

# LA RÉFORME DU DROIT DES CARTELS – DEUX ANS PLUS TARD

Éric VALLIÈRES\*

INTRODUCTION .....	41
1. L'INFRACTION CRIMINELLE <i>PER SE</i> .....	43
1.1 Les éléments constitutifs de l'infraction .....	50
1.1.1 L'élément matériel : l' <i>actus reus</i> .....	50
1.1.2 L'élément moral : la <i>mens rea</i> .....	55
1.2 Les moyens de défense et les exceptions .....	56
1.2.1 La défense fondée sur les restrictions accessoires .....	57
1.2.2 Les ententes entre personnes morales affiliées .....	61
1.2.3 La défense de la conduite réglementée .....	61
1.2.4 Les accords de spécialisation .....	64
1.2.5 Certains cas précis d'exclusion pour les personnes morales .....	65
1.3 La peine .....	66

---

\* L'auteur, avocat au cabinet McMillan s.e.n.c.r.l., s.r.l. tient à remercier Justine Benoit, M<sup>e</sup> Frédéric Desmarais et M<sup>e</sup> Martin Low, tous du même cabinet, pour leur importante contribution à la préparation de ce texte.

1.3.1	Le programme d’immunité .....	68
1.3.2	Le programme de clémence .....	72
2.	LA DISPOSITION CIVILE .....	76
2.1	Le cadre d’analyse .....	78
2.1.1	Un accord ou un arrangement .....	78
2.1.2	Entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents .....	79
2.1.3	Empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence. ....	80
2.2	Les moyens de défense et les exceptions .....	86
2.2.1	L’exception d’efficience. ....	86
2.2.2	Les ententes entre personnes morales affiliées .....	89
2.2.3	Les accords de spécialisation .....	90
2.2.4	La défense de la conduite réglementée. ....	90
	CONCLUSION .....	91

## INTRODUCTION

Dans le cadre de la réforme de la *Loi sur la concurrence*<sup>1</sup>, le Bureau de la concurrence (ci-après « Bureau ») établissait la « productivité » comme principe directeur de la réforme<sup>2</sup>. Ceci allait donner le ton aux modifications qui allaient suivre puisque dans une perspective de productivité, si la rivalité constitue l'aspect le plus important de la concurrence, cette notion devrait pouvoir inclure également les possibilités de collaboration entre concurrents. Ainsi, le droit de la concurrence devrait viser non seulement à faire en sorte que les acteurs économiques rivalisent, mais aussi qu'ils puissent coordonner leurs activités, lorsque cette collaboration est bénéfique pour la société<sup>3</sup>.

De fait, de par sa réforme des dispositions régissant les ententes anticoncurrentielles, le législateur a imposé aux justiciables un nouveau paradigme juridique : ne constitue une infraction criminelle visée à l'article 45 de la Loi que les ententes qui constituent des restrictions pures et simples à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise)<sup>4</sup> alors que toute autre entente entre concurrents est valide à moins d'avoir fait l'objet d'un examen du Bureau au cours duquel ce dernier conclut qu'elle aurait probablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence (art. 90.1 de la Loi)<sup>5</sup>.

1. L.R.C. (1985), ch. C-34 et ses modifications [ci-après la Loi].
2. Commissaire de la concurrence, *Mémoire présenté au Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence*, 2008, p. 1 ; Ministère des Finances du Canada, *Avantage Canada – Bâtir une économie forte pour les Canadiens*, 2006, p. 90 disponible à l'adresse suivante : <<http://www.fin.gc.ca/ec2006/pdf/planf.pdf>>.
3. Tel que le faisait remarquer Karounga Diawara dans son texte, « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficacité », (2012) 53 *Les Cahiers de Droit* 257, 259 [ci-après DIAWARA].
4. CANADA, Bureau de la concurrence, *Les lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Gatineau, Bureau de la concurrence, 2009, p. 13 [ci-après les *Lignes directrices*].
5. *Ibid.*, p. 3.

Pour le législateur, il s'agissait de circonscrire l'infraction criminelle aux véritables ententes injustifiables afin de ne pas dissuader les entreprises de s'engager dans des formes de collaboration qui peuvent s'avérer bénéfiques pour l'économie canadienne. Ce dernier n'a donc pas fait la sourde oreille au rapport final que lui a remis le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence (« Groupe d'étude »). Le Groupe d'étude était, en effet, d'avis que le droit criminel ne devrait avoir d'application en droit de la concurrence que : « lorsqu'une conduite est manifestement au détriment de la concurrence et que des normes claires peuvent être invoquées et comprises par le milieu des affaires »<sup>6</sup> parce que « le droit pénal est un instrument trop tranchant pour qu'on l'applique à des accords entre concurrents qui ne tombent pas dans la catégorie des grands cartels » bien que ces accords puissent nuire à la concurrence<sup>7</sup>.

En bref, le droit canadien des cartels qui était historiquement axé sur la répression criminelle est devenu un régime « hybride » où se côtoient une prohibition criminelle (l'article 45) et une prohibition civile (l'article 90.1). C'est ce régime hybride que nous proposons d'analyser en abordant dans un premier temps le régime de la disposition criminelle, l'article 45, qui interdit les cartels, pour ensuite traiter de la disposition civile, l'article 90.1, qui réprime les ententes empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence. L'objectif de ce texte n'est pas de réécrire l'état du droit antérieur à la réforme, tâche à laquelle de nombreux ouvrages, tant de langue française qu'anglaise, se sont d'ores et déjà fort bien acquittés. En fait, ce texte ne discutera de la jurisprudence et du droit antérieur à la réforme que s'ils s'avèrent pertinents aux fins du régime actuel. Ce texte se veut surtout un outil de référence qui permettra aux lecteurs de définir les nouveaux enjeux, les questionnements, les zones d'incertitude et les impacts associés à la réforme des dispositions de la Loi portant sur les cartels et sur les ententes qui, sans se qualifier de cartels, empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence.

---

6. CANADA, Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Fonder pour gagner : Rapport final – Juin 2008*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux, 2008, p. 67.

7. *Ibid.*

## 1. L'INFRACTION CRIMINELLE *PER SE*

La prohibition établie à l'article 45 est circonscrite aux ententes anticoncurrentielles « injustifiables »<sup>8</sup>, ou selon les termes utilisés par le Bureau, aux accords qui s'assimilent à des restrictions pures et simples à la concurrence<sup>9</sup> entre deux ou plusieurs concurrents à l'égard d'un produit<sup>10</sup> visant à :

- a) fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix<sup>11</sup> de la fourniture d'un produit (ententes sur la fixation des prix) ;
- b) attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit (ententes sur l'attribution des marchés) ; ou
- c) fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit (ententes de restriction de la production).

Nous soulignons d'emblée que les amendements à l'article 45 n'ont pas d'effet rétroactif. Par conséquent, les anciennes dispositions continuent de s'appliquer aux ententes qui avaient cours pendant la période précédant le 12 mars 2010<sup>12</sup>. Par exem-

8. L'Organisation de coopération et de développements économiques définit une entente injustifiable (« hard-core cartels ») comme étant : « an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce ». Voir : OCDE, *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, Paris, OCDE, 1998, C(98)35/Final, en ligne : Organisation de coopération et de développement économiques <<http://www.oecd.org/dataoecd/39/4/2350130.pdf>>.
9. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 3.
10. L'article 2 de la Loi prévoit que le terme « produit » s'assimile à un article et à un service, lesquels sont respectivement définis par le même article comme étant un bien meuble ou immeuble de toute nature et un service industriel, commercial, professionnel ou autre.
11. L'article 45(8) de la Loi définit la notion de prix comme étant, notamment, tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage relatif à la fourniture du produit.
12. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 6 ; Omar WAKIL, *The 2010 Annotated Competition Act*, Toronto, Carswell, 2009, p. 99 [ci-après WAKIL 2010].

ple, pour une entente conclue en janvier 1999 et qui s’est poursuivie jusqu’en juillet 2012, l’ancien article 45 s’est appliqué à cette entente de janvier 1999 au 12 mars 2010 et ce n’est qu’à partir du 12 mars 2010 que l’entente a été régie par les nouvelles dispositions<sup>13</sup>.

Il importe de bien comprendre les comportements visés par l’article 45 parce que le simple fait d’adopter un de ces comportements engage la responsabilité criminelle de la personne qui l’adopte, qu’elle ait ou non des effets néfastes sur la concurrence. Autrement dit, si deux acteurs d’un même marché s’entendent pour s’attribuer des territoires, ils devraient être, en principe, coupables de l’infraction prévue à 45(1)c) même si leur part de marché combinée s’élève à moins de deux pour cent et que ceci n’a finalement aucune conséquence négative pour, par exemple, les consommateurs et les autres acteurs du marché.

#### *Entente sur la fixation des prix*

L’alinéa 45(1)a) interdit non seulement les ententes entre concurrents en vue de fixer ou de contrôler le prix, mais aussi tout élément du prix, tels des frais supplémentaires et des modalités de paiement<sup>14</sup>. De plus, il n’est pas nécessaire que l’entente établisse un prix précis à l’égard du produit en cause puisque sont couvertes par l’article 45 les ententes sur les méthodes d’établissement des prix<sup>15</sup>. Ce dernier type d’entente peut alors porter sur des différences de prix entre différentes qualités de produits, sur l’application d’une formule d’établissement des prix ou d’une échelle de prix. En outre, ces ententes peuvent porter sur l’utilisation d’une liste de prix commune dans leurs négociations avec les clients ou prévoir une indication de ne pas vendre les produits à un prix inférieur au coût.

---

13. Voir à titre d’exemple l’affaire *Domfoam* : Bureau de la concurrence, « Le Bureau de la concurrence envoie un message à ceux qui fixent les prix en annonçant une amende de 12,5 millions de dollars », Ottawa, 6 janvier 2012 : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01353.html>>.

14. *Lignes directrices*, supra, note 4, p. 11 ; voir aussi un exemple à la p. 39.

15. *Ibid.*

Prenons l'exemple concret où deux entreprises qui offrent les mêmes produits veulent augmenter leur part de marché, mais n'y arrivent pas parce qu'elles sont toutes deux de nouveaux acteurs dans le marché et, par un malheureux hasard, la demande pour le produit a diminué radicalement. Elles décident donc de se rencontrer et conviennent de supprimer les rabais à l'égard du produit qu'elles vendent. Le Bureau considère que le fait de s'entendre pour supprimer des rabais ou même les réduire est contraire à l'article 45<sup>16</sup>.

Par ailleurs, le Bureau reconnaît qu'une entente ne sera pas automatiquement interdite du fait qu'elle augmente les prix pratiqués par des concurrents. Ainsi, une entente entre concurrents visant à mettre en œuvre des mesures de protection de l'environnement ou une nouvelle norme de l'industrie peut faire augmenter les coûts de production d'un produit et entraîner une augmentation des prix sans pour autant nécessairement constituer une entente interdite par l'article 45<sup>17</sup>.

La deuxième partie de l'infraction créée à l'alinéa 45(1)c concerne la fourniture d'un produit. Cette interdiction s'applique particulièrement à la « fourniture »<sup>18</sup> d'un produit et non au prix de l'« achat » d'un produit<sup>19</sup>. Ainsi, l'article 45 ne vise pas les ententes d'achats groupés quand bien même elles auraient été conclues entre des concurrents. En effet, ces ententes d'achats groupés sont même souvent proconcurrentielles lorsqu'elles permettent aux petites et moyennes entreprises d'obtenir des escomptes semblables à ceux de concurrents de plus grande taille. En ce sens, elles ne seront pas condamnées sans une enquête approfondie sur leurs effets réels sur la concurrence. Le cas

---

16. *Ibid.*

17. *Ibid.* En principe, ces ententes se qualifiaient pour une défense fondée sur les restrictions accessoires dont il sera question plus bas.

18. Les ententes de ventes communes qui ont pour but de fixer les prix sont contraires à l'article 45. En outre, une entente de ventes communes qui limite l'offre de produits concurrents à certains territoires ou clients peut aussi contrevenir aux interdictions prévues par les alinéas 45(1)b) et c) ayant trait à l'attribution des marchés et à la limitation de la production. À cet effet voir : *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 12

19. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 11.

échéant, ces ententes seront plutôt examinées en vertu de la disposition civile sur les ententes, soit l'article 90.1<sup>20</sup>.

*Ententes sur l'attribution des marchés*

L'alinéa 45(1)b) vise toutes les formes d'ententes d'attribution des marchés entre concurrents réels et potentiels. Ce genre d'entente pourrait prévoir de ne pas livrer concurrence à l'égard de clients précis ou de types de clients, dans certaines régions ou segments du marché ou à l'égard de certains types de transactions ou de produits<sup>21</sup>.

Le Bureau n'appliquera normalement pas l'alinéa 45(1)b) aux ententes qui attribuent les marchés pour la revente d'un produit fourni par un fournisseur à un client, même si ce fournisseur fait aussi concurrence au client à l'égard de la vente de ce produit. Cette situation ne doit pas être confondue avec celle où des fournisseurs conviennent ensemble de ne pas se faire concurrence à l'égard des ventes indirectes effectuées par le biais de distributeurs ou de revendeurs. Dans cette dernière situation, les fournisseurs contreviennent à l'article 45 tandis que dans le deuxième cas, le Bureau entend plutôt les évaluer à la lumière de l'article 90.1<sup>22</sup>.

*Ententes de restriction de la production*

Par l'alinéa 45(1)c), le législateur visait à éliminer les ententes qui, par exemple, restreignent la quantité ou la qualité de produits fournis ou des ententes qui limitent les augmentations de la quantité de produits à une quantité donnée. Ce genre de situation prohibée par l'article 45 pourrait survenir lorsqu'à la suite d'une baisse de la demande, deux entreprises qui ont une capacité excédentaire de production conviennent de réduire leur capacité de production afin de stabiliser les prix et que pour ce faire, chaque

---

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*, p. 12.

22. *Ibid.*



entreprise ferme une usine<sup>23</sup>. Une telle entente contreviendrait en principe à l'article 45.

Dans le même ordre d'idée, les ententes entre concurrents visant à imposer des quotas de production, à réduire la qualité de composantes utilisées dans un produit ou à réduire par ailleurs la quantité ou la qualité d'articles qui sont produits sont interdites par l'alinéa 45c).

Ainsi, comme nous l'avons mentionné précédemment, le simple fait de conclure une entente visée par les alinéas a) à c) de l'article 45 que nous venons d'analyser engage la responsabilité criminelle des parties à l'entente et ce, nonobstant les effets réels ou potentiels de l'entente sur la concurrence<sup>24</sup>.

Pour ce faire, le législateur canadien s'est inspiré du droit en vigueur dans plusieurs autres pays développés, particulièrement de l'article 1 du *Sherman Antitrust Act* des États-Unis<sup>25</sup>. Son intention était on ne peut plus claire : alléger le fardeau de preuve du directeur des poursuites pénales (ci-après « DPP ») lorsqu'il intente des procédures criminelles contre des participants à une entente anticoncurrentielle injustifiable<sup>26</sup>. Il faut se rappeler que, avant l'entrée en vigueur des amendements, la Couronne avait le fardeau de démontrer hors de tout doute raisonnable l'existence

---

23. Exemple fourni dans les *Lignes directrices*, *supra*, note 4, p. 40.

24. En effet, en supprimant l'adverbe « indûment » qui se retrouvait dans l'ancienne version de l'article 45, le législateur a créé une infraction criminelle *per se* ; voir *Lignes directrices*, *supra*, note 4, p. 6 : « le comportement est considéré comme illégal même en l'absence de preuve d'effets anticoncurrentiels ».

25. 15 U.S.C. § 1. L'article 1 du *Sherman Antitrust Act* se lit ainsi :  
Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

26. WAKIL 2010, *supra*, note 12, p. 1 ; CANADA, Comité des banques, *Récents modifications de la Loi sur la concurrence : Un travail inachevé*, Ottawa, Direction des comités du Sénat, 2009 à la p. 3.

de l'entente ainsi que ses impacts nuisibles sur la concurrence<sup>27</sup>. Plusieurs commentateurs ont – de manière un peu expéditive à notre avis – conclu que les modifications apportées à l'article 45 auraient comme conséquence d'accroître le volume des poursuites criminelles. Une telle conclusion omet de prendre en compte que les *Lignes directrices* du Bureau prescrivent que seules les ententes anticoncurrentielles injustifiables sont visées par l'article 45 et que les autres types d'ententes seront examinés sous le prisme de la disposition civile à l'article 90.1<sup>28</sup>, principal changement et but de la réforme en créant ce régime hybride. Quoique les *Lignes directrices* n'aient pas force de loi, elles ont néanmoins comme effet d'engendrer des attentes raisonnables sur les administrés qui peuvent légitimement fonder leurs comportements sur les directives publiées par le Bureau de la concurrence. Nul ne peut cependant nier que, en présence d'ententes anticoncurrentielles injustifiables, les chances de déclaration d'un verdict de culpabilité se sont grandement améliorées dans le cadre du nouveau régime comparativement à la situation qui avait cour dans l'ancien régime.

Dans le contexte d'un régime hybride, l'article 45.1 prévoit, *inter alia*, que le DPP ne peut intenter une poursuite criminelle en vertu de l'article 45 si les faits au soutien de celle-ci sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une demande d'ordonnance demandée en vertu de l'article 90.1. À cet effet, le Bureau considère que des procédures ont été entamées en vertu de l'article 90.1 devant le Tribunal de la concurrence lorsque le Bureau y a déposé une demande en vertu de la partie VIII de la Loi<sup>29</sup>.

Cela étant, la réforme de la Loi n'échappe pas à l'état d'incertitude juridique qui règne à la suite de toute réforme législative d'envergure. À ce jour, il s'avère toujours difficile pour les acteurs économiques de prévoir l'approche qu'adopteront les tribunaux relativement à l'article 45.

---

27. *Ibid.*

28. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 1.

29. *Ibid.*, p. 5.

Par ailleurs, il demeure toujours loisible aux parties privées d'intenter un recours en vertu de l'article 36 contre les personnes qui ont participé à une entente contrevenant à l'article 45 en vue de recouvrer les dommages qu'ils ont subis en raison de celle-ci<sup>30</sup>. Avec la multiplication des recours privés, particulièrement sous la forme de recours collectifs, intentés contre les participants à des cartels (souvent non avérés...), c'est à juste titre qu'un éminent commentateur a souligné que ce seront les recours privés plutôt que les poursuites criminelles qui façonneront l'interprétation de l'article 45<sup>31</sup>.

Dans ces circonstances, l'applicabilité de la jurisprudence antérieure à la réforme est incertaine. En conséquence, les entreprises doivent redoubler de prudence et sensibiliser leurs salariés, cadres et haut dirigeants, de même que leurs avocats internes aux enjeux de la réforme et aux nouvelles dispositions de la Loi. Dans plusieurs cas, l'adoption et la mise en application d'un programme de conformité au droit de la concurrence au sein de l'entreprise seront nécessaires<sup>32</sup>. Finalement, en cas de doute, l'avis de conseillers juridiques spécialistes en concurrence devrait être requis.

---

30. Le recours privé prévu à l'article 36 ne s'applique pas à l'article 90.1. Cependant, une partie privée peut intenter un recours en vertu de cet article lorsqu'une personne fait défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence, y compris une ordonnance rendue en vertu de l'article 90.1.

31. Jusqu'à ce jour, et au meilleur de notre connaissance, il n'y a que lors d'un recours privé qu'un tribunal a pu se prononcer sur le nouvel article 45 et ce, lors d'une requête en autorisation d'un recours collectif : *Fairview Donut Inc. c. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252. Voir également *Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*, 2011 QCCA 2116 (CanLII) et Daniel BELLEAU et Violette LEBLANC, « Concurrence : mode d'emploi – Recours collectifs et complots en matière de fixation de prix », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, vol. 345, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 119 : <[http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements\\_recents/345/15326/index.html](http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/345/15326/index.html)>.

32. À ce sujet, voir : CANADA, Bureau de la concurrence, *Les programmes de conformité d'entreprise*, Gatineau, Bureau de la concurrence, 2008.

## 1.1 Les éléments constitutifs de l’infraction

Afin d’engager la responsabilité criminelle d’une personne contre qui des accusations fondées sur l’article 45 ont été déposées, il incombe au DPP de démontrer hors de tout doute raisonnable<sup>33</sup> l’existence de l’élément matériel (« *actus reus* ») ainsi que de l’élément moral (« *mens rea* ») de l’infraction criminelle de l’article 45.

### 1.1.1 L’élément matériel : l’*actus reus*

L’*actus reus* de l’infraction établie à l’article 45 consiste en une entente entre un ou plusieurs concurrents en vue d’atteindre l’un ou l’autre des objectifs communs suivants : la fixation des prix, l’attribution des marchés ou la restriction de la production<sup>34</sup>. Une preuve circonstancielle de l’entente est admissible en vertu du paragraphe 45(3).

#### (i) Une entente

Notons l’évidence : il est possible de conclure à l’existence d’une entente même si elle n’est pas consignée par écrit ! Le simple fait qu’une personne s’entende avec un ou plusieurs concurrents suffit pour conclure à l’existence d’une entente<sup>35</sup>. Ce qui importe, c’est qu’il y ait eu une rencontre des volontés entre une personne et un ou plusieurs concurrents<sup>36</sup>. Même une entente tacite s’avère suffisante pour conclure à l’existence d’une entente<sup>37</sup>. Cela dit, l’existence des ententes prohibées à l’article 45 n’est pas subordonnée au respect des règles du droit des obligations<sup>38</sup>. Toutefois, l’entente doit intervenir au minimum entre deux concurrents, nul ne pouvant comploter avec soi-même<sup>39</sup> ! (d’où l’exis-

33. *Lignes directrices*, supra, note 4, p. 14.

34. Voir R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, par. 49.

35. *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et autres c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644, p. 675-676 [ci-après *Atlantic*].

36. *Ibid.*, R. c. *Armco Ltd. (No. 2)* 1976 CarswellOnt 771 (Ont. C.A.), par. 23, appel C.S.C. refusé (1976), 13 O.R. (2d) 32n ; *The Queen c. O’Brien*, [1954] S.C.R. 666, 668-69 [ci-après *O’Brien*].

37. *Atlantic*, supra, note 35, p. 676.

38. *Ibid.*, p. 675-676.

39. *O’Brien*, supra, note 36.

tence du moyen de défense des ententes entre personnes morales affiliées dont il sera question ultérieurement). Une condamnation en vertu de l'article 45 n'est ni tributaire de la mise en application effective de l'entente ni que les parties aient été en mesure d'atteindre les objectifs que visait l'entente<sup>40</sup>. La consommation de l'infraction survient antérieurement à sa mise en application<sup>41</sup> ; en effet, l'infraction est consommée dès lors qu'une personne s'entend avec un ou plusieurs concurrents en vue d'atteindre l'un ou l'autre des objectifs communs prohibés par le paragraphe 45(1)<sup>42</sup>.

En l'absence d'entente, le parallélisme conscient, c'est-à-dire la pratique suivant laquelle un concurrent adopte indépendamment un comportement commun en connaissant la réaction des concurrents ou en réponse des concurrents, n'engage normalement pas la responsabilité criminelle de la personne qui s'y adonne. Cependant, le Bureau est d'avis que lorsque ce phénomène économique se combine à des pratiques facilitantes telles que la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence, le comportement parallèle peut constituer à lui seul une preuve qu'une entente tacite est effectivement survenue entre les parties<sup>43</sup>.

(ii) *Entre concurrents*

L'une des notions clés de l'élément matériel de l'infraction prévue à l'article 45 est celle de « concurrent ». Contrairement à l'ancien libellé de l'article 45 où la prohibition visait toute entente entre deux ou plusieurs personnes nonobstant le fait qu'elles soient concurrentes ou non, le nouveau libellé limite l'étendue de l'infraction aux ententes entre concurrents. La réforme visait donc à limiter la portée de l'article 45 aux ententes « horizontales » par opposition aux ententes « verticales » (qui interviennent par exemple entre franchiseurs et franchisés ou entre un fournisseur

40. *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. R.*, [1957] R.C.S. 403, 406 ; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 86-88 [ci-après *Dynar*].

41. *Dynar*, *supra*, note 40, par. 86-88.

42. *Ibid.*

43. *Lignes directrices*, *supra*, note 4, p. 7.

et son client). Toutefois, de telles ententes verticales demeurent évidemment sujettes à des poursuites criminelles si elles s'assimilent à l'une ou l'autre des ententes prohibées par le paragraphe 45(1)<sup>44</sup>.

Le paragraphe 45(8) définit ainsi la notion de concurrent :

« Concurrent » S'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement visant à faire l'une des choses prévues aux alinéas (1)a) à c).

L'utilisation de l'adverbe « notamment » confirme le caractère non limitatif de cette définition. Il contribue *ipso facto* à accentuer l'état d'incertitude qui règne quant à la détermination des paramètres de la notion de concurrent qui, sans égard à l'emploi de l'adverbe « notamment », est d'ores et déjà assez vaste. Même si le Bureau affirme qu'il ne suffit pas que les parties se fassent concurrence en général, mais qu'elles doivent plutôt se faire concurrence à l'égard des produits qui font l'objet de l'entente mise en cause pour être considérées comme des concurrents<sup>45</sup>, il n'en demeure pas moins que cette définition demeure problématique puisque le Bureau n'entend pas nécessairement définir de manière détaillée le marché pertinent lorsqu'il détermine si des parties à une entente sont des concurrents<sup>46</sup>.

Qui plus est, qu'une entente soit ou non composée de concurrents et de non-concurrents n'exonère par les concurrents d'une éventuelle poursuite intentée par le DPP en vertu de l'article 45<sup>47</sup>. À cet effet, le paragraphe 34(2) de la *Loi d'interprétation*<sup>48</sup>

---

44. *Ibid.*, p. 10.

45. *Ibid.*, p. 8-9. Voir à cet effet l'affaire *Fairview Donut Inc. c. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

48. L.R.C. (1985), ch. I-21.

qui s'applique, sauf indication contraire, à toute loi fédérale prévoit que :

Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du Code criminel relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

Cette disposition a notamment pour effet de rendre applicables les diverses infractions inchoatives prévues au *Code criminel*<sup>49</sup> à toute infraction criminelle créée par la Loi, y compris celle établie à l'article 45. Par conséquent, un non-concurrent peut voir sa responsabilité criminelle engagée pour avoir participé à une entente en vertu de l'une ou l'autre des dispositions régissant les infractions inchoatives prévues au *Code criminel*.

À ce sujet, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment jugé qu'il n'est pas nécessaire que les actes ou omissions d'une personne soient dirigés à la formation de l'entente pour qu'on la considère comme ayant aidé ou encouragé un complot<sup>50</sup>. Il sera intéressant de voir comment le Bureau et les tribunaux traiteront les non-concurrents ayant participé à une entente « injustifiable ».

S'ajoute à l'incertitude entourant la notion de « concurrent » le libellé du paragraphe 45(8) qui confirme que la notion de concurrent inclut les concurrents potentiels<sup>51</sup>. À cet effet, les *Lignes directrices* prévoient que « le fait que des parties ne soient pas en concurrence directe au moment de la conclusion de l'entente ou pendant la durée de l'entente ne suffit pas en soi à échapper à toute responsabilité en vertu de l'article 45 »<sup>52</sup>. Encore une fois, le Bureau ne s'est pas imposé l'obligation de procéder à une

---

49. L.R.C. (1985), ch. C-46 [ci-après « Code criminel »]. Parmi ces infractions inchoatives, nommons celles prévues aux articles 21 (participants à une infraction), 22 (personne qui conseille à une autre de commettre une infraction), 23 (complice après le fait) et 24 (tentative).

50. R. c. J.F., 2011 ONCA 220.

51. *Lignes directrices*, supra, note 4, p. 9.

52. *Ibid.*

analyse approfondie lorsqu'il examine la question à savoir si des parties se feraient vraisemblablement concurrence<sup>53</sup>. Le Bureau tient plutôt compte de tout élément de preuve pertinent qui pourrait indiquer que les parties à une entente avaient l'intention d'offrir ou offriraient vraisemblablement les mêmes produits ou services par ailleurs concurrents dans la même région ou des régions par ailleurs concurrentes<sup>54</sup>.

Même si inclure les concurrents potentiels ajoute à l'état d'incertitude entourant la notion de « concurrent » qui est un élément essentiel de l'infraction que le Bureau doit établir, nous croyons que cela est nécessaire. Imaginons deux fournisseurs d'un même produit, l'un sur la rive-nord et l'autre sur la rive-sud de Montréal qui envisagent de prendre de l'expansion sur la rive de son rival. À ce moment, ils ne sont pas des concurrents, mais plutôt des concurrents potentiels puisqu'ils ne font qu'« envisager » sans être réellement des compétiteurs d'un même marché. Ces deux fournisseurs se rencontrent pour discuter des tendances du marché et, par la même occasion, apprennent à chacun les projets de l'autre. Pour préserver leur rentabilité respective, ils conviennent que chacun limitera ses ventes au territoire et marché qu'il a déjà. Même si les fournisseurs ne sont pas des concurrents au moment de l'entente, ils ont tout de même conclu une entente visée par l'article 45 en s'attribuant des territoires<sup>55</sup> et il n'est pas déraisonnable de croire que ce genre d'entente devrait être prohibé.

Pour terminer, il importe de comprendre qu'une entente conclue entre administrateurs, dirigeants ou employés de personnes morales concurrentes est généralement considérée comme une entente conclue entre concurrents au fins de l'article 45. Dans ce cas, les employés qui ont conclu l'entente peuvent être poursuivis personnellement et même entraîner la responsabilité de la personne morale<sup>56</sup>. Il sera question de cet aspect plus en détail dans la

---

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*

55. Exemple fourni dans les *Lignes directrices*, *supra*, note 4, p. 39.

56. *Ibid.*, p. 8 ; voir articles 2 et 22.2 du Code criminel.



section 1.2.5 traitant de l'exclusion de responsabilité d'une personne morale.

En somme, l'élément matériel de l'infraction se compose de deux éléments : (1) une entente visée à l'article 45(2) entre concurrents. Nous avons vu que l'entente n'a pas besoin d'être expresse ; elle peut être implicite et, plus important encore, que le fait d'adopter un comportement qui suit celui de ses concurrents (le parallélisme conscient) n'est pas suffisant pour conclure à une entente implicite. Nous pouvons nous demander, maintenant que la preuve des effets anticoncurrentiels n'est plus nécessaire, où les tribunaux traceront la ligne entre une entente implicite et le simple parallélisme conscient. La preuve de l'entente devra probablement être plus forte qu'avant la réforme pour convaincre un juge qu'une entente a eu lieu et que ses parties méritent une condamnation criminelle sans la preuve des effets anticoncurrentiels. En somme, la réforme de la Loi n'a pas nécessairement réduit l'incertitude de son application et nous verrons que les modifications qui ont été apportées à la preuve de l'intention ou *mens rea* ne rassureront en rien les accusés pour qui le Bureau est en mesure de prouver hors de tout doute raisonnable l'élément matériel de l'infraction.

### 1.1.2 L'élément moral : la *mens rea*

En 1992, la Cour suprême du Canada a statué que la *mens rea* de l'infraction sous l'ancien article 45 se déclinait en deux éléments, l'un subjectif, l'autre objectif<sup>57</sup>. L'élément subjectif consiste en la preuve que l'accusé avait bel et bien l'intention de conclure l'accord et qu'il en connaissait les modalités. L'élément objectif consiste quant à lui non pas à un examen *in concreto* comme celui afférent à l'élément subjectif, mais plutôt à un examen *in abstracto*. Dans le cadre de cet examen objectif, il s'agissait pour la Couronne de démontrer que l'accusé avait l'intention de diminuer indûment la concurrence à partir du critère de la personne raisonnable, c'est-à-dire, que la preuve, si interprétée par une telle per-

---

57. *R. c. Nova Scotia*. À cette époque, cette infraction était établie à l'article 32 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23.

sonne, établit hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait ou aurait dû savoir que l'accord qu'il a conclu aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence.

Dans le cadre du nouveau régime, la *mens rea* qui doit être prouvée par le DPP consiste en la preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention de conclure l'entente et qu'il en connaissant les modalités. La preuve de la *mens rea* objective portant sur les effets ou sur les conséquences d'une telle entente n'est donc plus requise<sup>58</sup>, c'est-à-dire qu'il n'est plus nécessaire de prouver que l'accusé connaissait les conséquences de ses actes et encore moins qu'il les voulait. La preuve de l'élément moral de l'infraction s'en retrouve grandement facilitée. Tel que discuté antérieurement, c'était justement l'un des objectifs reliés à la création d'une infraction criminelle *per se*.

Pour conclure, ce que doit prouver le DPP est qu'une entente visée à l'article 45 portant sur les prix, les marchés et la production est intervenue entre des concurrents et que ces concurrents avaient l'intention de conclure cette entente et qu'ils en connaissaient les modalités, rien de plus. Cette preuve peut être entièrement circonstancielle puisqu'il est en pratique bien rare d'avoir une preuve directe d'un complot. Cependant, les concurrents dont le comportement se qualifierait à l'article 45 ne sont pas totalement démunis face à une telle preuve et c'est dans ces situations que les moyens de défenses entrent en jeu.

## 1.2 Les moyens de défense et les exceptions

Bien qu'il en existe un plus grand nombre, ce texte abordera les cinq principaux moyens de défense qu'une entreprise peut utiliser, lorsqu'applicables, contre des accusations de complot.

---

58. Pour une critique de la *mens rea* et des possibles conséquences de ce changement, voir les commentaires de Randall HOFLEY et Dustin KENALL lors d'une allocution intitulée « Canadian Competition Amendments to Sections 45 and 90.1 : Conundrums, Clarifications and Curiosities » (17 mai 2010), The Canadian Bar Association, *Competition Law 2010, Spring Forum*, Toronto, Ontario, p. 15-17, en ligne : <[http://www.cba.org/cba/cle/PDF/Spcomp10\\_Hofley\\_paper\\_revised.pdf](http://www.cba.org/cba/cle/PDF/Spcomp10_Hofley_paper_revised.pdf)> [ci-après HOFLEY].

Il sera d'abord question de la défense fondée sur les restrictions accessoires, qui est de droit nouveau et ensuite de quatre autres défenses, soit les ententes entre personnes morales affiliées, la défense de la conduite réglementée, les accords de spécialisation et finalement certains cas définis d'exclusion pour les personnes morales.

### 1.2.1 *La défense fondée sur les restrictions accessoires*

Compte tenu du fait que certaines formes de collaboration (qui peuvent, par ailleurs, avoir des effets proconcurrentiels) ou de transactions commerciales nécessitent des restrictions pour qu'elles soient efficaces, même possibles<sup>59</sup>, le législateur a créé un nouveau moyen de défense : la défense fondée sur les restrictions accessoires permettant aux parties de justifier une entente considérée à première vue comme étant injustifiable.

Ce moyen de défense s'inspire de son équivalent américain. Dès 1898, la Cour d'appel fédérale du 6<sup>e</sup> circuit a décrit ce moyen de défense dans les termes suivants :

[8] but it would certainly seem to follow from the tests laid down for determining the validity of such an agreement that no conventional restraint of trade can be enforced unless the covenant embodying it is merely ancillary to the main purpose of a lawful contract, and necessary to protect the covenantee in the enjoyment of the legitimate fruits of the contract, or to protect him from the dangers of an unjust use of those fruits by the other party.<sup>60</sup>

Par ailleurs, ce moyen de défense a été incorporé dans les Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents publiées

---

59. Le Bureau est d'avis que : « même si de telles restrictions accessoires peuvent relever du genre de comportement décrit au paragraphe 45(1), il est plus opportun de les examiner en vertu de la disposition civile sur les ententes de l'article 90.1 de la Loi ». *Lignes directrices, supra*, note 4 à la p. 13.

60. *Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898) aff'd as modified 175 U.S. 211 (1899).

conjointement par le Département de la justice américain et par la *Federal Trade Commission* :

If, however, participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of reason, even if its is of a type that might otherwise be considered *per se* illegal.

Dans ses *Lignes directrices*, le Bureau a énuméré quelques exemples de restrictions accessoires qui ne seront pas évaluées en vertu de l'article 45 (lesquels demeurent toutefois susceptibles de faire l'objet d'un examen en vertu de l'article 90.1) :

- a) une clause de concurrence incorporée dans un contrat de travail ou dans une convention de vente d'actifs mobiliers ou immobiliers ;
- b) une entente suivant laquelle des concurrents adopteront un prix commun dans le cadre d'un accord de licence générale portant sur des œuvres artistiques ;
- c) une entente suivant laquelle les parties s'engagent à ne pas apporter des changements importants à une entreprise avant la réalisation d'une fusion ; et
- d) une entente de concurrence intervenue entre une coentreprise et les entreprises qui l'ont mise sur pied lorsque celle-ci concerne uniquement les produits, les services et les territoires visés par l'entente de coentreprise<sup>61</sup>.

Se qualifieraient donc pour cette défense les ententes visant à mettre en œuvre certaines mesures de protection de l'environnement ou une nouvelle norme de l'industrie même si elles font augmenter les coûts de production d'un produit et peuvent aussi entraîner une augmentation des prix<sup>62</sup>.

61. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 13.

62. *Ibid.*, p. 11.

Les éléments qui doivent être démontrés lorsqu'une personne désire se prévaloir de ce moyen de défense sont les suivants :

- a. la restriction est accessoire à une entente plus large ou distincte entre les mêmes parties (sous-alinéa 45(4)a(i)) ;
- b. la restriction est directement liée à l'objectif de l'entente plus large ou distincte et elle est raisonnablement nécessaire à sa réalisation (sous-alinéa 45(4)a(ii)) ;
- c. l'entente plus large ou distincte, considérée indépendamment de la restriction, ne contrevient pas au paragraphe 45(1) (sous-alinéa 45(4)b)<sup>63</sup>.

Une fois que le DPP s'est acquitté de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a enfreint le paragraphe 45(1), il incombe à ce dernier d'établir, selon la prépondérance des probabilités les deux premiers éléments de la défense, à savoir :

- a. que l'entente à laquelle il a participé en est une qui s'inscrit dans le cadre d'une entente plus large ; et
- b. qu'elle est raisonnablement nécessaire à sa réalisation.

Le renversement du fardeau de preuve opéré par le paragraphe 45(4) laisse présager un éventuel débat constitutionnel qui s'articulerait autour de la question suivante : est-ce que cet article contrevient au paragraphe 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>64</sup> (ci-après « Charte ») ; dans l'affirmative, est-ce qu'il peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique (article premier de la Charte). Il demeure possible, en effet, que, même en faisant défaut de s'acquitter de son fardeau de preuve de la balance des probabilités, un accusé pourrait être déclaré

---

63. *Ibid.*, p. 14.

64. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, R.-U. 1982, c. 11 [ci-après Charte].

coupable alors qu'un doute raisonnable subsiste : le défaut de s'acquitter du fardeau de preuve de la prépondérance des probabilités ne signifie pas nécessairement qu'il ne subsiste pas un doute raisonnable que l'entente constitue une restriction accessoire au sens du paragraphe 45(4). Il sera certes intéressant de voir si une telle question sera débattue devant les tribunaux. Chose certaine, il faut croire que le Bureau était tout à fait conscient du problème constitutionnel que peut poser le paragraphe 45(4) lorsqu'il a écrit dans ses *Lignes directrices* que : « si les parties avaient seulement à soulever un doute raisonnable quant à l'existence de ces éléments de la défense, des cartels pourraient trop aisément échapper aux sanctions, et l'efficacité de l'article 45 de la Loi serait excessivement compromise, aux dépens de l'intérêt public »<sup>65</sup>.

Une récente décision, *Rogers Communications Inc. c. Shaw Communications Inc.*<sup>66</sup>, nous donne une idée de l'utilisation éventuelle qui pourra être faite du nouvel article 45. Dans cette affaire, Shaw et Rogers avaient conclu une entente de non-concurrence dans le cadre d'une fusion. En vertu de cette entente, Shaw ne pouvait acquérir des câblodistributeurs pendant une période de dix ans. Les choses étant ce qu'elles sont, en l'instance, Rogers demandait une injonction interlocutoire afin d'empêcher Shaw d'acheter un câblo distributeur et de l'obliger à respecter l'entente. En défense, Shaw prétendait que la clause de non-concurrence était invalide pour le motif qu'elle contrevenait à l'ancien article 45. Au moment de la décision, le nouvel article 45 n'était pas en vigueur. Malgré ce fait, Rogers invoquait en réponse à cette défense que la clause de non-concurrence serait valide en vertu du nouveau régime puisqu'elle était raisonnablement nécessaire à la réalisation des objectifs de l'entente. Et Shaw

65. *Ibid.*

66. [2009] O.J. No. 3842 (S.C.J.); voir le texte de Madeleine RENAUD et Dominic THERIEN qui traite de cette décision et plus particulièrement des clauses de non-concurrence dans le contexte de la réforme, « La nouvelle *Loi sur la concurrence* : y avez-vous pensé ?, dans Service de la formation continue du Barreau du Québec », *Développements récents en droit de la non-concurrence* (2012), en ligne : <[http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements\\_recents/338/2129/index.html](http://www.caij.qc.ca/doctrine/developpements_recents/338/2129/index.html)> qui traite plus précisément des clauses de non-concurrence.

de répliquer que même si la défense de restriction accessoire s'appliquait, la clause réduisait sensiblement la concurrence, ce qui contrevenait à la disposition civile 90.1. Sans se prononcer sur ces arguments, la Cour a conclu qu'ils soulevaient une « question sérieuse »<sup>67</sup>.

Il sera intéressant de voir comment les tribunaux interpréteront cette défense. En attendant, comme l'entente est l'élément déterminant dans l'application de cette défense, il ne serait pas inutile d'envisager de maximiser les chances qu'une défense fondée sur les restrictions accessoires soit reçue, notamment, en ajoutant aux attendus d'une entente des objectifs légitimes et en conservant ou en établissant des documents concernant la nécessité des restrictions et l'insuffisance des solutions de rechange dans les négociations de l'entente entre les parties.

### **1.2.2 Les ententes entre personnes morales affiliées**

L'alinéa 45(6)a établit une exception applicable aux ententes convenues uniquement entre des personnes morales affiliées. Les articles 2.2, 2.3. et 2.4 de la Loi définissent les notions de « filiale » et de « contrôle ». Les partenariats, les fiducies, les personnes physiques<sup>68</sup> et toute entité qui ne jouit pas de la personnalité morale ne peut se prévaloir de ce moyen de défense<sup>69</sup>.

Par ailleurs, ce moyen de défense est inapplicable si les parties à l'entente n'étaient pas des « affiliées » au moment des faits qui leur sont reprochés par le DPP<sup>70</sup>.

### **1.2.3 La défense de la conduite réglementée**

La défense de la conduite réglementée a été développée en common law en réponse aux conflits qui peuvent parfois exister

---

67. *Ibid.*, p. 100.

68. *Multi Formulations Ltd. c. Allmax Nutrition Inc.*, 2009 CarswellNat 1200 (C.F.), par. 19.

69. *Lignes directrices*, *supra*, note 4, p. 16.

70. *Apotex Inc. v. Laboratoires Fournier S.A.*, 2006 CarswellOnt 7164 (C.S. Ont.), par. 53.

entre la législation fédérale sur la concurrence et la réglementation provinciale de certaines industries et qui prennent leur source du fait de la séparation des pouvoirs constitutionnels entre le fédéral et le provincial<sup>71</sup>. Elle constitue en fait une exception à la règle qui veut qu'en cas de conflit entre une loi fédérale et provinciale, la loi fédérale doit prévaloir. En ce sens, la défense d'activité réglementée a pour effet de rendre inapplicable la Loi lorsque la conduite reprochée aux parties est expressément ou implicitement autorisée par une loi ou un règlement provincial<sup>72</sup>. En effet, on ne saurait reprocher à un justiciable de nuire à la concurrence ou d'agir contrairement à l'intérêt public si son comportement anticoncurrentiel s'explique par un régime de réglementation établi par tout ordre de gouvernement.

Le paragraphe 45(7) a codifié la défense de la conduite réglementée. Cependant, certains commentateurs se sont malgré tout inquiétés<sup>73</sup> de la possibilité d'invoquer ce moyen de défense contre une accusation déposée en vertu du paragraphe 45(1) à la suite des modifications. Premièrement, le terme « indûment » a été supprimé du libellé de la disposition. Or, avant la réforme, le juge Jacobucci dans l'arrêt *Garland*<sup>74</sup>, au nom de la Cour suprême du Canada, avait souligné que ce moyen de défense ne peut être invoqué que si le libellé de l'article d'une disposition législative ou réglementaire qui aurait été enfreinte contient l'expression « indûment » ou « intérêt public »<sup>75</sup>. La rationalité qui sous-tend l'encadrement limitatif de ce moyen de défense s'explique par le fait qu'il appert quelque peu incohérent de permettre l'application de ce moyen de défense à une violation d'une disposition législative ou réglementaire qui ne requiert pas qu'elle soit indue ou contraire à l'intérêt public.

71. Janet BOLTON et Lorne SALZMAN, *The Regulated Conduct Doctrine and the Competition Bureau's 2006 Technical Bulletin: Retrospective and Prospective*, p. 2, en ligne : McCarthy Tétréault <<http://www.mccarthy.ca/pubs/salzmanbolton.pdf>>.

72. Mark KATZ et Charles TINGLEY, « The "Regulated Conduct Defense" in Canada », *Competition Law*, Federated Press, Vol. XI, No. 2 (2006), p. 730.

73. WAKIL 2010, *supra*, note 12, p. 102.

74. *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25.

75. *Ibid.*



Deuxièmement, ce que la Loi prévoit maintenant, c'est que les règles et les principes de common law en vertu desquels une personne pouvait appuyer un moyen de défense à une accusation portée en vertu de la version antérieure du paragraphe 45(1) continuent de s'appliquer. Elle n'indique pas expressément que la défense de la conduite réglementée s'applique. Or, comme nous venons de le voir, cette défense ne s'appliquait possiblement qu'en présence des mots « indûment » ou « intérêt public ».

Par surcroît, il pourrait être argué que la suppression de la défense de la conduite réglementée est compatible avec l'intention du législateur de circonscrire l'infraction, d'augmenter les peines et de faciliter la preuve en supprimant l'exigence de démontrer que l'entente a des effets néfastes sur la concurrence<sup>76</sup>. Comment une entente dite « injustifiable » parce que toujours anticoncurrentielle pourrait-elle être exonérée et implicitement ou explicitement autorisée par une réglementation provinciale ? Le parlement a clairement indiqué que les ententes visées à l'article 45 sont toujours contraires à l'intérêt public. Il s'est même servi de cet argument pour justifier les modifications qui facilitent grandement la preuve de l'infraction. De plus, il faut se rappeler que sont expressément visés par l'article 45 les « concurrents », ce qui exclut d'emblée tous législateurs ou organismes provinciaux. Ne serait-il pas raisonnable de conclure que la concurrence ait pu être contrôlée par une décision du législateur provincial dans la poursuite de son mandat et dans l'intérêt public<sup>77</sup> ?

Quoi qu'il en soit, il semblerait que le Bureau n'était pas insensible à ces incertitudes. Les *Lignes directrices* prévoient clairement que nonobstant l'arrêt *Garland* et la suppression du mot « indûment » ou toute autre modification apportée dans le cadre de la réforme de la Loi, le moyen de défense de la conduite réglementée peut être invoqué comme c'était le cas antérieurement<sup>78</sup>. Il reste à voir comment cette défense sera traitée devant les tribunaux.

---

76. *Hofley, supra*, note 58, p. 7.

77. *Ibid.*

78. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 17.

#### 1.2.4 *Les accords de spécialisation*

Conformément aux articles 85 à 90, une entente qui se qualifie d'« accord de spécialisation », qui a fait l'objet d'un examen par le Tribunal de la concurrence et qui a été inscrite dans un registre public immunise ses parties contre un possible recours en vertu de l'article 45 ainsi que l'article 90.1. Un accord de spécialisation est essentiellement « un accord par lequel les parties s'engagent mutuellement à cesser la production d'un article ou d'un service pour ensuite, le cas échéant, acheter exclusivement cet article ou ce service »<sup>79</sup>.

Le processus d'obtention du statut d'« accord de spécialisation » implique non seulement de perdre la confidentialité d'un tel accord, mais conclure un tel accord oblige également chaque partie à cesser de produire un bien ou un service qu'elle produit déjà. C'est sans doute pourquoi presque aucune demande d'exemption n'a été introduite devant le Tribunal de la concurrence. À notre connaissance, une seule demande avait été faite par les sociétés remplacées respectivement par le Groupe TSX et MX en 1999, selon laquelle le Groupe TSX serait responsable de la négociation d'actions, tandis que MX se concentrerait sur les opérations des instruments dérivés.

En ce sens, nous pouvons nous demander pourquoi cette exception existe toujours<sup>80</sup>. En consultation pour les modifications à la Loi, le Bureau était d'opinion que si une disposition civile sur les alliances stratégiques prévoyant une prise en compte des gains en efficience devait être adoptée dans le cadre d'une réforme de l'article 45, les dispositions visant les accords de spécialisation ne seraient plus nécessaires<sup>81</sup>. Le Bureau envisage même d'examiner les accords de spécialisation qui ne sont pas

---

79. Yves BÉRIAULT, Madeleine RENAUD et Yves COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Thomson Carswell, Scarborough (Ontario), 1999, p. 137 [ci-après BÉRIAULT].

80. C'est la question que se posait HOFLEY, *supra*, note 58, p. 13-15.

81. CANADA, Bureau de la concurrence, *Treatment of Efficiencies in the Competition Act: Consultation Paper* (septembre 2004), p. 37.

enregistrés et publiés en vertu de l'article 90.1, les assimilant à des ententes de coproduction<sup>82</sup>.

De plus, si ce type d'entente venait à être examiné en vertu de l'article 45, ne pourraient-elles pas se qualifier pour la défense des restrictions accessoires ? Étant donné la suppression de la nécessité de prouver qu'une entente a des effets anticoncurrentiels et le renversement de fardeau de preuve qu'opère la défense de restrictions accessoires, peut-être vaut-il mieux laisser la chance aux justiciables d'utiliser cette disposition pouvant ainsi éviter un risque potentiel de poursuite<sup>83</sup>. La réforme de la Loi aura peut-être pour effet d'encourager des concurrents qui envisagent de conclure ce type d'entente à faire une demande.

### *1.2.5 Certains cas précis d'exclusion pour les personnes morales*

La responsabilité criminelle d'une personne morale pour les infractions requérant une preuve de *mens rea*, telle l'infraction prévue à l'article 45, est encadrée par l'article 22.2 du Code criminel. En fait, l'article utilise le terme « organisation », ce qui inclut tout corps constitué, personne morale, société de personnes, entreprise, syndicat professionnel, municipalité et association de personnes<sup>84</sup>. En vertu de cet article, toute « organisation » est considérée comme ayant participé à l'infraction lorsque l'un de ses cadres supérieurs, avec l'intention, même partielle, d'en faire tirer parti à l'organisation :

- a) participe à l'infraction dans le cadre de ses attributions ;
- b) fait en sorte, dans le cadre de ses attributions, qu'un agent de l'organisation accomplisse le fait constituant l'élément matériel de l'infraction ; ou

---

82. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 33.

83. Voir HOFLEY, *supra*, note 58, p. 14-15.

84. Art. 3 du Code criminel.

- c) omet de prendre les mesures voulues pour en empêcher l'agent, sachant qu'il participe à l'infraction ou est sur le point d'y participer.

Un « administrateur » est défini comme étant un « agent » jouant un rôle important dans l'élaboration des orientations de l'organisation visée ou assurant la gestion d'un important domaine d'activités de celle-ci, y compris, dans le cas d'une personne morale, l'administrateur, le premier dirigeant ou le directeur financier, et un « agent » est tout administrateur, associé, employé, membre, mandataire ou entrepreneur de l'organisation en question<sup>85</sup>.

Il est donc techniquement possible pour une organisation d'exclure sa responsabilité pénale lorsque l'agent fautif n'est pas un cadre supérieur, lorsque le cadre supérieur fautif a agi entièrement dans son propre intérêt, ou lorsqu'aucune des situations prévue aux paragraphes a) à c) ci-dessus ne s'applique.

Malgré cela, un récent jugement, *La Reine c. Pétroles Global inc.*<sup>86</sup>, a refusé d'appliquer l'exception prévue à l'article 22.2 du Code criminel qui était invoquée au motif que l'acte criminel visé n'aurait pas été expressément ordonné par un cadre supérieur ou un agent de l'entreprise. Dans cette même affaire, la cour interpréta pour la première fois la nouvelle définition de « cadre supérieur ».

### 1.3 La peine

Les peines dont est passible un individu ou une entreprise qui contrevient à l'article 45 sont beaucoup plus sévères qu'elles ne l'étaient avant la réforme : la peine maximale d'emprisonnement est passée de 5 ans à 14 ans et l'amende maximale est passée de 10 millions à 25 millions<sup>87</sup>. Ce faisant, l'infraction prévue à

---

85. Art. 2 du Code criminel.

86. 2012 QCCQ 5749.

87. Art. 45 de la Loi.

l'article 45 se range dorénavant parmi les crimes les plus sévèrement punis en droit criminel canadien<sup>88</sup>... du moins sur papier !

Il reste que depuis quelques années, les amendes imposées en vertu de l'article 45 ont connu une hausse spectaculaire. De plus en plus les employés et les dirigeants ayant participé à un complot sont condamnés à des peines d'emprisonnement<sup>89</sup>.

Par exemple, des accusations ont été portées en juin 2008 et en juillet 2010 contre 38 particuliers et 14 entreprises pour la fixation du prix de l'essence à la pompe à Victoriaville, Thetford Mines, Magog et Sherbrooke, au Québec, 27 particuliers et 7 entreprises ont plaidé coupables. Le total des amendes dépasse les 3 millions de dollars. Parmi les 27 particuliers ayant plaidé coupables, 6 se sont vu imposer des peines d'emprisonnement, lesquelles totalisent 54 mois. La peine d'emprisonnement la plus lourde a été de 12 mois d'emprisonnement à être purgés dans la communauté et cinq mille dollars en donation. Deux personnes ont été également condamnées à purger dix mois d'emprisonnement dans la communauté pour infractions sur deux marchés, à quoi s'ajoutent 75 heures de services communautaires<sup>90</sup>.

---

88. Par exemple, Neil CAMPBELL et Casey W. HALLADAY nous faisaient remarquer dans leur article « A New Era for Canadian Cartel Enforcement », 2011 *Lexpert/American Lawyer*, à la p. 3 (PDF) disponible en ligne au : <[http://mcmillan.ca/Files/116287\\_A\\_New\\_Era\\_for\\_Canadian\\_Cartel\\_Enforcement.pdf](http://mcmillan.ca/Files/116287_A_New_Era_for_Canadian_Cartel_Enforcement.pdf)> que la peine maximale prévue pour l'infraction de torture prévue à l'article 269.1 du Code criminel est de 14 ans [ci-après CAMPBELL].

89. Voir par exemple Bureau de la concurrence, « Korean Air plaide coupable de complot de fixation des prix », Ottawa, le 19 juillet 2012 à l'adresse suivante : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03482.html>>. Voir aussi la nouvelle politique de la Commissaire est de recommander que des accusations soient portées contre les individus qui participent à un complot. Remarques par Melanie L. Aitken, Commissaire de la concurrence, Canadian Bar Association, Competition Law section, 2012 Competition Law Spring Forum, « Best Practices in a Time of Active Enforcement », Toronto, Ontario, May 2, 2012 [ci-après *Remarques par Aitken*].

90. Voir le tableau des plaidoyers de culpabilité disponible à l'adresse Internet suivante : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03079.html>>.

D'ailleurs, le Bureau a obtenu son premier plaidoyer de culpabilité en vertu du nouvel article 45 en janvier 2012, à l'occasion duquel l'amende imposée s'élevait à 12,5 millions de dollars, dont 2,5 millions de dollars pour cinq mois de fixation de prix<sup>91</sup>. Il s'agit de l'amende la plus élevée jamais obtenue pour un cartel intérieur<sup>92</sup>.

Lorsqu'on ajoute à ces nouvelles peines le fait que la preuve d'un complot est maintenant facilitée, un constat s'impose : le Bureau et le DPP se trouvent en bien meilleure position pour négocier des plaidoyers de culpabilité.

Ainsi, plus que jamais les participants à un complot ont intérêt à utiliser un outil majeur dont le Bureau dispose pour appliquer la Loi : le programme d'immunité.

### 1.3.1 *Le programme d'immunité*

Le Programme d'immunité permet essentiellement à une partie de dénoncer un complot en échange d'une immunité absolue contre toute poursuite en vertu des dispositions criminelles de la Loi.

Le programme est en fait un encadrement du pouvoir du Bureau de soumettre des dossiers au DPP en vertu de l'article 23 de la Loi. Si, au départ, seules les entreprises étaient admissibles à ce programme, il a peu à peu évolué pour maintenant inclure les particuliers. Cette caractéristique implique donc que l'entreprise, sans y être tenue, peut faire une demande d'immunité pour tous ses employés ou seulement pour une partie, et ces derniers peuvent aussi approcher le Bureau directement. Dans le cadre de demandes concurrentes de la part de l'employeur et des employés, le Bureau évalue séparément chaque offre de coopéra-

---

91. Bureau de la concurrence, Précis d'information : « Mousse de polyuréthane », 6 janvier 2012 à l'adresse suivante : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02585.html>>.

92. *Remarques par Aitken, supra*, note 89.

tion qui lui est faite<sup>93</sup>. Évidemment, l'obtention de ce privilège d'immunité doit être encadrée par des mesures strictes pour que la perspective d'éviter une condamnation à un participant à une activité frauduleuse en vaille la chandelle. À ce chapitre, les directives récentes (juin 2010) publiées par le Bureau<sup>94</sup> sont d'une grande aide afin de savoir si une entreprise ou un particulier est admissible au programme avant de se présenter devant le Bureau.

Il est nécessaire de respecter au moins une des deux conditions préalables suivantes afin d'amorcer le processus de demande d'immunité auprès du Bureau<sup>95</sup>. Ces conditions constituent la politique du premier signalement ou « first-in policy » et sont *sine qua non* à l'application du programme. D'abord, le Bureau ne doit pas déjà être au courant de l'infraction et la partie qui se présente devant elle doit être la première à le faire. Ensuite, si le Bureau était déjà au courant de l'infraction en question, mais n'avait pas encore les informations nécessaires pour confier le dossier au DPP, il est possible d'obtenir l'immunité si la partie qui se présente au Bureau est, encore une fois, la première à le faire.

En plus des conditions *sine qua non* précédemment évoquées, le Bureau se base sur une multitude d'autres facteurs lorsque vient le temps d'accorder l'immunité à une partie, qu'elle soit une entreprise ou un particulier. Voici donc certains de ces facteurs en vrac que nous croyons être significatifs<sup>96</sup>, leur ordre d'apparition n'indiquant pas nécessairement leur importance dans l'analyse de l'octroi de l'immunité :

- La preuve doit être complète, exhaustive, franche, utile et valable et la partie collaboratrice doit coopérer à ses frais à l'enquête du Bureau. Ainsi, la personne ou l'entreprise doit

93. CANADA, Bureau de la concurrence, *Bulletin d'information sur le Programme d'immunité prévu par la Loi sur la concurrence* (Juin 2010), disponible à l'adresse suivante : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Programme-immunite-2010.pdf/\\$FILE/Programme-immunite-2010.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Programme-immunite-2010.pdf/$FILE/Programme-immunite-2010.pdf)>, p. 3 [ci-après *Bulletin*].

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*, p. 3-4.

96. *Ibid.*, p. 4-5 ; Bériault, *supra*, note 79, p. 26.

divulguer honnêtement et complètement tous les faits dont elle a été témoin et toutes les infractions dont elle a connaissance.

- L'entreprise doit prendre toutes les mesures nécessaires à ses frais pour que tous dirigeants, administrateurs et employés (anciens et actuels) soient à la disposition du Bureau pour l'enquête.
- La personne ou l'entreprise doit être disposée à entamer des mesures de restitution envers les victimes. Ce facteur est cependant difficile à évaluer et n'est pas appliqué strictement.
- La personne ou l'entreprise doit mettre fin immédiatement aux activités illicites.
- Les antécédents d'infractions d'ordre anticoncurrentiel de la personne ou de l'entreprise joueront en sa défaveur puisqu'ils sont pris en compte dans la décision de l'octroi de l'immunité.
- Enfin, l'importance de l'implication de la personne dans l'infraction sera prise en considération dans la décision d'accorder ou non l'immunité. Ainsi, par exemple, l'instigateur ou la partie ayant forcé la participation à l'activité illégale ne pourront généralement pas bénéficier de l'immunité.

Malgré une analyse positive des les critères mentionnés ci-dessus, le Bureau conserve toute sa discrétion quant à sa recommandation au DPP. Qui plus est, dans le cas d'une coopération incomplète ou en cas d'absence d'un des critères précédemment évoqués, le Bureau pourra tout de même suggérer au DPP d'user d'une certaine clémence envers la partie collaboratrice, sans toutefois lui accorder une immunité totale. Bien que la recommandation du Bureau soit examinée attentivement et sérieusement par le procureur général<sup>97</sup>, le DPP conserve tout de même l'ultime discrétion quant à l'application de l'immunité<sup>98</sup>.

---

97. BÉRIAULT, *supra*, note 79, p. 25.

98. *Guide du Service fédéral des poursuites*, partie VII, chapitre 35, Entente portant garantie d'immunité, <[http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/ch35.html#35\\_3](http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/ch35.html#35_3)>, à l'article 35.4.5.



Dans le cas de l'échec d'une demande d'immunité, une autre partie pourra toutefois profiter de cette même immunité dans l'optique où elle respecte les critères. On doit reprendre ce processus en ce sens en considérant cette deuxième partie comme respectant la condition *sine qua non* vue précédemment.

Dans l'hypothèse du succès d'une demande d'immunité par une compagnie, tous ses administrateurs, dirigeants et employés actuels reconnaissant leur participation à l'activité anticoncurrentielle illégale et qui coopèrent de manière complète et honnête bénéficieront de la même immunité au plan personnel. En ce qui a trait aux anciens administrateurs, dirigeants et employés, leur recommandation à l'immunité sera analysée au cas par cas par le Bureau. De la même manière, c'est le Bureau qui analysera la recommandation à l'immunité des agents de l'entreprise<sup>99</sup>.

Dans le cas du refus de l'octroi de l'immunité à une entreprise, cette décision n'est pas une fin de non-recevoir en soi pour les administrateurs, dirigeants et employés. Le Bureau garde la liberté de considérer ces personnes comme si elles avaient pris individuellement contact avec lui au même moment que l'entreprise, respectant la politique du premier signalement. La coopération sans réserve de ces personnes reste toutefois essentielle pour la reconnaissance de l'immunité dans ce cas de figure<sup>100</sup>.

Une fois que l'immunité est octroyée, le partie qui s'est vu octroyer l'immunité et le DPP devront conclure une entente qui vise à négocier l'offre de l'immunité en fonction des informations à fournir au Bureau. Bien évidemment, cette entente précisera toutes les conditions ayant trait à la collaboration requise. Enfin, cette entente doit être conclue dans les 6 mois suivant l'obtention du statut provisoire d'immunité.

Il importe de souligner que durant le processus d'immunité, le Bureau s'engage à assurer la confidentialité de l'identité d'une partie ayant demandé l'immunité ainsi que des renseignements

---

99. *Bulletin, supra*, note 93, p. 5.

100. *Ibid.*

obtenus (en prenant toutes les mesures raisonnables pour protéger cette confidentialité, notamment en ayant recours à des ordonnances de protection si nécessaire)<sup>101</sup>.

Cette obligation de confidentialité n'est cependant pas qu'à sens unique. En effet, de son côté, la partie divulgatrice a l'obligation de garder confidentielles toutes les informations partagées avec le Bureau et ce, à tout moment au cours du processus, que ce soit au niveau de la demande de « signet » (qui permet essentiellement d'établir le premier contact avec le Bureau en formulant une divulgation hypothétique limitée sur une base anonyme qui donne suffisamment de détails pour se garantir un signet à un moment précis, c'est-à-dire la place de la première partie à demander l'immunité au désavantage des parties subséquentes qui voudraient l'obtenir) ou lors de toutes les autres étapes menant à l'immunité<sup>102</sup>.

### 1.3.2 *Le programme de clémence*

Alors que l'on comprend maintenant les avantages du programme d'immunité, le choix de se commettre n'apparaît pas aussi facile à faire pour les parties qui veulent coopérer, mais qui ne sont plus les premières à le faire (condition *sine qua non* du programme d'immunité). L'autre option ouverte pour les parties subséquentes qui désirent néanmoins coopérer est le programme de clémence. Comme son nom l'indique, en échange d'une coopération et d'une divulgation complète, une partie qui ne peut bénéficier de l'immunité peut tout de même obtenir un « rabais de clémence », c'est-à-dire une réduction de l'amende imposée pouvant aller jusqu'à 50 %.

L'entreprise, sans y être tenue, peut faire une demande de clémence pour tous ses employés ou seulement pour une partie de ceux-ci (et ces derniers peuvent aussi approcher le Bureau directement). Si la première partie à demander la clémence est une entreprise et qu'elle en fait la demande, le Bureau s'engage à recommander qu'aucune accusation distincte ne soit portée à

---

101. *Ibid.*, p. 8.

102. *Ibid.*

l'encontre de ses administrateurs, dirigeants ou employés, pourvu que ceux-ci coopèrent<sup>103</sup>. Cependant, pour une partie subséquente qui demande la clémence, leurs employés ne seront pas à l'abri d'accusations distinctes. Dans ce cas, le Bureau déterminera les accusations à porter en considérant le degré d'implication de chaque personne dans la commission de l'infraction<sup>104</sup>.

Seul le premier demandeur de clémence est admissible à une réduction de 50 % ; les demandeurs subséquents ne peuvent espérer qu'une réduction allant jusqu'à 30 %<sup>105</sup>. L'importance de cette réduction dépendra de plusieurs facteurs tels le moment où le demandeur s'est adressé au Bureau par rapport aux autres demandeurs précédents et son degré de coopération. C'est pourquoi les demandeurs subséquents ne pourront généralement pas obtenir une réduction plus importante que les demandeurs précédents<sup>106</sup>.

Cependant, il n'est pas exclu que les demandeurs subséquents puissent recevoir un meilleur traitement que les premiers si leur coopération est d'une valeur significative et est plus importante que celle des autres demandeurs<sup>107</sup>. Ceci permet à une partie qui détiendrait beaucoup de preuve, par exemple, d'attendre et de bien réfléchir aux conséquences que pourrait avoir une telle divulgation, d'autant plus que les conditions d'admissibilité à une clémence sont onéreuses.

En effet, le Bureau ne recommandera au DPP la clémence dans le cadre de la détermination de la peine que lorsque la partie en cause aura rempli les trois conditions suivantes<sup>108</sup> :

a) elle a mis fin à sa participation au cartel ;

---

103. CANADA, Bureau de la concurrence, « le Programme clémence » (septembre 2010), Bulletin sur le programme de clémence : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/LeniencyProgram-sept-2010-f.pdf/\\$FILE/LeniencyProgram-sept-2010-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/LeniencyProgram-sept-2010-f.pdf/$FILE/LeniencyProgram-sept-2010-f.pdf)>, p. 10 [ci-après *Bulletin sur la clémence*].

104. *Ibid.*, p. 11.

105. *Ibid.*, p. 9.

106. *Ibid.*

107. CAMPBELL, *supra*, note 88.

108. *Bulletin sur la clémence, supra*, note 103, p. 8.

- b) elle accepte de coopérer complètement et rapidement, à ses propres frais, à l'enquête du Bureau et à toute poursuite ultérieure intentée par le DPP à l'encontre d'autres participants au cartel ;
- c) et surtout : elle accepte de plaider coupable (nos soulignements).

Or, plaider coupable n'est pas sans conséquence. D'abord, le 20 novembre 2012<sup>109</sup> entrera en vigueur l'article 34 du Projet de loi C-10<sup>110</sup> qui modifie l'admissibilité aux peines d'emprisonnement à purger dans la collectivité<sup>111</sup>. Dorénavant, il ne sera plus possible d'obtenir une peine à purger dans la collectivité lorsque la peine d'emprisonnement prévue pour une infraction est d'un maximum de quatorze ans, comme c'est le cas pour l'article 45 de la Loi. Considérant que la nouvelle politique du Bureau est de recommander que des accusations soient portées contre les individus qui participent à un complot<sup>112</sup>, certains seront sans doute moins enclins à plaider coupable et ainsi risquer de purger leur peine en prison. Ceci pourrait aussi réduire les chances du Bureau d'obtenir la coopération des employés de la troisième partie et des parties subséquentes qui demandent la clémence et qui plaident coupable, forçant plutôt le Bureau à envisager de les poursuivre et à ainsi multiplier les recours criminels.

De plus, plaider coupable pourrait avoir des conséquences directes dans une éventuelle poursuite civile. En effet, l'article 36 de la Loi crée un recours privé par lequel une personne qui a subi des dommages par suite d'une violation de l'article 45 peut réclamer et recouvrer ces dommages de la personne fautive. Dans le cadre de ce recours, une condamnation criminelle, incluant un plaidoyer de culpabilité, constitue une preuve *prima facie* que le défendeur a commis les actes entraînant la violation de l'ar-

---

109. Décret fixant diverses dates d'entrée en vigueur de certains articles de la loi, TR/2012-48, (2012) *Gaz. Can.* II, 1627.

110. Canada, P.L. C-10, *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 2011 (sanctionné le 13 mars 2012).

111. Art. 742.1 du Code criminel.

112. *Remarques par Aitken, supra*, note 89.

ticle 45<sup>113</sup>. Par conséquent, plaider coupable augmente en quelque sorte l'exposition des accusés à des recours civils.

Les négociations avec le demandeur de clémence au sujet du plaidoyer se font avec le DPP. Le Bureau n'intervient habituellement que pour renseigner le DPP sur la coopération du demandeur, sur sa valeur pour l'enquête et pour suggérer la peine. Si les parties arrivent à s'entendre lors des négociations, une transaction pénale interviendra entre le demandeur de clémence et le DPP<sup>114</sup>.

Finalement, durant tout le processus, le Bureau assurera la confidentialité de l'identité du demandeur de clémence ainsi que des renseignements obtenus jusqu'à ce que l'information ou l'acte d'accusation soient déposés auprès du tribunal<sup>115</sup>. En échange, la partie divulgatrice ne doit pas divulguer sa demande de clémence à qui que ce soit et elle a l'obligation de garder confidentielles toutes les communications avec le Bureau<sup>116</sup>.

Pour conclure, nous avons vu qu'il existe essentiellement deux possibilités pour les parties à une entente qui font l'objet d'accusations criminelles : le programme d'immunité, qui permet à une partie d'éviter toute poursuite contre une coopération absolue et le programme de clémence, qui permet à une partie de voir sa peine réduite en échange d'une coopération et d'un plaidoyer de culpabilité. Dans une même affaire, les circonstances joueront pour beaucoup afin de déterminer ce qui sera le plus avantageux pour une partie. Le fait que les deux processus soient confidentiels n'aide en rien à faire ce choix puisque la partie qui décide de coopérer, bien qu'elle puisse avoir de sérieux doutes à ce sujet, ne peut jamais vraiment savoir si elle est vraiment la première à le faire... jusqu'au moment où elle fait sa demande et se dévoile !

---

113. Paragraphe 36(2) de la Loi.

114. *Bulletin sur la clémence, supra*, note 103, p. 12.

115. *Ibid.*, p. 15.

116. *Ibid.*, p. 3.

Il importe de souligner, par contre, qu'il est heureusement possible pour cette partie, par l'intermédiaire de son avocat et sur une base anonyme, d'approcher le Bureau pour savoir si l'immunité a déjà été octroyée en formulant une demande de signet, comme nous l'avons vu précédemment à la section 1.3.1.

## 2. LA DISPOSITION CIVILE

Comme nous en avons déjà fait état précédemment, l'un des principaux objets de la réforme de la Loi fut de créer un régime criminel plus efficace à l'égard des formes les plus flagrantes d'ententes anticoncurrentielles injustifiables, tout en supprimant la menace de sanctions criminelles à l'égard des collaborations plus légères, ou carrément légitimes, pour éviter de dissuader les entreprises de former des alliances et des ententes qui pourraient être économiquement bénéfiques<sup>117</sup>. L'article 90.1, qui est de droit nouveau, prévoit en conséquences que certaines formes de collaboration entre concurrents peuvent faire l'objet d'un examen du Bureau lorsqu'elles auraient probablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Par suite de son examen, le Bureau peut déférer l'affaire au Tribunal de la concurrence, à qui a été conféré le pouvoir de rendre diverses ordonnances conformément aux dispositions de l'article 90.1.

L'article 90.1 s'applique potentiellement à une panoplie d'ententes, comme les ententes de commercialisation, de recherche et développement, de coproduction ou d'achats groupés, de transfert de technologie ou d'échange d'information<sup>118</sup>. Ces ententes qui ne sont pas nécessairement répréhensibles, ni interdites<sup>119</sup> peuvent toutefois entraîner une augmentation excessive du pouvoir de marché des parties à l'entente. Cette augmentation du pouvoir de marché pourrait, dans certains cas, entraîner la disparition de la rivalité qui existait sur un marché et ainsi permettre aux parties à l'entente, par exemple, d'augmenter les prix, de

---

117. *Lignes directrices, supra*, note 4, à la préface.

118. Voir les exemples d'ententes qui seront examinées en vertu de l'article 90.1 dans *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 26-38.

119. Omar WAKIL, *The 2012 Annotated Competition Act*, Toronto, Carswell, 2011, p. 235 [ci-après WAKIL 2012].

diminuer la qualité des produits ou de cesser d'innover et ce, au détriment des consommateurs<sup>120</sup>. C'est ce type d'entente que vise à interdire l'article 90.1.

L'article 90.1 prévoit en effet que dans le cas où, à la suite d'une demande du Bureau, le Tribunal de la concurrence conclut qu'un accord ou un arrangement – conclu ou proposé – entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance l'interdisant.

En fait, le Tribunal de la concurrence peut essentiellement interdire à toute personne d'accomplir tout acte au titre de l'entente. Les ordonnances peuvent s'adresser à toute personne, partie ou non à l'entente. Par conséquent, contrairement à l'article 45, aucune amende et aucune peine d'emprisonnement ne peuvent être ordonnées en vertu de l'article 90.1<sup>121</sup>. Le pouvoir du Tribunal de la concurrence se limite donc à rendre une ordonnance *a posteriori*, pour interdire une pratique ou en corriger les effets.

Il s'agit là d'une caractéristique fondamentale de l'article 90.1. Jusqu'à avis contraire, les ententes entre concurrents qui ne tombent pas sous la coupe de l'article 45 de la Loi sont valides, jusqu'à ce que le Tribunal de la concurrence les interdise. En principe, aucun recours privé ne peut être intenté et aucun dommage ne peut non plus être recouvré pour la conclusion d'une entente qui n'est pas *a priori* contraire à la Loi<sup>122</sup>.

De plus, en vertu de cet article, une demande d'examen de l'entente ne peut être introduite que par le Bureau, et seulement devant le Tribunal de la concurrence, qui détient une compétence exclusive sur les demandes prévues à l'article 90.1. Par ailleurs, nous rappelons que le Bureau ne peut déposer une demande d'ordonnance en vertu de l'article 90.1 auprès du Tribunal de la

---

120. BÉRIAULT, *supra*, note 79, p. 325 et 326.

121. WAKIL 2012, *supra*, note 119, p. 235.

122. Art. 36 de la Loi *in fine*. Voir aussi WAKIL 2012, *supra*, note 119, p. 235.

concurrence si elle repose sur les mêmes faits ou essentiellement les mêmes faits qu'une procédure engagée en vertu de l'article 45<sup>123</sup>. Le Bureau considère que des procédures ont été entamées en vertu de l'article 45 dès lors qu'il y a dépôt d'accusations<sup>124</sup>.

## 2.1 Le cadre d'analyse

Pour pouvoir imposer des mesures à l'encontre d'une entente qui contreviendrait à l'article 90.1, le Bureau doit établir qu'un accord ou un arrangement existe entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents. Ensuite, cette entente doit empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence. Cet empêchement ou cette diminution doit être analysé à la lumière d'un concept clé : le pouvoir de marché. D'abord le Bureau devra établir dans un premier temps si les parties à l'entente possèdent un pouvoir de marché dans le marché pertinent. La seconde étape consiste à déterminer si l'entente a un impact préjudiciable sur la concurrence, c'est-à-dire si elle permet aux parties d'acquérir, de maintenir ou d'augmenter la capacité d'exercer une puissance commerciale par leur pouvoir de marché. Pour déterminer ces éléments, le Bureau devra donc établir le marché pertinent et les parts de marché et évaluer les effets de l'entente sur la concurrence.

### 2.1.1 *Un accord ou un arrangement*

Comme dans le cas de l'article 45, il est possible de conclure à l'existence d'une entente même si elle n'est pas consignée par écrit. En effet, peu importe le degré de formalisme, toutes formes d'accords ou d'arrangements sont visées par la disposition civile. Ce qui importe, c'est qu'il y ait eu un consensus entre une personne et un ou plusieurs concurrents, que ce soit de façon explicite ou implicite<sup>125</sup>. Encore une fois, le parallélisme conscient, c'est-à-dire la pratique suivant laquelle un concurrent adopte indépendamment un comportement commun en connaissant la réaction vraisemblable des concurrents ou en réponse à des con-

---

123. Par. 90.1(10) de la Loi.

124. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 5.

125. *Ibid.*, p. 20.



currents, ne suffit normalement pas à établir l'existence d'une entente<sup>126</sup>.

### ***2.1.2 Entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents***

Il ne suffit plus que toutes les parties soient des concurrents pour se qualifier à l'article 90.1 : au moins deux doivent être des concurrents. Les applications pratiques de cette définition n'ont toujours pas été testées par les tribunaux. Cependant, à l'instar de l'article 45, le paragraphe 90.1(11) définit ainsi la notion de concurrent :

Au paragraphe (1), « concurrent » s'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence de l'accord ou de l'arrangement.

Encore une fois, l'utilisation de l'adverbe « notamment » confirme le caractère non limitatif de cette définition. Cependant, contrairement à l'article 45, l'article 90.1 requiert une analyse détaillée du marché pertinent. De plus, nous savons que pour être considérées comme des concurrents au sens de la Loi, les parties à l'entente doivent se faire concurrence à l'égard des produits qui font l'objet de l'entente mise en cause<sup>127</sup>. Par conséquent, malgré la parfaite similitude entre les deux définitions, l'incertitude entourant celle que l'on retrouve à l'article 90.1 est grandement diminuée.

La notion de concurrent inclut toujours les concurrents potentiels. À cet effet, les *Lignes directrices* prévoient que « le fait que des parties ne se faisaient pas concurrence au moment où elles ont conclu une entente ou pendant la durée de l'entente ne suffit pas en soi à échapper à un examen en vertu de l'article 90.1 »<sup>128</sup>. Par exemple, des parties qui collaborent entre elles pour créer un produit en combinant des technologies complémentaires peuvent

---

126. *Ibid.*

127. *Ibid.*, p. 21.

128. *Ibid.*

devenir des concurrents potentiels en conséquence de leur collaboration. En effet, ces parties pourraient potentiellement devenir des concurrents à l'égard de la fourniture du produit créé. Cependant, divers aspects, y compris les économies d'échelle ou de gamme engendrées par la collaboration ainsi que la nécessité d'un partage des risques entre les parties, devront être évalués pour déterminer si ces parties sont des concurrents<sup>129</sup>.

### 2.1.3 *Empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence*

#### *Seuil de sensibilité*

Lorsque le Bureau évalue si la concurrence sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement par une entente entre concurrents, il examine si cette dernière aura vraisemblablement pour effet de permettre aux parties à l'entente d'influencer les prix<sup>130</sup> en conséquence de leur part de marché. Pour les fins de la présente section 2.1.3 de ce texte, le terme « prix » sert à désigner toute conduite d'une partie à l'entente qui a une incidence sur les intérêts des acheteurs comme la qualité, le choix de produits ou l'innovation.

De façon générale, le Bureau considère qu'il y a empêchement ou diminution « sensible » de la concurrence dans les deux cas suivants<sup>131</sup> :

- lorsque le prix du ou des produits pertinents sera vraisemblablement nettement plus élevé sur le marché pertinent qu'il ne serait en l'absence de l'entente (ci-après « hausse appréciable de prix ») ;
- une nouvelle implantation par les autres acteurs du marché suffisante ne se concrétiserait pas assez rapidement pour empê-

129. *Ibid.*

130. CANADA, Bureau de la concurrence, *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la Loi*, Gatineau, Bureau de la concurrence, 2009, par. 2.13 : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/$FILE/cb-meg-2011-f.pdf)> [ci-après les *Lignes directrices sur les fusions*].

131. *Ibid.*

cher une hausse appréciable de prix ou pour neutraliser les effets d'une telle hausse de prix.

Il est à noter que lorsque les parties à l'entente, individuellement ou collectivement, exercent déjà un pouvoir de marché, des incidences moins marquées sur la concurrence découlant de cette entente satisferont aux critères de « sensibilité »<sup>132</sup>.

*Marché pertinent, parts de marché et concentration*

La définition du marché établit le contexte dans lequel se situe l'évaluation par le Bureau des effets de l'entente sur la concurrence et s'évalue au regard de deux aspects : le produit et la géographie. Définir le marché sert non seulement à identifier les intervenants sur ce marché afin d'établir les parts de marché des parties à l'entente et de leurs rivaux et les niveaux de concentration<sup>133</sup>, mais aussi à déterminer s'il existe des produits de remplacement pour les produits offerts par les parties à l'entente et les groupes d'acheteurs qui peuvent éventuellement avoir à faire face à un accroissement du pouvoir de marché en raison de l'entente<sup>134</sup>. Tous ces facteurs sont pris en considération pour déterminer le pouvoir de marché des parties à l'entente et sa fluctuation en raison de l'entente.

En général, le Bureau ne contestera pas une entente en vertu de l'article 90.1 : (i) en raison de préoccupations quant à l'exercice d'une puissance commerciale par les parties à l'entente lorsque la part du marché pertinent détenue par les parties est inférieure à 35 % ; ou (ii) en raison de préoccupations quant à l'exercice coordonné d'une puissance commerciale lorsque soit la part du marché pertinent détenue par les quatre plus grandes entreprises est inférieure à 65 %, soit la part de marché pertinent détenue par les parties à l'entente est inférieure à 10 %<sup>135</sup>.

---

132. *Ibid.*, par. 2.14.

133. *Lignes directrices sur les fusions, supra*, note 130, p. 19.

134. *Ibid.*, p. 12-13.

135. *Ibid.*, p. 22.

Cependant, les ententes qui donnent lieu à des parts de marché ou à des niveaux de concentration qui dépassent ces seuils ne sont pas nécessairement anticoncurrentielles. Dans de tels cas, le Bureau procédera à une analyse de divers facteurs afin de déterminer si ces ententes auront vraisemblablement pour effet de créer, maintenir ou augmenter un pouvoir de marché. D'ailleurs, le paragraphe 90.1(3) de la Loi prévoit que la preuve relative aux parts de marché ou au niveau de concentration du marché pertinent ne peut suffire à fonder la décision du Tribunal de la concurrence d'appliquer une mesure corrective à l'encontre d'une entente. En effet, le fait que les parties détiennent collectivement une part importante du marché pertinent ou le fait que le marché soit concentré sont des facteurs extrêmement pertinents, mais ils ne peuvent suffire à eux seuls à justifier l'application d'une mesure corrective en vertu de l'article 90.1 de la Loi<sup>136</sup>.

La part du marché pertinent est examinée par le Bureau non seulement au moment où l'entente est conclue, mais également pendant la durée de l'entente. Ceci signifie que les parties qui souhaitent prolonger une entente qui ne soulevait aucune interrogation à l'égard de l'article 90.1 à sa conclusion devront évaluer la possibilité qu'en raison de changements à la structure du marché qui pourraient se produire pendant la durée de l'entente, l'entente renouvelée puisse empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence<sup>137</sup>.

#### *Effets anticoncurrentiels*

Le paragraphe 90.1(2) contient une liste non exhaustive de facteurs que le Tribunal de la concurrence peut prendre en considération pour déterminer si une entente aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence :

- la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concu-

---

136. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 23.

137. *Ibid.*, p. 22.

rence réelle aux entreprises des parties à l'accord ou à l'arrangement ;

- la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement offerts des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties à l'accord ou à l'arrangement ;
- les entraves à l'accès à ce marché et les effets de l'accord ou de l'arrangement sur les entraves à l'accès à ce marché<sup>138</sup> ;
- la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans ce marché ;
- le fait que l'accord ou l'arrangement a entraîné la disparition d'un concurrent dynamique et efficace ou qu'il entraînera ou pourrait entraîner une telle disparition ;
- la nature et la portée des changements et des innovations dans tout marché pertinent<sup>139</sup>.

Le Bureau examinera chacun des facteurs indiqués au paragraphe 90.1(2) ainsi que, le cas échéant, tout autre facteur pertinent relativement à la concurrence dans le marché qui est ou serait vraisemblablement touché par l'entente<sup>140</sup> comme la capacité de production excédentaire des parties à l'entente et des autres entreprises sur le marché. Si les rivaux des parties à l'entente détiennent une part importante de la capacité excédentaire,

---

138. Il est question de la possibilité que des concurrents éventuels s'implantent rapidement sur le marché à une échelle et dans une mesure suffisantes pour limiter la capacité des parties à une entente d'exercer une puissance commerciale dans le marché pertinent. Voir *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 23.

139. Par exemple, une entente peut faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché en freinant le processus des changements et des innovations. Néanmoins, les pressions qu'exercent ces changements et ces innovations sur les concurrents d'un marché (y compris sur les parties à l'entente) peuvent rendre improbable ou éphémère une augmentation de prix appréciable, surtout lorsqu'une technologie ou une entente réduit les entraves à l'accès ou qu'elle stimule ou accélère les changements ou les innovations en question. Voir *Lignes directrices sur les fusions, supra*, note 130, par. 6.8.

140. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 23.

il leur sera plus facile d'accroître leur production lorsque les parties à l'entente tenteront d'exercer un pouvoir de marché. Inversement, si une part importante de la capacité excédentaire est détenue par les parties à l'entente sur le marché pertinent, cela peut décourager l'expansion de ses rivaux<sup>141</sup>.

Par exemple, deux concurrents peuvent conclure une entente de commercialisation pour créer de nouveaux produits ou pénétrer de nouveaux marchés. Une telle entente peut impliquer, par exemple, la mise en commun d'un entrepôt, d'une installation ou d'un représentant commercial<sup>142</sup>. Ces ententes permettent souvent aux parties d'économiser des coûts, mais peuvent également limiter la concurrence entre les parties sur des aspects importants de leur rivalité tels les prix et, lorsque la rivalité est axée sur d'autres aspects que le prix, ces autres aspects, comme les modalités de livraison<sup>143</sup>. Ce genre d'entente est susceptible de faire l'objet d'un examen en vertu de l'article 90.1, surtout si l'entente diminue l'indépendance des parties quant à la fourniture du produit à l'extérieur de l'entente<sup>144</sup>. En outre, les parties devraient convenir, si elles utilisent un distributeur commun, que le distributeur ne communiquera à aucune des parties les renseignements provenant de l'autre partie au sujet des prix et de la commercialisation qui sont des renseignements délicats sur le plan de la concurrence<sup>145</sup>.

À ce jour, il n'existe qu'un seul exemple d'application concret de l'article 90.1 : l'affaire *Commissaire de la concurrence c. Air Canada, United Continental Holdings Inc., United Airlines Inc., et Continental Airlines Inc.*<sup>146</sup>. Aucune décision n'a encore été rendue dans ce dossier par le Tribunal de la concurrence. Cependant, les

141. *Lignes directrices sur les fusions, supra*, note 130, par. 6.4.

142. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 26.

143. *Ibid.*, p. 27.

144. *Ibid.*, p. 28.

145. *Ibid.*

146. CT-2011-004. Tous les actes de procédure sont disponibles à l'adresse suivante : <<http://www.ct-tc.gc.ca/CasesAffaires/AffairesDetails-fra.asp?CaseID=348>> ; voir aussi le Précis d'information disponible à l'adresse suivante : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03387.html>>.

faits de l'affaire illustrent comment cet article peut être utilisé en pratique.

Le 27 juin 2011, le Bureau a déposé une demande visant, notamment, à mettre fin à des « accords de coordination » intervenus entre Air Canada Inc. (ci-après « Air Canada »), United Airlines Inc., Continental Airlines Inc. et United Continental Holdings Inc., cette dernière regroupant par fusion United Airlines Inc. et Continental Airlines Inc. (ci-après désignées collectivement « United Continental »). Air Canada et United Continental sont des compagnies aériennes qui fournissent des services de transport aérien sur des liaisons directes entre le Canada et les États-Unis. Air Canada et United Continental sont des concurrents sur 19 grandes liaisons directes transfrontalières. Air Canada est, dans une large mesure, la plus grande compagnie aérienne au Canada et offre plus de services de transport aérien entre les deux pays que toute autre compagnie aérienne. Air Canada et United Continental ont conclu trois accords qui leur permettent de coordonner et d'intégrer leurs activités. Plus précisément, ces accords permettent aux parties de coordonner l'établissement des tarifs, la gestion de la recette unitaire<sup>147</sup>, les horaires en commun, les inventaires, les ventes et la commercialisation de leur produit de même que le partage des revenus et des coûts. Ces aspects sont, selon le Bureau, des éléments clés nécessaires à la saine concurrence pour ces deux rivaux dans le marché pertinent (les 19 liaisons aériennes) qui ne devraient pas faire l'objet d'une entente. Selon le Bureau, à eux seuls ces deux joueurs détiennent 100 % des parts de marché de dix de ces 19 liaisons. Pour les neuf autres liaisons, les accords entre Air Canada et United Continental constitueraient des entraves importantes à l'accès au marché pour les autres concurrents. Grâce à ces accords, ces compagnies aériennes auraient actuellement le pouvoir de gonfler les tarifs qu'elles imposent aux passagers. Par conséquent, le Bureau est d'avis que ces accords empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence sur chacune des 19 liaisons. Air Canada

---

147. « Yield management » en anglais. Il s'agit d'une technique dans le domaine aérien qui consiste à faire varier les prix/conditions et l'agencement des sièges de manière à optimiser les recettes provenant d'un vol donné.

conteste ces affirmations. Elle s'oppose, entre autre, à la définition du marché que retient le Bureau. Alors que la position du Bureau se base sur une conception traditionnelle du marché qui repose essentiellement sur les liaisons transfrontalières directes, Air Canada avance quant à elle que dans la nouvelle réalité du transport aérien, la plupart de ses concurrentes offrent des services transfrontaliers à partir de leurs *hubs* respectifs, et que les consommateurs traitent ces différents services comme des substituts les uns des autres.

Ainsi, nous venons de voir que l'article 90.1 encourage les ententes qui n'ont pas d'effets anticoncurrentiels, mais prohibe les ententes qui portent atteinte de manière sensible à la concurrence. Néanmoins, et dans la plupart des cas, une entente peut produire des effets anticoncurrentiels, tout en générant des gains d'efficacité économique. C'est dans cette situation qu'entre en jeu le premier moyen de défense que nous analyserons : l'exception d'efficacité.

## 2.2 Les moyens de défense et les exceptions

Nous aborderons dans cette section quatre moyens de défense. D'abord, nous verrons l'exception d'efficacité qui est une défense qui existe déjà en matière de revue des fusions et acquisitions par le Bureau. Ensuite, il sera question des ententes entre personnes morales affiliées et des accords de spécialisation. Nous terminerons avec un commentaire sur la défense de conduite réglementée dont la disponibilité pour la personne qui voudrait l'invoquer n'est pas garantie.

### 2.2.1 L'exception d'efficacité

L'article 90.1(4) prévoit un véritable moyen de défense fondé sur les gains en efficacité en vertu duquel sont autorisées les ententes au sein desquelles les gains en efficacité surpassent et neutralisent leurs effets anticoncurrentiels. « Les gains en efficacité sont ainsi perçus comme un motif de légitimation des ententes ayant des effets restrictifs sur la concurrence »<sup>148</sup>. En ce

148. DIAWARA, *supra*, note 3, p. 261.



sens, la considération des gains en efficience n'est pas pertinente pour savoir si une entente a des effets anticoncurrentiels<sup>149</sup>. Il s'agit véritablement de deux analyses séparées.

Différents types de gains en efficience peuvent être obtenus grâce à une collaboration entre concurrents, comme les gains touchant l'efficience dynamique<sup>150</sup> d'une entreprise découlant d'un lancement optimal de nouveaux produits, de l'élaboration de la production par des procédés plus efficaces et de l'amélioration des produits. Il peut aussi s'agir de gains concernant l'efficience de la production<sup>151</sup> qui se traduisent par des réductions de coûts par suite de la rationalisation des fonctions de distribution, ventes et commercialisation, d'une plus grande efficacité de la distribution et de l'entreposage, ou d'une spécialisation accrue ou encore par l'élimination de chevauchements<sup>152</sup>.

Les parties pourront éviter de se voir imposer une ordonnance prévue à l'article 90.1 en se déchargeant du fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que les gains en efficience<sup>153</sup> :

- se réaliseront probablement. Les parties doivent donc préciser les mesures qu'elles prévoient prendre pour réaliser ces gains, les risques en cause de même que les délais et les coûts afférents ;
- découlent de l'entente, c'est-à-dire si les gains en efficience peuvent vraisemblablement être réalisés en l'absence de l'entente. Si certains gains en efficience sont susceptibles de se concrétiser sans l'existence de l'entente, ils ne seront pas pris en compte dans l'analyse comparative ;
- ne seraient vraisemblablement pas réalisés si une ordonnance prévue à l'article 90.1 était rendue ; et

---

149. *Ibid.*, p. 270.

150. *Lignes directrices sur les fusions, supra*, note 130, p. 44.

151. *Ibid.*, p. 47.

152. *Lignes directrices, supra*, note 4, p. 167.

153. Par. 90.1(4) ; *Lignes directrices sur les fusions, supra*, note 130, p. 46.

- surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels, ce qui implique que les parties doivent quantifier les gains en efficacité et fournir une explication détaillée et solide.

Ce dernier aspect, l'équilibrage des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels, doit tenir compte des objectifs de la Loi prévus à son article 1.1<sup>154</sup> :

La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Ainsi, les gains réalisés par les parties à l'entente et qui contribuent exclusivement à leur propre bénéfice devraient, en principe, être exclus de l'analyse<sup>155</sup>. Par exemple, pour qu'une économie de coût soit considérée comme un gain en efficacité, il doit s'agir d'une économie réelle de coût pour l'entreprise plutôt que des gains pécuniaires par suite d'une redistribution des revenus<sup>156</sup>. Les gains relevant uniquement d'une redistribution sont, par exemple, des économies de coûts attribuables à un pouvoir de négociation permettant aux parties d'obtenir des rabais ou autres concessions des fournisseurs ou des gains fiscaux<sup>157</sup>.

À titre d'exemple, nous avons vu plus tôt dans l'affaire *Air Canada* les arguments du Bureau pour contester les accords de coordination. À ces arguments, *Air Canada* invoque que ces

---

154. *(Canada) Commissaire de la concurrence c. Superieur Propane Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 289, [2001] 3 C.F. 185 (C.A.) tel que cité dans DIAWARA, *supra*, note 3, p. 261. Le Bureau reconnaît aussi l'importance de tous les objets de la Loi énoncés à l'article 1.1 : *Lignes directrices sur les fusions, supra*, note 130, p. 43.

155. DIAWARA, *supra*, note 3, p. 282.

156. Art. 90.1(5) de la Loi.

157. DIAWARA, *supra*, note 3, p. 24.

accords ont créé des gains en efficience substantiels qui surpassent les effets anticoncurrentiels (qui sont d'ailleurs niés). Plus précisément, Air Canada argumente<sup>158</sup> que ces accords ont permis aux parties, notamment, d'augmenter le nombre de liaisons et la fréquence des vols, l'harmonisation des ventes et des prix, l'offre de tarifs réduits communs ainsi que l'amélioration du temps d'attente entre les transferts et l'augmentation du choix de destinations et ce, au bénéfice des consommateurs. De plus, ces accords feraient en sorte de réduire de façon significative les coûts concernant les salaires, l'essence, les frais de maintenance et les frais des terminaux des parties leur permettant d'améliorer leur efficience pour survivre à la compétition féroce dans le domaine de l'aviation internationale. Ce faisant, Air Canada soutient que les accords ont et auront des effets bénéfiques pour les consommateurs et l'économie canadienne qui ne pourront se réaliser si les ordonnances demandées par le Bureau sont rendues.

Sans se prononcer sur l'issue du litige, force est de constater que des arguments sérieux et légitimes sont avancés par Air Canada (et ce tant au niveau des gains en efficience, qu'au niveau de la définition des marchés pertinents). D'ailleurs, la justesse des arguments avancés par Air Canada a déjà en principe été reconnue sur d'autres liaisons aériennes au Canada, ainsi qu'à l'étranger. Il sera donc très intéressant, tant pour l'industrie aérienne à travers le monde, que pour les praticiens du droit de la concurrence canadien, de suivre l'évolution de ce dossier, lequel est prévu pour audition devant le Tribunal de la concurrence entre novembre 2012 et janvier 2013.

### 2.2.2 *Les ententes entre personnes morales affiliées*

L'article 90.1 ne s'applique pas aux ententes conclues uniquement entre des personnes morales affiliées. La définition de personnes morales affiliées est donnée au paragraphe 2(2) de la Loi. Les partenariats, les fiducies, les personnes physiques et

---

158. Voir la défense d'Air Canada disponible en ligne : <<http://www.ct-tc.gc.ca/CasesAffaires/AffairesDetails-fra.asp?CaseID=348>>.

toute entité qui ne jouit pas de la personnalité morale ne peut se prévaloir de ce moyen de défense.

Par ailleurs, tout comme c'était le cas pour l'article 45, ce moyen de défense est inapplicable si les parties à l'entente n'étaient pas des « affiliées » au moment des faits qui leur sont reprochés par le DPP.

### 2.2.3 *Les accords de spécialisation*

À l'instar du régime criminel, le Tribunal de la concurrence ne peut pas faire suite à un recours au titre de l'article 90.1 de la Loi à l'égard d'accords de spécialisation qui sont inscrits en vertu de l'article 86 de la Loi<sup>159</sup>. Nous vous référons à la 1.2.4 du présent texte pour des explications plus détaillées de l'application de cette exception.

### 2.2.4 *La défense de la conduite réglementée*

Une autre question soulevée par les modifications à la Loi est de savoir si la défense de la conduite réglementée s'applique à la nouvelle disposition civile même si elle n'y est pas expressément mentionnée<sup>160</sup>. Non seulement cette défense a déjà été soulevée dans le contexte d'une poursuite civile<sup>161</sup>, mais du point de vue de l'équité, une personne dont la conduite est expressément ou implicitement autorisée devrait logiquement pouvoir utiliser la défense de conduite réglementée, que ce soit dans le cadre d'une poursuite criminelle ou civile<sup>162</sup>. Le Bureau indique d'ailleurs dans son bulletin sur les activités réglementées<sup>163</sup> qu'en l'absence de réponse claire sur cette question par les tribunaux, il appliquera cette défense à tous les comportements susceptibles d'exa-

---

159. Art. 90 de la Loi.

160. Voir HOFLEY, *supra*, note 58, p. 8 pour une discussion plus détaillée sur le sujet.

161. *Law Society of Upper Canada c. Canada (Procureur général)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 48 (Ont. Ct. Gen. Div.) tel que cité dans HOFLEY, *supra*, note 58, p. 8.

162. HOFLEY, *supra*, note 58, p. 8.

163. CANADA, Bureau de la concurrence, *Bulletin technique sur les activités réglementées* (septembre 2012), p. 5.

men et non pas seulement aux comportements susceptibles de contrevenir aux infractions criminelles. Il faut en conclure que seule une décision du Tribunal de la concurrence nous indiquera clairement si cette défense est disponible dans le contexte de l'article 90.1.

## CONCLUSION

La réforme de 2009 a créé deux régimes distincts qui encadrent les ententes anticoncurrentielles : l'infraction criminelle *per se* et l'interdiction civile. À chacun d'eux se rattache une défense spéciale qui vient justifier contextuellement et économiquement le comportement qu'ont adopté les parties à l'entente. En matière criminelle, une entente injustifiable pourra se justifier si elle est accessoire à une entente plus large qui, elle, est légitime. En matière civile, une entente qui n'est pas en soi contraire à la concurrence mais qui a tout de même des effets néfastes sur elle pourra être maintenue si les gains en efficacité que rapporte l'entente dépassent les effets anticoncurrentiels qu'elle engendre.

Un peu plus de deux ans après la réforme de la Loi, la jurisprudence en vertu de la nouvelle Loi demeure toujours embryonnaire. Force est de constater cependant que l'incertitude initiale qu'a engendrée l'adoption au Canada d'une infraction criminelle *per se* en matière de cartel s'est largement dissipée. Il ne fait aucun doute que les lignes directives précises et détaillées rédigées par le Bureau au moment de la réforme de même que l'approche mesurée que paraît privilégier le Bureau dans l'application de la Loi y sont pour beaucoup.

NOTES

---

## NOTES

---

NOTES

---