la plupart des autres organismes gouvernementaux et paragouvernementaux de la Nouvelle-Zélande, la Commission est liée par la loi intitulée *Official Information Act 1982*, qui est fondée sur le principe selon lequel les renseignements doivent être accessibles, à moins qu'il n'existe de

bonnes raisons d'en interdire la communication (art. 5). La Loi énonce un certain nombre de motifs permettant de ne pas communiquer des renseignements, les plus pertinents pour la Commission étant le respect de la loi (al. 6c)), la sensibilité sur le plan commercial (al. 9(2)b)), la protection des renseignements confidentiels (al. 9(2)b)a)) et le respect du privilège (al. 9(2)h)).

Par conséquent, à moins que la Commission n'estime que l'un des motifs susmentionnés n'a été établi, ses documents et renseignements seront publiquement accessibles, même au cours d'une enquête. En pratique, pendant les enquêtes, la Commission invoque souvent l'alinéa 6c) pour s'abstenir de communiquer des renseignements, surtout ceux qui proviennent de parties qui pourraient être poursuivies.

Une fois que l'enquête est terminée et que des procédures ont été engagées, les parties défenderesses se servent de l'interrogatoire préalable permis par les règles de la Haute Cour (dans les affaires civiles) pour obtenir tous les renseignements pertinents afin de préparer leur défense.

En ce qui a trait à l'accès aux données de la Commission pour les tiers, ceux-ci pourraient sans doute invoquer la loi intitulée *Official Information Act* pour demander les renseignements et la Commission communiquerait les renseignements en question (sous réserve de l'un ou l'autre des motifs indiqués ci-dessus). Bien que les ordonnances fondées sur l'art. 100 [sous le régime de la Loi] énoncent des motifs absolus permettant à la Commission de ne pas communiquer les renseignements, il y a lieu de souligner que ces ordonnances expirent à la fin de l'enquête. À ce moment, les renseignements confidentiels précédemment visés par une ordonnance pourraient être retenus en vertu de la disposition pertinente de la loi intitulée *Official Information Act*²⁵⁴. ...

V. Gestion des instances et efficacité procédurale

5a) Gestion du volume d'instances et efficacité par opposition à la qualité de la justice

Selon un des grands principes qui sous-tendent la révision législative actuelle, [TRADUCTION] « les procédures judiciaires ne devraient pas nuire à la réalisation des objectifs de

²⁵⁴ Réponse écrite de la Commerce Commission, *supra*, note 229.

la Loi et devraient permettre d'atteindre un juste équilibre entre la justice et l'efficacité »²⁵⁵. À cet égard, deux grandes préoccupations ont été exprimées au sujet du traitement des affaires fondées sur la Commerce Act :

[TRADUCTION] (1) Les procédures engagées devant la Haute Cour sous le régime de la *Commerce Act* étaient trop longues et trop onéreuses;

(2) En raison de la tendance de la Commission à régler les affaires plutôt qu'à les porter devant les tribunaux, il existe peu de précédents judiciaires qui pourraient guider les personnes physiques et morales assujetties à la Loi et peu de juges de la Haute Cour ont l'expérience nécessaire pour examiner les affaires fondées sur la *Commerce Act*.

Tel qu'il est mentionné plus haut dans le présent chapitre²⁵⁶, le Cabinet a convenu, dans ce qui semble être à tout le moins une réponse partielle à ces préoccupations, d'autoriser la Commerce Commission à rendre des ordonnances d'interdiction à l'égard des contraventions aux dispositions de la partie II de la Loi qui concernent les pratiques commerciales restrictives, lesquelles ordonnances s'appliqueraient pendant l'appel interjeté devant la Haute Cour. De l'avis de certains, cette modification aurait pour effet de réduire les coûts et retards inhérents aux litiges portés devant les tribunaux, de sorte que le milieu des affaires serait mieux orienté²⁵⁷.

Le Cabinet n'a pas voulu apporter de modifications à l'appareil judiciaire de la Haute Cour. Bien que le Cabinet Economic Committee ait reconnu que les procédures engagées sous le régime de la *Commerce Act* étaient généralement plus onéreuses que les autres poursuites commerciales et

²⁵⁵ Document de travail, *supra*, note 135, p. 1, par. 1.1.

²⁵⁶ Voir la section 3b)(2) du présent chapitre, *supra*.

²⁵⁷ À ce sujet, le Cabinet Economic Committee s'est exprimé comme suit : [TRADUCTION] « le fait de permettre à la Commission de rendre des ordonnances d'interdiction accroîtra le degré de transparence de ses travaux et de ses procédures, ce qui rehaussera la perception dont elle fait l'objet dans le milieu des affaires et entraînera vraisemblablement une hausse de la conformité ». Document 4, *supra*, note 136, p. 5, par. 25.

faisaient l'objet de délais inhabituels²⁵⁸, il a refusé de recommander des améliorations à l'ensemble de l'appareil judiciaire :

[TRADUCTION] Une façon de réduire les coûts et les délais liés aux affaires fondées sur la *Commerce Act* serait d'établir un rôle commercial pour la Haute Cour de Wellington. À l'heure actuelle, le rôle commercial s'applique uniquement à la Haute Cour d'Auckland. Ce rôle permet le règlement des différends commerciaux de la façon la plus rapide et la moins coûteuse qui soit, en limitant le débat aux questions qui sont véritablement en litige. De plus, étant donné que des juges spécifiques sont affectés au rôle commercial, il y a de fortes chances que l'affaire soit entendue par un juge qui connaît bien les affaires fondées sur la *Commerce Act*. ... Certaines personnes ont affirmé que, lorsque l'affaire est inscrite au rôle commercial, le temps consacré au traitement du litige est abaissé de 12 à 18 mois. Cependant, le Department for Courts a souligné que cette amélioration traduit davantage les gains découlant du programme de gestion des instances, qui a été appliqué à toutes les affaires civiles portées devant la Haute Cour d'Auckland depuis le 1^{er} mai 1994. Les juges de la Haute Cour examinent actuellement l'opportunité d'appliquer le système de gestion des instances à l'échelle nationale. Pour l'instant, il semble probable que les membres de la magistrature tenteront de s'engager en ce sens au cours de la prochaine période de 12 à 18 mois. Le Department for Courts appuie ces initiatives qui font partie intégrante du programme du ministère visant à modifier en profondeur les procédures judiciaires et à y intégrer les améliorations technologiques majeures²⁵⁹.

Étant donné que les membres de la magistrature participaient déjà à un vaste programme visant à mettre en place, notamment, un système national de gestion des instances au cours de la prochaine période de 12 à 18 mois, le comité a décidé, fondamentalement, de s'en remettre à eux ainsi qu'au Department for Courts.

²⁵⁸ Le Comité s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] « Bon nombre de cas sont caractérisés par un nombre élevé de procédures interlocutoires, par des audiences interminables sur le fond et par un ou deux appels, notamment en ce qui concerne les actions engagées par des participants à un réseau d'entreprises. La forte probabilité que toute affaire importante s'éternise signifie bien souvent qu'il y a peu de chances que des procédures soient engagées ». ... Document 4, *supra*, note 136, p. 1.

²⁵⁹ *Id.*, p. 3, par. 11 et 12.

5b) Traitement par la Haute Cour des actions privées intentées en vertu de la *Commerce Act*

En 1996, le ministère du commerce a évalué à 121,4 semaines la période moyenne nécessaire pour le traitement par la Haute Cour d'une affaire fondée sur la *Commerce Act*²⁶⁰. Selon le Cabinet Economic Committee, [TRADUCTION] « cette estimation ne tient pas compte des appels et l'expérience vécue jusqu'à maintenant indique que le nombre maximal d'appels pouvant être interjetés sont effectivement entendus dans les affaires mettant en cause des réseaux d'entreprises²⁶¹. Le comité a ajouté que, étant donné que des experts sont souvent appelés à témoigner dans les procédures fondées sur la *Commerce Act*, celles-ci étaient relativement onéreuses comparativement aux autres litiges de nature commerciale²⁶².

Dans l'affaire *Shell Petroleum Mining and Todd Petroleum v. Kapuni*²⁶³, le juge Barker a rendu une décision dans laquelle il a reproché aux parties d'avoir présenté une surdose d'éléments de preuve de nature économique. L'instruction a duré 48 jours au cours desquels six témoins experts ont été appelés. Le contre-interrogatoire d'un seul de ces témoins a duré trois jours. Le juge Barker a indiqué dans sa décision qu'à l'avenir, il y aurait lieu de prévoir une table ronde pour la présentation des témoignages de nature économique, afin de réduire le temps consacré au témoignage des experts²⁶⁴.

5c) Importance des actions privées dans la jurisprudence sur la concurrence

Les actions privées ont une importance majeure dans la jurisprudence portant sur la concurrence en Nouvelle-Zélande. Presque toutes les injonctions clés fondées sur la *Commerce Act*

²⁶⁰ Cette estimation était fondée sur un examen de tous les litiges antérieurs, dont la plupart étaient apparemment des actions privées. Document 4, *supra*, note 136, p. 1.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Id.*, p. 2.

²⁶³ (CL 5/94, Auckland, 3 février 1997), p. 197.

²⁶⁴ *Ibid.* Voir également le document de travail, *supra*, note 135, p. 48, par. 6.2.1.

ont été rendues dans des actions privées²⁶⁵. La seule décision pertinente de la Cour d'appel a également été rendue dans une action privée, soit l'affaire *Clear v. Telecom*²⁶⁶.

Le Cabinet Economic Committee a fait savoir qu'il considérait les actions privées comme un moyen idéal d'assurer le respect des interdictions visant l'exclusivité ou toute autre conduite susceptible de nuire à la concurrence. Le comité s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] Une bonne partie des comportements anticoncurrentiels visent à exclure les concurrents éventuels ou à léser les concurrents déjà en place. Les participants du marché peuvent détecter ce type de conduite, puisque celle-ci entraîne des répercussions économiques évidentes pour eux²⁶⁷.

Contrairement à l'activité des cartels, qui se produit le plus souvent dans le plus grand secret, les accords d'exclusivité sont faciles à déceler pour les participants du marché. La possibilité de réagir de façon efficace à ce type de conduite au moyen d'une action privée fondée sur la Loi a été considérée par le comité comme [TRADUCTION] « une conséquence naturelle nécessaire des mesures d'application du secteur public, propres à favoriser le plus possible la dissuasion »²⁶⁸.

De l'avis du comité, la tâche qui l'attendait consistait [TRADUCTION] « à atteindre un juste équilibre entre des mesures correctives trop faibles pour constituer des moyens de dissuasion efficaces, d'une part, et des mesures correctives trop attirants ou trop forts qui, à toutes fins utiles, sont employés de façon stratégique à des fins anticoncurrentielles²⁶⁹. Après avoir passé en revue les mesures d'application du secteur privé, le comité a conclu que, tout comme les actions publiques engagées par la Commerce Commission, les actions privées n'ont pas permis d'atteindre l'objectif de la dissuasion. Les réparations accordées dans les actions privées n'étaient pas assez importantes pour

²⁶⁵ Document de travail, *supra*, note 135, p. 42, par. 5.4.

²⁶⁶ (1993) 4 N.Z.B.L.C. 103,340 (C.A.) Cependant, le Conseil privé a subséquemment infirmé la décision. Voir le document de travail, *supra*, note 135, p. 44, par. 5.4.1.

²⁶⁷ Document 5, *supra*, note 136, p. 2, par. 6.

²⁶⁸ Document 3, *supra*, note 136, p. 1.

²⁶⁹ *Ibid.*

[TRADUCTION] « prévenir les contraventions ultérieures »²⁷⁰. Les tribunaux n'ont pas accordé d'indemnité sous forme de dommages-intérêts. Lorsqu'ils ont examiné les demandes d'injonction provisoire, ils n'ont pas suffisamment tenu compte de certains intérêts, comme les intérêts généraux des consommateurs. En raison des coûts et des délais inhérents aux procédures engagées sous le régime de la *Commerce Act*, les contrevenants à la Loi ont été incités à adopter des moyens dilatoires et à dissuader les demandeurs éventuels d'engager une action.

À la lumière de ces observations, le comité a recommandé au Cabinet d'autoriser la Commerce Commission à rendre des ordonnances d'interdiction qui demeurerait en vigueur tant qu'elles ne seraient pas infirmées en appel, ce qui permettrait de gagner du temps et d'économiser des frais. Le Cabinet a souscrit à cette recommandation; de plus, il a convenu d'indiquer aux tribunaux qu'il était permis d'accorder des dommages-intérêts exemplaires dans les actions privées engagées sous le régime de la Loi et qu'il y avait lieu de tenir compte de l'intérêt général des consommateurs pour trancher les demandes d'injonction. Il reste à voir si ces modifications permettront d'atteindre l'équilibre souhaité, dans les actions privées, entre la dissuasion réelle et l'abolition de l'utilisation stratégique de la Loi à des fins anticoncurrentielles.

²⁷⁰ Document de travail, *supra*, note 135, p.3, par. 1.3. Selon le document, [TRADUCTION] « pour que l'objectif de la dissuasion soit atteint, les montants qu'il en coûte aux entreprises qui contreviennent à une règle en matière de concurrence doivent correspondre à au moins 100 p. 100 du gain illégal et doivent être nettement supérieurs dans le cas de certaines infractions comme la fixation des prix ». *Ibid.*

ROYAUME-UNI

Introduction

Au Royaume-Uni, le droit de la concurrence connaît actuellement une période de transition. Une nouvelle *Loi sur la concurrence* (la Loi), visant principalement à accorder le droit interne en cette matière et le droit de l'Union européenne, est progressivement mise en oeuvre pour remplacer la législation antérieure relative aux pratiques restrictives de commerce. Normalement, le processus devrait être terminé le 1^{er} mars 2000.

Aucune des dispositions de la Loi n'établit expressément de droit d'action privé. C'est aux tribunaux qu'il revient de donner forme à la responsabilité civile découlant du manquement à la Loi. La Loi, toutefois, prévoit que cette responsabilité sera conforme aux décisions de la Cour européenne de justice relatives à la responsabilité civile découlant du non-respect des interdictions en matière de concurrence énoncées au Traité de Rome. Si cette orientation se maintient, des parties privées pourraient finalement se voir reconnaître le droit d'intenter des poursuites en dommages-intérêts ou en dédommagement ou de demander une forme d'injonction.

L'Office of Fair Trading (le Bureau), l'équivalent britannique du Bureau de la concurrence du Canada, ne s'est vu conférer aucun rôle dans les poursuites privées intentées en vertu de la Loi. Comme les autorités en matière de concurrence de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, toutefois, le Bureau peut soustraire des comportements ou des arrangements anticoncurrentiels à des poursuites en formulant des avis ou en accordant des dérogations. Le Bureau peut également imposer des sanctions pécuniaires aux contrevenants, lesquelles sont recouvrables comme dettes civiles.

Les parties aux poursuites judiciaires privées élaborées par les tribunaux seront assujetties à un strict processus de gestion d'instances visant à accroître l'efficacité, l'équité et la proportionnalité des actions civiles, et dans lequel la voie contentieuse est considérée comme voie de dernière mesures correctives. Tout comme la Loi, le processus est mis en oeuvre progressivement. La première phase de mise en oeuvre devrait avoir pris fin le 26 avril 1999.

I. Aperçu des actions privées

Il est difficile de donner une vue d'ensemble du rôle des actions privées dans l'application du droit de la concurrence au Royaume-Uni. En effet, le Parlement vient d'adopter une nouvelle loi, intitulée *Competition Act 1998* (la Loi)²⁷¹, qui remplace la législation applicable en matière de pratiques commerciales restrictives²⁷². La nouvelle loi a reçu la sanction royale, et les interdictions qu'elle énonce devraient entrer en vigueur le 1^{er} mars 2000.

La Loi ne prévoit pas expressément de droit d'action privé²⁷³. Son objet premier est de faire concorder le droit de la concurrence du Royaume-Uni avec celui de l'Union européenne tel qu'il est énoncé au Titre V du Traité de Rome (le Traité)²⁷⁴. Elle reprend essentiellement les interdictions formulées aux articles 85 et 86 du Traité en les modifiant pour les adapter aux comportements nationaux, par opposition aux comportements internationaux²⁷⁵.

On s'attend toutefois à ce que les tribunaux reconnaissent un droit d'action privé sous le régime de la Loi, en inférant l'existence du libellé du texte de loi ou en ayant recours à des mesures correctives au délit de

²⁷¹ 1998 Chapter 41.

²⁷² L'article premier de la Loi énonce que le texte de loi remplace la *Restrictive Practices Court Act 1976* (c. 33), la *Restrictive Trade Practices Act 1976* (c. 34), la *Resale Prices Act 1976* (c. 53) et la *Restrictive Practices Act 1977* (c.19). De façon générale, les fusionnements ne sont pas visés par les interdictions énoncées dans la Loi. Ils continuent d'être régis par l'article 65 de la Loi de 1973, modifiée par l'annexe I de la *Competition Act*. Les fusionnements assujettis aux mesures de contrôle de l'UE sont également exclus en vertu de l'annexe I.

²⁷³ Les anciennes dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives établissaient un droit d'action privé, mais aucune décision publiée n'en a découlé.

²⁷⁴ Voir l'article 60 de la Loi. Il énonce que pour les fins de l'interprétation et de l'application des principes directeurs, les décisions rendues sur les questions relevant de la Loi [TRADUCTION] «doivent être conformes à celles qui tranchent des questions analogues en matière de concurrence relevant du droit de la Communauté».

²⁷⁵ Les interdictions énoncées à l'article 2 de la Loi reprennent celles de l'article 85 du Traité. Sont notamment interdits, les accords visant à fixer les prix, à limiter la production, le développement technique ou les investissements, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, à se livrer à des pratiques discriminatoires envers des partenaires commerciaux ou à joindre des obligations sans lien entre elles. Ces actes constituent les interdictions prévues au chapitre premier.

Les interdictions énoncées à l'article 18 de la Loi reprennent celles de l'article 86 du Traité. Est interdit l'abus de position dominante consistant notamment à imposer des conditions non équitables, à limiter la production, les débouchés ou le développement technique, à se livrer à des pratiques discriminatoires à l'endroit de partenaires commerciaux ou à joindre des obligations sans lien entre elles. Il s'agit des interdictions prévues au chapitre 2.

violation d'un devoir légal²⁷⁶. Pour ce qui est de l'inférence, il semble que l'article 58 soit prometteur, puisqu'il confère aux conclusions de fait formulées par le directeur du Bureau un caractère obligatoire pour les fins d'instances découlant d'infractions à la Loi [TRADUCTION] « introduites par une autre partie que le directeur ». Ces mots semblent désigner des poursuites intentées par des parties privées.

Aux termes de la Loi, en outre, les principes de responsabilité civile qui s'élaboreront en matière de préjudice découlant de contraventions au Traité s'appliqueront également en vertu de la Loi. Le Parlement a en effet inséré le paragraphe 60(6), vers la fin du processus d'adoption de la Loi, pour exprimer cette intention. Cette disposition fait essentiellement obligation aux tribunaux du Royaume-Uni de rendre sur les questions de responsabilité relevant de la Loi des décisions compatibles avec celles de la Cour européenne touchant notamment la responsabilité civile liée au préjudice causé par des contraventions au droit de la Communauté.

Il semble donc possible que les tribunaux du Royaume-Uni puissent juger recevables les actions intentées par des particuliers pour obtenir des dommages-intérêts, un dédommagement²⁷⁷ ou une forme d'injonction²⁷⁸ par suite de contraventions à la Loi. La Cour européenne a établi, dans la décision *Delimitis*²⁷⁹, que les parties privées sont admises à demander un redressement sous le régime du Traité. La Cour a statué que les interdictions énoncées au paragraphe 85(1) et à l'article 86 produisent des effets directs sur les rapports individuels et sont, à l'égard des personnes touchées, sources directes de droits que les tribunaux nationaux doivent protéger²⁸⁰. Il semble toutefois qu'aucun

²⁷⁶ Voir Christopher Blair, *Research Paper 98/53 – Competition Bill [H.L.] Bill 140 of 1997-98 (House of Commons -Business and Transport Section)*, Londres, avril 1998, aux p. 41 et 42.

²⁷⁷ Le dédommagement est un redressement relevant de l'*equity* dont l'objet est de rétablir la partie lésée dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence, par exemple, d'accord illégal. Il remet la partie lésée dans la situation initiale, alors que les dommages-intérêts sont de nature prospective puisqu'ils visent à placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'accord avait été licitement fait. Généralement, le dédommagement ne sera accordé que lorsque les dommages-intérêts ne répareraient pas suffisamment le préjudice.

²⁷⁸ Les accords enfreignant les interdictions prévues au Traité sont considérés illégaux et nuls. Ils ne sont pas susceptibles d'exécution par voie judiciaire et, si une partie en recherche l'exécution contre l'autre, la partie poursuivie pourra s'adresser aux tribunaux afin de faire déclarer l'accord inexécutable pour cause d'illégalité. Ce recours s'apparente à l'injonction.

²⁷⁹ [1991] E.C.R. I-935.

²⁸⁰ *Id.*, à la p. I-982.

tribunal d'un pays de l'UE n'ait encore octroyé de dommages-intérêts par suite de contraventions à ces dispositions du Traité.

Avant la décision *Delimitis*, rendue en 1984, la Chambre des Lords avait affirmé, dans une opinion incidente, que, selon elle, le non-respect de l'interdiction relative à l'abus de position dominante énoncée à l'article 86 du Traité pouvait donner lieu à une demande de dommages-intérêts²⁸¹. Plus tard, la Cour d'appel anglaise a indiqué, en 1998, dans une autre opinion incidente, que les infractions aux dispositions interdisant les accords anticoncurrentiels, à l'article 85, pouvaient fonder une demande de dommages-intérêts ou de dédommagement si le demandeur n'était pas partie à l'accord²⁸².

Ces décisions concernant la responsabilité civile découlant du non-respect du Traité indiquent que les tribunaux du Royaume-Uni se montreront probablement disposés à entendre les actions privées intentées sous le régime des dispositions de la nouvelle loi inspirées du Traité. On en est encore réduit aux hypothèses pour ce qui est de la position que les tribunaux prendront concernant la qualité pour agir ou le recours ouvert aux parties privées. Comme toutes les opinions incidentes, les observations de la Chambre des Lords et de la Cour d'appel anglaise au sujet du recours prévu par le Traité n'ont pas valeur de précédent. Seul le temps dira si les actions privées intentées en vertu de la Loi pourront déboucher sur des dommages-intérêts, sur un dédommagement ou sur une injonction, conformément aux observations faites dans les affaires *Garden Cottages*²⁸³ et *Gibbs Mew*²⁸⁴.

²⁸¹ *Garden Cottages Foods Ltd. v. Milk Board*, [1984] A.C. 130 (C.L.).

²⁸² *Gibbs Mew Plc v. Gemmell (Graham)* (22/7/98), n° FC3 98/5827, aux p. 1 et ss. (C.A.). (Consultée à l'adresse www.smithbernal.com/casebase_search_frame.htm.) La Cour a indiqué que le droit anglais ne permet pas à quiconque est partie à un accord illégal d'invoquer l'accord pour se pourvoir en dommages-intérêts et que, par conséquent, le seul redressement possible en ce cas serait une déclaration portant que l'accord est inexécutable en raison de son illégalité. La Cour a cité et approuvé deux décisions de la Communauté européenne affirmant que des dispositions comme l'article 85 du Traité visaient à protéger les tiers concurrents et qu'eux seuls pouvaient recouvrer des dommages-intérêts en raison de pertes subies par suite de contraventions à ces dispositions. Voir *Italy v. EEC Council*, [1966] E.C.R. 389, à la p. 406, ainsi que l'opinion de l'avocat général Van Gervan dans *H.J. Banks & Co. Ltd. v. British Coal Corp.*, [1994] E.C.R. I-1209, à la p. I-1250, par. 44.

²⁸³ Voir la note 282.

²⁸⁴ Voir la note 283.

II. Le rôle de l'Office of Fair Trading dans les actions privées

Comme on pouvait s'y attendre, la Loi ne confère pas à l'Office of Fair Trading (le Bureau), qui remplit au Royaume-Uni des fonctions analogues à celles du Bureau de la concurrence au Canada, le pouvoir exprès d'intervenir dans des actions privées ou de les continuer à son compte. Elle ne donne pas non plus au directeur du Bureau le pouvoir d'intenter un recours collectif au nom de petites entreprises ou des consommateurs lésés par suite du non-respect des interdictions qui y sont énoncées.

La Loi donne toutefois au directeur le pouvoir de soustraire des accords ou des comportements à l'application de sanctions en formulant, sur demande des parties, des avis déclarant qu'elles ne contreviendront vraisemblablement pas aux dispositions interdisant les pratiques anticoncurrentielles ou l'abus de position dominante²⁸⁵. Si le directeur conclut, dans un avis, que l'accord ou le comportement en cause n'aura pas vraisemblablement pour effet d'enfreindre la Loi ou est probablement visé par une exception, les parties jouissent d'une immunité dont l'effet subsiste tant que le directeur ne la révoque pas en raison de l'existence de motifs raisonnables de croire que les renseignements ayant fondé l'avis étaient incomplets, faux ou trompeurs sous un aspect important.

Le directeur a également le pouvoir d'octroyer ou de recommander des dérogations protégeant des arrangements qui contreviennent aux interdictions relatives aux accords anticoncurrentiels. Il peut s'agir de dérogations individuelles, collectives²⁸⁶ ou parallèles. Les dérogations individuelles sont accordées à l'égard d'arrangements particuliers. Les dérogations collectives sont recommandées pour des catégories d'arrangements, et les dérogations parallèles reprennent, en droit interne, les dérogations autorisées par la Commission européenne en vertu du Traité²⁸⁷.

²⁸⁵ Voir les articles 12 à 16 et 20 à 24 de la Loi.

²⁸⁶ Le directeur ne peut, de son propre chef, octroyer des dérogations collectives. C'est le secrétaire d'État qui peut le faire, sur la recommandation du directeur.

²⁸⁷ Voir les articles 4 à 10 de la Loi.

Lorsqu'il examine une demande de dérogation individuelle ou collective, le directeur doit appliquer les critères énumérés à l'article 9 de la Loi, lequel est ainsi conçu :

[TRADUCTION] 9. Le présent article s'applique aux accords qui satisfont aux conditions suivantes :

a) ils contribuent à -

- i) l'amélioration de la production ou de la distribution, ou
- ii) la promotion du progrès technique ou économique tout en accordant aux consommateurs une juste part des avantages obtenus;

b) mais

- i) n'imposent pas aux entreprises concernées des restrictions qui ne sont pas indispensables à l'atteinte des ses objectifs; ou
- ii) ne permettent pas aux entreprises concernées d'éliminer la concurrence quant à une partie substantielle des produits en cause.

Pour bénéficier d'une dérogation, il faut essentiellement que les restrictions prévues par l'accord soient nécessaires à la promotion du progrès économique et que les consommateurs retirent une juste part des avantages en résultant, sans pour autant éliminer une partie substantielle de la concurrence.

Le directeur peut également entreprendre des enquêtes de sa propre initiative et si, avant la clôture de celles-ci, il estime qu'il y a des raisons de soupçonner que des infractions à la Loi ont été commises, il peut donner aux parties des directives visant à empêcher qu'un préjudice ne soit causé à une personne déterminée, ou à protéger l'intérêt public²⁸⁸. Si à la clôture d'une enquête, le directeur est d'avis qu'un accord ou un comportement contrevient à une interdiction, il peut formuler une directive visant à faire cesser l'infraction. La directive peut enjoindre de mettre fin à l'accord ou au comportement ou de le modifier. Si une partie visée par une directive n'y obtempère pas, le directeur peut s'adresser aux tribunaux pour obtenir une ordonnance, aux frais de la partie en défaut²⁸⁹.

²⁸⁸ Voir l'article 35 de la Loi.

²⁸⁹ Voir l'article 34 de la Loi.

Le directeur peut également imposer une sanction pécuniaire aux personnes jugées coupables d'avoir enfreint les interdictions prévues par la Loi. La sanction ne doit pas excéder 10 % du chiffre d'affaires²⁹⁰. Les sanctions sont recouvrables à titre de créances civiles²⁹¹.

III. Gestion des instances et efficacité procédurale

Les actions privées fondées sur la Loi sont assujetties à un régime de gestion des instances visant à promouvoir l'efficacité, l'égalité et la proportionnalité dans les litiges civils. Au mois de juillet 1996, lord Woolf, maître des rôles, a déposé un rapport exhaustif sur les réformes à apporter au système de justice civile, intitulé *Access to Justice*²⁹². Le rapport comportait un projet de règles de procédure civile énonçant l'objectif prépondérant auquel toute règle était assujettie:

[TRADUCTION] 1.1 (1) Les présentes règles ont pour objectif prépondérant de permettre au tribunal de veiller au juste règlement des affaires.

...

(3) Pour veiller au juste règlement d'une affaire, le tribunal, notamment :

- a) fait en sorte, dans la mesure du possible, que les parties soient sur un pied d'égalité;
- b) évite des frais;
- c) applique des modalités de règlement en fonction :
 - (i) du montant en jeu;
 - (ii) de l'importance de l'affaire;
 - (iii) de la complexité des questions en cause;
 - (iv) de la situation financière des parties;
- d) veille au prompt déroulement de l'affaire;
- e) lui affecte une part raisonnable des ressources judiciaires tout en tenant compte de la nécessité d'affecter des ressources aux autres affaires.

²⁹⁰ Voir l'article 36 de la Loi.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Ce rapport peut être consulté au site web suivant : <http://www.law.warwick.ac.uk/woolf/report/>.

Selon le rapport, cette définition du juste règlement des affaires donne corps aux [TRADUCTION] « principes d'égalité, d'économie, de proportionnalité et de diligence qui sont essentiels à un système judiciaire contemporain efficace »²⁹³.

Dans la vision de lord Woolf, un système de justice civile axé sur cet objectif prépondérant transformerait le contentieux civil en lui apportant des attributs intéressants. On éviterait, toutes les fois que c'est possible, les litiges contestés en réservant l'engagement de poursuites comme moyen de dernier recours à mettre en oeuvre après l'échec de voies de règlement comme la négociation ou les modes extrajudiciaires de règlement. Ce système encouragerait les parties à coopérer davantage en mettant à leur disposition des juges prenant une part active à la gestion des instances, en modifiant les tarifs de dépens et en prévoyant des protocoles préalables relatifs aux experts et à la communication de la preuve. Il réduirait la durée des instances et les rendrait plus abordables et plus prévisibles. Les juges seraient formés à la gestion des instances et encouragés à se spécialiser dans des domaines de droit de façon à bien comprendre les questions juridiques et techniques soulevées²⁹⁴.

Le Grand chancelier, lord Irving of Lairg, a bien accueilli ce rapport et a pris l'engagement de donner suite à l'essence de ses recommandations dans un programme à réalisation progressive. Au mois d'octobre 1997, il a annoncé un programme de réforme visant à apporter au système de justice civile anglais les modifications les plus fondamentales depuis 1870.

Le 26 avril 1999, sont entrées en vigueur des nouvelles règles de procédure civile constituant la première phase de la réforme. Le Grand chancelier a décrit les nouvelles règles de la façon suivante :

[TRADUCTION] La partie I consacre l'essence des réformes. Elle énonce que les Règles constituent un nouveau code de procédure civile dont l'objectif prépondérant est de permettre au tribunal de veiller au juste règlement des affaires. Pour atteindre cet objectif, les tribunaux sont tenus de prendre une part active à la gestion des instances. Les juges siégeant en matière procédurale aiguilleront les affaires vers le régime des petites créances, le régime accéléré ou le régime général en tenant compte de plusieurs

²⁹³ *Id.*, Overview, par. 8.

²⁹⁴ *Id.*, par. 9 et 10.

facteurs, dont le montant en jeu et la complexité de la demande. Le tribunal formulera des directives et rendra des ordonnances faisant en sorte que les parties n'accomplissent que les actes nécessaires au juste règlement du litige. La gestion des instances en fonction de leurs caractéristiques exercera une forte pression à la baisse sur les coûts. Elle permettra aux tribunaux de réduire les possibilités d'exploitation de la procédure à des fins tactiques par les parties. En allégeant le fardeau procédural et en mettant l'accent sur les questions en litige, elle accélérera la progression des affaires.

Il ne faut pas oublier, toutefois, que la voie contentieuse doit être un moyen de règlement des différends de dernier recours. L'introduction de deux protocoles préalables, relativement aux affaires de négligence clinique et de préjudices personnels renforce cette orientation. Les protocoles décrivent la procédure préalable à l'action, notamment l'échange de renseignements, visant à permettre le règlement d'un différend le plus rapidement possible. Lorsque l'observation du protocole ne permet pas de régler le litige avant l'étape de l'introduction de l'instance, il n'en reste pas moins que le dossier est suffisamment préparé pour cheminer promptement vers l'instruction. Les parties qui n'observent pas les protocoles seront pénalisées par les tribunaux. Au cours de la prochaine phase de la réforme, il faudra voir à augmenter le nombre de protocoles de façon à assujettir le plus d'instances possible à leur régime²⁹⁵.

La réforme vise à atteindre l'objectif prépondérant du [TRADUCTION] « juste règlement des affaires » conçu par lord Woolf dans son rapport, pour parvenir à l'efficience, à la coopération et à la proportionnalité en matière d'instances civiles. La gestion judiciaire des instances et les protocoles préalables spécialisés en sont des modalités importantes dont l'objet est de n'emprunter qu'en dernier recours la voie contentieuse.

²⁹⁵ Préface aux nouvelles *Civil Procedure Rules, Practice Directions and Forms*, publiées sur le site web www.courtservice.gov.uk.

IRLANDE

Introduction

En Irlande, toutes les affaires relatives à la concurrence sont régies par deux textes législatifs, la *Competition Act* de 1991 et la *Competition (Amendment) Act* de 1996. La *Competition Act* visait essentiellement, comme au Royaume-Uni, à rendre le droit interne en cette matière conforme à celui de l'Union européenne, à une importante différence près : elle faisait principalement appel aux actions privées pour assurer le respect de ses dispositions. Pour encourager les particuliers à poursuivre, elle prévoyait expressément l'octroi de dommages-intérêt exemplaires.

Il est devenu manifeste, en 1996, que l'application de la loi par le truchement des poursuites privées n'avait pas donné les résultats escomptés. C'est pourquoi la *Competition (Amendment) Act* a criminalisé les contraventions à la Loi et a élargi les pouvoirs de la Competition Authority – l'équivalent irlandais du Bureau de la concurrence. Cet organisme a ainsi acquis de vastes pouvoirs d'enquête et peut même intenter de son propre chef des poursuites criminelles sommaires contre de présumés contrevenants.

Contrairement à l'ACCC de l'Australie, la Competition Authority n'est pas habilitée à intervenir dans des actions privées ou à les reprendre à son compte. Elle ne peut non plus intenter un recours collectif au nom de petites entreprises ou de consommateurs. Comme en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, la Competition Authority a le pouvoir de délivrer des licences individuelles ou collectives soustrayant certains comportements commerciaux aux interdictions prévues par la Loi en matière de pratiques ou d'accords anticoncurrentiels. Toutefois, l'abus de position dominante ne peut faire l'objet d'immunité.

La capacité des parties privées et des groupes d'intérêts d'obtenir une injonction semble également plus restreinte qu'en Australie ou en Nouvelle-Zélande. La Loi n'accorde pas à tous la qualité pour agir en matière d'injonction. Pour être admis à se pourvoir en injonction, le demandeur privé doit être [TRADUCTION] « une personne lésée » par le comportement anticoncurrentiel en cause tout comme s'il intentait une action en dommages-intérêts.

La Competition Authority a publié des *Enforcement Guidelines*, lesquelles lignes directrices énumèrent notamment les facteurs pouvant être pris en considération pour déterminer si l'action demeurera privée. Elle a également indiqué qu'elle considérait comme confidentiels tous les renseignements qu'elle recevait relativement à une plainte ou à une enquête, à moins qu'ils ne soient utilisés dans une instance judiciaire.

L'Irlande a pris plusieurs mesures pour améliorer l'efficacité de son système judiciaire. Aucune des réformes auxquelles elle a procédé jusqu'à présent n'a toutefois comporté l'utilisation de la gestion des instances et le recours à des modes extrajudiciaires de règlement pour améliorer le taux de résolution des actions civiles complexes avant que celles-ci n'atteignent l'étape contentieuse.

I. Aperçu des actions privées

Au mois d'octobre 1991, l'Irlande a adopté la *Competition Act*. Elle remplaçait les *Restrictive Trade Practices Acts* qui avaient donné lieu à divers décrets interdisant des comportements anticoncurrentiels. La Loi énonçait des interdictions générales visant les comportements anticoncurrentiels et l'abus de position dominante, lesquelles reprenaient, comme c'était le cas pour la *Competition Act* du Royaume-Uni, les dispositions d'interdiction applicables à l'Union européenne en vertu du Traité de Rome²⁹⁶. Les accords qui enfreignaient la Loi étaient automatiquement réputés nuls.

La Loi avait comme caractéristique particulière que son application reposait principalement entre les mains de parties privées. Contrairement à la *Competition Act* du Royaume-Uni ou au Traité de Rome, elle prévoyait expressément un droit d'action privé. Les dispositions pertinentes de l'article 6 étaient ainsi conçues :

²⁹⁶ La Loi ne traitait pas des fusionnements; ils continuaient d'être susceptibles d'examen par le ministre des Entreprises, du Commerce et de l'Emploi sous le régime de la *Mergers and Take-over (Control) Act* (1978-1996). Par suite de modifications apportées en 1996, la Competition Authority a théoriquement acquis le pouvoir d'examiner les fusionnements. Elle ne l'a pas fait toutefois. V. Power, *Lessons from Recent Irish Merger Cases*, site web <http://www.clubi.ie/competition/compframesite/index.htm>. Le 8 juillet 1997, la Competition Authority a demandé que des modifications soient apportées à la *Mergers Act* pour accroître la transparence et l'efficacité tout en répondant à certaines préoccupations relatives à la concurrence. Les modifications sont à l'étude. En 1998, le Merger Review Group a déposé un rapport préliminaire sur la question.

[TRADUCTION] 6.(1) Toute personne lésée par suite d'un accord, d'une décision, d'une pratique concertée ou d'un abus interdit par l'article 4 [accords, décisions ou pratiques concertées anticoncurrentiels]²⁹⁷ ou 5 [abus de position dominante]²⁹⁸ peut exercer un recours contre les personnes mentionnées aux alinéas ci-dessous ou l'une d'entre elles :

- a) toute entreprise qui est partie ou qui, à l'époque pertinente, était partie à l'accord, à la décision ou à la pratique ou s'est rendu coupable de l'abus,
- b) tout administrateur, gestionnaire ou autre dirigeant de l'entreprise [...] qui a autorisé [...] [le comportement anticoncurrentiel] ou y a consenti. [...]

(3) Le demandeur d'une action intentée en vertu du présent article peut demander les redressements suivants ou l'un d'eux :

- a) une injonction ou un jugement déclaratoire,
- b) sous réserve du paragraphe (6) [qui interdit l'octroi de dommages-intérêts à l'égard de périodes pendant lesquelles des certificats de la Competition Authority étaient applicables à des accords, décisions ou pratiques concertées], des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts exemplaires.

Les particuliers lésés par un comportement anticoncurrentiel étaient donc admis à se pourvoir en justice et à demander une injonction, un jugement déclaratoire et/ou des dommages-intérêts, notamment des dommages-intérêts exemplaires. Une seule restriction s'appliquait au droit d'intenter un recours en dommages-intérêts, savoir que les périodes pendant lesquelles des certificats de la Competition Authority²⁹⁹ d'Irlande (l'équivalent du Bureau de la concurrence) étaient applicables à des accords, etc. anticoncurrentiels ne pouvaient donner lieu au versement de dommages-intérêts.

²⁹⁷ Les comportements anticoncurrentiels visés à l'article 4 comprennent la fixation de prix, la limitation de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements, la division du marché, la discrimination par les prix et les ventes liées.

²⁹⁸ Les abus de position dominante visés à l'article 5 comprennent l'établissement de prix non équitables, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs, la discrimination par les prix et les ventes liées.

²⁹⁹ Comme les organismes analogues de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni, la Competition Authority d'Irlande a le pouvoir de soustraire des accords, etc. anticoncurrentiels à l'application de la Loi. À ce sujet, voir le texte correspondant aux notes 15 et 16.

Aux termes du paragraphe 6(3) de la Loi, seuls les recours civils en injonction et en jugement déclaratoire étaient ouverts à la Competition Authority et au ministre des Entreprises et de l'Emploi. La Loi ne prévoyait pas de sanction criminelle. En outre, elle n'octroyait pas à la Competition Authority de pouvoirs lui permettant de recueillir des renseignements pour l'aider à faire enquête sur des pratiques anticoncurrentielles.

L'alinéa 6(2)a) prévoit que les actions civiles sont intentées devant la Haute Cour. En Irlande, il s'agit du tribunal civil de première instance le plus élevé. Sa compétence n'est subordonnée à aucune limite pécuniaire³⁰⁰. Aux termes de l'alinéa 6(2)b), il est possible d'intenter des poursuites pour abus de position dominante devant la Cour de circuit, laquelle occupe le deuxième rang en importance après la Haute Cour, mais les demandes de dommages-intérêts ne peuvent excéder la limite pécuniaire de la compétence du tribunal en matière délictuelle³⁰¹ à moins que les parties n'y consentent.

En 1996, il était devenu manifeste que le régime prévu par la Loi ne donnait pas les résultats escomptés. Entre 1991 et 1996, seules quelques poursuites privées avaient été intentées. La plupart était des actions pour « abus de position dominante » visant des entreprises d'État occupant depuis longtemps une position dominante dans leurs marchés. Dans les quelques actions intentées, les tribunaux ont eu tendance à ne pas vouloir se prononcer sur les questions de concurrence. S'il était possible de statuer sur l'affaire en se fondant sur des principes plus usuels, comme les principes de droit administratif, le tribunal les appliquait et laissait de côté les questions de concurrence. Pendant toutes ces cinq années, la Competition Authority n'a engagé aucun recours civil en injonction ou en jugement déclaratoire³⁰².

Pour corriger la situation, l'Irlande a adopté la *Competition (Amendment) Act* en 1996. Les changements qu'elle apportait ont été décrits ainsi :

³⁰⁰ Department of Justice, Equality and Law Reform, *Irish Judicial System*, mai 1998, à la p. 12.

³⁰¹ *Id.*, à la p. 10. En matière délictuelle, la limite pécuniaire de la compétence de la Cour de circuit est de 30 000 £IR.

³⁰² Entrevue avec M. Patrick Massey, directeur de l'application de la loi de la Competition Authority, 4 novembre 1998.

[TRADUCTION] La *Competition (Amendment) Act, 1996* donne au directeur de l'application de la loi le pouvoir de faire enquête sur les allégations de pratiques anticoncurrentielles. La Competition Authority peut exercer divers pouvoirs de collecte de renseignements. Elle peut assigner des témoins à comparaître devant elle et leur enjoindre de lui remettre des documents qui sont en leur possession. Elle peut désigner des agents habilités à demander à des juges de district la délivrance de mandats autorisant la perquisition dans des locaux commerciaux afin d'obtenir des éléments de preuve relativement à des contraventions à la Loi. [...] La Loi confère à la Competition Authority le pouvoir de faire appliquer la Loi de 1991. Elle prévoit également que les entreprises reconnues coupables d'avoir enfreint la Loi sont passibles d'amendes pouvant aller jusqu'à 3 000 000 £IR ou 10 % du chiffre d'affaires. Elle prévoit en outre que les administrateurs, les gestionnaires ou le secrétaire d'une entreprise qui ont consenti aux actes interdits par la Loi de 1991 ou ont comploté en vue de leur perpétration sont passibles d'amendes ou de peines d'emprisonnement ...³⁰³.

La Competition Authority a obtenu de vastes pouvoirs de collecte de renseignements. Ceux qui passent outre aux interdictions prévues par la Loi sont susceptibles de poursuites criminelles³⁰⁴. La Loi prévoit également des sanctions criminelles rigoureuses analogues à celles qu'établissent les règles de l'UE en matière de concurrence³⁰⁵.

Il paraît être trop tôt pour dire s'il y a eu augmentation des poursuites privées depuis l'adoption des modifications. Toutefois, les mesures publiques d'application de la loi semblent avoir connu une augmentation substantielle. Des spécialistes reconnus du droit de la concurrence ont récemment fait le commentaire suivant :

³⁰³ Competition Authority Guide, *Competition Law and Small Business*, 1997, site web <http://www.irlgov.ie/compauth/broch2.htm>, aux p. 3 et 4.

³⁰⁴ La Competition Authority s'est vu conférer le pouvoir d'engager des poursuites sommaires, lesquelles donnent lieu à des amendes maximales de 1 500 £IR et à des peines maximales d'emprisonnement de six mois. Lorsque la Competition Authority veut intenter une poursuite par voie de mise en accusation relativement à des infractions plus graves, elle doit transmettre le dossier au directeur des poursuites criminelles.

³⁰⁵ Voir Competition Authority Guide, précité, note 3, à la p. 3, où l'on peut lire :

[TRADUCTION] Les lois relatives à la concurrence vont dans le même sens que les règles de l'UE en cette matière. Les articles 85 et 86 du Traité de Rome énoncent, en matière d'accords anticoncurrentiels et d'abus de position dominante, des interdictions analogues à celles que formulent les articles 4 et 5 de la *Competition Act*, lorsque de tels comportements ont des répercussions sur le commerce inter-États. Un manquement à ces règles peut donner lieu à l'application d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial.

[TRADUCTION] Au premier décembre 1997, aucune poursuite n'avait été intentée, à notre connaissance, depuis l'octroi de ces pouvoirs à la Competition Authority et à son directeur de l'application de la loi, en 1996. Toutefois, la Competition Authority a obtenu une injonction [provisoire] de la Haute Cour contre la Road Haulage Association, pour faire cesser le boycott du Port de Dublin, et il lui est loisible de continuer l'action jusqu'à l'instruction. Le directeur de l'application de la loi a exercé ses pouvoirs d'enquête pour effectuer plusieurs raids-éclair, et il a publié des communiqués de presse signalant l'illégalité de certains actes et faisant savoir que des personnes ayant pris part à des actes ou ayant conclu des accords qui, selon lui, étaient illégaux y ont mis fin après son intervention ...³⁰⁶.

Il semble que l'octroi de ces larges pouvoirs d'enquête ait encouragé la Competition Authority à user plus efficacement du pouvoir de nature civile de recourir à une injonction que lui conférait la Loi de 1991. C'est ainsi que la Competition Authority a pu, sans tenter de poursuites judiciaires, parvenir à faire résilier des accords ou à faire cesser des comportements qui, de l'avis du directeur de l'application de la loi, contrevenaient aux dispositions de la Loi.

Il appert toutefois que certains secteurs de l'économie irlandaise considèrent que la Competition Authority est trop lente à agir. Le 30 juin 1998, M^{me} Etain Doyle, chargée de la réglementation relative aux télécommunications, a expliqué dans une allocution prononcée au cours d'une conférence sur la convergence en matière de concurrence, que parce qu'un régime de pleine concurrence devait commencer à s'appliquer en 1999, elle demanderait le pouvoir d'imposer un règlement de différend provisoire aux membres de l'industrie ainsi que le pouvoir d'intenter des poursuites criminelles en vertu de la Loi.

Le pouvoir d'imposer un règlement provisoire constituerait un pouvoir quasi judiciaire extraordinaire. Ironiquement, il s'apparenterait au pouvoir de prononcer des injonctions qui a été refusé à la Competition Authority au cours des débats relatifs à la Loi de 1991. Au sujet de la procédure suivie par la Competition Authority, M^{me} Doyle a déclaré : [TRADUCTION] «Nous ne pouvons appliquer une procédure lourde ou lente même si elle permet de rendre des décisions parfaites, mais tardives. Les investisseurs quitteraient l'île»³⁰⁷.

³⁰⁶ Préface des éditeurs du *Competition Journal* au document *Enforcement Guidelines & Criminal Prosecution for Anti-Competitive Offences*, 1998, site web <http://www.clubi.ie/competition/compframesite/Criminal.html>, à la p. 1.

³⁰⁷ Cité dans *7 Competition*, Section A: «News & Comment», à la p. A.1, septembre 1998.

II. Qualité pour agir et mesures correctives

2a) Qualité pour agir

En Irlande, le droit de se prévaloir du recours en injonction n'est pas général comme en Australie ou en Nouvelle-Zélande. Le paragraphe 6(1) de la Loi prévoit que le demandeur privé, qu'il se pourvoie en dommages-intérêts ou en injonction, doit être une personne lésée par suite d'un comportement contrevenant aux dispositions de la Loi. Bien que les tribunaux irlandais ne semblent pas s'être prononcés sur la question, on peut penser que l'existence de cette condition empêcherait des groupes d'intérêt public d'intenter un recours en injonction lorsque la contravention alléguée ne donne pas également naissance à une demande de dommages-intérêts pour le compte de membres du groupe. S'il en était autrement, les actions pour dommages-intérêts et les recours en injonction n'obéiraient pas tous aux mêmes critères de qualité pour agir.

2b) Mesures correctives

Ni la Loi de 1991 ni la Loi modificatrice de 1996 ne prévoient le droit d'obtenir une injonction provisoire. Les particuliers comme la Competition Authority doivent s'en remettre aux règles générales de compétence judiciaire. Toutefois, le fait que la Competition Authority ait réussi à obtenir une telle injonction, en 1997, lors d'une poursuite intentée contre la Road Haulage Association afin de faire cesser le boycott du Port de Dublin jusqu'à l'instruction démontre que ce recours est possible³⁰⁸.

Il faut également signaler que contrairement à l'Australie, à la Nouvelle-Zélande (à l'heure actuelle) et au Royaume-Uni, l'Irlande prévoit expressément le droit, pour les particuliers, de demander des dommages-intérêts exemplaires. Toutefois, si ce recours était censé stimuler l'application de la loi au moyen d'actions privées, il ne semble pas avoir atteint son objectif. Comme on l'a déjà vu, seules quelques actions ont été intentées entre 1991 et 1996³⁰⁹. Ce fait a pesé d'un grand poids dans la décision du gouvernement irlandais de déposer le projet de loi modificateur de 1996, lequel élargissait le pouvoir de la Competition Authority de prendre elle-même des mesures d'application de la loi.

³⁰⁸ Voir le texte correspondant à la note 11.

³⁰⁹ Voir le texte correspondant à la note 7.

III. Le rôle de la Competition Authority dans les actions privées

3a) Le pouvoir d'intervenir, etc., les recours collectifs

Contrairement à la Loi australienne, la Loi irlandaise ne confère pas expressément à la Competition Authority le droit d'intervenir dans une action privée ou de la reprendre à son compte. Elle ne lui confère pas non plus le droit d'intenter un recours collectif au nom de consommateurs ou de petites entreprises.

3b) Le pouvoir d'accorder une immunité

Comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni, l'Irlande a habilité la Competition Authority à délivrer des licences individuelles ou collectives accordant l'immunité relativement à un comportement qui pourrait contrevenir à la disposition interdisant les accords anticoncurrentiels, etc., l'article 4, mais qui est jugé apporter des avantages supérieurs à la société. L'immunité découlant d'une telle licence empêche l'introduction d'une poursuite privée³¹⁰.

En outre, la Competition Authority a le pouvoir de délivrer des certificats attestant que des accords, etc. dont elle a été dûment informée ne contreviennent pas à l'article 4. Des parties privées peuvent quand même attaquer judiciairement, en vertu de la Loi, un comportement couvert par un certificat, mais elles ne peuvent recevoir de dommages-intérêts pour la période pendant laquelle le certificat était en vigueur³¹¹.

³¹⁰ Voir les par. 4(2) et (3) de la Loi. Pour déterminer s'il convient de délivrer la licence, la Competition Authority doit se demander si le comportement [TRADUCTION] «contribue à améliorer la production ou la distribution de biens ou la fourniture de services ou à promouvoir les progrès techniques ou économiques tout en octroyant aux consommateurs une juste part des avantages en découlant» (par. 4(2)), sans imposer de restrictions inutiles aux parties et en préservant la concurrence dans une partie substantielle du marché. Comme c'est le cas en Australie, la Competition Authority de l'Irlande n'a pas le pouvoir d'accorder des licences protégeant des comportements contraires à l'article 5, lequel interdit l'abus de position dominante.

³¹¹ Voir les paragraphes 4(4) et 6(6) de la Loi. Voir également le paragraphe 6(7) de la Loi prévoyant qu'aucune action privée ne peut être intentée tant que la Competition Authority n'a pas statué sur une demande de licence ou de certificat et que la procédure d'appel devant la Haute Cour, le cas échéant, n'a pas pris fin. Cette disposition prévoit également que le droit d'action est suspendu pour la période pendant laquelle une demande est pendante devant la Competition Authority ou le tribunal d'appel.

3c) Politique de la Competition Authority relativement aux actions privées

En 1997, la Competition Authority a publié des lignes directrice dans lesquelles elle a résumé sa position relativement à l'application de la loi compte tenu des pouvoirs élargis qu'elle exerce depuis l'adoption de la loi modificatrice de 1996³¹². Elle y donne un aperçu des situations qui peuvent donner lieu à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de laisser libre cours à une action privée. Elle indique notamment :

[TRADUCTION] Intérêt public

Le financement de la Competition Authority provient de fonds publics. C'est pourquoi l'organisme donne priorité, lorsqu'il s'agit de déterminer si elle doit exercer ses pouvoirs d'application de la loi à l'égard de contraventions, aux infractions qui causent les plus graves préjudices à l'économie et aux consommateurs. [...] Certaines contraventions causent un préjudice immédiat à une personne ou à une entreprise, et d'autres ont des répercussions sur des groupes plus larges et plus hétérogènes. L'article 6 prévoit un droit d'action privé parallèle au droit d'action de la Competition Authority. L'organisme estime qu'il doit accorder priorité aux infractions qui ne donnent pas lieu à l'application des mesures correctives privées prévues par l'article 6.

Régime civil d'application de la loi

Comme pour les poursuites criminelles, la Competition Authority prendra en considération, pour ordonner ses priorités en matière d'application de la loi, le tort causé au public et les avantages que le public retirera de l'engagement de poursuites, tant sur le plan de l'établissement de précédents que sur celui de la dissuasion.

(i) *L'établissement de précédents*

La Competition Authority, pour décider si elle doit tenter des poursuites civiles relativement à des contraventions à la Loi, examinera si une décision judiciaire stipulant qu'une pratique particulière empêche, restreint ou fausse la concurrence ou constitue un abus de position dominante peut établir un précédent susceptible de guider les entreprises.

³¹² Ces lignes directrices peuvent être consultées au site web suivant : <http://www.clubi.ie/competition/comp.framesite/Criminal.html>.

(ii) Le droit d'action privé prévu à l'article 6

Lorsqu'une contravention à la Loi cause un préjudice à une personne, à une entreprise ou à un groupe déterminable et que, par conséquent, un demandeur identifiable peut se prévaloir de l'article 6 en raison d'un préjudice substantiel déterminable, il est moins nécessaire qu'un organisme public intervienne que lorsque le tort est subi par une grande variété de consommateurs. La Competition Authority est d'avis qu'elle doit plutôt donner priorité aux contraventions à la Loi appartenant à cette dernière catégorie. Toutefois, la Competition Authority ne reléguera pas pour autant au second plan son souci de ne pas fermer les yeux sur une violation flagrante ou continue.

(iii) Le pouvoir discrétionnaire de ne pas intenter de poursuites

La Competition Authority croit qu'il pourra arriver que des parties à un accord anticoncurrentiel voudront mettre fin à leur comportement et prendre des engagements relativement à leur conduite future. Cette solution présente l'avantage d'éviter les coûts liés à une poursuite judiciaire, mais comme la Competition Authority ne dispose actuellement d'aucun pouvoir pour faire respecter de tels engagements, elle ne pourra les accepter que lorsqu'elle sera convaincue que les parties ne cherchent pas simplement à retarder une mesure d'application de la loi nécessaire.

Lorsque la Competition Authority reçoit une plainte, elle examine les facteurs mentionnés ci-dessus pour décider s'il convient d'y donner suite et de quelle façon. La plainte peut émaner d'une personne ou d'une entreprise estimant qu'une pratique anticoncurrentielle lui a causé un tort et pouvant exercer elle-même un droit d'action en vertu de l'article 6, mais le rôle de la Competition Authority ne se substitue pas au droit d'action privé. Un plaignant ne peut demander à l'organisme d'abandonner la plainte, et la démarche que la Competition Authority considérera comme la plus appropriée pour elle ne coïncidera pas nécessairement avec celle que le plaignant aurait choisie s'il avait intenté une poursuite privée pour son propre intérêt ...³¹³

Les lignes directrices énumèrent les facteurs que la Competition Authority prendra en considération pour déterminer si elle se chargera d'une affaire ou si elle laissera des parties privées intenter une action :

- (1) le préjudice public résultant du comportement et les avantages d'intérêt public qu'il y a à intenter une poursuite, en termes d'établissement de précédent et de dissuasion;
- (2) l'existence d'une personne ou d'un groupe identifiable suffisamment intéressé à poursuivre en raison de l'importance du préjudice causé par le comportement anticoncurrentiel;

³¹³ *Id.*, aux p. 2 à 5.

(3) si la poursuite privée prévue n'est pas intentée, l'existence d'une violation flagrante ou continue sur laquelle la Competition Authority ne peut fermer les yeux;

(4) la probabilité qu'en l'absence de poursuite la Competition Authority puisse inciter le contrevenant à mettre fin au comportement anticoncurrentiel et à prendre de réels engagements quant à sa conduite future.

3d) Accès des parties privées aux renseignements recueillis par la Competition Authority

Parce que la Competition Authority de l'Irlande vient tout juste d'obtenir le pouvoir d'effectuer des enquêtes, etc., elle n'a pas encore fait le tour de cette question. Il semble toutefois qu'elle préfère traiter comme confidentiels tous les renseignements qu'elle recueille par suite de plaintes ou au cours de la phase d'enquête. Dans une allocution prononcée récemment, le président de la Competition Authority, M. Patrick McNutt a expliqué comme suit cette position :

[TRADUCTION] La Competition Authority devra évaluer l'efficacité de la divulgation par rapport à l'établissement des garanties appropriées relativement à la divulgation, à l'utilisation des renseignements partagés et à l'identité du plaignant ou de l'auteur de la dénonciation. [...] Si la Competition Authority intente une poursuite civile, il sera loisible au défendeur de demander communication de notre dossier, et il appartiendra encore là au juge de statuer chaque fois sur la question de savoir si l'organisme est tenu de divulguer l'identité du dénonciateur.

Il se peut qu'on doive établir une distinction entre différentes catégories de renseignements divulgués. Il pourrait, par exemple, y avoir des renseignements d'enquête confidentiels, c'est-à-dire des renseignements qui sont confidentiels seulement parce qu'ils ont été obtenus au cours d'une enquête. [...] La Competition Authority doit pouvoir faire appliquer la Loi dans la confidentialité. [...] Le pouvoir d'enquête permet à l'organisme de constituer des dossiers et d'obtenir des documents en exécution de mandats; la source d'information d'un tiers constitue un nouvel élément de preuve; les renseignements cruciaux provenant de tiers, tout élément de preuve d'accords ou de communications anticoncurrentiels entre concurrents peuvent être déterminants pour une enquête.

La loi habilitante prévoit que la Competition Authority peut effectuer des enquêtes et recueillir des renseignements et des éléments de preuve. Il serait possible de modifier la Loi pour qu'elle interdise la communication de renseignements d'enquête confidentiels sauf dans le cadre de poursuites judiciaires où tous les documents sont utilisés en preuve et prévoit que la Competition Authority ne pourra être contrainte à communiquer des renseignements reçus en vertu d'une plainte que dans le cadre d'une poursuite judiciaire. La Competition Authority ne peut agir sans disposer de

renseignements, et comme notre système est fondé sur la transparence, une fois que les poursuites sont intentées, tout se déroule devant un tribunal public et tous les renseignements appartiennent au domaine public [...] ³¹⁴

M. McNutt a proposé d'apporter des modifications à la Loi pour que les renseignements d'enquête confidentiels et les renseignements obtenus par suite d'une plainte ne puissent être communiqués à moins qu'ils ne soient utilisés dans des instances judiciaires.

IV. Gestion des instances et efficacité procédurale

Il ne semble pas que l'Irlande s'apprête à réformer son système judiciaire comme l'Australie ou le Royaume-Uni pour améliorer le taux de règlement avant contestation des actions civiles. En 1995, la ministre de la Justice, M^{me} Nora Owen a constitué un groupe de travail pour examiner la réforme du système judiciaire. Toutefois, les documents publiés indiquent que les principaux changements effectués jusqu'à présent intéressent l'établissement de nouvelles règles pour la Cour de district – laquelle n'a pas compétence pour entendre des affaires relevant du droit de la concurrence –, l'établissement d'une administration judiciaire indépendante, des recommandations relatives à la déontologie judiciaire et la nomination de plus de juges et d'employés de soutien ³¹⁵.

La ministre a fait remarquer dernièrement, dans une allocution, que cette dernière réforme a donné des résultats intéressants :

[TRADUCTION] Cet investissement [la nomination de juges et d'employés de soutien additionnels], je suis heureuse de l'annoncer, a donné les résultats escomptés : l'élimination de l'arriéré des instances pendantes. Il appert maintenant que les nouvelles affaires civiles introduites devant la Cour de circuit de Dublin peuvent être mises au rôle dans les six semaines de leur dépôt. Ce délai était de deux ans en juillet dernier.

³¹⁴ Patrick McNutt, *Some Reflections on Irish Competition Policy - (Signalling Games and Credible Threats)*, allocution prononcée lors d'un séminaire organisé par les entreprises d'édition en matière de concurrence à Dublin, Irlande le 24 février 1997, aux p. 4 et 5, site web : <http://www.irlgov.ie/compauth/reflect.htm>.

³¹⁵ Voir l'allocution de la ministre de la Justice, M^{me} Nora Owen, prononcée à l'occasion de l'entrée en vigueur des Règles de la Cour de district, le 7 mars 1997, site web : <http://www.irlgov.ie/justice/Speeches/Speeches-97/sp-1203.htm>. Voir également le communiqué de presse annonçant la publication du sixième rapport du groupe de travail sur la commission judiciaire, 21 avril 1999, site web : <http://www.irlgov.ie/justice/Press%20Releases/Press-99/pr-2204a.htm>.

En droit de la famille, les délais devant ce tribunal ont été ramenés de seize à quatre mois, et les instances en matière criminelle sont maintenant entendues sans délai.

Les actions pour préjudice personnel intentées devant la Haute Cour sont maintenant entendues dans un délai de vingt mois plutôt que trente-cinq, et le délai relatif à l'audition d'affaires criminelles par la Cour criminelle centrale a été réduit à aussi peu que six mois dans certains cas³¹⁶.

Les arriérés et les délais devant les tribunaux ont été considérablement réduits.

³¹⁶ Allocution de la ministre, *id.*, à la p. 12.

ÉTATS-UNIS

Introduction

Depuis l'adoption de la *Sherman Act* en 1890, la législation antitrust américaine permet d'intenter un recours privé en vue d'obtenir des dommages-intérêts triplés, de même qu'un redressement en *equity*, y compris une injonction. Cependant, plusieurs décennies plus tard, on constate que très peu d'actions antitrusts ont été intentées par des parties privées. Ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale, dans les années cinquante et soixante, que les actions antitrusts privées se sont multipliées et ont en fin de compte entraîné la plupart des grands changements qui ont marqué le droit de la concurrence au cours de cette période.

Pendant au moins les vingt-cinq dernières années, les recours privés ont compté pour plus de 90 % de la totalité des actions antitrusts intentées aux États-Unis. Neuf fois plus d'actions privées que d'actions publiques ont donc vu le jour. Bien que près de 90 % d'entre elles soient réglées ou rejetées avant l'instruction et que plus de 70 % des actions instruites débouchent sur un jugement favorable aux défendeurs ou à certains d'entre eux, l'action antitrust privée demeure redoutable dans le contexte juridique américain.

Même si la possibilité de toucher des dommages-intérêts triplés constitue en soi un stimulant important, d'autres mesures incitent à ester en justice aux États-Unis. L'auteur d'une action en dommages-intérêts triplés a expressément droit, suivant la loi, au transfert des frais de justice, c'est-à-dire que, s'il a gain de cause, les frais de justice raisonnables qu'il a engagés sont à la charge de la partie défenderesse. Ce droit établi par la loi ne confère aucun avantage au défendeur. Même si ce dernier a gain de cause, il est soumis à la règle traditionnelle américaine selon laquelle les parties paient leurs frais de justice respectifs. En outre, l'auteur d'une action antitrust privée peut se prévaloir de dispositions généreuses lui permettant d'intenter un recours collectif.

Il semble toutefois y avoir peu de collaboration entre les parties publiques et privées aux fins de faire respecter le droit de la concurrence. Les autorités publiques ne sont pas disposées à communiquer à d'éventuels demandeurs privés l'information recueillie dans le cadre de leurs enquêtes. Contrairement à ce qui semble être le cas en Nouvelle-Zélande, les tribunaux ne sont pas enclins à

tenir compte des intérêts plus généraux de l'ensemble des consommateurs pour statuer sur une demande privée d'injonction provisoire. Les autorités publiques, soit le ministère de la Justice et la Federal Trade Commission, se considèrent investies du pouvoir légitime de défendre l'intérêt public et disposent à cette fin d'un vaste arsenal criminel, civil et administratif.

I. Aperçu des actions privées

1a) Comportement donnant ouverture à une action privée :

Aux États-Unis, une partie privée peut intenter un recours par suite d'un préjudice infligé à une entreprise ou à un bien en contravention de la législation antitrust. Voici le texte de l'article 4 de la *Clayton Act*³¹⁷ :

[TRADUCTION] a) Sous réserve de l'alinéa b), toute personne peut, en raison d'un préjudice infligé à son entreprise ou à l'un de ses biens et causé par un acte interdit par la législation antitrust, intenter une action devant une cour de district des États-Unis dans le district où réside le défendeur ou dans lequel le défendeur ou son mandataire se trouve, peu importe le montant en cause; elle a droit au triple des dommages subis ainsi qu'au remboursement de ses frais de justice, y compris un montant raisonnable au titre des honoraires d'avocat....³¹⁸

Toute activité contraire à la législation antitrust peut faire l'objet d'une action en dommages-intérêts triplés. Un droit d'action est reconnu à « toute personne ». Rien n'indique que le demandeur doit être une personne physique pour demander une mesure corrective. Un particulier ou une personne morale peut donc avoir qualité pour intenter un recours privé fondé sur cette disposition³¹⁹.

³¹⁷ La *Clayton Act* figure dans 15 U.S.C.A., art. 12 à 27.

³¹⁸ *Id.*, art. 15

³¹⁹ Un État peut aussi intenter une action en dommages-intérêts triplés sur le fondement de l'article 4 de la *Clayton Act*, que ce soit pour son propre compte ou celui de ses citoyens (*parens patriae*). L'administration locale ainsi qu'un organisme créé par l'administration fédérale ou étatique peuvent également se prévaloir de la disposition. Les États-Unis ne peuvent demander que des dommages-intérêts simples (art. 4A). La même restriction vaut pour les gouvernements étrangers (art. 4B).

La seule loi « antitrust » sur le fondement de laquelle le droit d'action privé ne peut être exercé est la *Federal Trade Commission Act* (la « FTCA »)³²⁰. En effet, elle ne fait pas partie de la « législation antitrust » définie comme suit dans la Loi :

[TRADUCTION] Art. 12. « législation antitrust » S'entend, aux fins des présentes, de la loi intitulée « An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies », approuvée le deux juillet mil huit cent quatre-vingt-dix, articles soixante-treize à soixante-dix-sept, de la loi intitulée « An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes », du vingt-sept août mil huit cent quatre-vingt-quatorze, de la loi intitulée « An Act to amend sections seventy-three and seventy-six of the Act of August twenty-seventh, eighteen hundred and ninety-four, entitled « An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes », approuvée le douze février mil neuf cent treize, ainsi que de la présente loi³²¹.

La FTCA échappe donc à l'application de cette disposition.

1b) Types d'actions que les parties privées ont tendance à intenter en pratique

(1) Aperçu général

Le projet Georgetown constitue la principale étude sur les recours privés aux États-Unis³²². De nombreuses conclusions sont tirées à partir de 2 357 affaires, ce qui constitue un nombre important du point de vue statistique. L'étude se penche sur les actions antitrusts privées intentées de 1973 à 1983 dans les districts Southern New York, Northern Illinois, Northern California, Western Missouri et Northern Georgia³²³. Elle renferme plusieurs ensembles de données statistiques, dont, en premier lieu, la répartition du nombre de demandes en fonction de la cause d'action.

³²⁰ *Federal Trade Commission Act*, 12 U.S.C.A., art. 31 à 53.

³²¹ *Clayton Act*, *supra*, note 1, al. 12a).

³²² Voir Steven C. Salop et Lawrence J. White, « Treble Damages Reform: Implications of the Georgetown Project », 55 *Antitrust Law Journal* 73 (1986).

³²³ *Id.*, à la p. 74.

Voici le résumé des données statistiques relatives aux causes d'action :

<i>Comportement visé</i>	<i>Pourcentage</i>
Fixation horizontale des prix	21,3
Fixation verticale des prix	10,3
Résiliation du contrat avec un vendeur	8,9
Refus de vendre	25,4
Prix d'éviction	10,4
Accumulation de biens ou de brevets	5,6
Fixation de prix différents	16,4
Fixation verticale de prix différents	5,8
Ventes liées ou exclusivité	21,1
Fusionnement ou coentreprise	5,8
Incitation à une mesure de l'État	0,8
« Complot »	5,9
« Limitation du commerce »	10,0
« Monopole » ou « monopolisation »	8,8
Autre	8,9

Les ventes liées, le refus de vendre et la résiliation du contrat avec un vendeur représentaient 55,4 % des causes d'action.

Le projet Georgetown a également établi des statistiques sur les liens entre les demandeurs et les défendeurs; en voici le résumé :

<i>Relations d'affaires</i> ³²⁵							
Pratique illégale reprochée	Concurrent indépendant	Concurrent intégré verticalement	Consommateur direct	Fournisseur	Consommateur final	Autre	Aucune donnée
Fixation horizontale des prix	7,2 %	22,0 %	24,0 %	19,4	0,4	20,4	4,8
Fixation verticale des prix	6,9	13,0	19,2	5,4	6,9	6,6	0,7
Résiliation du contrat avec un vendeur	1,6	1,6	22,6	4,3	0,0	2,0	0,7
Refus de vendre	23,4	40,6	35,3	31,2	12,6	23,7	0,7
Fixation de prix d'éviction	23,2	11,8	8,5	8,6	3,4	2,0	1,5
Accumulation de biens	9,6	12,2	3,2	4,3	3,4	3,3	1,1
Fixation de prix différents	16,2	25,2	23,6	15,1	14,9	4,0	2,2
Fixation verticale de prix différents	5,3	10,2	9,2	4,3	1,1	2,6	0,7
Ventes liées/exclusivité	22,3	22,8	30,7	21,5	17,2	14,2	3,7
Fusionnement/coentreprise	13,8	6,3	3,0	4,3	4,0	4,0	0,4
Incitation à une mesure de l'État	1,8	1,2	0,4	0,0	0,0	1,3	0,0
« Complot »	8,0	6,6	4,6	8,6	6,9	8,6	1,1
« Limitation du commerce »	13,1	11,0	9,0	11,8	8,0	13,8	2,7
« Monopolisation »	15,2	12,2	7,2	3,2	6,3	7,9	2,6
Autre	11,6	10,6	5,5	12,9	8,0	23,0	1,1
Aucune donnée	2,7	3,4	0,9	2,2	2,3	4,0	84,4

Les allégations de refus de vendre ont été formulées par des concurrents intégrés verticalement, des consommateurs directs et des fournisseurs à raison de plus de 30 % pour chacun de ces groupes. Les consommateurs directs étaient à l'origine de 30 % des allégations de ventes liées et d'exclusivité,

³²⁵Le total des pourcentages indiqués est souvent supérieur à 100 % parce qu'une même action peut comporter plusieurs allégations de pratique illégale.

contre 45,1 % pour les concurrents. Fournisseurs et consommateurs finals ont formulé respectivement 21,55 % et 17,2 % des allégations.

(2) Temps écoulé entre le début de l'instance et le règlement

Il ressort du projet Georgetown qu'une instance civile durait en moyenne 757 jours, les frais de justice atteignant entre 200 000 \$ et 280 000 \$ au total³²⁶.

(3) Pourcentage des actions privées débouchant sur une ordonnance par consentement, un règlement, etc.

a) Nombre de règlements en général

Le projet Georgetown fournit les statistiques suivantes concernant les règlements en général³²⁷.

	<i>Règlement au sens large</i> ³²⁸		<i>Règlement au sens strict</i> ³²⁹	
	Affaire classée	Affaire instruite	Affaire classée	Affaire instruite
Règlement (en général)	88,2 %	--	70,8 %	--
Jugement en faveur de tous les demandeurs ou de certains d'entre eux	3,3 %	28,1 %	3,3 %	11,3 %
Jugement favorable à tous les défendeurs ou à certains d'entre eux	8,4 %	71,4 %	25,9 %	88,4 %
Jugement favorable à certains demandeurs et à certains défendeurs	0,1 %	0,5 %	0,1 %	0,2 %

Selon les données du projet Georgetown, le taux de règlement en général oscille entre 88,2 % et 70,8 % dans le cas des poursuites antitrusts privées, selon qu'on retient la définition large ou étroite du terme « règlement »³³⁰.

³²⁶ Salop et White, loc. cit., *supra*, note 322, à la p. 76.

³²⁷ *Id.*, à la p. 77.

³²⁸ Définition étendue : comprend le rejet de l'action par le tribunal.

³²⁹ Définition étroite : assimile le rejet à un jugement favorable au défendeur.

³³⁰ Salop et White, *supra*, note 323, à la p. 77.

b) Taux de règlement dans les affaires de ventes liées et de refus de vendre

Les auteurs de l'étude ont non seulement recueilli des données sur les règlements en général, mais ils ont aussi réparti les règlements intervenus et les jugements rendus en fonction des pratiques alléguées ³³¹ :

	<i>Règlement au sens large</i> ³³²		<i>Règlement au sens strict</i> ³³³	
	Règlement	Jugement favorable au demandeur	Règlement	Jugement favorable au demandeur
Fixation horizontale des prix	84,2 %	24,6 %	68,3 %	12,3 %
Fixation verticale des prix	88,5 %	19,0 %	72,5 %	8,0 %
Résiliation du contrat avec un vendeur	86,2 %	43,5 %	74,5 %	23,8 %
Refus de vendre	85,6 %	25,4 %	68,6 %	11,6 %
Prix d'éviction	92,9 %	23,1 %	77,6 %	7,3 %
Fixation de prix différents	88,9 %	43,4 %	73,0 %	14,1 %
Ventes liées/ exclusivité	87,7 %	28,9 %	72,3 %	12,7 %

Selon le tableau, le taux de règlement dans les affaires de refus de vendre se situe entre 85,6 % et 68,6 %. Dans le cas des ventes liées, il oscille entre 87,7 % et 72,2 %. L'étude laisse entendre par ailleurs que le taux de règlement dépend davantage des frais de justice et de l'incidence sur les affaires ultérieures que du bien-fondé des allégations³³⁴. Plus les frais de justice sont élevés ou plus la décision risque d'avoir une incidence défavorable sur les affaires ultérieures, moins il est probable que l'instance soit menée à terme.

³³¹ *Ibid.*

³³² Définition étendue : rejet assimilé à un règlement.

³³³ Définition étroite : assimile le rejet à un jugement favorable au défendeur.

³³⁴ Salop et White, *supra*, note 323, aux pp. 76 et 77.

Soulignons que le pourcentage de règlement ne semble pas aussi élevé que le taux de règlement en général des instances civiles en Ontario. Dans cette province, un règlement intervient à l'égard d'une instance civile dans 95 % des cas³³⁵.

1c) Lieu d'introduction des actions privées

Toute action privée alléguant la violation des dispositions fédérales antitrusts des États-Unis doit être intentée dans le cadre du système judiciaire fédéral. Aux fins de ce système, le territoire des États-Unis est divisé en un certain nombre de districts dotés chacun d'une cour de justice de première instance appelée cour de district des États-Unis. La cour de district entend généralement l'action intentée par un demandeur dans son territoire.

En matière d'appel, les États-Unis se divisent en un certain nombre de territoires plus étendus appelés circuits. La plupart des circuits comprennent plusieurs districts. L'appel d'une décision d'une cour de district peut être interjeté devant la cour d'appel du circuit dont le district fait partie. Chacune des cours d'appel est appelée cour d'appel des États-Unis pour un circuit en particulier. Ses décisions peuvent être directement portées en appel devant la cour suprême des États-Unis.

Il convient de signaler en outre que de nombreux États américains ont adopté leurs propres dispositions antitrusts pour réprimer le comportement anticoncurrentiel dans leur territoire. Lorsque les parties à une instance privée engagée sur le fondement d'une loi antitrust d'un État sont des citoyens de cet État, l'action doit être intentée devant un tribunal de l'État en question. Cependant, lorsque les parties ne sont pas toutes citoyennes du même État, le système judiciaire fédéral peut être saisi du recours afin que la procédure soit équitable.

³³⁵ Garry D. Watson, *Civil Litigation, Cases and Materials*, Emond Montgomery, Toronto, 1991, à la p. 11.

1d) Nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions publiques

Voici des statistiques concernant le nombre d'actions privées par rapport au nombre d'actions publiques intentées aux États-Unis de 1970 à 1995³³⁶ :

<i>Année</i>	<i>Nombre total d'actions antitrusts</i>	<i>Nombre d'actions privées</i>	<i>Pourcentage d'actions privées</i>
1970	929	877	94,40 %
1971	1 505	1 445	96,01 %
1972	1 379	1 299	94,20 %
1973	1 206	1 152	95,52 %
1974	1 270	1 230	96,85 %
1975	1 431	1 375	96,09 %
1976	1 555	1 504	96,72 %
1977	1 658	1 611	97,17 %
1978	1 477	1 435	97,16 %
1979	1 284	1 234	97,11 %
1980	1 496	1 457	97,39 %
1981	1 352	1 292	97,56 %
1982	1 066	1 037	97,28 %
1983	1 213	1 192	98,27 %
1984	1 124	1 100	97,86 %
1985	1 082	1 052	97,23 %
1986	877	838	95,55 %
1987	785	758	96,56 %
1988	682	653	95,89 %
1989	658	639	97,11 %
1990	472	452	95,76 %
1991	681	650	95,45 %
1992	503	483	96,02 %
1993	701	685	97,72 %
1994	708	672	94,92 %
1995	775	745	96,13 %
Moyenne	1 032,19	995,11	92,78 %

Au cours des 25 dernières années, les actions privées ont représenté en moyenne 92,78 % des recours antitrusts intentés aux États-Unis (des données n'ont pu être obtenues pour les années ultérieures à 1995). Le ratio est donc approximativement de 9 contre 1.

³³⁶ Source: groupe de travail de l'ALÉNA, actions privées pour contravention aux lois sur la concurrence, annexe A.

1e) Évolution de l'utilisation des actions privées

Depuis plus de 100 ans, soit depuis l'adoption de la première loi antitrust aux États-Unis, la *Sherman Act*, le 2 juillet 1890, il existe un droit d'action privé permettant d'obtenir des dommages-intérêts triplés. Initialement, l'article 7 de la loi conférait le droit d'action privé. En 1914, il a été remplacé par l'article 4 de la *Clayton Act*³³⁷.

II. Qualité pour agir en justice

Bien que le droit d'action privé puisse en principe être exercé par quiconque, la cour suprême des États-Unis a établi des règles restrictives quant à la qualité pour agir et au caractère direct du préjudice subi afin de limiter le nombre d'actions privées dont les tribunaux sont saisis³³⁸. La cour a conclu que, à partir d'un certain point, le contrevenant ne devait pas être tenu responsable³³⁹ et qu'il était raisonnable de supposer que le Congrès n'avait pas voulu que toute personne touchée de façon incidente par un acte anticoncurrentiel puisse intenter une action en dommages-intérêts triplés pour le préjudice infligé à son entreprise ou à l'un de ses biens³⁴⁰.

La Cour suprême n'a pas encore statué de façon définitive sur la qualité requise pour intenter un recours antitrust privé. Plusieurs écoles de pensée se sont succédées. Selon celle qui a cours actuellement, seul un consommateur ou un concurrent sur le marché qui est visé par le comportement tenu pour anticoncurrentiel a qualité pour ester en justice³⁴¹. Ce point de vue découle essentiellement de l'affaire *AGCC*³⁴². La décision rendue dans cette affaire énonce les critères qui doivent être appliqués avec souplesse, selon les faits de l'espèce, pour déterminer si le demandeur a la qualité

³³⁷ 15 U.S.C.A., art. 15.

³³⁸ Voir *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 334 (1990); *Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104, 112-13 (1986); *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters (AGCC)*, 469 U.S. 519, 537 (1983); *Blue Shield of Va. v. McCready*, 457 U.S. 465, 477-78 (1982); *Brunswick Corp v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 429 U.S. 477, 489 (1977).

³³⁹ *Blue Shield of Va. v. McCready*, U.S. 465, 477 (1982) [citant *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 760 (1977) juge Brennan, dissident)].

³⁴⁰ *Id.*

³⁴¹ C. Douglas Floyd, « Antitrust Victims Without Antitrust Remedies: The Narrowing of Standing in Private Antitrust Actions », 82 *Minn. Law Rev.* 1, à la p. 71.

³⁴² *Supra*, note 338.

requis pour agir : 1) le préjudice est l'un de ceux pour lesquels le Congrès a voulu conférer un recours³⁴³; 2) le défendeur a voulu ou non infliger un préjudice au demandeur³⁴⁴; 3) le préjudice est direct ou non³⁴⁵; 4) d'autres personnes plus directement touchées sont susceptibles ou non d'intenter une poursuite³⁴⁶; 5) le préjudice est spéculatif, il y aurait double indemnisation ou la répartition des dommages-intérêts serait complexe³⁴⁷.

III. Mesures correctives

3a) Mesures correctives que peuvent demander les parties privées

(1) Dommages-intérêts triplés

La possibilité d'obtenir des dommages-intérêts triplés est étroitement liée à la démarche restrictive adoptée par les tribunaux américains quant à la reconnaissance de la qualité pour agir en justice. Suivant l'article 4 de la *Clayton Act*, [TRADUCTION] « toute personne peut, en raison d'un préjudice [...] causé par un acte interdit par la législation antitrust, intenter une action ...[afin d'obtenir le] triple des dommages subis...» L'attrait de sommes substantielles pour les demandeurs, les conséquences éventuellement ruineuses pour les défendeurs et le souci d'empêcher la double indemnisation des acheteurs et des consommateurs directs expliquent la définition restrictive retenue par les tribunaux quant à la qualité requise pour intenter un recours antitrust privé³⁴⁸.

L'auteur d'une action en dommages-intérêts triplés doit également établir que le préjudice subi est principalement imputable à l'acte anticoncurrentiel³⁴⁹. Dans la mesure où le préjudice a assurément été causé par l'acte illégal, toutefois, l'incertitude entourant son évaluation ne saurait être un motif de rejet de la demande³⁵⁰.

³⁴³ Floyd, loc. cit., *supra*, note 341, à la p. 8.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ Voir la note 338, *supra*, et *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery*, 392 U.S. 481.

³⁴⁹ *Riss & Co. v. Association of American Railroad*, 190 F. Supp. 10 (D.D.C. 1960).

³⁵⁰ Voir *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, 562 (1931).

(2) Injonction provisoire ou permanente

Voici le libellé de l'article 16 de la *Clayton Act* prévoyant qu'une injonction peut être décernée :

[TRADUCTION] Une personne physique ou morale, ou une association, peut s'adresser à une cour des États-Unis ayant compétence à l'égard des parties pour obtenir une injonction lorsqu'une infraction prévue par les dispositions antitrusts (notamment aux articles 13, 14, 18 et 19 du présent titre) l'expose à une perte ou à un préjudice, suivant les mêmes conditions et les mêmes principes en fonction desquels une injonction est accordée par une cour statuant en *equity* pour contrer un comportement susceptible de causer une perte ou un préjudice, conformément aux règles applicables à une telle procédure; moyennant la signature du cautionnement exigé pour couvrir les dommages susceptibles d'être infligés si une injonction injustifiée est accordée et une preuve de l'existence d'un risque immédiat de perte ou de préjudice irréparable, une injonction provisoire peut être décernée. Cependant, aucune disposition des présentes ne confère à une personne physique ou morale, ou à une association, sauf les États-Unis, le droit de présenter une requête en injonction visant un transporteur public relevant de la compétence de la Surface Transportation Board suivant la partie IV du titre 49. Dans toute action fondée sur la présente disposition, le demandeur qui a substantiellement gain de cause se voit adjuger par le tribunal les dépens de la poursuite, y compris un montant raisonnable au titre des honoraires d'avocat³⁵¹.

Contrairement aux dispositions australiennes et néo-zélandaises en matière d'injonction, l'article 16 ne reconnaît pas à quiconque la qualité pour agir en justice. Seule la personne qui risque de subir une perte ou un préjudice à cause d'une violation des dispositions antitrusts peut obtenir une injonction³⁵².

L'article 16 de la *Clayton Act* permet d'obtenir une injonction provisoire ou permanente. Pour qu'une injonction provisoire soit accordée, demandeur doit signer le « cautionnement exigé pour couvrir les dommages susceptibles d'être infligés si une injonction injustifiée est accordée et [prouver]

³⁵¹ 15 U.S.C.A., art. 26.

³⁵² *Ibid.*

l'existence d'un risque immédiat de perte ou de préjudice irréparable [causé par la violation des dispositions antitrusts] ».

L'article 16 n'autorise pas l'octroi d'une injonction au bénéfice du public en général. Le demandeur doit en effet établir qu'il est exposé à un préjudice particulier qui diffère de celui auquel est exposé le public en général³⁵³. Cette conséquence découle du libellé de l'article 16 voulant que l'injonction soit décernée « suivant les mêmes conditions et les mêmes principes en fonction desquels une injonction est accordée par une cour statuant en *equity* pour contrer un comportement susceptible de causer une perte ou un préjudice ».

(3) Recours collectif

Les lois antitrusts ne renferment aucune disposition particulière concernant le recours collectif. Un tel recours doit être intenté en application de l'article 23 des règles fédérales de procédure civile, dont voici l'extrait pertinent :

[TRADUCTION] Règle 23. Recours collectif³⁵⁴

Un ou plusieurs membres d'un groupe de personnes ne peuvent poursuivre ou être poursuivis en tant que représentants du groupe dans sa totalité que si les conditions suivantes sont remplies :

- 1) le groupe comprend trop de membres pour que la réunion des actions soit réalisable;
- 2) il existe des questions de droit ou de fait communes à tous les membres du groupe;
- 3) les allégations du ou des représentants ou leurs moyens de défense sont représentatifs des allégations du groupe ou de ses moyens de défense;
- 4) les représentants défendront convenablement les intérêts du groupe.

Les questions de droit ou de fait qui sont communes à tous les membres du groupe doivent être trop nombreuses pour qu'une réunion d'actions soit possible. En outre, le ou les membres désignés doivent

³⁵³ Voir, p. ex., *Revere Camera Co. v. Eastman Kodak Co.*, 81 F. Supp. 325, 331 (N.D Ill. 1948).

³⁵⁴ 7 F.R.Civ. P. 23.

formuler des allégations ou invoquer des moyens de défense qui sont représentatifs de ceux du groupe et être en mesure de défendre les intérêts du groupe.

De plus, la partie qui demande l'autorisation d'intenter un recours collectif doit remplir l'une ou l'autre des conditions suivantes :

1. intenter des recours distincts comporte le risque que des jugements contradictoires soient rendus³⁵⁵;
2. statuer sur des recours individuels comporte le risque de statuer sur les intérêts de tiers³⁵⁶;
3. il convient de décerner une injonction ou de rendre un jugement déclaratoire relativement au groupe, car la partie adverse a agi pour des motifs généralement applicables au groupe³⁵⁷;
4. les questions communes de droit ou de fait l'emportent sur les questions particulières, et le recours collectif est le moyen le plus équitable et le plus efficace de trancher le litige³⁵⁸.

3b) Mesures correctives accessibles aux États-Unis

(1) Poursuite criminelle

Les poursuites criminelles sont habituellement engagées par la division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis sur le fondement de la *Sherman Antitrust Act*³⁵⁹, qui interdit tout contrat, association d'intérêts ou complot limitant indûment le commerce entre les États³⁶⁰. Est également frappée d'interdiction la création d'un monopole visant toute partie du commerce entre les États³⁶¹. Le contrevenant commet un acte criminel et s'expose à une poursuite criminelle. Une personne morale est passible d'une amende maximale de 10 millions de dollars par infraction. Une personne physique

³⁵⁵ Règle 23 b) (1) (A).

³⁵⁶ Règle 23 b) (1) (B).

³⁵⁷ Règle 23 b) (2).

³⁵⁸ Règle 23 b) (3).

³⁵⁹ *Sherman Act*, 15 U.S.C.A., art. 1 à 7. L'article 14 de la *Clayton Act* et l'article 3 de la *Robinson-Patman Act* sont également des dispositions relevant du droit pénal.

³⁶⁰ Ministère de la Justice des É.-U., l'application des dispositions antitrusts et le consommateur, site Internet : http://www.usdoj.gov/atr/public/div_stats/1638.htm, art. 2. Voir également l'art. 1 de la *Sherman Act*.

³⁶¹ *Sherman Act*, art. 5.

peut être condamnée à une amende d'au plus 350 000 \$ et à une peine d'emprisonnement d'au plus trois ans devant être purgée dans un pénitencier fédéral³⁶².

Parmi les activités anticoncurrentielles, le ministère américain de la Justice s'attaque en priorité au truquage des offres et à la fixation des prix³⁶³. Il estime que ce sont les pratiques les plus nuisibles à la concurrence sur les marchés. On a récemment signalé ce qui suit :

[TRADUCTION] Le ministère a obtenu des déclarations de culpabilité après avoir porté des accusations de truquage des offres et de fixation des prix dans de nombreux domaines, dont les suivants : boissons gazeuses, cinéma, enlèvement des ordures, construction routière, installations électriques; des centaines de millions de dollars d'échanges commerciaux étaient en jeu. Ces dernières années, à la grandeur du pays, des grands jurys ont fait enquête au sujet d'infractions possibles en liaison avec le papier de télécopie, le matériel d'étalage, les explosifs, les articles de plomberie, les portes, les extrusions d'aluminium, les tapis, le pain et de nombreux autres produits et services. En outre, à l'issue d'une enquête, le ministère a récemment intenté une poursuite pour truquage des offres d'approvisionnement du ministère de la Défense et d'autres ministères....³⁶⁴

Qui plus est, depuis le 3 mai 1988, la division a engagé 134 poursuites pour truquage des offres contre des entreprises laitières à la grandeur des États-Unis; 81 personnes morales et 84 personnes physiques étaient visées. Des amendes criminelles totalisant plus de 69,8 millions de dollars ont été infligées, et plus de 29 personnes ont été condamnées à des peines d'emprisonnement³⁶⁵.

³⁶²Application des dispositions antitrusts, *supra*, note 360, art. 2.

³⁶³ *Id.*, art. 5.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

La division antitrust a également pris des mesures d'application de grande portée et complexes contre les cartels internationaux. Dans une allocution récente³⁶⁶, le procureur général adjoint responsable de la division antitrust, M. Joel I. Klein, a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, à la grandeur du pays, plus de trente grands jurys se penchent sur les activités de cartels; des entreprises de plus de vingt pays sont en cause, et certaines d'entre elles exercent leurs activités dans des secteurs dont le chiffre d'affaires annuel aux États-Unis seulement dépasse un milliard de dollars. Pendant notre dernier exercice financier (clos le 30 septembre 1997), nous avons prélevé des amendes criminelles totalisant plus de 200 millions de dollars, soit cinq fois plus que le record précédent, et nous prévoyons obtenir sous peu des plaidoyers de culpabilité ou engager des poursuites dans des affaires de premier plan....³⁶⁷

Le nombre de plaidoyers de culpabilité et de poursuites occasionnant des amendes criminelles importantes devrait s'accroître.

(2) Dommages-intérêts

Suivant l'article 4A de la *Clayton Act*, l'État fédéral peut demander l'indemnisation du préjudice réel infligé à l'un de ses biens ou de ses entreprises par la violation des dispositions antitrusts³⁶⁸.

(3) Injonction et ordonnance de dessaisissement

Les États-Unis peuvent en outre demander une injonction sur le fondement de l'article 15 de la *Clayton Act*. Longtemps la procédure fédérale d'obtention d'une injonction a été considérée, en substance, comme [TRADUCTION] « une poursuite publique comportant une sanction non pas criminelle, mais civile, et visant la défense de l'intérêt public, de même que la réparation et la

³⁶⁶ Joel I. Klein, *The Importance of Antitrust Enforcement in the New Economy*, allocution prononcée devant la New York State Bar Association, Antitrust Law Section, 29 janvier 1998, site Internet : <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1338.htm>.

³⁶⁷ *Id.*, à la p. 2.

³⁶⁸ Voir aussi la note 320, *supra*.

prévention de tout préjudice public »³⁶⁹. Elle n'a pas la même fonction que le recours privé en injonction, dont la portée est plus étroite³⁷⁰. En conséquence, la mesure corrective obtenue par les États-Unis peut englober une ordonnance d'accomplir un acte donné pour rétablir la concurrence, y compris le dessaisissement ou l'aliénation d'une partie de l'entreprise, la dissolution d'une entreprise ou la cessation de ses activités, en totalité ou en partie, le partage d'une entreprise en deux entités indépendantes ou plus ou la concession d'une licence obligatoire en matière de propriété intellectuelle.

En 1993, le procureur général adjoint et responsable de la division antitrust d'alors, M^{me} Anne K. Bingaman, a indiqué que l'une de ses grandes priorités était d'engager des instances civiles de grande portée :

[TRADUCTION] Nous nous efforcerons désormais d'engager des instances civiles visant des secteurs d'activité importants ou de grande portée. L'objectif de la division sera de mettre l'accent sur les affaires de premier plan, d'accroître la concurrence des marchés et de créer une jurisprudence d'application générale, de telle sorte que l'issue de ces affaires ait une grande incidence sur de nombreux consommateurs. Le dossier de l'administration précédente portant sur la fixation des prix et la coordination dans le secteur du transport aérien est un bon exemple d'affaire justifiant désormais une poursuite au civil. Le fait qu'une affaire soit susceptible d'avoir une grande incidence sur les consommateurs et les fabricants ne devrait pas être un facteur d'inhibition. [...] La division antitrust n'hésitera pas à engager une instance simplement parce que cela exige l'affectation d'une grande partie de ses ressources...³⁷¹.

Un groupe spécial a été mis sur pied au sein de la division antitrust afin de constituer des dossiers civils de grande portée, sauf en matière de fusionnement³⁷².

³⁶⁹ *Hartford-Empire Co. v. United States*, 323 U.S. 386, aux pp. 441 et 442 (1945). Signalons que, suivant l'art. 15, le tribunal peut rendre toute ordonnance temporaire d'interdiction qu'il estime opportune. La disposition n'exige pas que l'État fédéral dépose une garantie ou un cautionnement pour couvrir les dommages susceptibles d'être infligés si une ordonnance injustifiée est rendue, contrairement à l'art. 16 dans le cas de l'action privée.

³⁷⁰ Voir le texte correspondant à la note 353, *supra*, au sujet de la portée beaucoup plus étroite du recours privé en injonction.

³⁷¹ Anne K. Bingaman, *Change and Continuity in Antitrust Enforcement*, allocution prononcée devant le Fordham Corporate Law Institute, Fordham Law School, 21 octobre 1993, p. 4.

³⁷² *Ibid.*

(4) Jugement par consentement

La très grande majorité des instances civiles engagées par la division antitrust a été réglée au moyen d'un jugement rendu avec le consentement des parties sans qu'aucun témoin n'ait été entendu ni qu'aucune question en litige n'ait été examinée au préalable. Le phénomène s'explique principalement par l'al. 5a) de la *Clayton Act*, qui dispose qu'[TRADUCTION] « un jugement par consentement rendu avant l'audition de tout témoignage » ne constitue pas une preuve *prima facie* opposable au défendeur aux fins d'une action consécutive en dommages-intérêts triplés³⁷³. Comme une action en dommages-intérêts triplés est souvent intentée après que les États-Unis ont exercé un recours antitrust et eu gain de cause, le jugement par consentement est une option intéressante pour la partie défenderesse.

Un jugement par consentement peut être modifié par le tribunal en raison d'un changement de circonstances. Il renferme généralement une clause selon laquelle le tribunal demeure compétent pour entendre une demande présentée par les États-Unis afin d'obtenir la modification du jugement ou son exécution. Le non-respect d'un jugement par consentement expose notamment le contrevenant à une accusation d'outrage au tribunal³⁷⁴, bien qu'une telle mesure soit rarement prise³⁷⁵.

³⁷³ L'alinéa 5a) précise en outre qu'un jugement rendu dans le cadre d'une action intentée par les États-Unis relativement au préjudice réel subi par le pays ne peut servir de preuve *prima facie* aux fins d'une action privée ultérieure. Il prévoit de plus qu'un jugement par consentement peut être rendu dans une instance criminelle. Ce jugement peut alors servir de preuve *prima facie* dans le cadre d'une instance engagée subséquentement.

³⁷⁴ Voir 18 U.S.C.A., art. 401.

³⁷⁵ La division antitrust vérifie s'il y a eu respect du jugement en présentant une demande d'enquête au civil en application de l'*Antitrust Civil Process Act*, 15 U.S.C.A., art. 1311 à 1314, 18 U.S.C.A., art. 1505. La division peut ainsi contraindre une entreprise à soumettre ses livres et registres à l'inspection. De façon plus générale, la demande d'enquête au civil peut viser une personne (autre que physique) qui fait l'objet d'une enquête et qui, selon une croyance raisonnable, serait en possession de documents utiles à une enquête civile ou pénale. Voir *id.*, al. 1312a).

(5) Ordonnance de cesser et de s'abstenir

Il incombe notamment à la Federal Trade Commission (la « FTC »)³⁷⁶ de faire obstacle, au moyen d'une action civile, à la concurrence déloyale qui, de surcroît, contrevient aux lois antitrusts³⁷⁷. En matière civile, ses attributions chevauchent souvent celles de la division antitrust du ministère de la Justice.

Le président Woodrow Wilson considérait que la FTC permettait entre autres à une entreprise d'obtenir justice lorsque ni la procédure judiciaire ni la dynamique du marché n'offraient un redressement qui soit adapté à l'acte fautif et qui tienne compte de tous les intérêts en jeu et de toutes les circonstances de l'espèce³⁷⁸. On peut dire que la FTC est investie du pouvoir de rendre une ordonnance de cesser et de s'abstenir aux fins de la réalisation de cet objectif³⁷⁹.

La plainte de la FTC en vue de l'obtention d'une ordonnance de cesser et de s'abstenir est entendue initialement par un juge de la FTC statuant en droit administratif³⁸⁰. Un délai de trente jours est accordé au défendeur pour déposer une réponse. Lorsque aucune réponse n'est reçue avant l'expiration de ce délai ou que le défendeur ne conteste pas la plainte, le juge statuant en droit administratif rend sa décision. Lorsque la plainte est contestée, l'avocat de la FTC, auquel incombe le fardeau de la preuve, doit être immédiatement en mesure d'étayer ses allégations. Le juge tient une audience s'apparentant à l'instruction d'une demande, puis rend une décision initiale. Celle-ci peut être

³⁷⁶ Voir *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683, 689-95 (1948). La FTC a vu le jour en 1914 au moment de l'adoption de la *Clayton Act*. Se reporter à la *Federal Trade Commission Act*, 38 Stat. 717 (1914).

³⁷⁷ Il incombe à la FTC de réprimer les actes de concurrence déloyale qui sont contraires à la *Sherman Act*, ainsi qu'aux dispositions de la *Clayton Act* relatives à la discrimination, aux ventes liées, à l'exclusivité et au fusionnement. Relèvent également de la compétence de cet organisme la publicité fausse et trompeuse et la concurrence déloyale en matière d'exportation. La FTC est également investie de certains pouvoirs d'enquête et de collecte de renseignements sur le contexte économique et commercial.

³⁷⁸ *The Public Papers of Woodrow Wilson* - - College and State 432 (édition autorisée, 1925).

³⁷⁹ Voir l'al. 5b) de la loi constitutive de la FTC concernant son pouvoir de rendre une ordonnance de cesser et de s'abstenir.

³⁸⁰ Voir 16 C.F.R., art., 0.14; 2.1 et 2.2.

réformée par la FTC, même si le juge est investi de tous les pouvoirs nécessaires pour exercer ses fonctions³⁸¹.

L'ordonnance de cesser et de s'abstenir rendue par la FTC peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la cour d'appel des États-Unis compétente. Une demande en ce sens doit être présentée au plus tard soixante jours après la signification de l'ordonnance³⁸². Afin qu'il soit statué rapidement sur une telle demande, la loi constitutive de la FTC prévoit qu'elle a préséance sur toute autre et qu'elle doit être entendue de façon expéditive³⁸³. L'ordonnance de cesser et de s'abstenir ne devient définitive qu'après l'épuisement des recours en appel³⁸⁴.

(6) Sanction civile en cas de désobéissance à une ordonnance de cesser et de s'abstenir

La personne qui désobéit à une ordonnance définitive de cesser et de s'abstenir s'expose à une sanction civile infligée par une cour fédérale³⁸⁵. En outre, le tribunal peut rendre une ordonnance de faire et ordonner toute autre mesure équitable de nature à assurer le respect de l'ordonnance³⁸⁶.

(7) Ordonnance temporaire de ne pas faire ou injonction provisoire obtenue par la FTC

La commission peut tenter de faire interdire la violation réelle ou appréhendée des dispositions antitrusts [TRADUCTION] « jusqu'à ce qu'elle dépose une plainte et que celle-ci soit rejetée... ou

³⁸¹ En 1996, la commission a établi une procédure accélérée optionnelle pour la contestation de tout acte ayant déjà fait l'objet d'une ordonnance préliminaire rendue par une cour fédérale. Se reporter au texte correspondant aux notes 67 et suivantes, *infra*. En 1998, la commission a accru la portée de la procédure accélérée optionnelle de façon qu'elle s'applique lorsqu'une communication préalable substantielle a déjà eu lieu devant une cour fédérale. Se reporter au Federal Register, 13 février 1998, volume 63, numéro 30, site Internet : <http://www.ftc.gov/os/1998/9802/fastrack.htm>. Les règles applicables à la procédure accélérée optionnelle figurent dans 16 C.F.R., art. 3.11A.

³⁸² Voir l'al. 5c) de la loi constitutive de la FTC.

³⁸³ *Id.*, al. 5e).

³⁸⁴ *Id.*, al. 5g).

³⁸⁵ *Id.*, al. 5l).

³⁸⁶ *Ibid.*

jusqu'à ce que l'ordonnance de la commission s'y rapportant devienne définitive »³⁸⁷. Pour ce faire, la commission doit cependant saisir une cour de district des États-Unis d'une action visant l'interdiction de la violation des dispositions antitrusts. La cour peut rendre ordonnance de ne pas faire s'appliquant à court terme, puis une injonction provisoire, sans que la commission n'ait à fournir un cautionnement³⁸⁸. Il incombe à la commission d'établir, [TRADUCTION] « après avoir soupesé les intérêts des parties et apprécié ses chances d'avoir gain de cause, qu'une telle action sert l'intérêt public »³⁸⁹.

(8) Application administrative

a) Ministère de la Justice

(1) Programme d'indulgence envers les entreprises

Dans le cadre d'un programme d'indulgence envers les entreprises, la division antitrust accorde l'immunité aux entreprises qui reconnaissent avoir contrevenu aux dispositions antitrusts. Initialement, l'immunité ne pouvait être accordée qu'à l'entreprise qui avouait sa faute avant le début d'une enquête. L'immunité était accordée automatiquement et conférait à tout dirigeant, administrateur ou employé qui collaborait une protection complète contre la poursuite au criminel. Depuis que la portée du programme a été accrue en août 1993, l'immunité est toujours accordée automatiquement, mais la division peut examiner la possibilité de l'accorder à un défendeur éventuel qui passe aux aveux après le début d'une enquête et qui est en mesure d'offrir au gouvernement une collaboration importante et précieuse³⁹⁰.

Voici quels sont les critères à partir desquels la division décide d'accorder ou non l'immunité :

(1) lorsque l'entreprise fait ses révélations, la division n'a obtenu aucun renseignement d'une autre source au sujet de l'activité en cause;

³⁸⁷ *Id.*, al. 13b).

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Id.* Si la commission a gain de cause à l'issue de l'audience, une injonction permanente sera décernée.

³⁹⁰ Anne K. Bingaman, *supra*, note 371, à la p. 9. Voir également Gary R. Spatling, Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse: The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy - - An Update, allocution prononcée devant la District of Columbia Bar Association, Washington (D.C.), 16 février 1999.

- (2) après avoir constaté le comportement illégal, l'entreprise doit prendre sans délai des mesures efficaces pour cesser de participer à l'activité illégale;
- (3) l'entreprise doit signaler l'activité illégale de façon sincère et exhaustive et offrir une collaboration entière et continue pendant toute l'enquête qui s'ensuit;
- (4) l'aveu doit vraiment être le fait de l'entreprise et non l'aveu isolé d'un ou de plusieurs employés agissant pour leur propre compte;
- (5) dans la mesure du possible, l'entreprise doit dédommager les parties lésées;
- (6) l'entreprise ne doit pas avoir contraint une autre personne à prendre part à l'activité illégale ni avoir joué un rôle de meneur à l'égard de celle-ci ni en avoir été l'instigateur...³⁹¹

Le programme d'immunité des entreprises a été l'un des programmes les plus fructueux de la division antitrust. Lors d'une récente allocution, le sous-procureur général adjoint, division antitrust, M. Gary R. Spratling, a fait l'éloge de cette réussite :

[TRADUCTION] Le programme d'immunité est actuellement le plus efficace de la division pour ce qui est de la mise au jour d'infractions importantes et il constitue le programme d'indulgence le plus fructueux du ministère. Des demandes d'immunité ont été présentées au cours de la dernière année à raison de deux par mois environ - soit au moins vingt fois plus qu'en application de l'ancien programme d'immunité. Vu le nombre considérable de demandes présentées, il appert que le message a bien été reçu...

Chose encore plus importante, la division a récemment réussi à déjouer des complots antitrusts et à faire condamner les contrevenants à des amendes substantielles. Ces deux dernières années, la division a obtenu au criminel des amendes totalisant près d'un demi-milliard de dollars. Pour montrer la progression réalisée, disons que le montant total des amendes infligées à des personnes morales au cours des *deux dernières années* est presque égal à celui des amendes infligées à l'issue de toutes les poursuites intentées par la division sur une période de *vingt ans*, de 1976 à 1996. En fait, l'amende criminelle moyenne infligée à une personne morale au cours de l'exercice 1998 a été de 12 millions de dollars environ, soit presque *quinze fois* plus que pendant l'exercice 1996, c'est-à-dire seulement deux ans auparavant. L'entreprise passible d'une amende criminelle substantielle ne peut donc pas faire fi de la

³⁹¹ *Id.*, aux pp. 8 et 9.

possibilité qui lui est offerte de passer aux aveux et de ne payer *aucune* amende....

L'existence d'un programme de conformité permettant la détection rapide d'un acte anticoncurrentiel illégal et l'éventualité d'échapper à toute amende en application du programme d'immunité des entreprises ont suscité une [TRADUCTION] « ruée vers le palais de justice », pour reprendre les termes employés par un avocat chevronné spécialisé en droit de la concurrence selon l'article de la revue *Forbes*. Il arrive souvent qu'une entreprise se mette en rapport avec la division et demande l'immunité quelques jours, voire quelques heures seulement, après un autre participant au complot. Comme pour toute chose, l'important est d'agir rapidement. Dans deux affaires récentes, le fait d'avoir été les deuxièmes à offrir leur collaboration a coûté à des entreprises des dizaines de millions de dollars d'amendes et a exposé leurs dirigeants à des accusations au criminel...³⁹²

La demande d'immunité est devenue la principale source de poursuites d'envergure. Le nombre de demandes d'immunité est au moins vingt fois supérieur à ce qu'il était, et le programme incite même les contrevenants à se précipiter au palais de justice afin d'être les premiers à dénoncer leurs activités illégales.

(2) Programme d'indulgence envers les particuliers

Le 10 août 1994, la division antitrust a mis sur pied un programme d'indulgence envers les particuliers³⁹³ à l'intention des personnes qui ne bénéficiaient pas de l'application du programme d'indulgence envers les entreprises en tant que dirigeants, administrateurs ou employés de celles-ci.

Le programme d'indulgence envers les particuliers prévoit entre autres ce qui suit :

[TRADUCTION] Critères d'application

³⁹² *Id.*, aux pp. 2 et 3.

³⁹³ Voir le site Internet : <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lenind.htm>.

1. Il est fait preuve d'indulgence à l'endroit du particulier qui signale une activité anticoncurrentielle illégale avant le début de toute enquête, si les trois conditions suivantes sont remplies :
2. lorsque le particulier se présente pour signaler l'activité illégale, la division n'a obtenu aucun renseignement d'une autre source à ce sujet;
3. le particulier signale l'activité illégale avec sincérité et exhaustivité et offre une collaboration entière et continue;
4. le particulier n'a contraint aucune autre personne à prendre part à l'activité illégale, n'a manifestement pas joué un rôle de meneur à l'égard de celle-ci et n'en a pas été l'instigateur.

b) Applicabilité du programme

La personne qui n'est pas admissible à l'indulgence en application de la partie A peut obtenir l'immunité prévue par la loi ou une immunité informelle contre les poursuites criminelles. La division décide d'accorder ou non l'immunité selon les faits de l'espèce et en exerçant son pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non.

Lorsqu'une entreprise tente de bénéficier de l'indulgence offerte dans le cadre du programme d'indulgence envers les entreprises, tout dirigeant, administrateur ou employé qui passe de lui-même aux aveux de pair avec l'entreprise ne peut bénéficier de l'indulgence qu'en application du programme d'indulgence envers les entreprises.

(3) Lettre d'intention

Une lettre d'intention³⁹⁴ peut être obtenue relativement à une activité commerciale projetée. La division peut toutefois refuser d'en remettre une. La lettre énonce les intentions actuelles de la division quant à l'application de la loi à l'activité projetée, mais la division se réserve le droit de prendre toute mesure appropriée qui, ultérieurement, lui paraîtra nécessaire à la défense de l'intérêt public. La lettre et la demande sont rendues publiques sur demande. Les documents présentés à l'appui sont rendus publics au plus tard trente jours après la remise de la lettre. Ils demeurent publics pendant un an, puis ils sont rendus à l'auteur de la demande ou détruits.

³⁹⁴ Voir 26 C.F.R., art. 50. 6.

b) Federal Trade Commission

La commission a recours à trois mesures d'application administrative : (1) la négociation d'une ordonnance administrative par consentement, (2) la remise d'un avis consultatif et (3) l'établissement de règles régissant l'activité commerciale.

(1) Ordonnance administrative par consentement

L'ordonnance administrative par consentement constitue le principal instrument d'application administrative de la commission. Un projet d'ordonnance par consentement peut être transmis au défendeur par la poste de pair avec une mise en garde selon laquelle la FTC pourrait déposer une plainte. Un délai de 10 jours est accordé pour donner suite au projet d'ordonnance par consentement, à défaut de quoi un juge statuant en droit administratif sera saisi d'une plainte formelle. Lorsque le défendeur opte pour la négociation d'une ordonnance par consentement et qu'une ordonnance est signée et approuvée, on considère qu'il n'a pas reconnu avoir contrevenu à la loi; le défendeur doit cependant accepter de mettre fin à l'activité préjudiciable³⁹⁵. La commission n'est pas empêchée de rouvrir le dossier par la suite. Elle a amplement recours à ce procédé.

(2) Avis consultatif

La commission peut donner un avis consultatif relativement à toute activité commerciale projetée s'il s'agit de se prononcer sur une question de fond ou nouvelle et que le dossier l'intéresse vivement. L'avis fait état des difficultés possibles et des intentions de la commission concernant l'application de la loi à l'activité projetée³⁹⁶.

Deux types d'avis sont donnés, le premier par le personnel, le second par la commission. Ce dernier n'est donné que dans les dossiers plus importants. La plupart des avis sont le fait du personnel.

³⁹⁵ Se reporter à l'annexe du rapport annuel de la Federal Trade Commission pour l'exercice clos le 30 septembre 1997.

³⁹⁶ Voir Judith A. Moreland, avocate, Bureau of Competition, FTC, Overview of the Advisory Opinion Process at the Federal Trade Commission, allocution prononcée devant la National Health Care Lawyers Association, Washington (D.C.), 13 et 14 février.

La commission peut ultérieurement modifier ses avis ou les annuler, mais elle s'abstient d'engager une instance contre la personne qui a demandé un avis et a agi de bonne foi sur son fondement. L'avis, la demande et les documents transmis à l'appui sont intégrés aux archives publiques de la commission immédiatement après que le demandeur a reçu l'avis consultatif. La commission peut toutefois accéder à une demande raisonnable formulée afin que les documents soient tenus secrets³⁹⁷.

(3) Règles ou lignes directrices régissant l'activité commerciale

La commission peut également établir des règles ou des lignes directrices qui sont de nature à limiter le préjudice infligé à une entreprise ayant fait l'objet d'une ordonnance de cesser et de s'abstenir après avoir eu recours à une pratique qui demeure à la portée de ses concurrents jusqu'à ce qu'ils soient également visés par une ordonnance³⁹⁸. Les règles ou les lignes directrices ont pour but de supprimer et de prévenir de telles pratiques à la grandeur d'un secteur d'activité. Selon la commission, elles énoncent entre autres les exigences substantielles des lois antitrusts qu'elle administre.

La commission peut, en matière de pratiques trompeuses ou déloyales, à l'exclusion de ce qui relève de la concurrence, adopter des règles régissant l'activité commerciale et ayant force de loi³⁹⁹. Une audience publique doit avoir dûment lieu avant que de telles règles ne soient établies. Les règles peuvent être contestées devant une cour d'appel dans le cadre du système judiciaire fédéral⁴⁰⁰.

c) Coordination des activités de la FTC et de la division antitrust

Comme la loi confère à la FTC et à la division antitrust une compétence concurrente pour l'application des articles 2, 3, 7 et 8 de la *Clayton Act*, et vu que l'interprétation judiciaire de l'article 5 de la loi constitutive de la FTC autorise cette dernière à contester un acte susceptible de constituer

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ Voir *Moog Industries, Inc. v. FTC*, 355 U.S. 411 (1958).

³⁹⁹ Se reporter à l'annexe du rapport annuel de la FTC pour 1997, *supra*, note 395.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

également une infraction prévue par la *Sherman Act*⁴⁰¹, ce chevauchement exige la coordination des activités des deux organismes afin d'assurer la répartition optimale de leurs ressources et le traitement équitable des personnes faisant objet de leurs enquêtes.

La coordination entre les deux organismes a été décrite comme suit :

[TRADUCTION] Traditionnellement, on évite la tenue d'enquêtes simultanées dans deux domaines. Premièrement, grâce à un accord de liaison, le ministère renvoie à la FTC toutes les affaires civiles relatives à l'application de la *Robinson-Patman Act* et, deuxièmement, la FTC renvoie automatiquement à la division les allégations de violation criminelle des lois antitrusts, notamment celles portant sur la fixation des prix. (La procédure à suivre pour le renvoi d'une affaire criminelle est exposée ci-dessous.) Les deux organismes veillent à l'application des autres dispositions antitrusts - en particulier celles relatives aux enquêtes sur les fusionnements (art. 7 de la *Sherman Act*) - de manière concurrente.

(i) Coordination et désignation

La coordination est assurée au moyen de la « procédure de désignation », qui a été établie par un accord inter organismes afin de déterminer quel organisme est le plus apte à s'occuper d'une affaire en particulier. Le premier accord inter organismes est intervenu de manière non officielle en 1938 et, depuis 1948, il a été modifié et rendu officiel par la correspondance entre le procureur général adjoint responsable de la division antitrust et le président de la FTC. Le 2 décembre 1993, la FTC et le ministère de la Justice ont publié de concert des modalités de désignation d'un organisme pour la tenue d'une enquête. Elles énoncent notamment les critères qui permettent de résoudre les « affaires litigieuses » -- c'est-à-dire celles à l'égard desquelles les deux organismes ont présenté une demande de désignation. Le 23 mars 1995, la FTC et le ministère de la Justice ont annoncé conjointement l'amélioration du programme de préavis de fusionnement issu de la *Hart-Scott-Rodino Act*. Au nombre des mesures d'amélioration, mentionnons l'engagement des organismes à régler la question de la

⁴⁰¹ Antitrust Division Manual, chapitre VII, page 1, site Internet : <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch.7.htm>. Les deux organismes partagent en outre la responsabilité de l'administration de la *Hart-Scott-Rodino Act*, qui est à l'origine du préavis de fusionnement aux États-Unis. Ils ont publié de concert des lignes directrices concernant le préavis de fusionnement.

désignation dans les affaires où un tel préavis a été déposé au plus tard neuf jours ouvrables après ce dépôt.

Les organismes ont convenu d'obtenir chacun l'accord de l'autre dans les cas suivants : (1) l'un d'eux propose d'enquêter relativement à une contravention éventuelle à la loi; 2) l'un d'eux reçoit une demande de communication de ses intentions quant à l'application de la loi, c.-à-d. une lettre d'intention de la division ou un avis consultatif de la FTC...⁴⁰²

L'examen des mesures d'application prises par la Federal Trade Commission au cours des dernières années révèle que des ressources considérables ont été affectées aux fusions et à l'examen des préavis de fusionnement sous le régime de la *Hart-Scott-Rodino Act*⁴⁰³. La division antitrust se livre également à l'examen des fusions, mais elle semble mettre l'accent, dans le cadre de son programme d'application de la loi, sur la répression des cartels internationaux, ainsi que sur les poursuites pour fixation des prix et truquage des offres⁴⁰⁴.

3c) Adjudication de dommages-intérêts

Même si la plupart des actions en dommages-intérêts triplés sont réglées ou rejetées avant l'instruction⁴⁰⁵, il appert que, depuis la Seconde Guerre mondiale, dans de nombreux cas, des dommages-intérêts substantiels ont été adjugés. Pendant l'après-guerre, la Cour suprême a rendu la plupart de ses décisions importantes en matière de concurrence dans le contexte d'actions privées portant sur la fixation des prix, la monopolisation, le prix d'éviction, la fixation de prix différents, la résiliation du contrat avec un vendeur, les ventes liées et le boycottage. Si aucune action privée n'avait été intentée en application des lois antitrusts, une grande partie de l'évolution de la doctrine antitrust au cours de cette période aurait pu ne jamais avoir lieu⁴⁰⁶.

⁴⁰² *Id.*, aux pp. 1 et 2.

⁴⁰³ Voir William J. Baer, directeur, Bureau of Competition, FTC, Report from the Bureau of Competition (1999), allocution prononcée devant l'American Bar association Antitrust Section, 15 avril 1999; rapport annuel de la FTC pour 1997, *supra*, note 395.

⁴⁰⁴ Voir l'application des dispositions antitrusts et le consommateur, *supra*, note 360, art. 5; Joel J. Klein, *supra*, note 366, à la p. 2.

⁴⁰⁵ Voir Salop et White, loc. cit., *supra*, note 323.

⁴⁰⁶ H. First, « Antitrust Enforcement in Japan », 64 *Antitrust L. J.* 137, aux pp. 179 et 180, 1995.

3d) Adjudication des dépens dans le cadre d'une action privée

Bien que la possibilité de recouvrer des dommages-intérêts triplés puisse sembler très attrayante pour un demandeur éventuel, le Congrès a reconnu que d'autres facteurs sont de nature à dissuader une personne privée d'intenter une poursuite. [TRADUCTION] « Le déséquilibre des moyens financiers des parties, le coût de l'obtention d'éléments de preuve, la nécessité de prouver l'existence d'un préjudice sont des facteurs qui jouent habituellement contre le demandeur. C'est donc pour rétablir l'équilibre que les frais de justice et un montant raisonnable au titre des honoraires d'avocat ont été accordés au demandeur »⁴⁰⁷.

Le droit du demandeur privé au remboursement de ces frais est expressément prévu à l'al. 4a) de la *Clayton Act*. Lors de son adoption en 1914, la *Clayton Act* était l'une des rares lois aux États-Unis à prévoir le transfert des frais de justice. Cette mesure va à l'encontre de la règle américaine traditionnelle voulant que, dans le cadre d'une instance judiciaire, chacune des parties paie ses propres frais de justice⁴⁰⁸. À l'instar de la *Clayton Act*, la plupart des lois autorisent l'adjudication des dépens au demandeur qui a gain de cause. Toutefois, certaines d'entre elles autorisent leur adjudication au défendeur qui a gain de cause⁴⁰⁹.

Même en l'absence d'une loi prévoyant le transfert des frais de justice, les cours fédérales ont adjugé des dépens dans des affaires qui s'y prêtaient en s'appuyant sur leur compétence inhérente en *equity* et sur leur pouvoir de réprimer les abus⁴¹⁰. Au début des années 70, un certain nombre d'entre elles ont même commencé à adjuger les dépens au demandeur qui avait gain de cause et dont la poursuite faisait progresser des principes d'ordre public importants. C'est ce qui a donné naissance à la notion de « procureur général privé »⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Kronstein, Miller & Dommer, *Major American Antitrust Laws*, Ocean Publications, Inc., Dobbs Ferry (1965).

⁴⁰⁸ Voir A. Hirsch et D. Sheehey, *Awarding Attorneys' Fees and Managing Fee Litigation*, Federal Judicial Center, 1994, site Internet : <http://www.fjc.gov/ATTORFEES/attyfees.html>.

⁴⁰⁹ *Id.*, à la p. 1.

⁴¹⁰ *Id.*, à la p. 2.

⁴¹¹ Voir *Alyeska Pipeline Services Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240 (1975).

En 1975, la Cour suprême des États-Unis a cependant rejeté cette notion⁴¹². Elle a statué que, en l'absence d'une autorisation expresse de la loi, les tribunaux ne pouvaient adjuger les dépens au demandeur qui avait gain de cause dans le cadre d'une poursuite défendant des principes d'ordre public. Depuis cette décision, le nombre de lois prévoyant le transfert des frais de justice aux États-Unis est passé de quelques douzaines à presque 200⁴¹³.

3e) Comparaison avec les dépens adjugés dans le cadre d'une action publique

La loi n'autorise pas l'adjudication des dépens aux États-Unis dans le cadre des actions civiles ou criminelles qu'ils intentent⁴¹⁴. À l'appui d'une demande d'adjudication des dépens, les États-Unis doivent invoquer la compétence inhérente du tribunal en *equity* ou son pouvoir de réprimer les abus.

IV. Le rôle des États-Unis dans le cadre d'une action privée

4a) Pouvoir d'intenter une action collective

En théorie, les États-Unis pourraient intenter une action *parens patriae* pour le compte de tous les citoyens américains auxquels la contravention aux lois antitrusts a infligé un préjudice. Toutefois, en pratique, ils ne le font pas. Le point de vue de la division antitrust semble être que toute action civile ou criminelle qu'elle intente l'est au nom des citoyens des États-Unis⁴¹⁵.

4b) Droit d'intervenir dans une action privée

En général, le ministère de la Justice n'intervient pas dans une action privée au stade de l'instruction. Par contre, lorsque le règlement d'une question en particulier pendant l'instruction est susceptible d'avoir un effet sur une action intentée par le gouvernement et instruite simultanément,

⁴¹² Voir Hirsch et Sheehey, *supra*, note 408, aux pp. 1 et 2.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ Voir les art. 4A et 15 de la *Clayton Act*. L'art. 4A autorise l'adjudication des dépens aux États-Unis dans le cadre des poursuites intentées afin d'obtenir des dommages-intérêts simples par suite de l'endommagement de biens, etc. Or, comme les dépens n'englobent alors que les frais établis par la loi, tels les frais de dépôt, leur montant est plutôt minime. Les honoraires d'avocat sont exclus.

⁴¹⁵ Information obtenue du ministère de la Justice, division antitrust. Les États individuels intentent cependant des actions *parens patriae* pour le compte de leurs citoyens. Voir la note 320, *supra*.

le ministère peut intervenir et demander au tribunal de surseoir à l'instruction de l'action privée jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'action publique. Il ne cherche pas à se substituer au demandeur privé.

Le ministère de la Justice est beaucoup plus actif en appel. Les règles fédérales en matière d'appel autorisent les États-Unis à intervenir de plein droit en qualité *d'amicus curiae* dans toute action privée⁴¹⁶. La section des appels de la division antitrust applique un programme d'intervention à titre *d'amicus curiae* suivant lequel les appels relatifs à des actions privées font l'objet d'un examen afin de déterminer s'il y a lieu de produire un mémoire et de comparaître en qualité d'ami de la cour. Le facteur le plus déterminant quant à la décision du ministère de la Justice d'intervenir ou non est l'existence d'une question de droit clairement circonscrite au sujet de laquelle il souhaite être entendu⁴¹⁷.

Lorsqu'un pourvoi est interjeté en Cour suprême relativement à une action privée, les États-Unis ne sont pas autorisés à intervenir de plein droit. Il est toutefois vraisemblable que, dans un tel cas, le gouvernement demande à la Cour de lui reconnaître la qualité *d'amicus curiae*. À ce stade, le solliciteur général doit présenter la demande et comparaître pour le compte des États-Unis⁴¹⁸.

4c) Pouvoir d'accorder l'immunité contre les poursuites judiciaires

Ni le ministère de la Justice, ni la FTC n'ont le pouvoir de conférer l'immunité contre les poursuites judiciaires par quelque moyen comme la délivrance d'une autorisation⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Voir Federal Rules of Appeal Procedure, al. 29a).

⁴¹⁷ Information obtenue du ministère de la Justice, division antitrust, section des appels.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ Trois lois prévoient expressément l'octroi d'une immunité restreinte. La *Webb Pomerene Act* confère une immunité restreinte en matière d'exportation. La *Newspaper Preservation Act* autorise certains journaux à mettre leurs ressources en commun à la condition de maintenir des politiques éditoriales distinctes. La *National Cooperative Research and Production Act* prévoit expressément l'immunité contre les poursuites en dommages-intérêts triplés lorsqu'il est établi que la collaboration ne constitue pas un acte anticoncurrentiel.

4d) Politique américaine concernant la substitution éventuelle au demandeur privé

Le ministère de la Justice ne s'est pas doté d'une politique officielle définissant dans quels cas il est préférable qu'une action privée suive son cours. Cependant, dans diverses déclarations publiques, il a précisé les types d'actions sur lesquels il entendait mettre l'accent. Au criminel, le ministère semble vouloir s'attaquer en priorité au truquage des offres, à la fixation des prix et aux activités de cartels internationaux⁴²⁰. Au civil, il semble mettre l'accent sur les instances relatives à des activités ayant une grande visibilité (sauf le fusionnement), les instances qui créent des précédents juridiques de grande portée et celles qui ont une grande incidence sur les consommateurs⁴²¹.

4e) Appui aux demandeurs privés

Le ministère de la Justice offre peu d'appui aux personnes qui intentent un recours privé ou envisagent d'en exercer un. Lorsqu'il intente une poursuite criminelle, le ministère se prévaut de la procédure applicable au grand jury. La preuve présentée devant un grand jury est tenue secrète, même après la fin de l'instance. Pour avoir accès à la preuve, le demandeur privé doit présenter une demande à la cour fédérale devant laquelle l'instance a été instruite suivant la procédure applicable au grand jury et invoquer des motifs valables pour lesquels la preuve devrait être communiquée⁴²².

En matière civile (à l'exclusion des affaires de fusionnement), le principal moyen qu'utilise le ministère pour obtenir des éléments de preuve est la demande d'enquête au civil. Des règles particulières s'appliquent alors pour assurer le secret de la procédure et empêcher le public d'avoir accès à la preuve⁴²³.

Une forme d'appui que le ministère offre actuellement aux demandeurs privés est le refus d'accepter la renonciation du défendeur à contester les faits qui sont à sa charge dans le cadre d'une

⁴²⁰ Voir le texte correspondant aux notes 363 à 367, *supra*.

⁴²¹ Voir le texte correspondant aux notes 371 et 372, *supra*.

⁴²² Information obtenue du ministère de la Justice, division antitrust.

⁴²³ *Ibid.* Voir également la note 375, *supra*.

poursuite criminelle. Le défendeur doit inscrire un plaidoyer de culpabilité⁴²⁴. Il y a quelques années, des plaidoyers *nolo contendere* ont été acceptés. Ils ne pouvaient pas être invoqués dans le cadre d'une action civile subséquente à titre de preuve *prima facie* contre le défendeur en application de l'al. 5a) de la *Clayton Act*. Suivant cette disposition, un plaidoyer de culpabilité constitue une preuve *prima facie* de la violation des lois antitrusts et, par conséquent, peut faciliter grandement la tâche du demandeur privé. Il ressort des statistiques les plus récentes que les actions civiles subséquentes à une poursuite criminelle représentent entre 11,2 % et 5,9 % de l'ensemble des recours privés intentés de 1973 à 1983⁴²⁵.

V. Gestion des instances et efficacité des poursuites

5a) Gestion du volume d'instances et règlement extrajudiciaire des différends

En 1990, le Congrès a adopté la *Civil Justice Reform Act* (la « CJRA »)⁴²⁶ afin de réduire le coût et la longueur des instances judiciaires au civil. La CJRA exigeait que les quatre-vingt-quatorze cours de district fédérales mettent chacune en oeuvre [TRADUCTION] « un plan de réduction du coût et de la longueur de la procédure civile qui facilite le règlement avisé des affaires civiles au fond, encadre la communication préalable, améliore la gestion de l'instance et assure le règlement juste, rapide et non coûteux des différends civils »⁴²⁷.

Suivant la CJRA, chacune des cours de district devait, après avoir demandé l'avis d'un groupe consultatif, mettre au point un plan individuel de réduction des dépenses et des délais. Dix cours de district ont été désignées pour participer à un projet-pilote et mettre en oeuvre un tel plan. De nombreuses cours de district ont créé des systèmes de gestion différenciée des instances, de telle sorte que ces dernières ont été classées en fonction de leur nature et de leur complexité. La quasi-totalité des cours de district a établi un programme de règlement extrajudiciaire des différends, et la séance de règlement ou de médiation présidée par la cour s'est révélée être l'option la plus populaire. Vingt

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ Thomas Kauper et Edward Snyder, « An Inquiry into the Efficiency of Private Anti-trust Enforcement: Follow-on and Independently Initiated Cases Compared », 74 *Georgetown L.J.* 1163 (1986).

⁴²⁶ 28 U.S.C.A., art. 471 et suivants.

⁴²⁷ *Ibid.*

d'entre elles ont offert des services d'arbitrage obligatoire ou facultatif. D'autres ont eu recours à des modes privés de règlement extrajudiciaire des différends⁴²⁸.

En juin 1997, le Judicial Conference Administrative Office a remis au Congrès son rapport final sur les résultats des mesures de réduction des dépenses et des délais prises par les cours fédérales conformément à la CJRA. Le rapport renferme en outre une série de recommandations visant la réalisation de l'objectif de la gestion efficace des instances :

- poursuivre la démarche liée au comité consultatif prévu par la CJRA, l'un des aspects les plus bénéfiques de la loi, permettant aux parties et aux avocats de prendre part à l'administration de la justice;
- conformément à la loi, poursuivre la publication de statistiques sur la gestion des instances en raison de leur efficacité à réduire le temps nécessaire au règlement des instances;
- encourager la fixation, pour la tenue de l'audience, d'une date rapprochée et définitive et l'abrégement de la communication préalable dans les affaires civiles complexes;
- favoriser le recours à un juge de première instance conformément à la recommandation 65 du plan à long terme des cours fédérales;
- accroître le rôle des juges en chef des cours de district dans la gestion des instances;
- favoriser l'affectation judiciaire inter circuits et intra circuit pour promouvoir la gestion efficace des instances;
- accroître la formation en matière de gestion efficace des instances;
- favoriser le recours à l'informatique dans les cours de district dans les cas qui s'y prêtent;
- encourager le pouvoir exécutif et le Congrès à doter rapidement un poste au sein de la magistrature;
- inciter le Congrès à tenir compte des effets qu'une loi aura sur les rôles;
- inviter le Congrès à tenir compte de l'incidence du nombre insuffisant de salles d'audience sur les frais et les délais judiciaires...⁴²⁹

⁴²⁸ Pour une excellente analyse de l'efficacité de l'arbitrage facultatif offert par les tribunaux, voir Federal Judicial Center, *Voluntary Arbitration in Eight Federal District Courts: An Evaluation* (1994). Pour un aperçu plus général des principaux modes de règlement extrajudiciaire des différends utilisés par les cours fédérales, se reporter à D. Steinstra, *ADR in the Federal Judicial Center*, site Internet : www.fjc.gov/altdiress/fjcdirno7/steinso.1.html.

⁴²⁹ The Civil Justice Reform Act of 1990, Final Report, site Internet : www.uscourts.gov.

5b) Modification des règles fédérales applicables à la procédure civile en matière de communication préalable

En 1993, plusieurs modifications ont été apportées aux règles régissant la communication préalable dans le système judiciaire fédéral. Ces modifications portaient entre autres sur la communication initiale, la communication de la preuve d'expert, les exigences en matière de rencontres et d'échanges, la planification de la communication préalable, ainsi que les limites applicables aux dépositions sous serment et aux interrogatoires. L'efficacité des modifications a fait l'objet d'une évaluation du Federal Judicial Center en 1997⁴³⁰.

De façon générale, le Federal Judicial Center a estimé que le coût de la communication préalable représentait 50 % des frais liés à l'instance et 3 % du montant en jeu⁴³¹. Il a en outre conclu que [TRADUCTION] « le coût total de l'instance est très intimement lié à plusieurs autres variables, en particulier l'importance des enjeux financiers »⁴³².

La modification la plus controversée a porté sur la communication initiale⁴³³. Suivant cette modification, dans chacun des districts, une partie pouvait opter pour une procédure exigeant qu'un avocat communique à la première occasion certains renseignements précis sans que l'avocat de la partie adverse n'ait à en faire la demande. L'étude conclut que la communication initiale revêt un attrait pour de nombreuses parties et que 89 % des avocats ayant participé à l'enquête y ont recours.

5c) Jugement sommaire, poursuite non fondée et offre de règlement

Les règles fédérales régissant la procédure civile prévoient d'autres mécanismes visant à assurer le déroulement efficace des instances civiles. Par exemple, la règle 56 permet la présentation d'une requête pour jugement sommaire afin de régler l'affaire avant l'instruction; dans le but de

⁴³⁰ Federal Judicial Center, *Discovery and Disclosure Practice, Problems and Proposals for Change* (1997), site Internet : www.fjc.gov/Discovery/discovery/DiscSumm.html.

⁴³¹ *Id.*, à la p. 2.

⁴³² *Ibid.* L'étude ajoute que le coût total dépend aussi de la taille du cabinet d'avocats, de la nature de l'instance et du caractère compliqué ou litigieux de celle-ci.

⁴³³ Voir F.R. Civ. P., règle 26a)(1).

décourager les poursuites non fondées, la règle 11 prévoit des sanctions pour les parties qui en intentent⁴³⁴; la règle 68, dont l'objet est de favoriser le règlement d'un litige en permettant au défendeur de faire une offre en ce sens, prévoit que, si le montant de l'offre est égal ou supérieur à celui accordé par le jugement définitif, le demandeur est tenu de payer les frais engagés par le défendeur après la formulation de l'offre et son rejet⁴³⁵.

5d) Issue judiciaire des actions antitrusts privées

Comme mentionné précédemment dans le présent chapitre, aux États-Unis, le nombre d'actions antitrusts privées est de neuf fois supérieur à celui des actions antitrusts publiques⁴³⁶. Le taux de règlement oscille généralement entre 88,2 % et 70,8 % selon qu'on retient une définition large ou étroite du terme « règlement »⁴³⁷.

De 1973 à 1983, 55,4 % de toutes les actions privées ont porté sur le refus de vendre, la résiliation du contrat avec un vendeur et les ventes liées. Le taux de règlement se situait entre 85,6 % et 68,6 % pour le refus de vendre, et entre 87,7 % et 72,2 % dans le cas des ventes liées. En moyenne, la durée de l'instance était de 757 jours et les frais de justice totalisaient de 200 000 \$ à 280 000 \$⁴³⁸. Aucune statistique plus récente ne semble exister.

5e) Apport des actions privées à la jurisprudence antitrust

Il semble faire peu de doute que, aux États-Unis, les actions antitrusts privées ont fait un apport substantiel à la jurisprudence. Depuis la Seconde Guerre mondiale, la plupart des analyses importantes de la Cour suprême en la matière ont eu lieu dans le contexte d'une action privée. Les décisions ont

⁴³⁴ Voir John E. Shapard et al, Report of a Survey Concerning Rule 11, Federal Rules of Civil Procedure, Federal Judicial Center (1995).

⁴³⁵ Voir John E. Shapard, Likely Consequences of Amendments to Rule 68, Federal Rules of Civil Procedure, Federal Judicial Center (1995).

⁴³⁶ Voir le texte correspondant à la note 336, *supra*.

⁴³⁷ Voir le texte correspondant aux notes 328 et 329, *supra*.

⁴³⁸ Voir le texte correspondant aux notes 323 à 335, *supra*.

porté sur la fixation des prix, la création d'un monopole, la fixation de prix d'éviction ou différents, la résiliation du contrat avec un vendeur, les ventes liées et le boycottage collectif⁴³⁹.

⁴³⁹ Voir le texte correspondant à la note 406, *supra*.

ANALYSE COMPARATIVE

Introduction

La comparaison de l'application privée des lois antitrusts dans les pays visés par la présente étude peut être très utile aux fins de la reconnaissance éventuelle du droit d'une partie privée de saisir le Tribunal de la concurrence sur le fondement des dispositions non criminelles de la *Loi sur la concurrence* du Canada.

I. Philosophie d'application

Tous les pays visés par l'étude, sauf le Royaume-Uni, estiment que l'action privée est un complément souhaitable à l'application publique. Certains vont même plus loin et adhèrent à une philosophie de collaboration entre pouvoirs publics et parties privées pour l'application de la loi où les premiers jouent un plus grand rôle dans la protection de l'intérêt public. La principale raison en est, semble-t-il, que les pouvoirs publics ne peuvent à eux seuls assurer l'application optimale des dispositions antitrusts en raison surtout de contraintes budgétaires⁴⁴⁰.

Comme le montre le tableau 1 ci-dessous, l'Australie et la Nouvelle-Zélande semblent aller le plus loin en matière de collaboration et reconnaissent d'emblée à une partie privée la qualité requise pour demander une injonction. Une demande peut être présentée par « toute personne », ce qui englobe un groupe de défense de l'intérêt public, un groupe de consommateurs et une association manufacturière. Le demandeur n'a pas à prouver qu'il a subi un préjudice en raison de la contravention alléguée ni qu'il a par ailleurs un intérêt particulier vis-à-vis de la demande. La reconnaissance d'un droit d'action à toute personne n'a pas entraîné l'exercice de recours futiles ou vexatoires⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Voir, p. ex., Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 188 et 189.

⁴⁴¹ Dans le cas de l'Australie, se reporter au texte correspondant aux notes 27 à 31 et, en ce qui concerne la Nouvelle-Zélande, au texte correspondant aux notes 159 à 161.

Tableau 1 : Qualité pour agir en justice

Mesures correctives	Australie	Nouvelle-Zélande	Royaume-Uni	Irlande	États-Unis
Dommages-intérêts	Demandeur lésé	Demandeur lésé	--	Demandeur victime	Demandeur lésé
Injonction	Toute personne	Toute personne		Demandeur victime	Demandeur susceptible d'être lésé

Selon un projet de modification de la *Commerce Act* de la Nouvelle-Zélande, la demande présentée par une partie privée en vue d'obtenir une injonction provisoire est clairement considérée comme protégeant l'intérêt public en général. La modification exige des tribunaux qu'ils soupèsent les intérêts de tous les consommateurs pour déterminer s'il y a lieu ou non de décerner l'injonction provisoire. Il ressort d'un document de travail du Cabinet qu'à défaut d'une telle mesure, le défendeur pourrait continuer d'infliger aux consommateurs un préjudice non susceptible d'indemnisation et continuer de fixer des prix plus élevés, de diminuer la production, de faire preuve d'inefficacité en matière de production et de différer l'innovation jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours, souvent à une date très éloignée⁴⁴².

L'expérience irlandaise semble confirmer que l'application optimale des dispositions sur la concurrence exige la participation du public et du privé. De 1991 à 1996, l'Irlande a confié en totalité l'application de ses dispositions relatives à la concurrence aux parties privées. Pour stimuler l'application privée, l'Irlande a prévu l'octroi possible de dommages-intérêts exemplaires. Malgré cette mesure, peu d'actions privées ont été présentées et, en 1996, l'Irlande a dû modifier sa loi sur la concurrence afin de prévoir enquêtes et poursuites criminelles par l'État⁴⁴³. La raison pour laquelle peu d'actions privées ont été intentées n'est pas claire; signalons toutefois, comme l'indique le tableau 1 qui précède, que l'Irlande ne reconnaît pas à toute personne la qualité requise pour demander une injonction. Le demandeur privé doit en effet être une « victime »⁴⁴⁴.

⁴⁴² Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 162 à 170, *supra*.

⁴⁴³ Voir Irlande, texte correspondant aux notes 303 à 307, *supra*.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, texte correspondant aux notes 298 à 300.

On peut dire que les États-Unis encouragent les actions antitrusts privées en prévoyant l'octroi de dommages-intérêts triplés et un large accès au recours collectif, mais ils ne semblent pas assimiler ces actions à une collaboration visant à protéger tous les consommateurs. Seuls les actes qui ont lésé le demandeur sont pris en considération dans le cadre d'une action en dommages-intérêts triplés. Il en va de même pour la demande d'injonction. La qualité pour agir en justice n'est pas reconnue d'emblée à une partie privée comme en Australie et en Nouvelle-Zélande. Pour obtenir une injonction, la partie privée doit établir que la contravention alléguée aux dispositions antitrusts l'expose à un préjudice. Le préjudice appréhendé doit être « particulier » en ce sens qu'il doit différer de celui auquel le public en général est exposé⁴⁴⁵.

La seule mesure que le gouvernement fédéral des États-Unis a prise pour réduire la pression exercée sur son budget en recourant à la collaboration dans l'application de la loi a été de collaborer davantage avec les autorités antitrusts des États. Quelques États américains seulement sont dotés de lois antitrusts propres; celles-ci s'appliquent au commerce intérieur et s'apparentent sous plusieurs rapports à la *Sherman Act* et à la *Clayton Act*. Lors d'une allocution récente, le directeur du bureau de la concurrence de la Federal Trade Commission, M. William J. Baer, a signalé : [TRADUCTION] « Depuis mon entrée en fonction il y a quatre ans, le nombre d'affaires faisant l'objet d'une enquête conjointe du procureur général de l'État en cause et de la FTC augmente chaque année. L'an dernier, nous avons travaillé en étroite collaboration avec un certain nombre d'États relativement au fusionnement de salons funéraires, de supermarchés, d'entreprises pétrolières et gazières et d'hôpitaux. Nous avons engagé une instance de concert avec l'État du Missouri dans l'affaire *Poplar Bluff* et nous collaborons avec 32 États dans l'affaire *Mylan* »⁴⁴⁶.

Le seul pays à ne confier aucun rôle aux demandeurs privés est le Royaume-Uni. La nouvelle loi britannique sur la concurrence ne confère aucun droit d'action privé. La loi se fonde, pour le respect de ses dispositions, sur un régime public rigoureux suivant lequel le directeur de l'Office of Fair Trading est habilité à donner des directives qui constituent une sorte d'ordonnance de cesser et de s'abstenir pour mettre fin à ce qui, selon lui, contrevient à la loi. Qui plus est, le directeur peut infliger

⁴⁴⁵ Voir États-Unis, texte correspondant à la note 353, *supra*.

⁴⁴⁶ William J. Baer, rapport 1999 du bureau de la concurrence, allocution devant l'association du barreau américain, section du droit de la concurrence, Washington (D.C.), 15 avril 1999.

une peine pécuniaire pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires du contrevenant⁴⁴⁷. Le Royaume-Uni est le seul pays visé par l'étude à accorder un si grand pouvoir à un administrateur. Dans tous les autres pays étudiés, seule une cour de justice peut infliger une peine⁴⁴⁸.

II. Étendue de la collaboration en matière d'application

(1) Échange de renseignements

Même en Nouvelle-Zélande, où l'on semble avoir adhéré le plus au principe de la collaboration entre les pouvoirs publics et les parties privées en matière d'application, la collaboration s'est limitée à reconnaître d'emblée la qualité pour agir en justice et demander une injonction et à proposer que les tribunaux soient tenus de soupeser les intérêts de tous les consommateurs pour statuer sur une demande privée d'injonction provisoire. À ce jour, la collaboration a été minime pour ce qui est de donner aux parties privées l'accès à l'information recueillie dans le cadre des enquêtes des autorités publiques. Il est intéressant, pour un demandeur privé, de prendre connaissance de cette information, car les pouvoirs d'enquête de l'État sont plus étendus que ceux accordés à une partie privée dans le cadre de la communication préalable. Réduire le doublement des efforts déployés par les pouvoirs publics et les parties privées pourrait également contribuer à infléchir le coût d'une action privée, lequel constitue un obstacle important à l'application privée⁴⁴⁹.

Bien que la Nouvelle-Zélande soit peut-être à juste titre, parmi les pays visés par l'étude, le pays le plus ouvert à la communication aux parties privées des renseignements obtenus dans le cadre des enquêtes de la Commerce Commission, elle prévoit plusieurs motifs pour lesquels cette dernière peut refuser une telle communication. En pratique, la commission les invoque souvent⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Voir Royaume-Uni, texte correspondant aux notes 274, 289 et 290, *supra*.

⁴⁴⁸ Voir, p. ex., Australie, texte correspondant à la note 103, *supra*.

⁴⁴⁹ Aux États-Unis, on a constaté que les frais liés à la communication préalable représentaient généralement la moitié des frais de justice engagés. Voir le texte correspondant à la note 431, *supra*.

⁴⁵⁰ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant à la note 255, *supra*.

En Australie, la Competition and Consumer Commission refuse habituellement de communiquer à la personne qui a intenté un recours privé ou qui envisage d'en intenter un les renseignements recueillis lors de ses enquêtes. Elle défend sa position en faisant valoir que, si elle agissait autrement, les gens seraient réticents à lui fournir des renseignements, ses ressources deviendraient insuffisantes et elle s'exposerait à des allégations voulant qu'elle ait obtenu l'information pour le compte de tiers. Néanmoins, la commission de réforme du droit de l'Australie a recommandé qu'il lui soit permis de communiquer des renseignements à une partie privée lorsque certaines conditions sont remplies. Le gouvernement australien n'a pas encore donné suite à la recommandation⁴⁵¹.

En Irlande, le pouvoir d'enquête de l'autorité responsable de la concurrence est si récent (1996) que des lignes directrices précises ne semblent pas encore exister au sujet de la communication de données aux parties privées. La tendance actuelle consisterait toutefois à refuser de dévoiler l'information obtenue dans le cadre d'une enquête, sauf lorsqu'elle est rendue publique par son utilisation dans le contexte d'une instance judiciaire⁴⁵².

De même, aux États-Unis, une information obtenue grâce à une enquête n'est communiquée par le ministère de la Justice que si elle est rendue publique devant un tribunal. Les enquêtes criminelles sont menées conformément à la procédure applicable au grand jury, laquelle demeure secrète même une fois qu'elle a pris fin. Les enquêtes civiles sont effectuées au moyen d'une demande d'enquête au civil, et des règles de confidentialité particulières s'appliquent à celle-ci⁴⁵³.

(2) Autres formes de collaboration

Tous les pays visés par l'étude, sauf le Royaume-Uni et l'Irlande, offrent un appui aux parties privées qui souhaitent intenter une action après que les autorités publiques ont eu gain de cause dans une affaire. Par exemple, en Australie, la *Trade Practices Act* dispose essentiellement qu'une

⁴⁵¹ Voir Australie, texte correspondant aux notes 103 à 108, *supra*.

⁴⁵² Voir Irlande, texte correspondant à la note 315, *supra*.

⁴⁵³ Voir États-Unis, texte correspondant à la note 422, *supra*.

conclusion de fait tirée dans le cadre d'une action constitue une preuve *prima facie* aux fins d'une action subséquente⁴⁵⁴. Aux États-Unis, l'appui est plus substantiel. Suivant la *Clayton Act*, un jugement définitif rendu à l'issue d'une instance criminelle ou civile engagée par le gouvernement constitue une preuve *prima facie* de la violation des dispositions antitrusts aux fins d'une action subséquente. Pour aider davantage les demandeurs privés, le ministère de la Justice applique actuellement une politique de refus de régler une affaire criminelle si le défendeur n'inscrit pas un plaidoyer de culpabilité, lequel peut tenir lieu ensuite de preuve *prima facie* de la contravention.

III. Le partage du pouvoir d'application entre les pouvoirs publics et les parties privées

La balance penche nettement en faveur des pouvoirs publics pour ce qui est du partage du pouvoir d'application. Dans aucun autre domaine d'interaction entre le public et le privé le demandeur privé n'est aussi clairement relégué à l'arrière-plan. Tous les pays visés par l'étude investissent les autorités publiques d'un pouvoir beaucoup plus considérable de faire appliquer les lois relatives à la concurrence. Le déséquilibre ne se manifeste pas tant par les violations qui donnent ouverture à une action publique ou privée que par les mesures correctives qui sont accessibles aux demandeurs publics et privés. Les autorités publiques ont accès à des mesures de plus grande portée. À la gamme de mesures correctives possibles s'ajoute une volée de mécanismes administratifs établis qui sont mis à leur disposition pour rendre l'exercice de leur pouvoir d'application encore plus efficace.

Les tableaux suivants montrent l'écart entre le pouvoir accordé au demandeur privé, d'une part, et aux autorités publiques, d'autre part, dans les pays considérés. Le tableau 2 fait état des actes anticoncurrentiels qui donnent ouverture à l'application tant privée que publique. Le tableau 3 indique les mesures correctives qui sont à la portée du demandeur privé. Le tableau 4 indique les mesures correctives accessibles aux autorités publiques. Le tableau 5 expose les mécanismes administratifs établis dont disposent les autorités publiques pour les appuyer dans l'exercice de leur pouvoir.

⁴⁵⁴ Voir Australie, texte correspondant à la note 108, *supra*.

Tableau 2 : Actes anticoncurrentiels donnant ouverture à l'application tant privée que publique

Acte anti-concurrentiel	Australie (<i>Trade Practices Act</i>)	Nouvelle-Zélande (<i>Commerce Act</i>)	Royaume-Uni (<i>Competition Act</i>)	Irlande (<i>Competition Act, 1991</i>)	États-Unis (lois antitrusts)
Complot pour diminuer sensiblement la concurrence	art. 45, 45B	art. 27,28		art. 4	<i>Sherman Act</i> , art. 1
Refus de vendre (boycottage collectif)	art. 45, 45D	art. 29			<i>Sherman Act</i> , art. 1
Fixation horizontale des prix	art. 45, 45A	art. 30, 34		art. 4	<i>Sherman Act</i> , art. 1
Maintien des prix de revente	art. 48	art. 37-42			<i>Sherman Act</i> , art. 1
Fixation de prix différents	art. 49			art. 4	<i>Clayton Act</i> , art. 2 <i>Robinson-Patman Act</i>
Exclusivité	art. 47	art. 27, 28 ou 36, 36A			<i>Clayton Act</i> , art. 3
Ventes liées	par. 47(7) à (9)	art. 27, 28 ou 36,36A		art. 4	<i>Clayton Act</i> , art. 3
Abus de position dominante	art. 46, 46A	art. 36, 36A		art. 5	<i>Sherman Act</i> , art. 2
Fusionnement/ coentreprise	art. 50, 50A	art. 47,48			<i>Sherman Act</i> , art. 1

Tableau 3 : Mesures correctives accessibles aux parties privées.

Mesures correctives	Australie	Nouvelle-Zélande	Royaume-Uni	Irlande	États-Unis
Dommages-intérêts triplés					Oui
Dommages-intérêts exemplaires		Proposé		Oui	
Dommages-intérêts simples	Oui	Oui		Oui	
Injonction provisoire	Oui	Oui		Oui	Oui
Injonction permanente	Oui	Oui		Oui	Oui
Jugement déclaratoire	Oui	Oui		Oui	Oui
Ordonnance corrective	Oui	Oui			Accès limité
Ordonnance de dessaisissement (fusionnement)	Oui				
Recours collectif	Oui (Accès restreint)	Oui (Accès très restreint)			Oui (Accès étendu)
Ordonnance par consentement	Oui	Oui			Oui

Tableau 4 : Mesures correctives accessibles aux autorités publiques

Mesure corrective	Australie	Nouvelle-Zélande	Royaume-Uni	Irlande	États-Unis
Peine criminelle				Oui	Oui
Emprisonnement				Oui	Oui
Peine pécuniaire civile	Oui	Oui	Oui		
Injonction provisoire	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Injonction permanente	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Jugement déclaratoire	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Ordonnance par consentement	Oui	Oui		Indéterminé	Oui
Ordonnance obligatoire de rétablissement de la concurrence	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Ordonnance de dessaisissement (fusionnement)	Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
Ordonnance interdisant le dédommagement d'une peine pécuniaire		Proposée			
Ordonnance interdisant à un contrevenant d'administrer ou de diriger une entreprise	Proposée	Proposée			
Action <i>parens patriae</i> pour préjudice causé aux consommateurs					Possible
Action collective pour préjudice causé aux petites entreprises, aux consommateurs	Possible et proposée				

Tableau 5 : Mécanismes administratifs à la disposition des autorités publiques

Mécanismes administratifs	Australie	Nouvelle-Zélande	Royaume-Uni	Irlande	États-Unis
Programme d'indulgence		Proposé			Oui
Avis non officiel	Oui	Oui			
Engagement ou règlement administratif	Oui	Oui		Indéterminé	Oui
Suspension volontaire, pendant l'enquête, de l'activité soupçonnée d'être anticoncurrentielle	Indéterminé	Oui		Indéterminé	Oui
Suspension involontaire, pendant l'enquête, de l'activité soupçonnée d'être anticoncurrentielle			Oui		
Avis non opposable	Oui			Indéterminé	Oui
Avis ou conseil opposable			Oui		
Ordonnance de cesser et de s'abstenir	Écartée après examen par la commission de réforme du droit	Modification proposée	Oui	Demandée par l'autorité compétente, mais refusée.	Oui
Peine pécuniaire			Oui		

Le tableau 2 montre que dans la plupart des pays considérés, autorités publiques et parties privées sont habilitées à se pourvoir en justice relativement à une gamme étendue de contraventions à la loi sur la concurrence applicable, y compris le refus de vendre (ou le boycottage collectif) et les ventes liées⁴⁵⁵. Il ressort toutefois de la comparaison des tableaux 3 et 4 que, dans la plupart des pays, seules les autorités publiques ont accès, en matière de mesures correctives, à l'« artillerie lourde ».

⁴⁵⁵ Dans certains cas, le droit d'action privé est plus étroit que le droit d'action public. Par exemple, en Australie, une partie privée ne peut demander une injonction dans une affaire de fusionnement.

Premièrement, en Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, les autorités publiques ont le pouvoir exclusif de recouvrer des peines pécuniaires, lesquelles peuvent être substantielles. En Australie, la Competition and Consumer Commission peut recouvrer auprès d'une personne morale défenderesse jusqu'à 10 millions de dollars par infraction⁴⁵⁶. Au Royaume-Uni, le directeur de l'Office of Fair Trading peut infliger une peine correspondant à au plus 10 % du chiffre d'affaires du contrevenant⁴⁵⁷. En Nouvelle-Zélande, la Commerce Commission peut recouvrer jusqu'à 5 millions de dollars par contravention. Si elles sont adoptées, les modifications proposées relativement à la *Commerce Act* porteront le montant de l'amende jusqu'à trois fois le gain illégal touché ou 10 % du chiffre d'affaires annuel⁴⁵⁸.

Ce n'est qu'aux États-Unis qu'un demandeur privé peut recouvrer une somme comparable. Et même dans ce cas, les dommages-intérêts triplés se composent pour un tiers d'une indemnité et pour deux tiers seulement d'une amende. De plus, ils ne visent que le gain illégal réalisé aux dépens du demandeur, et non le gain illégal touché globalement par le défendeur. L'amende privée sous forme de dommages-intérêts exemplaires, comme celle qui existe en Irlande et celle qui est envisagée en Nouvelle-Zélande, est encore moins comparable que ne le sont les dommages-intérêts triplés⁴⁵⁹.

Deuxièmement, dans presque tous les pays visés par l'étude, les autorités publiques peuvent obtenir la mesure corrective la plus draconienne en droit de la concurrence, soit l'ordonnance de prendre des mesures pour rétablir la concurrence sur le marché, ce qui peut aller jusqu'à la dissolution et au dessaisissement. L'Australie fait exception. Une partie privée peut, en se conformant à certaines conditions précises, y demander une ordonnance de dessaisissement d'actions ou d'éléments d'actif obtenus en contravention des dispositions de la *Trade Practice Act* applicables au fusionnement⁴⁶⁰. Même si, en Australie et en Nouvelle-Zélande, une cour de justice peut rendre une ordonnance

⁴⁵⁶ Voir Australie, texte correspondant à la note 57, *supra*.

⁴⁵⁷ Voir Royaume-Uni, texte correspondant aux notes 291 et 292, *supra*.

⁴⁵⁸ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 205 à 211, *supra*.

⁴⁵⁹ Rappelons qu'en Nouvelle-Zélande, le comité économique du Cabinet a opté pour les dommages-intérêts exemplaires plutôt que triplés en raison de la manne que ces derniers pouvaient représenter pour les demandeurs privés.

⁴⁶⁰ Voir Australie, texte correspondant à la note 35, *supra*, et suiv.

corrective de grande portée dans le cadre d'une action privée fondée sur les dispositions antitrusts pertinentes, l'ordonnance corrective envisagée semble se limiter à la réparation du préjudice spécifique infligé au demandeur par le défendeur, notamment par l'annulation ou la modification du contrat ou l'ordonnance de remboursement. Qui plus est, les tribunaux ordonnent rarement ces mesures de portée plus limitée⁴⁶¹.

Enfin, seuls les pouvoirs publics disposent d'une gamme de mécanismes administratifs établis pour les assister dans l'exercice de leurs pouvoirs. Bien que certains de ces mécanismes, tel l'engagement administratif, puissent être tenus pour équivalents à l'entente de règlement ou à l'ordonnance par consentement négociée dans le cadre d'un recours privé, d'autres, comme l'ordonnance de cesser et de s'abstenir qui existe aux États-Unis et au Royaume-Uni et qui est envisagée en Nouvelle-Zélande, revêtent un caractère extraordinaire. Ils confèrent à l'organisme administratif un pouvoir quasi judiciaire qui s'est révélé être le moyen le plus efficace de faire respecter la loi en matière de concurrence⁴⁶².

IV. Caractère approprié de l'injonction aux fins de l'application privée

Il ressort de ce qui précède que les parties privées, et en particulier les petites entreprises, ont pu juger le droit d'action privée, compte tenu de ses mécanismes de communication préalable plus limités et de ses mesures correctives moins percutantes, plus utile à l'égard de certains comportements anticoncurrentiels que d'autres. L'étude semble le confirmer.

Le tableau 6 ci-dessous suggère que l'action privée est jugée très utile pour réprimer un comportement lorsque l'injonction provisoire ou permanente constitue une mesure appropriée⁴⁶³. Ce semble être le cas des ventes liées, de l'exclusivité et du refus de vendre (boycottage collectif).

⁴⁶¹ *Ibid.*, texte correspondant à la note 33; Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 185 et 186.

⁴⁶² Voir, à titre d'exemple, Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 196 à 204, *supra*.

⁴⁶³ En Australie, l'injonction est de loin la mesure corrective privilégiée. Voir Australie, texte correspondant à la note 25, *supra*. En Nouvelle-Zélande, l'injonction est presque le seul redressement accordé à un demandeur privé. Voir le texte correspondant aux notes 176 et 177, *supra*.

Tableau 6 : Actes anticoncurrentiels visés par les actions privées

Mécanismes administratifs	Australie (étude actuelle / Brunt)		Nouvelle-Zélande	Royaume-Uni	Irlande	États-Unis
Complot	41,2 %	41,0 %	Grand nombre d'instances			21,3 %
Refus de vendre	(compris dans Complot)		(compris dans Complot)			25,4 %
Fixation horizontale des prix	5,9 %	2,0 %				21,3 %
Maintien des prix de revente	6,7 %	4,9 %	Une instance			10,3 %
Prix différents ou d'éviction	10,1 %	10,8 %				26,8 %
Exclusivité	27,7 %	19,6 %	(compris dans Complot, Abus de position dominante)			21,1 %
Ventes liées	5,0 %	(compris dans Exclusivité)	(compris dans Complot, Abus de position dominante)			(compris dans Exclusivité)
Abus de position dominante (création d'un monopole)	3,4 %	19,6 %	Majorité des instances		Majorité des instances	8,8 %
Fusionnement/ coentreprise		2,0 %				5,8 %

Le tableau 6 indique qu'en Australie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis, les actions intentées relativement aux ventes liées, à l'exclusivité et au refus de vendre représentent au moins 40 à 50 % des actions privées. Signalons que dans tous les pays dont la législation n'interdit pas expressément les ventes liées, l'exclusivité et le refus de vendre, comme la Nouvelle-Zélande, le comportement peut faire l'objet d'une poursuite pour complot ou abus de position dominante.

Le degré de concentration relativement élevé des actions privées dans les domaines susmentionnés peut s'expliquer autrement. On reconnaît que les parties privées sont plus aptes que les pouvoirs publics à détecter le comportement anticoncurrentiel qui [TRADUCTION] « vise à exclure d'éventuels concurrents ou à léser des concurrents actuels. Les participants au marché peuvent détecter

ce genre de comportement parce qu'il a une incidence financière manifeste sur eux »⁴⁶⁴. Les ventes liées, l'exclusivité et le refus de vendre font partie des actes anticoncurrentiels qui ont un effet manifeste sur les participants au marché.

V. Priorité de l'application publique

Comme les participants au marché sont plus aptes à déceler l'activité anticoncurrentielle ayant une incidence financière sur eux, le secteur public devrait affecter en priorité ses ressources aux activités des grands cartels, lesquelles sont plus difficiles à déceler parce qu'elles sont occultes. Ces activités illégales englobent la fixation des prix, le truquage des offres, l'entente de limitation de la production et le partage horizontal du marché. Les pouvoirs publics sont plus à même de détecter et de réprimer ce genre de comportement.

C'est ce que semble confirmer l'étude. Les données de recherche afférentes à l'Australie indiquent que, de 1990 à janvier 1999, la plupart des dossiers publics portaient sur la fixation des prix, le complot et le maintien des prix de revente⁴⁶⁵. En Nouvelle-Zélande, la lutte contre les grands cartels est devenue l'une des principales priorités de l'autorité publique compétente. À l'appui de cet effort, le gouvernement a proposé de modifier la *Commerce Act* afin que la fixation des prix, le truquage des offres, les accords de limitation de la production et le partage horizontal du marché deviennent des infractions en soi⁴⁶⁶. Vu la difficulté de déceler ces activités en raison du secret qui les entoure, le gouvernement a proposé une modification législative prolongeant le délai accordé à la Commerce Commission pour agir. Il est aussi proposé que la commission envisage la création d'un programme d'immunité pour encourager la dénonciation volontaire d'activités illégales par les participants à un

⁴⁶⁴ Nouvelle-Zélande, comité économique du Cabinet, document 5: Increasing Detection, *supra*, note 136, à la p. 2, par. 6. Selon le comité économique du Cabinet, la réaction efficace possible de participants au marché à un comportement aisément décelable était le complément nécessaire à l'application publique. Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant à la note 269, *supra*.

⁴⁶⁵ Voir Australie, texte correspondant aux notes 17 et 18, *supra*. Également, texte correspondant aux notes 19 à 20, selon lequel la fixation des prix et le complot demeurent une priorité de la Competition and Consumer Commission en matière de répression. En pratique, les priorités de l'organisme ne sont pas celles qu'il prétend avoir, soit l'abus de position dominante et le maintien des prix de revente. Voir le texte correspondant à la note 101, *supra*.

⁴⁶⁶ À ce jour, seuls la fixation des prix et le truquage des offres constituent des infractions en soi.

cartel⁴⁶⁷. Aux États-Unis, la priorité est également accordée à la répression des cartels par les pouvoirs publics.

Les critères d'application publiés par certains des pays en cause, comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Irlande, permettent de conclure que d'autres facteurs peuvent être pris en considération aux fins de déterminer s'il y a lieu, pour les autorités publiques, d'agir dans un cas donné. Ces facteurs sont la vraisemblance d'une action privée, l'effet du comportement sur la concurrence, le caractère délibéré, flagrant et persistant de la contravention, l'existence de contraventions du même genre à la grandeur du secteur d'activité, la possibilité qu'une décision fasse jurisprudence et le potentiel éducatif ou dissuasif d'une poursuite⁴⁶⁸.

Le ministère américain de la Justice ne publie pas ses critères d'application, mais il ressort de certaines de ses déclarations publiques que la priorité est accordée, pour ce qui est d'intenter des poursuites criminelles, à la fixation des prix, au truquage des offres et à l'activité des cartels internationaux⁴⁶⁹. En matière civile, le ministère s'attaque en priorité aux affaires qui sont de premier plan, qui sont susceptibles d'accroître la concurrence sur les marchés, qui pourraient établir des précédents juridiques de grande portée et qui ont une grande incidence sur de nombreux consommateurs. Il s'agit des affaires jugées « importantes »⁴⁷⁰. Le ministère de la Justice et la Federal Trade Commission affectent par ailleurs des ressources considérables à l'évaluation et à la contestation des fusionnements.

⁴⁶⁷ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant à la note 139, *supra*, et comité économique du Cabinet, document 5, *supra*, note 23.

⁴⁶⁸ Voir Australie, texte correspondant aux notes 100 à 102, *supra*; Nouvelle-Zélande, texte correspondant à la note 254, *supra*; Irlande, texte correspondant aux notes 313 et 314, *supra*.

⁴⁶⁹ Voir ministère de la Justice des États-Unis, l'application des dispositions antitrusts et le consommateur, site Internet : www.usdoj.gov/atr/public/div_stats/1638.htm; Joel I. Klein, The Importance of Antitrust Enforcement in the New Economy, allocution prononcée devant la New York State Bar Association, Antitrust Law Section, le 29 janvier 1998.

⁴⁷⁰ Anne K. Bingaman, Change and Continuity in Antitrust Enforcement, allocution prononcée devant le Fordham Corporate Law Institute, le 21 octobre 1993.

VI. Réduction du coût de l'application privée

(1) Généralités

La plupart des pays considérés manifestent un vif intérêt pour la réduction du coût et des délais inhérents aux instances civiles complexes, notamment en matière de concurrence. Il est établi que les affaires civiles relatives à la concurrence sont parmi les plus compliquées et les plus coûteuses. Elles nécessitent généralement le recours à de nombreux témoins experts. Il s'agit de longues instances vivement contestées dont les enjeux sont considérables et qui soulèvent d'innombrables questions factuelles. Plus de la moitié des décisions rendues sont couramment portées en appel. Selon les données obtenues sur l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, la procédure peut durer deux ans ou plus en première instance, puis au moins deux années en appel⁴⁷¹.

Plusieurs mesures ont été prises afin de diminuer la durée et le coût de l'ensemble des actions civiles compliquées, y compris en matière de concurrence. En Australie, la Cour fédérale, qui est entre autres saisie des affaires de concurrence, a adopté en 1977 un système complet de gestion des instances afin de réduire les délais et de permettre aux parties d'être entendues plus rapidement. Elle a ensuite établi des formations composées de spécialistes, et douze juges font actuellement partie de la formation vouée à la concurrence. En 1987, elle a mis sur pied un programme de règlement assisté des différends grâce auquel elle peut aiguiller des instances vers ses services de médiation ou d'arbitrage⁴⁷².

En Nouvelle-Zélande, la haute cour d'Auckland a établi un programme de gestion des instances ainsi qu'un rôle spécial auquel sont inscrites, entre autres, les affaires relatives à l'application de la *Commerce Act*. Cette mesure permet notamment de régler rapidement et à moindre coût les différends relatifs à la concurrence. Les juges affectés à ce rôle particulier sont également plus susceptibles d'avoir de l'expérience en matière de concurrence. Les juges de la haute cour envisagent actuellement l'adoption de réformes supplémentaires⁴⁷³.

⁴⁷¹ Voir Australie, note 125, *supra*, Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 262 à 265, *supra*; États-Unis, note 9, *supra*.

⁴⁷² Voir Australie, texte correspondant aux notes 108 à 112, *supra*.

⁴⁷³ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 256 à 260, *supra*.

En 1996, le Royaume-Uni s'est engagé dans une réforme en profondeur de ses règles de procédure civile après la publication du rapport du président de la cour d'appel, lord Woolf, portant sur l'accès à la justice. Le rapport préconisait un système de justice civile où les parties ont recours aux tribunaux en dernier ressort après l'échec de négociations ou d'autres moyens de régler les différends. Les instances devaient être gérées de façon dynamique, les juges devaient être encouragés à se spécialiser et la communication préalable ainsi que le régime d'adjudication des dépens devaient être révisés afin de réduire la durée et le coût de l'instance. Les tribunaux britanniques sont à mettre en oeuvre ces recommandations⁴⁷⁴.

En 1990, les États-Unis ont adopté la *Civil Justice Reform Act*, qui exige de toutes les cours fédérales du pays qu'elles apportent des modifications semblables à leurs règles de procédure civile. Les cours de district ont mis sur pied des comités consultatifs et, à partir des recommandations de ces derniers, elles ont modifié les règles applicables à la communication préalable, le régime d'adjudication des dépens, les autres moyens offerts pour régler les différends et les éléments de la procédure civile qui n'étaient pas nécessairement identiques à ceux des autres cours fédérales. Ces modifications font l'objet d'une évaluation continue quant à leur apport à la réduction de la durée et du coût des instances civiles compliquées⁴⁷⁵.

Aucune modification n'a été proposée à l'égard de la règle des tribunaux suivant laquelle la partie déboutée doit payer les « frais » de la partie qui a gain de cause. Cette règle s'applique dans tous les pays considérés, sauf les États-Unis⁴⁷⁶; toutefois, elle ne semble pas être considérée comme un frein important à l'engagement de poursuites en matière de concurrence. Souvent, les frais recouvrés représentent à peine 40 % des frais de justice effectivement engagés par la partie qui a gain de cause.

⁴⁷⁴ Voir Royaume-Uni, texte correspondant aux notes 293 à 296, *supra*.

⁴⁷⁵ Voir États-Unis, texte correspondant aux notes 246 et suivantes, *supra*.

⁴⁷⁶ Voir Australie, texte correspondant aux notes 72 à 85, *supra*; Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 226 à 228, *supra*. Aux États-Unis, la disposition antitrust prévoyant l'octroi de dommages-intérêts triplés opère un transfert des frais de justice en ce qu'elle modifie la règle traditionnelle américaine voulant que chacune des parties paie ses frais. Suivant l'art. 4 de la *Clayton Act*, le demandeur qui a gain de cause et obtient des dommages-intérêts triplés a droit [TRADUCTION] « aux dépens de la poursuite, y compris un montant raisonnable au titre des honoraires d'avocat ». Toutefois, le défendeur qui a gain de cause ne peut obtenir le remboursement de ses frais par le demandeur.

L'adjudication de certains dépens relève du pouvoir discrétionnaire de la cour. Les frais d'enquête ne sont pas recouvrables suivant la règle applicable⁴⁷⁷.

(2) Réduction du coût des actions antitrusts

Certains pays visés par l'étude ont adopté ou envisagent d'adopter des dispositions particulières afin de réduire précisément la durée et le coût des instances en matière de concurrence. En 1996, la commission de réforme du droit de l'Australie a proposé d'alléger le fardeau financier des demandeurs individuels en faisant en sorte que la Competition and Consumer Commission soit habilitée à intenter une action collective ou un recours collectif pour le compte de petites entreprises et de consommateurs. Elle a également proposé que les règles de procédure civile soient modifiées de façon qu'un regroupement de consommateurs ou d'entreprises puisse intenter une action collective en dommages-intérêts pour le compte de ses membres⁴⁷⁸.

La Nouvelle-Zélande a emprunté une autre voie. On a reconnu que plusieurs facteurs étaient de nature à dissuader les parties privées et la Commerce Commission d'intenter une action, particulièrement en vue d'obtenir une injonction provisoire. Au nombre de ces facteurs, mentionnons les frais de justice élevés, le risque financier considérable couru par le demandeur en raison de l'obligation de verser des dommages-intérêts au défendeur si une injonction provisoire injustifiée est décernée et la difficulté, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, d'établir le lien causal entre le préjudice allégué et la prétendue contravention à la loi⁴⁷⁹. Le Cabinet a néanmoins écarté la solution australienne, soit élargir l'accès au recours collectif pour atténuer ces facteurs de dissuasion. Il a proposé deux modifications très différentes. Premièrement, autoriser la Commerce Commission à

⁴⁷⁷ Il importe de signaler qu'en Australie, la règle prévoyant le remboursement des frais est considérée comme un moyen inefficace d'écartier les demandes sans fondement, vexatoires ou frivoles. La commission de réforme du droit de l'Australie estime que d'autres mesures de contrôle, comme la gestion des instances, sont plus appropriées. D'ailleurs, en Australie et en Nouvelle-Zélande, les autorités responsables de la concurrence sont, à l'instar des parties privées, assujetties à la même règle relative au paiement des frais. Se reporter à Australie, note 73 et texte correspondant à la note 86, *supra*; Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 229 à 233, *supra*.

⁴⁷⁸ Australie, texte correspondant aux notes 37 à 41 et 87 à 88, *supra*.

⁴⁷⁹ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 154 et 155, *supra*.

rendre des ordonnances de cesser et de s'abstenir⁴⁸⁰; deuxièmement, permettre aux parties privées de demander des dommages-intérêts exemplaires⁴⁸¹.

On pensait que le pouvoir de rendre des ordonnances de cesser et de s'abstenir supprimerait presque la nécessité, pour la commission, de demander des injonctions provisoires⁴⁸². En ce qui concerne les parties privées, il semble raisonnable de conclure que la Nouvelle-Zélande prévoyait qu'elles opteraient pour le recours peu coûteux qui consiste à demander la tenue d'une enquête menant au prononcé d'une ordonnance de cesser et de s'abstenir au lieu de demander à une cour de justice de décerner une injonction provisoire. Enfin, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts exemplaires incitait les parties privées à intenter des actions en dommages et compensait l'obligation de prouver le lien de causalité⁴⁸³.

En préconisant le recours à l'ordonnance de cesser et de s'abstenir, la Nouvelle-Zélande misait sur l'application apparemment fructueuse de cette mesure par la Federal Trade Commission des États-Unis pour réprimer le comportement anticoncurrentiel. Les ordonnances de cesser et de s'abstenir rendues par la Federal Trade Commission étaient jugées très efficaces, peu coûteuses et rarement contestées devant les tribunaux⁴⁸⁴.

VII. Surveillance des actions privées par l'État

(1) Intervention

En ce qui concerne la surveillance des actions privées par l'État, presque tous les pays visés par l'étude permettent au gouvernement, comme à toute autre personne physique ou morale, d'être constitué partie intervenante à une action privée. Certains pays vont toutefois beaucoup plus loin. En Australie,

⁴⁸⁰ *Ibid.*, texte correspondant aux notes 188 à 204, *supra*.

⁴⁸¹ *Ibid.*, texte correspondant aux notes 177 à 181, *supra*.

⁴⁸² *Ibid.*, texte correspondant aux notes 196 à 198, *supra*.

⁴⁸³ *Ibid.*, texte correspondant aux notes 178 à 181, *supra*.

⁴⁸⁴ *Id.*, texte correspondant à la note 201, *supra*. Voir également États-Unis, texte correspondant aux notes 376 à 389, *supra*.

la *Trade Practices Act* confère expressément à la Competition and Consumer Commission le pouvoir d'intervenir de plein droit dans une action privée touchant aux pratiques restrictives du commerce. Il est même théoriquement possible que la commission se substitue au demandeur privé. Toutefois, ce pouvoir est rarement, voire jamais, exercé⁴⁸⁵.

Aux États-Unis, la règle fédérale 29a) applicable à la procédure d'appel confère expressément au gouvernement le pouvoir d'intervenir en tant qu'*amicus curiae* ou d'« ami de la cour » dans le cadre de l'appel d'une décision rendue par une cour fédérale de première instance relativement à une action antitrust privée. S'il opte pour l'exercice de ce pouvoir, le ministère de la Justice dépose un mémoire portant sur la ou les questions qui l'intéressent et il se présente à l'audience pour formuler des arguments de vive voix. Le principal critère applicable pour déterminer s'il est opportun que le ministère intervienne ainsi est l'existence d'une question de droit clairement circonscrite au sujet de laquelle le ministère souhaite être entendu⁴⁸⁶.

(2) Immunité contre les poursuites judiciaires

Tous les pays considérés, sauf les États-Unis, autorisent les autorités responsables de la concurrence à accorder à un contrevenant l'immunité contre toute poursuite judiciaire fondée sur les dispositions relatives à la concurrence. Pour bénéficier de cette protection, le demandeur doit établir que les gains en efficience ou les autres avantages publics découlant du comportement l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. La protection est qualifiée différemment selon le pays où elle est accordée : *authorization* (Australie et Nouvelle-Zélande), *exemption* (Royaume-Uni) et *licence* (Irlande). Elle a rarement été accordée dans le contexte d'une action privée. En Australie, une seule partie défenderesse à une action privée a tenté, mais en vain, de bénéficier de la protection pour éviter que sa responsabilité ne soit reconnue⁴⁸⁷. En Nouvelle-Zélande, après avoir fait rejeter une action privée

⁴⁸⁵ Voir Australie, texte correspondant aux notes 89 à 93, *supra*; voir également Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 236 à 240, *supra*.

⁴⁸⁶ Voir États-Unis, texte correspondant aux notes 416 à 418, *supra*.

⁴⁸⁷ Voir Australie, texte correspondant à la note 99, *supra*.

intentée contre elle, une entreprise a obtenu l'immunité (*authorization*) contre toute poursuite judiciaire ultérieure⁴⁸⁸.

VIII. Prévenir le recours stratégique à l'action privée à des fins anticoncurrentielles

On reconnaît dans presque tous les pays visés par l'étude qu'il est tout aussi crucial de faire respecter la loi au moyen d'actions privées que de veiller à ce que celles-ci ne soient pas utilisées de manière stratégique à des fins anticoncurrentielles⁴⁸⁹. C'est pour ce motif qu'en 1977, l'Australie a supprimé le droit d'une partie privée d'obtenir une injonction relativement à un fusionnement⁴⁹⁰. En Nouvelle-Zélande, le Cabinet a renoncé à autoriser les actions en dommages-intérêts triplés pour décourager le comportement anticoncurrentiel, car il craignait que la perspective d'un gain substantiel ne favorise les poursuites à des fins stratégiques et n'incite les entreprises à se conformer trop strictement à la loi, à opter pour un comportement sûr, mais pas nécessairement optimal, afin de s'exposer le moins possible au risque financier lié à une action privée éventuelle⁴⁹¹. Apparemment animés de préoccupations semblables, les tribunaux américains ont réduit substantiellement l'accès à l'action privée en dommages-intérêts triplés par l'interprétation stricte de la qualité requise pour agir en justice⁴⁹².

Dans les différents pays considérés, les tribunaux peuvent, grâce à divers moyens, écarter les demandes stratégiques, sans fondement ou frivoles. Il peut s'agir d'une simple mesure procédurale, comme la directive donnée à l'audience, la conférence de gestion de l'instance, le renvoi, mais aussi du règlement d'un différend ou d'une requête en jugement sommaire⁴⁹³, voire d'une mesure radicale

⁴⁸⁸ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 248 à 250, *supra*.

⁴⁸⁹ En Nouvelle-Zélande, le comité économique du Cabinet a fait remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « Pour évaluer les stimulants possibles [à l'application privée], il importe d'établir un juste équilibre de telle sorte que les mesures correctives ne soient ni trop peu vigoureuses pour être véritablement dissuasives ni à ce point attrayantes ou vigoureuses que l'application privée soit utilisée à des fins stratégiques et anticoncurrentielles »; document 3, *Reforming Remedies*, à la p. 1.

⁴⁹⁰ Voir Australie, note 6, *supra*.

⁴⁹¹ Document 3, *Reforming Remedies*, *supra*, note 136 à la p. 3, par. 16 et 17.

⁴⁹² Voir États-Unis, texte correspondant aux notes 338 à 347, *supra*.

⁴⁹³ Voir Australie, texte correspondant aux notes 109 à 116; Royaume-Uni, texte correspondant aux notes 293 à 295; États-Unis, texte correspondant aux notes 434 et 435, *supra*.

comme la radiation pour abus de la procédure ou la condamnation au paiement de dépens exemplaires des parties et des avocats qui présentent des demandes frivoles, qui se comportent de façon abusive ou qui retardent indûment le déroulement de l'instance⁴⁹⁴.

IX. Paramètres : Efficacité de l'application privée

(1) Détection

Il semble faire peu de doute que, dans les pays visés par l'étude, on estime que les parties privées sont plus aptes à détecter le comportement anticoncurrentiel, ce dernier ayant une incidence immédiate sur les participants au marché. Il en résulte, dans les faits, une spécialisation de l'activité d'application en ce que les infractions facilement détectables et qui peuvent être contrées par une injonction provisoire font l'objet de mesures d'application privées. De plus en plus, les autorités publiques compétentes mettent l'accent sur les grands cartels, dont les activités anticoncurrentielles sont intrinsèquement occultes. Leurs pouvoirs d'enquête plus étendus, jumelés à des mécanismes administratifs utiles, comme les programmes d'immunité, ont été jugés beaucoup plus efficaces pour détecter ce type d'activité.

Évidemment, la division du travail entre autorités publiques et parties privées dans ce domaine est loin d'être complète. La nécessité d'engager des sommes considérables peut ne pas dissuader une grande entreprise du secteur privé d'enquêter au sujet de l'activité d'un grand cartel et d'intenter une action privée. Les autorités publiques peuvent souhaiter prendre des mesures contre les auteurs d'infractions facilement détectables lorsqu'elles sont flagrantes, répétées et répandues à la grandeur d'un secteur d'activité ou lorsque l'affaire offre la possibilité d'établir un précieux précédent.

⁴⁹⁴ Voir Australie, texte correspondant aux notes 117 et 118, *supra*; Royaume-Uni, texte correspondant à la note 296, *supra*; États-Unis, texte correspondant aux notes 434 et 435, *supra*.

(2) Dissuasion

L'étude ne permet pas de conclure avec certitude que, dans tous les pays considérés, sauf les États-Unis, l'action privée décourage efficacement le comportement anticoncurrentiel. Dans l'espoir de faire de l'action privée un moyen de dissuasion efficace, la Nouvelle-Zélande a récemment proposé la modification de la *Commerce Act* pour autoriser l'octroi de dommages-intérêts exemplaires au demandeur privé même lorsque le défendeur peut être tenu de payer une peine pécuniaire à l'issue d'une action intentée simultanément par la Commerce Commission. Il semble toutefois improbable que l'objectif de dissuasion de la Nouvelle-Zélande soit ainsi atteint. La possibilité que des dommages-intérêts exemplaires soient accordés ne semble pas grande. À ce jour, aucune cour néo-zélandaise n'a même accordé de dommages-intérêts compensatoires à un demandeur privé⁴⁹⁵.

De plus, l'expérience irlandaise en matière de dommages-intérêts exemplaires compromet sérieusement les chances de succès de la Nouvelle-Zélande. On se rappelle qu'en 1990, l'Irlande a tenté de favoriser l'application de la loi au moyen d'actions privées en autorisant l'octroi de dommages-intérêts exemplaires. Or, peu d'actions privées ont été intentées. En 1996, l'État irlandais a dû soutenir l'application privée en conférant au secteur public un large pouvoir d'enquête et en l'autorisant à intenter des poursuites criminelles⁴⁹⁶.

(3) Conformité

L'étude révèle que les parties privées peuvent promouvoir efficacement le respect des dispositions relatives à la concurrence si elles ont accès rapidement et à un coût relativement peu élevé à l'injonction provisoire ou à l'ordonnance de cesser et de s'abstenir. Aux États-Unis, les ordonnances de cesser et de s'abstenir de la Federal Trade Commission ont été très fructueuses. Inspirée par cette réussite, la Nouvelle-Zélande a proposé d'habiliter la Commerce Commission à rendre de telles ordonnances. Elle est même allée plus loin que la Federal Trade Commission en proposant que les

⁴⁹⁵ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant à la note 176, *supra*.

⁴⁹⁶ Voir Irlande, texte correspondant aux notes 303 à 307, *supra*.

ordonnances de la Commerce Commission s'appliquent dès leur prononcé même si elles font l'objet d'un appel⁴⁹⁷. L'ordonnance de la Federal Trade Commission n'est définitive qu'une fois épuisés les recours en appel⁴⁹⁸.

Dans les deux pays, le système établi semble toutefois inefficace. Il empêche une partie privée de demander une telle ordonnance de son propre chef. Peut-être à des fins de contrôle ou pour éviter d'avoir à exiger le dépôt d'un cautionnement couvrant les dommages susceptibles d'être infligés si une injonction injustifiée est accordée, la division des enquêtes de l'organisme administratif est la seule habilitée à demander une ordonnance de cesser et de s'abstenir. Les parties privées seront sans aucun doute enclines à déposer des plaintes dans l'espoir qu'une enquête soit tenue rapidement et mène au prononcé d'une ordonnance de cesser et de s'abstenir, mais l'interposition de la division des enquêtes entre le plaignant privé et le tribunal semble créer un goulot d'étranglement quant à l'obtention d'une mesure corrective et grever les ressources. Les pressions qui en résultent sur le budget déjà limité de la Commerce Commission pourraient compromettre l'efficacité du programme proposé en Nouvelle-Zélande⁴⁹⁹.

(4) Indemnisation

Dans tous les pays considérés, sauf les États-Unis, l'action privée n'a pas constitué un moyen adéquat d'obtenir réparation du préjudice infligé à la concurrence. Peu de recours en dommages-intérêts

⁴⁹⁷ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant à la note 198, *supra*. Il est intéressant de noter que, selon le tableau 5, ci-dessus, tous les pays visés par l'étude ont envisagé de conférer le pouvoir de rendre une ordonnance de cesser et de s'abstenir ou ont accordé un tel pouvoir. Voir Australie, texte correspondant aux notes 65 et 66, *supra*; Irlande, texte correspondant à la note 308, *supra*.

⁴⁹⁸ Toutefois, avant le prononcé d'une ordonnance ou avant que l'ordonnance ne devienne définitive, la Federal Trade Commission peut obtenir dans l'intervalle une ordonnance temporaire de ne pas faire ou une injonction provisoire frappant la contravention d'interdiction. Voir États-Unis, texte correspondant aux notes 387 et 388, *supra*.

⁴⁹⁹ On se rappellera que c'est pour ce motif, entre autres, que la Commerce Commission s'est initialement opposée au pouvoir qui lui était conféré de rendre des ordonnances de cesser et de s'abstenir. Voir le texte correspondant aux notes 199 à 204, *supra*.

ont été fructueux en Australie. Aucun ne l'a été en Nouvelle-Zélande. La grande majorité des actions privées sont intentées en vue d'obtenir une injonction⁵⁰⁰.

Il se peut que des dommages-intérêts aient été obtenus dans le cadre de règlements d'actions privées, mais ces règlements sont habituellement tenus secrets et ne sont pas intégrés aux archives publiques, sauf s'il s'agit d'une ordonnance ou d'un jugement par consentement. Aux États-Unis, presque 90 % des actions privées sont réglées ou rejetées; en Australie, les données de l'étude Brunt indiquent qu'il y a règlement ou rejet de l'action privée dans environ 78 % des cas.

(5) Lignes directrices à l'intention du milieu des affaires

Malgré ces lacunes apparentes au chapitre de la dissuasion et de la réparation, aux États-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande, les actions privées ont débouché sur des décisions judiciaires qui ont donné aux entreprises de précieuses indications en ce qui concerne leurs obligations en matière de concurrence. L'évolution du droit de la concurrence après la Seconde Guerre mondiale est attribuable essentiellement aux actions privées intentées aux États-Unis⁵⁰¹. En Australie, les actions privées ont fait d'importants apports au droit, notamment, en ce qui concerne la définition du marché, la fixation de prix d'éviction, la diminution sensible de la concurrence, l'abus de position dominante et le refus concerté de vendre⁵⁰². En Nouvelle-Zélande, en matière d'injonction, presque toutes les décisions importantes ont été rendues dans le contexte d'une action privée⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Voir Australie, texte correspondant à la note 25, *supra*; Nouvelle-Zélande, texte correspondant à la note 176, *supra*.

⁵⁰¹ Voir États-Unis, texte correspondant à la note 406, *supra*.

⁵⁰² Voir Australie, texte correspondant aux notes 126 à 129, *supra*.

⁵⁰³ Voir Nouvelle-Zélande, texte correspondant aux notes 266 et 267.