

**MODIFICATION DE L'ARTICLE 45 DE LA
LOI SUR LA CONCURRENCE :**

CADRE LÉGISLATIF

Robert S. Russell
Adam F. Fanaki
Davit D. Akman

Le 11 avril 2001

BORDEN LADNER GERVAIS S.A.R.L.

Table des matières

I.	<u>RÉSUMÉ</u>	1
II.	<u>CONTEXTE</u>	4
III.	<u>ALLIANCES STRATÉGIQUES ET ENTENTES INJUSTIFIABLES</u>	5
IV.	<u>LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION</u>	8
V.	<u>L'ARTICLE 81 DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE</u> ...	9
	(a) Introduction	9
	(b) Application de l'article 81	9
	(c) Objet de l'accord	10
	(d) Effet de l'accord	12
	(e) Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 à la coopération horizontale	12
	(f) Article 81 et règle de la raison	13
	(g) Restrictions accessoires	15
	(h) La règle <i>de minimus</i>	16
	(i) L'exemption prévue au paragraphe 81(3)	18
	(j) Critique du régime du Traité CE	20
	(k) Situation dans certains pays de l'Union européenne	26
	(l) Conclusion relativement aux régimes appliqués dans l'Union européenne	29
VI.	<u>LES ÉTATS-UNIS</u>	30
	(a) La conception américaine moderne des ententes horizontales	32
	(b) La norme de la règle de la raison	34
	(i) L'atteinte à la concurrence	34
	(ii) La justification d'efficience	35
	(iii) Nécessité raisonnable	36
	(iv) Effet net	36
	(c) L'illégalité <i>per se</i>	36
	(d) Conclusions relatives au régime appliqué aux États-Unis	40
	(i) Macro-avantages	40
	(ii) Macro-inconvénients	40
	(iii) Micro-avantages et micro-inconvénients	41
	(1) Illégalité <i>per se</i>	41
	(2) Règle de la raison	44
VII.	<u>AUSTRALIE</u>	44
	(a) Autorisations	46

VIII.	<u>NOUVELLE-ZÉLANDE</u>	50
	(a) Dispositions de fond	50
	(b) Autorisations et exemptions	52
IX.	<u>AFRIQUE DU SUD</u>	55
	(a) Dispositions de fond	55
	(b) Exemptions	56
X.	<u>AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DES RÉGIMES AUSTRALIEN, NÉO-ZÉLANDAIS ET SUD-AFRICAIN</u>	57
XI.	<u>RÉSUMÉ DES APPROCHES ÉTRANGÈRES EN MATIÈRE DE RESTRICTIONS HORIZONTALES</u>	59
XII.	<u>LEÇONS TIRÉES DE L'EXAMEN COMPARATIF</u>	60
	(a) Définition de l'interdiction	60
	(b) Régime double	63
	(c) Facteurs sociaux et autres considérations non économiques	64
	(d) Éléments essentiels d'un article 45 modifié	64
XIII.	<u>CRITIQUE DE L'ARTICLE 45 : ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA RÉFORME</u> ..	65
XIV.	<u>PROPOSITIONS DE RÉFORME</u>	67
	(a) Objectifs de nature législative	67
	(b) Modèles précédemment proposés	68
	(c) Préoccupations soulevées par les propositions antérieures	70
	(i) « <u>Entre concurrents</u> »	70
	(ii) <u>Exception relative à la part de marché</u>	71
	(iii) <u>Modèle du régime double</u>	72
	(1) <u>Immunité sur le plan criminel</u>	72
	(2) <u>Cas de non-application de l'analyse fondée sur la règle de la raison</u>	73
	(iv) <u>Mesures correctives civiles</u>	74
	(d) Nouvelle proposition de modification	75
	(i) <u>Interdiction criminelle</u>	75
	(ii) <u>Régime civil</u>	75
	(iii) <u>Avis</u>	77
	(1) <u>Modèle du régime discrétionnaire (le MRD)</u>	78
	(2) <u>Modèle du régime civil (le MRC)</u>	80

I. RÉSUMÉ

Le présent rapport examine divers cadres législatifs qui pourraient servir de modèle pour la modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La réforme aurait pour but de créer un régime réprimant efficacement les ententes injustifiables tout en encourageant les alliances stratégiques et la collaboration entre concurrents ayant des effets bénéfiques pour la concurrence. Elle viserait accessoirement à harmoniser les lois canadiennes avec celles de ses principaux partenaires commerciaux et, dans la mesure du possible, à encadrer de la même façon la collaboration entre concurrents et les fusions.

Pour déterminer le modèle législatif qu'il convient d'appliquer pour atteindre les objectifs décrits plus haut, nous avons examiné ce qui s'est fait ailleurs, notamment dans l'Union européenne, en Allemagne, en Italie, aux États-Unis, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud. Cet examen a mis en lumière des caractéristiques particulières ainsi que des différences conceptuelles. Par exemple, l'article 1 de la *Sherman Act* (États-Unis) est une disposition générale à partir de laquelle la jurisprudence a établi, relativement aux ententes injustifiables, des catégories d'infractions *per se* ainsi que le critère de l'absence d'effet sur la concurrence, tandis que pour d'autres types d'ententes visées à l'article 1, les tribunaux ont recours à l'analyse fondée sur la règle de la raison pour déterminer s'il y a infraction. Par contre, l'article 81 du *Traité instituant la communauté européenne* (le *Traité CE*) ne prévoit pas d'infraction *per se*; il énonce une interdiction générale assortie d'un régime d'exceptions individuelles ou catégorielles qui, en principe, pourrait créer des exemptions à l'égard d'ententes qui, aux États-Unis, seraient visées par les interdictions *per se* implicites découlant de la *Sherman Act*. La *Trade Practices Act* de l'Australie, elle, énonce des interdictions très précises visant des ententes de fixation des prix et d'autres, plus générales, s'apparentant à celle de l'article 81 du *Traité CE*.

L'article 45 de la *Loi sur la concurrence* se démarque à plusieurs égards des lois étrangères en cette matière. Il n'établit, par exemple, qu'une règle de raison « partielle », contrairement à l'article 1 de la *Sherman Act* et au paragraphe 81(3) du *Traité CE*. Il ne crée pas, non plus, d'interdiction *per se* comme le fait la *Sherman Act* telle qu'elle est interprétée par les tribunaux américains. Divers auteurs ont critiqué l'article 45, lui reprochant d'avoir une portée à la fois trop restrictive - car il permet à des ententes manifestement anticoncurrentielles d'échapper à des sanctions - et trop large - car il criminalise toutes les ententes horizontales, même celles qui peuvent avoir des effets bénéfiques. L'instruction de poursuites fondées sur cette disposition démontre en outre qu'il est très difficile d'invoquer cette disposition pour réprimer des ententes injustifiables lorsque fait défaut la preuve que l'entente réduit indûment la concurrence ou que les parties voulaient qu'elle ait ce résultat.

Pour corriger cette lacune, on peut s'inspirer de l'expérience acquise relativement à l'article 1 de la *Sherman Act*, laquelle indique que les interdictions *per se* peuvent constituer une mesure dissuasive et correctrice efficace à l'égard des ententes injustifiables. Plus particulièrement, il en coûte moins cher de faire appliquer les interdictions *per se*, et elles promettent une plus grande certitude et une plus grande prévisibilité. Toutefois, l'expérience américaine démontre aussi que le régime *per se* a l'important désavantage de la rigidité et peut avoir pour résultat d'interdire des mesures bénéfiques de collaboration entre concurrents.

Afin de ne pas réprimer des ententes potentiellement proconcurrentielles, il s'impose de prévoir une exception protégeant la catégorie restreinte des ententes qui, à strictement parler, contreviennent aux interdictions, mais qui sont néanmoins souhaitables parce qu'elles favorisent la concurrence. L'analyse fondée sur la règle de la raison constitue une solution. Le tribunal qui a recours à ce type d'analyse jouit de la souplesse nécessaire pour distinguer les collaborations proconcurrentielles procurant un plus grand bien-être de celles qui ne présentent pas ces caractéristiques. La règle de la raison, toutefois, ne peut être appliquée que graduellement, par élaboration jurisprudentielle, et son adoption ne résoudrait pas les problèmes pratiques du Bureau de la concurrence en matière d'application de la loi. En outre, on peut dire que l'analyse fondée sur la règle de la raison procure moins de certitude et ne permet pas de faire appliquer la loi aussi efficacement parce qu'il faut chaque fois entreprendre une évaluation et une analyse de marché complexes pour déterminer si les avantages proconcurrentiels de l'entente en cause l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels.

Un régime d'avis, d'autorisation ou d'exemption permet d'éviter plusieurs des lacunes du concept américain de l'analyse fondée sur la règle de la raison. Le paragraphe 81(3) du Traité CE fait appel à un tel régime, ainsi que les lois de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Comme la loi américaine, ces textes appliquent intégralement la règle de la raison. Les autorités veillant à leur application jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire de protection des ententes en fonction des circonstances particulières en cause. Ce sont ces autorités et non les tribunaux (administratifs ou judiciaires) qui exercent le pouvoir exclusif (à tout le moins en première instance) d'autoriser une entente qui enfreindrait autrement une interdiction énoncée par la loi ou de lui appliquer une exemption. Il s'ensuit qu'elles sont en mesure d'orienter la progression de la politique de concurrence en matière de collaboration entre concurrents tout en évitant les coûts et les retards liés à une instruction administrative et sans avoir à s'en remettre à une jurisprudence imprévisible.

Pour être efficace, un tel régime devrait éviter l'exclusion de principe des ententes injustifiables et prévoir une procédure simple et courte. Nous proposons deux modèles : (i) le modèle permettant au commissaire d'accorder une exemption ou d'intenter une poursuite civile ou criminelle relativement à une entente existante ou proposée faisant l'objet d'une demande d'exemption (le modèle du régime discrétionnaire) et (ii) un modèle identique comportant deux exceptions, l'une prévoyant que seules les ententes dont il a été donné avis avant leur conclusion ou leur entrée en vigueur pourraient être admissibles pour exemption, et l'autre, que le commissaire ne serait pas autorisé à intenter une poursuite criminelle relativement à une entente ayant fait l'objet d'un avis (le modèle du régime civil). Selon nous, cette dernière formule pose quelque peu problème car elle entraînerait la tenue d'une analyse complète des effets qu'ont sur la concurrence des ententes injustifiables non déguisées, alors qu'il conviendrait davantage et qu'il serait plus efficace de leur appliquer une interdiction criminelle *per se*. Il y aurait également perte d'efficacité, en terme de coût et de temps, car il faudrait procéder à une analyse des effets sur la concurrence même pour les ententes qui, autrement, contreviendraient clairement à une interdiction *per se*. C'est pourquoi nous croyons que le modèle du régime civil risque de réduire l'efficacité et l'efficience des poursuites intentées par le commissaire relativement aux ententes injustifiables non déguisées. Il

est en outre possible, dans ce modèle, que les parties se servent du processus d'exemption pour protéger des ententes injustifiables de toute poursuite criminelle. On comblerait facilement ces lacunes, toutefois, en limitant la procédure d'avis aux projets d'entente qui n'ont pas encore été mis en oeuvre.

Dans les deux modèles proposés, les ententes qui n'enfreignent pas les interdictions *per se* seraient assujetties à un examen de nature civile. La création d'un régime civil comporte divers avantages, notamment l'harmonisation de la façon de traiter les fusionnements et les alliances stratégiques. En outre, l'expérience spécialisée du Tribunal ainsi que les normes de preuve moins élevées qui y sont appliquées conviennent mieux à l'examen des effets anticoncurrentiels ou bénéfiques possibles.

À notre avis, la formule du « régime double » concilie bien la dissuasion et la répression des ententes injustifiables d'une part et la nécessité de disposer d'un forum où il soit possible d'établir efficacement une distinction entre les collaborations proconcurrentielles se traduisant par un bien-être accru des collaborations anticoncurrentielles.

II. CONTEXTE

Nous avons reçu le mandat d'examiner, dans le cadre de l'initiative législative continue du Bureau de la concurrence, diverses avenues de modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Cet article est considéré comme la pierre angulaire ou la disposition fondamentale du droit de la concurrence canadien, et les maux qu'il vise à corriger, comme la fixation des prix et d'autres ententes anticoncurrentielles horizontales, ont été qualifiés d'antithèses de la libre concurrence et de comportements mettant en lambeaux le tissu économique de notre société. Toutefois, malgré l'importance cruciale de la disposition relative au complot dans le régime appliqué par le Canada en matière de concurrence, elle est pour ainsi dire demeurée inchangée depuis son introduction dans la loi initiale adoptée en cette matière en 1889, l'*Acte à l'effet de supprimer et de prévenir les coalitions formées pour gêner le commerce*.

Cette longévité n'a pourtant pas empêché plusieurs auteurs de prôner la modification de l'article 45. Comme nous le verrons dans le présent rapport, des études récentes ainsi que des procès très médiatisés instruits aux États-Unis, au Canada, dans la l'Union européenne et ailleurs ont démontré que les ententes injustifiables sont plus répandues et plus nocives qu'on ne le croyait. À titre d'exemple, au cours des deux dernières années seulement, les tribunaux canadiens ont imposé plus de 126 millions de dollars d'amendes en vertu de l'article 45, relativement à des ententes injustifiables.

Par ailleurs, un consensus de plus en plus solide se fait autour de la nécessité d'encourager les avantages proconcurrentiels pouvant découler de certaines alliances stratégiques ou collaborations entre concurrents. Tant les *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* de la Commission fédérale du commerce du Département de la justice (États-Unis) que les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* reconnaissent les avantages non négligeables que procurent ces collaborations et la nécessité de les encourager.

Ces auteurs ont aussi fait valoir que l'article 45 ne permet ni de poursuivre efficacement les auteurs d'ententes manifestement anticoncurrentielles ni de distinguer clairement entre les ententes élevant le bien-être social grâce à des gains en efficacité supérieurs au préjudice anticoncurrentiel et celles qui n'ont pas cet effet. Ils recommandent donc que la réforme de l'article 45 ait pour principal objectif de permettre la répression plus efficace des ententes le plus susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, comme les ententes injustifiables, sans décourager les alliances stratégiques proconcurrentielles.

Le projet de loi C-472 cherchait à atteindre cet objectif en proposant d'importantes modifications à l'article 45¹, notamment en créant une interdiction *per se* à l'égard de certains types d'ententes,

¹

Loi modifiant la Loi sur la concurrence (collusion et droit des particuliers de présenter une demande), la Loi sur le Tribunal de la concurrence (dépens et procédure sommaire) et le Code criminel en conséquence, 36^e législature, 2^e session, 48-49 Elizabeth II, 1999-2000.

dont les ententes visant à fixer des prix, à répartir des marchés, à restreindre la production et à instaurer un boycottage, qui actuellement ne constituent des infractions à l'article 45 que s'il est démontré qu'elles empêchent ou réduisent indûment la concurrence. Le projet de loi proposait aussi l'introduction d'une disposition civile correspondante qui aurait permis au commissaire de demander au Tribunal de rendre des ordonnances correctrices à l'égard de toute autre entente, lorsqu'il était prouvé qu'elles diminueraient sensiblement la concurrence. Enfin, le projet de loi C-472 prévoyait l'établissement d'un processus d'autorisation accordant aux parties à des alliances stratégiques une immunité contre les poursuites civiles.

Il est utile, lorsqu'il s'agit d'évaluer des propositions modificatrices comme celles qu'énonce le projet de loi C-472, de tenir compte de ce qui se fait ailleurs relativement à la collaboration entre concurrents. Dans le présent rapport, nous avons donc passé en revue quelques-unes de ces démarches, et nous proposons des modifications intégrant certains éléments des modèles examinés. Nous examinons, plus particulièrement, les points suivants :

- (i) la nécessité d'encourager les alliances stratégiques tout en décourageant les ententes injustifiables;
- (ii) la nécessité d'harmoniser la disposition relative aux complots avec les lois des principaux partenaires commerciaux du Canada;
- (iii) les régimes adoptés par l'Union européenne, l'Allemagne, les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Afrique du Sud ainsi que les points forts et les points faibles de chacun d'eux;
- (iv) les éléments de l'actuel article 45 et ses points faibles
- (v) les modèles législatifs proposés.

III. ALLIANCES STRATÉGIQUES ET ENTENTES INJUSTIFIABLES

Comme nous l'avons déjà signalé, l'un des principaux objectifs poursuivis par les modifications proposées pour l'article 45 est l'établissement d'un mécanisme souple qui découragera efficacement les ententes injustifiables tout en ne dissuadant pas les parties de conclure des alliances stratégiques pouvant avoir des effets positifs. Des organismes responsables de la concurrence ont expressément reconnu les avantages que peuvent procurer certaines alliances stratégiques entre concurrents. On peut notamment lire ce qui suit dans les *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* [ci-après les Lignes directrices conjointes] élaborées par la Commission fédérale du commerce et le Département de la justice des États-Unis :

[TRADUCTION]

Il arrive, dans les marchés modernes, que des concurrents aient besoin de collaborer entre eux pour être concurrentiels. Les forces concurrentielles obligent

à une collaboration complexe les entreprises qui poursuivent des objectifs d'expansion à l'étranger, d'innovation coûteuse ou de réduction des coûts de production et d'autres coûts.

Souvent, ce type de collaboration est non seulement inoffensif mais proconcurrentiel. De fait, au cours des deux dernières décennies, les organismes antitrust fédéraux ont intenté peu de poursuites civiles concernant des formes de collaboration entre concurrents. Il se peut néanmoins que le développement de collaborations proconcurrentielles soit découragé par une perception du droit de la concurrence selon laquelle est suspect tout accord entre concurrents réels ou potentiels².

Le document reconnaît aussi que la collaboration entre concurrents peut entraîner divers avantages pour les consommateurs : elle peut entre autres permettre aux parties d'offrir des produits ou des services plus abordables ou plus intéressants ou de les mettre en marché plus rapidement qu'elles ne pourraient le faire sans coopération. La collaboration permet également aux parties d'employer plus efficacement leurs ressources existantes ou d'obtenir d'autres avantages potentiels auxquels elles n'auraient pas accès autrement. Les Lignes directrices conjointes exposent ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les gains en efficacité découlant de la collaboration entre concurrents sont souvent le fait de la mise en commun de différentes capacités ou ressources. Par exemple, l'une des parties peut posséder une expérience technique particulière qui complète utilement le processus de fabrication d'une autre partie et qui permet à celle-ci de réduire ses coûts de production ou d'améliorer la qualité du produit. Dans d'autres cas, la collaboration peut faciliter la réalisation d'économies d'envergure et d'économies d'échelles qui seraient hors d'atteinte de chaque partie isolément. Par exemple, deux entreprises peuvent combiner leurs activités de recherche ou de commercialisation de façon à ce qu'il leur en coûte moins cher pour placer leurs produits sur le marché ou à réduire le temps nécessaire pour préparer ou commencer la vente de nouveaux produits³.

Une copie des Lignes directrices conjointes est jointe à l'annexe I. La Commission européenne a elle aussi reconnu les avantages pouvant découler de la coopération horizontale dans certaines circonstances :

D'autre part, une coopération horizontale peut aussi produire des avantages économiques substantiels. Les entreprises doivent s'adapter à des pressions concurrentielles croissantes, à un marché en constante évolution qui se mondialise

² Federal Trade Commission et U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (avril 2000), à la p. 1, annexe I [ci-après les Lignes directrices conjointes].

³ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 6.

de plus en plus, à des progrès techniques incessants et au plus grand dynamisme des marchés en général. La coopération peut être un moyen de partager les risques, de réaliser des économies de coûts, de mettre en commun un savoir-faire et de lancer des innovations sur le marché plus rapidement. Pour les moyennes et petites entreprises, en particulier, la coopération est un important moyen d'adaptation à l'évolution des marchés⁴.

Malgré les bienfaits pouvant résulter d'alliances stratégiques, toutefois, il est également incontestable que la coopération entre concurrents produisant des ententes injustifiables peut entraîner de graves distorsions de la concurrence. Un rapport récent de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur ces ententes les définit comme [TRADUCTION] « des ententes anticoncurrentielles en vue de la fixation des prix, de la restriction de la production, du dépôt de soumissions concertées ou du partage de marchés » et signale qu'elles sont [TRADUCTION] « beaucoup plus répandues et beaucoup plus nocives pour l'économie mondiale qu'on ne le croyait »⁵. Pour corriger cette situation, l'organisme invite chaque pays membre à :

[TRADUCTION]

... veiller à ce que ses lois sur la concurrence répriment et découragent efficacement les ententes injustifiables. Il est fortement recommandé aux membres de voir à ce que les peines prévues et les pouvoirs d'enquête soient adéquats et à ce que les exclusions et les autorisations consenties à l'égard de conduites qui constitueraient autrement des ententes injustifiables soient nécessaires et ne dépassent pas la mesure voulue pour permettre l'atteinte de l'objectif prépondérant poursuivi⁶.

Il n'y a pas que les ententes injustifiables; les formes de collaboration proconcurrentielles peuvent elles aussi faciliter la collusion tacite au moyen de pratiques comme l'échange et la divulgation de renseignements sensibles sur le plan de la concurrence.

Compte tenu de l'importance des avantages et des désavantages pouvant résulter de la collaboration entre concurrents, il est généralement reconnu que tout régime visant à régler de telles ententes doit pouvoir décourager et interdire efficacement les ententes injustifiables tout en conservant assez de souplesse pour ne pas dissuader les concurrents de conclure des alliances stratégiques potentiellement bénéfiques. De plus, les textes de loi doivent être clairs et faciles à faire appliquer, se prêter à une application uniforme et peu coûteuse et procurer un degré

⁴ *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* (2001/C 3/02), à la p. C 3/2 [ci-après les Lignes directrices]

⁵ Organisation de coopération et de développement économiques, *Hard Core Cartels* (2000), aux p. 6 et 11.

⁶ *Ibid.*, à la p. 14

raisonnable de prévisibilité à ceux dont la conduite pourrait faire l'objet d'un examen⁷. Selon nous, toute réforme des dispositions relatives au complot doit avoir ces deux objectifs en vue. Le projet de loi C-472 et les modifications envisagées qui sont décrites dans le cadre de référence poursuivent ces fins au moyen d'un régime double en application duquel seuls les accords les plus préjudiciables donneraient lieu à une sanction criminelle, les autres ententes étant évaluées suivant une norme de nature civile. Les avantages d'une telle démarche seront examinés plus en détail plus loin dans le rapport.

IV. LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION

La nécessité d'harmoniser les dispositions relatives au complot avec celles qui sont appliquées par les États-Unis, par les pays d'Europe et par d'autres partenaires commerciaux importants du Canada est un objectif qui a été formulé tant dans les consultations publiques au sujet du projet de loi C-472 que dans le cadre de référence de la présente étude. Notre rapport examine donc comment plusieurs pays traitent la collaboration entre concurrents. En droit de la concurrence, la convergence est porteuse d'avantages. Ainsi, un auteur a écrit que [TRADUCTION] « l'absence de convergence constitue un obstacle au commerce », « pour les sociétés se livrant au commerce international, la convergence réduit les coûts liés à la conformité à la loi » et que [TRADUCTION] « la convergence libère les États de la nécessité de l'application extraterritoriale de leur droit de la concurrence et de la nécessité correspondante pour les États visés d'adopter des lois de blocage ou de récupération »⁸. Ces avantages ont suscité certaines tentatives d'harmonisation de textes de loi internationaux sur la concurrence, notamment le code de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement intitulé *Les pratiques commerciales restrictives*, le *Rapport intérimaire sur la convergence des politiques de la concurrence* de 1994 et le *Draft International Antitrust Code*. Jusqu'à présent, ces mesures ont, pour la plupart, échoué⁹.

Comme on pourra le voir dans ce qui suit, la difficulté à laquelle se heurtent ceux qui veulent promouvoir « l'harmonisation avec les principaux partenaires commerciaux » réside dans la différence des modèles appliqués par beaucoup de ces partenaires. Par exemple, l'article 1 de la *Sherman Act*, tel qu'il est interprété et appliqué par les tribunaux américains, établit des interdictions *per se* à l'égard des ententes injustifiables, sans prévoir de critère lié aux effets sur la concurrence, alors que pour d'autres types d'ententes il donne lieu à une analyse fondée sur la règle de la raison visant à déterminer s'il y a eu transgression de l'interdiction des pratiques restreignant abusivement le commerce. À l'opposé, l'article 81 du Traité CE n'établit pas de régime *per se*; il énonce plutôt une interdiction générale assortie d'un ensemble d'exceptions

⁷ Voir Thomas W. Ross, « Proposals for a New Canadian Competition Law on Conspiracy », (1991) 36 *Antitrust Bulletin* 851, aux p. 869-870.

⁸ Daniel Steiner, « The International Convergence of Competition Laws » (1997), 24 *Man. L.J.* 577, à la p. 581.

⁹ *Ibid.*, à la p. 678.

individuelles ou catégorielles qui, en principe, pourraient créer des exemptions à l'égard d'ententes qui seraient visées par les interdictions *per se* implicites découlant de la *Sherman Act*. On voit donc que l'objectif d'harmonisation, en particulier avec les principaux partenaires commerciaux du Canada, soulève nécessairement le problème du modèle à retenir. En outre, comme il en sera question plus loin, l'harmonisation intégrale du droit de la concurrence canadien avec celui des partenaires commerciaux n'est peut-être pas souhaitable, étant donné que beaucoup d'entre eux prennent en considération des facteurs sociaux ou d'autres facteurs non économiques pour déterminer si la collaboration est permise.

V. L'ARTICLE 81 DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE

(a) Introduction

L'article 81 (auparavant l'article 85) du *Traité instituant la communauté européenne* (Traité CE) interdit, pour incompatibilité avec le marché commun, un vaste éventail d'accords, de décisions et de pratiques anticoncurrentielles. Le paragraphe 81(1) s'applique aux « accords entre entreprises, [...] décisions d'associations d'entreprises et [...] pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ... ». Aux termes du paragraphe 81(2), les ententes contrevenant au paragraphe (1) sont automatiquement frappées de nullité, à moins qu'une exemption prévue au paragraphe (3) ne s'applique. De plus, les infractions à l'article 81 sont punissables de lourdes amendes, pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé l'année précédente par les entreprises impliquées. Le texte complet de l'article 81 est joint à l'annexe II.

(b) Application de l'article 81

Pour que des accords, décisions ou pratiques soient jugés contraires au paragraphe 81(1), deux éléments doivent être présents :

- il doit être démontré qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres;
- ils doivent avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Comme nous l'avons vu, l'interdiction prévue à l'article 81 peut jouer si l'accord a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Ainsi, lorsque des parties passent un accord dont l'objet est de restreindre ou de fausser la concurrence, celui-ci tombe sous le coup du paragraphe 81(1) sans égard à son effet sur la concurrence. En corollaire, les accords qui ont pour effet de fausser la concurrence sont interdits quelle que soit l'intention des parties. Cette interprétation a été confirmée par la Cour européenne

de justice dans l'arrêt *Société technique minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*¹⁰, qui a statué que la conjonction « ou », dans l'expression « pour objet ou pour effet » a une valeur disjonctive, de sorte qu'il faut d'abord examiner quel est le but de l'accord et que, s'il est clair qu'il a pour fin de porter atteinte à la concurrence, l'examen de ses effets n'est plus nécessaire. La méthode utilisée pour établir l'objet et l'effet d'un accord au sens du paragraphe 81(1) est décrite ci-dessous.

(c) **Objet de l'accord**

La Cour européenne de justice a confirmé que le mot « objet » ne désigne pas l'intention subjective des parties, mais plutôt le but de l'accord tel qu'il se dégage de son libellé, pris dans son contexte d'application¹¹. Cette interprétation a comme conséquence intéressante d'entraîner l'application potentielle d'un critère quasi *per se* pour certaines ententes restreignant manifestement la concurrence, tels les accords non déguisés de fixation de prix. La Commission a indiqué, dans les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*¹² :

Dans certains cas, la nature de la coopération indique d'emblée que le paragraphe 81(1), est applicable. Tel est le cas des accords qui ont pour objet de restreindre la concurrence par la fixation des prix, la limitation de la production ou encore la répartition des marchés ou des clients. Ces accords sont présumés produire des effets négatifs sur le marché. **Il n'est donc pas nécessaire d'examiner leurs effets réels sur la concurrence et le marché pour établir qu'ils tombent sous le coup du paragraphe 81(1).**

...

Une autre catégorie d'accords peut être considérée d'emblée comme tombant généralement sous le coup du paragraphe 81(1). Il s'agit des accords de coopération qui ont pour objet de restreindre la concurrence en fixant les prix, en limitant la production ou en répartissant les marchés ou la clientèle. Ces restrictions sont considérées comme les plus dangereuses, car elles ont une incidence directe sur le résultat du jeu de la concurrence. La fixation des prix et la limitation de la production ont comme conséquence directe que les utilisateurs paient des prix plus élevés ou ne disposent pas des quantités souhaitées. La répartition des marchés ou des clients réduit le choix des utilisateurs et, partant, se traduit aussi par des prix plus élevés ou une réduction de la production. **Ces coopérations sont donc présumées produire des effets négatifs sur le**

¹⁰ [1966] CCE 235, [1966] CMLR 357 (CJCE) [ci-après *Machinenbau Ulm*].

¹¹ *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH c. Commission*, [1984] CCE 1679; [1985] CMLR 688, aux par. 25 et 26.

¹² Lignes directrices, précitées, note 4.

marché et sont, par conséquent, presque toujours interdites¹³ [sans gras dans l'original].

La Commission peut simplement présumer que ces types d'accords ont pour objet de réduire la concurrence et qu'en conséquence il n'y a pas lieu de prendre en considération leur effet véritable sur la concurrence. Dans son 10^e rapport annuel, la Commission a exprimé l'opinion selon laquelle les accords de fixation des prix appartiennent à la catégorie des violations manifestes de cette disposition [par. 81(1)] pour lesquelles il ne saurait y avoir d'exemption [en vertu du par. 81(3)] parce qu'elles ne procurent absolument aucun avantage aux consommateurs¹⁴. Malgré ce que laisse entendre cette affirmation générale, on ne saurait toutefois dire que l'article 81 énonce une interdiction *per se* complète, même à l'égard de tels accords de fixation des prix. En effet, les ententes tombant sous le coup du paragraphe 81(1) (même les accords non déguisés de fixation des prix) peuvent toujours remplir les conditions nécessaires pour bénéficier d'une exemption prévue au paragraphe 81(3) en fonction de leurs avantages proconcurrentiels, ce qui ne serait pas le cas, par exemple, pour les ententes visées par les interdictions *per se* découlant implicitement de l'article 1 de la *Sherman Act*. De fait, la Commission est disposée à tolérer des pratiques restrictives en matière de prix lorsqu'elles sont jugées essentielles dans les circonstances et qu'elles n'entraînent pas l'élimination de la concurrence¹⁵. Le Tribunal de première instance a décrit cette conception de l'article 81 dans l'arrêt *European Night Services c. Commission* :

Le Tribunal, avant d'examiner les arguments des parties quant au bien-fondé de l'analyse de la Commission concernant les restrictions de la concurrence, rappelle à titre liminaire que l'appréciation d'un accord au titre de l'article 81, paragraphe 1, du traité doit tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné, ... **à moins qu'il ne s'agisse d'un accord comportant des restrictions patentes de la concurrence comme la fixation des prix, la répartition du marché ou le contrôle des débouchés ... En effet dans ce dernier cas, ce n'est que dans le cadre de l'article 81, paragraphe 3, du traité que de telles restrictions peuvent être mises en balance avec leurs effets prétendument favorables à la concurrence, en vue de l'octroi d'une exemption de l'interdiction contenue au paragraphe 1 du même article**¹⁶.

¹³ *Ibid.*, aux par. 18 et 25.

¹⁴ Accessible en ligne à l'adresse : <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#ports>.

¹⁵ Par exemple, la Commission a, dans le Règlement 4056/86, établi une exemption catégorielle visant certaines conférences maritimes. Voir également *Eurochèque : Accord d'Helsinki*, JO [1992] 95/50.

¹⁶ [1998] CCE II - 3141, [1998] 5 CMLR 138, au par. 136 (CJCE) [ci-après *European Night Services*] [sans gras dans l'original].

(d) Effet de l'accord

Lorsqu'on ne peut conclure que l'accord a pour objet de restreindre la concurrence, il devient essentiel d'en examiner les effets, ce qui nécessite l'analyse complète du marché dans lequel il sera mis en oeuvre. Il faut plus particulièrement tenir compte, comme l'a décidé le Tribunal de première instance dans l'affaire *European Night Services*, du « cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché concerné ». Le Tribunal a en outre signalé, dans cette décision, que l'examen prescrit des conditions de la concurrence devait reposer non seulement sur la concurrence existante entre les entreprises du marché pertinent mais également sur la concurrence potentielle, parce qu'il fallait « savoir si, compte tenu de la structure du marché et du contexte économique et juridique régissant son fonctionnement, il existe des possibilités réelles et concrètes que les entreprises concernées se fassent concurrence entre elles, ou qu'un nouveau concurrent puisse entrer sur le marché en cause et concurrencer les entreprises établies »¹⁷.

(e) Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 à la coopération horizontale

Comme nous l'avons vu, la Commission a préparé des lignes directrices expliquant le cadre analytique qu'elle applique pour l'examen de nombreuses formes de coopération horizontale¹⁸. Elle y reconnaît que ce type de coopération peut créer des problèmes de concurrence, lorsque les parties s'entendent, par exemple, pour fixer les prix ou la production ou se répartir les marchés, ou encore lorsque cette coopération permet aux parties de maintenir, d'acquérir ou de renforcer une puissance commerciale. Elle reconnaît également, toutefois, que la plupart des accords de coopération horizontale n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence et qu'il est alors nécessaire d'analyser les effets de chaque accord dans son contexte économique¹⁹.

La Commission souligne, dans les Lignes directrices, que les accords conclus par des parties ne détenant pas une part importante du marché pertinent sont peu susceptibles d'avoir des incidences restrictives²⁰. En plus de la puissance commerciale, la Commission examinera l'indice de concentration dans le marché pertinent, les barrières à l'entrée et la probabilité d'autres entrées sur le marché, la puissance compensatrice des acheteurs/fournisseurs ainsi que la nature des produits²¹

¹⁷ *Ibid.*, au par. 137.

¹⁸ Lignes directrices, précitées, note 5.

¹⁹ *Ibid.*, au par.19.

²⁰ *Ibid.*, au par. 20.

²¹ *Ibid.*, au par. 30.

Les Lignes directrices décrivent également de façon explicite le traitement réservé à des accords qui ne sont peut-être pas interdits par l'article 81, comme les accords de recherche et de développement²², les accords de production²³, les accords de spécialisation (où les parties consentent unilatéralement ou réciproquement à cesser de fabriquer un produit et à l'acheter à l'autre partie)²⁴, les accords de sous-traitance (où une partie confie à une autre la fabrication d'un produit)²⁵, les accords d'achats groupés²⁶, les accords de normalisation²⁷, les accords environnementaux²⁸, etc. Une copie des Lignes directrices est jointe à l'annexe III.

(f) Article 81 et règle de la raison

Malgré ces tentatives de limiter l'application de l'article 81, la Commission s'est souvent fait accuser de donner une interprétation extrêmement large au paragraphe 81(1)²⁹. Certains critiques ont fait valoir qu'une grande partie de l'analyse des avantages proconcurrentiels d'un accord effectuée en vertu du paragraphe 81(3) devrait relever plutôt du paragraphe 81(1) et viser à déterminer si l'accord restreint effectivement la concurrence³⁰. Comme nous le verrons plus loin, le processus d'exemption établi au paragraphe 81(3) s'accompagne de délais considérables et entraîne des coûts importants pour les parties. Par conséquent, l'interprétation large du paragraphe 81(1) peut avoir pour effet de décourager les parties de s'engager dans des accords potentiellement bénéfiques.

Les désavantages de l'interprétation libérale du paragraphe 81(1) ont incité certains critiques à recommander que la Commission adopte plutôt une interprétation fondée sur la règle de la raison³¹. Comme on le verra plus en détail dans la section du présent document consacrée à la *Sherman Act*, l'application de la règle de la raison suppose la mise en balance des aspects pro et

²² *Ibid.*, à la section 2.

²³ *Ibid.*, à la section 3.

²⁴ *Ibid.*, au para. 79.

²⁵ *Ibid.*, au par. 80.

²⁶ *Ibid.*, à la section 4.

²⁷ *Ibid.*, à la section 6.

²⁸ *Ibid.*, à la section 7.

²⁹ Voir notamment : Peter Freeman et Richard Whish (éd.), *Butterworths Competition Law* (2000), au par. 188 [ci-après *Butterworths*]; A. Jones, *EC Competition Law* (2001), au par. 1-065 ; Alexander Schaub, « EC Competition System - Proposals for Reform », (1999) 22 *Fordham Int'l L.J.* 853, à la p. 880.

³⁰ Voir Jones, précité, note 29, au par. 1-068.

³¹ Schaub, précité, note 29.

anticoncurrentiels de l'accord. Si cette recommandation était adoptée, moins d'accords tomberaient sous le coup du paragraphe 81(1).

On trouve dans la jurisprudence de l'Union européenne des appuis limités concernant l'adoption de l'analyse fondée sur la règle de la raison relativement au paragraphe 81(1). Par exemple, la Cour européenne de justice a statué, dans l'arrêt *Maschinenbau Ulm* qu'une clause d'exclusivité consentie à un distributeur ne contrevenait pas au paragraphe 81(1) lorsqu'elle constituait un élément essentiel de la décision du distributeur de commercialiser les produits d'un fournisseur déterminé. De plus, l'avocat-général Roemer a affirmé ce qui suit, dans l'arrêt *Establisements Consten and Grundig c. CEE* :

[TRADUCTION]

Ensuite, j'ai déjà indiqué dans une autre affaire que le droit américain (l'affaire *White Motor*) exige, dans les cas de cette nature, un examen complet des répercussions économiques. Je ne veux certainement pas dire par là que nous devons imiter en tous points les principes de la procédure américaine applicable en matière de cartel. Les différences fondamentales séparant les deux régimes (interdiction *per se* dans le droit américain; possibilité d'exemption en vertu du paragraphe 85(3) du Traité CE) s'y opposent en effet, mais il est utile de se reporter au régime américain dans la mesure où il montre qu'il est également impossible, à l'égard du paragraphe 85(1), de ne pas étudier le marché de façon concrète. Il serait erroné, selon moi, de ne procéder à cette étude que pour l'application du paragraphe 85(3), parce que cette disposition exige un examen dans d'autres perspectives, particulières et différentes. En particulier (comme l'affaire *Société technique minière c. Maschinenbau Ulm GmbH* l'a démontré), **il serait artificiel d'appliquer le paragraphe 85(1) à des situations qui, après un examen plus fouillé, ne seraient pas considérées comme néfastes pour la concurrence, dans le but de leur appliquer une exemption fondée sur le paragraphe 85(3)**³².

(g) Restrictions accessoires

D'autres auteurs préconisent que la Commission, au lieu d'adopter la méthode de l'analyse fondée sur la règle de la raison, applique plus libéralement la thèse des « restrictions accessoires ». En vertu de cette thèse, les restrictions à la concurrence qui sont objectivement nécessaires pour l'exécution d'un type précis d'accord proconcurrentiel ou pour amener une partie à assumer le risque commercial inhérent à l'accord sont réputées échapper au paragraphe 81(1)³³.

³² [1966] CCE 299, à la p. 358 (CJCE) [sans gras dans l'original].

³³ Schaub, précité, note 28.

L'exemple classique de restriction accessoire est celui de la clause restrictive comprise dans un contrat de vente d'entreprise. La Cour européenne de justice et la Commission ont toutes deux reconnu que le paragraphe 81(1) ne s'applique pas aux clauses de non-concurrence et autres restrictions à la liberté de commerce des entreprises lorsqu'elles sont imposées dans le cadre de la vente d'une entreprise. La Commission a par exemple statué, dans l'affaire *Reuter/BASF* :

Il peut être nécessaire, pour mieux garantir la réalisation de l'objet du contrat, d'imposer des obligations contractuelles de non-concurrence, dans les cas où non seulement les biens corporels mais aussi l'achalandage et la clientèle de l'entreprise sont cédés à l'acquéreur. Dans un cas de cette espèce, il faut pouvoir interdire au vendeur de l'entreprise d'attirer à nouveau vers lui son ancienne clientèle, immédiatement après la cession, que ce soit de façon directe ou indirecte, c'est-à-dire en collaborant avec les concurrents de l'acquéreur. À cet égard, respecter l'obligation de non-concurrence ne signifie rien d'autre pour le vendeur que respecter son engagement contractuel de céder la totalité de la valeur commerciale de l'entreprise. Dans ces conditions, l'article 85, paragraphe 1 n'est pas applicable à l'obligation contractuelle de non-concurrence, car une telle application aurait pour effet d'entraver ou même de rendre pratiquement impossible des opérations que l'ordre juridique considère généralement comme légitimes³⁴.

Au nombre des autres formes de restrictions accessoires reconnues par la Commission figurent les dispositions visant à protéger les droits de franchisés³⁵, les restrictions imposées à l'égard de licences sur des produits brevetés³⁶ et les dispositions applicables à des produits nécessitant des mesures de distribution exclusives et sélectives³⁷.

En 1990, la Commission a publié une Communication au sujet de l'application de la théorie des restrictions accessoires dans le contexte de l'examen des fusionnements. La Communication définissait ainsi les restrictions admissibles :

Les « restrictions » visées sont celles convenues entre les parties à l'opération de concentration et limitant leur propre liberté d'action sur le marché. Il ne s'agit pas des restrictions au détriment des tiers. Si de telles restrictions sont une conséquence inévitable de l'opération de concentration elle-même, elles doivent être évaluées avec celle-ci au titre de l'article 2 du règlement. Si, par contre, ces restrictions à l'égard de tiers sont dissociables de l'opération, elles peuvent le Cas

³⁴ J.O. L254/40, [1976] 2 C.M.L.R., D56-57.

³⁵ *Pronuptia*, [1986] CCE 353, [1986] 1 C.M.L.R. 414.

³⁶ *Buroughs/Geha*, J.O. L13/53, [1972] 2 C.M.L.R. D127.

³⁷ Décision n° 85/616/CEE, [1988] 4 C.M.L.R. 461.

échéant devoir faire l'objet d'un examen de compatibilité avec les articles 85 et 86 du traité CEE.³⁸

La Communication énonce en outre, aux articles 5 et 6, que ces restrictions doivent être nécessaires :

Ces restrictions doivent également être « nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration », ce qui signifie que, en leur absence, cette opération ne pourrait pas être réalisée ou ne le serait que dans des conditions plus aléatoires, à des coûts substantiellement plus élevés, dans un délai nettement plus long ou avec des chances de réussite de loin moins sûres. Ceci doit être apprécié de manière objective.

La question de savoir si une restriction répond à ces conditions ne peut recevoir une réponse générale. En ce qui concerne plus particulièrement le caractère nécessaire de la restriction, il convient non seulement de tenir compte de sa nature, mais également de s'assurer, en application de la règle de proportionnalité, que sa durée et son champ d'application matériel et géographique n'excèdent pas les limites de ce qu'exige raisonnablement la réalisation de l'opération de concentration. Les entreprises, en présence de moyens alternatifs pour atteindre le but légitime poursuivi, doivent donc choisir celui qui est objectivement le moins restrictif pour la concurrence.³⁹

(h) La règle de *minimus*

Pour réduire encore davantage la portée du paragraphe 81(1), la Commission a adopté une règle de *minimus* ayant pour effet d'exempter de l'application de cette disposition les ententes n'entraînant pas d'effets substantiels sur la concurrence⁴⁰. L'application de cette règle est expliquée dans la *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 81 paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté européenne*⁴¹. Aux termes de cette théorie, des ententes portant atteinte à la concurrence peuvent quand même être considérées comme exclues de l'application de l'article 81 parce que leur effet sur la concurrence ou sur le commerce inter-États est négligeable. De l'avis de la Commission, de telles ententes ne sont pas visées par l'interdiction des accords restrictifs; seuls sont interdits les accords dont les incidences sur la concurrence sont substantiels.

³⁸ Communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration, JO [1990] C203/5, art. 3.

³⁹ *Ibid.*, sections 5 et 6.

⁴⁰ La théorie de *minimus* a été formulée par la Cour européenne de justice dans l'arrêt *Volk c. Vervaecke*, [1969] CCE 295, [1969] CMLR 273.

⁴¹ JO [1997] C 372/13.

La Communication renseigne également sur la nature des ententes pouvant être exclues de la portée du paragraphe 81(1) en raison de la part de marché cumulative des parties. Plus particulièrement, la Communication énonce que la Commission n'appliquera pas l'article 81 aux ententes conclues par des entreprises produisant ou distribuant des biens ou fournissant des services, lorsque la part cumulative de marché des parties dans chacun des marchés pertinents n'excède pas les valeurs suivantes :

- (a) le seuil de 5 %, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant au même stade de la production ou de la commercialisation (accord horizontal);
- (b) le seuil de 10 %, lorsque l'accord est passé entre entreprises opérant à des stades différents de l'économie (accord vertical)⁴².

Toutefois, les accords horizontaux ou verticaux pouvant avoir pour effet de fixer les prix, de limiter la production ou les ventes ou de répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ou les accords verticaux assurant une protection territoriale à des entreprises participantes ou à des entreprises tierces pourraient ne pas être exclus de l'application de l'article 81, quelle que soit la part de marché cumulative des parties⁴³.

La Communication prévoit par ailleurs une exception supplémentaire à l'égard des accords entre petites et moyennes entreprises, lesquelles sont définies comme des entreprises dont les revenus bruts n'excèdent pas 40 millions d'ECUS et qui emploient moins de 250 personnes. Cette exception s'applique sans égard à la part de marché des parties, mais la Commission se réserve le droit de demander des mesures correctives si un grand nombre de petites entreprises sont parties aux ententes et que l'effet cumulatif de ces dernières peut être indûment restrictif⁴⁴.

(i) L'exemption prévue au paragraphe 81(3)

Malgré les Communications susmentionnées de la Commission et l'application de la théorie des restrictions accessoires, un grand nombre d'ententes continuent de tomber sous le coup de l'interdiction prévue au paragraphe 81(1). L'examen effectué en vertu de l'article 81 cherchera donc principalement à déterminer si l'entente peut bénéficier d'une exemption en vertu du paragraphe 81(3), lequel permet à la Commission de déclarer le paragraphe (1) inapplicable dans certains cas. De façon générale, une exemption peut être accordée lorsque l'entente en cause:

- (a) contribue à:
 - (i) améliorer la production ou la distribution des produits ou

⁴² *Ibid.*, au par. 9.

⁴³ *Ibid.*, au par. 11.

⁴⁴ *Ibid.*, au par. 19.

- (ii) à promouvoir le progrès technique ou économique,
 - (iii) tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit
- (b) qui en résulte, sans:
- (i) imposer aux entreprises intéressées de restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
 - (ii) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Globalement, le paragraphe 81(3) donne à la Commission la possibilité d'exercer avec une grande souplesse son pouvoir discrétionnaire de déterminer si une entente est permmissible.

En termes de procédures, l'exemption s'obtient de deux façons : les parties peuvent déposer une « notification » dans laquelle elles demandent une exemption visant une entente particulière ou elles peuvent rédiger l'entente de façon telle qu'elle soit visée par une exemption catégorielle formulée par la Commission. Ces options sont examinées ci-dessous.

La procédure applicable aux exemptions particulières est exposée dans le Règlement 17/62⁴⁵ : les parties peuvent demander une exemption en vertu du paragraphe 81(3) en soumettant une notification à la Commission. La Commission, les tribunaux nationaux et les autorités nationales responsables de la concurrence peuvent appliquer le paragraphe 81(1). Aux termes du Règlement 17, toutefois, seule la Commission peut exercer le pouvoir d'accorder des exemptions en vertu du paragraphe 81(3). Ce règlement a donc pour effet de faire de la Commission l'organisme centralisé chargé d'autoriser les exemptions visant des pratiques ou accords contrevenant au paragraphe 81(1).

Le principal avantage du dépôt d'une notification est la suspension de l'application des amendes sanctionnant les violations. En effet, le paragraphe 15(5) du Règlement 17 énonce que les amendes ne peuvent être infligées pour des agissements postérieurs à la notification et antérieurs à la décision finale de la Commission. Toutefois, la Commission conserve le pouvoir discrétionnaire d'imposer rétroactivement des amendes relativement à des ententes enfreignant clairement le paragraphe 81(1), pour éviter que des parties n'abusent de cette immunité provisoire. Il est donc peu probable qu'une notification visant une entente de fixation des prix ou un autre accord restrictif puisse permettre d'échapper à des amendes.

Malheureusement, il est possible que des parties désireuses de retarder des poursuites intentées devant des tribunaux nationaux en vertu de l'article 81 ou d'y faire obstacle abusent de la

⁴⁵

CEE Conseil: Règlement n° 17/62, JO n° 13, 21-02-1962, à la p. 204.

procédure de notification. Comme nous l'avons signalé, les tribunaux nationaux ont compétence pour appliquer le paragraphe 81(1) mais non pour octroyer des exemptions sous le régime du paragraphe 81(3). Un tribunal national saisi d'une poursuite pour contravention au paragraphe 81(1) peut donc surseoir à l'instruction de l'affaire jusqu'à ce que qu'il soit statué sur la question de l'exemption; il s'ensuit que les parties poursuivies devant des tribunaux nationaux pourraient soumettre des notifications à des fins exclusivement dilatoires⁴⁶.

La plupart des décisions relatives aux notifications déposées en vue d'obtenir une exemption particulière sont rendues de façon informelle au moyen de « lettres administratives de classement » (« comfort letters »)⁴⁷. Ces lettres, qui s'apparentent aux « lettres de non-intervention » du Bureau de la concurrence du Canada, indiquent que le dossier a été fermé, mais sans qu'une décision formelle ne soit rendue. En 1999, seules 68 des 582 affaires closes, l'ont été sur décision formelle, et 514 dossiers ont été fermés de diverses manières informelles⁴⁸.

Au lieu de chercher à obtenir une exemption particulière, les parties peuvent rédiger leur entente de façon à ce qu'elle bénéficie d'une exemption catégorielle prévue par la Commission. Il n'est pas nécessaire de soumettre de notification relativement aux ententes visées par une exemption catégorielle, lesquelles sont valides sans avoir à être autorisées par la Commission. En général, les exemptions catégorielles sont structurées de la façon suivante :

- (a) clarification des catégories d'ententes ou de pratiques auxquelles l'exemption se rapporte;
- (b) restrictions souvent acceptables (souvent appelées restrictions de la « liste blanche »);
- (c) restrictions qui excèdent la portée de l'exemption (souvent appelées restrictions de la « liste noire »)⁴⁹.

Ces exemptions peuvent être retirées par la Commission, et leur durée est limitée. En outre, certaines exemptions catégorielles prévoient une procédure d'opposition suivant laquelle les ententes n'entrant pas dans le champ d'application prévu de l'exemption peuvent faire l'objet d'une

⁴⁶ *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité CE* (1999), à la p. 4 [ci-après *Livre blanc sur la modernisation*].

⁴⁷ *Ibid.*, au par. 34.

⁴⁸ Commission européenne, *XXIX^e Rapport sur la politique de concurrence* (1999) à la p. 20, accessible en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1999/ [ci-après, le Rapport].

⁴⁹ *Butterworths*, précité, note 29, à I/65.

notification individuelle. Si la Commission ne s'oppose pas à l'entente dans un délai déterminé (habituellement de 4 à 6 mois), l'entente est réputée jouir d'une exemption⁵⁰.

(j) Critique du régime du Traité CE

Comme nous l'avons déjà indiqué, la principale critique élevée au sujet du régime du Traité CE est qu'en raison de l'interprétation large donnée au paragraphe 81(1), des ententes ne risquant pas ou risquant peu de porter atteinte à la concurrence peuvent tomber sous le coup de la disposition. De plus, en vertu du paragraphe 81(2), est réputée nulle et non exécutoire toute entente entrant dans le vaste champ d'application du paragraphe 81(1), à moins qu'elle ne soit visée par une exemption⁵¹. Il s'ensuit que les parties doivent déposer une notification pour obtenir une exemption particulière ou doivent « adapter » leur entente pour qu'elle satisfasse aux critères d'une exemption catégorielle. De façon plus générale, ce régime oblige les entreprises à soumettre une notification à l'égard d'un grand nombre d'ententes ne soulevant pas de problèmes sérieux de concurrence. La protection provisoire contre les amendes que procure la notification incite aussi les parties à recourir à cette méthode.

Or l'importance du nombre des notifications impose un lourd fardeau administratif à la Commission - pendant la seule année 1999, la Commission a reçu 162 notifications⁵² -, d'autant plus qu'en vertu du Règlement 17/62, seule la Commission a le pouvoir d'accorder des exemptions sous le régime du paragraphe 81(3). Reconnaisant l'existence de ces problèmes, la Commission a publié un Livre blanc⁵³ en 1999, dans lequel elle analysait comment on pourrait moderniser les règles d'application des articles 81 et 82 du Traité CE. Les commentaires déposés à l'occasion de la consultation publique tenue au sujet du Livre blanc indiquent que l'insatisfaction suscitée par le régime en place est presque généralisée. Une copie du Livre blanc est jointe à l'annexe IV.

Il a notamment été proposé que la règle de la raison soit incorporée au paragraphe 81(1) pour que plus d'ententes soient autorisées sans que les parties n'aient à demander une exemption sous le régime du paragraphe 81(3)⁵⁴. Les partisans de cette proposition font valoir que le libellé du paragraphe 81(1) se rapproche des termes généraux employés à l'article 1 de la *Sherman Act* et

⁵⁰ *Ibid.*, à I-179.

⁵¹ Mario Siragusa, « The Millenium Approaches: Rethinking Article 85 and the Problems and Challenges in the Design and Enforcement of the EC Competition Rules », (1998) 21 *Fordham Int'l L.J.* 650, à la p. 660.

⁵² Rapport, précité, note 48, à la p. 20.

⁵³ Livre blanc sur la modernisation, précité, note 46.

⁵⁴ Jones, précité, note 29, aux par. 1-068 à 1-070; Schaub, précité, note 29, à la p. 880.

que, par conséquent, il serait possible de reconnaître l'existence implicite de cette règle sans avoir à reformuler la disposition actuelle⁵⁵.

Certains auteurs, toutefois, sont contre l'incorporation de la règle de la raison appliquée aux États-Unis au droit de l'Union européenne parce qu'ils la considèrent problématique et difficile à appliquer⁵⁶. Comme la Commission l'a signalé dans son Livre blanc, l'importation de l'analyse fondée sur la règle de la raison dans le paragraphe 81(1) aurait pour effet de rendre le paragraphe 81(3) inopérant⁵⁷. La Commission a également exprimé des réserves au sujet de l'élaboration graduelle de cette méthode d'analyse au moyen de la jurisprudence, comme cela s'est fait pour la définition et le développement de la règle aux États-Unis. On peut lire dans le Livre blanc :

De plus, il serait hasardeux de faire reposer la modernisation des règles de concurrence sur une évolution de la pratique décisionnelle, sous réserve de confirmation par les juridictions communautaires. Une telle approche rendrait la modernisation dépendante des affaires soumises à la Commission et pourrait demander de nombreuses années. Enfin, cette option risquerait de détourner l'article 85(3) [maintenant l'article 81(3)] de son objet, qui est de fournir un cadre juridique à l'appréciation économique des ententes et non de permettre d'écarter l'application des règles de concurrence en vertu de considérations politiques⁵⁸.

Ce n'est pas un point de vue isolé. Dans « EC Competition System - Propositions for Reform », Alexander Schaub, qui était alors directeur général de la DGIV, a écrit, par exemple :

[TRADUCTION]

L'adoption de la règle de la raison comporterait comme autre désavantage, que son application, ne pouvant être que graduelle, serait probablement trop lente pour corriger efficacement les faiblesses du système actuel. En outre, la Commission ne disposerait, dans un tel processus, que de pouvoirs d'orientation limités, puisque l'évolution de la méthode dépend de la confirmation par la Cour de justice, laquelle est difficile à prédire.

Le professeur Alison Jones affirme pour sa part :

⁵⁵ Siragusa, précité, note 51, aux p. 664-665.

⁵⁶ Jones, précité, note 29, au par. 1-071; *Butterworths*, précité, note 29, à I/99-I/103.

⁵⁷ Livre blanc sur la modernisation, précité, note 46 au par. 57.

⁵⁸ *Ibid.*

[TRADUCTION]

Il est possible de prétendre que l'incorporation de la règle de la raison au paragraphe 81(1) entraînerait une plus grande incertitude pour les parties aux ententes, lesquelles devraient, dans chaque cas, entreprendre de complexes évaluations et analyses de marché pour déterminer si leur accord a ou non pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. De plus, le paragraphe 81(1) est une disposition d'application directe, et elle peut donc être appliquée directement par les tribunaux nationaux, et, dans certains États-membres, par les autorités responsables de la concurrence. Or ces entités ne sont peut-être pas aptes à effectuer l'analyse poussée des ententes, en vertu de cette disposition, que réclament certains critiques, sans compter qu'existe, à tout le moins, le danger que l'analyse diffère d'un État à l'autre⁵⁹.

Compte tenu de l'opposition à l'application de l'analyse fondée sur la règle de la raison dans le cadre du paragraphe 81(1), deux options de réforme fondamentalement divergentes s'offraient aux législateurs de l'Union européenne : l'adoption d'un régime modifié d'autorisation (c.-à-d. d'un système modifié de notification) ou l'adoption d'une exception d'application directe (c.-à-d. une exemption applicable sans notification ou autorisation administrative préalable).

Les auteurs qui ont étudié la question de savoir s'il fallait abolir le régime de notification et d'autorisation ont relevé au moins cinq désavantages du régime de notification actuellement appliqué en vertu du paragraphe 81(3) :

- (i) en raison du nombre élevé de notifications reçues et du temps considérable qu'elle doit consacrer à leur examen, la Commission n'est pas en mesure de concentrer ses ressources limitées sur la répression des pratiques restrictives les plus importants;
- (ii) l'expérience enseigne que les notifications ne révèlent pas de menaces sérieuses à la concurrence comme les cartels, lesquels ne font presque jamais l'objet d'une notification; en fait, l'examen des notifications accapare des ressources qui pourraient être consacrées à des enquêtes sur de telles pratiques;
- (iii) à cause du fardeau administratif imposé par les notifications, la Commission est incapable de répondre avec diligence aux parties;
- (iv) les notifications requises sont coûteuses à préparer, ce qui peut décourager les parties de conclure des alliances ou des ententes potentiellement bénéfiques, en particulier lorsqu'il s'agit de petites ou de moyennes entreprises;

⁵⁹

Jones, précité, note, 29 au par. 1-071.

- (v) il est possible que des parties utilisent le système de notification pour empêcher ou retarder l'institution de poursuites devant les tribunaux nationaux en vertu de l'article 81⁶⁰.

La Commission elle-même a explicitement reconnu les lacunes susmentionnées du régime de notification. Dans un document récent proposant des modifications à apporter au Règlement 17, la Commission a déclaré :

Le monopole de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, entrave considérablement l'application efficace des règles par les autorités de concurrence des États membres et des juridictions nationales dans ce domaine. ... En outre, le système de notification ne contribue plus efficacement à la protection de la concurrence. Il ne révèle que rarement des cas constituant une réelle menace pour la concurrence. En fait, ce système fait obstacle à ce que les moyens dont dispose la Commission soient utilisés pour détecter et sanctionner les infractions graves⁶¹.

En fait, au cours des quarante années ayant suivi la prise du Règlement 17, seulement neuf décisions d'interdiction visant des ententes ayant fait l'objet d'une notification ont été rendues sans qu'une plainte ne soit formulée. La Commission a également reconnu que le régime de notification pesait lourd sur l'industrie, en particulier sur les petites et moyennes entreprises :

La seconde lacune du système actuel est qu'il impose des contraintes excessives aux entreprises, en ce qu'il accroît les coûts qu'elles doivent assumer pour s'y conformer, et qu'il ne leur permet pas de faire exécuter les accords qu'elles ont passés lorsque ceux-ci n'ont pas été notifiés à la Commission, et ce même si les accords en question satisfont aux conditions de l'article 81, paragraphe 3. Cette situation est particulièrement préjudiciable aux petites et moyennes entreprises, qui peuvent être désavantagées par rapport à leurs concurrents de plus grande taille en raison des coûts de notification ou, en l'absence de notification, des difficultés rencontrées pour faire exécuter leurs accords⁶².

⁶⁰ Livre blanc sur la modernisation, précité, au par. 44; voir également *White Paper on the Reform of Regulation 17 - Summary of the Observations* (Document DG 29.02.2000) [ci-après *White Paper on Reform*]; Siragus, précité, note 51, aux p. 657 à 664.

⁶¹ *Proposition de règlement du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité et modifiant les règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87 (CNS)* (27.9.2000), à la p. 2.

⁶² *Ibid.*

Le système offre par ailleurs des avantages, dont les suivants :

- (i) il a permis à la Commission d'élaborer une jurisprudence cohérente constituée des décisions formelles accordant ou refusant des exemptions;
- (ii) le système centralisé d'autorisation a permis l'application uniforme des règles de la concurrence dans tous les pays de l'UE;
- (iii) la décision de la Commission en matière d'exemption procure aux parties une certitude juridique;
- (iv) le régime de notification et d'autorisation est extrêmement souple, et il permet en principe à la Commission d'accorder des exemptions à l'égard d'ententes qui semblent à première vue contrevenir au paragraphe 81(1).

Malgré ces avantages, la Commission a explicitement soutenu la proposition d'abolition du système actuel de notification et d'autorisation établi pour l'application du paragraphe 81(3). Si le projet de règlement du Conseil proposé pour mettre en oeuvre les articles 81 et 82 du Traité est accepté, il donnera naissance à un nouveau régime où le pouvoir d'application du paragraphe 81(3) n'appartiendra plus exclusivement à la Commission. Les tribunaux nationaux et les autorités responsables de la concurrence dans chaque pays auront eux aussi compétence pour faire appliquer l'interdiction énoncée au paragraphe 81(1) ainsi que les exceptions prévues au paragraphe 81(3). Ce nouveau système, en donnant aux autorités responsables de la concurrence et aux tribunaux de chaque pays le pouvoir d'appliquer intégralement les articles 81 et 82, devrait se traduire par une application plus efficace des règles communautaires de la concurrence⁶³. L'abolition du système de notification permettra en outre à la Commission, de mettre l'accent sur les plaintes et sur les poursuites qui relèvent de sa propre initiative. La réforme investira également les représentants de la Commission de pouvoirs d'enquête accrus⁶⁴.

Au cours du processus de consultation tenu au sujet du Livre blanc, des participants ont exprimé la crainte que la certitude juridique associée à l'application du régime actuel de notification et d'autorisation ne disparaisse avec lui. Aux termes du projet de Règlement du Conseil, seraient réputées valides et exécutoires toutes les ententes satisfaisant aux conditions du paragraphe 81(3) sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir une autorisation de la Commission ou d'un tribunal. Il est possible toutefois, même si les critères applicables sont établis au préalable par la jurisprudence ou par des lignes directrices, que des parties aient de la difficulté à déterminer si une entente donnée est visée par l'article 81. Ainsi que le signale le Livre blanc, au paragraphe 77 : « les parties doivent procéder elles-mêmes à l'appréciation de la compatibilité de leurs ententes avec le droit communautaire, à la lumière des textes en vigueur et de la jurisprudence ».

⁶³ *Ibid.*, à la p. 6.

⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 7.

Monsieur Richard Whish a décrit ainsi l'érosion de la certitude que l'abolition du régime de notification et d'autorisation pourrait entraîner :

[TRADUCTION]

Les propositions du Livre blanc sont radicales, et la renonciation volontaire de la Commission au monopole qu'elle exerce sur l'octroi des exemptions sous le régime du Règlement 17/62 en est à certains égards l'aspect le plus radical. Pour les entreprises et leurs conseillers, toutefois, la disparition du système de notification et d'autorisation constitue peut-être la caractéristique la plus importante des propositions. Le problème du système existant provient de ce qu'il faut, pour la plupart des ententes, notifier la Commission pour obtenir une exemption individuelle, mais que **cette dernière n'a ni le personnel ni les ressources pour examiner le grand nombre d'ententes qu'elle reçoit**. C'est certes une lacune, mais au moins le système offre la possibilité à ceux qui le veulent de recourir à la notification. Suivant les propositions présentées dans le Livre Blanc, la Commission abolira purement et simplement le système. Il ne sera plus du tout possible de donner de notification : on ne pourra donc plus envoyer le formulaire A/B à la Commission et se reposer, de ce fait, sur la garantie, à tout le moins relative, de ne pas être condamné à une amende.

Si la proposition d'abandon de la notification est retenue, cela posera de graves difficultés aux entreprises et à leurs conseillers. La situation ressemblera alors beaucoup plus à ce qui se passe aux États-Unis, où les entreprises doivent davantage compter sur elles-mêmes⁶⁵.

Pour dissiper ces craintes, la Commission s'est engagée à présenter des exemptions catégorielles et des lignes directrices qui faciliteront l'application des règles. Elle a également fait remarquer que le nombre accru de décideurs participant à l'application du paragraphe 81(3) fera progresser plus rapidement la jurisprudence et la pratique relatives à l'interprétation de cette disposition.

⁶⁵

Richard Whish, *EC Competition Law* (2001), aux par. 2-095 à 2-090 [sans gras dans l'original].

(k) Situation dans certains pays de l'Union européenne

Les dispositions susmentionnées s'apparentent aux dispositions appliquées dans les divers pays de l'Union. En Allemagne, la Loi sur les pratiques restreignant la concurrence⁶⁶ énonce une interdiction générale analogue au paragraphe 81(1). L'article 1 prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Sont interdites les ententes entre entreprises en concurrence, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Contrairement au Traité CE, toutefois, la loi allemande prévoit diverses exceptions à l'interdiction générale, visant notamment les ententes ayant simplement pour but l'application uniforme de normes ou de modalités générales de commerce, de livraison ou de paiement.

Par exemple, l'article 3 énonce une exemption visant les « cartels de spécialisation » :

[TRADUCTION]

Les ententes et les décisions ayant pour objet la rationalisation des activités économiques par la spécialisation peuvent être exemptées de l'interdiction énoncée à l'article 1 à la condition que la restriction de la concurrence n'entraîne pas la création ou la consolidation d'une position dominante.

L'article 4 formule une exemption à l'égard des ententes entre petites ou moyennes entreprises visant à rationaliser leurs activités économiques, lorsqu'elles ne portent pas sensiblement atteinte à la concurrence et qu'elles améliorent la compétitivité.

En plus de prévoir des exemptions pour les « cartels de rationalisation » et les « cartels de crise structurelle », l'article 7 formule l'exemption générale suivante :

[TRADUCTION]

Les ententes et les décisions qui contribuent à l'amélioration du développement, de la production, de la distribution, de l'approvisionnement, de la récupération ou du retrait de produits ou de services tout en assurant aux consommateurs une part équitable des avantages en découlant peuvent être exemptées de l'interdiction énoncée à l'article 1, à la condition que les parties ne puissent parvenir autrement à cette amélioration, que l'importance de celle-ci soit suffisante pour justifier la restriction consécutive de la concurrence et que cette restriction n'entraîne pas la création ou la consolidation d'une position dominante.

⁶⁶

GWB-Übersetzung, Endfassung 09.03.1999 BkarsrtA.

Les ententes et les décisions ayant pour objet la rationalisation des activités économiques par la spécialisation ou par d'autres moyens, l'achat groupé de produits ou de services ou l'application uniforme de modalités peuvent être exemptées de l'interdiction énoncée à l'article 1 ...

Comme c'est le cas en application du régime communautaire, les parties à une entente désireuses d'obtenir une exemption doivent soumettre une notification à l'organisme responsable de la concurrence. Il existe également, à l'égard de certaines ententes, une procédure d'opposition analogue à celle du régime communautaire en vertu de laquelle les ententes jouiront d'une exemption et acquerront un caractère exécutoire à moins que l'organisme responsable de la concurrence n'élève une opposition dans les trois mois suivant la réception de la notification. Pour d'autres types d'ententes, comme les cartels de crise structurelle, l'octroi d'exemptions procède de décisions de l'organisme responsable de la concurrence.

La loi italienne instituant le régime antitrust nous donne un autre exemple de textes législatifs appliqués dans les pays de l'Union européenne. L'article 2 de la Loi n° 287 du 10 octobre 1990⁶⁷ interdit les ententes restreignant la libre concurrence de la même façon que le fait le paragraphe 81(1) du Traité CE :

[TRADUCTION]

1. Sont des ententes les accords ou pratiques concertées entre entreprises ainsi que les décisions, même les décisions prises conformément à leurs statuts constitutifs ou règlements administratifs prises par des consortiums, des associations d'entreprises et des entités similaires.
2. Sont interdites les ententes entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser sensiblement la concurrence dans le marché national ou dans une partie importante du marché national, notamment les ententes qui consistent à :
 - a) fixer directement ou indirectement les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions contractuelles;
 - b) limiter ou contrôler la production, les débouchés ou l'accès au marché, l'investissement, le développement technique ou le progrès technologique;
 - c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;

⁶⁷

Accessible en ligne à
http://www.agcm.it/AGCM_ENG/NORMATIV/E_NORMNA.NSF/09b5eea8ea4739cecc12564d1004837ee/d9221ec1a3ef3879802564a30066bc40?OpenDocument.

- d) appliquer à d'autres partenaires commerciaux des conditions inégales à des transactions équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage concurrentiel injustifiable;
 - e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
3. Les ententes interdites sont nulles.

De la même façon, l'article 4 de cette loi prévoit des exemptions correspondant à celles qu'énonce le paragraphe 81(3) :

[TRADUCTION]

1. L'Autorité peut autoriser, pour une période limitée, des ententes ou catégories d'ententes interdites par l'article 2, lorsqu'elles ont pour effet d'améliorer les conditions de l'offre dans le marché et de procurer aux consommateurs des avantages considérables. L'existence de ces améliorations est déterminée en fonction de l'augmentation de la production, de l'amélioration de la qualité de la production ou de la distribution et du progrès technique, en tenant également compte de la nécessité de garantir aux entreprises le niveau nécessaire de compétitivité internationale. L'exemption ne peut autoriser de restrictions qui ne sont pas strictement nécessaires pour les fins du présent paragraphe et ne peut avoir pour effet d'éliminer la concurrence dans une partie substantielle du marché.
2. L'Autorité peut révoquer l'exemption, après avoir donné avis de son intention, lorsque les parties en cause en abusent ou lorsqu'une des conditions ayant fondé son octroi a cessé d'exister.
3. La demande d'exemption est présentée à l'Autorité, laquelle peut exercer, pour y donner suite, les pouvoirs d'enquête prévus à l'article 14. L'autorité rend sa décision dans les 120 jours suivant le dépôt de la demande.

Fait intéressant, même si le texte de l'article 2 de la loi italienne s'apparente à celui du régime communautaire, l'autorité antitrust italienne a interprété cette disposition comme si elle incluait implicitement une forme de règle de la raison. On peut lire dans un rapport annuel de l'Autorité⁶⁸ que, conformément à la démarche suivie par l'Union européenne, il n'est pas nécessaire en général, lorsqu'une entente est jugée poursuivre un objet restrictif, d'évaluer ses effets pour établir qu'il y a infraction au paragraphe 2(2), car les conditions sont disjonctives. Toutefois, le rapport ajoute les considérations suivantes :

⁶⁸

Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, Relazione Annuale Sull'attività Svolta (1994), à la p. 129.

[TRADUCTION]

Une réserve s'impose, cependant. ... On ne peut écarter qu'il puisse être nécessaire, même si l'objet de l'entente est jugé restrictif, d'analyser ses effets comme indicateurs possibles de la nature restrictive de l'entente relativement à la structure du marché pertinent. Les effets d'une entente peuvent devenir pertinents pour l'établissement de possibles facteurs externes qui doivent être pris en considération dans l'évaluation globale, en particulier dans l'appréciation de l'entente. Suivant la jurisprudence de la Cour de justice, il convient d'évaluer les effets d'une entente en fonction de son contexte juridique et économique. Il faut, en conséquence, examiner comment auraient évolué les relations dans le marché en l'absence de l'entente en cause. Il faut en outre évaluer l'entente par rapport aux ententes similaires existant dans le même marché. Lorsque l'examen des effets d'une entente semble nécessaire, il devient alors indispensable de procéder à une analyse économique du marché, en tenant compte d'éléments comme l'existence de droits de propriété intellectuelle, le degré actuel de concurrence et la réaction des concurrents aux effets de l'entente⁶⁹.

(I) Conclusion relativement aux régimes appliqués dans l'Union européenne

Les régimes adoptés en vertu du Traité CE et des lois susmentionnées de pays de l'Union européenne comportent un certain nombre d'avantages. L'interprétation large du paragraphe 81(1) et des dispositions correspondantes des lois nationales assure l'application du régime à toutes les formes d'ententes horizontales anticoncurrentielles, dont la fixation des prix et d'autres ententes injustifiables. Pour empêcher que l'interdiction générale énoncée au paragraphe 81(1) ne dissuade les parties de conclure des ententes pouvant favoriser la concurrence, le paragraphe 81(3) donne à la Commission un vaste pouvoir discrétionnaire en matière d'octroi d'exemptions.

Si l'interprétation large et libérale de l'article 81 comporte des avantages, elle constitue aussi la plus grande faiblesse du régime. Étant donné sa grande portée, le paragraphe 81(1) s'applique même à des ententes qui ont peu d'effets anticoncurrentiels voire aucun. En vertu du paragraphe 81(2), en outre, les ententes tombant sous le coup de l'interdiction générale du paragraphe 81(1) sont nulles de plein droit, à moins qu'une exemption particulière ne soit obtenue ou que des exemptions catégorielles ne soient applicables. L'industrie et la Commission s'en remettent donc beaucoup au régime de notification et d'exemption prévu au paragraphe 81(3), une situation qui a comme conséquence pratique de cantonner la Commission dans un rôle réactif : donner suite aux notifications émanant des intervenants commerciaux, alors qu'elle pourrait jouer un rôle proactif en concentrant ses efforts et ses ressources à la répression des conduites faussant substantiellement le jeu de la concurrence, comme les ententes injustifiables, lesquelles ne font presque jamais l'objet de notifications. De plus, la longueur excessive du traitement des notifications érode la certitude juridique que peut procurer le processus d'exemption. Enfin, le coût élevé lié aux notifications rend cette procédure peu abordable, en particulier pour les petites

⁶⁹
Ibid., à la p. 129.

et moyennes entreprises. Il peut donc globalement en résulter que des parties pourraient préférer ne pas conclure d'alliances stratégiques potentiellement bénéfiques pour la concurrence si elles ne sont pas strictement couvertes par des exemptions catégorielles. Comme l'ont signalé Presley Warner et Michael Trebilcock :

[TRADUCTION]

La simple existence d'un système d'autorisation n'est peut-être pas suffisant pour encourager les parties à conclure des accords potentiellement proconcurrentiels, car elles peuvent craindre de s'engager dans des ententes pouvant tomber sous le coup de l'interdiction si elles doivent se soumettre à une lourde procédure pour éviter d'être passibles de sanctions ... le mécanisme doit être simple d'application et procurer une certitude juridique aux parties⁷⁰.

La proposition d'abolition du régime de notification et d'autorisation, telle qu'elle est exposée dans le projet de Règlement susmentionné, réduira certainement le fardeau administratif qui pèse sur la Commission et abaissera les coûts pour les administrés. Toutefois, ces avantages s'obtiennent au prix d'une certitude juridique moindre. Comme dans le modèle américain, les parties devront s'en remettre à leur propre évaluation de la conformité de leur entente aux dispositions de l'article 81.

Il importe de souligner que contrairement à d'autres régimes examinés dans le présent document, celui de l'Union européenne emploie un système de notification à voie unique. La notification tient donc une place importante et, de ce fait, prête le flanc aux abus. Comme il en sera question plus loin, on diminuerait considérablement le nombre de notifications si on restreignait cette procédure aux seules ententes visées par des interdictions *per se*. De la même façon, en rendant toutes les ententes - et non seulement les ententes illégales *per se* - inexécutaires en cas de défaut de notification, on oblige les parties à déposer des notifications à l'égard d'ententes qui risquent peu de faire l'objet d'une opposition de la part des autorités responsables de la concurrence.

VI. LES ÉTATS-UNIS

L'article 1 de la *Sherman Act*⁷¹ interdit les contrats, les coalitions et les complots (collectivement : les ententes) restreignant les échanges ou le commerce entre des États ou avec des nations étrangères. Ceux qui contreviennent à cette disposition peuvent être poursuivis devant des tribunaux civils ou criminels. Les poursuites criminelles - relevant exclusivement du Département de la justice (DJ) - ne sont intentées que pour les infractions *per se* classiques. Il s'agit alors d'actes criminels rendant leurs auteurs passibles d'amendes maximales de 10 millions

⁷⁰ Presley, L. Warner et Michael J. Trebilcock, « Rethinking Price-Fixing Law » (1993) 38 McGill L.J. 679, à la p. 710 [ci-après Warner *et al.*].

⁷¹ 15 U.S.C. § 1.

de dollars, si ce sont des personnes morales et de 350 000 \$ dans le cas des autres défendeurs⁷². Les personnes physiques peuvent également être condamnées à une peine maximale d'emprisonnement de trois ans.

Dans les poursuites civiles, il peut y avoir trois types de demandeurs possibles : le DJ, la Commission fédérale du commerce (CFC) (collectivement, les organismes antitrust) et les demandeurs privés. Le DJ peut demander le prononcé d'une injonction interdisant l'entente ou il peut déposer une demande pour la faire modifier⁷³. Il peut également obtenir des dommages-intérêts triples si c'est le gouvernement américain qui s'est procuré les produits ou services en cause⁷⁴. Les demandeurs privés peuvent aussi demander des injonctions⁷⁵ ou poursuivre en dommages-intérêts triples⁷⁶. Dans les actions privées, une condamnation antérieure prononcée à l'issue d'une poursuite criminelle connexe peut servir de preuve *prima facie* du délit civil allégué⁷⁷. Enfin, la CFC peut instituer des poursuites civiles en vertu de l'article 5 de la *Federal Trade Commission Act*⁷⁸ (concurrence déloyale) visant des ententes contrevenant à l'article 1⁷⁹.

De façon générale, c'est la nature de l'entente en cause qui détermine si le DJ intentera une poursuite civile ou criminelle.

[TRADUCTION]

⁷² Voir Gary R. Spratling, « The Trend Toward Higher Corporate Fines: It's a Whole New Ball Game », dans *National Institute on White Collar Crime Presented by the ABA's Criminal Justice Section* (mars 1997) au sujet du calcul des amendes en vertu des *Sentencing Guidelines*. Fait notable, la norme du [TRADUCTION] « double des gains/double des pertes » établie dans 18 U.S.C. § 3571(d) a été appliquée avec succès pour imposer à des défendeurs des amendes supérieures au maximum de 10 millions de dollars prévu par la *Sherman Act*. Il s'agit d'une norme prévoyant [TRADUCTION] « une autre amende maximale pour les violations antitrust, [équivalent à] deux fois les gains bruts tirés du crime [c.-à-d. les gains totaux réalisés par toutes les personnes par suite de l'infraction] ou à deux fois les pertes brutes [c.-à-d. les pertes totales subies par toutes les personnes autres que le défendeur par suite de l'infraction] causées *par le cartel non par le défendeur* », Spratling, précité, à la p. 5. [sans italique dans l'original]

⁷³ Voir 15 U.S.C. §§ 4,25.

⁷⁴ Voir § 4A de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15a.

⁷⁵ Voir la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 26. Les demandeurs doivent établir qu'ils risquent de subir une perte ou un préjudice. Voir p. ex. *Hawaii v. Standard Oil Co. of California*, 405 U.S. 251, aux p. 260 à 264 (1972).

⁷⁶ Voir § 5(a) de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15. Les demandeurs doivent démontrer qu'ils ont qualité pour agir et qu'ils ont subi un préjudice réel par suite de la présumée violation antitrust. Voir également 54 Am Jur. 2d, *Monopolies, Restraints of Trade and Unfair Trade Practices* (1996), §50.

⁷⁷ Voir § 4(a) de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15.

⁷⁸ 15 U.S.C.S. §§ 41 et ss.

⁷⁹ Voir Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 699 pour une étude plus approfondie de l'application du droit antitrust par la CFC.

La politique actuelle de la Division antitrust est d'entreprendre des enquêtes et des poursuites criminelles dans les cas d'ententes horizontales illégales *per se* comme les accords de fixation de prix, de truquage d'offres et de répartition de clientèles et de territoires. Pour les autres violations antitrust présumées, notamment celles qui nécessitent une analyse fondée sur la règle de la raison de même que quelques infractions traditionnellement qualifiées de *per se* par les tribunaux, c'est un examen de nature civile qu'on effectue, suivi, au besoin de poursuite civile⁸⁰.

Dans certaines situations, cependant, il se peut que les enquêtes ou les poursuites criminelles soient exclues même si l'entente semble illégale *per se*.

[TRADUCTION]

Il peut notamment s'agir d'affaires dans lesquelles : (1) le droit est ambigu, (2) des questions de droit ou de fait vraiment nouvelles sont posées, (3) des décisions antérieures du poursuivant ont raisonnablement pu susciter de la confusion, (4) il est clairement établi que les personnes sous enquête n'étaient pas conscientes des conséquences de leurs gestes ou n'en n'avaient pas saisi la portée⁸¹.

(a) La conception américaine moderne des ententes horizontales

Le libellé large et catégorique de l'article 1, si on l'interprétait littéralement, [TRADUCTION] « condamnerait tous les contrats ayant des incidences sur le commerce inter-États »⁸². C'est pour cette raison que la Cour suprême des États-Unis l'a interprété de telle sorte que seules soient interdites les ententes qui « restreignent déraisonnablement les conditions de la concurrence »⁸³. Ainsi que l'a établi la jurisprudence américaine, la collaboration entre concurrents constituant une infraction à l'article 1 comporte donc trois éléments :

- il doit y avoir un contrat, une coalition ou un complot (entente) entre deux concurrents ou plus;
- l'entente doit avoir des incidences sur le commerce inter-États ou international;

⁸⁰ U.S. Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, accessible à <http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch3.htm>. Signalons que les mots « quelques infractions traditionnellement qualifiées de *per se* par les tribunaux » renvoient à certaines catégories d'ententes (p. ex. de fixation de prix ou de boycottage) qui ont habituellement été considérées comme illégales *per se* mais qui, en vertu de la jurisprudence actuelle de la Cour suprême, doivent maintenant faire l'objet d'un examen fondé sur la règle de la raison s'il est démontré qu'elles sont accessoires à une opération productive.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Thomas C. Arthur, « Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act » (1986) 74 Calif. L. Rev. 266, à la p. 268.

⁸³ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 58 (1911).

- l'entente doit avoir pour objet ou pour effet de restreindre déraisonnablement le commerce⁸⁴.

Dans une poursuite criminelle fondée sur l'article 1, il faut en outre prouver une intention spécifique. Dans une affaire civile, une intention anticoncurrentielle ne suffit pas en soi à établir une violation de la concurrence, mais une intention proconcurrentielle n'empêchera pas nécessairement non plus de conclure à l'existence d'une violation. Toutefois, [TRADUCTION] des preuves extrinsèques de l'intention peuvent aider à évaluer la puissance commerciale, la probabilité du préjudice à la concurrence et les justifications proconcurrentielles invoquées [dans un examen fondée sur la règle de la raison] lorsque les effets de l'entente sont par ailleurs ambigus⁸⁵.

Le droit américain a établi trois catégories d'ententes horizontales - les ententes illégales *per se*, les ententes relevant de la règle de la raison et les ententes légales *per se*. En général, l'illégalité *per se* s'applique aux ententes appartenant à l'une des catégories jurisprudentielles d'ententes qui sont d'office réputées anticoncurrentielles et donc sommairement déclarées illégales (p. ex. les ententes de fixation des prix⁸⁶ ou de la production ainsi que les ententes de répartition de territoires ou de clientèles⁸⁷ ou de boycoage de clientèles ou de fournisseurs⁸⁸). Les ententes relevant de la règle de la raison sont celles qui sont considérées comme potentiellement proconcurrentielles et qui sont donc examinées suivant la norme de la règle de la raison, selon laquelle il faut démontrer, pour éviter la déclaration d'illégalité, que l'accord visé a des effets proconcurrentiels incontestables dans le marché pertinent.

⁸⁴ *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

⁸⁵ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 12.

⁸⁶ Voir notamment, *United States v. Trenton Potteries*, 273 U.S. 392 (1927) [ci-après *Trenton Potteries*]; *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940) [ci-après *Socony-Vacuum*]; *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951) [ci-après *Kiefer-Stewart*].

⁸⁷ Voir notamment, *U.S. v. Topco Assocs. Inc.*, 405 U.S. 596 (1972) [ci-après *Topco Assocs. Inc.*]; *U.S. v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967) [ci-après *Sealy, Inc.*]; *Timken Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 U.S. 593 (1951) [ci-après *Timken*].

⁸⁸ Voir *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Sores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959) [ci-après *Klor's*]; *Fashion Originators' Guild of America, Inc. v. Federal Trade Commission*, 312 U.S. 457 (1941) [ci-après *Fashion Originators*]; *Eastern States Lumber Dealers' Assoc. v. U.S.*, 234 U.S. 600 (1914) [ci-après *Eastern States Lumber Dealers' Assoc.*].

(b) La norme de la règle de la raison

La règle de la raison est la règle de base servant à évaluer le « caractère raisonnable » et, partant, la légalité, d'ententes de collaboration entre concurrents⁸⁹. Comme nous l'avons vu, l'examen factuel que requiert la règle de la raison vise à déterminer si, tout compte fait, l'accord en cause favorise ou supprime la concurrence⁹⁰. En pratique, il faut effectuer jusqu'à quatre examens différents.

(i) L'atteinte à la concurrence

Les tribunaux se demandent d'abord si l'entente porte atteinte à la concurrence. C'est alors à la partie demanderesse d'établir que l'entente causera vraisemblablement un préjudice à la concurrence. La réduction de la production, réelle ou probable, est généralement le critère qui sert à mesurer l'atteinte à la concurrence⁹¹, mais celui de la puissance commerciale peut lui être substitué en raison des difficultés inhérentes que comporte l'évaluation des effets qu'une entente a sur la production⁹². Les Lignes directrices conjointes énumèrent quatre facteurs à prendre en considération dans l'évaluation de l'atteinte à la concurrence :

- la nature de l'entente (limite-t-elle l'indépendance décisionnelle ou réalise-t-elle l'intégration des intérêts majoritaires ou financiers?);
- par suite, la capacité et la motivation des participants à se livrer concurrence de façon indépendante⁹³,
- les possibilités d'accès au marché, le moment et la suffisance de l'entrée⁹⁴,

⁸⁹ Voir *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 59 (1977) [ci-après *GTE Sylvania*]; *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988); *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984) [ci-après *NCAA*]; voir aussi *Martin B. Glauer Dodge Co. v. Chrysler Corp.*, 570 F.2d 72 (CA3 NJ 1977).

⁹⁰ Voir *National Society of Prof'l Eng'rs v. United States*, 435 U.S.679, 691 (1978) [ci-après *Prof'l Eng'rs*].

⁹¹ Voir *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1, 20 (1979) [ci-après *Broadcast Music*].

⁹² Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 694. Fait à noter, selon Warner (à la p. 694), [TRADUCTION] « ni les tribunaux ni les auteurs ne s'entendent sur le degré de puissance commerciale que les parties doivent posséder pour que les tribunaux concluent que leur entente a pour effet de réduire la production ».

⁹³ Les Lignes directrices conjointes passent en revue six éléments pertinents de la capacité et de la motivation des participants à se livrer concurrence : l'exclusivité, le contrôle des éléments d'actif, des intérêts financiers dans la collaboration ou dans les autres entreprises participantes, le contrôle du processus décisionnel relatif aux décisions importantes en matière de concurrence prises dans le cadre de la collaboration, le risque de partage de renseignements anticoncurrentiel et la durée de la collaboration, aux p. 18 à 21.

⁹⁴ L'accès au marché est examiné aux p. 21 à 23 des Lignes directrices conjointes.

- plus généralement, les conditions du marché⁹⁵.

(ii) La justification d'efficience

À l'étape suivante, c'est la partie défenderesse qui a le fardeau d'établir que l'entente en cause est justifiée parce qu'elle entraîne des gains en efficience. Par exemple, une entente peut permettre à des concurrents dont les capacités et les ressources diffèrent d'agir de concert ou collectivement [TRADUCTION] « pour offrir des produits ou des services moins coûteux ou plus intéressants pour les consommateurs ou pour les mettre en marché plus rapidement qu'ils ne le pourraient sans collaboration »⁹⁶. Selon les Lignes directrices conjointes, il doit s'agir de gains en efficience constatables (« cognizable »), c'est-à-dire vérifiables, par opposition à des gains vagues ou hypothétiques, [TRADUCTION] « qui ne résultent pas de réductions anticoncurrentielles de la production ou des services et qui ne peuvent se réaliser par d'autres moyens pratiques ayant des effets anticoncurrentiels substantiellement moindres »⁹⁷. Lorsque la justification d'efficience alléguée est manifestement invraisemblable, l'entente sera sommairement déclarée illégale⁹⁸.

La portée et les limites de l'examen relatif à la justification d'efficience ne sont pas établies avec certitude. L'analyse porte-t-elle sur la seule efficience économique ou fait-elle intervenir des facteurs non économiques?. Dans l'affaire *Professional Engineers*⁹⁹, la Cour suprême a semblé restreindre l'analyse de la justification à l'examen des effets de l'entente sur la concurrence, ce qui a amené des auteurs à affirmer que les facteurs non économiques n'intervenaient pas dans cette analyse¹⁰⁰. D'autres auteurs, par contre, ont fait valoir que la Cour n'a indiqué précisément si les préoccupations sociales sont pertinentes pour juger de la validité de restrictions horizontales [et le cas échéant, en quoi exactement le sont-elles] ni dans l'arrêt *Professional Engineers* ni dans les arrêts subséquents¹⁰¹.

(iii) Nécessité raisonnable

⁹⁵ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 11; voir également les p. 13 à 15 sur la façon dont diverses ententes de collaboration (en matière de production, de recherche et de développement, d'achat et de commercialisation) peuvent limiter l'indépendance du processus décisionnel et sur le préjudice qui peut en résulter pour la concurrence.

⁹⁶ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 6.

⁹⁷ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 23. Signalons que [TRADUCTION] « les gains en efficience constatables sont évalués déduction faite des coûts générés par la collaboration ou engagés pour réaliser lesdits gains ».

⁹⁸ Affaire *NCAA*, précitée, note 89, à la p. 111 (citant *Areeda*).

⁹⁹ *Prof'l Eng's*, précitée, note 90, aux p. 693 à 695.

¹⁰⁰ Voir Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 694.

¹⁰¹ Voir Arthur, précité, note 82, aux p. 365 et 366; voir généralement Barry Wertheimer, « Rethinking the Rule of Reason: From Professional Engineers to NCAA » (1984) *Duke L.J.* 1297.

Lorsque la partie défenderesse a réussi à démontrer l'existence d'une justification d'efficacité plausible, les tribunaux passent à la troisième étape de l'analyse fondée sur la règle de la raison. La partie défenderesse doit alors établir que la justification est raisonnablement nécessaire. Notons toutefois que la jurisprudence n'est pas fixée sur les critères applicables à la détermination du caractère nécessaire ou non d'une restriction¹⁰².

Selon les Lignes directrices conjointes, la preuve requise n'est pas que la restriction est « essentielle ». Par contre, lorsqu'il est possible en pratique de réaliser une intégration entraînant des gains en efficacité analogues ou comparables [TRADUCTION] « par des moyens nettement moins restrictifs », l'entente en cause n'est pas jugée « raisonnablement nécessaire »¹⁰³. Les Lignes directrices conjointes indiquent aussi que le contexte du marché (p. ex. concurrent nouvellement arrivé ou établi depuis longtemps), la durée de l'entente et la mesure dans laquelle l'entente est conçue pour décourager les conduites opportunistes pouvant en bout de ligne diminuer les gains en efficacité promis influenceront également sur l'appréciation du caractère raisonnable de la nécessité¹⁰⁴.

(iv) Effet net

La dernière étape de l'analyse fondée sur la règle de la raison telle qu'elle est décrite dans les Lignes directrices conjointes consiste à comparer [TRADUCTION] « la probabilité des gains en efficacité constatables ou de l'atteinte à la concurrence ainsi que leur importance respective, afin de déterminer quels effets globaux réels ou probables l'entente aura sur la concurrence dans le marché pertinent »¹⁰⁵. Ce sont principalement les effets réels ou à court terme qui comptent ici. Bien que des « avantages différés » puissent être également pris en considération, les Lignes directrices conjointes indiquent que ce facteur pèse moins [TRADUCTION] « parce qu'il est moins immédiat et plus difficile à prédire »¹⁰⁶.

(c) **L'illégalité *per se***

Comme nous l'avons mentionné en introduction, le droit américain considère certaines ententes comme déraisonnables *per se* et, partant, illégales en vertu de l'article 1. La jurisprudence en est venue à établir, avec l'expérience, que lorsqu'il a été démontré qu'un type particulier d'entente est manifestement anticoncurrentiel et qu'il est le plus souvent dépourvu de vertus

¹⁰² Voir James T. Halverson, « The Direction of Antitrust in the Decade Ahead: Some Predictions: The Future of Horizontal Restraints Analysis » (1988) 57 Antitrust L.J. 33, à la p. 46; Arthur, précité, note 82, à la p. 360.

¹⁰³ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 9.

¹⁰⁴ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 24.

¹⁰⁵ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 25.

¹⁰⁶ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 25.

compensatoires »¹⁰⁷ (p. ex. il ne s'agit que d'un moyen de restreindre la production et d'augmenter les prix), l'entente sera péremptoirement présumée illégale sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner :

- son effet net sur la concurrence;
- l'objet commercial qu'elle est censée poursuivre; ou
- ses possibles justifications non économiques (c.-à-d. son caractère raisonnable)¹⁰⁸.

De façon générale, sont ainsi péremptoirement interdites les ententes de fixation des prix¹⁰⁹ ou de la production, les ententes de répartition de territoires ou de clientèles¹¹⁰ ou de boycottage de clientèles ou de fournisseurs¹¹¹. Le simple fait de consentir à fixer des prix, par exemple, suffit à engager la responsabilité¹¹². L'objet ou les effets commerciaux d'une entente de ce type n'interviennent d'aucune façon dans l'examen sommaire de l'illégalité *per se*.

L'analyse *per se* a trois raisons d'être : la fiabilité économique, la facilité d'administration pour les tribunaux et la prévisibilité¹¹³. L'illégalité *per se* procède de l'opinion selon laquelle la théorie économique relative, par exemple, à la fixation des prix est suffisamment étoffée pour qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner les effets positifs d'ententes particulières¹¹⁴. De la même façon, les règles *per se* découlent également de la conclusion voulant que la probabilité d'atteinte à la concurrence soit tellement élevée (et la probabilité d'avantages proconcurrentiels tellement faible), pour certaines catégories d'ententes, qu'il est légitime de renoncer au long et coûteux

¹⁰⁷ Halverson, précité, note 102, à la p. 35 (citant *Profl Eng'rs*, précitée, note 90, à la p. 692; *GTE Sylvania*, précitée, note 89, à la p. 50; *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958) [ci-après *Northern Pac. Ry.*]).

¹⁰⁸ Voir notamment *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 351 (1982) [ci-après *Maricopa*]. [Le potentiel anticoncurrentiel inhérent à toutes les ententes de fixation des prix justifie leur invalidation péremptoire même si dans quelques cas des justifications proconcurrentielles peuvent être invoquées.]

¹⁰⁹ Voir notamment, *Trenton Potteries*, précitée, note 86.; *Socony-Vacuum*, précitée, note 86; *Kiefer-Stewart*, précitée, note 86.

¹¹⁰ Voir notamment, *Topco Assocs. Inc.*, précitée, note 87; *Sealy, Inc.*, précitée, note 87; *Timken*, précitée, note 87.

¹¹¹ Voir *Klor's*, précitée, note 88; *Fashion Originators'*, précitée, note 88; *Eastern States Lumber Dealers' Assoc.*, précitée, note 88.

¹¹² Voir T. Webb, « Fixing the Price Fixing Confusion: A Rule of Reason Approach » (1993) Yale L.J. 706, à la p. 708.

¹¹³ *Ibid.*, à la p. 708.

¹¹⁴ *Ibid.*, à la p. 709.

examen fondé sur la règle de la raison¹¹⁵. Enfin, dans l'hypothèse où l'entente interdite se prête à une définition claire, les règles *per se* traduisent en outre l'opinion voulant qu'elles accroissent la cohérence et la prévisibilité des mesures d'application de la législation ainsi que de la jurisprudence antitrust¹¹⁶.

Dans les années 1980 et 1990, toutefois, la théorie économique relative à la plupart des catégories d'ententes illégales *per se* a fait l'objet de sérieuses critiques qui, en ébranlant le fondement de la fiabilité économique, ont inévitablement mis à mal celui de la facilité d'administration et de la prévisibilité, étant donné les interrelations entre les trois raisons d'être¹¹⁷. [TRADUCTION] « Seules les règles interdisant les cartels ont échappé à une contestation sérieuse »¹¹⁸. Il en est résulté l'abandon par la Cour suprême et pas les Cours de circuit, de la stricte application des règles *per se* à certaines catégories d'ententes habituellement réputées produire des effets nécessairement illégaux, dont les ventes liées¹¹⁹, les ententes de fixation de prix¹²⁰, de répartition de clientèles ou de marchés¹²¹ ou de boycottage¹²².

Les décisions judiciaires récentes relatives à la règle *per se* en matière de fixation des prix illustrent bien cette tendance. [TRADUCTION] « Sous le régime de la *Sherman Act*, une association d'intérêts ayant pour objet ou pour effet d'augmenter, de réduire, de fixer ou de stabiliser le prix d'un produit ... est illégale *per se* »¹²³. La règle *per se* interdisant la fixation des prix, telle qu'elle a été établie et appliquée au cours des ans par la Cour suprême, vise les ententes relatives aux prix maximum comme aux prix minimum, les ententes comportant des modalités influant sur les prix (p. ex. des modalités de crédit), les ententes sur les prix finaux, les ententes

¹¹⁵ *Ibid.*, à la p. 709; voir également *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 15-16 n. 25 (1984) [ci-après Hyde].

¹¹⁶ Voir Webb, précité, note 112, à la p. 710.

¹¹⁷ Voir Arthur, précité, note 82, aux p. 316 et 317 et n. 288.

¹¹⁸ *Ibid.*, à la p. 316.

¹¹⁹ Voir Hyde, précitée, note 115.

¹²⁰ *Board of Regents v. NCAA*, 104 S. Ct. 2948, 2960-62 (1984); *Broadcast Music*, précitée, note 91, aux p. 8-10 et 16-24.

¹²¹ La tendance est actuellement d'évaluer les ententes de partage de marché en appliquant une analyse fondée sur la règle de la raison. [TRADUCTION] « Il est maintenant bien établi que les parties défenderesses doivent disposer d'une puissance commerciale pour que l'entente de partage de marché soit jugée illégale », Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 686, n. 92 (citant *NCAA*, 468 U.S.; *Polk Brothers Inc. v. Forest City Enterprises Inc.*, 776 F.2d 185 (7th Cir. 1985); *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines Inc.*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986); *General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Assoc.*, 74 F.2d 588 (7th Cir. 1984)).

¹²² Voir Johnston; *Northwest Wholesale Stationers Inc. v. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985); *Maricopa*, précitée, note 108.

¹²³ *Socony-Vacuum*, précitée, note 86, à la p. 223.

visant à obliger des tiers à hausser leurs prix et même les ententes qui ne portent qu'indirectement atteinte à la liberté d'établissement des prix¹²⁴. Toutefois, la règle classique interdisant les associations d'intérêts qui, au sens littéral, haussent, réduisent, fixent ou stabilisent les prix n'est plus d'application aussi générale. Dans l'arrêt *Broadcast Music*, la Cour suprême a abandonné la stricte règle *per se* et, en reconnaissant que des ententes qui [TRADUCTION] « "fixent" des prix, au sens littéral, peuvent être légales dans certaines circonstances, en particulier, lorsqu'elles découlent d'une activité conjointe légitime » a établi une distinction entre les [TRADUCTION] « ententes de fixation de prix » et la « fixation de prix *per se* »¹²⁵.

La conception actuelle de la fixation des prix repose sur la distinction entre les restrictions « manifestes » - les ententes entre concurrents qui ne sont pas raisonnablement nécessaires à une véritable collaboration ou à une opération productive - et les restrictions « accessoires » - les ententes qui contribuent à la réalisation d'une opération commerciale valide et qui créent par là des [TRADUCTION] « gains en efficience par intégration »¹²⁶. Les restrictions manifestes sont illégales *per se* et peuvent donner lieu à une condamnation sommaire, tandis que les restrictions accessoires font l'objet d'une évaluation selon la règle de la raison, qui tient compte de la définition du marché et de la puissance commerciale.

Selon les Lignes directrices conjointes, [TRADUCTION] « si les participants à une opération d'intégration économique générant des gains en efficience concluent une entente raisonnablement liée à l'opération et raisonnablement nécessaire à la réalisation des avantages proconcurrentiels, l'entente sera examinée sous le régime de la règle de la raison **même si** elle appartient à une catégorie d'ententes qui pourraient autrement être jugées illégales *per se* »¹²⁷. L'opération générant des gains en efficience est ainsi définie :

[TRADUCTION]

Dans une opération générant des gains en efficience, les participants collaborent à l'accomplissement (au moyen d'une coentreprise entièrement créée par la collaboration ou par l'un ou plusieurs des participants ou par des tiers agissant au nom d'autres participants) d'une ou de plusieurs fonctions économiques, comme la production, la distribution, la commercialisation, les achats ou la recherche et le développement et, ce faisant, procurent des avantages réels ou potentiels aux consommateurs, en élargissant la production, en réduisant les prix, en augmentant

¹²⁴ Voir M. Elaine Johnston, « Horizontal Restraints », *The 47th Annual Spring Meeting: Antitrust Fundamentals* (1999), aux p. 7 et 8.

¹²⁵ *Ibid.*, à la p. 8.

¹²⁶ Warner et al., précité, note 70, à la p. 697; voir aussi Halverson, précité, note 102, à la p. 46 [les restrictions accessoires sont celles [TRADUCTION] « qui découlent accessoirement d'une opération distincte licite ... et visent à rendre l'opération principale plus efficace » ((citant *National Bancard Corp. (NaBanco) v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir.), cert. refusée, 107 S. Ct. 329 (1986))].

¹²⁷ Lignes directrices conjointes, précitées, note 2, à la p. 8 [sans gras dans l'original].

la qualité ou le service ou en innovant. Généralement, les participants mettent en commun, contractuellement ou autrement, des capitaux, des techniques ou d'autres éléments d'actif complémentaires importants pour créer des avantages proconcurrentiels qu'ils ne pourraient obtenir séparément ... L'opération d'intégration doit être propre à générer **de façon plausible** des avantages concurrentiels constatables au sens de l'analyse des gains en efficience¹²⁸.

(d) Conclusions relatives au régime appliqué aux États-Unis

(i) Macro-avantages

Le modèle américain permet dans une large mesure de distinguer entre la collaboration qui réduit le bien-être social et celle qui l'élève en générant des gains en efficience plus importants que l'atteinte qu'elle peut porter à la concurrence, lesquels compensent le préjudice¹²⁹. En principe à tout le moins, cette distinction se construit à deux niveaux :

- la dichotomie « règle de la raison/illégalité *per se* »;
- l'examen fondé sur la règle de la raison lui-même qui, bien sûr, permet une évaluation exhaustive des avantages concurrentiels allégués avant qu'il soit statué sur la légalité de l'entente.

On peut en outre prétendre que l'assouplissement récent des règles *per se* par la Cour suprême a accru, et non réduit, la capacité des décideurs réglementaires et judiciaires d'effectuer la distinction susmentionnée.

(ii) Macro-inconvénients

Parce que l'article 1 emploie une formulation large et n'énonce pas de norme, le droit américain de la concurrence, dans son état actuel, est le fruit d'un siècle d'élaboration jurisprudentielle. Selon certains auteurs, même maintenant l'absence d'une norme opérationnelle pouvant servir de guide pour la solution des affaires complexes permet aux tribunaux de réévaluer et de reformuler les principes fondamentaux du droit de la concurrence et, en conséquence, les litiges en matière de concurrence, aux États-Unis, demeurent notoirement coûteux et imprévisibles, en dépit des efforts répétés déployés pour simplifier tant la doctrine que la procédure¹³⁰.

Les nouvelles tendances évoquées plus haut concernant le droit américain ont créé des incertitudes quant aux circonstances donnant ouverture à l'application de la règle *per se* ou à

¹²⁸ *Ibid.* [sans gras dans l'original].

¹²⁹ Voir Ross, précité, note 7.

¹³⁰ Arthur, précité, note 82, aux p. 268 et 270; voir également Webb, précité, note 112, à la p. 706.

l'analyse fondée sur la règle de la raison. Par exemple, Webb soutient que, s'agissant d'ententes portant d'une façon ou d'une autre sur des prix, on ne peut prédire avec certitude quel ensemble de règles les tribunaux vont choisir d'appliquer dans un cas donné¹³¹. Il en veut pour preuve les décisions contradictoires rendues dans les affaires *Broadcast Music* et *Maricopa*, lesquelles présentaient des faits largement similaires. Dans les deux cas, les défendeurs mettaient en marché un nouveau produit - licences générales dans l'affaire *Broadcast Music* et assurance maladie à couverture complète et à prime modique dans l'affaire *Maricopa* - et, dans les deux cas, le nouveau produit constituait une réponse globale aux frais par opération élevés des achats à la carte¹³². Toutefois, la Cour a appliqué la règle *per se* dans l'affaire *Maricopa* et la règle de la raison dans l'affaire *Broadcast Music*. Selon Webb, aucun motif rationnel ne permettait de distinguer entre les deux affaires¹³³.

(iii) Micro-avantages et micro-inconvénients

Voici les avantages et les inconvénients respectifs de chacun des éléments constitutifs des deux régimes américains.

(1) Illégalité *per se*

En théorie, la règle *per se*, dans son acception stricte, offre au moins deux avantages interreliés :

- elle entraîne des coûts relativement moins élevés
- elle promet plus de certitude et de prévisibilité¹³⁴.

Il est logique en effet, étant donné que la seule question à trancher en vertu de l'analyse *per se* est celle de savoir si la conduite reprochée a eu lieu, que cette règle coûte moins cher à appliquer, en temps et en argent, que la règle de la raison, laquelle demande une étude approfondie des effets nets de la même conduite sur la concurrence¹³⁵. De la même façon, la démarche catégorique associée à la règle *per se*, qui a pour but de rendre plus certaine l'interdiction visant certains types d'ententes, promet plus de cohérence et de prévisibilité, ce qui facilite la planification commerciale.

¹³¹ Webb, précité, note 112, à la p. 720.

¹³² *Ibid.*, aux p. 721 et 722.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*, à la p. 708.

¹³⁵ Voir *Northern Pac. Ry.*, précitée, note 109, à la p. 5 [La règle *per se* évite la tenue d'une enquête économique d'une longueur et d'une complexité incroyables passant en revue l'histoire complète de l'industrie en cause et des industries connexes].

Il est possible, toutefois, que l'efficacité et la clarté de la règle *per se* soient plus apparentes que réelles. En pratique, l'application de la règle nécessite en effet une préenquête afin de déterminer si l'entente en cause appartient bien à une catégorie visée. La qualification d'une entente [TRADUCTION] « peut être très difficile et demander une analyse économique passablement poussée »¹³⁶. Par conséquent, comme l'a reconnu la Cour suprême, « il arrive souvent qu'aucune ligne de démarcation nette ne permette de distinguer l'analyse *per se* de l'analyse fondée sur la règle de la raison »¹³⁷. Évidemment, s'il faut procéder à une analyse complète fondée sur la règle de la raison ou même à une analyse partielle avant de déclarer une entente illégale *per se*, l'administration de la justice ainsi que les parties perdent l'avantage lié aux coûts moindres de ce régime.

De la même façon, la nécessité de la qualification des ententes compromet les attributs tant vantés de la règle *per se*, soit la certitude et la prévisibilité. Par exemple, [TRADUCTION] « une définition incertaine de la fixation des prix ne peut fournir aux commerçants une norme fiable propre à orienter leur conduite »¹³⁸. Il est possible d'affirmer que l'effet paralysant résultant de l'application incertaine de la règle *per se* empêche la collaboration efficace entre concurrents et aboutit à une diminution du bien-être social.

Plus fondamentalement, la règle *per se*, comme nous l'avons expliqué plus haut, repose sur deux postulats liés :

- la théorie économique fondant la conclusion selon laquelle certaines catégories d'ententes sont invariablement préjudiciables à la concurrence est valide et, par conséquent,
- le lourd examen qu'exige la règle de la raison peut à bon droit être évité relativement à certaines catégories d'ententes.

Or, l'application de la règle *per se* aux ententes de fixation des prix illustre la nature problématique de ces postulats.

Webb soutient que [TRADUCTION] « comme catégorie juridique, [la règle *per se*] n'a pas d'assise économique cohérente »¹³⁹ (à l'exception du tort causé par les cartels anticoncurrentiels). Relevant les exceptions bien connues appliquées à l'égard des coentreprises et des partenariats, il fait valoir que les ententes relatives aux prix ne sont pas toutes économiquement mauvaises et que ce sont plutôt celles que concluent des producteurs exerçant une puissance commerciale afin

¹³⁶ H. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law* (1985), aux p. 128 et 129.

¹³⁷ *NCAA*, précitée, note 89, à la p. 104, note 26.

¹³⁸ Webb, précité, note 112, à la p. 711.

¹³⁹ *Ibid.*, à la p. 715.

d'élever les prix au-delà du niveau concurrentiel qui le sont¹⁴⁰. L'interdiction mécanique de toute coalition augmentant, réduisant, fixant ou stabilisant des prix (sans égard à la puissance commerciale ou aux effets économiques) qui caractérise depuis longtemps le droit américain de la concurrence a eu comme résultat net, selon lui, d'ébranler la concurrence et de réduire le bien-être des consommateurs¹⁴¹.

De la même façon, Ross affirme que [TRADUCTION] « même une pratique ayant mauvaise presse [et nuisant à la concurrence] comme la fixation des prix peut faire partie d'un arrangement efficace au plan social »¹⁴². Il suppose, à titre d'exemple, une entente entre petits pharmaciens détaillants d'une grande ville à l'effet de faire une publicité conjointe et de respecter les prix mentionnés, et expose que [TRADUCTION] « même si à n'en pas douter il s'agit (en partie) d'une entente visant à fixer des prix, elle ne peut avoir d'effet négatif sur la concurrence (puisque ce regroupement de pharmaciens ne compte que pour une fraction minime des ventes réalisées dans la ville) et est en fait bénéfique puisqu'elle améliore l'information donnée dans le marché et abaisse les coûts de la publicité » au moyen d'économies d'échelles¹⁴³.

On pourrait relever un dernier désavantage de la théorie de l'illégalité *per se*, savoir son effet sur l'information qui parvient aux décideurs judiciaires. [TRADUCTION] « Les juges ont déjà assez de difficulté à se renseigner sur les pratiques commerciales sans en plus stopper le flux d'information à la source en appliquant prématurément une règle d'illégalité générale »¹⁴⁴.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*, à la p. 714. Webb cite la décision *Boise Cascade v. FTC*, 69 F.2d 573 (9th Cir. 1980) comme exemple de la portée excessive de la règle *per se* traditionnelle interdisant la fixation des prix. Dans cette affaire, trois fabricants de contreplaqué du sud des États-Unis ont été déclarés coupables d'infractions *per se* à l'article 1 pour avoir conspiré en vue d'appliquer un système uniforme d'établissement de prix franco domicile. Conformément à la règle *per se*, le tribunal n'a formulé aucune conclusion quant aux effets nocifs sur les prix totaux et n'a même pas pris cette question en considération. Les défendeurs avaient normalisé les frais de livraison entre producteurs du sud et de l'ouest, en établissant un prix à l'usine rajusté pour tenir compte des frais de livraison plus élevés des producteurs de la côte ouest. En l'absence de preuves établissant qu'une entente de ce type a des effets sur le prix total, Webb doute qu'elle porte réellement atteinte à la concurrence. Il pense au contraire que ce système d'établissement de prix avait une justification proconcurrentielle, savoir [TRADUCTION] « la réduction pour les consommateurs du coût afférent à la comparaison du contreplaqué produit dans les États du sud et dans ceux de l'ouest, en leur permettant de comparer directement les prix à l'usine respectifs et de déterminer le prix total franco domicile en additionnant simplement les frais de transport normalisés à chaque prix à l'usine. Il en résultait une concurrence accrue entre les fabricants de contreplaqué et des coûts de recherche moindres pour les consommateurs » [Webb, précité, aux p. 718 et 719].

¹⁴² Ross, précité, note 7, à la p. 866.

¹⁴³ *Ibid.*, à la p. 862.

¹⁴⁴ *Vogel v. American Society of Appraisers*, 744 F.2d 598, 604 (7th Cir. 1984) (cité dans Halverson, précité, note 102, à la p. 43).

(2) Règle de la raison

Nous l'avons déjà dit, l'avantage fondamental de la norme de la règle de la raison réside dans sa souplesse, laquelle permet aux tribunaux de faire la différence entre les mesures de collaboration proconcurrentielles élevant le bien-être et les autres. La souplesse a son prix toutefois. La règle de la raison est une norme imprécise qui oblige, dans chaque cas, à soupeser toutes les circonstances pertinentes pour déterminer si l'entente en cause est raisonnable. L'analyse économique longue et complexe qu'elle impose entraîne souvent de longs délais et des dépenses substantielles.

L'autre difficulté posée par la règle de la raison découle de la nécessité de comparer les effets proconcurrentiels et les effets anticoncurrentiels. Lorsqu'il y a disproportion entre les deux types d'effets, le résultat est évident. Toutefois, lorsque la disproportion n'est pas flagrante, des problèmes se posent. Selon Arthur, on ne trouve dans la jurisprudence de la Cour suprême [TRADUCTION] « ni méthodologie pour évaluer dans chaque affaire les effets restrictifs et les gains en efficience ni ensemble de règles permettant d'éviter un tel examen »¹⁴⁵.

Enfin, des auteurs ont également affirmé que [TRADUCTION] « les défendeurs constateront qu'il leur est difficile d'obtenir gain de cause sous le régime de la règle de la raison »¹⁴⁶. Cette situation fait naturellement craindre la surdissuasion et ses effets nocifs pour les consommateurs et, en bout de ligne, pour le bien-être social.

VII. AUSTRALIE

Le premier texte législatif antitrust de l'Australie s'inspirait étroitement du libellé de la *Sherman Act* de 1890 et ne prévoyait aucun mécanisme d'autorisation¹⁴⁷. Cependant, l'actuelle partie IV de la *Trade Practices Act* australienne comporte, entre autres, un certain nombre d'éléments différents tirés du régime américain et de celui de l'Union européenne examinés plus haut, ainsi que d'autres aspects particuliers à l'Australie. Plus précisément, la Loi incorpore des interdictions *per se* détaillées concernant les accords de fixation des prix et d'autres formes d'ententes injustifiables. La Loi prévoit également une interdiction large qui se fonde sur une analyse axée sur une règle de la raison partielle analogue aux dispositions de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* canadienne. Cette interdiction vise les accords ou arrangements qui ont pour objet ou pour effet de sensiblement réduire la concurrence. À l'instar du paragraphe 81(3) du Traité CE, la Loi offre à l'Australian Competition and Consumer Commission (l'ACCC) la possibilité d'accorder des autorisations permettant de conclure des accords ou de leur donner effet même s'ils sont visés par les interdictions *per se*. Le texte des dispositions pertinentes est joint à l'annexe V.

¹⁴⁵ Arthur, précité, note 82, à la p. 362.

¹⁴⁶ *Ibid.*, à la p. 364.

¹⁴⁷ John Duns, « Competition Law and Public Benefits », (1994) 16 *Adel L.R.* 245, à la p. 248.

L'article 45 prohibe les accords, arrangements et ententes qui ont pour objet ou pour effet ou qui auront vraisemblablement pour effet de diminuer la concurrence de manière sensible¹⁴⁸. Cette disposition interdit en outre aux personnes morales de donner effet à ce genre d'accords. Les interdictions *per se* sont prévues à l'article 45A de la Loi australienne, qui est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

Sans préjudice de la portée générale de l'article 45, les stipulations d'un contrat, d'un arrangement ou d'une entente, ou encore d'une proposition de contrat, d'arrangement ou d'entente, sont réputées, pour l'application de cette disposition, avoir pour objet, pour effet ou vraisemblablement pour effet de réduire la concurrence de manière sensible si elles ont pour objet ou pour effet ou si elles auront vraisemblablement pour effet, selon le cas, de fixer, contrôler ou maintenir, ou faire en sorte que soient fixés, contrôlés ou maintenus, les prix ou les rabais, remises, abattements ou crédits exigés ou consentis en liaison avec les marchandises ou les services offerts ou acquis par les parties au contrat, à l'arrangement ou à l'entente ou à la proposition, par l'une ou l'autre des parties susmentionnées ou par n'importe quelle personne morale ayant un lien avec ces dernières, et qui se font concurrence.

Comme nous l'avons signalé plus haut, l'article 45A prohibe la conclusion, entre des concurrents actuels ou probables, d'ententes ayant pour objet ou pour effet ou vraisemblablement pour effet de fixer les prix en fonction de l'offre. Selon le paragraphe 45(1), les accords visant à fixer les prix sont réputés avoir pour objet ou pour effet de sensiblement réduire la concurrence et sont donc contraires à l'article 45. Malgré le libellé exprès du texte législatif, les tribunaux australiens ont dilué la nature « *per se* » de l'interdiction lorsqu'ils ont décidé que l'article 45A exigeait la preuve [TRADUCTION] « d'une intention ou d'un risque probable d'influer sur la concurrence dans les prix¹⁴⁹ ».

Dans un rapport publié par l'Independent Committee of Inquiry à la suite d'une étude sur les politiques australiennes en matière de concurrence effectuée en 1993, on recommande, de façon générale, de ne pas autoriser d'exemptions relatives à la fixation horizontale des prix parce que cette pratique [TRADUCTION] « nuit au message voulant que la concurrence par les prix soit essentielle à une concurrence véritable [...]»¹⁵⁰. Or, contrairement à cette recommandation, le texte législatif reconnaît que certains genres d'accords en matière de fixation des prix ou d'autres arrangements visés par les interdictions *per se* peuvent entraîner des avantages sur le plan de la concurrence et qu'ils doivent donc faire l'objet d'une exemption. Par exemple, l'article 45A comporte un certain nombre d'exceptions relatives aux ententes touchant les achats combinés,

¹⁴⁸Voir le sous-al. 45(2)(a)(ii).

¹⁴⁹Lynden Griggs, « Compliance with Section 45 of the Trade Practices Act: A Plan », (1997) 15 Australian Bar Rev. 149, à la p. 156 (renvoyant à *Radio 2UE Sydney Pty Ltd Stereo FM Pty Ltd*, (1983) 68 FLR 70, à la p. 72).

¹⁵⁰Maureen Brunt, « The Australian Antitrust Law After 20 Years – A Stocktake » dans David K. Round, éd., *The Australian Trade Practices Act 1974* (1994) 483, à la p. 509 (citant *The Hilmer Report* [National Competition Policy Review (1993)], à la p. 39).

l'approvisionnement conjoint et la publicité commune par les concurrents dans certaines situations. Plus particulièrement, le paragraphe 45A(4) énonce que l'interdiction ne s'applique pas aux ententes [TRADUCTION] « relatives au prix de marchandises ou de services à être achetés de manière collective » ni à [TRADUCTION] « la publicité commune du prix de réapprovisionnement des marchandises ou des services ainsi acquis ». Même s'ils ne sont pas visés par l'interdiction *per se*, les accords de cette nature demeurent assujettis à l'interdiction générale prévue à l'article 45 lorsqu'il est établi que l'entente en cause a pour objet ou pour effet de réduire sensiblement la concurrence.

L'article 45 et les interdictions connexes sont appliqués par les tribunaux nationaux australiens. Comme pour le régime de l'Union européenne, les violations de l'article 45 ne sont punissables qu'au moyen d'amendes, qu'on appelle des [TRADUCTION] « sanctions pécuniaires ». Cependant, à l'exemple du régime de l'Union européenne, les tribunaux australiens peuvent infliger des amendes considérables. En effet, l'article 76 autorise les tribunaux à infliger aux personnes morales des amendes pouvant atteindre dix millions de dollars (environ huit millions de dollars CAN) pour des actes enfreignant l'article 45. Les boycottages secondaires, qui sont également prohibés par l'article 45, peuvent entraîner des amendes allant jusqu'à 750 000 dollars. De plus, les personnes physiques peuvent être condamnées à des amendes pouvant atteindre 500 000 dollars lorsqu'elles enfreignent l'article 45. L'article 82 permet aux demandeurs privés d'intenter des poursuites en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour les pertes ou les préjudices subis en raison d'actes ou d'omissions qui portent atteinte à la partie IV. Il convient de signaler que des demandeurs non gouvernementaux sont à l'origine de la moitié des actions intentées en application de la Loi¹⁵¹.

Malgré la possibilité de recourir à de fortes amendes, il faut mentionner qu'en 1999-2000, la Commission a dépensé 12 millions de dollars au titre des litiges et qu'elle n'a obtenu qu'environ 14 millions de dollars sous forme de sanctions pécuniaires prononcées contre des sociétés déclarées coupables d'avoir manqué à la Loi¹⁵².

(a) Autorisations

Suivant l'article 88 de la Loi, l'ACCC a le pouvoir de délivrer des autorisations permettant de conclure ou de mettre en oeuvre des accords qui sont ou pourraient être contraires à la partie IV de la Loi, y compris des ententes qui occasionnent une diminution sensible de la concurrence ou, même, des accords de fixation des prix assujettie aux interdictions *per se*. L'autorisation a pour effet de protéger ceux qui les obtiennent contre des poursuites judiciaires par l'ACCC ou n'importe quelle autre partie. L'ACCC peut, si elle l'estime opportun, assortir les autorisations de

¹⁵¹Allan Fels, « The Trade Practices Act 1974 – Twenty Years On », (1994)16:2 Competition and Consumer L J. 1, à la p. 4.

¹⁵²Australian Competition & Consumer Commission, *Annual Report 1999-2000*, à la p. 2.

conditions, d'engagements¹⁵³ et de délais¹⁵⁴. Il n'est habituellement possible d'accorder des autorisations que si l'entente n'a pas encore été conclue. En d'autres termes, à moins que les parties rendent l'entente conditionnelle à ce que ses stipulations ne prennent pas effet avant qu'une autorisation ne soit délivrée et une demande présentée à l'ACCC, l'accord qui a été conclu avant que l'ACCC n'ait tranché la demande ne peut faire l'objet d'une autorisation¹⁵⁵.

Les retards importants, fléau du régime de l'Union européenne, semblent avoir été évités dans le cadre de la législation australienne grâce à l'imposition d'une échéance fixe à l'intérieur de laquelle l'ACCC est tenue d'accorder ou de refuser l'autorisation. Sous réserve de certaines exceptions limitées, l'ACCC a quatre mois pour se prononcer sur une demande d'autorisation, faute de quoi elle est réputée avoir accordé l'autorisation¹⁵⁶. Bien que les statistiques relatives aux autorisations visant la collaboration entre concurrents délivrées en application de la Loi ne soient pas disponibles, le rapport annuel de 1999-2000 de l'ACCC présente les statistiques globales sur les fusionnements et les comportements anticoncurrentiels. Ainsi, en 1999-2000, 160 demandes d'autorisation ont été soumises à l'examen de l'ACCC. Parmi ces demandes, 78 ont été reportées de l'exercice précédent, tandis que 82 consistaient en de nouvelles demandes. Au cours de la période de douze mois se terminant le 30 juin 2000, sept demandes ont été retirées et 72, soit environ 45 pour 100 de l'ensemble des demandes examinées par l'ACCC, ont été tranchées¹⁵⁷. Dans l'évaluation de ces statistiques, on doit cependant tenir compte du fait que le rapport ne précise ni la proportion de demandes tranchées appartenant à la catégorie des demandes « reportées » ni le temps moyen consacré au traitement d'une demande.

La décision de l'ACCC d'accorder ou non une autorisation se fonde sur deux critères. Le premier ressemble à l'examen comparatif que commande la norme de la règle de la raison appliquée aux États-Unis. Dans les cas d'ententes et d'engagements susceptibles de réduire sensiblement la concurrence, l'ACCC n'est autorisée à accorder une autorisation que si elle est convaincue que l'entente proposée se traduirait ou se traduirait vraisemblablement par un bénéfice net pour le public (c.-à-d., un avantage qui l'emporte sur les inconvénients causés par l'éventuelle diminution consécutive de la concurrence)¹⁵⁸. Il faut alors établir l'existence d'un lien de causalité entre l'avantage public allégué et l'accord visé¹⁵⁹. Le demandeur n'a toutefois pas à prouver qu'il

¹⁵³Voir l'art. 87B.

¹⁵⁴Voir les par. 90(3) et 91(1).

¹⁵⁵Voir le par. 88(12).

¹⁵⁶Voir le par. 90(10A).

¹⁵⁷*Ibid.*, à la p. 45.

¹⁵⁸Voir les par. 90(6) et (7).

¹⁵⁹Rex J. Adhar, « Authorisation and Public Benefit Under the Commerce Act 1986: Some Emerging Principles », (1988) 16 Australian B.L.R. 128, à la p. 142.

n'y aurait pas de tel avantage en l'absence de l'accord attaqué¹⁶⁰. D'un point de vue pratique, Adhar laisse entendre que les demandeurs assument un lourd fardeau¹⁶¹. De fait, entre 1974 et 1983, seul 1,65 pour 100 des demandes d'autorisation ont été accueillies¹⁶².

L'ACCC et le Tribunal de la concurrence de l'Australie ont donné une définition large des [TRADUCTION] « avantages pour le public ». Contrairement à ce qui est prévu sous le régime de la *Sherman Act*, l'ACCC et le Tribunal ne sont pas tenus d'examiner uniquement les questions d'ordre économique, mais peuvent également prendre en considération un certain nombre de facteurs non économiques, notamment :

- l'amélioration de l'efficacité commerciale, particulièrement lorsqu'elle se traduit par une compétitivité internationale accrue;
- la rationalisation de la production au sein de l'industrie permettant de mieux allouer les ressources et de contenir ou restreindre les coûts de production unitaires;
- l'expansion de l'emploi ou la prévention du chômage au sein des industries efficaces, ou la croissance de l'emploi dans des régions données;
- la promotion de la réduction des coûts au sein de l'industrie de manière à contenir ou à diminuer les prix à toutes les étapes de la chaîne d'approvisionnement;
- la promotion de la concurrence au sein de l'industrie;
- la promotion d'opérations commerciales équitables;
- la croissance des exportations;
- le remplacement accru des importations;
- le développement économique, p. ex. des ressources naturelles, par l'encouragement à l'exploration, à la recherche et à l'investissement de capitaux;
- l'aide aux petites entreprises efficaces, p. ex. conseils en matière d'initiatives touchant les coûts, les prix ou la commercialisation favorisant la compétitivité;

¹⁶⁰*Ibid.*, à la p. 143.

¹⁶¹*Ibid.*, à la p. 147.

¹⁶²Voir Warren Pengilley, « Comparative Approaches to the Enforcement of Antitrust Laws Against Price-Fixing Arrangements (with Special Emphasis on the Lessons Learned from the Antitrust Law and Enforcement in Australia) », (1983) 28 Antitrust Bulletin 882, aux p. 884 et 917.

- l'harmonie au sein de l'industrie;
- l'amélioration de la qualité et de la sécurité des marchandises et des services ainsi que l'augmentation du choix offert aux consommateurs;
- la diffusion d'une information de meilleure qualité aux consommateurs et aux entreprises de sorte qu'ils puissent faire des choix éclairés lors de leurs opérations¹⁶³.

Quant à l'étendue des « considérations pertinentes » examinées dans le cadre du processus d'autorisation, Duns confirme [TRADUCTION] « aucune tentative n'a été faite pour limiter l'examen de la question des avantages à ce qui pourrait être considéré comme des retombées économiques directes et certainement pas aux critères relatifs à l'efficacité¹⁶⁴ ». Toutefois, en pratique, selon Duns, l'analyse économique constitue le principal élément du processus d'autorisation prévu par la Loi, bien qu'il existe quelques exemples de cas dans lesquels l'ACCC ou le Tribunal a accordé un certain poids à des facteurs non liés à l'efficacité¹⁶⁵.

En outre, lorsque l'analyse des facteurs non économiques susmentionnés révèle l'existence d'inconvénients, plutôt que d'avantages, ces facteurs peuvent être pris en compte pour déterminer dans quelle mesure l'entente nuit à la concurrence. Il importe de signaler qu'il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires (qui, selon le régime australien, sont chargés de l'application des interdictions législatives susmentionnées) d'évaluer si les accords anticoncurrentiels proposés offrent des avantages au public. Cette tâche relève plutôt de l'ACCC. Les tribunaux judiciaires examinent seulement l'objet et l'effet – réels, vraisemblables ou réputés – de l'accord en question sur la concurrence; leur fonction ne s'étend pas à l'appréciation des autres effets possibles de l'entente attaquée, qu'ils soient de nature à accroître l'efficacité ou d'une autre nature. Le processus de notification et d'autorisation applicable devant l'ACCC est un mécanisme institutionnel qui fait en sorte de ne pas dissuader les concurrents de collaborer entre eux lorsque cela favorise le jeu de la concurrence¹⁶⁶.

Les autorisations peuvent être modifiées, révoquées et (ou) remplacées par l'ACCC lorsque, par exemple, la personne à laquelle on a délivré l'autorisation omet de respecter une condition

¹⁶³Jones, précité, à la note 29.

¹⁶⁴Duns, précité, note 147, à la p. 256 (renvoyant à Queensland Co-operative, à 17,242 : un avantage pour le public peut être [TRADUCTION] « [...] n'importe quelle chose de valeur pour la collectivité en général, n'importe quelle contribution aux objectifs poursuivis par la société »).

¹⁶⁵Voir Duns, précité, note 147, aux p. 260 et 262.

¹⁶⁶Voir Karen Yeung, « Quantifying Regulatory Penalties: Australian Competition Law Penalties in Perspective », (1999) 23 Melbourne U. L.R. 444, à la p. 466.

afférente à celle-ci ou qu'il y a un changement important de la situation¹⁶⁷. Selon l'article 101, les décisions rendues par l'ACCC afin d'accorder, de révoquer ou de remplacer les autorisations sont également susceptibles d'examen par le Tribunal de la concurrence australien (le Tribunal) à la demande de toute [TRADUCTION] « personne insatisfaite » ayant un [TRADUCTION] « intérêt suffisant » dans la décision en question.

VIII. NOUVELLE-ZÉLANDE

La *Commerce Act* (1986) (la Loi) reflète l'adoption, sous réserve de certaines modifications, du régime du droit de la concurrence australien par la Nouvelle-Zélande. Les deux pays s'étaient en effet engagés, dans le cadre du *Closer Economic Relations Treaty* de 1983, à harmoniser leur législation respective en matière de concurrence¹⁶⁸. Par conséquent, l'approche générale et les éléments fondamentaux de la *Commerce Act* sont très semblables à ceux examinés plus haut relativement à la *Trade Practices Act* de l'Australie.

(a) Dispositions de fond

Comme la *Trade Practices Act* australienne, la *Commerce Act* combine une interdiction générale, des interdictions *per se* précises et un régime d'autorisation ou d'exemption. L'interdiction générale se trouve à l'article 27. Suivant cette disposition, les contrats, arrangements ou accords qui ont pour objet ou pour effet ou qui auront vraisemblablement pour effet de sensiblement réduire la concurrence dans un marché, ou qui tentent de diminuer la concurrence, sont illégaux et non exécutoires¹⁶⁹. Le texte des dispositions pertinentes est joint à l'annexe VI.

Les articles 30 et 34 prévoient que les accords visant à « fixer des prix » sont en soi illégaux. Suivant l'article 30, les ententes conclues entre concurrents pour « fixer » les prix de marchandises ou de services sont réputées diminuer sensiblement la concurrence. L'article 30 donne une définition large de l'expression [TRADUCTION] « fixation des prix », qui comprend le fait de fixer, de contrôler ou de maintenir le prix de marchandises ou de services, ou les rabais, remises, abattements ou crédits, quels qu'ils soient, exigés ou consentis en liaison avec des marchandises ou des services. Selon la Commission, les ententes susceptibles de tomber sous le coup de l'article 30 sont celles qui ont pour effet :

- d'établir une fourchette de prix;
- de mettre en place une formule ou un système de prix ou de rabais;
- de fixer des niveaux de crédit et d'abattement;

¹⁶⁷Voir les par. 91B(3) et 91C(3).

¹⁶⁸Adhar, précité, note 159, à la p. 129.

¹⁶⁹Voir <http://www.comcom.govt.nz/acts/comact/3restrictive.cfm>.

- de fixer des niveaux de prix ou de rabais;
- de contrôler les éléments contribuant aux prix¹⁷⁰.

Comme dans le texte de loi australien, l'interdiction *per se* prévue à l'article 30 comporte trois exceptions : les coentreprises (art. 31), les prix recommandés (art. 32) de même que les ententes touchant les achats conjoints et la publicité commune (art. 33). Toutefois, dans tous ces cas, l'entente des parties demeure assujettie à l'interdiction générale faite à l'article 27 contre les accords qui ont pour objet ou pour effet de réduire sensiblement la concurrence¹⁷¹.

Selon la Loi, la Commerce Commission (la Commission) peut également obtenir une injonction interdisant les comportements susmentionnés¹⁷² ou négocier des règlements administratifs donnant lieu à la signature d'engagements¹⁷³. De plus, la Commission ainsi que des demandeurs privés peuvent intenter, devant la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande, des poursuites contre les auteurs de présumées violations de la Loi. Les actes ou omissions contraires aux interdictions susmentionnées sont punissables par des amendes pouvant atteindre cinq millions de dollars (environ 3,2 millions de dollars CAN) pour une personne morale et 500 000 dollars dans le cas de personnes physiques¹⁷⁴. Toutefois, la sanction la plus élevée infligée en vertu de la Loi depuis août 1998, ne dépasse pas 300 000 dollars, soit 6 pour 100 de l'amende maximale prévue pour les personnes morales contrevenantes¹⁷⁵. Compte tenu des frais engagés par les entreprises pour se défendre contre les actions introduites par la Commission, cette dernière s'est déclarée préoccupée, tant sur le plan de la dissuasion que sur celui de l'application de la loi, de la réticence des tribunaux à prononcer de lourdes sanctions¹⁷⁶. Elle signale que le montant peu élevé des amendes imposées par les tribunaux judiciaires lui nuit lorsqu'elle tente de négocier des sanctions avec les défendeurs. La Commission affirme également que, jusqu'à présent, les tribunaux judiciaires n'ont pas infligé des sanctions assez élevées pour avoir un effet dissuasif. Voici, selon la Commission, le point de départ approprié :

¹⁷⁰*Ibid.*

¹⁷¹Voir www.comcom.govt.nz/acts/comact/3restrictive.cfm.

¹⁷²Voir l'art. 81.

¹⁷³*Ibid.*

¹⁷⁴*Ibid.*; voir l'art. 80. Il faut mentionner que de récentes modifications proposées à la Loi auraient pour effet d'augmenter l'amende maximale applicable aux personnes morales à dix millions de dollars, d'ajouter une sanction maximale de rechange équivalant au triple de la valeur des gains réalisés illégalement et de préciser qu'il est possible d'infliger des dommages-intérêts exemplaires dans le cadre d'actions privées. Voir le Rapport annuel sur les nouvelles tendances en matière de politique de la concurrence en Nouvelle-Zélande (1999-2000), préparé par le Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE, à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/clp/annrep.htm>.

¹⁷⁵*Ibid.*, à la p. 275.

¹⁷⁶*Ibid.*

[TRADUCTION]

Pour être efficaces, les mesures de dissuasion doivent éliminer l'appât du gain qui pousse à entreprendre des activités illégales [...] Il s'agit notamment de tenir compte des gains nets qui devraient résulter de la contravention ainsi que de la probabilité de détection et de poursuites judiciaires.

Il peut être tout à fait opportun, à certaines occasions, d'infliger des amendes beaucoup plus élevées que le gain réellement tiré par les entreprises impliquées.

[...] Les gains escomptés seront vraisemblablement supérieurs aux profits réalisés jusqu'à la date où la contravention est constatée; et, dans les cas difficiles à déceler, comme les complots fondamentalement anticoncurrentiels, la sanction dissuasive la plus efficace correspondrait à un multiple du gain illégal prévu.

[...] Quant à la norme civile prévue par la Loi, il serait opportun d'établir une fourchette allant de cinq à 40 pour 100 du chiffre d'affaires réalisé pendant au moins un an¹⁷⁷.

Après avoir signalé l'expérience fort concluante des États-Unis du point de la conformité à la loi, la Commission prône également l'ajout de sanctions criminelles dans la Loi¹⁷⁸.

(b) Autorisations et exemptions

Le régime de la Nouvelle-Zélande, comme celui de l'Australie, offre la possibilité de délivrer des [TRADUCTION] « autorisations » à l'égard des accords qui violent les dispositions susmentionnées, même ceux qui sont visés par l'interdiction *per se* relative à la fixation des prix¹⁷⁹. En règle générale, ces autorisations ne peuvent être délivrées que si l'accord attaqué n'a pas encore été conclu¹⁸⁰. Par contre, même si elles sont déjà conclues, les ententes peuvent faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où elles comportent une clause limitative retardant leur prise d'effet jusqu'à l'obtention d'une autorisation. On doit également signaler qu'il est établi dans la jurisprudence de la Commission que [TRADUCTION] « la simple présentation d'une

¹⁷⁷*Ibid*, aux p. 275 et 276.

¹⁷⁸*Ibid*, à la p. 276; voir aussi Stephen Coronos, « Penalties for Price-Fixing: A Built-In Feature of How we do Business in Australia? », (1996) 24 Australian Business L. Rev. 160 (préconise le recours à des sanctions criminelles dans les cas de contraventions graves à la partie IV de la *Trade Practices Act*).

¹⁷⁹Voir le par. 61(6) ([TRADUCTION] « ou est réputé en découler » [*or is deemed to result therefrom*]); voir aussi Adhar, précité, note 159, à la p. 131 (renvoyant à l'affaire *Re New Zealand Vegetable Growers Federation*, non publiée, 9 juillet 1987, n° 206).

¹⁸⁰Voir l'art. 59.

demande d'autorisation ne constitue pas nécessairement une reconnaissance du fait que l'article 27 ou d'autres dispositions pertinentes s'appliquent à l'accord en question¹⁸¹.

La Commission n'a pas le droit de délivrer une autorisation à moins d'être convaincue que, compte tenu de toutes les circonstances, l'accord entraînera ou entraînera vraisemblablement un [TRADUCTION] « avantage net pour le public »¹⁸². Comme dans le cas du modèle américain, la Commission doit effectuer une forme d'examen fondé sur la règle de la raison dans le cadre duquel l'avantage que retire le public de l'accord attaqué est mis en balance avec les effets anticoncurrentiels de ce dernier. Il importe de remarquer que la Loi omet de mentionner et de définir les éléments à prendre en compte pour apprécier l'avantage procuré au public. Par conséquent, dans l'affaire *Weddel*¹⁸³, la Commission a interprété l'expression [TRADUCTION] « avantage pour le public » d'une manière large et libérale : [TRADUCTION] « La Loi est rédigée en termes généraux et il ne paraît y avoir aucune restriction quant à la nature de l'avantage public allégué [...] Un avantage est une chose qui a de la valeur pour le public ». En outre, Adhar précise qu'on [TRADUCTION] « a insisté sur le fait que, malgré l'importance donnée à l'efficacité économique dans la promotion de la concurrence, les divers genres d'avantages pour le public ne se limitent pas aux bénéfiques d'ordre économique¹⁸⁴ ». Jusqu'à présent, ont été reconnus comme des avantages pour le public :

- les économies productives;
- les économies d'échelle;
- la réduction des coûts;
- une charge salariale unitaire moins élevée;
- une meilleure sécurité d'emploi;
- l'utilisation accrue des ressources de la Nouvelle-Zélande;
- une plus grande sécurité routière¹⁸⁵.

¹⁸¹*Weddel Crown*, non publiée, 22 juillet 1987, n° 205, à la p. 10 (citée dans Miriam R. Dean, « Collective Pricing - A Practical Guide to Section 30 of the Commerce Act 1986 », (1990) 20 Victoria University of Wellington L.R. 1, à la p. 19) [ci-après l'affaire *Weddel*].

¹⁸²Voir le par. 61(6).

¹⁸³Précité, note 181, aux par. 25(ii) et (iii).

¹⁸⁴Adhar, précité, note 159, à la p. 139.

¹⁸⁵Adhar, précité, note 159, à la p. 139.

Un ancien président de la Commission a indiqué que les avantages reconnus pour le public pouvaient aussi englober le développement régional, l'amélioration des compétences professionnelles et des possibilités d'emploi, les intérêts des employés de même que [TRADUCTION] « tout autre effet contribuant au bien-être du peuple de la Nouvelle-Zélande » (par ex., la liberté de la presse)¹⁸⁶. Comme dans le régime australien, la tâche d'évaluer les avantages pour le public susceptibles de découler d'ententes anticoncurrentielles proposées n'appartient pas à la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande, qui est chargée de l'application des interdictions législatives susmentionnées, mais bien à la Commission. La Haute Cour n'examine que l'objet et l'effet – réels, vraisemblables ou réputés – de l'accord en question sur la concurrence; sa fonction ne s'étend pas à l'appréciation des autres effets possibles de l'entente attaquée, qu'ils soient de nature à accroître l'efficacité ou autre. Le processus de notification et d'autorisation est un mécanisme institutionnel qui fait en sorte de ne pas dissuader les concurrents de collaborer entre eux lorsque cela favorise le jeu de la concurrence.

Selon l'article 61, il appartient au demandeur, pendant tout le processus d'autorisation, d'établir qu'il existe un « lien de causalité » entre l'accord et l'avantage public allégué¹⁸⁷, mais il n'est toutefois pas tenu de prouver qu'il n'y aurait pas de tel avantage en l'absence de l'entente attaquée. Néanmoins, lorsqu'elle appréciera le poids à donner à cet avantage, la Commission tiendra compte des éléments de preuve montrant qu'on pourrait obtenir l'avantage en question d'une façon moins préjudiciable¹⁸⁸. En outre, tout inconvénient découlant d'un avantage allégué sera déduit de ce dernier avant que l'appréciation définitive n'ait lieu¹⁸⁹. La Commission a énoncé les lignes directrices suivantes en ce qui concerne la preuve :

- nécessité de présenter des allégations précises et non des déclarations non étayées ou d'ordre général;
- nécessité de présenter des éléments de preuve montrant que les effets bénéfiques allégués sont vraisemblablement susceptibles de se concrétiser;
- nécessité de montrer que les avantages découleront effectivement de la proposition ou du comportement;
- nécessité de montrer que le peuple de la Nouvelle-Zélande en tirera un bienfait;
- opportunité d'établir quel segment du public sera ainsi avantage;

¹⁸⁶*Ibid.*

¹⁸⁷*Ibid.*, à la p. 142.

¹⁸⁸Adhar, précité, note 159, à la p. 143.

¹⁸⁹*Ibid.*, à la p. 146.

- nécessité, si possible, de fournir une évaluation quantitative de l'avantage, même si l'on reconnaît qu'il est difficile de procéder à une telle évaluation et de chiffrer l'avantage sur le plan pécuniaire;
- caractère non pertinent des raisons ou des objectifs, sauf s'ils contribuent à établir quel sera vraisemblablement l'avantage¹⁹⁰.

En pratique, à tout le moins lorsque la Loi a commencé à être appliquée, les autorisations étaient délivrées avec parcimonie. En effet, la Commission a rejeté cinq des six premières demandes qui lui ont été présentées. Adhar affirme que, comme en Australie, les demandeurs assument un lourd fardeau¹⁹¹. De fait, la Commission n'a reçu aucune demande d'autorisation visant des pratiques restrictives du commerce lors de l'exercice 1999-2000. De surcroît, le rapport annuel de la Commission pour cet exercice révèle que, depuis 1996, seules sept demandes ont été reçues – quatre en 1996-1997 et trois en 1998-1999¹⁹².

IX. AFRIQUE DU SUD

(a) Dispositions de fond

Semblable aux textes législatifs australien et néo-zélandais, la *Competition Act* (la Loi) prévoit notamment des interdictions *per se*, une interdiction générale visant les accords qui ont pour effet de diminuer sensiblement la concurrence ainsi qu'un régime de délivrance d'autorisations et d'exemptions. Les ententes horizontales qui ont pour objet de fixer les prix, de répartir des marchés ou des clients ou encore de truquer des soumissions sont en soi illégales¹⁹³. Pour l'ensemble des autres accords, la Loi exige qu'on procède à une analyse fondée sur la règle de la raison afin de décider si l'entente en question a pour effet de empêcher ou réduire sensiblement la concurrence au sein d'un marché et si les avantages au regard de la concurrence qui découlent de l'entente (c.-à-d., sur le plan des technologies, de l'efficacité ou autre) l'emportent sur le préjudice anticoncurrentiel qu'elle entraîne¹⁹⁴.

¹⁹⁰*Amcor Ltd./N.Z. Forest Products Ltd.* (non publiée, 21 août 1987, n° 208, au par. 53) (citée dans Adhar, précité, note 168, à la p. 144); voir aussi *Goodman Fiedler Ltd/Wattie Industries Ltd.* (1987), 6 N.Z.A.R. 446, à la p. 449 (citée dans Adhar, précité, note 159, à la p. 144).

¹⁹¹Adhar, précité, note 159, à la p. 147.

¹⁹²*Report of the Commerce Commission for the Year Ended 30 June 2000*, à la p. 34.

¹⁹³Voir l'al. 4(1)(b).

¹⁹⁴Voir l'al. 4(1)(a); Competition Commission South Africa, *General Brochure - 2000*, à l'adresse suivante : <http://www.compcom.co.za/publications/LatestPublications.asp>.

En présence de violations des interdictions *per se*, le Tribunal de la concurrence peut infliger des amendes administratives. Ces dernières [TRADUCTION] « ne peuvent excéder 10 pour 100 du chiffre d'affaires annuel réalisé par l'entreprise au sein de la République, y compris ses exportations à partir de celle-ci, au cours de son exercice précédent¹⁹⁵ ». En cas de violations de l'interdiction générale, le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance annulant l'accord ou empêchant les parties de se livrer à des pratiques contraires à la Loi. Le commissaire de la concurrence (le commissaire) peut aussi choisir la voie des négociations et obtenir des ordonnances par consentement¹⁹⁶. En particulier, une ordonnance de cette nature peut, si le plaignant y consent, accorder des dommages-intérêts au commissaire.

(b) Exemptions

À l'exemple des régimes respectifs de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, la Loi prévoit un genre d'autorisation appelée [TRADUCTION] « exemption »¹⁹⁷. Toutefois, contrairement à ces deux régimes, où l'autorisation joue un rôle analogue à la norme fondée sur la règle de la raison qui est appliquée aux États-Unis (bien qu'on y prenne en considération un ensemble plus vaste de facteurs), l'exemption sud-africaine intéresse presque exclusivement la politique du gouvernement (p. ex., la démocratisation sociale et économique) par opposition aux incidences d'ordre économique de l'accord attaqué. Il ne faut pas s'étonner de cette situation puisque les objets de la Loi comprennent la diversification de la propriété en faveur des membres de collectivités traditionnellement défavorisées, la promotion du bien-être social et économique des Sud-Africains ainsi que la création de nouvelles possibilités d'emploi¹⁹⁸. Une exemption, conditionnelle ou non¹⁹⁹, peut être accordée lorsqu'une entente par ailleurs contraire à la Loi est nécessaire pour atteindre au moins un des objectifs suivants :

- maintien ou promotion des exportations;
- promotion de la compétitivité des petites entreprises qui sont sous le contrôle ou sont la propriété de personnes traditionnellement défavorisées;
- modification de la capacité de production en vue de faire cesser le déclin d'un secteur d'activité donné;

¹⁹⁵Voir le par. 61(2).

¹⁹⁶Voir l'art. 63.

¹⁹⁷Voir l'art. 10 (Part C – Exemptions from Application of Chapter).

¹⁹⁸Voir l'art. 2.

¹⁹⁹Voir l'al. 10(2)(b).

- maintien de la stabilité économique au sein d'un secteur d'activité désigné par le ministre du commerce et de l'industrie²⁰⁰.

Particulièrement, la Loi est muette sur la question de savoir si, dans l'éventualité où il est établi qu'une entente est nécessaire pour atteindre un des objectifs susmentionnés, la Commission peut néanmoins refuser d'accorder une exemption au motif que, par exemple, le préjudice anticoncurrentiel découlant de l'entente l'emporte sur la nature et l'importance de la contribution qu'offre cette dernière au regard de la réalisation de cet objectif. Comme pour les deux autres modèles, les exemptions peuvent être révoquées lorsqu'on arrive à la conclusion qu'elles ont été accordées à la lumière de renseignements faux ou inexacts, qu'une des conditions imposées par la Commission n'a pas été remplie ou que la raison pour accorder l'exemption a cessé d'exister²⁰¹. À l'instar du texte législatif de la Nouvelle-Zélande, la Loi ne fixe aucun délai pour trancher une demande d'exemption.

X. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DES RÉGIMES AUSTRALIEN, NÉO-ZÉLANDAIS ET SUD-AFRICAIN

Ces régimes, qui ressemblent à celui des États-Unis, présentent en général tous les mêmes avantages et inconvénients en ce qui a trait aux règles *per se* et à la norme fondée sur la règle de la raison.

Sur la question de l'illégalité *per se*, Warner *et al.* affirment ce qui suit relativement à l'application, par ces pays, de leurs dispositions déterminatives respectives :

[TRADUCTION]

Les tribunaux judiciaires australiens et néo-zélandais ont apparemment connu les mêmes difficultés que les tribunaux judiciaires américains dans l'application de la règle de l'illégalité *per se*. À tout le moins dans certains cas, les tribunaux australiens n'ont pas réussi à appliquer la disposition déterminative à des accords de fixation des prix sans avoir à procéder à un examen des autres circonstances liées à ces accords²⁰².

Cependant, les auteurs omettent de répondre à une question encore plus fondamentale, soit celle de savoir si le libellé précis et détaillé (par rapport à l'article 1 de la *Sherman Act*) des dispositions législatives australiennes pertinentes a, dans une mesure appréciable, entraîné une diminution de la relative fréquence avec laquelle les tribunaux judiciaires de ce pays ont dû se pencher sur le problème de la « qualification », véritable fléau pour leurs homologues américains.

²⁰⁰Voir les al. 10(3)(a) et (b); *Ibid.*

²⁰¹Voir le par. 10(5).

²⁰²Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 713. Il faut toutefois signaler que les auteurs ne renvoient à aucune jurisprudence à l'appui de cette assertion.

La *Competition Act* de l'Afrique du Sud, qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1999, n'a pas encore été examinée de façon approfondie par les auteurs. Il n'existe toutefois aucune raison de penser, à la lumière du libellé du texte de loi ou d'autres éléments, que les obstacles et les difficultés rencontrés aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande et en Australie seront évités en Afrique du Sud. De fait, si on suppose que l'importance du problème lié à la qualification est directement fonction du degré de précision de la rédaction législative, on peut avancer que le texte législatif sud-africain, qui définit en termes généraux les pratiques horizontales restrictives qu'il prohibe en soi, soulève des difficultés considérables du point de vue de la qualification.

Quant à la règle de la raison, il semble que des facteurs d'ordre non économique soient pertinents et admissibles dans le cadre des trois régimes, qu'il s'agisse d'éléments d'un examen comparable à l'analyse fondée sur la règle de la raison pratiquée aux États-Unis (voir Australie et, peut-être, Nouvelle-Zélande) ou d'une condition préalable à la délivrance d'une exemption fondée sur la politique gouvernementale (voir Afrique du Sud). En Afrique du Sud en particulier, l'exemption fondée sur la politique gouvernementale constitue un domaine encore inexploré pour ce qui est de la validité et de l'importance des facteurs non économiques. Il est permis de penser que l'exemption sud-africaine, qui s'applique à l'ensemble des pratiques horizontales restrictives, reflète l'opinion du législateur selon laquelle les Sud-Africains sont ou devraient être disposés à tolérer des prix supraconcurrentiels pour les marchandises et les services qu'on leur offre puisqu'il s'agirait du prix à payer pour l'avancement de la démocratisation et l'émancipation économiques et sociales. Reste à savoir dans quelle mesure la South African Commission donnera une interprétation libérale de son pouvoir en matière d'exemption. D'une façon plus générale, on peut soutenir²⁰³, à l'égard des trois mécanismes, que l'absence de principes fondamentaux autorisant les tribunaux judiciaires à accepter ou rejeter des facteurs non économiques aura pour effet de rendre le droit incohérent et imprévisible. En outre, la présence d'objectifs multiples et, surtout, la combinaison d'objectifs d'ordre économique et non économique dans un même instrument d'orientation est la recette d'une politique manquée. Comme l'a fait remarquer la New Zealand Commission : [TRADUCTION] « Il n'est pas facile de trancher entre deux politiques gouvernementales²⁰⁴ ». C'est particulièrement le cas lorsque les politiques comparées et mises en balance l'une avec l'autre sont de nature différente.

Enfin, relativement à la question des autorisations et des exemptions, l'absence, dans les textes législatifs néo-zélandais et sud-africain, de dispositions obligeant leur commission respective à se prononcer sur les demandes dans un délai donné peut faire en sorte de placer les entreprises dans une espèce de vide juridique pendant qu'elles attendent une approbation, ce qui cause nécessairement de l'incertitude et nuit, par le fait même, à l'efficacité de la planification d'entreprise.

²⁰³ Veuillez noter qu'il y a une pénurie ou absence totale de doctrine et de critique concernant les modèles australien, néo-zélandais et sud-africain.

²⁰⁴ *Ancor*, précitée, note 190, au par. 75 (citée dans Adhar, précité, note 159, à la p. 146). Dans cette affaire, la Commission devait apprécier l'avantage lié à [TRADUCTION] « l'utilisation des ressources et aux effets qui en découlent » en regard de l'atteinte à la concurrence.

XI. RÉSUMÉ DES APPROCHES ÉTRANGÈRES EN MATIÈRE DE RESTRICTIONS HORIZONTALES

Bien que chaque territoire examiné dans le présent rapport ait adopté des dispositions interdisant les restrictions horizontales, il existe des différences importantes quant à la source et à la nature de la prohibition pertinente. En effet, l'article 1 de la *Sherman Act* comporte une interdiction large, non assujettie à des normes, qui vise les pratiques restrictives horizontales. En raison de l'absence de prohibitions expresses à l'article 1, la portée et les limites de l'interdiction sont définies par des règles jurisprudentielles. À l'opposé, les régimes respectifs de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie prévoient une interdiction générale assortie d'interdictions législatives *per se* précises prohibant la fixation des prix ainsi que d'autres formes de conduites restrictives. De même, l'article 81 du Traité CE réunit une interdiction générale afférente aux accords qui ont pour objet ou pour effet de fausser la concurrence, ainsi qu'une liste non exhaustive d'accords prohibés. Enfin, le texte législatif sud-africain prévoit une liste exhaustive d'ententes illégales en soi et une interdiction générale visant tous les autres genres d'accords ayant pour effet de empêcher ou réduire sensiblement la concurrence.

Les divers régimes présentent en outre des différences importantes quant à la norme utilisée pour décider si un accord donné est prohibé. Dans le cadre des régimes américain et sud-africain, on applique une règle *per se* à certaines catégories d'ententes et une analyse fondée sur la règle de la raison pour tous les autres accords. Comme nous l'avons vu, le Traité CE prohibe les accords ayant pour objet ou pour effet de fausser ou de restreindre la concurrence, mais permet l'application d'une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison lorsque les parties présentent une demande d'exemption. En matière d'accords qui diminuent sensiblement la concurrence, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont recours à des interdictions *per se* et à une interdiction générale, sous réserve de l'obtention d'une autorisation.

Seuls les États-Unis sont dépourvus d'un mécanisme de notification, d'exemption ou d'autorisation. En effet, les modèles de l'Union européenne, de l'Afrique du Sud, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande comportent tous des régimes similaires de notification et d'autorisation qui permettent aux autorités de réglementation d'octroyer une immunité relativement à certaines formes d'accords favorisant le jeu de la concurrence, même s'il s'agit d'ententes de fixation des prix ou d'ententes analogues. Sous réserve de certaines exceptions limitées, ces régimes prévoient également que les demandes d'autorisations sont accordées avec effet pour l'avenir. Les conséquences de la notification, de l'autorisation ou de l'exemption sont importantes dans les quatre régimes dotés d'un mécanisme de ce genre. Comme il l'a déjà été signalé, la notification, l'autorisation ou l'exemption constitue, en vertu du Traité CE ainsi que de la législation australienne, néo-zélandaise et sud-africaine, la condition préalable pour échapper à la responsabilité imposée par ces textes.

Les fondements de la délivrance d'exemptions varient eux aussi selon les divers États. À l'exception de rares cas, la décision d'accorder ou de rejeter une demande d'exemption présentée dans le cadre du régime de l'Union européenne repose uniquement sur des facteurs d'ordre

économique. En Australie et en Nouvelle-Zélande, tant les facteurs économiques que non économiques sont considérés comme pertinents pour trancher les demandes d'autorisation. Toutefois, en Afrique du Sud, les exemptions sont accordées ou refusées exclusivement en fonction de facteurs non économiques. Pour décider si une autorisation peut être délivrée en application des régimes de l'Union européenne, de l'Australie, de l'Afrique du Sud ou de la Nouvelle-Zélande, on procède à une analyse fondée sur la règle de la raison pour déterminer les avantages et les inconvénients liés à l'entente attaquée.

Quant à l'approche fondée sur le régime double, seul le modèle américain offre le choix entre un examen d'ordre criminel ou civil des accords mis en cause. En règle générale, c'est la nature de l'entente qui permet de décider si elle doit faire l'objet d'un examen criminel ou civil. Les autres régimes étudiés dans le présent rapport appliquent exclusivement sur un mécanisme d'examen civil. Cependant, chacun de ces régimes permet d'infliger des amendes considérables qui, bien qu'elles n'entraînent pas les mêmes stigmates qu'une condamnation au criminel, constituent des mesures dissuasives d'une appréciable efficacité.

Du point de vue des mesures correctives, les modèles américain et sud-africain présentent des caractéristiques toutes particulières. Seul le régime américain autorise le recouvrement du triple des dommages subis et l'emprisonnement des individus condamnés pour avoir passé outre à l'interdiction relative aux restrictions horizontales. De même, seul le texte législatif sud-africain envisage la possibilité de rendre une ordonnance s'apparentant à une exécution en nature (c.-à-d., une ordonnance enjoignant à la partie déclarée coupable de s'être livrée à une pratique prohibée de fournir ou de distribuer des marchandises ou des services à un tiers). Il convient de signaler que tous les régimes prévoient que des parties privées peuvent prendre l'initiative de faire appliquer les interdictions relatives à la collaboration entre concurrents.

Notre examen révèle aussi des différences structurelles importantes entre les régimes adoptés par ces ressorts en matière de concurrence. Les États-Unis ont un régime double, criminel et civil, s'appuyant sur les modèles juridictionnels de prise de décision, par opposition au régime des instances décisionnelles administratives qui prédomine en Europe, à tout le moins en ce qui concerne la délivrance d'exemptions. Ces différences de structure sont souvent à l'origine des critiques formulées dans chacun de ces territoires. On critique le système américain parce qu'il est coûteux et incertain, et le système européen parce qu'il est bureaucratique et lent. Face à ces deux extrêmes, le Canada a choisi le moyen terme.

XII. LEÇONS TIRÉES DE L'EXAMEN COMPARATIF

(a) Définition de l'interdiction

L'expérience américaine touchant l'article 1 de la *Sherman Act* indique que les interdictions *per se* constituent des mesures efficaces de dissuasion et de réparation au regard des ententes injustifiables. En particulier, elle montre que les interdictions *per se* sont moins coûteuses à exécuter et qu'elles offrent une certitude et une prévisibilité accrues. Comme il l'a été mentionné

plus haut, l'enquête *per se* visant à déterminer si la conduite illicite a effectivement eu lieu – l'unique question à trancher dans le cadre d'une analyse *per se* – permet une économie de temps et d'argent comparativement à l'enquête approfondie concernant les effets sur la concurrence qu'exige la règle de raison. De surcroît, l'approche catégorique suivie dans le cadre de la règle de l'interdiction *per se* est garante du prononcé de décisions judiciaires plus uniformes et prévisibles, et offre donc davantage de certitude pour l'industrie. En plus d'entraîner des dépenses plus élevées et des délais plus longs, comme il l'a été signalé relativement aux modifications proposées à l'égard du Traité CE, le recours à l'analyse fondée sur la règle de la raison risque de faire en sorte que les règles de la concurrence soient écartées pour des raisons d'ordre politique.

Cependant, l'expérience américaine met aussi en lumière l'inconvénient lié aux interdictions *per se*, à savoir que leur manque de souplesse est susceptible d'entraîner la condamnation de collaborations entre concurrents avantageuses. Selon Warner *et al.*, [TRADUCTION] « même une interdiction criminelle *per se* visant la fixation non déguisée de prix ne peut être formulée avec une totale précision, et elle visera inévitablement des accords potentiellement bénéfiques pour la concurrence²⁰⁵ ». De plus, l'application d'une règle *per se* nécessite la tenue d'une enquête préliminaire pour déterminer si l'entente attaquée relève de l'interdiction *per se* en question. Les avantages, tant pour l'administration de la justice que pour les parties au litige, liés au coût de la règle *per se* sont évidemment perdus s'il se révèle nécessaire de procéder à une analyse, approfondie ou même partielle, fondée sur la règle de la raison avant de condamner une entente pour cause d'illégalité *per se*. En outre, le problème que soulève la qualification de l'entente a des conséquences défavorables sur la certitude et la prévisibilité qui devraient caractériser la règle *per se*. En résumé, l'efficacité et la clarté de l'approche *per se* américaine pourraient, à un degré qu'il est impossible de préciser, s'avérer plus apparentes que réelles.

Notre examen comparatif indique qu'une disposition législative qui déterminerait (et, dans la mesure du possible, définirait) de manière expresse et précise les genres d'ententes qui sont prohibés en soi, comme le font l'article 45A de la *Trade Practices Act* australienne et l'article 30 de la *Commerce Act* néo-zélandaise, permettrait de restreindre la non-efficacité et l'incertitude découlant de la difficulté de qualification évoquée ci-haut. Notre étude montre également qu'il existe un moyen de limiter la portée excessive des interdictions *per se* qui résulte de leur manque de souplesse : il suffit d'adopter des dispositions prévoyant une façon d'exempter la catégorie limitée d'accords qui, à strictement parler, violent ces interdictions, mais qui, en raison de leurs avantages potentiels sur le plan de la concurrence, ne devraient pas être condamnés ou, à tout le moins, ne devraient pas l'être sommairement.

À la lumière du modèle américain, une des options possibles consiste à simplement analyser suivant la règle de la raison les accords attaqués qui pourraient favoriser le jeu de la concurrence. Dans le cadre d'une analyse de ce genre, le Tribunal (ou les tribunaux judiciaires) jouirait de la souplesse nécessaire pour distinguer les collaborations qui sont avantageuses sur le plan de la

²⁰⁵Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 716.

concurrence et qui favorisent le bien-être de celles qui ne remplissent pas ces conditions. Toutefois, comme le signalent la Commission européenne et certains auteurs de doctrine opposés à l'intégration de la règle de la raison au paragraphe 81(1) du Traité CE, la mise en oeuvre de cette règle ne peut se réaliser que graduellement, au fil des décisions successives, et ne fournirait donc pas de solution rapide aux préoccupations du Bureau de la concurrence relatives à l'application de la loi. En outre, on peut avancer que l'approche fondée sur la règle de la raison entraînera une plus grande incertitude puisqu'il faudra, dans chaque cas, procéder à une évaluation et à une analyse complexes du marché pour décider si les avantages proconcurrentiels de l'entente attaquée l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels. Bien sûr, une analyse de ce genre se traduirait également par un accroissement des délais, du coût et de la complexité du processus d'application de la loi. À titre connexe, comme les tribunaux judiciaires seraient responsables de l'évolution de l'analyse fondée sur la règle de la raison, il serait difficile de prévoir l'orientation de cette évolution, laquelle pourrait se révéler incompatible avec les objectifs en matière de politiques fixés par le commissaire.

Le mécanisme de notification, d'autorisation ou d'exemption constitue une deuxième option qui, comme nous l'expliquerons, permet d'éviter plusieurs des lacunes associées à l'approche américaine de l'analyse fondée sur la règle de la raison. Comme il l'est mentionné plus haut, le paragraphe 81(3) du Traité CE prévoit un mécanisme de ce genre, à l'instar des textes législatifs australiens et néo-zélandais. Comme dans le modèle américain, une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison est appliquée pour établir s'il y a lieu d'accorder une exemption. À l'opposé du modèle américain, toutefois, le mécanisme a véritablement pour effet de soustraire certains accords à l'application des interdictions prévues par la loi, qu'il s'agisse d'interdictions *per se* ou autres. Suivant le paragraphe 81(3) du Traité CE, l'article 88 de la *Trade Practices Act* et les articles 58 et 61 de la *Commerce Act*, les autorités chargées de l'application de la loi jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de valider des ententes en raison des circonstances particulières de chaque cas. Autre différence d'avec le modèle américain, c'est l'organisme d'application de la loi compétent, et non les tribunaux judiciaires, qui a le pouvoir exclusif (du moins en premier lieu) d'autoriser ou d'exempter une entente qui, par ailleurs, violerait une interdiction législative. Ce modèle administratif d'exemptions permet d'éviter les problèmes observés dans le régime américain, y compris celui du coût et de l'incertitude qu'entraîne le modèle purement juridictionnel. En particulier, les entreprises de l'Union européenne ont fait savoir qu'elles appuyaient le régime actuel de notification et d'exemption en raison de la certitude juridique qu'il apporte.

En revanche, à la lumière de la voie choisie par l'Union européenne, nous signalons que, pour rendre un régime de notification ou d'autorisation le plus efficace possible, il faut éviter les processus lourds ou qui demandent beaucoup de temps. Au sein de l'Union européenne, l'accumulation de cas assujettis au processus de notification a occasionné des retards considérables qui pourraient avoir dissuadé des parties de conclure des alliances potentiellement avantageuses sur le plan de la concurrence. Cette situation semble être le fait d'un régime dont la portée est excessive et qui, selon le paragraphe 81(2), rend nulles toutes les formes d'ententes qui tombent sous le coup de la portée étendue du paragraphe 81(1) et à l'égard desquelles aucune

notification n'a été présentée. Comme nous l'exposons plus loin, il serait probablement possible d'assouplir le processus de notification si seules les ententes qui renferment des clauses de fixation des prix ou d'autres stipulations analogues devaient y être assujetties pour conserver leur validité provisoire.

(b) Régime double

L'expérience américaine montre les avantages d'un processus d'examen civil et criminel des accords de collaboration entre concurrents. Les mesures de dissuasion constituent le mode d'application de la loi le moins onéreux et les sanctions criminelles remplissent très bien ce rôle. De surcroît, les sanctions criminelles sont incontestablement appropriées dans le cas d'ententes injustifiables, qui sont par définition préjudiciables aux consommateurs. Comme nous l'avons déjà signalé, l'efficacité des sanctions criminelles pour ce qui est de faire respecter la loi a incité la Commerce Commission de la Nouvelle-Zélande à préconiser l'ajout de telles sanctions à la loi applicable. En outre, comme l'a déclaré le sous-procureur général lorsqu'il a défini l'essentiel de la mission de la Criminal Antitrust Enforcement Division du Département de la justice :

[TRADUCTION]

La fixation des prix et les autres infractions à la *Sherman Act* sont l'antithèse de la libre concurrence. Ces comportements sont criminels précisément parce qu'ils entraînent une augmentation des prix et une diminution de la qualité et du choix. En un sens étroit, comme je l'ai mentionné, ils soustraient de l'argent aux Américains. En un sens plus large – et tout aussi important –, les violations criminelles antitrust minent la structure économique de notre société. Les crimes antitrust sont antisociaux, tout autant que la fraude et le vol qualifié. Il deviendrait impossible pour la société qui tolérerait de tels crimes de maintenir sa liberté économique, tout comme la société qui tolérerait le meurtre ne pourrait conserver longtemps sa liberté physique²⁰⁶.

D'un autre côté, comme nous l'avons signalé, le Département de la justice reconnaît aussi que les poursuites criminelles ne sont pas indiquées en présence d'un désaccord légitime sur la question de savoir si les avantages concurrentiels d'une entente surpassent ses effets anticoncurrentiels. Dans ces cas, le Département a admis qu'un examen de nature civile pouvait se révéler préférable à un examen de nature criminelle et ce, même pour les accords qui sont habituellement qualifiés d'illégaux en soi²⁰⁷. Dans la même veine, après avoir fait remarquer que l'appréciation de l'effet final sur la concurrence de collaborations entre concurrents donne souvent naissance à des désaccords légitimes, Ross a déclaré qu'il [TRADUCTION] « paraît difficile d'approuver la menace de poursuites criminelles et la possibilité d'emprisonnement et de stigmatisation sociale qui en

²⁰⁶Voir Anne K. Bingman et Gary R. Spratling, « Criminal Antitrust Enforcement » (février 1995), à l'adresse suivante : <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/95-02-23.htm>.

²⁰⁷Voir le *Antitrust Division Manual*, précité, à la note 80.

découle²⁰⁸ » pour tous les cas de restriction horizontale. Il faut en outre se rappeler que la procédure criminelle, avec son rigoureux fardeau de la preuve, peut occasionner des délais importants et des frais élevés pénalisant à la fois les responsables de l'application de la loi et ceux dont la conduite fait l'objet de poursuites.

(c) Facteurs sociaux et autres considérations non économiques

Dans une plus ou moins grande mesure, les modèles européen, australien, néo-zélandais et sud-africain reconnaissent la pertinence des facteurs sociaux et d'autres considérations « non économiques » (c.-à-d., les considérations n'ayant pas de lien avec l'efficacité économique) pour décider s'il y a lieu d'accorder une exemption ou une autorisation. Par exemple, l'ACCC a expressément déclaré que, pour déterminer si une entente doit faire l'objet d'une autorisation, elle tiendra compte d'avantages non économiques, notamment la croissance de l'emploi dans des régions données ou l'harmonie au sein de l'industrie. Comme il en sera question plus loin, on peut soutenir que l'ajout de facteurs non économiques porte atteinte à la cohérence et à la prévisibilité du droit parce qu'il n'existe aucun principe essentiel pouvant fonder l'acceptation ou le rejet de facteurs de cette nature. De plus, même si nous reconnaissons que, dans sa forme actuelle, l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* admet de façon expresse une exception étroitement libellée visant les arrangements ne concernant que l'exportation de produits du Canada²⁰⁹, nous estimons que l'introduction sans restriction de facteurs non économiques dans l'analyse fondée sur l'article 45 constituerait un changement d'orientation très important qui risquerait de donner un caractère politique aux principes de la concurrence dans notre pays. Nous relevons également qu'aucun auteur de doctrine canadien s'intéressant à la politique de concurrence n'appuie de quelque façon l'élargissement de l'analyse fondée sur la règle de la raison pour tenir compte de facteurs non économiques. Il est toutefois possible que la mondialisation accrue exerce sur la politique de concurrence une pression propre à faire mettre en balance la compétitivité mondiale des entreprises canadiennes et les effets anticoncurrentiels à court terme sur les marchés intérieurs canadiens.

(d) Éléments essentiels d'un article 45 modifié

Il ressort de l'examen qui précède que l'article 45, une fois modifié, devrait revêtir les attributs suivants :

- il devrait interdire les ententes injustifiables au moyen d'une disposition criminelle *per se*;
- il devrait énumérer de façon précise les genres d'arrangements visés par l'interdiction *per se*;

²⁰⁸Ross, précité, note 7, à la p. 867.

²⁰⁹Voir les par. 45(5) et (6); voir également l'al. 49(2)a).

- les arrangements qui ne tombent pas sous le coup des interdictions *per se* devraient, en application d'une disposition civile, être assujettis à une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison;
- les parties devraient pouvoir bénéficier d'une exception les soustrayant à l'application des dispositions criminelles *per se* lorsque les avantages sur le plan de la concurrence de l'arrangement potentiellement criminel sont supérieurs à ses effets anticoncurrentiels.

XIII. CRITIQUE DE L'ARTICLE 45 : ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA RÉFORME

Il existe certaines différences appréciables entre l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* et les autres régimes examinés plus haut. Par exemple, contrairement à l'analyse fondée sur la règle de la raison prévue à l'article 1 de la *Sherman Act* et au paragraphe 81(3) du Traité CE, l'article 45 ne prévoit qu'une règle de raison « partielle ». En effet, comme l'a confirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society* :

L'alinéa 32(1)c) [maintenant l'article 45] de la Loi se trouve quelque part dans le continuum allant de la règle *per se* à la règle de la raison. Il permet l'examen des effets de l'accord néfastes à la concurrence, contrairement à une règle *per se*, qui pourrait prescrire que tous les accords qui réduisent la concurrence engagent la responsabilité. En revanche, il n'autorise pas l'étude minutieuse des avantages et des inconvénients de l'accord sur le plan économique, comme le ferait une règle de la raison²¹⁰.

En outre, contrairement à la *Sherman Act*, telle qu'elle est interprétée et appliquée par les tribunaux judiciaires des États-Unis, l'article 45 ne comporte aucune interdiction *per se* implicite. En droit canadien, le ministère public ne peut se contenter d'établir que l'entente interdite a été conclue ou a pris effet. Il doit plutôt prouver, relativement à l'*actus reus* de l'infraction, que si l'entente était exécutée, elle aurait vraisemblablement pour effet de réduire indûment la concurrence au sein du marché pertinent. Par comparaison, les articles 47 et 49 de la *Loi sur la concurrence* prévoient respectivement des infractions *per se* relatives au truquage des offres et aux ententes intervenues entre des institutions financières fédérales. De plus, l'article 45 comporte deux exigences distinctes en ce qui concerne la *mens rea* :

- (i) l'exigence de la *mens rea* subjective – l'accusé doit avoir eu d'une part l'intention subjective de conclure l'accord attaqué et d'autre part connaissance des conditions de cet accord;

²¹⁰[1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 650.

- (ii) l'exigence de la *mens rea* objective – l'accusé devait ou aurait dû savoir que l'accord aurait pour effet de diminuer indûment la concurrence²¹¹.

Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotie Pharmaceutical Society*, le juge Gonthier a déclaré ce qui suit relativement à l'élément objectif de la *mens rea* :

Afin de satisfaire à l'élément objectif de l'infraction, le ministère public doit démontrer que, selon une interprétation objective de la preuve présentée, l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence. [...] [I]l serait logique de présumer qu'un homme ou une femme d'affaires raisonnable qui, peut-on supposer, connaît bien son commerce savait ou aurait dû savoir, qu'un tel accord était susceptible de diminuer indûment la concurrence²¹².

Les auteurs de doctrine ont critiqué l'article 45 en précisant que cette disposition est vague et mal fondée sur le plan économique. À titre d'exemple, dans leur ouvrage intitulé « Rethinking Price Fixing Law », Warner *et al.* décrivent ainsi les inconvénients du régime actuel :

[TRADUCTION]

L'interdiction actuelle est trop limitative puisqu'elle permet de valider des arrangements manifestement anticoncurrentiels. [...] Comme elle oblige le ministère public à établir, suivant la norme de preuve criminelle, qu'un arrangement a diminué « indûment » la concurrence, il arrive que cette interdiction permette à des parties à une entente de fixation de prix d'éviter la condamnation [...]

Parallèlement, l'interdiction actuelle est trop large parce qu'elle assujettit l'ensemble des arrangements horizontaux aux interdictions criminelles et jette un doute sur de nombreuses ententes susceptibles d'accroître le bien-être de la population. Exception faite des cas évidents de fixation des prix, les effets d'un grand nombre d'arrangements horizontaux sur le bien-être sont ambigus, et les accords qui produisent ce genre d'effets ne devraient pas faire l'objet de mesure de dissuasion et ne nécessitent pas de sanctions criminelles²¹³.

Les résultats de l'application de l'article 45 jusqu'à présent militent également en faveur d'une réforme. Dans leur ouvrage intitulé « Au-delà de l'amusement et de la détente : Le traitement des complots en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada »²¹⁴, Robert Jackson et Harry Chandler

²¹¹Davies, Ward & Beck, *Competition Law of Canada* (2000), à la p. 8-7.

²¹²Précité, note 210, à la p. 660.

²¹³Warner *et al.*, précité, note 70, aux p. 690 et 691.

²¹⁴Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://strategis.ic.gc.ca>.

examen comment on a traditionnellement appliqué cette disposition. Comme il l'a déjà été mentionné, parmi les 51 affaires introduites en application de l'article 45 depuis 1980, 29 ont donné lieu à des plaidoyers de culpabilité. La donnée la plus frappante du rapport, toutefois, est que sur les 22 affaires contestées sous le régime de l'article 45, le ministère public n'a obtenu gain de cause que dans trois d'entre elles. En outre, des 17 affaires conclues par un acquittement ou une absolution, Jackson et Chandler précisent que six résultent de l'omission d'établir l'existence d'un accord et les 11 autres de l'omission d'établir que l'arrangement diminuait indûment la concurrence ou qu'il était de l'intention des parties que l'arrangement produise cet effet. Il s'agit d'une situation particulièrement préoccupante en ce que chacune de ces poursuites avait trait à une entente injustifiable, visant notamment des accords de fixation de prix ou de partage de marchés. Comme le signalent les auteurs Jackson et Chandler :

Un examen des cas mentionnés à l'annexe I permet de constater que tous portaient sur un comportement anticoncurrentiel flagrant – principalement la fixation des prix, le partage du marché ou le truquage des offres. Aucun de ces cas ne concernait ce qu'on appelle parfois des alliances stratégiques, par exemple l'association d'entreprises concurrentes dans le but de faciliter l'échange de connaissances, de compétences et de technologies, de pénétrer sur de nouveaux marchés à un coût moindre et avec moins de risque, de favoriser l'innovation et la croissance, de lancer plus rapidement des produits sur le marché, de surmonter les obstacles juridiques ou commerciaux, de réaliser des économies d'échelle et de diversification, ou d'être plus concurrentiel à l'égard de rivaux de plus grande taille en offrant une gamme de produits plus vaste²¹⁵.

Ils arrivent à la conclusion que « les résultats laissent croire que le plus difficile dans les poursuites fondées sur l'article 45 est d'établir le “ caractère indu ”²¹⁶ ».

XIV. PROPOSITIONS DE RÉFORME

(a) Objectifs de nature législative

À notre avis, tout modèle soumis lors de l'examen de propositions de réforme devrait être évalué en fonction des objectifs suivants :

- application cohérente et rentable de la loi;
- certitude et prévisibilité tant pour les autorités chargées de l'application de la loi que pour ceux dont le comportement risque de faire l'objet d'un examen;

²¹⁵*Ibid*, aux p. 5 et 6 de 23.

²¹⁶*Ibid*, à la p. 7 de 23.

- souplesse suffisante pour permettre de distinguer les ententes entre concurrents qui favorisent la concurrence de celles qui lui nuisent;
- sanction adéquate des collaborations préjudiciables sur le plan économique sans pour autant nuire aux efforts engagés en vue de la conclusion de nouvelles ententes de coopération favorisant la concurrence;
- harmonisation du traitement réservé aux accords de collaboration et aux fusionnements ²¹⁷.

(b) Modèles précédemment proposés

On a déjà proposé deux modèles législatifs principaux en ce qui concerne l'article 45. Dans « Rethinking Price Fixing Law », les auteurs Presley Warner et Michael Trebilcock proposent le modèle du régime double (le modèle Trebilcock-Warner) composé de quatre éléments fondamentaux : a) une interdiction criminelle *per se* redéfinie ne ciblant que les arrangements non déguisés (et secrets) de fixation des prix; b) un mécanisme d'avis *ex ante* offrant une [TRADUCTION] « immunité immédiate et permanente contre la responsabilité criminelle²¹⁸ » aux parties qui avisent le Bureau de la concurrence [TRADUCTION] « avant la date à laquelle l'arrangement prend effet ou dans les 30 jours suivants son exécution²¹⁹ »; c) un processus d'examen de nature civile des arrangements ayant fait l'objet d'un avis et qui, suivant le commissaire, sont anticoncurrentiels; et d) des modifications connexes à la Loi visant à adopter, eu égard aux arrangements horizontaux, les mesures de protection d'ordre procédural applicables en matière d'examen de fusionnements.

Sous le modèle Trebilcock-Warner, l'immunité relative aux poursuites criminelles ne dépendrait pas de l'acceptation, par le commissaire, d'un arrangement ayant fait l'objet d'un avis; elle découlerait plutôt de l'avis lui-même. Les auteurs avancent que le fait de rendre l'immunité criminelle automatique dès que l'avis est donné permettrait d'éviter les délais et le fardeau administratif qu'entraîne le régime prévu par le Traité CE²²⁰. Bien que la remise d'un avis empêche l'introduction de poursuites criminelles, le commissaire, suivant le modèle Trebilcock-Warner, conserverait le droit de demander une réparation de nature civile relativement à tout arrangement ayant fait l'objet d'un avis, qu'il considère anticoncurrentiel. Warner *et al.* proposent que le processus d'examen des fusionnements soit adopté pour l'examen civil des arrangements ayant fait l'objet d'un avis. Ainsi, ces arrangements constitueraient des pratiques susceptibles d'examen, au sens de la partie VIII de la Loi, et le Tribunal appliquerait donc la

²¹⁷Ross, précité, note 7, aux p. 869 et 870.

²¹⁸Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 718.

²¹⁹Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 717.

²²⁰Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 719.

norme de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence » prévue à l'article 92 de la Loi pour l'examen des ententes²²¹. Par ailleurs, les parties qui allèguent la validité d'un arrangement ayant fait l'objet d'un avis pourraient invoquer le moyen de défense fondé sur l'efficience qui se trouve à l'article 96 de la Loi²²². Enfin, Warner *et al.* proposent que l'article 36 de la Loi soit modifié afin de faire déclarer inexécutoire tout arrangement contraire à l'interdiction criminelle et de prohiber les poursuites privées en matière d'accords ayant fait l'objet d'un avis.

Le modèle proposé par le projet de loi C-472 ressemble beaucoup au modèle Trebilcock-Warner. Ce projet de loi aurait donné lieu à la modification de l'article 45 par l'ajout d'une interdiction criminelle visant tout accord collusoire conclu entre un ou plusieurs concurrents qui :

[...] s'il était mis en oeuvre, aurait ou aurait vraisemblablement pour effet :

- a) de fixer, établir, contrôler ou maintenir le prix minimum d'un produit;
- b) de répartir des marchés, territoires, clients ou ventes du produit entre la personne et le concurrent;
- c) de boycotter un concurrent ou les fournisseurs ou clients d'un concurrent;
- d) d'empêcher, éliminer, diminuer ou de toute autre façon limiter la production ou l'approvisionnement d'un produit.

Tous les autres arrangements auraient, en application d'une disposition civile complémentaire²²³, fait l'objet d'un examen à la suite duquel le commissaire aurait été autorisé à demander au Tribunal de rendre des ordonnances correctives à l'égard de ceux qui, selon la preuve, auraient eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence²²⁴. Le projet de loi C-472 aurait également assorti l'interdiction d'exceptions expresses en matière de restrictions auxiliaires et d'arrangements entre participants qui ne détiennent pas ensemble 25 pour 100 ou plus du marché pertinent²²⁵.

Comme le modèle Trebilcock-Warner, le projet de loi C-472 établissait un régime d'avis, mais celui-ci différait à deux égards de celui prévu par le modèle Warner. En premier lieu, même s'il

²²¹Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 720.

²²²Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 721.

²²³Voir l'art. 79.1.

²²⁴Voir l'art. 79.1.

²²⁵Voir les al. 45(7)d) et e).

prévoyait lui aussi l'obligation de donner un avis relatif aux accords potentiellement criminels, lequel aurait entraîné une immunité automatique contre des poursuites criminelles, le projet de loi C-472 n'exigeait pas que l'avis soit donné préalablement à la conclusion de l'arrangement²²⁶. Les parties auraient plutôt eu la possibilité de donner l'avis et de se prémunir contre des poursuites criminelles à n'importe quel moment. En second lieu, le projet de loi, prévoyait la délivrance, mais uniquement avant la conclusion d'une entente, de certificats d'autorisation valides pour trois ans qui auraient eu pour effet de protéger l'arrangement ayant fait l'objet d'un avis tant d'un examen civil que de poursuites criminelles²²⁷. À l'opposé, le modèle Trebilcock-Warner prévoit que les arrangements ayant fait l'objet d'un avis sont soustraits à un examen d'ordre criminel, mais demeurent assujettis à un examen civil devant le Tribunal, à la discrétion du commissaire.

(c) Préoccupations soulevées par les propositions antérieures

(i) « Entre concurrents »

L'interdiction criminelle proposée dans le projet de loi C-472 constitue un précédent utile. En fait, celle que nous recommandons plus loin intègre un grand nombre de ses caractéristiques. Nous constatons toutefois qu'à l'exemple de l'interdiction formulée par Warner *et al.*, le projet de loi C-472 prohibe seulement les arrangements entre concurrents²²⁸. À notre avis, cette restriction pose quelques problèmes. Tout d'abord, pour déterminer si les parties à un arrangement sont des concurrents véritables, ou même potentiels, le décideur doit se pencher sur la question complexe de la définition du marché, alors que le processus devait plutôt consister en un examen de nature sommaire. De plus, l'interdiction criminelle établie par le projet de loi C-472 aurait été inapplicable aux arrangements entre des concurrents potentiels ou des parties ayant une relation verticale. Nous reconnaissons par ailleurs que la présomption économique fondant l'application des interdictions *per se* aux ententes injustifiables entre concurrents, savoir la certitude de leurs effets anticoncurrentiels, pourrait ne pas s'appliquer aux arrangements entre parties non en concurrence, ce qui rendrait encore plus nécessaire l'examen des effets nets de ces ententes sur la concurrence dans ces cas particuliers.

En outre, aucun des régimes étrangers étudiés plus haut ne limite l'application de l'interdiction aux seuls accords entre concurrents. Le paragraphe 81(1) s'applique de manière large aux « accords entre entreprises [et] décisions d'associations d'entreprises ». De même, selon les Lignes directrices conjointes, le terme [TRADUCTION] « concurrent » [TRADUCTION] « englobe à la fois les concurrents réels et les concurrents potentiels ». En règle générale, l'article 45 de la *Trade Practices Act* australienne s'applique tant aux concurrents réels que probables. Le texte législatif de la Nouvelle-Zélande s'applique aux [TRADUCTION] « personnes » en général et à la concurrence réelle, probable ou potentielle en matière d'accords

²²⁶Voir l'al. 45(7)c).

²²⁷Voir le par. 79.2(2).

²²⁸Voir le par. 45(1); Warner *et al.*, précité, note 70, à la p. 717.

de fixation des prix en particulier. Les interdictions *per se* énoncées dans le texte législatif de l’Afrique du Sud s’appliquent quant à elles aux [TRADUCTION] « parties ayant des rapports juridiques » et aux [TRADUCTION] « entreprises ou associations d’entreprises ».

(ii) Exception relative à la part de marché

L’exception fondée sur la part de marché de 25 pour 100 énoncée à l’alinéa 45(7)e) du projet de loi C-472 est inhabituelle et mérite qu’on s’y intéresse. Cette disposition permet aux parties qui ont conclu une entente injustifiable de se soustraire à l’application de l’interdiction uniquement en raison de leur présence sur le marché, ou de leur absence de celui-ci, peu importe l’effet du comportement et le degré de concentration au sein du marché pertinent. Pour illustrer les pièges liés au fait d’insister exclusivement sur la part de marché, il convient de renvoyer à un exemple donné dans l’article de Ross :

[TRADUCTION]

Un exemple donné par Bork concerne un accord de publicité collective conclu entre un petit nombre de pharmaciens dans une ville importante. Afin de réaliser des économies d’échelle en matière de publicité, ils ont convenu de préparer une publicité commune et d’honorer les prix mentionnés. Bien qu’il s’agisse manifestement (en partie) d’une entente visant à fixer les prix, l’arrangement ne peut avoir une incidence défavorable sur la concurrence (puisque l’ensemble des détaillants ne sont à l’origine que d’une fraction minime des ventes effectuées dans la ville) et est de fait avantageux dans la mesure où il améliore l’information donnée au sein du marché et diminue les frais de publicité.

Si l’on applique l’exception proposée dans le projet de loi C-472 à l’exemple ci-dessus, et si l’on présume que les pharmaciens dont il est question constituent ensemble 25 pour 100 du marché et que le marché n’est pas fortement concentré, étant constitué d’un nombre appréciable de concurrents d’une importance comparable ou supérieure à celles des parties à l’entente, l’arrangement de publicité proposé n’aura pas d’incidence sensible sur la concurrence et ne devrait pas faire l’objet des interdictions *per se* proposées dans le projet de loi C-472. En revanche, dans l’hypothèse où l’arrangement proposé touche deux pharmacies qui détiennent ensemble 25 pour 100 du marché et où la part restante du marché est détenue par une chaîne contrôlée par une entité unique, l’arrangement proposé aurait vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence et d’accroître encore plus le risque d’un comportement interdépendant chez les participants du marché.

En outre, à titre de comparaison, les ententes injustifiables ne sont pas assujetties à la doctrine *de minimus* applicable sous le régime du droit régissant l’Union européenne. Selon la *Communication concernant les accords d’importance mineure* (97/C 372/04)²²⁹, les accords horizontaux ou verticaux qui ont pour effet de fixer les prix, de restreindre la production ou les

²²⁹Précité, à la note 41.

ventes, de partager des marchés ou des sources d’approvisionnement ou, dans le cas d’accords verticaux, d’offrir une protection territoriale aux participants ou à des tiers, ne peuvent bénéficier de cette exclusion quelle que soit la part totale du marché des participants. La doctrine *de minimus* ne s’applique pas non plus lorsque le marché est fortement concentré, même si les parts de marché respectives des participants sont petites. Dans le même ordre d’idées, la Cour suprême des États-Unis a confirmé, dans l’affaire *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*²³⁰, que l’absence de puissance commerciale ne constitue pas un moyen de défense valable en matière d’illégalité *per se*.

En fait, aucun des régimes examinés plus haut ne comporte d’exception fondée exclusivement sur la part de marché. D’un point de vue pratique, nous signalons également qu’il est probable que l’application de cette exception exige une définition complète du marché pertinent, ce qui réduirait l’efficacité des interdictions prévues à l’article 45.

C’est pourquoi nous ne sommes pas en faveur d’une exception législative fondée sur la part de marché. Comme solution de rechange, nous proposons donc de prévoir, le cas échéant, une exception fondée sur la part de marché dans le cadre de lignes directrices. Cette approche offre une souplesse accrue et importante du point de vue de l’élaboration des politiques.

(iii) Modèle du régime double

Les modifications proposées à l’égard du projet de loi C-472 auraient également permis dans une grande mesure d’instaurer un régime double efficace et, parallèlement, de conserver la possibilité d’infliger des sanctions criminelles dans les cas d’ententes injustifiables. Cependant, nous croyons que deux aspects de ce modèle nécessitent un examen plus approfondi : a) les avis et l’immunité touchant les ententes injustifiables et b) la possibilité de recourir à l’examen fondé sur la règle de la raison à l’égard des arrangements sur le point d’être conclus ou de prendre effet. Ces éléments sont traités ci-dessous.

(1) Immunité sur le plan criminel

Comme il l’a été mentionné, les modifications proposées dans le projet de loi C-472 auraient permis aux parties à des ententes injustifiables et secrètes de se protéger contre l’introduction de poursuites criminelles en donnant un avis. En particulier, l’alinéa 45(7)c) dispose qu’un arrangement ne sera pas considéré comme étant de la « collusion », au sens du paragraphe 45(1), s’il « a fait l’objet d’un avis donné au commissaire conformément au paragraphe 79.2(1) ». Le droit unilatéral et non discrétionnaire à l’immunité criminelle conféré à l’alinéa 45(7)c) aurait entraîné le risque que les parties concluent un arrangement tout en sachant pertinemment qu’elles violent l’article 45, puis qu’elles donnent avis de l’arrangement en question de manière à éviter des sanctions criminelles et à frustrer les demandeurs privés d’un recours en vertu de l’article 36 de la Loi. De même, le modèle Trebilcock-Warner fait lui aussi apparaître le spectre du

²³⁰493 U.S. 411 (1990).

comportement stratégique. À cet égard, le risque est plutôt lié au fait que les parties à une entente qui n'a pas encore pris effet ou été conclue donneront avis de celle-ci, puis iront de l'avant après le délai d'attente de 30 jours, sachant qu'il pourrait se révéler difficile pour le commissaire d'obtenir une injonction provisoire en vue de les empêcher de donner suite à l'arrangement et que, même s'il est probable que l'arrangement soit en fin de compte condamné, elles auront réussi à se soustraire à la fois aux sanctions criminelles et aux dommages-intérêts civils.

De surcroît, bien que l'article 79.2 du projet de loi C-472 dispose que les certificats d'autorisation ne sont délivrés qu'à l'égard des accords qu'une personne « est sur le point de conclure », l'alinéa 45(7)c) n'impose pas de limite analogue en ce qui touche le droit de donner un avis. Comme nous l'avons déjà signalé, il est donc permis de penser que, sous le régime proposé par le projet de loi C-472, les parties auraient été autorisées à donner un avis et à se soustraire aux poursuites criminelles même si elles avaient déjà mis l'arrangement en oeuvre. Les parties ne devraient pas jouir du droit absolu et unilatéral d'éviter leur responsabilité criminelle. Cela dit, l'idée d'octroyer l'immunité ou de faire preuve d'indulgence lorsqu'un avis est donné après la conclusion de l'entente pourrait se révéler avantageuse. En effet, comme les avis donnés préalablement à la conclusion de l'entente, ceux donnés après faciliteraient la tâche du commissaire en ce qui concerne la détection et la cueillette d'éléments de preuve. En outre, la possibilité de donner un avis postérieurement à la conclusion de l'entente bénéficierait aux parties qui ont passé un arrangement potentiellement criminel à leur insu de même qu'aux parties à un arrangement qui, en raison d'un changement important dans les conditions du marché, est devenu potentiellement criminel. Pour inciter les parties à donner un avis relatif aux accords déjà mis en oeuvre, il pourrait être souhaitable que le Bureau accorde une certaine forme d'immunité, analogue à celle octroyée dans le cadre de l'actuel Programme d'immunité, à la partie qui donnerait un avis postérieur à la conclusion de l'entente en application d'un article 45 modifié²³¹.

(2) Cas de non-application de l'analyse fondée sur la règle de la raison

Le projet de loi C-472 n'envisage la possibilité de procéder à une analyse complète fondée sur la règle de raison qu'à l'égard des arrangements qui ont déjà pris effet ou été conclus. Il ne confère pas au commissaire le pouvoir de demander au Tribunal d'effectuer une telle analyse avant que les parties n'aient passé un accord. Cette situation soulève deux questions. Premièrement, selon le projet de loi C-472, lorsque le commissaire refuse de délivrer un certificat d'autorisation, les parties sont obligées soit de renoncer à leur arrangement, soit d'y donner suite sans savoir s'il sera subséquemment invalidé en tout ou en partie, aux termes d'une ordonnance rendue par le Tribunal en vertu de l'alinéa 79.1(1)c) ou d). Deuxièmement, le projet de loi C-472 diverge à cet égard du processus d'examen des fusionnements prévu à l'article 92 de la Loi. En effet, suivant cette dernière disposition, le commissaire peut demander une mesure corrective au Tribunal relativement à des « fusionnements proposés ». À notre avis, les objectifs de certitude, de prévisibilité et d'harmonisation exigent à tout le moins que le commissaire puisse également

²³¹ Voir à <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01990f.html>.

demander que les collaborations entre concurrents fassent l'objet d'un examen avant leur mise en oeuvre.

(iv) Mesures correctives civiles

Le modèle Trebilcock-Warner n'est pas très explicite quant aux pouvoirs dont jouirait le Tribunal dans le cadre du processus d'examen civil qui y est proposé. Il semble toutefois que le Tribunal disposerait de pouvoirs analogues, voire identiques, à ceux qu'il exerce en matière d'examen des fusionnements²³². Selon les modifications proposées par le projet de loi C-472, le Tribunal pourrait à la fois interdire à une personne d'exécuter ou de poursuivre un arrangement²³³ et lui enjoindre « de prendre les mesures [qu'il] juge raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer tout effet de l'accord ou de l'arrangement ou de rétablir la concurrence dans le marché, notamment mais pas exclusivement en apportant des modifications à l'accord ou l'arrangement²³⁴ ».

Des arrangements qui ne sont pas en soi illégaux pourraient néanmoins faire l'objet de mesures de dissuasion ou d'interdiction si l'analyse fondée sur la règle de la raison détermine qu'ils causent un préjudice important, non compensé par des avantages, sur le plan de la concurrence. À la lumière de ce qui précède, de solides raisons permettent d'avancer que le Tribunal devrait pouvoir infliger des sanctions pécuniaires administratives lorsque les circonstances s'y prêtent. Dans le cadre des modifications apportées en 1999, le Tribunal s'est vu conférer des pouvoirs de réparation de cette nature sous le régime de la partie VII.1 de la Loi²³⁵.

Il importe toutefois de mentionner que le pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires pourrait prêter le flanc à un argument invoquant l'application régulière de la loi en matière criminelle, selon lequel le Tribunal doit, s'il décide d'infliger une sanction équivalant à une amende, examiner toutes les questions dont il est saisi suivant une norme plus exigeante que celle du fardeau de la preuve applicable en matière civile. Évidemment, cela aurait pour effet de supprimer l'un des principaux avantages liés à un examen civil, à savoir le fait d'éviter (ou de minimiser) le coût élevé et les délais associés à une charge de la preuve plus rigoureuse (p. ex., hors de tout doute raisonnable).

²³²Voir Warner *et al.*, précité, note 70, aux p. 720 et 721; voir l'art. 92 de la Loi.

²³³Voir l'al. 79.1(1)c).

²³⁴Voir l'al. 79.1(1)d).

²³⁵Voir l'al. 74.10(1)c).

(d) Nouvelle proposition de modification

Selon nous, l'approche la plus avantageuse pour atteindre un équilibre entre, d'une part, la nécessité de disposer de mesures dissuasives et de sanctions efficaces en ce qui concerne les ententes injustifiables et, d'autre part, de bénéficier d'un forum qui permette de valablement distinguer les collaborations favorisant le jeu de la concurrence et le bien-être de celles qui ne le font pas est le modèle du « régime double ».

(i) Interdiction criminelle

Le libellé de l'interdiction criminelle devrait être analogue ou identique à celui du paragraphe 45(1) du projet de loi C-472. À la lumière de notre examen comparatif (voir Australie et Nouvelle-Zélande), nous croyons qu'une rédaction précise atténuera les difficultés liées à la qualification qui, nous l'avons déjà signalé, se sont avérées très problématiques dans le cadre du régime américain. Nous sommes également en faveur de l'adoption d'interdictions *per se* visant les ententes injustifiables comme la fixation des prix et la répartition du marché puisque, par rapport à la norme fondée sur la règle de la raison, ces interdictions permettront une application plus efficiente de même qu'une certitude et une prévisibilité accrues pour ceux dont le comportement pourrait faire l'objet d'un examen approfondi.

(ii) Régime civil

Suivant le modèle que nous proposons, tous les autres arrangements seraient susceptibles d'examen en application d'une disposition de nature civile.

Comme nous l'avons vu plus haut, l'établissement d'un régime civil comporte un certain nombre d'avantages, dont l'harmonisation du traitement réservé aux fusionnements et aux alliances stratégiques. Les effets potentiellement anticoncurrentiels d'un fusionnement sont habituellement plus appréciables que ceux découlant de collaborations ou d'alliances stratégiques entre concurrents. Bien que la plupart des fusionnements mettent un terme définitif à la concurrence entre les parties au fusionnement, les collaborations ont normalement pour effet de préserver une certaine forme de concurrence²³⁶. Voilà pourquoi il est difficile de justifier l'assujettissement des fusionnements à un examen de nature non criminelle devant un tribunal administratif, alors que les arrangements potentiellement moins anticoncurrentiels sont exclusivement examinés en application d'une interdiction criminelle. De surcroît, comme Ross le fait remarquer, [TRADUCTION] « lorsqu'elles prennent des décisions quant à la façon de structurer leurs activités, les entreprises devraient se fonder sur des raisons d'efficacité économique et non chercher à trouver la solution la plus facile du point de vue antitrust²³⁷ ».

²³⁶Voir les Lignes directrices conjointes, précitées à la note 2.

²³⁷Ross, précité, note 7, à la p. 870.

La possibilité de recourir à un examen civil permettra aussi au commissaire, dans les cas appropriés, de prouver ses allégations en fonction de la norme moins rigoureuse de la « prépondérance des probabilités » et de recueillir des éléments de preuve à l'aide des mécanismes de communication préalable applicables aux instances instruites par le Tribunal. De plus, certains auteurs de doctrine estiment que le Tribunal de la concurrence dispose de meilleurs moyens que les tribunaux judiciaires pour procéder à l'analyse économique détaillée qu'exige l'analyse fondée sur la règle de la raison. En outre, comme les questions touchant les effets potentiellement anticoncurrentiels et les avantages corrélatifs font appel aux prévisions et aux hypothèses, le Tribunal, organe spécialisé, et la norme de preuve moins stricte qui y est appliquée pourraient se révéler plus appropriés.

Néanmoins, malgré les avantages d'un régime civil et compte tenu de l'importance de la disposition relative au complot ainsi que des distorsions et des pertes considérables pour les consommateurs que risquent d'entraîner les ententes injustifiables, il est également souhaitable de conserver une interdiction criminelle. Le moyen le plus efficace d'appliquer les interdictions visant les ententes injustifiables demeure la dissuasion. Or, il est peu probable que les interdictions applicables dans le cas d'affaires susceptibles d'examen atteignent un degré de dissuasion suffisant.

Dans une certaine mesure, l'article 36 de la Loi, s'il était modifié, pourrait accroître le degré de dissuasion en permettant aux parties privées d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des arrangements susceptibles de donner lieu à une mesure corrective aux termes de la disposition civile. Nous nous demandons si la décision du commissaire de tenter d'obtenir une réparation en application d'une disposition civile, par opposition à une disposition criminelle, constitue un fondement suffisant pour refuser des dommages-intérêts à une partie privée qui a subi des pertes à cause d'un comportement anticoncurrentiel. En outre, le risque d'avoir à assumer une responsabilité civile de cette nature inciterait les parties à retarder la mise en oeuvre de l'arrangement dans l'attente que le Tribunal se prononce sur l'instance relative à celui-ci.

Dans le cadre du processus d'examen civil, les « défendeurs » devraient pouvoir invoquer l'exception fondée sur l'efficacité qui est prévue à l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*. Ce moyen de défense donnerait au Tribunal l'occasion de considérer les avantages nets sur le plan de la concurrence de la collaboration entre les concurrents. Nous proposons que les parties soient autorisées à contester une instance en invoquant que les gains en efficacité découlant de leur collaboration l'emportent sur l'atteinte portée à la concurrence. De cette façon, le Tribunal pourrait procéder à une analyse approfondie fondée sur la règle de la raison à l'égard de collaborations conclues entre concurrents.

Comme il l'a déjà été mentionné, le fait de permettre au décideur de tenir compte d'objectifs d'ordre social autres que les efficacités étroitement liées à l'économie, dans le cadre de l'examen civil, entraînerait un changement considérable de l'actuel régime de la concurrence canadien, que nous ne recommandons pas. À notre avis, le commissaire doit s'abstenir d'apprécier des facteurs non économiques. En effet, l'absence de principes fondamentaux justifiant les tribunaux

judiciaires d'accepter ou de rejeter des facteurs non économiques rendrait le droit incohérent et imprévisible. De plus, la présence d'objectifs multiples et, surtout, la combinaison d'objectifs d'ordre économique et non économique dans un même instrument d'orientation est la recette d'une politique manquée. Comme l'a fait remarquer la New Zealand Commission : [TRADUCTION] « Il n'est pas facile de trancher entre deux politiques gouvernementales²³⁸ ». C'est particulièrement le cas lorsque les politiques comparées et mises en balance l'une avec l'autre sont de nature différente.

(iii) Avis

Nous recommandons l'adoption d'un mécanisme d'avis dont les principaux objets, d'un point de vue fonctionnel, seraient les suivants :

- (a) réduire la rigidité et la portée excessive des interdictions *per se*;
- (b) réduire les coûts de détection et de cueillette d'éléments de preuve de manière à moins grever les ressources allouées à l'application de la loi.

Un mécanisme d'avis de cette nature offre un certain nombre d'avantages. L'expérience acquise relativement au paragraphe 81(3) du Traité CE en a d'ailleurs révélé quelques-uns. Ainsi, le mécanisme de notification prévu par le Traité CE a permis à la Commission d'élaborer une jurisprudence cohérente; les parties tirent profit de la présentation d'un avis puisque celui-ci a pour effet de suspendre l'imposition des amendes, peu importe la violation perpétrée; la décision de la Commission permet aux parties de savoir avec certitude dans quelle situation juridique elles se trouvent; et enfin, le régime d'avis s'est avéré d'une très grande souplesse pour autoriser les collaborations qui favorisent le jeu de la concurrence.

À l'exemple du système fondé sur le Traité CE, le commissaire canadien peut encourager le dépôt d'avis en s'abstenant d'infliger une amende pour la période comprise entre la date de l'avis et celle de toute décision relative à l'arrangement. En revanche, un régime qui exige un avis pour toutes les formes d'ententes susceptibles de violer les dispositions criminelles ou civiles pourrait se révéler impossible à gérer. Comme le signale le *Livre blanc sur la modernisation* de la Commission des communautés européennes qui est examiné plus haut, le mécanisme de notification prévu par le Traité CE entraîne aussi des délais importants qui ont peut-être dissuadé des parties de poursuivre des alliances potentiellement favorables sur le plan de la concurrence. Certains auteurs ont critiqué le régime de l'Union européenne parce que l'interprétation large donnée au paragraphe 81(1) oblige à déposer une notification même pour les arrangements qui ne soulèvent pas de préoccupations marquées au regard de la concurrence. L'insatisfaction

²³⁸ *Amcor*, précitée, note 190, au par. 75 (cité dans Adhar, précité, note 159, à la p. 146). Dans cette affaire, la Commission devait apprécier l'avantage lié à [TRADUCTION] « l'utilisation des ressources et aux effets qui en découlent » en regard de l'atteinte à la concurrence.

universelle à l'égard du régime de notification de l'Union européenne justifie qu'on envisage un régime différent en cette matière.

L'ajout d'un régime d'avis et d'exception permettra encore une meilleure harmonisation avec les dispositions relatives au fusionnement. Comme pour les certificats de décision préalable délivrés en application de l'article 102 de la *Loi sur la concurrence* canadienne, le commissaire, dans le cadre du régime d'avis proposé, aurait le pouvoir d'appliquer des exceptions ou de délivrer des « certificats d'autorisation » relativement à des arrangements particuliers, lesquels auront pour effet de soustraire la collaboration tant à l'examen criminel que civil. Même si la *Loi sur la concurrence* n'énonce pas expressément que la délivrance d'un certificat de décision préalable a pour effet de soustraire les fusionnements proposés à l'examen imposé à l'article 45 ou 79, on reconnaît qu'il ne serait pas approprié ni compatible avec la pratique établie en vertu de la Loi d'introduire une instance en vertu de l'une ou l'autre de ces dispositions à l'égard d'un arrangement qui a reçu l'aval du commissaire par le truchement d'un certificat de décision préalable. De même, une fois que le commissaire aurait approuvé une collaboration dans le cadre du processus d'avis proposé, il serait mal venu d'introduire une instance en application de l'article 45 au sujet de cette même collaboration. Il pourrait donc se révéler nécessaire d'adopter des modifications législatives concernant l'effet des certificats de décision préalable et des certificats d'autorisation proposés pour faire en sorte d'atteindre cet objectif.

Selon nous, le régime d'avis retenu devrait constituer un moyen terme entre le modèle fondé exclusivement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire administratif et celui qui prévoit un examen civil automatique dès qu'un avis est donné. Un tel régime permettrait de préserver le pouvoir discrétionnaire administratif exercé dans le cadre du processus d'examen applicable et, par la même occasion, d'offrir une plus grande symétrie avec l'examen applicable en matière de fusionnement. Nous proposons donc deux modèles différents : le modèle du régime discrétionnaire et le modèle du régime civil.

(1) Modèle du régime discrétionnaire (le MRD)

Le MRD s'applique à la fois aux arrangements qui ont déjà été conclus ou mis en oeuvre et à ceux qui ne l'ont pas encore été. Suivant ce modèle, les parties à un arrangement existant ou proposé paraissant contrevenir à l'interdiction *per se* édictée par la disposition modifiée seraient autorisées à présenter une demande au commissaire afin d'obtenir une exemption. Le commissaire jouirait alors du pouvoir discrétionnaire de prendre l'une ou l'autre des mesures suivantes :

- (a) accorder une exemption aux parties par la délivrance d'un certificat d'autorisation;
- (b) renvoyer l'affaire au Tribunal de la concurrence en application de la disposition civile – cette disposition prévoirait une procédure de consentement ou d'approbation de même que l'examen des accords déjà conclus;

- (c) aviser les parties du fait qu'aucun certificat d'autorisation ne sera délivré et que le commissaire renverra l'affaire au procureur général en vue de l'introduction de poursuites criminelles. Si l'arrangement a déjà pris effet ou été conclu, on pourra appliquer le Programme d'immunité de la façon exposée plus haut.

Il ressort manifestement de ce qui précède que le MRD, d'une manière analogue à l'examen relatif aux fusionnements, confère au commissaire le pouvoir discrétionnaire de choisir, en fonction de chaque cas, entre la voie civile ou criminelle. Outre sa compatibilité avec les autres choix offerts dans la Loi (voir le régime double et le régime de la publicité trompeuse de la Loi), cet aspect du MRD a l'avantage appréciable de faire disparaître les éventuels comportements stratégiques auxquels un mécanisme d'avis conférant aux parties le droit à une immunité criminelle unilatérale et non discrétionnaire peut donner lieu.

L'attribution au commissaire du pouvoir de choisir entre les dispositions criminelles et civiles va également dans le même sens que l'approche américaine. Comme il l'a été mentionné plus haut, le Département de la justice a conclu que les sanctions criminelles sont incontestablement appropriées dans les cas d'ententes injustifiables, lesquelles sont, par définition, préjudiciables aux consommateurs. D'un autre côté, il reconnaît également qu'en présence d'un désaccord légitime sur la question de savoir si les avantages proconcurrentiels d'un arrangement l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels, les poursuites criminelles n'ont pas leur place. L'article 1 de la *Sherman Act* confère au Département de la justice le pouvoir discrétionnaire de décider si la voie civile ou criminelle est appropriée, compte tenu des faits particuliers de chaque cas.

De plus, le fait de conférer au commissaire le pouvoir discrétionnaire de décider quels genres de collaborations sont assujetties à des poursuites criminelles et non à un examen d'ordre administratif, l'aiderait à orienter l'élaboration de la politique de concurrence en ce qui touche la collaboration entre concurrents. Les facteurs dont le commissaire doit tenir compte pour décider s'il recherchera une mesure corrective civile ou renverra l'affaire en vue de poursuites criminelles pourraient être énoncés dans des lignes directrices analogues à celles applicables dans le cadre du régime de la publicité trompeuse²³⁹. Ainsi, l'un des facteurs qu'il est possible de prendre en considération pour choisir la voie appropriée consiste à se demander si l'arrangement a pour objet de restreindre la concurrence ou s'il s'agit simplement d'un effet de l'accord. Le commissaire pourrait être davantage enclin à recommander l'introduction de poursuites criminelles si le manquement à la disposition est intentionnel.

²³⁹Voir « Indications et pratiques commerciales trompeuses : Choix entre le régime criminel ou civil de la *Loi sur la concurrence* » à l'adresse suivante : <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01181f.html>.

(2) Modèle du régime civil (le MRC)

À l'opposé du MRD, ce modèle s'applique uniquement aux arrangements qui n'ont pas encore été conclus ou mis en oeuvre. Les parties à un arrangement proposé qui paraîtrait contraire à une interdiction *per se* prévue par la disposition modifiée pourraient en donner avis au commissaire et demander une exemption avant la mise en oeuvre de l'arrangement. Cependant, à la différence du MRD, le pouvoir discrétionnaire du commissaire se limiterait à choisir entre les deux voies suivantes :

- (a) accorder un certificat d'autorisation aux parties;
- (b) aviser les parties du fait qu'aucun certificat d'autorisation ne sera délivré et que, si l'entente est exécutée, il présentera une demande au Tribunal de la concurrence en vue d'obtenir une mesure correctrice sous le régime civil.

Suivant ce modèle, les poursuites criminelles cesseraient de constituer une option dès la réception de l'avis. À la place, tous les arrangements dont il a été donné avis feraient l'objet d'un examen civil suivant l'analyse fondée sur la règle de la raison. Cette approche est quelque peu problématique car les ententes injustifiables non déguisées – à l'égard desquelles l'application d'une interdiction criminelle *per se* permet des mesures de dissuasion et un examen plus efficaces et plus avantageux – donneraient lieu à une analyse approfondie de leurs effets sur la concurrence en vertu du régime civil. En outre, l'efficacité qu'offre l'approche *per se* tant au regard des coûts que des délais serait perdue puisqu'il faudrait procéder à une analyse des effets sur la concurrence même dans le cas d'accords qui sont manifestement contraires à l'interdiction *per se* et qui n'ont aucune chance d'éviter une condamnation. Pour toutes ces raisons, le MRC risque de diminuer l'efficacité et l'efficacé avec laquelle le commissaire peut « tenter des poursuites » à l'égard d'ententes injustifiables non déguisées. Par contre, il est possible d'avancer que le recours à des mesures correctives de nature administrative plutôt qu'à des sanctions criminelles pour « punir » un arrangement qui est manifestement contraire à une interdiction *per se* pourrait s'avérer fondé si, préalablement à la conclusion ou à la mise en oeuvre de l'entente, aucun préjudice réel justifiant une sanction criminelle n'a été causé.

Il faut signaler que l'adoption du MRC nécessiterait la prise de mesures visant à minimiser le recours abusif au mécanisme d'avis. Comme nous l'avons déjà expliqué, la possibilité d'obtenir une immunité criminelle unilatérale élève le risque de comportements stratégiques. Afin d'éviter de tels abus, nous recommandons l'ajout d'une disposition qui aurait pour effet de rendre l'immunité conditionnelle à la non-application de la collaboration jusqu'à ce qu'une instance soit introduite par le commissaire devant le Tribunal de la concurrence ou qu'un délai donné, prévu par la loi, soit expiré, un peu comme la période d'attente applicable dans le cadre du processus d'examen des fusionnements.

Warner *et al.* ont critiqué les modèles fondés sur le pouvoir discrétionnaire administratif en tenant les propos suivants :

[TRADUCTION]

Nous ne pouvons trop insister sur le fait que le régime de notification que nous proposons ne s'apparente aucunement à un processus d'enregistrement ou d'autorisation. En effet, conférer au directeur le pouvoir d'examiner les avis et de décider s'il y a lieu d'accepter ou de rejeter l'accord ou de proposer qu'on y apporte des modifications comme condition préalable à l'octroi aux parties de l'immunité relative aux poursuites criminelles imposerait un lourd fardeau tant aux parties elles-mêmes qu'au Bureau. L'octroi de tels pouvoirs au directeur risque de reproduire le cauchemar bureaucratique qui a tant gêné à la fois la Commission européenne, en ce qui concerne les demandes d'attestation négative et d'exemption présentées en application de l'article 85 du Traité de Rome, et l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni, pour ce qui est des demandes, présentées sous le régime de la *Restrictive Trade Practices Act*. Dans ces deux régimes, même l'examen administratif d'ententes banales et inoffensives peut occasionner de très longs délais aux parties et les plonger dans l'incertitude.

Pour éviter les problèmes qui, selon les auteurs précités, sont liés à la présentation d'un trop grand nombre d'avis, la Commission peut publier des lignes directrices administratives servant à expliquer l'interprétation des interdictions criminelles. En outre, à l'opposé du modèle du régime à voie unique de l'article 81 du Traité CE, dans le cadre duquel on invite les parties à donner un avis pour tout arrangement susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence, les avis prévus par le MRC ne seraient exigés qu'à l'égard du petit sous-ensemble d'arrangements qui sont par ailleurs prohibés aux termes des interdictions *per se*. Nous pensons en outre que le point de vue qui précède découle souvent de la croyance de certains auteurs selon laquelle le rôle du commissaire devrait se limiter à celui de poursuivant ou de partie au litige dont le pouvoir administratif discrétionnaire serait le plus restreint possible. À notre avis, la politique de concurrence du Canada, tel qu'elle est exprimée dans la Loi, confie incontestablement au commissaire un rôle d'élaboration de politiques, au moyen de l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire analogue à celui que prévoit le modèle de l'Union européenne. De manière générale, la politique de réglementation canadienne a favorisé les gains en efficacité que permet un pouvoir administratif discrétionnaire, comparativement aux modèles de réglementation plus contentieux qu'on trouve aux États-Unis. Cette approche prévoit essentiellement que l'octroi d'exemptions (comme ce qui se fait en Europe) et la détermination du genre d'instance susceptible d'être introduite (comme aux États-Unis) relèvent de l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire.

De plus, on pourrait réduire le nombre d'avis en restreignant soigneusement la portée des interdictions criminelles au moyen d'exceptions visant les ententes qui nécessitent rarement, voire jamais, de mesures correctrices. Par exemple, il serait possible d'adopter une exception relative aux « restrictions accessoires ». En fait, le cadre de référence et le projet de loi C-472 proposent tous deux une exception pour ce genre de restrictions. Comme nous l'avons déjà mentionné, la théorie des restrictions accessoires a été appliquée à la fois à l'égard du

paragraphe 81(1) du Traité CE et de l'article 1 de la *Sherman Act*. Une exception fondée sur les restrictions accessoires permettrait aux tribunaux judiciaires d'exempter les arrangements qui sont objectivement nécessaires à l'exécution d'un genre précis d'accords favorables sur le plan de la concurrence ou qui sont essentiels pour inciter une partie au contrat à assumer le risque commercial inhérent à l'arrangement en question. À titre d'exemple, l'alinéa 45(7)d) prévoit notamment ce qui suit :

(7) Un accord ou un arrangement ne sera pas considéré comme étant de la collusion si :

[. . .]

d) il est auxiliaire et raisonnablement nécessaire à un autre accord ou arrangement entre les mêmes participants et l'autre accord ou arrangement, considéré séparément, ne constituerait pas lui-même de la collusion.

Le MRD et le MRC ont l'avantage de faire bénéficier le commissaire d'un pouvoir discrétionnaire souple et étendu lui permettant d'exempter des arrangements en fonction des circonstances particulières de chaque cas. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le commissaire serait autorisé à tenir compte d'un large éventail de facteurs, dont les engagements pris par les parties. La difficulté soulevée dans le cadre de l'examen de la politique gouvernementale, savoir que la qualification statique des arrangements entre concurrents s'avérera trop rigide pour la rapidité de l'évolution que connaît le secteur de la technologie, pourrait être résolue grâce à des lignes directrices générales relatives aux facteurs régissant l'exercice du pouvoir décisionnel discrétionnaire du commissaire. De plus, le commissaire pourrait, grâce à ces lignes directrices, gérer et surveiller l'élaboration de la politique de concurrence en ce qui touche les collaborations licites entre concurrents, sans avoir à s'en remettre à une évolution jurisprudentielle imprévisible. Parallèlement, le fait de pouvoir renvoyer certains arrangements au Tribunal pour qu'il les examine ferait en sorte que la politique de la concurrence pourrait évoluer hors du cadre d'un modèle strictement administratif. Enfin, dans les situations où les avantages proconcurrentiels nets sont précis, les certificats d'autorisation offriraient aux planificateurs commerciaux la certitude juridique dont ils ont besoin.

Annexe II – Article 81 du Traité CE

Article 81

1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :
 - a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
 - b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
 - c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
 - d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
 - e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
 - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
 - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
 - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées;

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.