

PROPOSITION DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES
À L'ARTICLE 45 DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

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

Le 20 juin 2003

BORDEN LADNER GERVAIS LLP

PROPOSITION DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES À L'ARTICLE 45 DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

Introduction

Les auteurs ont été engagés par le commissaire de la concurrence (le commissaire) pour se pencher sur des propositions visant à modifier la disposition sur les complots se trouvant à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* (la Loi). Les résultats de notre examen sont exposés dans un rapport daté du 11 avril 2001, «Modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* : Cadre législatif » (le Rapport)¹. Comme le signale le Rapport, divers observateurs ont critiqué l'article 45 au titre qu'il est à la fois d'application trop restreinte, parce qu'il permet à des arrangements manifestement anticoncurrentiels d'échapper à toute sanction, et d'application trop vaste, parce qu'il soumet tout arrangement horizontal à des interdictions criminelles même lorsqu'il pourrait augmenter le bien-être.

Pour régler ces problèmes ainsi que d'autres lacunes de l'article 45 précisées dans le Rapport, les auteurs ont proposé diverses modifications à la disposition. Le principal objectif de ces modifications consiste à créer un régime qui proscrie efficacement les comportements relevant de cartels patents tout en encourageant les alliances et collaborations stratégiques entre concurrents qui produisent des avantages proconcurrentiels. Accessoirement, il s'agit d'harmoniser les lois du Canada avec celles de ses principaux partenaires commerciaux et, dans la mesure du possible, de prévoir un cadre de politiques comparable pour les collaborations et les fusionnements entre concurrents. Les principales propositions concernant la modification de l'article 45, telles qu'elles sont décrites dans le Rapport, se présentent comme suit :

- l'article interdirait le comportement collusoire grave au moyen d'une disposition criminelle prévoyant l'illégalité en soi;
- l'article préciserait les types d'arrangements qui sont touchés par l'interdiction d'office;
- les arrangements qui ne relèvent pas d'une interdiction d'office seraient soumis à l'analyse par la règle de raison en vertu d'une disposition civile;

¹ Accessible en direct à : http://strategis.ic.gc.ca/SSI/ctf/russellrep_f2.pdf.

- les parties pourraient demander une exemption des dispositions criminelles prévoyant l'illégalité en soi en invoquant le fait que l'arrangement éventuellement criminel produirait des avantages proconcurrentiels supérieurs à ses effets anticoncurrentiels potentiels.

À la suite de la publication du Rapport, le commissaire a demandé aux auteurs de proposer le texte d'un article 45 modifié. Dans les sections suivantes, nous présentons le texte d'éventuelles dispositions à deux volets : criminel et civil. En plus du texte proposé d'un article 45 modifié, nous présentons, dans une série de notes en fin d'ouvrage, une analyse de certains aspects des dispositions proposées.

Le projet de disposition criminelle énoncée ci-dessous prévoit l'illégalité en soi des accords, arrangements ou ententes entre concurrents effectifs ou éventuels en vue de fixer les prix, de répartir les marchés ou de limiter l'offre d'un produit, sous réserve de certaines défenses et exceptions. Parmi les défenses examinées en détail ci-dessous figure celle des « restrictions accessoires ». En termes généraux, une restriction accessoire en est une qui découle de l'objectif principal d'un accord ou projet légitime, ou qui y est subordonnée. Par contre, une restriction « patente » est un accord qui n'a essentiellement pas d'autre fin que la restriction mutuelle des parties. Comme nous le verrons en détail ci-dessous, divers aspects justifient de faire la distinction entre restrictions « patentes » et « accessoires » et de protéger ces dernières d'une condamnation d'office. En l'occurrence, il est notoire que la réalisation de certaines transactions ou intégrations commerciales souhaitables exigent des restrictions pour assurer leur efficacité, voire leur faisabilité. Par exemple, des parties achetant une entreprise peuvent exiger que le vendeur accepte expressément de s'abstenir de leur faire concurrence. Une défense fondée sur les restrictions accessoires doit aussi pallier l'inflexibilité des interdictions d'office et la difficulté à limiter la portée de ces règles pour éviter qu'elles ne servent à condamner des collaborations entre concurrents qui peuvent littéralement ou techniquement violer une interdiction d'office mais qui ne sont pas véritablement des cartels patents. On peut également soutenir qu'une défense fondée sur les restrictions accessoires est nécessaire pour garantir que les collaborations bénéfiques entre concurrents ne sont pas soumises à une condamnation criminelle sommaire au mépris des principes de justice fondamentale.

Pour les raisons décrites plus amplement ci-dessous, la défense fondée sur les restrictions accessoires jouit d'un vaste appui, mais la portée et le contenu précis de cette défense soulèvent diverses questions importantes. Par exemple, en supposant qu'une restriction contestée soit considérée n'être qu'accessoire à un accord principal qui est plus vaste, quel critère faut-il appliquer pour déterminer la légalité de l'accord principal? Pour éviter une condamnation criminelle, est-il suffisant de démontrer que l'accord principal ne contrevient pas aux interdictions d'office proposées, ou faudrait-il examiner l'ensemble de l'accord pour déterminer s'il empêche ou réduit sensiblement la concurrence? De plus, qui devrait appliquer le critère : le Tribunal de la concurrence ou les autres tribunaux? Ces questions et d'autres aspects de la défense fondée sur les restrictions accessoires qui est proposée sont examinés ci-dessous.

En plus de la défense fondée sur les restrictions accessoires, les dispositions proposées par les auteurs prévoient un régime de notification permettant aux parties de demander au commissaire d'exempter un accord, un arrangement ou une entente de toute poursuite en vertu des dispositions criminelles ou civiles, de façon analogue à ce qui se fait au moyen des certificats de décision préalable dans les cas de fusionnement. De plus, nous avons recommandé que le commissaire soit habilité à accorder des « exemptions par catégorie » à l'égard de certaines catégories ou certains types d'accords, arrangements ou ententes. Entre autres avantages dont il est question ci-dessous, les décisions du commissaire consécutives aux avis produits par les parties procureront des certitudes juridiques garantes d'une planification d'entreprise efficace. Un certain nombre d'observateurs se sont opposés à l'adoption d'un régime de notification ou d'autorisation préalable, invoquant surtout le risque que de telles notifications entraînent un fardeau administratif excessif et le fait que la Communauté européenne ait l'intention d'abandonner le régime de notification prévu en regard de l'article 81 du Traité de la CE. Ces questions ont été examinées dans notre Rapport et dans des documents antérieurs². Comme nous l'avons souligné dans le Rapport, le fardeau administratif découlant du régime européen de

² Voir « Amending Section 45 of the Competition Act: A Review of Models for Reform » (La modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* : Examen des modèles de réforme), présenté au Forum invitation sur le droit de la concurrence 2002, et « Implementing Canada's New Conspiracy Law » (La mise en œuvre de la nouvelle législation canadienne sur les complots), présenté à la Conférence annuelle d'automne sur le droit de la concurrence de 2002 de l'Association du Barreau canadien.

notification n'est pas le résultat d'une faiblesse inhérente des régimes de notification et d'autorisation en tant que tels, mais plutôt du fait que la Commission européenne a interprété largement l'article 81(1) du Traité de la CE. Face à ce problème, nous continuons de préconiser une disposition criminelle qui soit sensiblement plus étroite que l'interdiction prévue par l'article 81(1) du Traité de la CE, à savoir, une qui se limite aux interdictions d'office précises qui sont proposées.

En vertu de la disposition civile proposée, un accord peut être interdit lorsque le Tribunal de la concurrence juge qu'il a empêché ou réduit ou qu'il empêchera ou réduira vraisemblablement la concurrence dans un marché. Pour favoriser la conformité et l'application efficace de la loi, les dispositions proposées confèrent au Tribunal de la concurrence le pouvoir d'imposer des sanctions administratives pécuniaires ou de rendre d'autres ordonnances pour pallier les effets anticoncurrentiels du comportement mis en cause. Nous avons recommandé certaines modifications corrélatives à l'article 36 de la Loi, de façon à prévoir un recours civil dans les cas où le Tribunal de la concurrence juge qu'un accord a entraîné une réduction sensible de la concurrence.

La disposition civile proposée décrit un certain nombre de facteurs qui peuvent être pris en considération par le Tribunal de la concurrence pour déterminer si un accord empêche ou réduit la concurrence. Parmi eux figure le fait que l'accord ait entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui apporteront des avantages aux consommateurs, y compris des prix compétitifs ou des choix de produits. La façon dont sont traités les gains en efficacité dans la disposition proposée est cohérente par rapport au point de vue voulant que les gains en efficacité doivent être un facteur et non un critère absolu dans l'examen des accords par le Tribunal de la concurrence et par rapport à la nécessité que les gains en efficacité invoqués profitent aux consommateurs.

Chacun des éléments des dispositions proposées est examiné plus amplement ci-dessous.

Les dispositions proposées

45 (1) Complot –

Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende à la discrétion du tribunal, ou l'une de ces peines¹, toute personne² qui conclut avec un ou plusieurs de ses concurrents ou concurrents éventuels³ un accord ou un arrangement ou qui en arrive à⁴ une entente⁵ qui a pour fin⁶ ou qui aura vraisemblablement pour effet⁷ notamment de⁸ :

- a) fixer, établir, contrôler ou maintenir le prix auquel ils fournissent ou offrent de fournir un produit;
- b) répartir les marchés, les clients, les ventes ou les territoires aux fins de la fourniture d'un produit;
- (c) empêcher, diminuer ou réduire la production ou la fourniture d'un produit.

45 (2) Preuve de complot⁹ –

Lors d'une poursuite intentée en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties à l'accord, à l'arrangement ou à l'entente, mais il demeure entendu que l'accord, l'arrangement ou l'entente doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

45 (3) Preuve d'intention –

Lors d'une poursuite intentée en vertu du paragraphe (1) à l'égard :

- a) soit d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente présumé avoir une des fins visées aux alinéas (1)a) à c), il est nécessaire uniquement de prouver que l'accusé avait l'intention de conclure et a conclu un accord ou un arrangement à cette fin, ou avait l'intention d'en arriver à une entente et en est arrivé à une entente à cette fin;
- b) soit d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente qui est présumé avoir ou qui aura vraisemblablement un des

effets visés aux alinéas (1)a) à c), il est nécessaire uniquement de prouver que l'accusé avait l'intention de conclure et a conclu un accord ou un arrangement à cette fin, ou avait l'intention d'en arriver à une entente et en est arrivé à une entente et que l'accusé savait ou aurait raisonnablement dû savoir que l'accord, l'arrangement ou l'entente aurait vraisemblablement cet effet.

45 (4) Défense¹⁰ –

Sous réserve du paragraphe (5), aucune personne ne sera déclarée coupable d'une infraction en vertu du paragraphe (1) si cette personne démontre¹¹ selon la prépondérance des probabilités¹² que l'accord, l'arrangement ou l'entente réel ou proposé est uniquement accessoire¹³ et raisonnablement nécessaire¹⁴ à un accord, arrangement ou entente principal entre les mêmes participants et que cet accord, arrangement ou entente principal ne contreviendrait pas en soi au paragraphe 45(1) ni n'aurait pour effet ou pour effet vraisemblable d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché lorsque considéré en conjonction avec l'accord, l'arrangement ou l'entente accessoire¹⁵.

45 (5) Restrictions¹⁶ –

Pour l'application du paragraphe (4),

(a) un accord, un arrangement ou une entente est « uniquement accessoire » à un accord, arrangement ou entente principal seulement s'il est accessoire et subordonné à cet accord, arrangement ou entente principal;

(b) un accord, un arrangement ou une entente est « raisonnablement nécessaire » à un accord, arrangement ou entente seulement si les options évidentes et moins restrictives à cet accord, arrangement ou entente sont impraticables et inadéquates.

45 (6) Poursuites simultanées –

Une poursuite ne peut pas être intentée en application du paragraphe 45(1) à l'encontre d'une personne visée par une demande d'ordonnance en vertu des articles 79, 79.1 ou 92 si les faits qui seraient allégués sont les mêmes ou en substance les mêmes dans les deux cas.

45 (7) Non-application du paragraphe 45(1)¹⁷ –

Aucune poursuite ne peut être intentée en vertu du paragraphe 45(1)

a) à l'égard d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente exempté de l'application de l'article 45 par un certificat qu'a délivré le **commissaire** en vertu du paragraphe 79.2(2),

(i) soit sans condition ou date d'échéance,

(ii) soit avec une ou plusieurs conditions lorsque les conditions sont remplies,

(iii) soit avec une date d'échéance lorsque la période précisée dans le certificat n'est pas expirée,

uniquement sur la foi de renseignements qui sont les mêmes ou en substance les mêmes que ceux sur la foi desquels le certificat a été délivré,

b) à l'égard d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente qui relève d'une catégorie ou d'un type d'accord, d'arrangement ou d'entente exempté de l'application de l'article 45 par le commissaire en vertu du paragraphe 79.2(3),

c) à l'égard d'un accord ou d'un arrangement entre des institutions financières fédérales qui sont visées par le paragraphe 49(1),

d) à l'égard d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente conclu ou convenu uniquement par des personnes morales qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres personnes morales en question¹⁸,

e) sous réserve de l'article 103, à l'égard d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente visé par un certificat de décision préalable qu'a délivré le commissaire en vertu du paragraphe 102(1),

f) sous réserve du paragraphe 106(1), à l'égard d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente faisant l'objet d'un consentement enregistré par le Tribunal en vertu du paragraphe 105(3).

79.1 (1) Accords anticoncurrentiels –

Dans les cas où, à la demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un accord, un arrangement ou une entente réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut :

a) dans le cas d'un accord ou d'un arrangement qui a été conclu ou d'une entente qui a été convenue, rendre une ordonnance à l'encontre de toute partie à l'accord, l'arrangement ou l'entente ou de toute autre personne,

(i) soit interdisant l'accord, l'arrangement ou l'entente,

(ii) soit, en plus de l'ordonnance visée à l'alinéa (i), prononcer à l'égard de ces personnes ou de l'une ou l'autre d'entre elles une sanction administrative pécuniaire maximale de 15 millions de dollars, à payer selon les modalités qu'il peut préciser¹⁹,

b) dans le cas d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente proposé, rendre une ordonnance à l'encontre de toute partie à l'accord, l'arrangement ou l'entente proposé ou de toute autre personne, interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de conclure l'accord ou l'arrangement proposé ou d'en arriver à l'entente proposée.

79.1 (2) Idem –

Pour l'application du paragraphe (1), le Tribunal ne conclut pas qu'un accord, un arrangement ou une entente réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet en raison seulement de la concentration ou de la part de marché.

79.1 (3) Ordonnance supplémentaire ou substitutive²⁰ –

Dans les cas où, à la suite de la demande visée au paragraphe (1), le Tribunal conclut qu'un accord, un arrangement ou une entente a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une

ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de l'accord, de l'arrangement ou de l'entente sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

79.1 (4) Éléments à considérer en ce qui concerne l'empêchement ou la réduction de la concurrence –

Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 79.1, si un accord, un arrangement ou une entente réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties à l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé;

b) la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie à l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé;

c) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties à l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé;

d) les entraves à l'accès à un marché, notamment :

(i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,

(ii) les barrières interprovinciales au commerce,

(iii) la réglementation de cet accès,

et tous les effets de l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé sur ces entraves;

e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui est ou serait touché par l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé;

f) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;

g) le fait que l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé ait entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité, que ces gains en efficacité apporteront des avantages aux consommateurs, dont des prix compétitifs et des choix de produits, lesquels ne seraient vraisemblablement pas réalisés en l'absence de l'accord, l'arrangement ou l'entente²¹;

(h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé.

79.1 (5) Restriction –

Pour l'application de l'alinéa 79.1(4)g), le Tribunal ne conclut pas qu'un accord, arrangement ou entente a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité en raison seulement d'une redistribution du revenu entre deux ou plus de deux personnes.

79.1 (6) Procédures simultanées –

Une demande ne peut pas être présentée en application de l'article 79.1 contre une personne visée par une poursuite intentée en application de l'article 45 ou par une demande d'ordonnance présentée en application de l'article 79 ou 92 si les faits qui seraient allégués sont les mêmes ou en substance les mêmes dans les deux cas²².

79.2 (1) Certificat d'exemption²³ –

Toute personne qui est ou pourrait devenir partie à un accord, un arrangement ou une entente réalisé ou proposé peut demander au commissaire un certificat exemptant l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé de l'application de l'article 45, de l'article 79.1 ou des deux.

79.2 (2) Idem –

Lorsqu'une demande de certificat a été présentée en vertu du paragraphe (1) et que le commissaire est convaincu par une ou des parties à l'accord, l'arrangement ou l'entente qu'il n'aurait de motifs suffisants ni pour renvoyer l'affaire au procureur général du Canada aux fins d'une poursuite en application de l'article 45 ni pour présenter une demande au Tribunal en application de l'article 79.1, le commissaire peut :

a) soit délivrer un certificat exemptant l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé de l'application de l'article 45, de l'article 79.1 ou des deux, sans condition ou date d'échéance;

b) soit délivrer un certificat exemptant l'accord, l'arrangement ou l'entente réalisé ou proposé de l'application de l'article 45, de l'article 79.1 ou des deux, sous réserve d'une ou de plusieurs conditions, d'une date d'échéance ou à la fois de conditions et d'une date d'échéance.

79.2 (3) Exemptions par catégorie²⁴ –

Le commissaire peut prononcer des exemptions de l'article 45, de l'article 79.1 ou des deux à l'égard de toute catégorie ou type d'accord, d'arrangement ou d'entente.

79.2 (4) Non-application de l'article 45 et de l'article 79.1 –

Lorsque,

a) en vertu du paragraphe (2), le commissaire délivre un certificat exemptant un accord, un arrangement ou une entente réalisé ou proposé de l'application de l'article 45, de l'article 79.1 ou des deux,

(i) soit sans condition ou date d'échéance,

(ii) soit avec une ou plusieurs conditions lorsque les conditions sont remplies,

(iii) soit avec une date d'échéance lorsque la période précisée dans le certificat n'est pas expirée,

aucune mesure ne sera prise en application de l'article 45 ou de l'article 79.1, selon le cas, à l'égard de cet accord, arrangement ou entente uniquement sur la foi de renseignements qui sont les mêmes ou en substance les mêmes que ceux sur la foi desquels le certificat a été délivré,

b) en vertu du paragraphe (3), le commissaire prononce une exemption de l'application l'article 45, de l'article 79.1 ou des deux à l'égard d'une catégorie ou d'un type d'accord, d'arrangement ou d'entente, aucune mesure ne sera prise en application de l'article 45 ou de l'article 79.1, selon le cas,

à l'égard d'un accord, d'un arrangement ou d'une entente qui relève de la catégorie ou du type d'accord, arrangement ou entente visé par l'exemption;

c) un accord ou un arrangement est un accord ou un arrangement entre institutions financières fédérales qui sont visées par le paragraphe 49(1), aucune mesure ne sera prise en application de l'article 45 ou de l'article 79.1, selon le cas, à l'égard de cet accord ou arrangement;

d) un accord, un arrangement ou une entente est conclu ou convenu uniquement par des personnes morales qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres personnes morales en question, aucune mesure ne sera prise en application de l'article 45 ou de l'article 79.1, selon le cas, à l'égard de cet accord, arrangement ou entente;

e) sous réserve de l'article 103, le commissaire délivre un certificat de décision préalable en application du paragraphe 102(1), aucune mesure ne sera prise en application de l'article 45 ou 79.1, selon le cas, à l'égard d'un accord, arrangement ou entente visé par ce certificat de décision préalable;

f) sous réserve du paragraphe 106(1), un consentement est enregistré auprès du Tribunal en application du paragraphe 105(3), aucune mesure ne prise en application de l'article 45 ou 79.1, selon le cas, à l'égard d'un accord, arrangement ou entente visé par l'ordonnance en question;

79.2 (5) Règlements –

Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prescrire la procédure applicable à l'égard d'une demande présentée en vertu du paragraphe (1), y compris les renseignements qui doivent être communiqués au commissaire.

Modification corrélative proposée à l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* :

36. (1) Recouvrement de dommages-intérêts –

Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit d'un comportement susceptible d'examen en vertu de l'article 79.1 à l'égard duquel une ordonnance a été rendue par le Tribunal²⁵;

c) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

36 (2) Preuves de procédures antérieures –

Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant **le Tribunal ou** tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée à la partie VI, **a rendu à son endroit une ordonnance à l'égard d'un comportement susceptible d'examen en vertu de l'article 79.1**, ou l'a déclarée coupable du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI **ou étant susceptible d'examen en vertu de l'article 79.1** ou n'a pas obtempéré à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

36 (3) Compétence de la Cour fédérale –

La Cour fédérale a compétence sur les actions prévues au paragraphe (1).

36 (4) Restriction –

Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date du comportement en question,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

b) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement à l'égard duquel une ordonnance a été rendue en application de l'article 79.1, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date à laquelle l'ordonnance du Tribunal a été rendue,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur tout appel de l'ordonnance;

c) dans le cas de celles qui sont fondées sur le défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance du Tribunal ou d'un autre tribunal, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date où a eu lieu la contravention à l'ordonnance du Tribunal ou de l'autre tribunal,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite.

¹ L'article 47 (truquage des offres) de la Loi prévoit une amende à la discrétion du tribunal, comme le font des modifications apportées à la Loi par le projet de loi C-23. Par exemple, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation en application du nouvel article 53 (documentation trompeuse sur des prix gagnés), un accusé encourt une amende à la discrétion du tribunal (en plus ou au lieu d'une peine d'emprisonnement). En outre, la sanction administrative pécuniaire maximale de 15 millions de dollars qui peut maintenant être imposée par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) en application de l'article 79.3 de la Loi est supérieure de 50 p. 100 à la peine maximale qu'un tribunal peut présentement imposer en application de l'article 45. Cet article est pourtant, comme l'a reconnu la Cour suprême dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (« PANS ») – « au cœur de la partie pénale de la Loi », et on peut soutenir qu'il définit l'infraction la plus grave en vertu de cette loi.

² Nous notons qu'en vertu du paragraphe 21(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, mod. (le *Code criminel*), une personne peut être partie à l'infraction de complot en vertu du paragraphe 45(1) en tant que partie principale (exclusivement ou conjointement) ou complice.

³ Nous croyons qu'il est préférable d'appliquer l'interdiction d'office aux « concurrents ou concurrents éventuels » plutôt qu'à des « personnes » ou seulement aux « concurrents effectifs ». Nous ne préconisons pas l'utilisation du terme « personnes » car cela élargirait la portée de l'interdiction d'office aux accords verticaux.

À notre avis, l'étiquette « collusion grave » et le principe de l'illégalité en soi sont de mise uniquement lorsque la catégorie de restriction en cause n'a en substance aucun autre but ou effet – réel ou vraisemblable – que la restriction mutuelle du commerce, c'est-à-dire l'augmentation des prix ou la diminution de la production : voir Phillip Areeda et Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, vol. XI (1998) à la p. 210; Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE), *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels under National Competition Laws (Rapport sur la nature et l'impact des ententes injustifiables et sanctions prévues contre les ententes par les législations nationales de la concurrence)* (avril 2002) aux p. 5-6; Paul G. Scott, « Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints », (1999) 7 *Canterbury Law Review* 403, aux p. 407-408; *Broadcast Music, Inc. c. CBS*, 441 U.S. 1, 19-20 (1979). La

conclusion que les accords verticaux visant la fixation de prix maximums et les restrictions verticales visant d'autres éléments que le prix ne répondent pas à ce critère jouit d'un vaste appui. Comme le font remarquer Areeda et Hovenkamp (à la p. 199) :

[TRADUCTION]

Au contraire des accords entre rivaux, les accords verticaux sont communs et même indissociables du système des marchés. Ils ne sont même pas de prime abord suspects. D'abord, par définition, les entreprises qui ont des liens verticaux se trouvent dans une relation acheteur-vendeur, et les accords sont essentiels à l'achat et la vente. Ainsi, une plainte antitrust ne peut raisonnablement se fonder sur la seule existence d'un accord d'achat et de vente, mais sur un autre aspect contenu dans l'accord.

Ensuite, bien que les accords verticaux puissent limiter la liberté d'action d'une ou l'autre des parties, ces parties ne sont pas des concurrents s'il s'agit d'un contrat purement vertical. Une entreprise peut certes rehausser sa puissance commerciale en limitant le comportement de ses acheteurs ou de ses fournisseurs, mais les effets anticoncurrentiels sont considérés comme l'exception plutôt que la règle.

Même lorsque des accords verticaux ont des conséquences potentiellement anticoncurrentielles visant des rivaux, leur effet global ressemble davantage à un geste unilatéral qu'à un arrangement concerté entre concurrents...

En somme, même les accords verticaux qui ont un effet d'exclusion ne présentent pas, *en tant que catégorie*, la même menace que des accords horizontaux. La majorité des accords verticaux soit sont proconcurrentiels, soit n'ont aucune conséquence du tout pour la concurrence.

Voir aussi *Green Paper on Vertical Restraints in EU Competition Policy (Livre vert – La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales)* (1997) aux p. iii-iv, 17-19 et 26 (le Livre vert sur les restrictions verticales); *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (2000/C 291/01) (les lignes directrices de la CE sur les restrictions verticales); et le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission (règlement d'exemption par catégorie des restrictions verticales).

S'inscrivant dans la même logique, la jurisprudence américaine établit qu'à part le maintien d'un prix de revente minimum, qui est illégal en soi, les restrictions verticales doivent être examinées en vertu de la règle de raison : voir *State Oil v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997); voir en général *Brief of the United States and the Federal Trade Commission in State Oil v. Khan*; «Remarks of Commissioner Sheila F. Anthony» (le 19 mars 1998), présenté au 13^e Annual Advanced ALI-ABA Course of Study on Vertical Issues in Federal Antitrust Law. Dans *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), la Cour suprême des États-Unis :

[TRADUCTION]

a examiné l'important ensemble de jurisprudence et d'études soutenant l'utilité économique des restrictions verticales non liées aux prix. (...) Il en ressort que de telles restrictions (et en particulier les restrictions territoriales) réduisent la concurrence entourant *une même marque* mais offrent de grands avantages compensatoires en ce qu'elles favorisent la concurrence *entre marques* en permettant à un fabricant d'assurer une distribution plus efficace de ses produits...

Pareillement, les infractions criminelles que définissent l'*Enterprise Act* du Royaume-Uni et la *Competition Act 2002* d'Irlande à l'égard des cartels ne s'appliquent pas aux accords verticaux. En Australie, où sont à l'étude des modifications à la partie IV (comportement anticoncurrentiel) de la *Trade Practices Act* qui prévoiraient notamment la création d'infractions criminelles d'office pour les cas de collusion grave, l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) s'est opposée à la criminalisation des accords verticaux : voir ACCC, «Submission to the **Trade Practices Act** Review» (juin 2002) aux p. 11, 38. Enfin, il faut signaler que de récentes propositions de réforme visant à étendre une disposition criminelle modifiée aux accords verticaux ne recueillent aucun appui: voir la proposition de Presley Warner et Michael Trebilcock dans «Rethinking Price Fixing Law» (1993), 38 McGill L.J. 679 (la proposition Warner-Trebilcock); la proposition de Tim Kennish et Tom Ross dans «Toward a New Canadian Approach to Agreements between Competitors» (1997), 28 Can. Bus. LJ. 22" (la proposition Kennish-Ross); le projet de loi C-472, *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 (première lecture le 6 avril 2000); Al Gourley et coll., *Rapport sur les dispositions législatives du Canada sur les complots : de 1889 à 2001 et pour l'avenir* (2001) (la proposition Gourley); Yves Bériault et coll., *Proposition pour la modification de l'article 45 de la Loi sur la concurrence* (2001) (la proposition Bériault); Robert S. Russell, Adam F. Fanaki et Davit D.

Akman, *Modification de l'article 45 de la Loi sur la concurrence : Cadre législatif* (2001) (la proposition Russell); Robert S. Russell, Adam F. Fanaki et Davit D. Akman, *Implementing Canada's New Conspiracy Law* (octobre 2002) (collectivement, les propositions).

Les restrictions verticales sur le prix minimum sont quant à elles déjà visées par l'interdiction d'office du maintien des prix en vertu de l'article 61 de la Loi.

Nous sommes également d'avis que le fait de limiter la proscription aux « concurrents effectifs » ferait fi de la réalité que les accords entre concurrents éventuels en vue de répartir les marchés, par exemple, sont aussi problématiques que les accords de ce genre entre concurrents effectifs : dans les deux cas, les consommateurs sont privés des avantages de la concurrence. Nous reconnaissons que l'expression « concurrents ou concurrents éventuels » appelle (voire exige) une analyse de la définition du marché, ce qui suppose un coût par rapport à la facilité d'application de règles d'illégalité en soi. L'expérience vécue en Australie et en Nouvelle-Zélande sous le régime de leurs lois anticartel respectives permet de croire que ce coût serait minime dans la grande majorité des cas. L'approche adoptée par les tribunaux australiens et néo-zélandais à l'égard de cette question est décrite dans *Gault on Commercial Law*, feuilles mobiles (1994) :

[TRADUCTION]

Est-il indispensable de se livrer à un exercice de définition du marché pour déterminer si deux parties ou plus sont en concurrence entre elles?

... il est vraisemblable qu'un exercice limité de détermination du marché serait de mise. Mais comme l'a signalé le juge Heerey dans *ACCC v J McPhee & Son (Australia) Pty Ltd* (1997) ATPR 41-570, à la p. 43,921, le critère de la concurrence dans un marché n'exige pas dans une affaire de fixation des prix qu'il faille se livrer à une définition exhaustive du marché, avec plaidoyers et preuves quant à la nature et l'étendue précises du marché. Dès lors que les parties se font concurrence entre elles pour des clients existants ou éventuels dans le marché, le critère sera vérifié. Dans l'optique du juge, la question centrale consiste à savoir si les parties offrent ou envisagent d'offrir (ou d'acquérir) les mêmes biens ou services à l'intention (ou auprès) des mêmes clients existants ou éventuels. Lorsque cela est acquis, la question du marché peut vraisemblablement être réglée puisqu'il revient au tribunal de conclure que les parties sont en concurrence entre elles dans un marché, du moins à l'égard de l'offre (ou de l'acquisition) de tels biens ou services.

En toute hypothèse, compte tenu de nos commentaires précédents faisant valoir qu'il n'est pas souhaitable de condamner sommairement les restrictions verticales visant le prix maximum ou d'autres éléments que le prix, ce coût peut être considéré comme nécessaire.

⁴ L'expression «en arrive à» une entente (« arrives at » an understanding) figure dans les dispositions sur les complots à la fois de la *Trade Practices Act 1974* de l'Australie (article 45) et de la *Commerce Act 1986* de la Nouvelle-Zélande (article 27). Nous croyons que le recours à cette expression confirme utilement le caractère non officiel des « ententes » visées au paragraphe 45(1) (voir note 5, *infra*) et le fait que la méthode d'établissement de telles « ententes » n'est pas pertinente aux fins de cette disposition. Dans *Trade Practices Commission v. Nicholas Enterprises Pty. Ltd. (No. 2)*, [1979] 40 F.L.R. 83 au para. 40 (F.C.A.), une affaire relevant de l'article 45 de la *Trade Practices Act*, la Cour fédérale d'Australie a souligné que si on peut associer à la notion de « conclure une entente » (« entering into an understanding ») la nécessité que l'entente survienne à un moment précis entre deux ou plusieurs personnes en présence les unes des autres, l'expression « en être arrivé à une entente » (« arrived at an understanding ») laisse entendre que l'entente peut survenir au fil du temps, par exemple lorsqu'une proposition d'action concertée est acceptée par une partie au moyen d'une série de gestes. Pour la jurisprudence interprétant et appliquant les termes « arrangement » et « entente » (« understanding ») en vertu de la *Trade Practices Act* et de la *Commerce Act*, voir : *CC v. Wellington Branch NZ Institute of Driving Instructors* (1990), 4 TCLR 19 (H.C.); *CC v. Caltex New Zealand Ltd.*, [1998] 2 NZLR 78 (H.C. (Commercial List)); *Top Performance Motors Pty. Ltd. v. Ira Berk (Queensland) Pty. Ltd.* (1975), 5 A.L.R. 465 (Aust. Industrial Court); *New Zealand Apple and Pear Marketing Board v. Apple Fields Ltd.*, [1991] 1 NZLR 257 (P.C.); *CC v. Caltex NZ Ltd.* (1999), 9 TCLR 305 (H.C.); voir plus généralement Russell V. Miller, *Miller's Annotated Trade Practices Act 1974*, 23^e éd. (2002). Fait à signaler, l'expression « en arriver à » (« arrived at ») est définie dans les paragraphes 2(1) et 4(1) de la *Commerce Act* et de la *Trade Practices Act*, respectivement, comme suit : [TRADUCTION] « “en arriver à”, à l'égard d'une entente, comprend les notions de parvenir (à une entente) ou de conclure (une entente) » [notre soulignement].

⁵ Le libellé proposé (à savoir, « toute personne qui conclut [...] **un accord ou un arrangement ou qui en arrive à une entente** ») représente une codification de la jurisprudence interprétant le libellé actuel du paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence* (la *Loi*); comme on le verra plus

loin, le terme « entente » se retrouve dans cette jurisprudence. En outre, il vise à garantir, dans la mesure du possible, que la disposition modifiée sur les complots sera interprétée par les tribunaux de façon à englober toutes les formes de coopération ou d'action concertée, peu importe à quel point elle puisse être informelle. Un libellé précis est d'autant plus nécessaire que l'infraction relève de l'illégalité en soi.

Le point de vue qui se dégage de la jurisprudence est que les mots «complot, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement» expriment un seul concept fonctionnel (généralement désigné comme un « accord »), à savoir, un consensus, tacite ou explicite, à une fin proscrite par l'article 45 : voir par exemple *Papalia c. La Reine; La Reine c. Cotroni*, [1979] 2 R.C.S. 256 aux p. 277 et 276, le juge Dickson; *The King v. Gage (No. 2)* (1908), 13 C.C.C. 428 aux p. 449-450 (Man. C.A.) [[TRADUCTION] «Les mots “conspires, combines, agrees, or arranges” (conspire, se coalise ou conclut un accord ou arrangement) sont utilisés comme synonymes dans la première partie de l'article 498 du *Code criminel*. ... Ces quatre mots, lorsqu'ils se retrouvent dans un acte d'accusation, sont utilisés collectivement ou cumulativement pour rendre le même concept de complot. ... Ces mots, collectivement ou individuellement, expriment le fait d'accepter de commettre un acte illégal. »]; *R. v. Cominco Ltd.*, [1980] A.J. No. 524 au para. 35 (Alta. S.C.T.D.); *R. v. McGavin Bakeries* (1951), 101 C.C.C. 22 aux p. 44, 50 (Alta. S.C.); *R. v. Canadian General Electric Co. Ltd.* (1976), 15 O.R. (2d) 360 à la p. 375 (H.C.J.) [« En somme, la Couronne a le fardeau de prouver qu'un accord ou arrangement, explicite ou tacite, qui contrevient à la Loi a de fait été conclu. »].

Ainsi, dans l'application de l'article 45, les tribunaux n'ont pas tenté de classer l'action concertée comme « complot », « coalition », « accord » ou « arrangement ». Plus encore, aux fins présentes, les tribunaux canadiens ont souvent utilisé le terme «entente » au lieu ou en plus des mots « conspire, combine, agree or arrange » (complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement) pour décrire le fait en cause de convenir. Voir par exemple :

- *R. v. Armco Canada Ltd. et al.* (1976), 70 D.L.R. (3d) 287 (Ont. C.A.), aff'g (1975), 6 O.R. (2d) 521 (H.C.J.), où la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé (à la p. 296) : [TRADUCTION] « ... les quatre termes [« conspire, combine, agree or arrange » (complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement)] concernent **le fait d'en arriver mutuellement à une entente ou un accord** entre l'intimé et une autre personne en vue de commettre les actes interdits par les alinéas *a), b), c)* ou *d)* de l'article 32 [de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ... pour l'alinéa 32(1)*c)*, il doit y avoir **entente ou arrangement conclu**

mutuellement » [notre soulignement]. Dans cette affaire, des déclarations de culpabilité ont été prononcées en première instance et affirmées en appel;

- *R. c. Abitibi Power and Paper Co.* (1960), 131 C.C.C. 201 (B.R.), où le juge Batshaw a affirmé (aux p. 215 et 228) : [TRADUCTION] « Je vais d'abord examiner la preuve concernant la nature des **ententes conclues...** » et, plus loin, « La nature ferme de l'**entente** est également démontrée par la grande peine prise à écarter les rumeurs d'infractions... » [notre soulignement]. Le juge Batshaw a prononcé des déclarations de culpabilité;
- *R. v. Singer et al.*, [1931] O.R. 202 (H.C.J.), où la Cour a entériné la définition suivante de « combine » (coalition) (à la p. 215) : [TRADUCTION] « une association d'intérêts, un contrat, une **entente** ou un accord exprimé ou tacite, entre deux ou plusieurs personnes, sociétés ou entreprises et associations de personnes » [notre soulignement]. Selon la Cour, il y a eu coalition au sens de l'article 498 du *Code criminel*;
- *R. v. Canadian General Electric Co. Ltd., supra*, où la Cour a affirmé (à la p. 378) : [TRADUCTION] « La Couronne soutient que la somme de la preuve justifie la conclusion qu'il y avait **entente tacite** voulant que si C.G.E. présentait un plan, il serait respecté... » [notre soulignement]. Le juge Pennell a déclaré l'accusé coupable;
- *R. v. J.J. Beamish Construction Co. Ltd.*, [1966] 2 O.R. 867-903 (H.C.J.), aff'd (1968) 2 C.C.C. 5 (Ont. C.A.), une affaire de complot présumé visant à partager des marchés territoriaux et d'autres stratagèmes collusoires, où la Cour d'appel a constaté (à la p. 15) [TRADUCTION] « une **entente** [au sens de l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*] entre les accusés voulant que certains membres du groupe étaient admissibles à l'octroi de contrats de la part de certaines municipalités, tandis que les autres membres coopéraient en vue de présenter des soumissions plus coûteuses de façon à garantir que le contrat soit accordé à la partie choisie ». Les accusés ont été acquittés pour d'autres motifs;
- *R. v. Clarke Transport Canada Inc.*, [1995] O.J. No. 3395 (Gen. Div.), où le juge Moldaver en est arrivé aux conclusions suivantes (aux paragraphes 3, 55-56 et 59) à l'égard d'un accord présumé de répartition des clients (ou d'un stratagème de protection des clients) entre des fournisseurs de services d'expédition groupée de marchandises :

[TRADUCTION]

le plus important [des moyens utilisés pour mettre en œuvre et maintenir le stratagème] était l'échange de documents appelés avis de tarif spécial. Les avis, préparés par les membres exploitants, contenaient notamment le nom d'un expéditeur ou client particulier, le produit à expédier et le tarif appliqué par le fournisseur titulaire. L'échange régulier de tels avis permettait aux participants de demeurer au fait des prix appliqués par les autres membres. Grâce à cette information, il était **entendu** que les autres ne proposeraient pas aux mêmes clients des prix inférieurs. [notre soulignement]

Le juge Moldaver a déterminé qu'il y avait eu accord au sens de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, mais le caractère indu n'a pas été établi;

- *R. v. Anthes Business Forms Ltd. and 11 Other Corporations* (1975), 26 C.C.C. (2d) 349 (Ont. C.A.), où la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré (au para. 104) : [TRADUCTION] « Pour obtenir gain de cause, la Couronne doit prouver l'existence d'un accord ou d'une **entente**, indépendante ou accessoire à l'accord, dont l'objet visait l'empêchement ou la réduction de la concurrence dont il est question dans la mise en accusation » [notre soulignement]. Le juge n'a pas déterminé qu'il y avait eu accord ou entente.

De plus, les tribunaux canadiens ont en principe, sinon (toujours) en pratique, défini largement les limites du fait de convenir d'un accord, déduisant l'accord en s'appuyant sur la preuve par le comportement (voir *R. v. Northern Electric Company, Limited et al.*, [1955] O.R. 431 à la p. 434 (H.C.)), par plusieurs gestes isolés (voir *Paradis v. The King*, [1934] S.C.R. 165 à la p. 168) ou sur une autre preuve circonstancielle, pour condamner des accords qui sont loin d'un contrat détaillé ou d'un engagement. Voir par exemple :

- *R. v. Canadian General Electric Co. Ltd.*, *supra* à la p. 375, où la Cour a affirmé : [TRADUCTION] « En somme, la Couronne a le fardeau de prouver qu'un accord ou arrangement, **explicite ou tacite**, qui contrevient à la Loi a de fait été conclu. ». [notre soulignement] Comme on l'a signalé plus haut, les accusés ont été déclarés coupables;
- *R. v. Eddy Match Co. Ltd. et al.* (1951), 17 C.P.R. 17 à la p. 23 (Que. K.B.), aff'd (1953), 109 C.C.C. 1 (Que. K.B., Appeal Side), où la Cour a affirmé :

[TRADUCTION]

Il n'y a pas à se surprendre du fait que l'on ne trouve pas dans les comptes rendus officiels le texte des accords ou arrangements qui pourraient avoir été conclus par l'intimé. Dans le cas de telles infractions, on ne trouve que rarement ou jamais des preuves évidentes d'un accord visant à créer ou exploiter un monopole.

En particulier, il ne faut pas s'attendre à ce qu'une telle preuve se trouve dans le registre des procès-verbaux d'une entreprise. Il ne faut pas non plus espérer pouvoir établir que les dirigeants de sociétés commerciales se sont réunis et ont convenu explicitement d'organiser un trust ou un monopole en vue d'écarter toute concurrence.

Il suffit, comme dans toute autre affaire criminelle, de pouvoir conclure de l'ensemble des éléments de preuve qu'un accord, fût-il tacite, a de fait été conclu et qu'un plan commun a été élaboré et mis en œuvre en infraction de la [Loi relative aux enquêtes sur les coalitions], quels que soient les résultats obtenus.

Les accusés ont été déclarés coupables;

- *R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al., supra* (aux p. 434, 451 et 452) :

[TRADUCTION]

Un complot peut être prouvé en prouvant que les parties accusées se sont de fait réunies et ont conclu l'accord allégué, ou le fait peut être déduit d'après la preuve d'un comportement;

L'accord conclu n'a été établi d'aucune façon formelle. De fait, d'infinies précautions ont été prises pour dissimuler toute trace d'un accord...

... Nonobstant le fait qu'il n'y avait aucune association formelle, la preuve démontre clairement que chacun des intimés s'attendait à ce que les autres respectent rigoureusement l'accord à l'égard de tous les aspects convenus et qu'ils avaient tous convenu de le faire. Cette démarche enveloppée de secret était destinée à laisser aussi peu de traces écrites que possible.

...

La méthode de communication était principalement ce que l'on peut appeler « circulation de notes de service ». Une forme particulière de note de service et de code de correspondance ont été adoptées et utilisées. [notre soulignement]

Les intimés ont été déclarés coupables en vertu de l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*;

- *R. v. McGavin Bakeries, supra* (à la p. 36) :

... la Couronne ... admet qu'il n'y a aucune preuve qu'un accord formel a été signé. La Couronne a toutefois présenté en preuve une grande quantité de faits révélant plusieurs accords officieux signés ... dont elle affirme que la conclusion inéluctable doit être tirée [par la Cour] que le complot allégué existait. [notre soulignement]

Les accusés ont été déclarés coupables.

L'importance des déclarations de principes (et des déclarations de culpabilité) ci-dessus doit être appréciée à la lumière des antécédents du gouvernement en ce qui concerne en général les poursuites au titre de l'article 45 (et de ses prédécesseurs). Ceux-ci ont été examinés par Robert Jackson et Harry Chandler (« Au-delà de l'amusement et de la détente : Le traitement des complots en vertu de la *Loi sur la concurrence du Canada* » (2000)); W.T. Stanbury

(« Legislation to Control Agreements in Restraint of Trade in Canada: Review of the Historical Record and Proposals for Reform » dans R.S. Khemani et W.T. Stanbury, dir., *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary* (1991) [mentionné dans la proposition Gourley, *supra*, note 3]; et C. Green (*Canadian Industrial Organisation and Policy*, 3^e éd. (1990) [mentionné dans la proposition Gourley, *supra*]). La proposition Gourley résume notamment comme suit les conclusions des études de Stanbury et Green, qui passent en revue la période de 1889 à 1990 – période durant laquelle presque toutes les affaires mentionnées plus haut ont été tranchées :

- « le seuil pris en considération par la Couronne pour prendre des mesures contre les conspirateurs est très élevé et (...) la plupart des poursuites portaient sur des cas flagrants ». À cet égard, Gourley et coll. soulignent la conclusion de Stanbury : [TRADUCTION] « La Couronne omet peut-être de vérifier les *limites* de la loi en poursuivant des affaires qui exigent plus d'imagination » et le point de vue de Green que [TRADUCTION] « la Couronne n'a pas reçu énormément d'appui des tribunaux lorsqu'il a poursuivi des "affaires difficiles" : voir par exemple *R. v. Bayda and Associates Surveys Inc.* (1997), 78 C.P.R. (3d) 203 (Alta. Q.B.) »;
- « Le dossier canadien en matière d'exécution des dispositions législatives sur les complots [entre 1889 et 1990] est peu reluisant. Le nombre total de dossiers dans lesquels la Couronne a entrepris des procédures [depuis 1889] est à peine supérieur au nombre d'années écoulées depuis que la législation sur les complots permet les poursuites. La Couronne a remporté la *victoire* dans moins de 30 des poursuites pour complot qu'elle a intentées, et la vaste majorité de ces dossiers visaient des cas où les parts de marché combinées correspondaient à un monopole ou un "monopole virtuel". Nous pensons que la conclusion tirée par le professeur Stanbury, à savoir "les dispositions sur les complots de la *Loi sur la concurrence* et des lois qui l'ont précédée ont été un échec pour ce qui est de protéger l'intérêt public..." [traduction], n'est pas très loin de la vérité. » [italique dans l'original; citations omises]

Pareillement, l'examen fait par Jackson et coll. des antécédents dans l'application de l'article 45 entre 1980 et 2000 révèle que sur 22 poursuites au titre de l'article 45, la Couronne n'a connu le succès que dans trois affaires. Dans 17 affaires où il y a eu acquittement ou libération, les auteurs signalent que l'issue de six cas était imputable au défaut d'établir l'existence d'un accord. Ces constatations sont inquiétantes compte tenu du fait que toutes ces poursuites concernaient des comportements collusoires graves tels qu'accords de fixation des prix ou de répartition de parts de marché. À cet égard, Jackson et coll. signalent ceci :

Un examen des cas mentionnés à l'annexe I permet de constater que tous portaient sur un comportement anticoncurrentiel flagrant – principalement la fixation des prix, le partage du marché ou le truquage d'offres. Aucun de ces cas ne concernait

ce qu'on appelle parfois des alliances stratégiques, par exemple l'association d'entreprises concurrentes dans le but de faciliter l'échange de connaissances, de compétences et de technologies, de pénétrer sur de nouveaux marchés à un coût moindre et avec moins de risque, de favoriser l'innovation et la croissance, de lancer plus rapidement des produits sur le marché, de surmonter les obstacles juridiques ou commerciaux, de réaliser des économies d'échelle et de diversification, ou d'être plus concurrentiel à l'égard de rivaux de plus grande taille en offrant une gamme de produits plus vaste.

À notre avis, l'emploi des termes « accord », « arrangement » et « entente » (en combinaison) est souhaitable pour garantir que toutes les formes de coopération ou d'action concertée, peu importe à quel point elles sont informelles, sont englobées par la disposition modifiée. Bien qu'un accord soit habituellement mais pas nécessairement officiel et exécutoire, les ententes et éventuellement les arrangements sont souvent informels et peuvent ne pas être exécutoires – ou ne lier que sur l'honneur (voir *R. v. Abitibi Power & Paper Co. Ltd.*, *supra* aux p. 224-225, 226 et 228) – de sorte que les parties peuvent être libres de dénoncer leur entente ou de ne pas en tenir compte. De plus, la juxtaposition de ces termes – et en particulier le recours à l'expression « en arrive à une entente » – vise à indiquer clairement aux tribunaux que le paragraphe 45(1) doit être interprété largement comme une interdiction des accords informels et tacites ou du « parallélisme conscient rehaussé », c'est-à-dire du parallélisme conscient joint à des gestes évitables précis, des pratiques facilitantes, des activités de contrôle ou des comportements qui sont par ailleurs incompatibles avec des pratiques propres à une concurrence véritable. Pour une discussion des pratiques facilitantes et des gestes évitables précis, voir George Hay, « Oligopoly, Shared Monopoly and Antitrust Law » (1982), 67 *Cornell L.R.* 439 aux p. 453-456, et Davies, Ward et Beck, *Competition Law of Canada*, vol. 1 (1988+), aux p. 846, 47. Voir aussi, par exemple, *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*, *supra*; *R. v. Canadian General Electric Co. Ltd.*, *supra*; mais aussi *R. v. Anthes Business Forms Ltd.*, *supra*.

Fait à signaler, les dispositions tant criminelles que civiles préconisées par Kennish-Ross, *supra* note 3 utilisent les mots « accord », « arrangement » et « entente ». L'interdiction criminelle recommandée par Warner-Trebilcock, *supra*, note 3, utilise les termes « contrat », « arrangement » et « entente ».

⁶ L'interdiction des accords, arrangements et ententes ayant pour fin un des éléments décrits aux alinéas 45(1)a), b) ou c) permettra d'intenter des poursuites et d'obtenir une déclaration de culpabilité dans les cas d'accords, arrangements et ententes ayant des fins anticoncurrentielles et donc illégales, sans preuve de leurs effets. Nous favorisons pour plusieurs raisons cet élargissement de l'actuelle interdiction axée sur les effets. Par-dessus tout, la modification proposée promet de rehausser l'efficacité de la législation canadienne sur les complots en élargissant la portée de l'interdiction, de façon cohérente par rapport à la législation générale sur les complots criminels (voir l'article 465 du *Code criminel*), de façon à viser les accords, arrangements et ententes entre deux ou plusieurs concurrents ou concurrents éventuels en vue de commettre un acte qui est illégal (tel que décrit à l'alinéa 45(1)a), b) ou c) : voir par exemple *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462 aux paragraphes 86, 98 [[TRADUCTION] «C'est l'accord qui est l'acte, et l'intention de commettre un geste qui est illégal (intention criminelle) fait de l'accord un acte coupable.»]; *DPP v. Nock and Alsford* (1978), 67 Cr. App. R. 116 aux p. 126-127 (H.L.) [[TRADUCTION] « l'infraction de complot est commise lorsqu'il y a accord de commettre ou de tenter de commettre un crime, peu importe si des mesures ont été prises ou pouvaient être prises pour le commettre »], cité dans *R. c. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86 à la p. 84 (C.A. Ont.).

⁷ La proscription d'accords, arrangements ou ententes en fonction de leurs «effets » illicites est cohérente par rapport au droit américain et au droit européen : voir la proposition Russell, *supra* note 3 à la p. 9. De plus, le risque d'une portée excessive (à savoir, la possibilité qu'une personne moralement innocente soit punie) peut être contré par l'alinéa 45(3)b) proposé; celui-ci, qui est cohérent en regard de *PANS*, *supra* note 1, prévoit un double critère de l'intention criminelle pour l'interdiction fondée sur les effets : voir la proposition Gourley, *supra* note 3 aux p. 13-15, 25.

Certains maintiennent toutefois que des interdictions d'office fondées sur les effets risquent d'avoir une portée excessive et par conséquent qu'il peut être préférable de limiter la portée du paragraphe 45(1) en invoquant exclusivement la « nature » ou l'« objet » des accords, arrangements ou ententes plutôt que leur effet (ou leur fin) : voir la proposition Bériault, *supra* note 3 à la p. 19 [« L'interdiction criminelle *per se* ne devrait s'appliquer qu'aux cartels tendant expressément à fixer des prix (...) et non aux ententes qui pourraient indirectement influencer sur les prix... »]; voir aussi 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 *Competition Tribunal Act* » (juillet 2000) aux p. 44-45; *mais aussi* la

proposition Kennish-Ross, *supra* note 3 à la p. 65; la proposition Gourley, *supra* note 3 aux p. 13-15, 25; le projet de loi C-472, *supra* note 3. Une analyse des affaires relevant de l'article 45 indique que le fait de limiter la nouvelle disposition à une interdiction en fonction des fins en prévoyant un critère subjectif de l'intention coupable pourrait gravement limiter la portée des interdictions d'office et pourrait, en fin de compte, nuire à l'efficacité de la nouvelle disposition sur les complots. En outre, nous ne constatons pas que les arguments concernant le risque d'une portée excessive sont soutenus par la jurisprudence.

⁸ Il est généralement accepté qu'à de rares exceptions près (dont nous reparlerons plus loin dans le contexte de notre discussion sur les restrictions accessoires), les accords de fixation des prix, de truquage d'offres ou de répartition des marchés et des clients sont à juste titre désignés comme étant de la collusion grave. De fait, les propositions (sauf la proposition Warner-Trebilcock) recommandent que les catégories précédentes d'accords – à l'exception du truquage d'offres, qui est déjà illégal en soi en vertu de l'article 47 de la Loi – soient soumises à une nouvelle interdiction d'office de nature criminelle. De la même façon, la « Réponse du gouvernement au Rapport final du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, "Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien" » propose des interdictions d'office précises limitées aux accords de fixation des prix, de répartition des marchés et de restriction de l'offre. L'OCDE (voir par exemple OCDE, *Report on Hard Core Cartels*, Réunion du Conseil au niveau des Ministres, 2000 (OCDE 2000)) et divers régimes nationaux de la concurrence réservent aussi l'étiquette « collusion grave » et le traitement criminel (d'office) à certaines ou à l'ensemble de ces catégories d'accords. Par exemple :

- aux États-Unis, faute entre autres de nouvelles questions de droit ou de fait ou d'une « restriction accessoire », les accords de truquage d'offres, de fixation des prix ou de la production ainsi que de répartition des clients, des fournisseurs ou des marchés sont habituellement traités comme étant criminels et illégaux en soi en vertu de l'article 1 de la *Sherman Act* : voir Federal Trade Commission et département de la Justice des États-Unis, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (avril 2000) à la p. 8 (les Lignes directrices communes) [dans la proposition Russell, *supra* note 3]; ACCC, *supra* note 3 à la p. 22;
- au Royaume-Uni, l'*Enterprise Act* crée une infraction criminelle d'office pour les accords de truquage d'offres, de fixation des prix, de répartition des parts de marché ou des clients ou de restriction de la production;
- en Irlande, la *Competition Act 2002* impose une responsabilité criminelle d'office pour la fixation des prix, le truquage d'offres et le partage du marché;

- en Australie, les accords de fixation des prix (voir l'article 45 de la *Trade Practices Act*) ainsi que le truquage d'offres, la restriction de la production, les boycotts primaires et les accords de partage des marchés (voir les articles 4D et 45 de la *Trade Practices Act*) sont déjà des infractions civiles d'office : voir ACCC, *supra* note 3 à la p. 22. Sauf pour les boycotts primaires, l'ACCC a proposé d'instaurer une responsabilité criminelle d'office à l'égard de chacune de ces catégories d'accords.

Il faut signaler qu'il reste des divergences d'opinion, du moins parmi les propositions, quant à savoir si les boycotts devraient aussi faire l'objet d'une interdiction criminelle. Le projet de loi C-472 et la proposition Gourley recommandent tous deux qu'ils fassent partie d'une disposition criminelle modifiée. On peut toutefois soutenir que les accords de ce genre, lorsqu'ils sont légitimement justifiés au plan commercial, sont souvent plutôt bénéfiques; dès lors, il est plus indiqué d'en traiter au plan civil en fonction d'une règle de raison : voir la proposition Bériault, *supra* note 4 à la p. 21-22. Au contraire de la fixation des prix et d'autres restrictions relevant de la collusion grave, il n'y a pas de consensus à l'effet que les boycotts soient foncièrement anticoncurrentiels au point où ils devraient être présumés illégaux sans examiner les torts précis qu'ils ont causés ou la justification des parties en cause pour y avoir recouru. De fait, le gouvernement fédéral ne propose pas de rendre les boycotts illégaux en soi : voir Réponse du gouvernement, *supra* note 8. De même, la définition que donne l'OCDE des ententes injustifiables ou collusions graves ne comprend pas les boycotts : voir OCDE (2000), *supra* note 8.

Aux États-Unis, l'illégalité (catégorique) en soi de tous les boycotts a été rejetée sans ambages par la Cour suprême : voir *Rothery Storage & Van Co., et al. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 216 (DC Cir. 1986); *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 295 (1985); voir plus généralement William E. Cohen, « *Per Se Illegality and Truncated Rule of Reason: The Search for a Foreshortened Antitrust Analysis* » (1997). Les tribunaux américains appliquent la règle de l'illégalité en soi uniquement lorsque les intimés disposent d'une puissance commerciale ou ont «un accès exclusif à un élément essentiel pour livrer une concurrence efficace », ou lorsque le boycott met en œuvre ou contrôle l'application de complots de fixation des prix ou de partage du marché : voir *Northwest Wholesale Stationers*, 472 U.S. aux p. 295-297; voir par exemple *Federal Trade Commission v. Superior Trial Lawyers Association et al.*, 493 U.S. 411 aux p. 432-436 (et surtout 436 n. 19) (1990); *Re Bascom Food Products Corporation et al.*, 715 F. Supp. 616, 632-34 (D.C. Cir. 1989). Citant entre autres *Thompson v. Metropolitan Multi-List, Inc.*, 934 F.2d 1566, 1579-80 (11th Cir. 1991), Cohen

(*supra*) affirme que les tribunaux inférieurs « ont inclus l'absence de justification plausible comme exigence supplémentaire pour la condamnation d'office de certains boycotts de groupe ». [notre soulignement]

Au Royaume-Uni, les boycotts ne sont pas interdits par la nouvelle infraction de collusion prévue par l'*Enterprise Act*. En Australie, les interdictions criminelles d'office proposées par l'ACCC ne s'appliqueraient pas aux boycotts de groupe.

En somme, notre examen de la législation sur la collusion sous d'autres régimes, de même que des avis judiciaires et des études théoriques, soutient la criminalisation proposée des catégories suivantes d'accords :

- accords de fixation des prix;
- accords de limitation de la production;
- accords de répartition des marchés ou des clients.

⁹ Ce paragraphe remplace le paragraphe (2.1) de l'article 45 actuel. Le paragraphe (2.1) a été promulgué dans le cadre de modifications apportées à la loi en 1986 pour faire suite au jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Atlantic Sugar Refineries Co. c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 RCS 644; selon l'interprétation que certains donnaient au jugement, les accords tacites échappaient à la disposition sur les complots (à l'époque, l'article 32 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. (1985), ch. C34). Comme l'explique Robert Nozick, le paragraphe (2.1) visait à préciser que l'article 45 s'appliquait à des accords tacites, qui ne pouvaient être démontrés que par une preuve circonstancielle : voir *The 2003 Annotated Competition Act* (2002) à la p. 88.

¹⁰ À l'exception de la proposition Warner-Trebilcock décrite plus loin, la présente proposition prévoit un système de notification optionnelle assurant une immunité immédiate et permanente de toute responsabilité criminelle en vue de contenir la portée de l'interdiction d'office proposée de la fixation des prix : voir la proposition Warner-Trebilcock Proposal, *supra* note 3 aux p. 717-718 – chacune des propositions recommande une défense aux interdictions criminelles d'office proposées, fondée sur la distinction entre restrictions patentées et restrictions accessoires.

En termes généraux, une restriction « accessoire » en est une qui est [TRADUCTION] « fonctionnellement accessoire à une autre transaction ou entreprise productive et légitime entre les parties [c.-à-d. subordonnée et connexe à une telle transaction ou entreprise et susceptible de promouvoir son objet principal ou d'en faciliter la réalisation] : Peter C. Carstensen *et al.*, « The Per Se Illegality of Some Naked Restraints: A [Re]conceptualization of the Antitrust Analysis of Cartelistic Organizations » (2000) *The Antitrust Bulletin* 349 aux p. 355-356; voir aussi Gary R. Roberts, « The Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, The Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints » (1988) 61 S. Cal. L. Rev. 945 à la p. 998 (citant Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (1978)) [[TRADUCTION] « Pour qu'il soit accessoire et donc légal, un accord éliminant la concurrence doit être subordonné et accessoire à une transaction légitime distincte (...) au sens où il rend la transaction principale plus efficace en regard de ses fins légitimes. »]; *United States v. Addyston Pipe & Steel Co. et al.*, 85 F. 271, 279 et 280-283 [[TRADUCTION] « une restriction à la concurrence [dans le cadre d'un accord entre concurrents réels ou éventuels] qui est rattachée à une transaction par ailleurs légale et qui est raisonnablement reliée à la mise en œuvre d'une transaction ou à la protection de ses résultats »]. En comparaison, une restriction « patente » est un accord qui en substance n'a d'autre but ni d'autre considération de part ou d'autre que la restriction mutuelle des parties; il s'agit d'un accord qui ne sert aux fins d'aucune transaction ou entreprise commerciale licite : Roberts, *supra* aux p. 992-993. Comme l'expliquent Carstensen et coll. (à la p. 354), la distinction entre restrictions patentes et accessoires tient au lien fonctionnel existant ou non entre la restriction et la transaction principale entre les parties à la restriction.

Il y a plusieurs aspects à la justification de la distinction entre restrictions patentes et accessoires et au bien-fondé qu'il y a à protéger les restrictions accessoires d'une condamnation d'office. D'abord, il est communément reconnu, comme l'explique Martin B. Louis (« Restraints Ancillary to Joint Ventures and Licensing Agreements: Do *Sealy* and *Topco* Logically Survive *Sylvania* and *Broadcast Music*? » (1980) 66 Virginia L.R. 879 aux p. 882-883), que :

[TRADUCTION]

Certaines transactions ou intégrations d'entreprises sont foncièrement restrictives ou exigent des restrictions explicites pour qu'elles soient efficaces ou possibles. Les partenariats, fusionnements et agences de ventes communes peuvent nécessairement limiter la concurrence. De même, la nouvelle concurrence rendue possible par une coentreprise, la vente d'une

entreprise ou un contrat de licence peut menacer une ou plusieurs des parties à la transaction au point où sans restriction explicite, elles pourraient ne pas parachever la transaction.

Voir aussi *ibidem* à la p. 903 :

[TRADUCTION]

La vente d'une entreprise ou d'une pratique professionnelle supposant des relations personnelles avec les clients constitue un exemple évident [de circonstances où les parties pourraient ne pas conclure une transaction sans accord explicite de ne pas se faire concurrence]. Un autre exemple est la situation où un partenaire risquerait de faire concurrence au partenariat ou à l'entreprise en exploitant dans son propre intérêt ses relations ou les renseignements qu'il détient.

Ces deux exemples présentent des circonstances classiques se prêtant au recours à des restrictions accessoires. Dans le premier cas, une restriction raisonnablement limitée dans le temps ou à un territoire donné suffira habituellement. Dans le second toutefois, une restriction ayant la même durée que l'accord est nécessaire et sera normalement autorisée. [Citations omises]

Voir aussi *Addyston*, 85 F. à la p. 280 :

[TRADUCTION]

Lorsque deux hommes sont devenus partenaires dans une entreprise, même si leur union pouvait réduire la concurrence, cet effet n'était qu'accessoire à l'objet principal d'une union de leur capital, de leurs entreprises et de leur énergie en vue de lancer une entreprise rentable qui serait utile à la communauté. Les restrictions prévues dans les termes du partenariat quant aux activités commerciales des membres, en vue d'assurer le succès de l'ensemble de la coentreprise, n'étaient évidemment qu'accessoires au but principal de l'union et méritaient d'être encouragées.

L'intérêt public associé à la réalisation des avantages découlant d'accords qui comprennent des restrictions de ce genre justifie leur exclusion de la catégorie des comportements collusoires graves. De plus, comme Robert Bork l'a fait remarquer : [TRADUCTION] « le fait de permettre la formation d'un partenariat au nom d'une efficacité accrue mais d'interdire l'accord accessoire qui rend l'intégration plus stable et donc qui augmente encore les gains en efficacité serait une contradiction illogique » : Robert Bork, «The Rule of Reason and the *Per Se* Concept: Price

Fixing and Market Division II », (1966) 75 Yale L.J. 373 à la 382, cité dans Roberts, *supra* aux p. 1001-1002.

Une défense fondée sur le caractère accessoire des restrictions vise également à pallier l'inflexibilité des interdictions d'office et la difficulté à limiter la portée de ces règles de façon à éviter de condamner des collaborations entre concurrents qui pourraient littéralement ou techniquement violer une interdiction d'office mais qui ne seraient pas réellement de la collusion grave. En particulier, il y a également l'argument, examiné plus loin, que selon l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*), une défense fondée sur les restrictions accessoires – ou un mécanisme équivalent – doit être prévue pour garantir que les collaborations bénéfiques entre concurrents ne soient pas soumises à une condamnation criminelle sommaire au mépris des principes de la justice fondamentale. On peut soutenir par exemple qu'en l'absence d'une telle défense (ou d'un mécanisme équivalent) dans l'article 45, les interdictions d'office proposées outrepassent ce qui est requis pour accomplir l'objectif du gouvernement, de proscrire, dissuader et sanctionner efficacement les activités collusoires graves, parce qu'elles condamnent les collaborations entre concurrents qui, en raison de leur lien accessoire à un accord principal licite, sont proconcurrentielles ou neutres à l'égard de la concurrence et par conséquent dans l'intérêt public : voir par exemple *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761 aux p. 792-793; *Canadian Pacific Ltd. v. The Queen* (1995), 125 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.). Il est communément admis aux États-Unis que les règles de l'illégalité en soi exigent d'admettre une certaine possibilité d'erreur dans le sens d'une portée excessive comme prix à payer pour pouvoir déterminer rapidement et économiquement la légalité : voir par exemple *supra* note 8; voir aussi *Arizona v. Maricopa County Medical Soc'y*, 457 U.S. 332, 344 (1982) [[TRADUCTION] « Pour favoriser la certitude au profit des entreprises et l'efficacité des poursuites, nous avons toléré l'invalidation de certains accords alors qu'une enquête en bonne et due forme aurait pu démontrer qu'ils étaient raisonnables. »]; *Areeda et Hovenkamp*, *supra* note 3 aux p. 252-253 [« Dans la mesure où des règles de l'illégalité en soi ne permettent pas d'évaluer les conséquences sur la concurrence dans un cas donné, certaines pratiques efficaces et proconcurrentielles qui auraient été reconnues et exonérées en vertu d'une enquête plus élaborée sont condamnées dans le cadre d'une règle de l'illégalité en soi. »]. *Areeda et Hovenkamp* citent comme exemples probables de ce problème les affaires *Maricopa County*, 457 U.S. [application d'une règle de l'illégalité en soi à un régime de soins médicaux prépayés où il y avait fixation d'un prix maximum parmi 1 750 médecins dans le cadre d'un arrangement non exclusif] et *United States v. Topco Assocs.*, 405 U.S. 596 (1972)

[application d'une règle de l'illégalité en soi à une entreprise commune d'achat et de vente au détail entre commerces d'épicerie dépourvus de puissance commerciale dans leurs territoires respectifs].

Les principes de justice fondamentale sont violés si une loi a une portée excessive. Une loi a une portée excessive lorsqu'elle outrepassse son but de sorte que la législation en cause empiète sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne d'une façon inutilement large, au-delà de ce qui est requis pour réaliser l'objectif gouvernemental en cause : *Heywood, supra*. Un article 45 qui interdirait absolument les catégories énumérées d'accords sans défense fondée sur les restrictions accessoires (ou à défaut, sans prendre en compte le caractère accessoire du régime de notification), peut contrevenir aux principes de justice fondamentale. On peut soutenir qu'une telle disposition outrepasserait son objectif (à savoir, la dissuasion et la sanction de collusions graves) et s'opposerait à l'objectif général de la réforme (à savoir, la création d'un régime sur les complots qui interdit, dissuade et sanctionne efficacement le comportement collusoire grave tout en encourageant les alliances stratégiques et autres collaborations efficaces entre concurrents) en condamnant au criminel les collaborations bénéfiques (ou neutres au plan de la concurrence) entre concurrents. Par conséquent, une analyse selon une règle de raison devait être disponible à l'égard de tels accords.

Un examen de la jurisprudence pertinente ne donne pas une indication claire de ce qu'exigeraient les principes de justice fondamentale dans ce contexte en vue de contrer une contestation fondée sur une portée excessive. *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.), par exemple, indique dans le contexte d'un empiètement sur l'article 7 de la Charte concernant la nécessité médicale ce qui ne sera pas jugé valable en regard de la Charte; le jugement ne prétend toutefois pas définir un précédent quant aux conditions procédurales assurant la validité constitutionnelle. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario avait à déterminer si la possibilité d'exemptions en vertu de l'article 56 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. (1996), ch. 19 (la *Loi réglementant certaines drogues*) suffisait à disculper la violation apparente de l'article 7 découlant de l'interdiction absolue de la possession et de la culture de marijuana, sans exception pour l'utilisation médicale, aux termes de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N1. L'article 56 prévoit ce qui suit :

S'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient, le ministre peut, aux conditions qu'il fixe,

soustraire à l'application de tout ou partie de la présente loi ou de ses règlements toute personne ou catégorie de personnes, ou toute substance désignée ou tout précurseur ou toute catégorie de ceux-ci. [notre soulignement]

Comme la Cour d'appel a interprété cette disposition, elle investit le ministre d'une discrétion absolue d'accorder ou de refuser une exemption. Elle a noté que l'expression «des raisons médicales (qui) le justifient» n'était pas définie dans la *Loi réglementant certaines drogues* et, de plus, que même si l'article 56 avait été complété par des lignes directrices administratives, celles-ci n'avaient pas force de loi et le ministre n'était pas tenu de prendre en considération les facteurs y figurant, en exerçant sa discrétion d'accorder ou refuser une exemption. Plus encore, la Cour a jugé que le ministre n'était pas tenu en vertu de l'article 56 d'accorder une exemption même s'il était convaincu que le critère de la nécessité médicale était vérifié. Malgré la possibilité d'un contrôle judiciaire dans un cas de refus d'exemption, et même s'il était admis que [TRADUCTION] «le ministre devrait respecter les impératifs de la Charte en examinant de telles demandes», la Cour d'appel a conclu (aux paragraphes 183-184) que :

[TRADUCTION]

la restriction du droit ne contenait pas de mesures de protection suffisantes pour garantir que l'application de la loi n'empiéterait pas indûment sur le droit. Ce danger peut survenir si «une trop grande latitude est accordée aux administrateurs chargés d'appliquer la limite de la loi en cause».

Compte tenu de l'absence dans la loi d'un critère adéquat de la nécessité médicale et de la discrétion entière accordée au ministre, la privation du droit de Parker à la sécurité de la personne ne s'accorde pas aux principes de justice fondamentale. [notre soulignement]

Voir aussi *La Reine c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *La Reine c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

Il est possible de distinguer des affaires telles que *Parker*, *Morgentaler* et *Jones* en vertu du fait que l'interdiction en cause violait un droit protégé par l'article 7 de la *Charte* – dans *Parker*, le contexte du droit à la nécessité médicale – indépendamment de toute violation attribuable uniquement à la possibilité d'emprisonnement sur déclaration de culpabilité. Dans *Parker*, la Cour d'appel a expressément distingué son jugement connexe dans l'affaire *R. v. Clay* (2000), 49

O.R. (3d) 577 (C.A.), les mêmes juges confirmant une déclaration de culpabilité, en affirmant ce qui suit (aux paragraphes 77 et 81-83) :

[TRADUCTION]

Dans l'affaire connexe de *R. c. Clay*, j'ai déjà traité de la notion qu'en termes généraux, l'interdiction de la marijuana contrevient à l'article 7 parce qu'elle criminalise des gens qui n'ont rien fait de mal. La présente affaire soulève la question plus précise de l'impact pour les personnes faisant valoir un besoin de marijuana à titre de nécessité médicale et non d'usage ludique.

...

Le juge d'instance a énuméré divers moyens selon lesquels la liberté et la sécurité de Parker ont été minées par l'interdiction de la marijuana. En un sens, il aurait été suffisant d'invoquer le plus évident de ces empiètements, la possibilité d'emprisonnement sur condamnation pour l'infraction. Cette entrave à la liberté de Parker pourrait théoriquement suffire pour exiger que l'on tranche la question de savoir si la privation respectait les principes de la justice fondamentale.

Toutefois, à mon avis, cela n'aurait pas convenablement cerné les lacunes de la législation ni traité du contexte dans lequel la question survient. Comme l'a affirmé le juge Wilson dans *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326 aux p. 1355-1356, 64 D.L.R. (4th) 577, un droit ou une liberté peut avoir des sens différents dans des contextes différents. «L'approche contextuelle tente de mettre en relief l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en jeu dans l'affaire, ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui s'y opposent ». Ainsi, l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée dans son contexte plutôt que dans l'absolu, et son but doit être déterminé dans son contexte.

Bien que le juge Wilson se soit particulièrement soucié de l'importance du contexte dans l'analyse concernant l'article 1, le contexte est également important dans l'analyse d'un droit, par exemple au titre de l'article 7, qui dans une certaine mesure contient son propre critère de pondération et qui peut ou non se prêter à une pondération supplémentaire au titre de l'article 1. L'aspect dominant du contexte dans cette affaire est l'argument de Parker et d'autres patients voulant qu'ils aient besoin de marijuana pour des raisons médicales. Ils n'affirment pas, comme l'appelant dans l'affaire *Clay*, un désir de marijuana pour des fins ludiques. Parker ne revendique pas un droit à l'utilisation de la marijuana au titre d'une forme de notion

abstraite d'autonomie personnelle. **La validité de l'interdiction de la marijuana doit être évaluée dans ce contexte particulier. Le contexte ici n'est pas seulement que l'interdiction de la marijuana expose Parker, comme tous ceux qui utilisent ou cultivent la marijuana, à des poursuites criminelles et l'éventuelle perte de liberté. Plutôt, Parker soutient que l'interdiction entrave sa santé et par conséquent sa sécurité aussi bien que sa liberté.** [notre soulignement]

La Cour s'est penchée, en tenant compte du contexte, sur l'empiètement du droit protégé en vertu de l'article 7 de la Charte de disposer de son propre corps. Les mesures législatives qui permettraient une exemption en vue de « protéger, non entraver » (voir *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 à la p. 214) ce droit étaient en cause dans *Parker*. Par conséquent, les circonstances de *Parker* doivent être distinguées de celles prévues par la disposition modifiée sur les complots, où le contexte est pareillement celui de restrictions commerciales qui ne touchent pas la sécurité de la personne, et seul l'empiètement du droit à la liberté est en cause.

Comme nous l'avons fait remarquer, l'analyse d'un droit garanti par l'article 7 de la Charte, dans une certaine mesure, contient son propre critère de pondération. Dans un contexte commercial, la quête du bien-être des consommateurs telle qu'exprimée à l'article 1.1 de la Loi doit être mise en équilibre avec toute portée excessive des interdictions d'office et son effet sur les intérêts commerciaux des participants. Nous croyons que somme toute, une défense fondée sur les restrictions accessoires ou une exemption respecterait le critère exprimé dans *Parker*.

Bien que, pour toutes les raisons énoncées ci-dessus, il y ait un vaste appui en faveur d'une défense fondée sur les restrictions accessoires, un examen de la portée et de la substance précises de cette défense soulève diverses questions importantes. Chacune d'elles concerne la définition des circonstances dans lesquelles une analyse par la règle de raison est justifiée à l'égard d'un comportement suspect et par ailleurs illégal en soi; en l'occurrence, nous estimons que les questions suivantes méritent plus ample réflexion et discussion :

- Quel lien doit-il y avoir entre la restriction mise en cause et un accord principal pour que la restriction puisse être considérée «accessoire»? Suffit-il de démontrer que la restriction est fonctionnellement accessoire et subordonnée (corollaire) ainsi que « raisonnablement nécessaire » à un accord principal?
- Dans quelle mesure une restriction mise en cause doit-elle être accessoire? Il existe des divergences quant à savoir s'il est suffisant que la restriction soit accessoire et

raisonnablement nécessaire à un accord principal ou si la restriction doit être raisonnablement nécessaire aux gains en efficacité découlant de cet accord.

- En supposant que la restriction mise en cause soit jugée accessoire à un accord principal, quel est le critère qui devrait être appliqué pour déterminer la légalité de l'accord principal? En outre, qui devrait appliquer ce critère : le Tribunal de la concurrence ou les autres tribunaux?

Chacune de ces questions est examinée ci-dessous.

¹¹ Nous notons que vraisemblablement, l'inversion du fardeau de la preuve prévue au paragraphe 45(5) pourrait être jugée contraire à la présomption d'innocence garantie par l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*: voir par exemple *La Reine c. Whyte*, [1986] 2 R.C.S. 3; *La Reine c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S. 697; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, vol. 2 (1992), aux p. 48-15, 48-16 (Reverse Onus Clauses (dispositions inversant la charge de la preuve)). Nous croyons toutefois pour les raisons énoncées ci-dessous qu'un tribunal conclurait vraisemblablement que la clause inversant la charge de la preuve est justifiée comme limite raisonnable en regard de l'article 1 de la Charte.

¹² Nous croyons qu'il est indiqué d'exiger qu'une personne accusée établisse les éléments de défense exigés au paragraphe 45(5) selon la prépondérance des probabilités, au motif que tout fardeau moindre (p. ex., la seule nécessité pour l'accusé de soulever un doute raisonnable de l'existence des éléments de la défense) permettrait à un comportement collusif grave d'échapper trop facilement à la condamnation. Voir les commentaires du juge Dickson dans *Keegstra*, *supra* note 11 (au para. 148) concernant la défense fondée sur la véracité (en vertu de l'article 319 du *Code criminel*) :

[TRADUCTION]

... le fait d'exiger seulement que l'intimé soulève un doute raisonnable sur la véracité de ces affirmations compromettrait excessivement l'efficacité de l'infraction en regard de son objet ... lorsqu'un doute raisonnable existerait de la fausseté des déclarations de l'accusé, un acquittement serait prononcé. Pour accepter un tel résultat, il faudrait convenir que cette relativement ténue possibilité de véracité pèse davantage que le tort causé par la promotion délibérée de la haine. Pourtant à mon avis, l'objectif essentiel du Parlement justifie dans cet appel d'exiger une démonstration plus convaincante du fait que les déclarations de cet incitateur à la haine pourraient être vraies. ... Exiger que l'accusé prouve la véracité selon la prépondérance

des probabilités est une précaution compréhensible et valide contre une justification trop aisée du tort [causé par des propos haineux]...

¹³ **Qu'est-ce qu'un lien suffisant pour justifier la qualité «auxiliaire » (partie I)?** À l'exception de la proposition Bériault, les propositions exigent à titre de première des deux conditions de la qualité «auxiliaire » que la restriction mise en cause soit «corollaire » (voir la proposition Gourley, *supra* note 3; la proposition Kennish-Ross, *supra* note 3) ou «seulement corollaire » (voir **l'extrait pertinent du nouvel article 45 proposé dans** la proposition Kennish-Ross, *supra* note 3) à un accord principal.

Nous croyons qu'en déterminant qu'une restriction est accessoire, les défendeurs devraient être tenus de prouver que la restriction contestée ne constitue pas l'objet de leur coopération, mais plutôt un aspect fonctionnellement accessoire et subordonné ou corollaire à l'objet principal ou la fin de leur collaboration : voir par exemple *SCFC ILC, Inc. v. Visa USA, Inc.*, 36 F.3d 958, 964 et 970 (10th Cir. 1994) :

[TRADUCTION]

La Cour suprême des États-Unis nous enjoint ... d'examiner l'accord contesté pour déterminer s'il représente la raison essentielle de la coopération entre les concurrents ou s'il constitue un aspect uniquement corollaire des activités de l'entreprise...

Ce que nous demandons en vertu de l'article 1 est si ... le règlement 2.06 est corollaire, «subordonné et accessoire ... rendant la transaction plus efficace en vue de la réalisation de son objet », qui est d'offrir des services de carte de crédit à ses membres. [citations omises]

Voir aussi *Addyston*, 85 F. 271 aux p. 280-283 (note 10); *Rothery Storage*, 792 F.2d à la p. 224 (note 7); Carstensen et coll., *supra* note 10 aux p. 355-356; Roberts, *supra* note 10; Gregory J. Werden, « Antitrust Analysis of Joint Ventures: An Overview » (1998) 66 ANTITRUST L.J. 701 à la p. 706. En ce qui concerne le droit européen, voir *Communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentration*, JO [1990] C203/5 [« subordonnées en importance à l'objet principal de la concentration »].

À notre avis, le mot « ancillary » (corollaire), dans son sens usuel, décrit exactement et utilement le premier élément du lien (à savoir, le caractère subordonné ou accessoire de la restriction en cause) dont il aurait fallu démontrer l'existence entre l'accord en cause et un accord principal afin de mettre en jeu la défense proposée. Le *Concise Oxford Dictionary* (10^e éd. (1999) à la p. 48) définit « ancillary », notamment, comme suit : « providing support to the primary activities of an organization ... additional; subsidiary » (soutenant les activités principales d'une organisation ... additionnel; subsidiaire). Pareillement, ce terme est défini dans le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. (1990) à la p. 85), notamment, comme suit : « Aiding; attendant upon; describing a proceeding attendant upon or which aids another proceeding considered principal. Auxiliary or subordinate » (Assistant; afférant à; décrivant un acte afférant ou aidant à un autre acte considéré comme étant principal. Auxiliaire ou subordonné.). Mais voir *infra*, note 16.

¹⁴ **Qu'est-ce qu'un lien suffisant pour justifier la qualité «auxiliaire» (partie II)?** Les propositions soutiennent unanimement un critère de la « nécessité raisonnable » pour décrire le second aspect du lien nécessaire entre une restriction mise en cause et un accord principal pour que la restriction soit accessoire. La formule de la « nécessité raisonnable » trouve une justification dans la théorie économique (voir Roberts, *supra* note 10 aux p. 1008-1010), la politique sous-tendant les règles de l'illégalité en soi (voir Cohen, *supra* note 8), les arrêtés de tribunaux américains et européens dans des affaires d'antitrust (voir par exemple *Addyston*, 85 F. aux p. 280-283 (note 10); *Los Angeles Memorial Coliseum Commission v. National Football League*, 726 F.2d 1381, 1396-98 (9th Cir. 1984); *Reuter/BASF* O.J. L54/40, [1976] 2 C.M.L.R. aux p. D56-57; mais voir *Maricopa Country Med. Soc'y*, 457 U.S. à la p. 352 (note 10); *Broadcast Music, Inc.*, 441 U.S. aux p. 20-23 (note 4) et *Louis*, *supra* (note 10 à la p. 883) où le caractère corollaire est considéré conditionnel au fait que la restriction contestée soit « nécessaire » ou « essentielle »), les lignes directrices pour l'application de la loi et les avis des instances de la concurrence aux États-Unis (voir les Lignes directrices communes, *supra* note 8) et en Europe (voir *Notice on Ancillary Restraints to Concentrations*, *supra* note 13 aux art. 5-6; mais voir le règlement d'exemption par catégorie des restrictions verticales de la CE, *supra* note 3, et les *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale* (2001/C 3/02) (voir les paragraphes 31 et 35) qui appliquent un critère de l'indispensabilité) ainsi que divers articles et études (voir par exemple Roberts, *supra* note 10 à la p. 995; Jeffrey L. Harrison, « Price Fixing, The Professions, and Ancillary Restraints: Coping with *Maricopa County* » (1982) U. Ill. L. Rev. 925 à la p. 931; Jon J. Miles, « Joint Venture

Analysis and Provider-Controlled Health Care Networks » (1997) 66 Antitrust L.J. 127 à la p. 147; Kevin J. Arquit et Joseph Kattan, «Efficiency considerations and horizontal restraints » (1991) *The Antitrust Bulletin* 717 à la p. 727).

D'autres critères, qu'ils soient plus ou moins exigeants, peuvent ne pas donner un seuil approprié. Le fait d'exiger que la restriction mise en cause soit «nécessaire » à l'accord principal, par exemple, [TRADUCTION] «s'opposerait éventuellement au précepte voulant que des règles de l'illégalité en soi devraient être claires et faciles à appliquer » car il «peut souvent être difficile de déterminer si un comportement suspect est nécessaire sans procéder à une enquête, qui peut s'avérer complexe, des options moins anticoncurrentielles » : Cohen, *supra* note 8. Pareillement, un critère plus souple comme celui d'un simple « lien » pourrait être trop facile à établir, minant l'efficacité des règles de l'illégalité en soi pour ce qui est de proscrire et de sanctionner le comportement collusoire grave. Pour la même raison, selon Areeda et Hovenkamp (*supra* note 3 aux p. 228-229), un critère reposant sur la notion « d'accompagner » ou « de faire partie » serait également problématique. Les auteurs affirment que l'adoption d'un ou l'autre de ces critères assurerait la protection des cartels patents contre les poursuites criminelles « par le simple mécanisme de rattacher l'accord collusoire à une autre transaction indépendante et licite ». Il suffit de considérer cet exemple : « une coentreprise de recherche entre fabricants automobiles, en vue de mettre au point de meilleurs enjoliveurs de roues, et un accord répartissant les marchés pour leurs voitures, assurant une meilleure harmonisation des incitatifs pour les parties à la coentreprise » pourraient être considérés comme étant « liés » malgré le rapport extrêmement tenu entre ces accords : voir Cohen, *supra* note 8.

En vertu du critère proposé, l'objet principal de la collaboration des parties, c'est-à-dire leur accord principal, déterminé objectivement d'après toutes les circonstances pertinentes y compris le contexte de marché et la réalité économique d'un comportement commercial donné, pourrait donner aux tribunaux une mesure d'après laquelle évaluer à quel point les restrictions présumément requises (c'est-à-dire « raisonnablement nécessaires ») peuvent être autorisées, aussi bien dans leur portée que dans leur durée, pour réaliser ou protéger les fruits de cet accord : voir *Addyston*, 85 F. à la p. 282 (note 10); voir aussi Werden, *supra* note 13, où l'auteur énumère (à la p. 707) divers cas où une restriction peut être raisonnablement nécessaire :

[TRADUCTION]

Une restriction subsidiaire peut rendre le projet lui-même plus efficace, par exemple s'il s'agit d'exiger que tous les participants à la coentreprise s'approvisionnent exclusivement auprès d'une coentreprise manufacturière de façon à réaliser des économies d'échelle. Une restriction subsidiaire peut empêcher qu'un participant à une coentreprise s'approprie une part excessive des retombées du projet, comme ce pourrait être le cas dans l'octroi d'une exclusivité, dans divers territoires, de la distribution d'une marque créée et mise en valeur par la coentreprise. Une restriction subsidiaire peut empêcher que des non-participants s'approprient des retombées de la coentreprise sans avoir participé à ses coûts; ce serait l'objet de restrictions à la revente de la production de la coentreprise à des non-participants. Une restriction subsidiaire peut également empêcher des conséquences non prévues en matière de concurrence qui mineraient la rentabilité du projet. Par exemple, en fournissant certains produits aux participants, une coentreprise pourrait inciter certains participants à vendre des produits complémentaires que seuls certains autres participants avaient vendus dans le passé; cet effet pourrait être miné par l'existence de droits exclusifs de distribution pour les produits des participants non fournis par la coentreprise.

De plus, on peut soutenir que le critère proposé suppose un examen de la possibilité qu'il existe des options moins restrictives qui, compte tenu de la portée et de la durée de la restriction contestée par rapport à l'objet ou l'objectif de la principale transaction ou du principal projet, pourrait servir les fins énoncées de la restriction mise en cause : voir *Los Angeles Memorial Coliseum Commission*, 726 F.2d aux p. 1396-1398; *Palmer v. BRG of Georgia*, 498 U.S. 46 (1990), dont il est question dans *Areeda et Hovenkamp*, *supra* note 3 à la p. 243. Cependant, on peut soutenir que le critère de la «nécessité raisonnable » ne devrait pas être perçu comme une invitation aux tribunaux à se lancer dans des conjectures au sujet de «quelque autre restriction qui pourrait avoir été moins restrictive en un sens insignifiant » : *Arquit et coll.*, *supra* à la p. 728, n° 33. Comme le souligne *Werden* (*supra* note 13 à la p. 721) à l'égard de la doctrine américaine : « Il n'y a aucune exigence qu'une restriction soit l'option la moins restrictive, mais il faut démontrer que les options évidentes et sensiblement moins restrictives étaient soit irréalisables ou inadéquates ». Voir aussi *Thomas C. Arthur*, «Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act » (1986) 74 *Calif. L. Rev.* 266 à la p. 334; voir les Lignes directrices communes (*supra* note 8 à la p. 9) :

[TRADUCTION]

Un accord peut être « raisonnablement nécessaire » sans être essentiel. Si les participants peuvent accomplir par des moyens pratiques et moins restrictifs une intégration équivalente ou comparable en vue d'améliorer leur efficacité, les organismes concluront que l'accord n'est pas raisonnablement nécessaire. Pour en juger, les organismes prennent en compte le fait que des moyens pratiques et sensiblement moins restrictifs aient ou non été disponibles au moment où l'accord a été conclu; ils ne recherchent toutefois pas une option théoriquement moins restrictive qui n'était pas pratique compte tenu des réalités des affaires.

À quoi la restriction doit-elle être accessoire? La question est de savoir s'il suffit que la restriction soit seulement accessoire et raisonnablement nécessaire à un accord principal, ou si la restriction mise en cause doit être raisonnablement nécessaire pour réaliser les avantages proconcurrentiels de cet accord. Selon certains précédents américains, le tribunal n'a qu'à se demander si la restriction contestée est accessoire à « un contrat ou une activité conjointe licite ou un objectif commercial légitime ou autre fin légale, c'est-à-dire à autre chose que la formation des prix ou la restriction de la concurrence » : voir par exemple *Cohen*, *supra* note 8, citant entre autres *General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Ass'n.*, 744 F.2d 588, 595 (7th Cir. 1984) [restriction non accessoire à « la fourniture réciproque d'un service ou toute autre activité licite »] et *National Bancard Corporation (NaBanco) v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592, 599 (11th Cir. 1986) [« la question consiste à savoir si la fixation des prix “*accomplit des fins sans rapport à la formation des prix*” »] [italique dans l'original; citations omises]; voir aussi *Addyston*, 85 F. (note 10). Le projet de loi C-472 (note 3) et la proposition Kennish-Ross (note 3) semblent également appuyer une telle approche.

En revanche, les Lignes directrices communes (note 7) et certains tribunaux et observateurs américains estiment qu'il faut une « intégration rehaussant l'efficacité » et que l'accord mis en cause doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des avantages proconcurrentiels de cette intégration. Voir les Lignes directrices communes (*supra* note 8 à la p. 8), où le concept d'« intégration rehaussant l'efficacité » est défini comme suit :

[TRADUCTION]

Dans une intégration rehaussant l'efficacité, les participants collaborent en vue d'exécuter ou de faire exécuter (par une coentreprise créée entièrement par les participants à la

collaboration ou par un ou plusieurs participants ou tiers agissant au nom d'autres participants) une ou plusieurs fonctions d'entreprise telles que production, distribution, marketing, achats ou R-D, et ainsi assurent ou assurent potentiellement des avantages pour les consommateurs en **augmentant la production, en réduisant les prix ou en rehaussant la qualité, le service ou l'innovation**. En général, les participants à une intégration rehaussant l'efficacité combinent, par contrat ou autrement, d'importantes ressources en termes de capital, de technologie ou d'autres actifs complémentaires en vue de réaliser des avantages proconcurrentiels que les participants ne pourraient pas réaliser séparément ... L'intégration doit être d'un type qui **engendrerait vraisemblablement des avantages proconcurrentiels recevables au titre d'une analyse des gains en efficience**. [notre soulignement]

De façon plus générale, Cohen (*supra* note 8) explique que le terme « intégration » :

[TRADUCTION]

a été appliqué [par les tribunaux américains] en trois sens généraux. Quelquefois, il s'est agi surtout d'une combinaison d'éléments d'actif servant à la production. Par exemple, un analyste évoque l'« intégration de ressources » découlant du fait que des entreprises collaborant entre elles « fournissent des actifs tels que du capital, de la technologie ou des installations de production à un projet commun ». D'autres fois, l'accent a été placé sur une coordination des fonctions et activités sans qu'il y ait nécessairement de combinaison d'actifs. De tels arrangements sont quelquefois désignés comme de l'« intégration par contrat ». Ou encore, surtout dans le contexte de réseaux de médecins, l'enquête a porté surtout sur la mise en commun des risques financiers. Par exemple, dans *Maricopa*, le tribunal considérait que les médecins participant à une organisation de soins de santé intégrés étaient « fonctionnellement intégrés » compte tenu du fait qu'ils partageaient un risque économique quant à la quantité de soins médicaux dont les abonnés auraient besoin. [citations omises]

La proposition Bériault recommande de limiter les accords principaux admissibles et de prévoir une enquête sur le lien entre une restriction suspecte et les gains en efficience. Selon Bériault et coll. (*supra* note 3 aux p. 27-28) :

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...

[De plus,] [i]l 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. [soulignement dans l'original]

Le débat entre d'une part la nécessité que la restriction soit accessoire à un contrat ou une activité conjointe licite, sans exiger d'enquête sur les avantages proconcurrentiels de ces contrats ou activités, et d'autre part l'exigence qu'un tribunal détermine si l'accord principal rehausse l'efficacité ou est proconcurrentiel est surtout de nature procédurale et relève de la politique. Comme nous le soulignons plus loin, on peut soutenir qu'une pondération des effets anticoncurrentiels et proconcurrentiels découlant de la collaboration entre les défendeurs (c'est-à-dire l'effet concurrentiel net de la restriction mise en cause et de l'accord principal) constitue une condition préalable à l'immunité des mesures antitrust en vertu de la défense proposée et qu'elle doit être faite à un moment ou un autre de l'analyse. Par conséquent, le débat sur cette question vise surtout à déterminer quand – plutôt que si – les avantages proconcurrentiels des accords principaux seront pris en considération par un tribunal.

La question qui est à notre avis plus intéressante et plus difficile est celle de savoir s'il est souhaitable d'exiger que des intimés établissent, à titre de question préliminaire dans le cadre d'une défense fondée sur les restrictions accessoires, que la restriction est raisonnablement nécessaire pour réaliser les avantages proconcurrentiels de leur accord principal. On peut soutenir que cela peut être trop exigeant, entraînant éventuellement la condamnation de collaborations bénéfiques. D'aucuns pourraient arguer que les restrictions de la concurrence ne sont généralement ou à toutes fins pratiques liés qu'indirectement aux avantages proconcurrentiels engendrés par le projet ou l'accord qu'elles facilitent. Par exemple, les règles établies et

appliquées par les participants à une coentreprise en R-D, telles que les restrictions sur les travaux de R-D ou les ventes à l'extérieur de l'accord, sont susceptibles d'être raisonnablement nécessaires aux gains en efficacité engendrés par ce projet seulement dans la mesure où elles lui permettent de fonctionner efficacement, notamment en dissuadant des agissements opportunistes qui autrement empêcheraient la réalisation des gains en efficacité promis par le projet : voir Lignes directrices communes, *supra* note 8 au point 3.36(b) (exemple 10); voir aussi Areeda et Hovenkamp, *supra* note 3 à la p. 264. Divers tribunaux américains, y compris la Cour suprême des États-Unis, ont reconnu par exemple que le contrôle du resquillage peut servir à justifier une restriction qui serait autrement illégale en soi : voir par exemple *Polk Bros., Inc. v. Forest City Enterprises, Inc.*, 776 F.2d 185, 190 (7th Cir. 1985); *Sylvania*, 433 U.S. aux p. 55-57 (note 3) [« En raison des imperfections du marché telles que l'effet de « resquillage », certains services pourraient ne pas être offerts ... dans une situation purement concurrentielle. »]; *Rothery*, 792 F.2d aux p. 212-213, 223 et 238 (note 8) [« la Cour suprême a établi clairement (dans *Sylvania*) que l'élimination du resquillage est une **justification au titre de l'efficacité** qui peut être invoquée dans le cas de restrictions horizontales accessoires à une intégration contractuelle »]. [notre soulignement]

Le point de vue qui prévaudra dépendra de considérations de politique. Nous croyons que c'est un domaine qui exige manifestement de plus amples discussions.

¹⁵ **Le caractère licite de l'accord principal.** La dernière question traite des tribunes et des critères appropriés pour ce qui est de déterminer le caractère licite de l'accord principal. Comme le souligne Roberts (*supra* note 10 à la p. 1002) et comme le laisse entendre ce qui précède, « les restrictions ne sont pas accessoires à moins qu'elles ne se rattachent à un projet licite, ce qui suppose que le projet n'a pas d'effets ou d'objets anticoncurrentiels inacceptables » [notre soulignement]. En conséquence, il doit y avoir une évaluation de la légalité de l'accord principal. Selon la défense fondée sur les restrictions accessoires prévue par le projet de loi C-472 et selon les propositions Kennish-Ross et Bériault, les intimés doivent établir que l'accord principal (auquel la restriction suspecte serait accessoire) ne contreviendrait pas aux interdictions criminelles d'office lorsqu'elles sont considérées séparément. On peut toutefois soutenir, à la lumière du commentaire de Roberts, que la légalité de l'accord principal, et donc le caractère accessoire de la restriction mise en cause, ne peut pas être pleinement évaluée par rapport uniquement au fait que l'accord principal contrevienne ou non aux interdictions d'office du

paragraphe 45(1) proposé. Un accord qui ne fixe pas les prix, ni ne répartit les marchés, ni ne limite la production peut néanmoins empêcher ou réduire sensiblement la concurrence en créant ou rehaussant une puissance commerciale ou en facilitant son exploitation (et ce, sans engendrer de gains en efficacité compensatoires). Pareillement, il faut aussi prendre en considération l'effet global ou combiné de l'accord principal et de la restriction mise en cause. Le fait de permettre la fixation des prix ou d'autres agissements collusoires graves, dans des circonstances où les gains en efficacité engendrés par l'accord principal ne compenseraient pas le tort causé par la fixation des prix, semblerait incohérent par rapport au raisonnement pouvant servir à justifier les restrictions accessoires, tel qu'exprimé par Robert Bork : « le fait de permettre la formation d'un partenariat au nom d'une plus grande efficacité mais de récuser l'accord accessoire qui rend l'intégration plus stable et ainsi augmente encore l'efficacité serait un contre-sens au plan de la politique » : voir Roberts, *supra* aux p. 1001-1002. [notre soulignement] Par conséquent, à notre avis, il n'est pas évident qu'une défense fondée sur les restrictions accessoires devrait être formulée de façon à permettre aux intimés d'échapper à une responsabilité en matière d'antitrust sans qu'il y ait pondération des effets anticoncurrentiels et pro concurrentiels découlant de leur collaboration dans son ensemble, y compris la restriction mise en cause. Le cas échéant, il semble y avoir deux façons dont cette pondération pourrait être effectuée :

- le fait de faire admettre la recevabilité de la défense fondée sur les restrictions accessoires soustrairait l'accord principal de l'application de l'article 45, de sorte qu'il resterait au Tribunal à l'examiner – en même temps que la restriction mise en cause – en vertu de la disposition civile, en appliquant une analyse par la règle de raison en vue de déterminer si l'accord principal et la restriction, ensemble, empêcheront ou réduiront sensiblement la concurrence;
- une fois admise la défense fondée sur les restrictions accessoires, le tribunal criminel déterminerait au moyen d'une analyse par la règle de raison si l'accord principal, considéré en même temps que la restriction mise en cause, empêchera ou réduira sensiblement la concurrence.

Dans la première hypothèse, recommandée dans les propositions Bériault et Kennish-Ross, la défense fondée sur les restrictions accessoires servirait uniquement à éliminer le caractère d'illégalité en soi d'une restriction qui autrement serait visée par le paragraphe 45(1), après qu'un tribunal aurait déterminé que (i) la condition nécessaire qu'il y ait un lien fonctionnellement accessoire et «raisonnablement nécessaire » à un accord principal entre les mêmes intimés est établie; et (ii) l'accord principal ne contrevient pas aux interdictions d'office lorsqu'il est considéré séparément. Par la suite, l'affaire pourrait être examinée par le Tribunal selon le critère

de la règle de raison. Cette approche comporte un avantage important : elle respecte à la fois la compétence institutionnelle relative des tribunaux criminels généraux par rapport au Tribunal et, ce qui est plus fondamental, le principe de la Loi qui repose sur l'expertise relative du Tribunal à l'égard des questions économiques.

Toutefois, le premier scénario n'est pas sans présenter de lacunes. Par exemple, il crée la possibilité, si la défense fondée sur les restrictions accessoires est appliquée trop volontiers ou trop libéralement par les tribunaux, que les intimés pourraient réussir d'emblée à faire bifurquer les poursuites entre les tribunaux criminels et le Tribunal. Ainsi, ce scénario ouvre la voie à un coût inconnu et possiblement important découlant du dédoublement des procédures. En outre, le coût et l'inefficacité associés au dédoublement des procédures peuvent être insoutenables, au point de rendre le premier scénario impraticable.

Dans le second scénario, les tribunaux criminels détermineraient la légalité de l'accord principal en regard d'une analyse par la règle de raison en bonne et due forme. Les désavantages associés à la bifurcation des procédures seraient évités, mais cette approche pourrait supposer au moins une conséquence indésirable : elle exigerait que les tribunaux criminels, en appliquant une analyse par la règle de raison en bonne et due forme, se livrent à une analyse des effets concurrentiels qu'il vaudrait mieux confier à un tribunal spécialisé.

Dans un ou l'autre scénario, la défense fondée sur les restrictions accessoires qui est proposée pourrait appeler une analyse complexe des gains en efficacité qui serait semblable quant à sa portée et quant à son contenu à celle associée à une défense en vertu de l'article 96 de la Loi, et ce, dans un nombre inconnu d'affaires. Cela menacerait la simplicité et la clarté voulues par les interdictions d'office proposées.

Compte tenu des préoccupations soulevées par les scénarios décrits ci-dessus, nous avons examiné l'opportunité d'éliminer la défense fondée sur les restrictions accessoires de l'article 45, pour prévoir plutôt la prise en compte du caractère accessoire dans le régime de notification proposé. Comme autre solution de rechange, nous avons envisagé l'opportunité d'une exemption par catégorie pour les restrictions accessoires. Il existe des précédents de ces deux approches sous d'autres régimes. Au Royaume-Uni par exemple, les interdictions criminelles d'office introduites par l'*Enterprise Act* ont été assorties de deux exemptions par catégorie : voir Department of

Trade and Industry, « A World Class Competition Regime » (juillet 2001) aux p. 41-42. Pareillement, l'ACCC a recommandé que les infractions criminelles d'office prévues par la *Trade Practices Act* d'Australie soient, tout comme les infractions civiles d'office existant déjà en vertu de cette loi, combinées à une exemption pour fixation des prix entre partenaires à une coentreprise : voir ACCC, *supra* note 3 aux p. 48-49, 207-208.

Cependant, comme nous l'avons souligné auparavant, on peut soutenir que selon l'article 7 de la Charte, une défense fondée sur les restrictions accessoires ou un mécanisme équivalent doit accompagner une interdiction criminelle, de façon à garantir que les collaborations entre concurrents qui sont bénéfiques ne sont pas soumises à une condamnation criminelle sommaire au mépris des principes de la justice fondamentale. On pourrait par exemple arguer qu'en l'absence d'une défense fondée sur les restrictions accessoires (ou d'un mécanisme équivalent) dans l'article 45, les interdictions d'office proposées outrepassent ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif gouvernemental d'interdire, dissuader et sanctionner efficacement les activités collusoires graves parce qu'elles condamnent les collaborations entre concurrents qui, en raison de leur lien accessoire à un accord principal licite, sont proconcurrentiels ou neutres à l'égard de la concurrence et, partant, dans l'intérêt public (voir note 10). Un article 45 qui interdirait absolument les catégories d'accords énumérées sans prévoir une défense fondée sur les restrictions accessoires (ou, à défaut, la prise en compte du caractère accessoire dans le régime de notification proposé) pourrait contrevenir aux principes de la justice fondamentale. Nous estimons que cette question exige de plus amples discussions.

¹⁶ Nous croyons qu'il pourrait être souhaitable, ne serait-ce que par prudence (voir note 13, *supra*), de codifier la définition proposée à l'alinéa 45(5)a). À notre avis, il pourrait également être prudent et souhaitable de prescrire la restriction énoncée à l'alinéa 45(5)b) de façon à exclure l'application d'un critère de la « nécessité raisonnable » qui serait insuffisamment rigoureux.

¹⁷ Nous croyons qu'il pourrait être plus approprié de traiter la défense prévue pour les cartels à l'exportation (voir le paragraphe 45(5) actuel) comme une exemption par catégorie en vertu du paragraphe 79.2(3), le cas échéant. Au plan des principes et de la politique, une défense générale pour les cartels à l'exportation est difficile à justifier. Elle peut être incompatible avec l'intention et l'esprit de la coopération internationale dans la lutte antitrust. De plus, on peut soutenir que de tels cartels entraînent des conséquences défavorables pour l'efficacité de la répartition des ressources et de la production au pays.

¹⁸ Nous nous en remettons à la définition actuelle de « filiale » du paragraphe 2(2) de la Loi.

¹⁹ Dans un document antérieur (voir la proposition Russell, *supra* note 3 à la p. 74), nous avons souligné que :

Des arrangements qui ne sont pas en soi illégaux pourraient néanmoins faire l'objet de mesures de dissuasion ou d'interdiction si l'analyse fondée sur la règle de la raison détermine qu'ils causent un préjudice important, non compensé par des avantages, sur le plan de la concurrence. À la lumière de ce qui précède, de solides raisons permettent d'avancer que le Tribunal devrait pouvoir infliger des sanctions administratives pécuniaires lorsque les circonstances s'y prêtent. Dans le cadre des modifications apportées en 1999, le Tribunal s'est vu conférer des pouvoirs de réparation de cette nature sous le régime de la partie VII.1 de la Loi. [Voir l'alinéa 74.10(1)c].]

Voir aussi le paragraphe 79(3.1) de la Loi.

Les sanctions administratives pécuniaires proposées au sous-alinéa 79.1(1)a)(i) recueillent un vif appui à l'étranger. Par exemple, dans l'Union européenne, les infractions à l'article 81 du Traité de la CE peuvent entraîner l'imposition de fortes amendes, pouvant s'élever à 10 p. 100 du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'année précédente par les entreprises en cause : voir la proposition Russell, *supra* note 3 à la p. 9. En Australie, la *Trade Practices Act*, qui est actuellement une loi entièrement civile, autorise l'imposition à une société d'amendes (sanctions pécuniaires) pouvant atteindre 10 millions de dollars australiens (environ 8 millions de dollars canadiens) en cas de comportement contrevenant à l'article 45 (contrats, arrangements ou ententes qui limitent les transactions ou touchent la concurrence) de cette loi. De plus, les particuliers peuvent encourir une amende maximale de 500 000 \$ en cas de comportement contrevenant à cette disposition. Fait à signaler, invoquant l'effet dissuasif insuffisant de l'actuelle sanction maximale de 10 millions de dollars, l'ACCC a proposé (voir ACCC, *supra* note 3 aux p. 11, 21) de modifier la *Trade Practices Act* pour autoriser l'imposition de sanctions pécuniaires maximales de trois fois la valeur de tout gain commercial découlant de la contravention ou, si les gains ne peuvent pas être estimés, de 10 p. 100 du chiffre d'affaires de la société en Australie. En Nouvelle-Zélande, la *Commerce Act 1986* a été modifiée en 2001 de façon à augmenter la sanction pécuniaire maximale pour une personne morale, de 5 millions de dollars néo-zélandais (environ 3,2 millions de dollars canadiens) au plus important des montants suivants : 10 millions de dollars néo-

zélandais; trois fois la valeur des gains commerciaux réels ou prévus; ou, si les gains commerciaux ne sont pas connus, 10 p. 100 du chiffre d'affaires annuel de la personne morale et de ses affiliées, s'il y en a.

²⁰ Nous estimons qu'il est souhaitable, au nom d'une saine politique en matière de droit de la concurrence, d'investir le Tribunal de vastes pouvoirs réparateurs qui lui permettront de réagir efficacement aux effets anticoncurrentiels d'accords, arrangements ou ententes (non criminels).

²¹ Le traitement des gains en efficience proposé à l'alinéa 79.1(4)g) est cohérent aussi bien par rapport au point de vue répandu que les gains en efficience devraient constituer un facteur et non un critère absolu dans l'examen par le Tribunal des accords entre concurrents (et des fusionnements) que par rapport à l'analyse des gains en efficience axés sur les consommateurs qui est prescrite par la loi aux États-Unis. Aux États-Unis, les Lignes directrices communes (*supra* note 8) reconnaissent uniquement les «gains en efficience recevables», lesquels sont définis comme étant «des gains en efficience qui ont été vérifiés par les organismes, qui ne découlent pas de réductions anticoncurrentielles de la production ou du service et qui ne peuvent pas être réalisés par des moyens pratiques sensiblement moins restrictifs». De plus, ces lignes directrices établissent clairement que tout gain en efficience invoqué doit être potentiellement proconcurrentiel au sens où il profite aux consommateurs (en tant que consommateurs) :

[TRADUCTION]

Les organismes reconnaissent que les consommateurs peuvent de diverses façons profiter de collaborations entre concurrents. Par exemple, une collaboration entre concurrents peut permettre aux participants d'offrir des biens ou des services qui sont moins dispendieux, plus utiles aux consommateurs ou commercialisés plus rapidement que ce ne serait possible en l'absence de la collaboration. Une collaboration peut permettre à ses participants de mieux utiliser leurs actifs ou peut les inciter à consentir des investissements qui rehausseraient la production et qui ne se feraient pas en l'absence de la collaboration.

(Voir les Lignes directrices communes, *supra* note 8 à 2.1, 3.36 et 3.36(a).) Une telle disposition est également cohérente par rapport à la modification récente du paragraphe 96(1) par le projet de loi C-249.

²² Nous croyons qu'il faut se demander si le paragraphe 79.1(4) doit ou non prévoir un renvoi aux articles 75 et 77.

²³ À l'exception de la proposition Kennish-Ross, les propositions préconisent la création d'un régime de notification. (Les éléments de base des régimes de notification ou d'autorisation recommandés dans chacune des proposition sont décrits dans Robert S. Russell, Adam F. Fanaki et Davit D. Akman, «Amending Section 45 of the *Competition Act*: A Review of Models for Reform » (mai 2002) (Russell et coll.)). Le gouvernement fédéral a également indiqué qu'il existe un appui pour ce qu'il décrit (comme le fait le Comité permanent de la Chambre des communes) comme étant une autorisation préalable. Par contre, les opinions sont partagées en ce qui concerne aussi bien le moment de la notification et la portée qu'il faut donner à la discrétion du commissaire dans un tel régime. En ce qui concerne le moment, les régimes de notification recommandés dans les propositions Russell, Gourley et Bériault ainsi que dans le projet de loi C-472 (du moins à l'égard des accords qui seraient autrement criminels) permettent la notification à tout moment, c'est-à-dire aussi bien avant qu'après la conclusion ou la mise en œuvre de l'accord en cause. En revanche, le régime de notification décrit dans la proposition Warner-Trebilcock exclut les accords 31 jours après leur réalisation. En ce qui concerne la discrétion, les propositions Gourley et Russell préconisent des régimes qui préservent la discrétion du commissaire de recommander une poursuite criminelle même dans le cas d'accords pour lesquels un avis a été déposé. La proposition Warner-Trebilcock, le projet de loi C-472 et la proposition Bériault, par contre, recommandent un régime de notification « automatique » en vertu duquel les accords pour lesquels un avis a été déposé auprès du commissaire seraient à l'abri d'une poursuite judiciaire pourvu qu'ils soient mis en œuvre conformément à l'avis.

Dans deux documents antérieurs (voir la proposition Russell, *supra* note 3 aux p. 78-82; Russell et coll., *supra* aux p. 18-19, 22-23), nous avons préconisé la création d'un modèle du régime discrétionnaire (« MRD ») en vertu duquel le commissaire serait autorisé à réagir à la notification d'un accord de trois façons :

- (a) accorder une exemption aux parties par l'émission d'un certificat d'autorisation, avec ou sans autorisation, en vertu duquel les requérants seraient exemptés de responsabilité à la fois civile et criminelle;
- (b) refuser un certificat d'exemption et, lorsque l'accord a déjà été conclu ou mis en œuvre, renvoyer l'affaire au Tribunal de la concurrence pour qu'il l'examine en vertu du régime civil, ou au procureur général aux fins d'une poursuite en vertu du régime criminel;

- (c) refuser un certificat d'exemption et, lorsque l'accord n'a pas déjà été conclu ou mis en œuvre, informer les parties que si elles réalisaient l'accord en cause, elles pourraient s'exposer à un examen civil ou à une poursuite criminelle.

De plus, nous avons constaté (voir la proposition Russell, *supra* note 3 aux p. 78-79; Russell et coll., *supra* aux p. 22-23) que les avantages d'un tel système discrétionnaire sont nombreux et convaincants. Par exemple :

- selon l'expérience acquise sous le régime du paragraphe 81(3) du Traité de la CE, un régime de notification faciliterait l'élaboration d'un ensemble cohérent de précédents, ce qui manque cruellement dans le régime canadien du droit de la concurrence. De fait, en expliquant sa recommandation d'abolir le régime de notification créé par le règlement 17, le principal règlement d'application des articles 81 et 82 du Traité de la CE, la Commission européenne a indiqué que «Le régime de notification (...) a permis à la Commission de développer une pratique décisionnelle cohérente et d'assurer une application homogène des règles dans l'ensemble des États membres de la Communauté. [...] [II] s'est avéré utile aussi longtemps que l'application de l'article 85 et notamment de son paragraphe 3 était incertaine [...] » : *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité CE*, à la p. 32;
- les décisions prises par le commissaire offriraient une certitude juridique qui est essentielle à une planification efficace des affaires. À ce sujet, le *Livre blanc sur la modernisation* a conclu (à la p. 24) que «[L]es entreprises bénéficient aujourd'hui d'un niveau de sécurité juridique satisfaisant grâce à l'existence d'un corps de règles claires, développées et précisées tant par plus de 30 années de pratique décisionnelle de la Commission et de jurisprudence de la Cour de justice que par de nombreux textes généraux quelle que soit leur forme (règlements d'exemption par catégorie, communications, lignes directrices) »;
- sans la discrétion de recommander des poursuites criminelles malgré la notification, l'efficacité du régime visant les complots, pour ce qui est de dissuader et de sanctionner le comportement collusoire grave, serait diminué en raison du droit automatique et unilatéral des parties donnant un avis à éviter la responsabilité criminelle quelles que soient la portée et l'envergure des conséquences négatives de leur collaboration et, de plus, la nécessité d'une analyse en bonne et due forme des effets sur la concurrence en vertu du régime civil, pour chacun des accords ayant fait l'objet d'un avis, y compris ceux qui relèvent d'un comportement collusoire grave;
- la création d'un tel régime produirait une harmonisation supplémentaire avec les dispositions sur les fusionnements. De la même façon que dans le cas de la délivrance de certificats de décision préalable en vertu de l'article 102 de la Loi, les parties pourraient en vertu d'un régime de notification recevoir de droit ou à la discrétion du commissaire un certificat d'exemption pour des arrangements précis qui seraient dès lors isolés de tout examen. De plus, la discrétion administrative envisagée par le MRD est le pendant de la discrétion dont jouit déjà le commissaire à l'égard des fusionnements, à l'égard desquels la Loi lui permet d'intervenir en vertu de l'article 92 ou 45. Voir aussi le régime à deux voies de la Loi en ce qui concerne les indications trompeuses.

Il est important de souligner que plusieurs observateurs continuent de s'opposer à l'adoption d'un régime de notification ou d'autorisation préalable, en grande partie à cause d'une préoccupation quant au fardeau administratif découlant de tels régimes et de l'intention de la Communauté européenne de renoncer au régime de notification applicable à l'article 81 du Traité de la CE. Ces critiques sont semblables aux préoccupations soulevées par Warner et Trebilcock (voir note 3, *supra* à la p. 719) lorsqu'ils proposent initialement un régime de notification :

[TRADUCTION]

Nous ne pouvons trop insister sur le fait que le régime de notification que nous proposons n'est *pas* une procédure d'enregistrement ou d'autorisation. Pour habiliter le directeur à examiner les notifications pour décider d'accepter ou de rejeter l'accord en objet ou d'y exiger des modifications comme condition préalable à l'immunité des parties des poursuites criminelles imposerait des fardeaux excessifs tant aux parties qu'au Bureau. Conférer de tels pouvoirs au directeur risquerait de créer le même cauchemar bureaucratique qui a accablé aussi bien la Commission européenne, avec les demandes d'autorisation et d'exemption en vertu de l'article 85 du *Traité de Rome*, que l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni, en vertu de la *Restrictive Trade Practices Act*. Dans les deux régimes, les parties sont soumises à d'énormes délais et à une grande incertitude en attendant l'examen administratif d'arrangements même triviaux ou bénins par les instances officielles.

Plus récemment, Goldman et coll. (dans « The International Experience with Cartel Enforcement » (octobre 2001) à la p. 19) ont affirmé ceci :

[TRADUCTION]

Les trois rapports évoqués plus haut préconisent tous une forme de régime de notification semblable à celui de la CE. Il faut toutefois signaler que la CE a l'intention de modifier radicalement son régime de notification, partant de la conclusion que ce régime ne sert pas à protéger la concurrence.

Le même souci a été formulé par Brian Facey et Dany Assaf (« Innovation, Growth and Prosperity: A Framework for Amending Canada's Conspiracy Laws » (2001) 20 *Canadian Competition Record* 61 à la p. 71) dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

Les coûts et les délais qui seront imposés au secteur privé comme au Bureau de la concurrence par un régime d'autorisation préalable le rendront probablement impossible à gérer. Comme nous l'avons vu auparavant, la CE s'éloigne de ce type de régime.

Le fardeau administratif et d'autres préoccupations à l'égard de la conception et de l'application d'un régime de notification semblable à celui qui se trouve dans l'article 81 ont été examinés dans nos études antérieures. Comme nous l'avons souligné, le fardeau administratif découlant du régime européen de notification n'est pas le résultat d'une faiblesse inhérente aux régimes de notification et d'autorisation en tant que tels, mais plutôt de l'interprétation large donnée au paragraphe 81(1) du Traité de la CE par la Commission européenne. Le paragraphe 81(1) a été interprété de façon à interdire tous les accords dont l'objet ou l'effet est l'empêchement, la restriction ou la distorsion de la concurrence dans le marché commun. Ainsi, lorsque les parties concluent un accord dont l'objet est de limiter ou dénaturer la concurrence, un tel comportement est interdit en vertu du paragraphe 81(1) quel que soit son effet sur la concurrence. En conséquence de l'interprétation large faite par la Commission européenne, des accords qui ne posent que peu ou pas de risque de s'avérer anticoncurrentiels butent sur le paragraphe 81(1). Plus encore, le paragraphe 81(2) considère toutes les formes d'accord qui relèvent de la vaste portée du paragraphe 81(1) comme étant nuls et inapplicables sauf dans le cas d'un accord qui a été exempté. Les conséquences de cette exigence a été décrite dans la proposition Russell (p. 20), comme suit :

... les parties doivent déposer une notification pour obtenir une exemption particulière ou doivent «adapter» leur entente pour qu'elle satisfasse aux critères d'une exemption catégorielle. **De façon plus générale, ce régime oblige les entreprises à soumettre une notification à l'égard d'un grand nombre d'ententes ne soulevant pas de problèmes sérieux de concurrence. La protection provisoire contre les amendes que procure la notification incite aussi les parties à recourir à cette démarche.**

Or l'importance du nombre de notifications impose un lourd fardeau administratif à la commission. [notre soulignement]

À la lumière de ces préoccupations, nous concluons qu'un régime exigeant la notification de toutes les formes d'ententes qui pourraient éventuellement violer la disposition criminelle ou civile serait peut-être impossible à gérer. Face à ce problème, nous avons préconisé et continuons

de préconiser une disposition criminelle qui est sensiblement plus limitée que l'interdiction se trouvant au paragraphe 81(1) du Traité de la CE, à savoir une qui correspondrait aux interdictions d'office proposées. Dès lors, les notifications ne seraient habituellement demandées qu'à l'égard d'un nombre limité d'ententes visées par les interdictions d'office et non par ailleurs exemptées (au moyen d'une défense ou autrement) au titre des restrictions accessoires : voir la proposition Russell, *supra* note 3 à la p. 81.

Nous soutenons qu'étant donné les circonstances dans lesquelles une notification sera demandée, les suppositions qu'invoquent ceux qui s'opposent à un régime de notification au Canada quant à la probabilité d'un fardeau ou délai administratif et l'envergure qu'il prendrait, comme c'est souvent le cas dans l'expérience de la Communauté européenne, sont exagérées, voire dénuées de fondement. L'expérience vécue jusqu'à présent en vertu du régime australien d'autorisation soutient cette conclusion. Comme nous l'avons souligné dans une étude antérieure (voir la proposition Russell, *supra* note 3 aux p. 52-55), le nombre de notifications est loin d'avoir été excessif. Entre 1996 et 2000, l'ACCC a reçu seulement sept demandes : quatre en 1996-1997 et trois en 1998-1999.

De plus, le fait de ne pas prévoir un régime de notification minerait un but important de la réforme législative, à savoir l'harmonisation accrue du régime visant les complots avec le régime existant des fusionnements. Comme nous l'avons souligné plus haut, dans les régimes de notification proposés par *Gourley et coll.*, nous-mêmes et d'autres, le commissaire aurait la possibilité de délivrer des certificats d'exemption ou d'autorisation semblables aux certificats de décision préalable délivrés à l'égard des fusionnements en vertu de l'article 102 de la Loi.

²⁴ Nous ne croyons pas que la délégation au commissaire d'un pouvoir d'exempter serait exceptionnelle. Même si l'on peut y voir un pouvoir législatif de prononcer des exemptions par catégorie, comme Sara Blake le fait remarquer (*Administrative Law in Canada*, 3^e éd. (2001), à la p. 135) : [TRADUCTION] « Les législatures canadiennes délèguent aujourd'hui couramment des pouvoirs législatifs à des autorités subordonnées. Il n'est pas inhabituel qu'une législature adopte une loi générale prévoyant la réglementation d'une sphère d'activités et d'habiliter une autorité réglementaire à édicter des règles détaillant le régime réglementaire. Ainsi, le Cabinet, les ministres et les tribunaux acquièrent le pouvoir de créer des lois originales » : voir aussi David Phillip Jones et coll., *Principles of Administrative Law*, 3^e éd. (1999) aux p. 27-44, 89-122; *Reference Re: Regulations in Relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1; *Johnson v. Federated*

Mutual Insurance Co., [1988] A.J. No. 202 (Q.B.), rev'd [1989] A.J. No. 505 (C.A.); *British Columbia (Attorney General) v. Craig*, [1986] B.C.J. No. 774 (S.C.), rev'd [1987] B.C.J. No. 1103 (C.A.). Le fort degré de connaissances spécialisées requis dans le domaine du droit de la concurrence est un élément de plus en faveur de notre recommandation que ce pouvoir précis soit accordé au commissaire : voir *Responsibility and Responsiveness – Final Report of the Ontario Task Force on Securities Regulation* (juillet 1994). À cet égard, la réglementation du secteur des valeurs mobilières au Canada constitue un précédent convaincant :

[TRADUCTION]

Les commissions de valeurs mobilières de l'Ontario, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Manitoba et de la Nouvelle-Écosse peuvent maintenant établir des « règles » [voir les lois sur les valeurs mobilières de la Colombie-Britannique, art. 184; de l'Ontario, par. 143(1); de la Nouvelle-Écosse, art. 150; de l'Alberta, art. 196.1] grâce à des pouvoirs de décréter des règlements correspondant à ceux du lieutenant-gouverneur en conseil. En Saskatchewan, le lieutenant-gouverneur en conseil peut autoriser la Commission à prendre des règlements. En Colombie-Britannique et en Alberta, l'approche a consisté à convertir en règles une bonne part de ce qui était auparavant des règlements.

Mark R. Gillen (*Securities Regulation in Canada*, 2^e éd. (1998) aux p. 93-98)

À notre avis, les exemptions par catégorie proposées offriront de nombreux avantages importants. D'un point de vue très pratique, elles promettent de réduire le nombre de notifications et le fardeau administratif qui en découle pour le Bureau de la concurrence. Les exemptions par catégorie offriront aussi aux entreprises faisant de la collaboration des indications sur la façon de formuler leurs accords, arrangements et ententes de façon à pouvoir profiter des « refuges » créés par les exemptions par catégorie. Voir la proposition Russell, *supra* note 3 aux p. 19-20, 29 pour une discussion des exemptions par catégorie en vertu de la législation de l'Union européenne.

²⁵ Nous croyons que l'efficacité des dispositions civiles, en ce qui concerne leur effet dissuasif, sera rehaussée en permettant aux parties d'être dédommagées des pertes subies par suite d'accords, arrangements ou ententes qui sont visés par une ordonnance rendue par le Tribunal. Un droit d'action au civil existe en Australie à l'égard des infractions purement civiles. En vertu de la *Trade Practices Act* (voir l'article 82), les requérants privés sont autorisés à intenter une poursuite pour dédommagement des pertes ou préjudices encourus en conséquence d'actes ou d'omissions

en contravention à la partie IV de cette loi. Fait à souligner, la moitié des poursuites intentées en vertu de la *Trade Practices Act* sont le fait de requérants non gouvernementaux : voir la proposition Russell, *supra* note 3 à la p. 46.

C:\PC\Concurrence\l_Draft section 45 as submitted to Bureau.DOC