

[TRADUCTION]

**PROPOSITION POUR LA MODIFICATION DE
L'ARTICLE 45 DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE***

**McCarthy Tétrault
Août 2001**

INTRODUCTION

Le commissaire de la concurrence a sollicité notre avis sur un projet de modification à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*¹ (la Loi). Plus précisément, il nous a demandé, dans le cadre du mandat qu'il nous a confié, d'examiner s'il était possible d'adopter de nouvelles dispositions criminelles et civiles possédant les caractéristiques générales suivantes :

1. une disposition criminelle interdirait les ententes visant à fixer prix, répartir les marchés, limiter la production ou le boycottage primaire ou secondaire d'un concurrent et créerait une infraction *per se* à leur égard, laquelle exigerait une *mens rea* subjective quant à la formation de l'entente, mais seulement une *mens rea* objective relativement aux effets de l'entente sur la concurrence;
2. le régime comporterait une exception ou un moyen de défense fondé sur la « théorie de la restriction accessoire »;
3. les ententes complexes entre concurrents² seraient régies par des dispositions civiles prévoyant l'évaluation, au moyen d'une analyse appropriée fondée sur la règle de raison, de leurs effets sur la concurrence et de leur caractère raisonnable dans la perspective de l'intérêt public.

En droit canadien de la concurrence, l'évaluation du caractère approprié de l'article 45 de la Loi et de sa réforme possible représente probablement le défi le plus important et le plus complexe de notre époque. Le problème des ententes entre concurrents est au cœur du débat antitrust au Canada depuis plus de trente ans. Aux États-Unis, les auteurs et les tribunaux s'efforcent depuis des années de distinguer entre les situations où il convient d'appliquer une interdiction *per se* et celles qui justifient l'application de la règle de raison. La Commission européenne se prépare à modifier radicalement sa démarche relativement à l'application de l'article 81 du Traité CE, qui traite des accords anticoncurrentiels³.

¹ L.R.C. (1985), ch. C-34 et ses modifications.

² Nous présumons que ces nouvelles dispositions civiles ne s'appliqueraient qu'aux accords ayant par ailleurs un effet préjudiciable sensible sur la concurrence.

³ CE, *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité CE*, [1999] J.O.C. 132/1.

Nous avons eu très peu de temps pour réaliser notre étude sur un sujet aussi complexe, et nous tenons à le signaler parce que le délai très bref qui nous a été accordé pour examiner les questions extrêmement complexes posées dans notre mandat influe sur la nature et l'étendue de notre contribution. Il ne nous a pas été possible, par exemple, d'effectuer une analyse approfondie du droit applicable dans d'autres pays, ni d'obtenir le point de vue d'experts sur les questions d'ordre économique.

Nous avons consenti à nous pencher sur la question parce que nous croyons fermement que l'article 45, dans sa forme actuelle, comporte des lacunes qu'il faut corriger. Nous ne sommes pas les premiers à nous demander s'il faut modifier la loi relativement aux ententes horizontales. Déjà en 1969, le Conseil économique avait lancé l'idée d'une interdiction *per se*⁴, laquelle avait été intégrée, sous une forme passablement complexe, dans un projet de loi du gouvernement⁵ qui avait fait l'objet d'un long débat avant d'être abandonné. Puis la question a de nouveau occupé le devant de la scène dans les années 1990 lorsque la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la validité constitutionnelle de l'article 45 dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁶. Cette importante décision, de même que le nombre croissant d'alliances stratégiques, a incité des auteurs réputés à recommander que l'article 45 soit modernisé et qu'il prévoie un régime double selon lequel certaines ententes « injustifiables » (les véritables cartels) seraient interdites sans égard à leur effet sur la concurrence (*per se*), tandis que d'autres types d'accords entre concurrents seraient assujettis à des dispositions civiles comportant une analyse fondée sur la « règle de raison »⁷. Un projet de loi d'initiative parlementaire renfermant de telles dispositions⁸ a été déposé devant la Chambre des communes, puis le Forum des politiques publiques a entrepris des consultations publiques sur ces

⁴ Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, 1969, à la p. 102.

⁵ Projet de loi C-256, *Loi encourageant la concurrence, prévoyant la réglementation générale du commerce, favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché, créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire, abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*, 28^e législature, 3^e session, 1970-1971, art. 16 (ci-après projet de loi C-256).

⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, parfois appelé l'arrêt PANS.

⁷ Voir notamment W.T. Stanbury, « Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform » (National Conference on the Centenary of Competition Law and Policy in Canada, Toronto, 24 et 25 octobre 1989) [non publié] [ci-après Stanbury]; T. Ross, « Proposals for a New Canadian Competition Law on Conspiracy » (1991) 36 *Antitrust Bull.* 851; P.L. Warner et M.J. Trebilcock, « Rethinking Price-Fixing Law » (1993) 38 *McGill L.J.* 679 [ci-après Warner et Trebilcock]; J.T. Kennish et T.W. Ross, « Towards a New Approach to Agreements between Competitors » (1997) 28 *Can. Bus. L.J.* 22 [ci-après Kennish et Ross].

⁸ *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, 1999-2000, art. 1 et 7; ce projet de loi est mort au feuillet lors de la dissolution du Parlement le 22 octobre 2000.

propositions ainsi que sur d'autres projets de loi; son rapport a été rendu public le 20 décembre 2000⁹.

Nous examinerons d'abord l'article 45 dans sa forme actuelle, car il importe de comprendre pleinement la portée du droit actuel et de constater les problèmes graves¹⁰ qu'il soulève avant d'analyser ceux-ci et d'envisager des solutions possibles. Nous pourrions ensuite faire des recommandations sur la façon dont l'article 45 devrait être libellé.

POURQUOI MODIFIER L'ARTICLE 45

1. Le droit actuel

L'article 45 interdit toutes les ententes qui limitent indûment la concurrence, et non seulement les ententes injustifiables comme les accords pour fixer les prix ou partager les marchés. Il peut s'appliquer à toute entente qui aura vraisemblablement pour effet de réduire la concurrence, tels les coentreprises, les fusionnements et les alliances stratégiques, y compris les accords de spécialisation¹¹. Il ne vise pas seulement les ententes entre vendeurs concurrents mais aussi les ententes entre acheteurs concurrents; il pourrait donc s'appliquer aux groupes d'achat. Même s'il a principalement été utilisé pour contester les ententes horizontales, rien ne s'oppose, enfin, à ce qu'il soit appliqué aux ententes verticales.

L'article 45 crée un acte criminel grave entraînant de lourdes amendes ainsi que des peines d'emprisonnement d'une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans. Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, le juge Gonthier, exprimant le jugement unanime de la Cour, affirme que

⁹ Forum des politiques publiques, *Modification de la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence, rapport final soumis au commissaire*, Ottawa, 20 décembre 2000 [non publié].

¹⁰ Pour certains auteurs, la nécessité d'une réforme n'a pas encore été démontrée de façon convaincante : McMillan Binch, « Submission to the Public Policy Forum Regarding Proposals to Amend the Competition Act Contained in Bills C-471 and C-472 » (30 juin 2000) [non publié] Lang Michener, « Report to the Public Policy Forum » (2000) [non publié]; Association du Barreau canadien, Section nationale du droit de la concurrence, « Submission on the Public Policy Forum Consultation Concerning Amendments to the Competition Act and the Competition Tribunal Act » (Mars 2001) [non publié].

¹¹ En fait, les articles 45.1, 90 et 98 ainsi que le paragraphe 79(7) de la Loi confirment que l'article 45 pourrait s'appliquer à un fusionnement, à une coentreprise, à un accord de spécialisation et à une situation de codominance découlant d'une entente. Le *Bulletin sur les alliances stratégiques* confirme également que l'article 45 s'applique aux alliances stratégiques, (Industrie Canada, directeur des enquêtes et recherches, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1995, section 3.2).

l'article 45 reste au coeur de la partie pénale de la Loi, et « n'est pas seulement une autre disposition réglementaire »¹².

Puisque le législateur a choisi de n'interdire que les ententes qui réduisent « indûment » la concurrence, il faut donc mesurer les effets réels ou probables que les ententes ont sur la concurrence et, pour cela, de définir le marché pertinent, ce qui se révèle souvent une entreprise difficile et contentieuse. Bien que l'article 45 constitue une véritable interdiction criminelle, il ne précise pas à quel point la réduction de la concurrence prend suffisamment d'importance pour devenir « indue » et être sanctionnée. À cause de cette imprécision, il est pratiquement impossible, dans bien des cas, de déterminer si une entente constitue un acte criminel. Il y a bien sûr des situations dans lesquelles il est clair que l'entente entraînera une diminution importante de la concurrence : lorsque la totalité ou presque des participants d'un secteur d'activité conviennent de fixer le prix auquel leur produit sera vendu et que le marché est facilement définissable, l'entente réduira indûment la concurrence. C'est d'ailleurs dans de telles situations que le procureur général du Canada a réussi à obtenir des plaidoyers de culpabilité de personnes morales et de personnes physiques qui ont été sanctionnés par des amendes considérables. Les problèmes que soulève l'article 45 ne se posent pas relativement à de telles ententes. Ils se manifestent plutôt à l'occasion d'autres accords entre concurrents, lorsque le marché est difficile à définir, ou bien, si le marché est facilement définissable, lorsque seulement quelques concurrents sont partie à l'entente.

La question cruciale en vertu de l'article 45 est celle de la signification du mot « indûment ». Avant l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, les tribunaux ont d'abord défini ce terme en énumérant les éléments qui n'entraient pas en ligne de compte pour déterminer s'il y avait infraction à l'article 45; ainsi, il n'y a pas lieu, selon eux, d'examiner si les prix sont raisonnables ou les profits excessifs, ni si l'accord est nécessaire pour stabiliser l'industrie ou préserver des emplois¹³. Puis les tribunaux ont statué qu'il y avait réduction « indue » de la concurrence lorsque la diminution était « illégitime, immodérée, excessive ou oppressive »¹⁴; cette liste de synonymes ne clarifiait pas réellement la question. Malgré le nombre de décisions interprétant ce terme, les

¹² Précité, note 6, à la p. 649.

¹³ *Weidman v. Shragge* (1912), 20 C.C.C. 117, aux p. 147 et 152 (C.S.C.); *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. R.* (1929), 52 C.C.C. 66, à la p. 70 (C.S.C.); *Container Materials Ltd. v. R.*, [1942] R.C.S. 147, à la p. 152.

¹⁴ *Weidman v. Shragge, ibid.*, aux p. 151 et 152; *R v. Elliott* (1905), 9 C.C.C. 505 (C.A. Ont.).

entreprises n'étaient pas plus éclairées au sujet des ententes visées par l'interdiction. D'ailleurs, certaines décisions ont effectivement reconnu que l'article 45 est vague et difficile à interpréter¹⁵.

Toute cette incertitude a pavé la voie aux contestations constitutionnelles¹⁶ de la fin des années 1980, qui ont connu leur apogée avec la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*¹⁷.

Il n'est pas nécessaire d'examiner en détail les questions relatives à la *Charte* que la Cour a tranchées dans cet arrêt. Il suffit de signaler la conclusion de la Cour selon laquelle l'imprécision évidente du mot « indûment » à l'article 45 n'est pas assez importante pour que cette disposition contrevienne à l'article 7 de la *Charte*. La Cour n'a pas non plus accepté l'argument voulant que le paragraphe 45(2.2) – qui prévoit que le ministère public n'a pas à prouver l'intention criminelle de l'accusé relativement à la réduction induite de la concurrence – soit contraire à la *Charte*. Elle a reconnu que le ministère public n'avait qu'à prouver l'existence d'une *mens rea* objective quant aux effets de l'entente, mais a statué que cette disposition était conforme à la *Charte*.

L'importance que revêt l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical* pour les fins de notre étude tient à l'analyse détaillée que la Cour a effectuée, pour se prononcer sur les arguments relatifs à la *Charte*, de l'article 45 et plus précisément de la notion de réduction rendue de la concurrence.

Quoique la Cour ait conclu dans *Nova Scotia Pharmaceutical* que l'article 45 ne devait pas être invalidé pour imprécision sous le régime de la *Charte*, sa décision, nous le verrons, a contribué à l'incertitude entourant l'interprétation de l'article 45. La Cour précise toutefois les facteurs qui n'entrent pas dans l'examen visant à déterminer si une entente enfreint l'article 45. La seule question pertinente est celle de l'effet de l'entente sur la concurrence : des facteurs tels les avantages personnels tirés par les parties ou - point plus important pour les fins de notre étude - « les gains (sic) avantageux ... n'entrent ... pas en jeu dans l'examen »¹⁸. Par conséquent, les parties commettent

¹⁵ *Weidman v. Shragge, ibid.*, à la p. 130; *Howard Smith Paper Mills Ltd v. R.*, [1957] R.C.S. 403, à la p. 425; *R. v. Electrical Contractors Ass'n*, (1961), 131 C.C.C. 145, aux p. 152 à 156 (C.A. Ont.); *R. v. J.J. Beamish Construction Co. Ltd.* (1967), 65 D.L.R. (2d) 260, à la p. 273 (C.A. Ont.); *Canada (P.G.) c. Transports nationaux du Canada, Limitée*, [1983] 2 R.C.S., à la p. 273.

¹⁶ *Association québécoise des pharmaciens propriétaires c. Canada (P.G.)*, [1991] R.J.Q. 205; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1990), 32 C.P.R. (3d) 259 (C.S.N.-É. (1^{re} inst.)); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1991), 36 C.P.R. (3d) 173 (C.S.N.-É. (D.A.)).

¹⁷ Précitée, note 6.

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 649.

un acte criminel même si leur accord qui réduit indûment la concurrence produit d'importants gains en efficacité pouvant neutraliser cette réduction. Dans sa forme actuelle, l'article 45 ne permet d'aucune façon de tenir compte des gains en efficacité dans le cadre d'une analyse fondée sur la règle de raison, contrairement à ce qui se fait aux États-Unis.

La Cour expose ensuite les facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer le caractère indu de la réduction de concurrence. Selon elle, « cet examen comporte deux éléments principaux, c'est-à-dire premièrement la structure du marché et deuxièmement, le comportement des parties à l'accord »¹⁹.

Le caractère indu dépend d'abord de la puissance commerciale des parties à l'accord. Il faut donc définir le marché du produit et le marché géographique en cause, ce qui est loin d'être simple. Il arrive souvent, dans les faits, que des économistes divergent d'opinion quant à la définition d'un marché particulier, en dépit de la justesse du raisonnement économique suivi par chacun²⁰. La Cour fait d'ailleurs état « des complexités de la détermination du marché pertinent » et reconnaît que cette opération peut « exiger une longue analyse »²¹. Une fois le marché défini, il faut alors examiner la part de marché combinée des parties à l'entente, mais la Cour ne précise pas à compter de quelle part de marché les parties tombaient sous le coup de l'article 45.

Elle ajoute, toutefois, que la part de marché, seule, n'est pas déterminante²². Lorsqu'il s'agit d'établir la puissance commerciale, de nombreux autres facteurs entrant en ligne de compte, notamment :

- (a) le nombre de concurrents et la concentration de la concurrence,
- (b) les obstacles à l'entrée,
- (c) la répartition géographique des acheteurs et des vendeurs,

¹⁹ *Ibid.*, à la p. 651.

²⁰ Il n'y a qu'à songer à des exemples comme les *chips* (goûters salés? goûters de toutes sortes? aliments?) ou des boissons gazeuses (de marque réputée ou de marque privée? toutes les boissons non alcoolisées? toutes les boissons?) pour se convaincre de la difficulté qu'il y a à définir le marché pertinent du produit, sans parler du marché géographique pertinent.

²¹ *Ibid.*, à la p. 652.

²² *Ibid.*, à la p. 653.

- (d) les différences dans les degrés d'intégration des concurrents,
- (e) la différenciation des produits,
- (f) le pouvoir compensatoire,
- (g) l'élasticité croisée de la demande.

Pour déterminer si les parties qui envisagent la conclusion d'une entente exercent une puissance commerciale suffisante pour commettre un acte criminel, il faut donc examiner tous ces facteurs (et la Cour a indiqué que cette liste n'est pas exhaustive²³).

Selon l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, toutefois, le facteur de la puissance commerciale n'est pas déterminant; il faut aussi tenir compte du « comportement des parties », qui a trait à l'aspect de la concurrence touché par l'accord et de son importance pour les clients. Il faut également examiner l'objet de l'accord ainsi que « la manière dont l'accord a été ou sera exécuté et, en général, tout comportement qui tend à réduire la concurrence ou à limiter l'entrée »²⁴. La Cour n'indique pas précisément dans ses motifs ce qu'elle entend par « la manière » dont l'accord est exécuté, pas plus qu'elle n'explique les types de « comportements » pertinents pour cette analyse. L'examen relatif au comportement est encore plus ardu que celui que requiert la détermination de la puissance commerciale, et le problème s'aggrave du fait que la Cour n'indique pas s'il faut également tenir compte des « bons » comportements.

Après avoir circonscrit les facteurs à prendre en considération, la Cour affirme que le caractère « indu » dépend de l'interrelation entre la puissance commerciale des parties et leur comportement. Lorsque le comportement porte gravement atteinte à la concurrence – dans le cas de la fixation des prix ou du partage des marchés – il n'est pas nécessaire que les parties exercent une grande puissance commerciale pour que la réduction de la concurrence soit indue.

²³ La Cour ajoute qu'il n'est pas nécessaire que les parties dominant ou contrôlent complètement le marché (ce qui est énoncé au paragraphe 45(2)), affirmant qu'un niveau « modéré » de puissance commerciale suffit (*ibid.*, à la p. 654); à cet égard, la Cour a évoqué l'affaire *R. c. Abitibi Power & Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R. Qué.), laquelle – le fait est intéressant – portait sur une entente entre acheteurs détenant une part de marché combinée se situant entre 56 et 74 p. cent.

²⁴ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, note 6, à la p. 655 (non souligné dans l'original).

Inversement, si les parties détiennent une puissance commerciale considérable, toute entente ayant des incidences sur la concurrence pourra contrevenir à l'article 45, même si elles n'ont pas un comportement très nocif.

Ayant ainsi résumé l'examen à effectuer sous le régime de l'article 45, la Cour conclut que cette disposition n'est pas imprécise au point de contrevenir à la *Charte*. La Cour a peut-être réglé le litige constitutionnel, mais comme l'écrit le professeur Trebilcock dans un article récent, [TRADUCTION] « elle n'a pas vraiment réussi à clarifier le contenu et la portée de l'alinéa 45(1)c) »²⁵. À notre avis, l'analyse visant à déterminer si un accord réduit indûment la concurrence est devenue encore plus complexe et, donc, plus incertaine. Dans la situation actuelle, les parties doivent procéder à une analyse complète de la concurrence pour déterminer si elles exercent une puissance commerciale, puis elles doivent appliquer le concept vague de comportement et mesurer d'une quelconque façon si ces deux facteurs combinés atteignent un degré de « gravité » excessif, une notion qui ne peut être vérifiée objectivement.

2. Les problèmes que soulève l'article 45

(a) Recours inopportun au droit criminel

En raison de l'incertitude pesant sur son interprétation, l'article 45 ne répond pas aux exigences élémentaires de clarté et de prévisibilité qui doivent s'appliquer aux infractions criminelles. En outre, si l'analyse économique exigée par l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical* n'est pas inhabituelle en droit de la concurrence, elle ne convient pas dans le contexte de l'application d'une disposition criminelle. Le passage suivant traitant des limitations du droit criminel et tiré d'une étude de Skeoch et McDonald, deux experts respectés en droit de la concurrence canadien, est particulièrement pertinent :

Un des principaux problèmes de l'utilisation du droit criminel dans ce domaine est que les fonctions du droit criminel ainsi que les objectifs et la portée des sanctions qu'il prévoit dépendent d'une interdiction de fond définie avec précision et assez longtemps à l'avance pour qu'une personne dispose d'un préavis raisonnable avant d'adopter un comportement répréhensible allant à l'encontre de la loi et de l'intérêt public. Idéalement, l'interdiction précise se double d'une désapprobation morale de cette conduite de la part de l'ensemble de la société. Toutefois, la loi sur la

²⁵ M.J. Trebilcock, « The Supreme Court and Strengthening the Conditions for Effective Competition in the Canadian Economy » (2000) 80 *R.B. Can.* 542, à la p. 603.

concurrence ne peut vraiment définir nombre de comportements indésirables sauf pour ce qui est de leur incidence économique certaine ou probable. Il en est ainsi des fusions, ou des différences à l'égard de l'utilisation du pouvoir suite au marché ou des prix [*sic*] qui peuvent être désirables, sans conséquences ou simplement nuisibles selon le contexte dans lequel elles se produisent.

La complexité toujours croissante de l'économie et de l'analyse économique a certainement contribué de façon importante à l'incapacité d'élaborer plusieurs lois précises et efficaces dans ce domaine. Elle a également contribué à la disparition d'une grande partie des forces morales sous-jacentes à l'adoption originale des lois sur les coalitions. Le problème est qu'il existe des situations où les hommes d'affaires agissent d'une façon qui devrait être interdite mais ne justifient pas l'ignominie d'une accusation et d'une condamnation.

L'utilisation du droit criminel dans ce domaine est non seulement négative et source de confrontation dans sa façon d'aborder le problème, mais une procédure de ce type est lente, coûteuse et incommode. Les sanctions imposées publiquement pour infraction aux lois criminelles sont sévères et les moyens d'éviter une condamnation injustifiée sont donc plus stricts que ceux utilisés dans les poursuites au civil. [...]

Le droit criminel a un rôle très important à jouer pour le respect total de la loi mais seulement dans le domaine limité où il peut être efficace, notamment, pour ce qui est d'une conduite qui peut être définie avec un degré raisonnablement élevé de précision et jugé généralement contraire à l'intérêt public sans tenir compte d'un contexte factuel plus précis. Pour ce qui est des infractions criminelles volontaires, les peines devraient être aussi sévères qu'il le faut pour éliminer les pratiques répréhensibles. Dans certains cas, une peine d'emprisonnement peut être nécessaire.

Le besoin de restreindre le champ d'application du droit criminel aux cas qui peuvent être définis avec précision est souligné par la nouvelle disposition adoptée pour les poursuites civiles en dommages-intérêts dans les cas où un acte criminel cause un préjudice privé, qu'une condamnation criminelle en ait résulté ou non²⁶.

²⁶

L.A. Skeoch et B.C. McDonald, *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Proposals for the Further Revision of Canadian Competition Policy by an Independent Committee Appointed by the Minister of Consumer and Corporate Affairs*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1976, aux p. 39 à 41 (non souligné dans l'original).

(b) Effet paralysant de la portée excessive de l'article 45

L'article 45 est une disposition criminelle d'une portée excessive, dont l'interprétation est loin d'être claire et qui ne permet pas de tenir compte des gains en efficacité. Parce que beaucoup de gens d'affaires se refusent à courir le risque de commettre une infraction criminelle – attitude compréhensible –, cette disposition empêche souvent la mise en œuvre d'accords proconcurrentiels, comme des alliances stratégiques visant une utilisation plus efficace des ressources.

On s'entend largement pour reconnaître que la coopération entre concurrents peut générer des avantages économiques substantiels :

...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 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 petites et moyennes entreprises, en particulier, la coopération est un important moyen d'adaptation à l'évolution des marchés²⁷.

Pour difficile à démontrer que soit l'effet paralysant de l'article 45 sur les alliances stratégiques, la décision d'abandonner un projet d'entente commerciale étant rarement rendue publique, il n'en est pas moins réel. Voici ce qu'en dit Kennish :

[TRADUCTION]

S'agissant des alliances stratégiques entre concurrents, la principale conclusion qui peut être tirée de l'arrêt *PANS* est qu'en dépit des clarifications utiles apportées à ces questions, il apparaît maintenant plus que jamais que la légalité des ententes horizontales entre concurrents ne devrait pas être régie par l'article 45, car cet article procède d'une conception relativement rigide et essentiellement structurale de la question et ne laisse pratiquement aucune place à l'examen des gains en efficacité et des effets proconcurrentiels. Quoi qu'il en soit, l'article 45 continue de s'appliquer potentiellement à ces situations, compromettant le plein essor des alliances stratégiques en laissant planer la menace de poursuites criminelles²⁸.

²⁷ UE, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, [2001] J.O. C 3/02 [ci-après Lignes directrices CE], par. 3. Voir également Federal Trade Commission et U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, avril 2000 [ci-après Antitrust Guidelines], aux p. 1 et ss.

D'autres auteurs ont fait état de l'effet paralysant de l'article 45²⁹, et nous savons par expérience que des entreprises abandonnent souvent des arrangements proconcurrentiels pouvant présenter des risques antitrust parce que leurs avocats ne peuvent leur garantir que ces accords ne les exposeront pas à des poursuites criminelles. Prenons par exemple les accords suivants, lorsqu'ils sont conclus entre concurrents qui détiennent une part de marché non négligeable :

- l'établissement d'un système commun de production,
- l'établissement d'un système commun de distribution,
- l'achat en commun de certains produits,
- l'octroi en commun de licences visant des droits de propriété intellectuelle³⁰,
- la mise au point, la fabrication et la commercialisation communes d'un nouveau produit,
- les accords de spécialisation³¹,
- tout accord visant à accroître les effets réseaux³².

Même si tous ces accords peuvent entraîner des gains en efficience, ces gains ne sont pas pris en considération pour décider de la responsabilité criminelle en vertu de l'article 45. Parce qu'il est impossible d'éliminer avec certitude le risque de sanction criminelle, de nombreuses entreprises répugnent à conclure de tels accords s'ils ont des effets anticoncurrentiels.

On fait souvent valoir que les entreprises ne devraient pas s'inquiéter car le procureur général exercera son pouvoir discrétionnaire pour s'abstenir de porter des accusations à l'encontre d'alliances stratégiques avantageuses, même si elles comportent des effets anticoncurrentiels; on mentionne à l'appui de cet argument que les poursuites fondées sur l'article 45 visent généralement des ententes pour fixer les prix, partager les marchés et autres ententes analogues qui ne produisent aucun effet proconcurrentiel³³.

²⁸ J.T. Kennish, « *The Treatment of Strategic Alliances Under the Competition Act* », Conférence annuelle de l'Association du Barreau canadien, Montréal, 30 septembre 1994 [non publié], à la p. 19.

²⁹ Voir Kennish et Ross, précité, note 7, aux p. 51 à 53.

³⁰ *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting Systems Inc.* 441 U.S. 1 (1979) [ci-après *Broadcast Music*].

³¹ Bien que les articles 85 et ss. de la Loi établissent une exception pour les accords de spécialisation, les conditions sont si exigeantes et le processus si lourd que personne ne s'est prévalu de l'exception et que l'effet paralysant de l'article 45 continue de se faire sentir.

³² Entre entreprises émettant des cartes de crédit ou exploitant des systèmes de paiement, par exemple, qui ont besoin de conclure des accords globaux relativement aux infrastructures, aux prix, etc., accords qui sont généralement proconcurrentiels.

Nous croyons fermement que si l'article 45 ne vise que certains types d'accords, il convient de modifier la loi, et non de s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du ministère public, dont l'exercice peut varier selon les titulaires. En outre, ce pouvoir discrétionnaire n'a aucun effet sur l'application de l'article 36 qui permet les recours privés en dommages-intérêts en cas d'infractions aux dispositions criminelles de la Loi.

Certes, il est possible de soumettre des projets d'entente au Bureau afin d'obtenir un avis consultatif, ce qui, en théorie, peut atténuer quelque peu l'effet paralysant. Toutefois, le Bureau ne peut modifier la loi; il ne peut donc tenir compte des gains en efficacité, lesquels ne sont pas considérés pertinents aux yeux de la loi, pas plus qu'il ne peut éliminer le risque de poursuite civile.

(c) Problèmes d'application de la loi

Selon nous, l'article 45 a raisonnablement bien joué son rôle uniquement à l'égard des véritables cartels, du moins lorsque le marché pertinent est facilement définissable³⁴ et que tous les participants de l'industrie ou la plupart d'entre eux sont parties à l'entente, comme l'ont démontré certaines condamnations récentes et les amendes considérables imposées dans des affaires de cartels³⁵. Lorsqu'un verdict d'acquittement est prononcé dans ce genre de cas, ce n'est pas parce que le ministère public n'a pas établi de réduction indue de la concurrence, mais parce qu'il n'a pu prouver l'existence de l'accord. Il arrive souvent, toutefois, que le marché soit difficile à définir – les experts pouvant légitimement différer d'opinion sur la question – rendant alors la preuve hors de tout doute raisonnable difficile à faire, voire impossible.

L'incertitude entourant l'interprétation du mot « indûment » et le lourd fardeau de preuve pesant sur le ministère public rendent l'article 45 beaucoup moins efficace à l'égard d'autres types d'accords horizontaux qui réduisent sensiblement la concurrence, par exemple les véritables cartels visant des marchés qui ne sont pas facilement définissables³⁶ ou à l'égard d'autres accords qui, sans constituer de véritables cartels, causent un préjudice à la concurrence plus important que les

³³ H. Chandler et R. Jackson, « Au-delà de l'amusement et de la détente : Le traitement des complots en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada », Table ronde sur la modification de la *Loi sur la concurrence*, Toronto, 25 mai 2000, Insight.

³⁴ Dans le marché du déneigement, des leçons de conduite, des vitamines ou autres additifs alimentaires pour lesquels il n'existe pas de substituts.

³⁵ Voir par exemple, « Amendes en ordre d'importance – *Loi sur la concurrence* », <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01709f.html>.

³⁶ *R. v. Clarke Transport Canada Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 289 (C. Ont. Div. gén.).

avantages qu'ils peuvent entraîner. Du point de vue de l'intérêt public, il faut empêcher la mise en œuvre de tels accords, mais ils ne devraient pas tous être nécessairement frappés de sanctions criminelles.

3. La nécessité d'une réforme

Nous avons la conviction qu'il s'impose de modifier en profondeur les dispositions de la Loi applicables aux ententes horizontales. Dans sa forme actuelle, l'article 45 crée en effet un acte criminel extrêmement grave sans renseigner suffisamment sur ce qui est interdit. En outre, le fait qu'il ne permette pas de prendre en considération les gains en efficience, lui donne une portée excessive, ce qui a pour effet de criminaliser des pratiques qui ne font pas l'objet d'une [TRADUCTION] « désapprobation morale » largement répandue, pour reprendre les mots de Skeoch et McDonald³⁷. Il n'est pas judicieux, selon nous, que l'attribution d'une responsabilité criminelle pouvant s'accompagner de lourdes amendes et de peines d'emprisonnement tienne à l'analyse de facteurs économiques complexes par les tribunaux. La culpabilité ne devrait pas dépendre de l'opinion du tribunal sur l'élasticité croisée de la demande, l'importance des barrières à l'entrée ou la solidité du pouvoir compensatoire des acheteurs, pour donner quelques exemples.

Ce facteur seul milite, selon nous, en faveur d'une réforme de l'article 45 qui fasse correspondre l'interdiction criminelle à la désapprobation morale largement répandue et cesse de faire dépendre le verdict de culpabilité ou d'innocence de l'application de principes économiques complexes.

Il demeure toutefois nécessaire d'empêcher ou de faire cesser des accords horizontaux anticoncurrentiels dont les avantages ne compensent pas les effets anticoncurrentiels. Il conviendrait de décriminaliser de tels accords, pour alléger le fardeau de la preuve de la poursuite et pour permettre leur examen dans une perspective plus dynamique et plus proactive. Rien ne justifie de traiter les accords horizontaux potentiellement avantageux différemment des fusionnements – et avec plus de sévérité –, alors qu'il s'agit simplement d'une autre forme d'intégration économique³⁸.

³⁷ Skeoch et McDonald, précité, note 26.

³⁸ D'autres auteurs partagent l'opinion selon laquelle l'intégration économique réalisée contractuellement ou par acquisition de propriété devrait recevoir le même traitement juridique; voir par exemple, P. Hughes, M. Sanderson et M.J. Trebilcock, *Legislative Comment on An Act to Promote Competition, to provide for the general regulation of trade and commerce, to promote honest and fair dealing, to establish a Competitive*

Ces modifications devraient améliorer le droit criminel et contribuer à résoudre les problèmes d'application de la Loi. Il convient en effet que les interdictions criminelles soient équitables et qu'elles soient comprises des gens d'affaires qu'elles visent. En atténuant l'effet paralysant créé par le droit existant, une telle réforme encouragerait les accords avantageux qui ne peuvent être mis en oeuvre actuellement et qui auraient des effets bénéfiques sur l'économie. Enfin, la modernisation de l'article 45 nous fournirait l'occasion d'harmoniser notre traitement des accords entre concurrents avec celui de nos principaux partenaires commerciaux et réduirait ainsi le risque qu'un accord produisant des effets dans plus d'un pays soit traité différemment sur le plan de la concurrence.

Pour les raisons que nous avons exposées, nous croyons que le *statu quo* est inacceptable. Il n'existe pas de solution miracle aux problèmes que pose l'article 45. Par exemple, si l'on modifie l'article 45 pour que les tribunaux puissent évaluer les avantages découlant d'un accord par comparaison au préjudice anticoncurrentiel causé, on complexifie l'analyse économique de laquelle dépendra le verdict. Même s'il est incontestablement souhaitable que les effets proconcurrentiels d'un accord soient pris en considération, les tribunaux criminels ne sont pas le forum approprié pour mesurer les conséquences économiques d'un accord. Il ne serait pas davantage souhaitable de supprimer le mot « indûment » de l'article 45, car l'interdiction s'étendrait alors à toutes les ententes anticoncurrentielles, même celles dont les effets sont négligeables, sans permettre par ailleurs d'évaluer les avantages en découlant. La portée excessive de l'article 45 s'en trouverait encore élargie et son effet paralysant accru. Ce qui s'impose, selon nous, c'est une réforme complète des dispositions régissant les ententes horizontales.

4. Les objectifs du changement

La réforme devrait tenter de concilier le plus possible les objectifs suivants :

- (a) clarifier et rendre le plus certaine possible l'interdiction criminelle afin de réduire son effet paralysant sur les accords avantageux;

- (b) maintenir la condamnation criminelle visant les véritables cartels, qui devraient tous être sévèrement sanctionnés;
- (c) réduire le recours aux notions économiques comme celles de marché pertinent, de puissance commerciale et de gains en efficience pour l'application des interdictions criminelles;
- (d) abolir toute responsabilité criminelle pour les ententes entre concurrents qui sont raisonnablement susceptibles de produire des gains en efficience;
- (e) prévoir les moyens de prévenir ou de faire cesser les ententes horizontales qui réduisent substantiellement la concurrence, sans être de véritables cartels, si l'atteinte à la concurrence n'est pas contrebalancée par des gains en efficience.

Aucune solution magique ne concilie tous ces objectifs. Une disposition criminelle vague s'avère souple mais ne donne pas beaucoup de certitude, tandis que l'énumération de tous les types d'accords faisant l'objet d'une interdiction criminelle fournit plus de certitude mais moins de souplesse. Si l'on tente de soustraire les ententes *de minimis* à la responsabilité criminelle en appliquant un critère fondé sur une part de marché minimale – comme le faisait le projet de loi C-472 –, on peut éviter des condamnations pour des ententes ayant très peu d'effets anticoncurrentiels, mais on demande alors aux juridictions criminelles de définir les marchés pertinents et d'effectuer de complexes analyses en matière de concurrence. S'il n'existe pas de solution parfaite, nous pensons du moins que la proposition décrite ci-après améliore sensiblement le droit existant et permet de concilier raisonnablement les objectifs susmentionnés.

PROPOSITION

Nous croyons que deux dispositions devraient remplacer l'article 45, l'une criminelle et l'autre civile. La disposition criminelle créerait une infraction *per se* pour les véritables cartels. La disposition civile, assujettie à une norme de preuve moins rigoureuse, permettrait au commissaire de saisir le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) des autres ententes horizontales réduisant sensiblement la concurrence.

Notre proposition nécessite l'examen de trois questions distinctes : celle des types de conduites qui feraient l'objet d'une interdiction *per se*, celle des exceptions à l'interdiction criminelle et celle de la portée de la nouvelle disposition civile³⁹.

Nous souscrivons à la structure générale du modèle proposé par le commissaire dans notre mandat, mais on constatera à la lecture de notre proposition que des aspects importants de ce modèle suscitent chez nous des réserves.

1. L'interdiction *per se*

On s'entend généralement pour reconnaître que les véritables cartels devraient faire l'objet d'une interdiction criminelle. Comme l'ont signalé Warner et Trebilcock, les cartels imposent des prix monopolistiques mais, contrairement à certains monopoles et à certains fusionnements horizontaux, ils ne produisent presque jamais de gains en efficacité compensateurs résultant d'économies d'échelle parce que l'échelle de production demeure la même⁴⁰. Les véritables cartels, en visant à accroître les prix, à en prévenir la réduction ou à limiter la production, n'offrent pratiquement jamais d'avantage compensateur.

Il faut que les interdictions criminelles soient certaines, et elles ne doivent pas faire intervenir d'analyse économique complexe. Il conviendrait donc de supprimer le mot « indûment » et de créer des infractions *per se* relativement aux véritables cartels. La difficulté réside dans la définition de l'interdiction, qui doit éviter d'englober les accords avantageux ou les accords qui ne suscitent pas de désapprobation morale générale.

La plupart des observateurs sont d'avis que les ententes pour fixer les prix, répartir les marchés ou limiter la production devraient être interdites *per se*⁴¹ puisqu'elles sont rarement, voire jamais, avantageuses et qu'elles ont pour unique effet de réduire la production et de faire augmenter

³⁹ Nous devons beaucoup, à cet égard, à un court article de T.J. Muris, « The New Rule of Reason », (1989) 57 *Antitrust L.J.* 859, qui a alimenté notre réflexion.

⁴⁰ Warner et Trebilcock, précité, note 7, aux p. 681 à 684.

⁴¹ É-U, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, avril 2000 [ci-après *Antitrust Guidelines*]; Lignes directrices CE, précitées, note 27, par. 18 et 25; OCDE, *Hard Core Cartels*, 2000 [ci-après OCDE]; Forum des politiques publiques, précité, note 9, aux p. 28 et 29.

les prix. Dans d'autres propositions, on recommande également d'interdire *per se* les accords pour boycotter des concurrents, des fournisseurs ou des clients de concurrents⁴².

(a) Commentaires généraux

Nous examinerons séparément chacune de ces catégories d'ententes mais, auparavant, voici quelques commentaires concernant l'ensemble des interdictions *per se*.

- (i) Les interdictions criminelles doivent continuer à ne viser que les accords, et non les agissements unilatéraux. Selon l'interprétation jurisprudentielle, le texte de la disposition actuelle («... complète, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement») exige une entente, c'est-à-dire un véritable accord des volontés («*actus contra actus*»)⁴³. Nous recommandons d'interdire uniquement les accords. En employant les mots «accord ou arrangement», comme on le fait au paragraphe 45(1) du projet de loi C-472, on pourrait conclure que l'interdiction vise les comportements qui ne résultent pas d'une entente.
- (ii) Les nouvelles interdictions *per se* ne devraient viser que les ententes entre concurrents, non les accords verticaux. Il s'agirait là d'une différence d'avec la loi américaine, laquelle ne comporte pas, comme la nôtre, un ensemble de dispositions régissant expressément certaines pratiques verticales comme le maintien des prix, les ventes liées, l'exclusivité et la limitation du marché. Les dispositions existantes de la Loi permettent de contrôler les accords verticaux préjudiciables. Si l'on interdit les ententes entre les concurrents, nous ne croyons pas que les tribunaux appliqueraient l'interdiction aux accords verticaux conclus entre parties par ailleurs concurrentes⁴⁴; si cette question suscite le moindre doute, on pourrait modifier le libellé de la disposition pour préciser que l'interdiction s'applique aux accords entre concurrents agissant à ce titre.

⁴² Voir notamment le projet de loi C-472, précité, note 8 et le modèle proposé dans notre mandat.

⁴³ *R. v. Gage No. 2* (1908), 13 C.C.C. 428, à la p. 450 (C.A. Man.); *Howard Smith Paper Mills v. R.*, précité, note 15, à la p. 413; *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1976] C.S. 421; (1976), 26 C.P.R. (2d) 14, à la p. 23 (C. sup. Qué.); *Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec c. Fédération des producteurs de porcs du Québec* (9 juin 1997), Montréal 500-09-002081-966 J.E. 97-1356, à la p. 39 (C.A.); *R. v. Armco Canada Ltd.* (1976), C.P.R. (2d) 145, aux p. 152 à 155 (C.A. Ont.).

⁴⁴ Comme le préconisent McMillan Binch, précité, note 10, à la p. 24.

- (iii) L'interdiction devrait englober les accords entre concurrents réels ou potentiels. Comme l'a souligné l'Association du Barreau canadien⁴⁵, il arrive souvent que les parties aux accords pour partager les marchés ne sont pas en concurrence mais pourraient le devenir. En élargissant ainsi la portée de l'interdiction aux concurrents potentiels, toutefois, on fait naître le risque que les tribunaux donnent une définition trop large de cette notion, ce qui porterait atteinte à l'objectif de certitude. Cependant, la norme de preuve hors de tout doute raisonnable exigée du ministère public devrait contribuer à restreindre la notion de concurrents potentiels aux entreprises qui entreraient probablement en concurrence en l'absence de l'accord ou qui influent sur la conduite de concurrents existants⁴⁶.
- (iv) Nous recommandons de ne pas interdire *per se* les accords entre acheteurs, et ce pour deux raisons. Premièrement, ces accords sont généralement beaucoup plus susceptibles que les accords entre vendeurs d'avoir des effets proconcurrentiels, tels la réduction des prix et l'élargissement du choix pour les consommateurs :

[TRADUCTION]

Notre analyse indique que les accords entre acheteurs risquent peu d'entraîner des effets anticoncurrentiels importants et qu'il convient, en conséquence, de rejeter tout parallélisme dans le traitement antitrust d'activités communes entre acheteurs et entre vendeurs. L'exercice d'un pouvoir monopolistique par des vendeurs se traduit presque toujours par une hausse de prix, un fléchissement de la production et une mauvaise allocation des ressources, sans compter l'atteinte portée à des valeurs non économiques que, dans l'opinion de bien des gens, les lois antitrust ont également pour but de protéger. Les accords d'achats groupés, par contre, entraînent souvent des diminutions de prix et un plus grand choix pour les consommateurs sans risque important de mauvaise affectation des ressources ou d'autres atteintes à l'intérêt public protégé par les lois antitrust. Les activités communes d'acheteurs devraient donc appeler un traitement antitrust plus indulgent⁴⁷.

⁴⁵ Précité, note 10, à la p. 46.

⁴⁶ Voir les Antitrust Guidelines, précitées, note 27, à la p. 2 (note 6), où l'on peut lire: [TRADUCTION] « une entreprise est considérée comme une concurrente potentielle si des éléments de preuve établissent qu'il est raisonnablement probable qu'en l'absence de l'accord en cause elle entrera dans le marché ou bien que la crainte qu'une conduite anticoncurrentielle amènera probablement l'entreprise à entrer sur le marché pèse sur les décisions importantes sur le plan de la concurrence que doivent prendre les concurrents en place ».

⁴⁷ Jacobson J.M. and Dorman G., « Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust », (1991) *The Antitrust Bulletin*, printemps 1991, 1, à la p. 2, excellent article abordant cette question et d'autres aspects du traitement antitrust que le droit de la concurrence devrait appliquer aux complots entre acheteurs.

Deuxièmement, nous avons observé que les acheteurs sont généralement moins concentrés que les vendeurs sur les marchés canadiens; par conséquent, les groupes d'acheteurs sont moins susceptibles que les groupes de vendeurs d'exercer une puissance commerciale. D'ailleurs, peu de poursuites fondées sur des accords illégaux entre acheteurs ont été intentées au Canada ou aux États-Unis, ce qui indique que les autorités chargées de faire respecter la loi considèrent les accords anticoncurrentiels entre acheteurs moins problématiques que les accords anticoncurrentiels entre vendeurs.

- (v) Les interdictions *per se* ne devraient pas viser les accords entre affiliées, et l'affiliation devrait se concevoir autant entre les « compagnies » (comme dans l'actuel article 45 et dans le projet de loi C-472) qu'entre d'autres entités, comme les sociétés de personnes contrôlées (voir le paragraphe 2(2) de la Loi).

- (vi) Il reste à déterminer s'il convient de formuler l'interdiction en fonction des effets de l'accord (« ... aurait ou aurait vraisemblablement pour effet ... de fixer, établir, contrôler ou maintenir le prix ... », projet de loi C-472) ou de son objet. Selon nous, une interdiction axée sur les effets risque fort d'avoir une portée excessive, car elle pourrait viser des ententes ayant, par exemple, l'effet indirect de maintenir les prix. L'interdiction criminelle *per se* ne devrait s'appliquer qu'aux cartels tendant expressément à fixer des prix, partager des marchés ou restreindre la production, et non aux ententes qui pourraient indirectement influencer sur les prix, les marchés ou la production. Une autre façon de procéder consisterait à définir l'interdiction en référant au véritable objet de l'accord. Mais il faudrait alors que le tribunal détermine quel est le véritable objet de l'accord, exercice qui peut se révéler très ardu dans certains cas⁴⁸.

À notre avis, il est préférable de définir la conduite prohibée par référence à la nature de l'accord plutôt qu'à ses effets ou à son objet. L'interdiction *per se* doit être formulée le plus simplement possible. Nous proposons de suivre le modèle de l'article 47, relatif au truquage d'offres, qui définit l'infraction *per se* par rapport à la nature de l'accord. C'est de cette façon que le nouvel article 45 devrait être formulé, condamnant, par exemple, les accords entre

⁴⁸

Dans l'exemple donné par Bork de petits détaillants établissant le prix d'un produit pour les fins d'une campagne de publicité commune (mentionné dans Ross, précité, note 7, à la p. 862), la responsabilité criminelle dépendrait de la décision du tribunal quant à la question de savoir si l'accord avait pour objet de fixer les prix ou d'organiser une campagne publicitaire commune.

concurrents réels ou potentiels au moyen desquels les parties fixent les prix, se répartissent des marchés ou limitent la production. Cette solution contribuerait de plus à simplifier les exigences en matière de *mens rea*. Le ministère public aurait à prouver l'intention subjective de l'accusé de conclure un accord semblable à celui qui est décrit. Il ne serait pas nécessaire de se demander s'il faut prouver une autre intention relative aux « effets probables » de l'accord.

(b) L'interdiction *per se*

(i) La fixation des prix

Personne ne conteste que s'il doit y avoir une interdiction *per se*, elle doit viser les accords pour fixer les prix. La difficulté réside dans la définition de la conduite à prohiber. L'interdiction devrait, selon nous, viser les accords au moyen desquels les parties établissent le prix auquel elles vendent ou offrent en vente un produit, ou conviennent de le hausser ou de ne pas le réduire. Seraient ainsi interdits les accords sur un prix plancher, qui constituent en fait un engagement à ne pas réduire les prix. Les véritables accords sur les prix plafond, toutefois, échapperaient à l'interdiction parce qu'ils n'établissent pas le prix d'un produit, ne l'augmentent pas et n'en empêchent pas la réduction. Nous pensons que cette interdiction est assez large pour englober les ententes portant sur des composantes de prix, c'est-à-dire sur des facteurs influant directement sur les prix, tels les escomptes, rabais, remises ou modalités de paiement. Nous sommes convaincus que les tribunaux jugeront que des accords de ce type équivalent à des accords visant à fixer ou augmenter des prix ou à ne pas les diminuer.

(ii) Le partage de marchés et de clients

Déjà en 1969, le Conseil économique avait conclu que « les accords collusoires entre concurrents pour se partager les marchés » devraient constituer des infractions *per se*⁴⁹. Il ne semble pas que cette question ait suscité beaucoup de controverse depuis⁵⁰. Toute disposition interdisant *per se* certains accords horizontaux doit donc englober les accords pour se partager des marchés ou des clients par lesquels les concurrents conviennent de ne pas se livrer concurrence dans certains territoires ou marchés ou relativement à certains clients.

L'interdiction visant ces accords, toutefois, pourrait s'appliquer à de nombreuses ententes commerciales généralement considérées comme bénéfiques, telles les clauses de non-concurrence dans les ententes de fusions, baux commerciaux ou conventions de franchisage. Personne ne songerait à recommander l'interdiction *per se* de ces ententes. Cela confirme la nécessité de prévoir une exception aux interdictions *per se*, quelle que soit la précision de leur libellé. Il sera question d'une telle exception dans la prochaine section du présent document.

Nous proposons donc que, sous réserve d'une telle exception, soit interdit *per se* tout accord entre concurrents visant le partage de marchés, de territoires, de clients ou de ventes.

⁴⁹ Précité, note 4, aux p. 101 et 102. Le Conseil a reconnu la difficulté que présentaient les interdictions *per se* et a convenu de la nécessité de prévoir quelques exceptions relativement au franchisage et d'autoriser le maintien de pratiques comme celles qui permettent, par exemple, à un groupe de pharmacies d'une région de s'entendre pour que l'une ou plusieurs d'entre elles demeurent ouvertes le dimanche.

⁵⁰ Kennish et Ross, précité, note 7, à la p. 64 préconisent de faire une infraction *per se* de [TRADUCTION] « la répartition entre toutes parties de marchés, de territoires ou de clients ». Le projet de loi C-256, précité, note 6, aurait interdit les accords de partage ou de répartition de marchés. En droit américain, les accords de partage de marchés ont toujours constitué des infractions *per se* (ABA, Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 4^e éd. (Chicago, American Bar Association, 1997), aux p. 97 à 100 [ci-après *ABA Antitrust Law Developments*]). Dans l'Union européenne, on juge que ces ententes font partie des ententes injustifiables les plus flagrantes et qu'elles contreviennent presque invariablement au paragraphe 81(1) du Traité CE (Lignes directrices, précitées, note 27, au par. 25). Enfin, on peut lire dans l'analyse de l'OCDE sur les ententes injustifiables que les accords visant à diviser ou partager des marchés sont les atteintes les plus flagrantes au droit de la concurrence (précité, note 41, à la p. 6, renvoyant à la *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, doc. n° OCDE C/M(98)7/PROV, 25 février 1998.

(iii) La limitation de la production

Le caractère intrinsèquement anticoncurrentiel d'une entente visant uniquement le maintien ou la réduction du niveau de production ne fait aucun doute. On peut faire valoir que si les accords pour fixer les prix sont interdits, il n'est pas nécessaire d'interdire les accords pour limiter la production, puisque ce genre d'accord influe forcément sur les prix. C'est d'ailleurs pour cette raison que de tels accords constituent des infractions *per se* aux États-Unis :

[TRADUCTION]

Parce que la loi de l'offre et de la demande suppose qu'un accord visant à limiter la production équivaut à un accord pour fixer les prix, les tribunaux ont également appliqué la règle *per se* aux accords pour restreindre la production, fixer des contingents ou abandonner la fabrication d'un produit ...⁵¹.

Toutefois, comme nous recommandons de ne pas définir l'interdiction de fixer les prix par référence à l'effet de l'accord sur les prix, nous pensons qu'il est nécessaire de prévoir une interdiction distincte pour les accords limitant la production. Le libellé devrait indiquer clairement que l'interdiction ne vise pas seulement les accords pour réduire la production, mais également les accords pour maintenir ou ne pas augmenter la production. L'interdiction devrait également englober les ententes empêchant la production, telles les ententes pour s'abstenir de fabriquer un produit.

Cette interdiction *per se* pose, comme les autres, le problème de la criminalisation d'accords potentiellement avantageux, comme les coentreprises ou les alliances stratégiques et, ce faisant, elle confirme la nécessité d'une exception, à laquelle nous reviendrons plus loin.

Par conséquent, nous recommandons la formulation d'une interdiction *per se* applicable aux accords entre concurrents qui empêchent, réduisent ou maintiennent la production. Une telle interdiction viserait non seulement les accords empêchant ou réduisant la production et les accords de non-augmentation, mais également les accords portant sur des contingents,

⁵¹ ABA *Antitrust Law Developments*, précité, note 50, à la p. 82.

sur le retrait d'un produit, la fixation de volumes ou de quantités minimales ou maximales de produits vendus⁵².

(iv) Le boycottage

Les parties à un accord de boycottage s'entendent pour ne pas faire affaire avec une ou plusieurs personnes. On peut aisément concevoir les effets anticoncurrentiels que peut entraîner un boycottage concerté, par exemple, lorsque tous les concurrents conviennent d'exercer des pressions sur les fournisseurs pour qu'ils refusent d'approvisionner un nouvel entrant potentiel⁵³. Toutefois, ces ententes n'entraînent pas toujours de préjudice concurrentiel évident et, même si elles réduisent la concurrence, elles font souvent partie d'un arrangement générant des avantages. Des groupes d'achats peuvent, par exemple, exclure des aspirants membres pour des motifs tout à fait légitimes : des réseaux de guichets automatiques peuvent refuser des institutions financières parce qu'elles ne remplissent pas certaines exigences techniques.

Aux États-Unis, le boycottage concerté, quelquefois appelé refus de vendre, est considéré comme une infraction *per se*, une contravention à l'article 1 de la *Sherman Act*. Cette question suscite cependant une certaine confusion en droit américain⁵⁴. Comme l'écrit la Section of Antitrust Law de l'ABA :

[TRADUCTION]

La Cour suprême a invariablement statué, dans des affaires antérieures, que le refus de faire commerce contrevenait *per se* à l'article 1. Plus récemment, elle a reconnu, tout comme d'autres tribunaux, que certains refus horizontaux de faire commerce devaient faire l'objet d'un examen fondé sur la règle de raison. Il s'ensuit que la définition des circonstances dans lesquelles un refus concerté de faire commerce constitue un boycottage illégal n'ont pas toujours été bien définies. Comme la Cour suprême l'a fait observer, « la portée et le fonctionnement de la règle *per se* suscite plus de

⁵² Voir les affaires mentionnées dans *ABA Antitrust Law Developments*, précité, note 50, aux p. 82 et 83.

⁵³ Il s'agissait d'une des allégations faites dans l'affaire *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.*, précitée, note 43, à la p. 61, mais elle a été rejetée par la Cour.

⁵⁴ Voir par exemple *McQuinn, R.* « Boycott Law After *Northwest Wholesale Stationer* » [1989] 57 *Antitrust L.J.* 839.

confusion à l'égard des opérations de boycottage concerté que tout autre aspect de la règle⁵⁵.

Nous avons de sérieuses réserves concernant l'interdiction *per se* des [TRADUCTION] « boycottages primaires ou secondaires d'un concurrent »⁵⁶. Il y a lieu de signaler que l'OCDE n'inclut pas les boycottages dans sa définition de véritables cartels⁵⁷. De la même façon, les Lignes directrices CE ne les mettent pas au nombre des accords les plus flagrants « tombant presque toujours sous le coup de l'article 81, paragraphe 1 »⁵⁸. Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'y a pas consensus sur le caractère intrinsèquement anticoncurrentiel des boycottages concertés, ni « désapprobation morale » généralisée. Notons que la victime d'un boycottage, contrairement à celle d'un accord pour fixer les prix, apprend vite ce qui se passe, et que le Bureau est rapidement mis au courant si une plainte est formulée. Une instance civile pourrait probablement s'ensuivre dans les cas appropriés et constituer un recours plus efficace et plus expéditif qu'une poursuite criminelle.

Nous proposons donc de ne pas faire du boycottage une infraction *per se*, mais il serait toutefois visé par la disposition civile dont nous traiterons plus loin.

2. L'exception

L'interdiction *per se* vise à criminaliser les accords ayant pour unique fonction d'augmenter les prix ou de limiter la production⁵⁹ : c'est pour cette raison qu'ils sont décrits comme des « véritables cartels ». Parce que ces accords n'ont habituellement pas d'autre effet que de restreindre la concurrence, ils suscitent une « désapprobation morale » largement partagée⁶⁰ et il y a lieu de les interdire par voie de sanction criminelle.

Cependant, on aura beau rédiger l'interdiction avec tout le soin possible, elle s'appliquera inévitablement à des ententes qui ne sont pas injustifiables et qui ne sont pas frappées d'une

⁵⁵ ABA *Antitrust Law Developments*, précité, note 50, aux p. 101 et 102.

⁵⁶ Le projet de loi C-472, précité, note 8, aurait assujéti à une interdiction *per se* le fait de « boycotter un concurrent ou les fournisseurs ou clients d'un concurrent ».

⁵⁷ OCDE, précité, note 41, à la p. 6.

⁵⁸ Lignes directrices CE, précitées, note 27, par. 25.

⁵⁹ Dans l'affaire *Broadcast Music*, précitée, note 30, au par. 44, la Cour suprême des É.-U. fait état d'accords qui n'ont [TRADUCTION] « d'autre objet que de supprimer la concurrence ».

⁶⁰ Skeoch et McDonald, précité, note 26.

désapprobation morale. Nous avons donné des exemples d'accords qui fixent des prix, répartissent des marchés ou limitent la production sans pour autant constituer des restrictions anticoncurrentielles injustifiables⁶¹. À notre avis, l'équité exige qu'une exception leur soit applicable. Nous ne proposons pas de les soustraire à tout examen, mais simplement de les exclure de l'application de l'interdiction criminelle *per se* pour les assujettir plutôt à un examen civil dont il sera question plus loin.

Le but de cette exception est de soustraire à une sanction criminelle les accords qui, dans les faits, fixent les prix, partagent des marchés ou limitent la production mais qui ne sont pas de véritables cartels. S'agissant d'une exception à une interdiction criminelle, son bien-fondé devra être établi devant une juridiction criminelle. Pour que les objectifs qu'elle poursuit soient atteints, il faudrait, si c'est possible, que le tribunal n'ait pas à définir le marché pertinent, à évaluer l'étendue de la réduction de la concurrence ou des gains en efficacité ou à déterminer si les gains en efficacité l'emportent sur l'atteinte à la concurrence.

Idéalement, l'exception devrait être conçue en termes simples et comporter les éléments suivants :

- la restriction anticoncurrentielle fait partie d'un arrangement plus large;
- cette entente entraînera vraisemblablement des gains en efficacité;
- la restriction est raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains en efficacité escomptés.

Nous croyons enfin que c'est à l'accusé qu'il devrait incomber de prouver, suivant la prépondérance des probabilités, que l'exception lui est applicable.

⁶¹ Le mémoire soumis par l'ABC au Forum des politiques publiques, précité, note 10, aux p. 45 et 46, fournit une liste d'exemples de tels accords; voir également, McMillan Binch, précité, note 10, aux p. 25 et 26.

(a) Élément d'un arrangement plus large

L'objectif étant d'exonérer de responsabilité criminelle les parties à des accords pour fixer les prix, partager des marchés ou limiter la production qui n'ont pas pour seul effet de réduire la concurrence, c'est-à-dire qui ne sont pas des véritables cartels, il faut nécessairement que ces accords s'inscrivent dans un arrangement plus large comportant d'autres caractéristiques que les restrictions anticoncurrentielles. Parce que ces caractéristiques peuvent être constatées dans une entente unique ou dans plusieurs ententes, nous recommandons de définir l'exception en employant l'expression « arrangement plus large » pour couvrir les deux situations.

On nous a demandé d'examiner s'il était opportun de prévoir une exception fondée sur la théorie de la « restriction accessoire ». Nous craignons que l'emploi du mot « accessoire » ou d'un synonyme, comme dans le projet de loi C-472 (« auxiliaire »), laisse supposer que la restriction doit être secondaire, ce qui obligerait le tribunal à déterminer si c'est la restriction anticoncurrentielle ou le reste de l'entente qui constitue l'objet principal de l'arrangement. Pour reprendre l'exemple examiné plus haut, l'exception telle qu'elle est formulée dans le projet de loi C-472 ne pourrait être invoquée, dans le cas d'une entente entre petits détaillants fixant le prix de produits annoncés dans une publicité commune, que si l'accord portait principalement sur la publicité commune et non sur la fixation de prix. Nous croyons pour notre part que l'exception devrait s'appliquer si l'ensemble de l'arrangement est susceptible de générer des avantages concurrentiels, sans égard à la question de savoir si les avantages résultent de la restriction ou la restriction des avantages, car la responsabilité criminelle ne devrait pas dépendre de ce qui peut équivaloir à une détermination subjective.

(b) Probabilité de gains en efficience

L'étape suivante consiste à déterminer le type d'arrangements plus larges qui devraient échapper à la responsabilité criminelle en dépit de la présence de restrictions anticoncurrentielles. Une première possibilité est de ne pas attacher d'importance à la nature de l'arrangement, dans la mesure où il comporte des caractéristiques autres que la restriction anticoncurrentielle. C'est la démarche retenue dans le projet de loi C-472, lequel prévoit une exception à l'égard de la collusion accessoire à un « autre accord ». La disposition n'énonce aucune exigence relativement à cet autre accord; il peut littéralement porter sur n'importe quoi, pourvu que la restriction anticoncurrentielle n'en soit pas l'unique objet. La seconde possibilité serait de définir la nature de l'arrangement plus

large englobant la restriction anticoncurrentielle. Compte tenu du contexte du droit de la concurrence, nous estimons que cet arrangement doit à tout le moins comporter quelques éléments proconcurrentiels.

À notre avis, la seconde option est préférable. Une restriction foncièrement anticoncurrentielle ne devrait pas bénéficier d'une exception simplement parce qu'elle s'inscrit dans un arrangement plus large, quelle que soit la nature de celui-ci. Il doit y avoir des éléments de preuve indiquant que l'arrangement produit ou produira vraisemblablement des avantages proconcurrentiels. Pour qu'un accord anticoncurrentiel n'entraîne pas de responsabilité criminelle, il doit présenter des avantages sur le plan de la concurrence dépassant la seule existence d'un autre but ou la seule possibilité de gains privés pour les parties⁶². Le processus concurrentiel doit y gagner.

On peut préciser la nature de l'arrangement en faisant référence à des « gains en efficience » ou à des « avantages concurrentiels »⁶³. Bien que la seconde expression puisse avoir une portée plus large que la première, nous sommes d'avis que l'exception devrait s'articuler autour des gains en efficience, parce que cette notion est déjà bien connue en droit de la concurrence et qu'ainsi on atteindra une plus grande certitude, ce qui compte beaucoup en droit criminel. En outre, si les parties estiment que leur accord engendrera des avantages pour le processus concurrentiel, mais ne savent si ces avantages constituent des gains en efficience, elles pourront en donnant l'avis décrit plus loin, écarter toute responsabilité criminelle. Nous aimerions que l'analyse tienne compte de la totalité des avantages concurrentiels, telles l'amélioration de la qualité, l'intensification de la recherche et du développement, la stimulation de l'innovation, la création de nouveaux produits, etc. Nous pensons toutefois que ces avantages peuvent être considérés comme des gains en efficience dynamiques⁶⁴.

Il ne devrait pas être nécessaire, à notre avis, de démontrer que l'arrangement se traduira effectivement par des gains en efficience; la preuve qu'il en produira vraisemblablement devrait

⁶² Actuellement, ces facteurs ne jouent pas dans l'application de l'article 45 : *Weidman v. Shragge*, précité, note 13, aux p. 147 et 152; *Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. R.* (1929), précité, note 13 à la p. 70; *Container Materials Ltd. v. R.*, précité, note 13, à la p. 152.

⁶³ Sur cette question, les auteurs ne s'expriment pas toujours clairement. Certains semblent penser que les expressions « avantages concurrentiels » et « gains en efficience » sont interchangeables tandis que d'autres font une distinction entre les deux. Voir par exemple, *US Antitrust Guidelines*, précitées note 41, article 2.1; McQuinn, précité, note 54, à la p. 840; Muris, précité, note 39, aux p. 861 et 862.

⁶⁴ Au sens entendu dans *Fusionnements – Lignes directrices pour l'application de la loi*, Industrie Canada, Directeur des enquêtes et recherches, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1991.

suffire. Ainsi, l'exception s'appliquerait à des parties à un accord qui n'a pas produit les gains en efficacité qu'elles escomptaient, si elles peuvent établir que leur réalisation était plausible dans le contexte de l'arrangement plus large. Nous ne préconisons pas une exception applicable dès que les accusés prétendent croire que leur arrangement produira probablement des gains en efficacité. Le tribunal devra prendre en considération la nature de l'arrangement ainsi que toutes les circonstances l'entourant pour juger de la plausibilité des gains en efficacité.

Il se peut fort bien que les gains en efficacité ne puissent se réaliser que par suite d'une forme quelconque d'intégration économique⁶⁵, mais il n'est pas nécessaire selon nous de préciser dans l'énoncé de l'exception que l'arrangement plus large devrait équivaloir à une intégration économique. S'il est clair que l'exception exige un arrangement plus large qui entraînera vraisemblablement des gains en efficacité, la structure de l'arrangement importe peu pour les fins de l'exception.

(c) Raisonnement nécessaire pour la réalisation des gains en efficacité

Il n'est pas suffisant, selon nous, de prouver simplement que la restriction fait partie d'un arrangement plus large qui générera probablement des gains en efficacité. Les parties devraient ensuite avoir à démontrer que la restriction est « raisonnablement nécessaire » à la réalisation de ces gains en efficacité. Il ne suffit pas que les parties adjoignent à leur cartel des activités communes licites et bénéfiques; il doit exister un lien raisonnable entre la restriction et les gains en efficacité, autrement les parties à de véritables cartels pourraient échapper à la responsabilité criminelle en assortissant simplement leurs restrictions anticoncurrentielles de caractéristiques supplémentaires sans rapport avec elles.

L'exception doit être conçue pour exonérer de toute responsabilité criminelle les parties à des arrangements ne constituant pas de véritables cartels. Les parties devront donc établir plus qu'une simple contemporanéité entre la restriction et les gains en efficacité, sans toutefois avoir à démontrer que la restriction est essentielle à la réalisation desdits gains ou qu'il n'existe pas d'autres moyens de les réaliser.

⁶⁵ *US Antitrust Guidelines*, précité, note 41, section 3.2.

Enfin, comme nous l'avons mentionné, les juridictions criminelles ne sont pas le forum approprié pour débattre de questions économiques. Il n'est donc pas souhaitable d'exiger la preuve que les gains en efficacité sont considérables ou qu'ils sont propres à contrebalancer l'atteinte à la concurrence. L'examen ne devrait consister qu'à déterminer si la restriction anticoncurrentielle constitue un véritable cartel ou si elle se rattache à un arrangement favorable à la concurrence. Les tribunaux ne devraient pas être appelés à effectuer une évaluation comparative du préjudice et des avantages, analyse qui relève du régime civil décrit ci-dessous.

(d) Fardeau de la preuve

À défaut de mention particulière dans le texte de loi⁶⁶, la norme de preuve habituellement applicable aux exceptions et aux moyens de défense invoqués en matière criminelle est celle du doute raisonnable :

L'accusé invoque le moyen de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer ..., après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense⁶⁷.

Autrement dit, à moins de mention particulière quant au fardeau de la preuve dans l'énoncé de l'exception, un accusé pourrait se soustraire à la responsabilité criminelle en soulevant simplement un doute raisonnable sur l'existence d'un arrangement pouvant vraisemblablement produire des gains en efficacité et sur le caractère raisonnablement nécessaire de la restriction anticoncurrentielle pour la réalisation desdits gains. Pour obtenir une condamnation, lorsque l'accusé a soulevé un doute raisonnable, le ministère public doit alors établir hors de tout doute raisonnable que la restriction ne fait pas partie d'un arrangement, qu'elle n'est pas raisonnablement nécessaire à cet arrangement et que l'arrangement n'est susceptible d'entraîner aucun gain en efficacité.

Nous craignons que ce fardeau soit insuffisant et qu'il mène à des acquittements injustifiés dans des affaires relatives à de véritables cartels. Comme nous l'avons indiqué, l'exception que nous envisageons n'exigerait pas la preuve que l'arrangement entraînera des gains en efficacité réels

⁶⁶ Voir, par exemple, l'alinéa 45(7)d) du projet de loi C-472, précité, note 8, qui ne prévoit rien quant au fardeau de la preuve.

⁶⁷ *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, au par. 66.

ou considérables, que les gains constituent le principal objectif des parties ou qu'ils sont plus importants que la réduction de concurrence découlant de l'entente. Si la norme de preuve exigée pour les éléments de l'exception est celle du doute raisonnable, il pourrait alors être trop facile pour les parties à un véritable cartel de concevoir des « arrangements » autour de leurs activités collusoires et de soulever ainsi un doute raisonnable quant à la réalisation de gains en efficacité quelconques. Comme tout doute doit profiter à l'accusé, les tribunaux pourraient décider d'acquitter même si la preuve des gains en efficacité est contestable. Il serait alors ardu pour le ministère public de faire condamner les parties à de véritables cartels.

Peut-être conviendrait-il plutôt d'imposer un fardeau légal aux accusés, c'est-à-dire de prévoir dans la loi qu'ils sont tenus d'établir les éléments de l'exception selon la prépondérance des probabilités. Cette solution soulève toutefois des problèmes constitutionnels, parce qu'une telle exigence porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'article 7 et l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁸ :

La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé⁶⁹.

Ce type d'atteinte doit alors être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le cadre de notre étude ne nous permettant pas d'effectuer une analyse complète en vertu de l'article premier⁷⁰, nous nous contenterons d'énoncer notre opinion préliminaire voulant qu'une disposition

⁶⁸ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), ch. 11.

⁶⁹ Voir *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, par. 31 et 32 (non souligné dans l'original); voir également *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Laba*, [1994] 2 R.C.S. 965.

⁷⁰ Voir notamment l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

portant inversion du fardeau de la preuve pourrait fort bien se justifier sous le régime de l'article premier, notamment pour les motifs suivants :

- l'accusé est mieux en mesure que le ministère public d'établir que la restriction anticoncurrentielle est raisonnablement nécessaire pour les fins d'un arrangement plus large, lequel produira vraisemblablement des gains en efficience⁷¹;
- le ministère public aurait un très lourd fardeau de preuve s'il devait établir hors de tout doute raisonnable que la restriction anticoncurrentielle n'est pas raisonnablement nécessaire à l'arrangement invoqué ou que cet arrangement ne produirait aucun gain en efficience⁷²;
- l'exception crée en fait un moyen de défense que l'accusé ne pourrait autrement invoquer⁷³; comme l'a déclaré le tribunal saisi de l'affaire *R. c. Peck*⁷⁴, une infraction qui ne pourrait être contestée si le moyen de défense n'existait pas ne devrait pas être invalidée parce que le législateur a ajouté un moyen de défense à ceux que prévoit la common law.

L'analyse complète se rapportant à l'article premier chercherait aussi à déterminer si d'autres solutions moins restrictives auraient permis d'atteindre l'objectif poursuivi, c'est-à-dire diminuer le fardeau de la preuve du ministère public. Une solution de rechange serait de prévoir une exception plus exigeante, prescrivant, par exemple, la preuve de l'existence de gains en efficience considérables, la preuve que ces gains excèdent l'atteinte à la concurrence, ou la preuve qu'il n'existe pas de moyens moins restrictifs de réaliser les gains, tout en conservant la norme de preuve plus légère du doute raisonnable. Comme nous l'avons expliqué plus haut, toutefois, il ne nous paraît pas souhaitable de procéder ainsi car cela obligerait les juridictions criminelles à effectuer des analyses économiques, alors que ces analyses devraient plutôt se faire dans le contexte civil décrit plus loin.

⁷¹ Voir *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Stone*, [1999] 2 S.C.R. 290; *R. v. Curtis*, (1998) 38 O.R. 3d. 135 (C.A.). Voir également, T.C. Arthur, « A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts » (2000) 68 *Antitrust L.J.* 337, à la p. 380.

⁷² *R. c. Whyte*, précité, note 69; *R. v. Curtis*, *ibid.*

⁷³ *R. c. Whyte*, *ibid.*; *R. c. Keegstra*, précité, note 68; *R. v. Peck*, 128 N.S.R. (2d) 206 (C.A. N.-É.).

⁷⁴ *Ibid.*, à la p. 213.

(e) Avis

Nous avons recommandé une infraction *per se*, décrite avec suffisamment de précision pour en limiter l'application aux restrictions anticoncurrentielles les plus préjudiciables. Nous avons également proposé d'assortir cette infraction d'une exception, pour limiter encore davantage l'imposition d'une responsabilité criminelle afin d'éviter l'effet paralysant sur les accords pouvant vraisemblablement générer des gains en efficience et qui ne devraient donc pas faire l'objet de poursuites criminelles. Cependant, parce qu'il n'est pas toujours facile de déterminer avec certitude si cette exception s'applique, plus particulièrement d'établir que la restriction anticoncurrentielle est nécessaire à la réalisation des gains en efficience, et parce que la simple possibilité de responsabilité criminelle empêchera souvent la mise en œuvre d'arrangements proconcurrentiels, nous avons également examiné s'il ne conviendrait pas de prévoir une nouvelle exception, savoir une procédure d'avis, pour élever le degré de certitude juridique.

Warner et Trebilcock⁷⁵ préconisent d'interdire *per se* tous les accords secrets pour fixer les prix. Seuls échapperaient à l'interdiction les accords dont le Bureau de la concurrence aurait reçu avis avant leur prise d'effet. L'avis ne serait pas obligatoire, mais il écarterait tout risque de sanction criminelle puisqu'il constituerait une défense complète en cas de poursuite criminelle. Warner et Trebilcock proposent un simple processus d'avis, non une procédure d'inscription ou d'autorisation, bien qu'ils envisagent que le commissaire puisse demander des renseignements supplémentaires afin de déterminer s'il y a lieu de demander une injonction interdisant l'accord sous le régime d'une nouvelle disposition civile, qu'ils proposent également, concernant les ententes horizontales⁷⁶.

Kennish et Ross⁷⁷ ont examiné cette proposition. Ils y voient une lacune parce que, selon eux, le Bureau pourrait recevoir une avalanche d'avis et parce que certains véritables cartels peuvent être difficiles à déceler, en particulier s'ils sont maquillés de façon à dissimuler leur véritable objet. Kennish et Ross pensent aussi que, parce que le secret constitue souvent une arme tactique importante pour les entreprises qui prennent des initiatives importantes, les parties pourraient bien décider de ne pas donner d'avis pour protéger la confidentialité de leur projet ce qui, aux termes de la proposition mise de l'avant par Warner et Trebilcock, les exposerait à une poursuite criminelle.

⁷⁵ Warner et Trebilcock, précité, note 7.

⁷⁶ P. Hughes *et al.*, précité, note 38, ont récemment repris cette proposition en y apportant toutefois des modifications intéressantes.

⁷⁷ Kennish et Ross, précité, note 7.

Le projet de loi C-472 proposait un certificat d'autorisation analogue au certificat de décision préalable délivré à l'égard de fusionnements sous le régime de l'article 102 de la Loi; cela diffère considérablement d'un système d'avis. Aux termes de l'article 79.2 du projet de loi, le commissaire, s'il est convaincu que l'accord n'aurait pas vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, pourrait remettre un certificat d'autorisation immunisant les parties pour une durée de trois ans contre toute poursuite fondée sur l'interdiction criminelle *per se* ou fondée sur une nouvelle disposition civile relative aux accords horizontaux. Le commissaire aurait été tenu d'examiner les demandes de certificats « avec toute la diligence possible », mais le projet de loi ne prévoyait pas de délai pour sa réponse. De plus, l'alinéa 45(7)c) aurait exonéré de responsabilité criminelle les auteurs d'accords « ayant fait l'objet d'un avis donné au commissaire conformément au paragraphe 79.2(1) »; il n'est pas question d'avis, toutefois, à l'article 79.2(1), seulement de « demande » ou de « demande de certificat d'autorisation ».

Nous sommes d'avis que la solution la plus appropriée consisterait à prévoir l'exception supplémentaire recommandée ci-dessous, fondée sur un processus d'avis analogue à celui que proposent Warner et Trebilcock. Ce processus aurait les caractéristiques suivantes :

- il s'agirait d'un simple avis, non d'une demande d'exemption ou d'un processus imposant une période d'attente avant la mise en oeuvre de l'accord;
- les accords dont le Bureau de la concurrence aurait reçu avis ne pourraient donner lieu à une poursuite criminelle et, par conséquent, ne pourraient fonder un recours en dommages-intérêts fondé sur l'article 36 dont la cause serait postérieure au dépôt de l'avis; la disposition civile dont il sera question ci-dessous continuera toutefois de leur être applicable;
- l'immunité couvrirait tout acte accompli conformément aux termes de l'accord, pourvu qu'aucune modification substantielle n'ait été apporté à celui-ci; un nouvel avis serait nécessaire pour toute modification importante;
- le processus d'avis ne serait pas obligatoire; il s'agirait d'une option dont les entreprises désireuses d'écartier toute responsabilité criminelle pourraient se prévaloir, dans les cas, par exemple, où l'applicabilité de l'exception décrite ci-dessus serait incertaine;

- l'avis contiendrait des renseignements sur l'accord et sur les parties et devrait être accompagné des documents pertinents; le commissaire pourrait demander des renseignements supplémentaires s'il estime qu'une analyse plus approfondie est nécessaire pour déterminer s'il convient de prendre des mesures contre l'accord en vertu de la disposition civile;
- des droits minimes seraient imposés pour couvrir les frais de fonctionnement du système d'avis;
- l'avis serait confidentiel, comme c'est le cas pour les préavis de fusionnement, et l'article 29 de la Loi devrait être modifié en conséquence; nous croyons que si les avis étaient publics⁷⁸ le système ne serait pas efficace, car les entrepreneurs choisiraient de ne pas en donner plutôt que de voir leurs accords devenir publics. Tant pour le respect de la confidentialité que pour d'autres aspects de notre proposition, il faudrait que les ententes horizontales soient traitées comme les fusionnements.

Comme Warner et Trebilcock le signalent⁷⁹, les interdictions *per se*, à cause des limites inhérentes à la rédaction, auront presque toujours une portée trop large et pourront s'appliquer à des accords potentiellement favorables à la concurrence. Même si nous nous sommes efforcés de restreindre la portée de l'interdiction *per se* que nous recommandons en l'assortissant d'une exception applicable aux ententes générant des gains en efficacité, il y aura toujours des incertitudes, lesquelles pourront avoir l'effet paralysant décrit plus haut.

Le processus d'avis que nous proposons fournit aux parties à une entente la possibilité d'éliminer tout risque d'engager leur responsabilité criminelle en avisant simplement le Bureau de la concurrence de la teneur de l'accord. Même s'il ne s'agit pas d'un processus d'autorisation, nous sommes conscients que le dépôt d'un avis pourra, dans certains cas, entraîner à bon droit un examen plus approfondi de la part du Bureau et que cette possibilité risque de décourager certaines parties de donner l'avis. Ceux pour qui il est impensable de mettre une entente en oeuvre s'ils courent le moindre risque de sanction criminelle, toutefois, auront l'option de déposer l'avis et d'éliminer ainsi

⁷⁸ Voir P. Hughes *et al.*, précité, note 38.

⁷⁹ Précité, note 7, aux p. 715 et 716.

tout risque d'engager leur responsabilité criminelle. Nous pensons que pour encourager les accords proconcurrentiels, il convient d'offrir une telle possibilité aux entreprises canadiennes, laquelle permettrait également d'écartier la responsabilité criminelle pour les accords qui, bien qu'ils tombent techniquement sous le coup de l'interdiction *per se*, n'ont manifestement qu'un effet minimal sur la concurrence.

Notre proposition ne devrait pas imposer une trop lourde tâche au Bureau. Premièrement, seuls les accords comportant une restriction anticoncurrentielle décrite dans l'interdiction *per se* pourraient faire l'objet d'un avis. Deuxièmement, comme cette interdiction prévoirait une exception pour les restrictions faisant partie d'un arrangement plus large qui engendre des gains en efficience, il ne serait pas nécessaire de donner avis de tous les arrangements comprenant une restriction anticoncurrentielle, comme cela aurait été le cas sous le régime de la proposition de Warner et Trebilcock selon laquelle tout accord secret ayant pour effet de fixer des prix serait criminel. Ainsi, pour répondre à la critique élevée par Kennish et Ross, ceux qui préfèrent maintenir leur entente entièrement secrète n'auront pas nécessairement à en donner avis s'ils sont convaincus qu'elle est visée par l'exception relative à « l'arrangement plus large ».

Troisièmement, le Bureau ne devrait pas avoir à effectuer plus qu'un examen sommaire des renseignements déposés. La plupart des avis pourront, selon nous, être examinés très rapidement et permettront au Bureau de déceler facilement les accords nécessitant un supplément d'enquête ou une intervention sous le régime de la disposition civile décrite ci-dessous.

Enfin, nous pensons qu'il est peu probable, considérant le secret dont sont entourés les véritables cartels, que les parties à de tels accords donnent un avis afin d'échapper à des sanctions criminelles, et même si elles en donnaient un, leur accord ferait l'objet d'un examen civil et pourrait toujours être interdit et l'intérêt public serait protégé.

NOUVELLE PRATIQUE SUSCEPTIBLE D'EXAMEN

Nous sommes d'avis que les accords entre concurrents réduisant sensiblement la concurrence devraient constituer une nouvelle pratique susceptible d'examen au sens de la Loi, et que la disposition en traitant devrait comporter une exception pour gains en efficience⁸⁰.

Les modifications que nous proposons d'apporter à l'article 45 pour limiter la portée de la responsabilité criminelle aux véritables cartels impliquent de toute évidence l'ajout d'une disposition régissant toutes les autres ententes horizontales visées par l'actuel article 45. Si ces autres ententes entre concurrents ne justifient pas à notre avis l'application de sanctions criminelles, elles peuvent néanmoins avoir un effet préjudiciable sur la concurrence que le droit devrait prévenir ou freiner.

Certains auteurs affirment qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une autre disposition civile parce que les dispositions actuelles relatives aux fusionnements et à l'abus de position dominante sont suffisantes pour traiter des ententes horizontales qui ne sont pas de véritables cartels⁸¹. Nous ne sommes pas de cet avis. Premièrement, beaucoup d'ententes entre concurrents ne constituent pas des fusionnements au sens de l'article 91 de la Loi et ne peuvent, par conséquent, faire l'objet de l'examen prévu pour ces opérations. Deuxièmement, l'abus de position dominante exige la preuve d'actes anticoncurrentiels, c'est-à-dire d'actes visant à exclure des concurrents. Or l'une des caractéristiques fondamentales des actes anticoncurrentiels est que les concurrents des entreprises dominantes en sont les victimes, et non les alliés⁸². La plupart des ententes entre concurrents ne visent pas les concurrents. Il faut adopter une nouvelle disposition visant les accords horizontaux qui empêchent ou diminuent la concurrence, sans pour autant viser à exclure des entreprises concurrentes ou à leur faire du tort.

1. Portée de la pratique susceptible d'examen

Selon nous, la nouvelle disposition civile, de nature analogue aux autres dispositions de la partie VIII de la Loi, présenterait les caractéristiques suivantes :

⁸⁰ D'autres auteurs ont formulé une proposition de ce genre : voir Warner et Trebilcock, précité, note 7, à la p. 972, Kennish et Ross, précité, note 7 et Stanbury, précité, note 7.

⁸¹ McMillan Binch, précité, note 10.

⁸² *Canada (D.I.R.) c. NutraSweet Co* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, à la p. 37 (Trib. conc.).

- Elle autoriserait le commissaire à soumettre au Tribunal les accords entre concurrents qui ont ou peuvent vraisemblablement avoir pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché. Elle s'appliquerait à tout accord horizontal ayant un effet préjudiciable sensible sur la concurrence, non seulement à ceux qui renferment une restriction anticoncurrentielle et qui sont visés par l'exception, décrite plus haut, à l'interdiction *per se*.
- Elle s'appliquerait aux accords entre concurrents réels ou potentiels, mais ne viserait pas les accords verticaux. La Loi comprend déjà des dispositions traitant expressément de certains accords verticaux (comme les articles 61 et 77), et la nouvelle disposition ne devrait pas avoir pour effet d'englober les accords que le législateur a choisi de ne pas inclure dans les dispositions existantes relatives à des pratiques verticales.
- La nouvelle disposition viserait les accords entre acheteurs concurrents. Même si la nature intrinsèquement anticoncurrentielle de tels accords n'est pas généralement reconnue – raison pour laquelle nous recommandons de ne pas les inclure dans l'interdiction *per se* – ils peuvent, dans certains cas, entraîner des effets anticoncurrentiels et ils devraient par conséquent faire l'objet d'un examen, si besoin est.

Comme nous l'indiquons ci-dessus, ce qu'il faudrait déterminer aux termes de la nouvelle disposition, c'est si l'accord empêche ou réduit sensiblement la concurrence. Il s'agit là du critère habituel prévu par la Loi, pour lequel il existe de la jurisprudence; il permettrait d'effectuer une analyse « fondée sur la règle de raison » adéquate, visant à évaluer les incidences de l'accord sur la concurrence. Nous ne croyons pas, toutefois, que le critère devrait servir à apprécier le caractère raisonnable des accords dans la perspective de l'intérêt public, comme l'énonce notre mandat relativement au modèle qui y est proposé. L'introduction de la notion d'intérêt public dans cette disposition nous ramènerait à l'article 33 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, portant sur les fusionnements et les monopoles, lequel, comme l'indique l'arrêt *Irving*⁸³ de la Cour suprême, ne contenait pas un critère que les tribunaux peuvent adéquatement prendre en considération.

2. Exception

⁸³ *R. c. K.C. Irving Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 408.

Il est absolument essentiel de prévoir une exception relative aux gains en efficience pour cette nouvelle disposition, et l'absence d'une telle exception dans le projet de loi C-472 ne peut manquer de surprendre. La réforme de l'article 45 vise précisément, entre autres, à permettre de tenir compte des gains en efficience afin d'encourager les accords les favorisant. En fait, la présomption voulant que les gains en efficience ne soient pas pertinents constitue l'une des principales lacunes de l'article 45 aujourd'hui, comme nous l'avons déjà exposé. En outre, la plupart des ententes horizontales, sinon toutes, favorisant l'efficience entraînent une forme d'intégration économique. Puisque les dispositions relatives au fusionnement prévoient une exception pour les gains en efficience, il conviendrait d'appliquer une exception similaire en l'espèce pour éviter de favoriser les fusionnements au détriment d'autres formes d'intégration économique. Nous croyons, pour cette raison, que l'exception relative aux efficacités envisagée ici devrait reprendre, en l'adaptant, l'article 96 applicable aux fusionnements. Le présent document n'a pour objet de supputer quelle devrait être l'étendue de la défense de gains en efficience, question sur laquelle la Cour suprême du Canada rendra bientôt une décision⁸⁴ sûrement intéressante. Le fait est, toutefois, que l'exception pour gains en efficience devrait être de même nature, qu'elle s'applique à des fusionnements ou à d'autres ententes horizontales.

Il devrait également y avoir une exception pour les ententes conclues exclusivement entre affiliées, laquelle devrait s'appliquer aux compagnies et aux sociétés de personnes, conformément au paragraphe 2(2) de la Loi.

3. Ordonnance du Tribunal

Pour aligner le traitement des autres formes d'intégration économique sur celui des fusionnements, il conviendrait de limiter la compétence du Tribunal au prononcé d'ordonnances analogues à celles que prévoit l'article 92 de la Loi. Autrement dit, le Tribunal devrait être habilité à interdire aux parties de mettre leur accord en œuvre, en totalité ou en partie, à leur enjoindre de résilier, en totalité ou en partie, un accord en vigueur ou, sur consentement des parties, à imposer toute autre mesure. À notre avis, le pouvoir d'ordonner aux parties, sans leur consentement, des mesures visant à enrayer les effets anticoncurrentiels de leur accord ou à rétablir la concurrence dans le marché, tel qu'il est prévu à l'alinéa 79.1(1)d) du projet de loi C-472, pourrait poser

problème, et il convient d'examiner cette question avec soin. Nous ne sommes pas certains qu'en matière d'accords horizontaux, il convienne d'octroyer au Tribunal les pouvoirs étendus qu'il peut exercer relativement à l'abus de position dominante, à l'exclusivité, aux ventes liées et à la limitation du marché. Le recours à de tels pouvoirs peut se justifier lorsque les pratiques d'exclusion ont pu affaiblir la concurrence à un point tel qu'une injonction interdisant leur poursuite serait insuffisante. Toutefois, dans les cas d'accords horizontaux, les parties demeurent en concurrence même s'il leur est enjoint de mettre fin à leur accord, et elles peuvent rétablir la concurrence dans le marché sans autre intervention. Encore une fois, nous croyons que le Tribunal ne devrait pas disposer, relativement aux accords horizontaux, de pouvoirs plus étendus que ceux dont il dispose en matière de fusionnement.

Enfin, il va sans dire que le processus d'ordonnance par consentement prévu à l'article 105 de la Loi devrait s'appliquer à la nouvelle disposition sur les ententes horizontales.

4. Recours privés

La question des recours privés devant le Tribunal fait l'objet de débats depuis déjà quelque temps, et elle demeure d'actualité. Si l'on ajoute à la Loi une nouvelle disposition civile sur les ententes horizontales, il faudra examiner de façon approfondie la question des recours privés en vertu de cette disposition. Sans nous prononcer sur l'opportunité d'instaurer un recours privé relativement à l'une quelconque des autres pratiques susceptibles d'examen, nous estimons peu justifié de permettre ce genre de recours en matière de fusionnement. Et comme nous sommes d'avis, pour les motifs exposés ci-dessus, que le traitement des accords horizontaux devrait correspondre le plus étroitement possible à celui des fusionnements, nous ne voyons aucune raison valable de permettre les recours privés à l'égard des accords horizontaux visés par la nouvelle disposition civile.

CONCLUSION

Il n'existe pas de solution parfaite aux problèmes posés par l'article 45, car il est impossible de concilier entièrement les objectifs énoncés ci-dessus. Il ne faudrait pas pour autant que cela empêche une réforme dont le besoin se fait cruellement sentir. Nous réitérons notre conviction

⁸⁴

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Superior Propane Inc. (2001), 11 C.P.R. (4th) 289 (C.A.F.),

selon laquelle l'article 45, dans sa forme actuelle, n'est pas adéquat sur le plan du droit criminel, parce qu'il n'informe pas suffisamment sur la teneur de l'interdiction et que cette incertitude engendre un effet paralysant non négligeable.

Nous croyons que notre proposition fournit une base solide de changement et qu'elle améliorerait substantiellement le droit actuel.

Le délai restreint dont nous disposions ne nous a pas permis d'examiner les nombreuses autres modifications corrélatives qu'il faudrait apporter à la Loi si notre proposition était mise en œuvre. Il faudrait par exemple envisager l'abrogation ou la modification des paragraphes 45(2) à (8) ainsi que des articles 45.1, 46, 48, 49, 61 et 85 à 90 de la Loi. Il ne fait pas de doute que certaines de ces dispositions deviendraient redondantes, tels les paragraphes 45(2) et (2.2) portant respectivement sur le sens la réduction induite de la concurrence et sur la preuve d'intention que doit faire la Couronne.