

Cinq décisions rendues en 2013 en droit de la concurrence

Mistrale Goudreau et Jennifer Quaid*

INTRODUCTION	525
1. LA TRILOGIE DE DÉCISIONS RELATIVES AUX RECOURS COLLECTIFS POUR FIXATION DE PRIX	525
1.1 Le transfert de la perte	526
1.2 La norme de la preuve demandée pour les conditions de certification ou d'autorisation du recours collectif	527
1.3 La compétence du tribunal à l'égard d'un complot ourdi à l'étranger	532
2. L'AFFAIRE <i>CHATR</i> EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ TROMPEUSE	533
3. L'AFFAIRE <i>BOULANGERIE ST-MÉTHODE INC</i> EN COMMERCIALISATION TROMPEUSE	538
4. L'AFFAIRE <i>TERVITA CORP c CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)</i> EN MATIÈRE DE FUSION	541
4.1 L'empêchement sensible de la concurrence	543
4.2 Les gains en efficience	545
5. L'AFFAIRE <i>R. c PÉTROLES GLOBAL</i> EN MATIÈRE DE COMLOT	548

© Mistrale Goudreau et Jennifer Quaid, 2014.

* Mistrale Goudreau, professeure, section de droit civil, Université d'Ottawa ; Jennifer Quaid, professeure, section de droit civil, Université d'Ottawa.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

INTRODUCTION

Notre chronique vise à présenter de façon très succincte les cinq décisions qui ont le plus attiré notre attention dans le domaine du droit de la concurrence en 2013. Bien sûr, d'autres décisions sont dignes d'intérêt¹, et nous vous référons aux commentaires de quelques auteurs à cet égard². Au sujet des cinq décisions sur lesquelles nous comptons nous concentrer, nous aimerions d'abord mentionner que la Cour suprême a rendu trois décisions en matière de recours collectifs pour fixation de prix³, qui sont bien sûr des incontournables pour notre chronique. Néanmoins ces arrêts étant connexes, nous les traiterons ensemble et nous vous proposons en plus quatre autres : l'une en matière de publicité trompeuse⁴, une autre en commercialisation trompeuse⁵, une troisième en matière de fusion⁶ et une dernière portant sur une poursuite en matière de complot⁷.

1. LA TRILOGIE DE DÉCISIONS RELATIVES AUX RECOURS COLLECTIFS POUR FIXATION DE PRIX

Dans les trois affaires *Pro-Sys Consultants Ltd c Microsoft Corporation*⁸, *Sun-Rype Products Ltd c Archer Daniels Midland*

1. Notamment la décision sur la notion d'appel d'offres *R. v Dowdall*, 2013 ONCA 196 (permission d'appeler refusée *Spearhead Management Canada Ltd v Her Majesty the Queen*, 2013 CanLII 63052 (CSC)).
2. Susan M. Hutton et Solène Murphy, « Call me maybe? ONCA says standing offers could be contract bids under Bid-Rigging Offence », *The Competitor*, 23 avril 2013, en ligne : <<http://www.thecompetitor.ca/>> ; Mark Katz et Charles Tingley, « Bid-Rigging In Canada: Recent Developments », *Corporate LiveWire*, 21 août 2013 en ligne : <<http://www.corporatelivewire.com/>>.
3. *Pro-Sys Consultants Ltd c Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57 [Pro-Sys] ; *Sun-Rype Products Ltd c Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58 [Sun-Rype] ; *Infineon Technologies AG c Option consommateurs*, 2013 CSC 59 [Infineon].
4. *Canada (Competition Bureau) v Chatr Wireless Inc*, 2013 ONSC 5315.
5. *Boulangerie Canada Bread ltée c Boulangerie St-Méthode inc*, 2013 QCCA 1503 [St-Méthode QCCA].
6. *Tervita Corp c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2013 FCA 28 [Tervita (CAF)].
7. 2013 QCCS 4262 (juge Tôth) [*Pétroles Global (QCCS)*].
8. *Supra*, note 3.

*Company*⁹ et *Infineon Technologies AG c Option consommateurs*¹⁰, des recours collectifs avaient été intentés pour fixation et majoration de prix de produits incorporés dans des biens de consommation, soit des systèmes d'exploitation et logiciels d'application pour ordinateur personnel, des puces de mémoire vive dynamique (DRAM) et du sirop de maïs à haute teneur en fructose (SMHTF). Ces fixations et majorations de prix auraient affecté négativement deux groupes, soit les « acheteurs directs », qui ont eux-mêmes acheté des manufacturiers, et les « acheteurs indirects » qui ont acheté d'un acheteur direct ou d'un autre intermédiaire dans la chaîne de distribution. La question était de savoir si les acheteurs indirects pouvaient tenter de tels recours collectifs, soit seuls¹¹, soit dans un groupe mixte d'acheteurs directs et indirects¹², compte tenu notamment de la question du transfert de la perte.

1.1 Le transfert de la perte

En matière de recours collectifs, le tribunal n'autorise ou ne certifie un recours collectif, c'est-à-dire n'accepte que la cause procède au fond, que si certaines conditions sont respectées, conditions déterminées par la législation applicable au litige. Par exemple, le tribunal vérifie s'il y a dans le litige une cause d'action commune ou des questions de droit ou de fait identiques similaires ou connexes. Or, en matière de fixation de prix, l'acheteur direct transfère normalement la majoration à l'acheteur indirect et, comme tel, ne subit pas de préjudice. Y a-t-il alors une cause d'action et, si oui, cela affecte-t-il la poursuite de l'acheteur indirect ? Les compagnies poursuivies avaient donc tenté de plaider ce moyen de « transfert de la perte » en défense à l'action des acheteurs directs.

La Cour suprême dans la trilogie confirme le rejet de cet argument¹³ ; l'acheteur direct peut poursuivre le manufacturier. Elle ajoute que le rejet de la défense n'enlève pas à l'acheteur indirect son droit d'action. La Cour pose donc le principe que tant les acheteurs directs et indirects peuvent se joindre au recours collectif.

Un autre argument invoqué par les compagnies manufacturières concerne le risque d'être condamné à indemniser en double les acheteurs directs et indirects, notamment en cas de poursuites

9. *Supra*, note 3.

10. *Supra*, note 3.

11. *Pro-Sys, supra*, note 3.

12. *Sun-Rype, supra*, note 3 ; *Infineon, supra*, note 3.

13. S'appuyant sur sa décision antérieure *Ingstreet Investments Ltd c Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 RCS 3.

simultanées dans plusieurs ressorts. La Cour estime que les tribunaux peuvent gérer ce risque, soit par une modification des octrois de dommages-intérêts, soit par le rejet d'une action redondante¹⁴.

La cour apporte aussi des éclaircissements sur un certain nombre de points.

1.2 La norme de la preuve demandée pour les conditions de certification ou d'autorisation du recours collectif

Dans le cas des actions provenant du Québec et de la Colombie-Britannique, la Cour a eu à se prononcer tant pour les provinces de common law que pour le Québec. En Colombie-Britannique, les conditions sont énoncées au paragraphe 4(1) du *Class Proceedings Act*¹⁵. Faut-il prouver ces éléments par une prépondérance de probabilités, ou simplement présenter « un certain fondement factuel » pour chacun ? La cour choisit de retenir le critère plus facile à respecter du « certain fondement factuel »¹⁶.

Cette norme sera ensuite utilisée pour déterminer le caractère commun des questions liées à la perte subie par les membres du groupe. En effet, il faut s'assurer que les demandes d'indemnisation peuvent faire l'objet d'un règlement commun, ce qui dans les cas de recours collectif pour fixation de prix, demande d'avoir recours à une preuve d'expert. La méthode proposée par l'expert, nous dit la Cour :

14. *Pro-Sys, supra*, note 3, aux para 35 à 41.

15. RSBC 1996, c 50. Le paragraphe se lit comme suit :

4(1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie une instance à titre de recours collectif lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) les actes de procédure révèlent une cause d'action ;

b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus ;

c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l'emporte ou non sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels ;

d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace ;

e) un demandeur-représentant :

(i) défendrait de manière juste et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan qui établit une méthode praticable de faire progresser l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif,

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

16. *Pro-Sys, supra*, note 3, aux para 99 à 105.

doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l'exigence d'une question commune. Elle doit donc offrir une possibilité réaliste d'établir la perte à l'échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l'issue de l'examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu'elle est commune aux membres du groupe (c.-à-d. que le transfert a eu lieu). Or, il ne peut s'agir d'une méthode purement théorique ou hypothétique ; elle doit reposer sur les faits de l'affaire. L'existence des données auxquelles la méthode est censée s'appliquer doit être étayée par quelque preuve.¹⁷

Dans l'affaire *Pro-Sys*¹⁸, la cour estime que la méthode proposée par l'expert, basée sur une comparaison des produits aux prix majorés avec des produits concurrents ou de référence, et acceptée par le juge de première instance, répond à la norme.

Il faut noter pourtant que, dans l'affaire *Sun-Rype*¹⁹, les demandeurs ne sont pas parvenus à satisfaire le critère : la cour précise que « la définition du groupe proposée ne permet pas aux acheteurs indirects d'établir s'ils appartiennent ou non au groupe ». En effet, on alléguait que les compagnies manufacturières avaient participé à un complot pour fixer le prix du « sirop de maïs à haute teneur en fructose » (« SMHTF »), produit vendu à des acheteurs directs importants, comme Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc, Ocean Spray Cranberries et George Weston Limitée. Or ceux-ci, nous indique la cour, « ont utilisé tantôt du SMHTF tantôt du sucre liquide dans leurs produits. Dans bien des cas, les étiquettes des produits vendus au Canada par ces acheteurs directs n'indiquaient pas l'édulcorant utilisé. » Un consommateur serait donc incapable de savoir s'il a acheté un bien contenant le SMHTF. La cour conclut : « la preuve ne permet pas de conclure qu'un certain fondement factuel établit que deux personnes ou plus sauront si elles appartiennent ou non au groupe, et c'est là où le bât blesse »²⁰.

Au Québec, le seuil établi par le *Code de procédure civile* pour l'autorisation du recours collectif est moins élevé. Dans l'affaire *Infineon*²¹, la cour précise :

17. *Ibid.*, au para 118.

18. *Supra*, note 3.

19. *Ibid.*

20. *Sun-Rype, supra*, note 3, au para 58.

21. *Supra*, note 3.

[65] Comme nous pouvons le constater, la terminologie peut varier d'une décision à l'autre. Mais certains principes bien établis d'interprétation et d'application de l'art. 1003 C.p.c. se dégagent de la jurisprudence de notre Cour et de la Cour d'appel. D'abord, comme nous l'avons déjà dit, la procédure d'autorisation ne constitue pas un procès sur le fond, mais plutôt un mécanisme de filtrage. Le requérant n'est pas tenu de démontrer que sa demande sera probablement accueillie. De plus, son obligation de démontrer une « apparence sérieuse de droit », « a good colour of right » ou « a prima facie case » signifie que même si la demande peut, en fait, être ultimement rejetée, le recours devrait être autorisé à suivre son cours si le requérant présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable.

[125] Au risque de nous répéter, nous estimons que le fardeau de preuve dont doivent s'acquitter les requérants à l'étape de l'autorisation consiste à établir une cause défendable. Cela signifie que l'intimée doit démontrer que les membres du groupe ont subi un préjudice. Bien qu'il soit vrai que le juge saisi de la requête en autorisation se trouve investi du rôle d'écarter les causes frivoles, un recours collectif dans lequel on invoque une perte globale n'est pas, en soi, frivole. Aucune disposition du *Code de procédure civile* n'interdit pareilles demandes, qui respectent le double objectif de dissuasion et d'indemnisation inspirant le régime de recours collectif. En outre, le C.p.c. même prévoit le recouvrement collectif (art 1031 à 1033). Si tant les acheteurs indirects que directs ont effectivement subi des pertes, il serait contraire à l'objectif législatif en matière de recours collectifs de ne pas autoriser l'instruction de l'affaire qui permettra de dûment apprécier son bien-fondé.

[126] À cette étape préliminaire, le fait de permettre la démonstration d'une perte globale apportera une certaine flexibilité à l'instance sans obliger les requérants à établir la perte individuelle subie par chaque membre du groupe, ce qui imposerait un fardeau trop onéreux. Le problème de la méthode selon laquelle les pertes pourraient être réparties et indemnisées peut être tranché lors de l'audition au fond, puis à l'étape de l'exécution d'un éventuel jugement. Au surplus, nous ne pouvons pas non plus accepter l'argument laissant entendre que cette approche pourrait ouvrir la porte à des recours frivoles. Si la perte globale peut être démontrée, la manière dont cette perte doit être divisée entre les membres du groupe proposé

ne change rien au fait qu'une perte a effectivement été subie. En conséquence, à l'étape de l'autorisation, la preuve d'une perte globale suffit pour répondre aux exigences de l'al. 1003b) C.p.c. pour autant que l'exigence relative au seuil de preuve soit respectée.

[127] Une telle exigence impose aussi aux requérants de démontrer qu'il est possible de soutenir qu'un préjudice a été subi. Bien que les requérants ne puissent se contenter de formuler de simples allégations, ce seuil est beaucoup moins exigeant que la norme de preuve applicable en droit civil, soit celle de la prépondérance des probabilités.

[128] Ce fardeau de preuve est aussi moins exigeant que celui qui s'applique ailleurs au Canada. En effet, comme l'atteste la décision de notre Cour dans *Hollick c Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif dans d'autres ressorts canadiens, les acheteurs indirects doivent démontrer que leur demande repose sur un fondement factuel suffisant. Les requérants de ces ressorts doivent présenter des témoignages d'experts et proposer une méthodologie susceptible de prouver une perte globale touchant les acheteurs tant directs qu'indirects. Or, la présentation de ce type de témoignage d'expert ne constitue pas la norme à l'étape de l'autorisation au Québec. L'exigence de la présentation de ce type de preuve et de proposer une méthode plus sophistiquée se situerait au-delà du seuil établi par l'application de l'article 1003. Le seuil d'application de l'art. 1003 serait outrepassé si les requérants étaient tenus de présenter une telle preuve et de proposer une méthodologie sophistiquée pouvant démontrer une perte globale et la façon dont celle-ci a traversé des canaux de distribution complexes.

Le fardeau peu élevé de preuve jouera également au niveau de la faute. Sans entrer dans l'étude détaillée des différents torts de common law, il faut convenir que le délit de fixation de prix a une nature plutôt technique, qui l'éloigne des causes d'action traditionnelles de la common law²². Néanmoins, il n'était pas manifeste que

22. Ainsi, la cour dans l'affaire *Pro-Sys*, *supra*, note 3, accepte que la demande de certification s'appuie sur une cause d'action fondée sur l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, ch. C-34, sur le délit civil de complot, ou complot en vue de recourir à des moyens illégaux ou pour atteinte intentionnelle aux intérêts financiers, ou sur la demande de restitution fondée sur l'enrichissement sans cause, mais est en accord avec la radiation des allégations relatives à la fiducie par interprétation.

ces causes d'action échoueraient et le tribunal a conclu que le critère du fondement factuel est satisfait.

De même en droit civil, on retient le concept de faute, cet écart de conduite que n'adopterait pas une personne raisonnable²³. Or, il n'est pas évident que la personne prudente et diligente ne conclurait pas d'entente de fixation de prix avec un concurrent. En matières commerciales, c'est le principe de la liberté qui prime. Pendant longtemps au Canada, ce n'était que la restriction « indue » de la concurrence qui était interdite. Acceptant de faire des concessions pour la communauté commerciale, le législateur ne criminalisait que les empêchements indus ou l'augmentation déraisonnable des prix ou le comportement monopolistique allant « au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public »²⁴. D'ailleurs, au moment du début des complots allégués dans l'affaire *Infineon*²⁵, la loi canadienne sur la concurrence n'interdisait que les complots pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence²⁶. La cour n'aura néanmoins aucune difficulté à conclure qu'il est *possible* que les compagnies manufacturières soient tenues responsables d'une faute civile. Cette simple possibilité est suffisante.

La cour rappelle que le simple fait de respecter la loi ne suffit pas à trancher la question de la faute civile²⁷. Il est possible que le tribunal, lors du procès au fond, estime que la participation à un complot de fixation de prix, de l'envergure de celle à laquelle les compagnies manufacturières ont pris part, est un geste que n'aurait pas posé une personne raisonnable. Comme le dit la cour :

L'intimée n'est pas tenue, en effet, de présenter une preuve absolue de l'allégation, ni même d'établir celle-ci selon la prépondérance des probabilités. À la présente étape, elle démontre que sa cause est défendable au moyen d'allégations et d'éléments de preuve en appui. La simple allégation de répercussions économiques indues, énoncée au par. 2.14 de la requête en autorisation, ainsi que les pièces démontrant les effets d'un comportement aux États-Unis sur les prix de la DRAM sur le marché international, permettent de conclure à l'existence de répercussions sur le marché canadien satisfaisant à l'exigence de ce seuil de preuve peu élevé. Bien qu'on ne sache pas exacte-

23. *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 RCS 392, au para 21.

24. John McLean Magwood, *Competition Law of Canada*, (Toronto, Carswell, 1981), à la p 109.

25. *Supra*, note 3.

26. Art 45 de la *Loi sur la concurrence*, *supra*, note 22, qui a été modifié par la suite : voir *Loi d'exécution du budget de 2009*, LC 2009, ch 2, art 410.

27. *Infineon*, *supra*, note 3, au para 96.

ment si l'intimée sera éventuellement en mesure de répondre lors du procès à la norme de preuve selon la prépondérance des probabilités, nous ne pouvons lui refuser cette possibilité puisque les pièces au dossier révèlent qu'une faute a peut-être été commise.²⁸

1.3 La compétence du tribunal à l'égard d'un complot ourdi à l'étranger

Enfin, la Cour suprême aborde la question de la compétence des tribunaux sur les ententes conclues à l'étranger, mais affectant les consommateurs canadiens. Dans les provinces de common law, le tribunal est compétent s'il y a un « lien réel et substantiel » entre le complot et le Canada²⁹. Dans l'affaire *Sun-Rype*³⁰, la cour rappelle que les actes reprochés impliquent les filiales canadiennes des intimées, des ventes faites au Canada et ultimement des transactions avec des consommateurs canadiens. Il n'est donc pas manifeste que les tribunaux canadiens n'ont pas compétence.

De la même manière, au Québec, l'article 3148 CcQ confère compétence aux tribunaux québécois si la faute, ou le dommage, ou le fait dommageable a eu lieu au Québec. Dans l'affaire *Infineon*³¹, Dell avait vendu en ligne, à un consommateur québécois, un ordinateur muni d'une micropuce dont le prix a été fixé par complot. La cour conclut que cette vente a fait subir au consommateur un préjudice économique au Québec, puisqu'en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*³², l'achat en ligne est un contrat à distance, réputé conclu à l'adresse du consommateur.

Dans ces trois affaires, la Cour suprême a clarifié les conditions requises pour la certification ou l'autorisation des recours collectifs, en adoptant une voie différente de celle empruntée par les tribunaux

28. *Ibid.*, au para 94.

29. *Club Resorts Ltd c Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 RCS 572. Pour un examen plus approfondi de la question de la portée extraterritoriale de la loi canadienne sur la concurrence, voir George N. Addy, Chris Margison et Ryan Doig, *National Sovereignty and the Enforcement of Competition Law: Striking the Right Balance* (23-24 septembre 2004), en ligne : Davies Ward Phillips & Vineberg : <<http://www.dwpv.com/images/CBACompetitionConferenceNationalSovereigntyandtheEnforcementofCompetitionLaw.PDF>>.

30. *Supra*, note 3.

31. *Ibid.*

32. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c P-40.1, art 20-21 abrogés ; art 54.1-54.2.

américains³³. Toutefois, les nombreuses questions soulevées par les parties devront être réexaminées par les juges des procès au fond, et l'issue de ces litiges est loin d'être certaine. Les consommateurs ne doivent donc pas trop tôt crier victoire.

2. L'AFFAIRE *CHATR*³⁴ EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ TROMPEUSE

Dans cette action, la commissaire de la concurrence demandait au tribunal de déclarer que Rogers Communication inc et ChatrWireless inc avaient fait des déclarations fausses, trompeuses et non fondées sur un test suffisant et approprié, ce qui constitue une pratique révisable selon la *Loi sur la concurrence*³⁵. En effet, *Chatr* aurait fait une campagne publicitaire d'envergure nationale, notamment sur les réseaux sociaux, annonçant son service de téléphonie sans fil avec des slogans tels que :

You will have no worries when talking on your cell phone (parle relax);

You will have worry-free unlimited talk (appels illimités sans souci) (parle au max, parle relax);

You will have fewer dropped calls than customers of the new wireless carriers (moins d'appels interrompus qu'avec les nouveaux opérateurs sans-fil).³⁶

Selon la commissaire, ces annonces étaient fausses, trompeuses et non étayées par des épreuves suffisantes et appropriées, puisqu'elles laissaient entendre qu'il y avait une différence significative du taux d'appels interrompus entre les opérateurs, alors qu'en fait la différence n'était pas appréciable et parce que, dans certains marchés, *Chatr* avait un taux plus élevé d'appels interrompus qu'au moins un autre opérateur.

La cour ne donnera raison que partiellement à la commissaire et ce faisant, se prononcera sur une série de points d'importance. Le

33. La Cour suprême des États-Unis a refusé que les acheteurs indirects puissent intenter un recours collectif fondé sur le droit anti-trust fédéral : *Illinois Brick Co v Illinois*, 431 US 720.

34. *Supra*, note 3.

35. *Supra*, note 22. Notez qu'au moment de l'introduction de l'action en justice, M^{me} Melanie Altken occupait le poste de commissaire de la concurrence ; elle a été remplacée en septembre 2012 par M. John Pecman : *Le commissaire de la concurrence John Pecman*, 24 septembre 2012, en ligne : Bureau de la concurrence : http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00109.html.

36. *Chatr*, *supra*, note 4, au para 134.

plus important porte sur le critère qui doit être utilisé pour juger du caractère trompeur d'une indication : le critère du consommateur crédule, ou celui du consommateur moyen³⁷, ou encore dans le cas d'un bien sophistiqué comme un service de téléphonie sans fil, celui du consommateur renseigné³⁸. Déjà la Cour suprême, dans l'affaire *Richard c Time Inc*³⁹, se prononçant sur une disposition de la *Loi sur la protection du consommateur*⁴⁰, avait opté pour le concept du consommateur « crédule et inexpérimenté ». La cour, dans l'affaire *Chatr*, estime que les législations ne partagent pas le même objectif :

[126] There is a difference between the purpose of Quebec's *Consumer Protection Act* and the purpose of the *Competition Act*. The Quebec legislation is intended to protect a vulnerable person from the dangers of certain advertising techniques [...]. The *Competition Act* is intended to maintain and encourage competition in Canada in order to "provide consumers with competitive prices and product choices" : see s. 1.1 of the *Competition Act*.

[127] The difference in purpose between Quebec's *Consumer Protection Act* and the *Competition Act* is a relevant consideration in determining the proper consumer perspective to be applied to the contentious representations.

[128] *Richard v Time Inc* defines the person considering the advertisement in three ways: credulous, inexperienced and a consumer. I take this as a starting point for determining the proper consumer perspective for the purposes of this Application.

[129] The consumer in *Richard v Time Inc* was less of a consideration because that case involved a representation made to the public at large. In this Application, a consideration of the mass media advertising leads to the conclusion that the consumer is a person wanting unlimited talking and texting wireless services, as well as cost certainty.

[130] Accepting that the consumer is credulous in the context of this Application means that the consumer is willing to believe

37. *R. v Viceroy Construction Co*, 23 CPR (2d) 281, [1975] OJ 2596 (CA).

38. *R. v International Vacations Ltd*, 33 OR (2d) 327, 56 CPR (2d) 251, [1980] OJ 3896 (CA) et l'analyse de David M.W. Young et Brian R. Fraser, *Canadian Advertising and Marketing Law*, vol. 1, (Toronto, Carswell, feuilles mobiles, 2012-2), aux p 1-36 et 1-37. Voir aussi Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6^e éd., (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011) au n° 488, à la p 492.

39. 2012 CSC 8, [2012] 1 RCS 26.

40. *Supra*, note 32, art 218.

the fewer dropped calls claim because it is contained in public representations to that effect.

[131] The requirement that the consumer be inexperienced is more difficult to apply. The consumer by definition resides in a segment of the wireless services market that wants unlimited talking and texting wireless services. Such a consumer cannot be viewed as inexperienced with wireless talking and texting, otherwise the consumer would not reside in a segment of the wireless services market. For example, the consumer might know that he or she wants certainty in their wireless monthly bill due to a previous bad experience with unexpected cell phone fees. In addition, the consumer knows that he or she wants talking and texting wireless services and that he or she wants those services in an unlimited way. Accordingly, I am satisfied that the lack of experience relates to the technical information contained in the advertisements. For example, the advertisements claim that *Chatr* will drop fewer calls because of its cell site density. It is this aspect of the claim with which the consumer lacks experience.

[132] I am satisfied therefore that the consumer perspective in this case is that of a credulous and technically inexperienced consumer of wireless services.⁴¹

Appliquant ce critère, le juge estimera que les indications suggéraient au consommateur qu'il y aurait un taux moins élevé d'appels interrompus sur le réseau de *Chatr* et que ce réseau était plus fiable que les autres. Toutefois, les annonces ne laissaient pas croire que la différence d'appels interrompus entre les réseaux serait appréciable. La cour explique :

Where price is not a factor, I find it difficult to believe that a consumer would choose a network that offered only a few more dropped calls. [...] I am satisfied that the credulous and technically inexperienced consumer would choose a network that offered fewer dropped calls to avoid the possibility of an important call being dropped.⁴²

Chatr offrait-elle un service plus fiable, avec moins d'appels interrompus ? La décision illustre la difficulté de fournir des preuves de comparaisons fiables. La commissaire proposait de comparer les « switch generated data », les données générées des connecteurs

41. *Chatr*, *supra*, note 4, aux para 126-132.

42. *Ibid*, aux para 277-279.

d'appels, mais la cour estime que ces données ne sont compilées de façon uniforme par les opérateurs, rendant les comparaisons non fiables. La cour par contre acceptera les tests comparatifs d'appels en voiture, compilés par Rogers, indiquant :

[295] The phrase “adequate and proper test” is not defined in the *Competition Act*. Whether a particular test is “adequate and proper” will depend on the nature of the representation made and the meaning or impression conveyed by that representation. Subjectivity in the testing should be eliminated as much as possible. The test must establish the effect claimed. The testing need not be as exacting as would be required to publish the test in a scholarly journal. The test should demonstrate that the result claimed is not a chance result: [...]

[303] The burden of proving that the fewer dropped calls claim was adequately and properly tested lies upon the respondents. Furthermore, the reliability of a new network can change over time, and therefore it is necessary to consider whether the drive testing results were always sufficiently current.

[304] I recognize that drive tests do not actually provide a measure of all dropped calls experienced on a network. Drive tests estimate the actual dropped call rate. As well, drive test results are results occurring in the particular conditions under which the drive test took place. These qualifications are counterbalanced by evidence that proved that benchmark drive testing is used all over the world to compare network performance.

[305] I also recognize that drive testing is conducted outdoors. According to the evidence, more than half of the cell phone calls with which we are concerned were likely made indoors. Indoor testing occurred after the fewer dropped calls claim was made. Mr. Michael Tiplady reviewed the indoor testing results and offered the opinion that the results of the indoor testing were consistent with Rogers' earlier drive test results. Mr. Tiplady's evidence, which as indicated earlier I accept, and the evidence that wireless networks improve with time, support the conclusion that the drive testing results are an adequate and proper basis for the fewer dropped calls claim both indoors and outdoors.

[306] The *Competition Act* requires an adequate and proper test of a performance claim. Significantly, benchmark drive

testing is accepted universally as a way of comparing key performance indicators, including dropped call rates, on different networks. Drive testing does not have to be a perfect test to be an adequate and proper test.

[307] The demand of wireless operators for reliable drive test results has given rise to a \$300 million per year industry. To state that billions of dollars have been invested world-wide in wireless networks is to state a well-known and easily confirmed fact. Some significance must be attached to evidence that the persons who invested these significant sums rely on benchmark drive testing.

[...]

[316] I am satisfied by the evidence that drive testing is a standardized international method for comparing the performance of wireless networks.

[317] I am satisfied by the evidence that drive tests are capable of adequately and properly testing the respondents' fewer dropped calls claim.

Le tribunal établira que les services de *Chatr* étant offerts dans six villes canadiennes, soit Vancouver, Calgary, Edmonton, Toronto, Ottawa et Montréal, *Chatr* se devait de prouver que son service comportait moins d'appels interrompus dans chacune de ces villes. Une impression fondée sur la supériorité de son réseau (en raison d'une plus grande densité, une meilleure réception des signaux, une transition en douceur hors zone) ne suffisait pas. Des épreuves suffisantes et appropriées devaient avoir été faites avant la sortie des annonces dans chaque ville.

Les intimés n'ayant pas effectué les tests appropriés dans les villes de Calgary, Edmonton, Montréal et Toronto, le tribunal conclut que ceux-ci ont eu un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b).

Les intimés invoquaient de plus en défense que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* violaient la liberté d'expression consacrée par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴³. La cour, tout en reconnaissant que l'alinéa 74.01(1)b) porte atteinte à la liberté d'expression, conclut que la disposition est constitutionnelle

43. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 1.1.

puisqu'elle constitue une limite raisonnable qui se justifie au sens de l'article 1 de la Charte. La validité des sanctions administratives pécuniaires est aussi confirmée par la cour : la partie VII.1 de la *Loi sur la concurrence* relève du domaine réglementaire et non criminel, les dispositions ne prévoient pas de peines d'emprisonnement et n'ont pas un but punitif⁴⁴. Donc elles ne mettent pas en cause l'article 11 de la Charte canadienne⁴⁵.

Le 21 février 2014, la Cour supérieure de l'Ontario a condamné Rodgers et Chatr au paiement d'une sanction administrative pécuniaire de 500 000 \$⁴⁶. Cette sanction montre bien l'importance de respecter les prescriptions légales relatives à la publicité. La décision est aussi importante puisqu'elle permet de mieux cerner les obligations des entreprises qui lancent une campagne publicitaire. Le commerçant qui met de l'avant des qualités de son service ou de ses marchandises doit pouvoir produire à l'appui de ses prétentions des études sérieuses faites avant le début de la publicité et ce, dans chacun des marchés visés. Des déclarations basées sur ses impressions ou son appréciation subjective ne seront pas admises. Selon la cour, les slogans seront analysés selon ce qu'en comprendrait un consommateur crédule mais, dans le cas de produits sophistiqués, ayant une certaine connaissance du produit concerné. Des expressions comme un service « sans souci » « with no worries » ne sont pas des simples exagérations sans conséquence, « du « battage » véniel qui ne donne [...] aucune cause d'action »⁴⁷. En matière de publicité, la vantardise doit se mériter et l'étalage sans fondement de prétendues qualités supérieures peut coûter cher.

3. **L'AFFAIRE BOULANGERIE ST-MÉTHODE INC⁴⁸** **EN COMMERCIALISATION TROMPEUSE**

La Boulangerie St-Méthode inc (ci-après « St-Méthode ») est une boulangerie qui offre des pains santé et utilise depuis plusieurs années, en relation avec ses pains, une capsule portant les mots « sans gras sans sucre ajoutés » dans un cercle rouge barré d'une diagonale rouge. Un concurrent, la Boulangerie Canada Bread ltée (ci-après « Canada Bread »), a commencé, dans le but de s'emparer d'une partie de la clientèle de St-Méthode, à utiliser la même capsule sur

44. Para 74.1(2) de la *Loi sur la concurrence*, *supra*, note 22.

45. *Supra*, note 43.

46. *Canada (Commissioner of Competition) v Chatr Wireless Inc*, 2014 ONSC 1146.

47. *Erven Warnink BV v J Townend & Sons (Hull) Ltd*, [1979] 2 All ER 927, 933 (HL), tel que cité par le juge Estey dans l'affaire *Consumers Distributing Co c Seiko*, [1984] 1 RCS 583, à la p 597.

48. *St-Méthode (QCCA)*, *supra*, note 5.

les présentoirs et les commères d'étalage près de ses pains. L'action de St-Méthode pour faire cesser cette pratique est accueillie par la Cour supérieure⁴⁹ qui, s'appuyant sur l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*⁵⁰ et l'article 1457 du *Code civil du Québec*, conclut à concurrence déloyale et prononce l'ordonnance d'injonction permanente. La Cour d'appel, quant à elle, rejette le pourvoi que forme Canada Bread.

Les deux décisions, de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, sont intéressantes puisqu'elles se prononcent sur plusieurs aspects-clés du délit de concurrence déloyale par confusion⁵¹. D'abord, elles rappellent combien nos tribunaux suivent en ce domaine les ratios des arrêts de common law. Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel citeront des décisions de common law, notamment la décision *Ciba-Geigy Ltd c Apotex Inc*⁵², pour analyser le concept de concurrence déloyale par confusion et ses conditions d'application, qui sont « 1) L'existence d'un achalandage ; 2) La déception du public due à la représentation trompeuse ; 3) Les dommages actuels ou possibles pour le demandeur »⁵³. De plus, la Cour d'appel prendra en considération le caractère intentionnel de l'usurpation comme indice du caractère distinctif de la capsule :

[30] La copie intentionnelle de la pastille ne fait pas de doute, dans le contexte d'une décroissance importante, dans le marché québécois, des ventes du pain Bon Matin, fabriqué par l'appelante. Cela étant, le juge retient, à bon droit, qu'il s'agit là d'un « indice de son caractère distinctif ». [...] [Références omises]

[31] Une telle inférence a d'ailleurs été tirée par notre Cour dans l'arrêt *T-Rex*⁵⁴.

[32] Enfin, comme le souligne le juge, il est paradoxal de constater que l'appelante conteste avec la dernière énergie et à grands frais le recours de l'intimée [...] pour obtenir le droit d'utiliser une pastille sans caractère distinctif à laquelle ne serait rattaché aucun achalandage !

49. *Boulangerie St-Méthode inc c Boulangerie Canada Bread ltée*, 2012 QCCS 83 [*St-Méthode (QCCS)*].

50. LRC 1985, c T-13.

51. Les deux décisions rejettent aussi d'autres prétentions des parties, comme une demande de dommages punitifs et une demande reconventionnelle de procédure abusive. Nous ne traiterons que la question du délit de confusion.

52. [1992] 3 RCS 120.

53. *St-Méthode (QCCS)*, *supra*, note 49, au para 54.

54. *T-Rex Véhicules inc c 6155235 Canada inc*, [2008] RJQ 1333 (CA).

En second lieu, les décisions illustrent à quel point une marque composée de mots descriptifs peut néanmoins acquérir un sens secondaire, c'est-à-dire devenir distinctive des marchandises d'une entreprise. La Cour d'appel accepte sur ce point la décision du juge de première instance. Les éléments de la capsule, pris séparément, comme les mots « sans gras sans sucre ajoutés » ne peuvent devenir distinctifs. Cependant « c'est l'ensemble de ces éléments, le tout que constitue la pastille, qui devient un signe distinctif »⁵⁵.

Sur ce point, la Cour supérieure n'avait pas retenu le témoignage d'un expert en marketing qui, s'appuyant entre autres sur des sondages, concluait au caractère descriptif de la capsule. La Cour d'appel rappelle les conditions d'admissibilité des sondages et des preuves d'expert. Tel qu'établi dans l'affaire *Masterpiece*⁵⁶, les sondages doivent satisfaire des conditions de fiabilité et de validité. Or dans les sondages soumis, les répondants n'avaient pas la possibilité d'indiquer que la pastille était à la fois descriptive et distinctive, ce qui rendait les réponses peu probantes. Quant au témoignage de l'expert en marketing, la Cour d'appel doute de sa nécessité⁵⁷ :

[41] L'aspect distinctif d'un produit donné, de son emballage, doit être évalué selon la perception d'un consommateur ordinaire, d'une clientèle moyenne, sans qu'intervienne nécessairement un expert. Celui-ci ne peut pas, quoi qu'il arrive, avoir le dernier mot sur une détermination qui est du ressort du juge qui, après avoir soupesé la preuve, y compris la preuve par expert, décide la question selon la balance des probabilités.

[42] D'ailleurs, la documentation juridique foisonne d'information sur l'aspect distinctif d'une marque de commerce. Il ne s'agit pas là d'un domaine hautement technique et inconnu du juge [...]. Plusieurs critères permettent de conclure qu'un symbole est distinctif malgré une apparence descriptive. Mentionnons par exemple la durée d'utilisation du symbole, la preuve par sondage, le niveau des ventes, la publicité et la copie intentionnelle du symbole [...]. La plupart de ces éléments ne

55. *St-Méthode (QCCA)*, *supra*, note 5, au para 107.

56. *Masterpiece Inc c Alavida Lifestyles Inc*, 2011 CSC 27, [2011] 2 RCS 387.

57. La cour ici réfère aux conditions posées par la Cour suprême pour l'admissibilité des preuves d'expert. Voir la toute dernière décision *R. c Sekhon*, 2014 CSC 15, au para 43 : « Comme le dit la Cour dans l'arrêt *R. c Mohan*, [1994] 2 RCS 9, 20-23, puis le confirme dans *R. c J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 RCS 600 et *R. c D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 RCS 275, l'admissibilité de la preuve d'expert tient au respect des critères suivants : 1) la pertinence, 2) la nécessité d'aider le juge des faits, 3) l'absence de toute règle d'exclusion et 4) la qualification suffisante de l'expert ».

requièrent pas d'expertise. De surcroît, bien qu'une expertise puisse éclairer le tribunal, le juge « reste l'arbitre final et n'est pas lié par le témoignage des experts ». [...] [Références omises]

La décision de la Cour d'appel nous renseigne aussi sur le test de la confusion, cette « représentation trompeuse qui amène le public « ou est susceptible de l'amener à croire »⁵⁸ que les produits imités sont ceux du commerçant ayant la marque de commerce établie »⁵⁹. Elle rappelle que « l'exercice évalue la situation du consommateur pressé ayant un vague souvenir de la marque de commerce »⁶⁰ et ne trouve pas d'erreur manifeste et déterminante dans la décision de la Cour supérieure. Le fait que la capsule n'ait été utilisée par Canada Bread que sur les commères d'étalage et sur les présentoirs des pains, et non sur les emballages des pains eux-mêmes, ne suffit pas à empêcher la confusion. Comme elle le souligne, « [...] la pastille occupait un endroit névralgique, sur les commères d'étagères. Il était bien difficile de la rater ! »⁶¹. Enfin au niveau du préjudice, la Cour d'appel estime que le juge de première instance était fondé, en raison de cette confusion, de conclure à l'existence d'un préjudice probable, puisque l'action en concurrence déloyale ne demande pas la preuve d'un dommage actuel et quantifiable⁶². Bref, voilà une décision de la Cour d'appel qui, en peu de pages, nous rappelle l'essentiel du délit de confusion au Québec.

4. L'AFFAIRE *TERVITA CORP. c CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)*⁶³ EN MATIÈRE DE FUSION

Cet arrêt de la Cour d'appel fédérale porte sur la première fusion contestée au fond devant les tribunaux depuis près de dix ans⁶⁴. Dans sa décision, la Cour rejette deux appels intentés contre

58. *Kisber & Co Ltd c Ray Kisber & Associates Inc*, 1998 CanLII 12807 (QCCA),

59. *St-Méthode (QCCA)*, *supra*, note 5, au para 58.

60. *Ibid.*

61. *St-Méthode (QCCA)*, *supra*, note 5, au para 56.

62. *St-Méthode (QCCA)*, *supra*, note 5, au para 61.

63. *Supra*, note 6.

64. La dernière demande selon l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* (contestation au fond d'une fusion) intentée par le Commissaire de la concurrence remonte au 26 avril 2000 : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services*, 2001 Trib conc 3, [2001] CCTD No. 32, 15 CPR (4th) 5. Il importe de souligner que cette affaire s'est résolue le 3 octobre 2001, nettement plus rapidement que la contestation au fond de la fusion entre Superior Propane et ICG Propane, intentée plus d'un an avant (le 23 décembre 1998). L'affaire *Superior Propane* a fait l'objet de quatre décisions quant au fond : deux par le Tribunal de la concurrence et deux par la Cour d'appel fédérale dont la dernière ne fut rendue que le 31 janvier 2003. Voir *infra*, note 72.

une décision du Tribunal de la concurrence⁶⁵ (ci-après « le Tribunal ») qui, en concluant que la fusion sous étude empêchait sensiblement la concurrence au sens de l'article 92 de la *Loi de la concurrence*⁶⁶ (ci-après « la Loi »), a ordonné à la partie acquéreur, Tervita Corp, de se départir de l'actif principal qu'elle a acquis au moyen de cette fusion. Dans les prochaines pages, nous résumons les aspects saillants de cette affaire dont l'importance est telle que la Cour suprême du Canada a cru bon d'accorder la permission d'appeler de la décision de la Cour d'appel fédérale⁶⁷. La dernière fois que le plus haut tribunal a entendu un appel en matière de fusion remonte à plus de 15 ans dans l'affaire *Southam*⁶⁸.

En ce qui a trait à la procédure, il importe de souligner que *Tervita* est unique à deux égards. D'abord, c'est la première fois qu'une transaction n'atteignant pas les seuils de préavis de fusions⁶⁹ est contestée au fond par la commissaire devant le Tribunal. De plus, au moment du dépôt de la demande de la commissaire en vertu de l'article 92, la transaction était déjà achevée, bien que les objections de la commissaire aient été communiquées aux parties à la transaction entre la date de signature de l'acte de vente et le « closing » final (une période de six mois)⁷⁰. Avant cette affaire, les fusions contestées par la commissaire étaient toutes des transactions devant faire l'objet d'un préavis en vertu de la Partie IX de la Loi et donc n'étaient pas complétées au moment de la demande intentée en vertu de l'article 92⁷¹.

Au niveau du droit, la cause est d'intérêt principalement pour deux raisons. D'abord, c'est la première fois que la commissaire

65. *Commissioner of Competition c CCS Corp*, 2012 Comp Trib 14 (ci-après « Tervita (TC) »).

66. *Supra*, note 22.

67. *Tervita Corp c Canada (Commissaire de la concurrence)*, demande d'autorisation d'appel accordée le 11 juillet 2013 : 2013 CanLII 42521 (CSC).

68. *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Southam Inc*, [1997] 1 RCS 748.

69. Pour être assujettie à l'obligation de préavis, une transaction doit atteindre deux seuils : 1) le seuil dit, « des parties », c'est-à-dire que les parties ont collectivement, soit un actif, soit des revenus bruts provenant de ventes au Canada d'au moins 400 millions \$ (para 109(1) ou (2) de la Loi), et 2) le seuil dit « de la transaction », qui exige que la valeur de la transaction excède la valeur minimale décrétée par règlement pour l'année en question (para 110(8) de la Loi). Pour 2014, cette valeur est de 82 millions \$: Avis (Ministère de l'industrie) (2014) Gaz C I, 106.

70. *Tervita (CAF)*, *supra*, note 6, au para 16.

71. Les dispositions de la Loi régissant les transactions assujetties à l'obligation de préavis interdisent aux parties à la transaction d'achever la transaction avant la fin de la période prévue à la Loi pour permettre à la commissaire d'étudier l'avis (para 114(1) et al 123(1a)) ou, si la commissaire décide d'exiger la production de documents supplémentaires en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi, avant la fin de la période prévue pour l'étude de ces renseignements supplémentaires (al 123(1b)).

conteste une fusion en raison de l'empêchement manifeste de la concurrence que cette dernière causerait. Dans toutes les contestations antérieures, il était avant tout question de diminution sensible de la concurrence et les arguments fondés sur l'empêchement, s'ils étaient avancés, ne l'étaient que de façon secondaire. Deuxièmement, les parties dans *Tervita* ayant présenté une défense fondée sur les gains en efficience (en vertu de l'article 96 de la Loi), il s'agit de la première fusion à laquelle on applique le cadre analytique élaboré par la Cour d'appel fédérale dans son arrêt de principe rendu dans l'affaire *Canada (Commissaire de la concurrence) c Superior Propane*⁷². Dans la décision *Superior Propane*, la Cour a interprété la disposition législative qui crée la défense – l'article 96 – et a énoncé un certain nombre de principes directeurs pour guider l'exercice de pondération des gains en efficience contre les effets anticoncurrentiels⁷³.

4.1 L'empêchement sensible de la concurrence

Sans entrer dans les détails, il importe de décrire brièvement les faits à l'origine de la transaction parce qu'ils mettent en relief ce pourquoi la transaction a été évaluée sous l'angle de l'empêchement de la concurrence.

Tervita Corp est une entreprise de traitement de déchets dangereux oeuvrant dans le nord-est de la Colombie-Britannique. Le traitement des déchets dangereux étant une activité réglementée en vertu de la *Loi sur la gestion de l'environnement* provinciale, il n'y a qu'un nombre limité de permis d'exploitation de sites d'enfouissement de ces déchets. Dans la région géographique dans laquelle *Tervita* exploite ses activités, il n'y a que quatre permis émis pour des sites d'enfouissement – *Tervita* en détient deux, un site est à toutes fins pratiques inaccessible et un quatrième était détenu par l'entreprise *Babkirk Land Services (BLS)*, pour un site dénommé le site *Babkirk*. Après plusieurs tentatives de se livrer à l'exploitation du site *Babkirk*,

72. L'affaire *Superior Propane* a fait l'objet de quatre décisions – deux par le Tribunal de la concurrence et deux par la Cour d'appel fédérale. *Commissaire de la concurrence c Supérieur Propane inc*, 2000 Trib Conc 15 [*Supérieur Propane 1*] ; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Supérieur Propane Inc*, 2001 CAF 104, [2001] 3 CF 185 [*Supérieur Propane 2*] ; *Commissaire de la concurrence c Supérieur Propane inc*, 2000 Trib Conc 16 [*Supérieur Propane 3*] ; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Supérieur Propane inc*, 2003 CAF 53, [2003] 3 CF 529 [*Supérieur Propane 4*]. C'est dans *Supérieur Propane 2* que la Cour d'appel fédérale a interprété l'article 96 de la Loi, qui enchâsse la défense dite « des gains en efficience » et a élaboré les principes applicables à l'application de cette disposition.

73. L'article 96 exige que les gains en efficience attribuables à la fusion « surpasseront et neutraliseront » les effets anticoncurrentiels.

les propriétaires de BLS décident de le vendre. Ils ont reçu deux offres par des acheteurs potentiels mais celles-ci n'ayant pas abouti à une vente définitive, les propriétaires ont décidé d'accepter une offre d'achat de *Tervita*⁷⁴.

Comme les faits en témoignent, *Tervita* était, à toutes fins pratiques, un monopoliste dans un marché grandement réglementé avec des barrières considérables à l'entrée. Dans un tel contexte, l'effet anticoncurrentiel de la transaction qui préoccupait la commissaire était que la transaction enlevait à une tierce partie la possibilité d'exploiter le site Babkirk pour faire concurrence à *Tervita*.

Devant la Cour d'appel fédérale, les parties à la fusion ont plaidé que le Tribunal avait commis quatre erreurs dans sa décision où il concluait que la transaction allait empêcher sensiblement la concurrence au sens de l'article 92 de la Loi⁷⁵. Bien que leurs allégations aient été formulées comme touchant l'équité procédurale ou l'appréciation de la preuve⁷⁶, l'essentiel des objections des parties portait en fait sur la façon dont le Tribunal avait évalué s'il y avait un empêchement de la concurrence au sens de l'article 92. En rejetant l'ensemble des motifs d'appel fondés sur l'empêchement de la concurrence, la Cour d'appel fédérale a clairement accepté tant le cadre analytique élaboré par le Tribunal que la façon dont le Tribunal l'a appliqué aux faits. Vu l'importance éventuelle de ce cadre, nous en résumons les grandes lignes et ferons une remarque sur son application aux faits dans cette affaire.

Un nouveau cadre d'analyse était de mise parce que l'évaluation d'un empêchement de la concurrence est fondée entièrement sur des prédictions. Même si, de façon générale, l'évaluation des effets anticoncurrentiels d'une fusion nécessite une certaine projection dans le temps, dans le cadre d'une évaluation d'une diminution de la concurrence, on prend comme point de départ un niveau de concurrence *existant* – et donc déterminable, du moins dans les limites de la preuve économique. Par contre, pour établir un empêchement de la concurrence, il faut porter un jugement sur le niveau de concurrence qui *pourrait* raisonnablement survenir dans un avenir proche dans le marché en question. La nécessité de se livrer à un exercice de prédiction est évident dans les deux étapes du cadre analytique élaboré par le Tribunal : i) une évaluation de la causalité (un test

74. *Tervita (CAF)*, *supra*, note 6, aux para 4 à 15.

75. *Ibid.*, au para 50.

76. La décision se prononce aussi sur la question de la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal de la concurrence. Nous n'aborderons dans cette chronique que les questions relatives au droit de la concurrence.

« but for ») – est-ce que la transaction permet aux parties d'exercer une plus grande puissance commerciale que celle qu'elles auraient en l'absence de la transaction ? – et ii) une évaluation des nouveaux entrants ou des participants actuels dans le marché – sont-ils en mesure d'exercer une pression compétitive suffisante (et dans un avenir suffisamment proche) pour contrecarrer les effets sensibles de la fusion sur la concurrence ?

Au niveau de l'application de ce cadre aux faits, la Cour a confirmé le raisonnement du Tribunal. Il importe toutefois de souligner les remarques de la Cour concernant la période pertinente pour la deuxième partie de l'analyse (entrants possibles ou possibilités de concurrence par des participants existants). Les parties prétendaient que ce dernier volet du cadre analytique ne pouvait pas porter sur la situation postérieure à la date à laquelle la fusion prend effet. En rejetant clairement cet argument, la cour a insisté plutôt sur le contraire, c'est-à-dire que l'analyse d'un empêchement étant fondamentalement orienté vers l'avenir, il faut justement examiner quels événements sont susceptibles de survenir après la date de la fusion. Ce qui constitue un horizon de temps « raisonnable » variera avec la nature du marché en question mais devrait, selon la cour : i) être déterminable et ii) correspondre approximativement à la période de temps utilisée pour évaluer les barrières à l'entrée. En l'espèce, la cour a jugé raisonnable la période de temps après la date de la transaction (environ 21 mois) sur laquelle le Tribunal a effectué son analyse⁷⁷.

4.2 Les gains en efficience

Tel que mentionné ci-dessus, l'affaire *Tervita* constitue la première transaction contestée depuis l'affaire *Supérieur Propane*, mettant en jeu une défense fondée sur les gains en efficience prévue à l'article 96 de la Loi. Bien que l'approche entérinée par la Cour d'appel fédérale dans *Supérieur Propane 2* – celle des effets pondérateurs (*balancing weights approach*) – ait été appliquée dans *Supérieur Propane 3* (l'affaire a été renvoyée au Tribunal de la concurrence

77. Cette évaluation portait principalement sur la faisabilité du plan d'exploitation du site par les parties à la transaction parce que les parties soutenaient que, peu importe qui était le propriétaire du site de Babkirk, le site serait exploité principalement comme site de bio-remédiation – un service distinct du traitement de déchets fait aux autres sites de *Tervita*. Le Tribunal a conclu qu'une telle exploitation du site n'était pas faisable et allait échouer à court terme et que cet échec mènerait inévitablement à la conversion du site de Babkirk en site de traitement de déchets. Le Tribunal a donc conclu que si la transaction n'avait pas eu lieu, le site de Babkirk aurait été exploité de façon à faire concurrence avec les autres sites de traitement de déchets détenus par *Tervita*.

pour une réévaluation de la question des gains en efficience), son application dans *Tervita* est le premier test de sa durabilité.

Afin de mettre en contexte les conclusions de la Cour d'appel fédérale dans *Tervita*, il faut souligner que la décision dans *Supérieur Propane 2* a marqué un virement important par rapport à l'interprétation de l'article 96 préconisée à l'époque par la commissaire dans ses lignes directrices sur les fusions, ce qui a nécessité une reformulation importante de ces dernières⁷⁸. Sans imposer un cadre précis, la cour a suggéré que l'approche des effets pondérateurs proposée par la commissaire était conforme aux objectifs de l'article 96 ainsi qu'aux objectifs généraux de la Loi (art 1.1). En endossant cette approche, la cour a insisté sur l'importance de la quantification des effets anticoncurrentiels afin de permettre une comparaison utile avec les gains en efficience allégués par les parties et elle a imposé le fardeau de la preuve de ces effets à la commissaire. La cour a toutefois accepté qu'il soit possible que certains effets anticoncurrentiels ne soient pas susceptibles de quantification et donc a laissé ouverte la possibilité de faire la preuve d'effets anticoncurrentiels de nature « qualitative ».

Dans *Tervita*, sans remettre en question ni l'approche des effets pondérateurs ni les principes directeurs élaborés dans *Supérieur Propane*, la décision de la Cour d'appel fédérale apporte des précisions à deux composantes de l'évaluation de la défense fondée sur les gains en efficience : i) ce en quoi consistent des gains en efficience « attribuables à la fusion » et ii) comment évaluer les effets anticoncurrentiels dits « qualitatifs ». En ce qui concerne la question des gains « attribuables à la fusion », la cour a confirmé la décision du Tribunal selon laquelle cette catégorie n'inclut que les gains réalisés ou réalisables par les parties en raison de la fusion⁷⁹.

En ce qui concerne l'évaluation des effets anticoncurrentiels dits « qualitatifs », cette question avait une importance démesurée dans *Tervita* à cause d'une stratégie de litige risquée – et en fin de

78. *Fusions – lignes directrices pour l'application de la loi*, 6 octobre 2011, en ligne : Bureau de la concurrence : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html>>. Celles-ci ont remplacé les lignes directrices antérieures, publiées en 2004, ainsi que le document portant sur la défense des gains en efficience, publié en 2009. Pour une analyse en profondeur de l'évolution de l'exception fondée sur les gains en efficience, ainsi qu'une proposition fort intéressante de critère d'évaluation alternative à l'approche des effets pondérateurs, voir : Karounga Diawara, « L'intégration des objectifs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'exception d'efficience », (2012) 53:2 *Cahiers de droit* 257.

79. Les gains réalisés par l'entreprise fusionnée pour d'autres raisons, comme une exploitation plus rapide d'un site, ne doivent pas être pris en compte : *Tervita (CAF)*, *supra*, note 6, au para 135. La cour ajoute qu'il y avait une deuxième raison pour exclure ces gains – les parties ne les avaient pas vraiment réalisés dans les faits, aux para 136-137.

compte, mal avisée – employée par la commissaire. Devant le Tribunal, sans nier que la décision dans *Superior Propane* a clairement conclu que le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels de la transaction lui incombait, la commissaire était d'avis qu'elle n'avait pas besoin de faire cette preuve tant que les parties n'avaient pas fait la preuve des gains en efficience attribuables à la transaction. Elle n'a donc présenté aucune preuve quantitative des effets anticoncurrentiels de la transaction. Le Tribunal a rejeté cet argument de la commissaire, insistant que les parties, pour avoir droit à une défense pleine et entière, avaient besoin de la preuve des effets anticoncurrentiels, notamment du calcul détaillé de la perte sèche, le composant de base de toute preuve quantitative des effets anticoncurrentiels. Néanmoins le Tribunal a permis à la commissaire de présenter une quantification approximative de la perte sèche en réplique à la preuve des gains des parties. C'est en se fondant sur ce calcul approximatif, ainsi que son appréciation des effets anticoncurrentiels dits « qualitatifs » de la transaction, que le Tribunal en est arrivé à la conclusion que les gains en efficience attribuables à la transaction n'étaient pas suffisants pour « surpasser » et « neutraliser » les effets anticoncurrentiels de la transaction, tel que l'exige l'article 96 de la Loi.

Les parties ont allégué que le Tribunal avait commis plusieurs erreurs dans son appréciation des gains en efficience, dont deux ont été reconnues par la cour : i) la décision du Tribunal de permettre à la commissaire de faire une preuve « approximative »⁸⁰ de la perte sèche en réplique et ii) la méthode d'appréciation des effets anticoncurrentiels qualitatifs qu'a employée le Tribunal. Sur la question de la preuve de la perte sèche, la cour a trouvé qu'il y avait lieu d'écarter la preuve faite en réplique et donc que la commissaire ne s'est pas déchargée de son fardeau. Cependant la cour n'a pas accepté l'argument des parties à l'effet que cette absence de preuve permettait de conclure qu'il n'y avait aucun effet anticoncurrentiel (c'est-à-dire que les effets avaient une valeur numérique de zéro). Au contraire, il fallait prendre pour acquis que les effets existaient mais qu'ils étaient *indéterminés*. Passant ensuite à la pondération des effets qualitatifs de la transaction, la Cour d'appel fédérale a carrément rejeté l'approche du Tribunal, en la qualifiant de « subjective ». Citant les décisions dans *Supérieur Propane 3* et *Supérieur Propane 4*, la cour a insisté sur l'importance capitale d'évaluer les effets anticoncurrentiels de façon objective ou, du moins, de façon raisonnable pour respecter l'approche globale établie par *Supérieur Propane 2* – il faut privilégier d'abord la quantification précise des effets, ensuite une quantification plus approximative et seulement, en dernier lieu, une pondération

80. Le jugement, rendu en anglais, utilise le terme « rough calculation ».

d'effets qui ne sont pas susceptibles de quantification. En adoptant cette approche « objective », la cour a écarté les deux effets qualitatifs retenus par le Tribunal : i) l'impact sur la qualité de l'environnement⁸¹ (un effet qui, selon la Cour, tombe en dehors des objectifs de la *Loi sur la concurrence*) et ii) la disponibilité de certains avantages autres que des baisses de prix (un effet qui aurait dû, en appliquant l'approche de *Supérieur Propane*, être quantifié).

En dépit des erreurs qu'elle a reprochées au Tribunal, la cour n'a pas infirmé la conclusion ultime de ce dernier selon laquelle la défense des gains en efficience ne pouvait pas être retenue. Partant du constat que la valeur des gains en efficience attribuables à la transaction était très petite, elle conclut que même sans une quantification des effets anticoncurrentiels, la différence entre les gains et les effets anticoncurrentiels était, au mieux, marginale⁸². Une simple supériorité numérique entre les gains et les effets anticoncurrentiels, surtout lorsque la transaction a pour effet de perpétuer un monopole dans le marché⁸³, ne répond pas aux exigences de la Loi, puisque l'article 96 exige non seulement que les gains surpassent les effets, mais aussi qu'ils les neutralisent. Le volet « neutralisation » de l'article 96, qui doit être lu avec les objectifs de la Loi prévus à l'article 1.1, établit un seuil plus élevé que la réalisation de gains marginaux dont les bénéfices à l'économie risquent d'être négligeables⁸⁴.

5. L'AFFAIRE *R. c PÉTROLES GLOBAL*⁸⁵ EN MATIÈRE DE COMLOT

Dans cette décision de la Cour supérieure du Québec, le juge Tôth a trouvé l'entreprise Pétroles Global coupable de complot de fixation de prix au sens de l'article 45⁸⁶ de la *Loi sur la concurrence*. Rendue suite à un procès entendu au fond, cette décision constitue une première à deux égards : i) c'est la première condamnation en

81. Parce que s'il y avait une plus grande concurrence dans le marché, les producteurs de déchets seraient incités à faire traiter une plus grande partie de leurs déchets.

82. *Tervita (CAF)*, *supra*, note 6, au para 169.

83. La cour suggère que l'existence d'un monopole a tendance à amplifier les effets anticoncurrentiels : *ibid.*, au para 173.

84. *Ibid.*, aux para 171 à 174.

85. *Supra*, note 7.

86. Les faits à l'origine du complot dont Pétroles Global a été accusée sont survenus avant l'entrée en vigueur de l'article 45, tel que modifié en 2009 (et entré en vigueur le 10 mars 2010). Voir *supra*, note 26. Le nouvel article 45 est une infraction *per se*, qui élimine la nécessité de faire la preuve des effets anticoncurrentiels du complot. La version antérieure de l'article 45 exigeait une preuve à l'effet que le complot soit de nature à diminuer sensiblement la concurrence. Pétroles Global a été accusée, et condamnée, en vertu de la version antérieure de l'article 45.

vertu du « nouveau » régime de droit pénal des organisations (adopté en 2004) d'une entreprise *ayant plaidé non coupable* et ii) c'est la première analyse dans une cause entendue au fond de la portée de la définition de « cadre supérieur » à l'article 2 du *Code criminel* – une des notions-clés du régime de droit pénal des organisations⁸⁷. Sur ce deuxième point, même s'il s'agit d'une décision de première instance, *Pétroles Global* risque d'avoir des retombées importantes pour le droit pénal de la concurrence ainsi que pour le droit pénal des entreprises en général. En fait, la Cour d'appel du Québec a accueilli en septembre 2013 une requête pour permission d'appeler de la condamnation de *Pétroles Global*, requête à laquelle la Couronne a consenti vu l'importance des questions de droit et de fait soulevées dans cette affaire⁸⁸.

Avant d'analyser la décision, il y a lieu de faire quelques commentaires sur la genèse du régime actuel de droit pénal des organisations, créé par voie de modifications législatives au *Code criminel* adoptées en 2003 et entrées en vigueur en 2004⁸⁹. Avant l'adoption de la loi modificatrice de 2003, connue dans les médias comme la *Loi Westray*⁹⁰, l'ancien régime, limité aux personnes morales, était ancré sur l'idée que la preuve des éléments de l'infraction ne pouvait se faire qu'en imputant le comportement de certains hauts dirigeants (des « âmes dirigeantes ») à la personne morale. Selon la jurisprudence de la Cour suprême⁹¹, la notion d'âme dirigeante se limitait à ceux qui exerçaient un pouvoir sur *les orientations* (« policy-making ») de la personne morale ; ceux qui exerçaient des pouvoirs de mise en œuvre de politiques, même si largement discrétionnaires, échappaient à la définition. Une des modifications les plus significatives que la *Loi Westray* a apportée au droit pénal des entreprises était celle d'écartier la notion d'âme dirigeante, dont la portée restreinte avait fait l'objet de nombreuses critiques, et de substituer à sa place une notion plus large, celle de « cadre supérieur ». Selon la définition ajoutée à

87. Avant *Pétroles Global*, il n'y avait que des commentaires *obiter dictum* faits dans le cadre de quelques décisions judiciaires portant sur l'imposition d'une peine à une entreprise ayant plaidé coupable à une infraction criminelle. Voir *R. c. Transpavé inc.*, 2008 QCCQ 1598 et *R. c. Metron Construction Corporation*, 2012 ONCJ 506 inf pour d'autres motifs : 2013 ONCA 541.

88. *Pétroles Global inc c R.*, 2013 QCCA 1604.

89. *Loi modifiant le Code criminel (responsabilité pénale des organisations)*, Projet de loi n° C-45 (sanctionné – 7 novembre 2003), 2^e sess., 37^e légis. (Can.), LC 2003, ch. 21 (ci-après *Loi Westray*).

90. Cette appellation fait référence à l'effondrement de la mine de charbon Westray à Plymouth en Nouvelle-Écosse. Vingt-six mineurs y ont perdu la vie. Bien que survenu en mai 1992, le « désastre Westray » est considéré comme l'évènement déclencheur qui a fait démarrer le processus de modification législative donnant naissance au régime actuel de droit pénal des entreprises.

91. *R. c. Canadian Dredge & Dock Co.*, [1985] 1 RCS 662 et *Rhône (Le) c Peter AB Widener (Le)*, [1993] 1 RCS 497.

l'article 2 du *Code criminel*, une personne est un cadre supérieur si : i) elle joue un rôle important dans l'élaboration des orientations de l'organisation, ou ii) elle assure la gestion d'un important domaine d'activités de celle-ci. L'ajout du deuxième volet de la définition avait pour but d'éliminer la distinction, jugée artificielle, entre d'une part les gestionnaires responsables des orientations (les « âmes dirigeantes » du droit antérieur) et d'autre part ceux qui sont responsables de la gestion au niveau opérationnel⁹².

Pour bien saisir l'importance de la notion de cadre supérieur, il faut également souligner que le *Code criminel* fait une distinction entre les infractions de négligence pénale (art 22.1) et celles de *mens rea* (art 22.2) par rapport aux personnes physiques dont la conduite est susceptible d'être imputée à l'organisation aux fins de prouver les éléments de l'infraction. L'article 22.1 permet l'imputation du comportement de tous les « agents » de l'organisation au sens du *Code criminel* (du moins pour les fins de la preuve des éléments matériels de l'infraction) ; il s'agit d'une définition large qui inclut les employés, les administrateurs, les mandataires et les entrepreneurs. L'article 22.2, par contre, indique que seul le comportement d'un « cadre supérieur » peut servir à prouver les éléments d'une infraction de *mens rea*.

L'infraction de complot pour fixation de prix à l'article 45 de la Loi étant une infraction de *mens rea*, la preuve dans *Pétroles Global* devait alors se faire conformément à l'article 22.2 du *Code criminel*, ce qui mettait l'interprétation de la notion de « cadre supérieur » au cœur de la poursuite. Il y a lieu ici de souligner que l'enquête menée sur le complot auquel on accusait Pétroles Global d'avoir participé – un complot de fixation des prix par les détaillants de l'essence dans la région de l'Estrie (surtout dans les villes de Sherbrooke et Magog) – se poursuivait déjà depuis plusieurs années et un bon nombre de personnes et d'entreprises avaient déjà plaidé coupable aux accusations portées contre elles. À l'aide des informations obtenues dans le cadre de ces plaidoyers, les enquêteurs avaient alors constitué un dossier de preuve considérable, notamment des communications téléphoniques interceptées par la police. Cette preuve révélait clairement que trois personnes à l'emploi de Pétroles Global étaient directement impliquées dans le complot entre les représentants de plusieurs détaillants concurrents⁹³. La question principale soulevée dans *Pétroles Global*

92. CANADA (Ministère de la Justice), *Responsabilité pénale des organisations : un guide en langage simple du projet de loi C-45*, aux p 4-5, en ligne Ministère de la Justice : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/c45/>>. Voir aussi, Todd Archibal, Kenneth Jull et Kent Roach, « The Changed Face of Corporate Criminal Liability », (2003-2004) 48 *Criminal Law Quarterly* 367, à la p 376.

93. *Pétroles Global (QCCS)*, *supra*, note 7, aux para 3, 6 et 8.

était donc si une ou plusieurs de ces trois personnes – MM. Payette, Bourassa et Leblond – qui avaient déjà avoué avoir participé au complot en leur qualité personnelle⁹⁴, étaient des cadres supérieurs au sens de la définition du *Code criminel*. Si oui, cette conduite était imputée à la compagnie, sinon, la poursuite contre elle échouait.

Cette question a été l'objet d'une enquête préliminaire avant le procès⁹⁵. Dans une décision soignée, le juge Chapdelaine qui présidait l'enquête préliminaire, a entrepris une étude approfondie de l'évolution du droit pénal des entreprises avant et après l'entrée en vigueur de la *Loi Westray* afin de cerner plus précisément la portée de la notion de cadre supérieur. Il est arrivé à la conclusion que le volet « gestion opérationnel » de la définition témoigne de l'intention du législateur de mettre l'accent sur les fonctions du gestionnaire plutôt que sur son statut dans la hiérarchie de l'entreprise⁹⁶. Appliquant cette interprétation aux faits, il a estimé que les trois gestionnaires exerçaient des fonctions de gestion telles qu'ils étaient tous des cadres supérieurs de Pétroles Global⁹⁷. Cette conclusion est significative par rapport à MM. Bourassa et Leblond parce que, contrairement à M. Payette (le numéro trois de la compagnie et membre de la haute direction), ils n'étaient que des représentants régionaux. Il s'agit de la première fois qu'un tribunal trouve que des gestionnaires de niveau intermédiaire (typiquement connus sous le nom de « middle manager ») – des personnes qui n'auraient pas été des âmes dirigeantes en vertu du régime antérieur – sont des cadres supérieurs. Il importe de souligner toutefois que la nature des fonctions qu'exerçaient MM. Bourassa et Leblond – ils jouissaient chacun d'une très grande autonomie dans l'établissement des politiques de prix applicables dans leur régions respectives – s'est avérée un facteur particulièrement pertinent pour la détermination de la responsabilité de l'entreprise pour une infraction de complot de fixation de prix⁹⁸.

La décision du juge Chapdelaine fut largement adoptée par le juge Tôth, qui a notamment endossé son interprétation de la notion de « cadre supérieur »⁹⁹. Il faut toutefois souligner une différence importante entre les deux décisions quant à l'application du droit aux faits. En déclarant coupable Pétroles Global, le juge Tôth a

94. M. Payette, Bourassa et Leblond ont plaidé « coupable » avant de subir leur procès et avant le procès de Pétroles Global : *Pétroles Global (QCCS)*, *supra*, note 7, aux para 2 et 7.

95. *R. c Pétroles Global*, 2012 QCCQ 5749 (juge Chapdelaine) (ci-après « Pétroles Global (QCCQ) »).

96. *Ibid*, aux para 80 à 82, 92.

97. *Ibid*, aux para 106 et 116.

98. *Ibid*, aux para 110 à 116.

99. *Pétroles Global (QCCS)*, *supra*, note 7, aux para 48 à 50.

fondé son analyse uniquement sur la participation de M. Payette¹⁰⁰. Ce faisant, il a malheureusement passé sous silence la question de savoir si la culpabilité de Pétroles Global aurait pu être fondée sur les comportements des deux gestionnaires régionaux de niveau intermédiaire. La question de l'étendue exacte de la notion de cadre supérieur demeurera donc ouverte tant que la Cour d'appel ne se sera pas prononcée. La réponse qu'elle donnera aura beaucoup d'importance parce que le Bureau de la concurrence continue à enquêter sur les complots de fixation de prix et le trucage d'offres, surtout au niveau régional et national. Une confirmation à l'effet que la catégorie de personnes dont le comportement est imputable à l'organisation inclut des gestionnaires régionaux pourrait éventuellement faciliter la tâche des procureurs dans les cas où le pouvoir de gestion des prix est fortement décentralisé.

100. *Ibid*, aux para 200 à 213.