

## À L'INTÉRIEUR

Profonds changements possibles à la *Loi sur la concurrence* : un projet de loi émanant d'un député poursuit son chemin

Le groupe du droit de la concurrence/antitrust de Stikeman Elliott est classé parmi les meilleurs au Canada

GCR 100 (2008)  
CHAMBERS GLOBAL 2008

Stikeman Elliott nommé « *cabinet d'avocats canadien de l'année* »

IFLR 2007  
CHAMBERS GLOBAL 2006

Le présent bulletin a été rédigé par des membres du groupe de la concurrence/antitrust de Stikeman Elliott.

RÉDACTRICE EN CHEF :  
SUSAN M. HUTTON  
shutton@stikeman.com

## Le couperet est tombé : une demande d'autorisation de recours collectif clé en matière de fixation des prix est refusée

KATHERINE KAY (kkay@stikeman.com), ELIOT KOLERS (ekolers@stikeman.com)  
ET MARK WALLI (mwali@stikeman.com)

Dans le cadre de la première décision contestée d'autorisation de recours collectif en Colombie-Britannique dans lequel des allégations de violation du droit de la concurrence sont en cause, la Cour suprême de la Colombie-Britannique (la « Cour ») a rejeté une requête en autorisation visant les fabricants de puces mémoire de silicium, connues sous l'acronyme DRAM (*Dynamic Random Access Memory*, ou mémoire vive dynamique). En rejetant la requête du demandeur visant à permettre que la poursuite se déroule sous forme de recours collectif, la Cour a adopté une approche qui abonde dans le même sens que le droit ontarien et québécois et le complète, et elle a formulé bon nombre de principes en matière d'autorisation qui s'appliquent non seulement aux poursuites intentées en vertu de la *Loi sur la concurrence*, mais également à l'ensemble des recours collectifs. Cette affaire a été suivie de près partout au Canada, puisqu'elle est d'une grande importance pour l'évolution de la jurisprudence en matière de recours collectif au pays.

À l'aide d'une équipe composée de Katherine Kay, d'Eliot Kolers, d'Yves Martineau et de Mark Walli, Stikeman Elliott représente Infineon Technologies AG et Infineon Technologies North America Corp. (collectivement, « Infineon ») dans le cadre de recours collectifs intentés en Colombie-Britannique, au Québec et en Ontario. De pair avec de nombreux autres fabricants de DRAM, Infineon, elle-même un fabricant de ces puces, est un défendeur dans le cadre de ces recours collectifs en matière de fixation des prix. Les DRAM sont des composantes essentielles d'une vaste gamme d'appareils électroniques à utilisation domestique ou commerciale, dont les ordinateurs, les ordinateurs centraux, les serveurs, les téléphones cellulaires, les lecteurs de fichiers mp3, les appareils photo, les systèmes automobiles et bon nombre d'autres appareils.

Le demandeur de la Colombie-Britannique prétend que les fabricants de DRAM (les défendeurs) ont monté un complot à l'échelle internationale pour fixer le prix des DRAM pour la période allant du 1<sup>er</sup> avril 1999 au 30 juin 2002 et que les acheteurs de DRAM et de produits contenant de telles puces de la Colombie-Britannique ont subi des dommages causés par le prix excessif demandé pour les DRAM contenus dans les produits qu'ils ont achetés. Le demandeur réclame des dommages-intérêts pour la violation des dispositions sur les complots de la *Loi sur la concurrence*, ainsi que pour cause de complot au sens de la *common law* et d'atteinte délictuelle à ses intérêts financiers. En outre, il cherche à obtenir un dédommagement auprès des défendeurs en fonction d'allégations d'enrichissement injustifié, de « waiver of tort » et de fiducie constructive.

Bien que le groupe proposé ait été conçu de façon à inclure tant des acheteurs directs (c.-à-d. ceux qui ont acheté des DRAM directement des fabricants) que des acheteurs indirects (c.-à-d. ceux qui ont acheté des DRAM ou des produits en contenant auprès d'intervenants autres que les fabricants), le groupe proposé de la Colombie-Britannique rassemblait surtout des acheteurs indirects, et le nombre de membres se chiffrait à plusieurs millions de résidents de la province. La question a été rendue encore plus complexe par le large éventail d'appareils électroniques contenant des DRAM ainsi que par les nombreux fabricants et réseaux de distribution (dont la plupart se situent à l'extérieur de la Colombie-Britannique) par l'entremise desquels les DRAM au prix prétendument fixé ont pu parvenir aux résidents de la province.

La Cour s'est attardée sur un point d'importance, à savoir s'il était possible de démontrer que des dommages avaient été subis (sans établir dans quelle mesure) par l'ensemble des membres du groupe. Les défendeurs ont fait valoir que le demandeur n'avait pas proposé de méthode pratique permettant de prouver qu'un prix excessif avait été demandé en raison du prétendu accord de fixation des prix et de déterminer si un excédent avait été transféré aux différents paliers des divers réseaux de distribution, ainsi que le montant auquel il se serait élevé. Le droit canadien ne reconnaît pas la soi-disant doctrine issue de l'affaire *Illinois Brick* des États-Unis, qui empêche (au fédéral) les acheteurs indirects d'obtenir un remboursement pour ces dommages (la doctrine américaine fait en sorte que les acheteurs directs peuvent tenter des poursuites au fédéral et que les défendeurs ne peuvent pas alléguer que l'excédent a été « transféré » à d'autres personnes en aval du réseau de distribution pour se soustraire à toute responsabilité). En l'absence d'une telle doctrine au Canada, la Cour a dû se demander comment il était possible de démontrer que des dommages avaient été subis par l'ensemble des membres d'un groupe se composant d'acheteurs directs et indirects intervenant à divers paliers de différents réseaux de distribution. De l'avis de la Cour, la demande d'autorisation du demandeur reposait principalement sur la question de savoir si le prétendu excédent appliqué au prix des DRAM pouvait être considéré, pour l'ensemble des membres du groupe, comme ayant été transféré par des acheteurs directs à des acheteurs indirects de la Colombie-Britannique.

Lorsqu'il a refusé d'autoriser le recours collectif, le juge Masuhara de la Cour a établi que la demande d'autorisation du demandeur ne fournissait pas de méthode, pertinente pour tous les membres du groupe, permettant de prouver qu'un excédent leur avait été transféré. Il s'agissait d'une condition essentielle pour que le demandeur puisse prouver que la responsabilité des défendeurs dans le cadre des réclamations, notamment celles relatives à la fixation des prix, représentait une question commune à tous les membres du groupe. Par conséquent, le recours collectif proposé se serait divisé en une série d'enquêtes individualisées qui auraient éclipsé l'aspect collectif de la poursuite. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a méticuleusement étudié et passé en revue la preuve économique d'experts sur le transfert de l'excédent présentée par le demandeur et a conclu qu'elle ne permettait pas à ce dernier de s'acquitter de son fardeau de prouver que la méthode proposée avait été établie rigoureusement et qu'elle était suffisamment efficace pour atteindre l'objectif fixé. Le juge Masuhara a établi qu'il était nécessaire d'examiner la preuve présentée à l'étape de la demande d'autorisation pour éviter le véritable risque de mauvais fonctionnement du système, qui ne saurait être dans l'intérêt des parties en cause ni dans celui du processus judiciaire.

Le juge Masuhara a établi que l'absence d'une méthode applicable à l'ensemble des membres du groupe et permettant de prouver la responsabilité des défendeurs envers ces derniers avait pour effet de rendre le recours collectif proposé impossible à traiter, que la résolution de questions communes (comme l'existence d'un complot) ne ferait pas progresser le litige de façon significative et que les enquêtes individualisées nécessaires pour prouver le transfert de l'excédent ne favoriseraient pas l'accès à la justice ni l'économie des ressources judiciaires. La Cour a également conclu que la possibilité que des poursuites individuelles ne soient pas entamées ou menées à terme ne constituait pas une raison suffisante pour privilégier le recours collectif comme étant la meilleure façon de résoudre les réclamations du demandeur en matière de fixation des prix.

Le juge Masuhara a également rejeté les affirmations du demandeur selon lesquelles la tendance claire que l'on peut constater en Colombie-Britannique consiste à autoriser les recours collectifs et à laisser le soin au tribunal qui se penchera sur le fond de l'affaire de gérer les difficultés qui s'y rattachent. La Cour a établi que cette affirmation était contraire à l'économie des ressources judiciaires et à l'équité dans un cas comme celui qui l'occupait. De même, le juge Masuhara a rejeté l'utilisation d'échantillonnages statistiques ou de calculs de moyennes auxquels des tribunaux canadiens ont récemment eu recours dans le cadre d'affaires non liées à la *Loi sur la concurrence*. Il a déclaré que le demandeur ne pouvait se dérober à son obligation de prouver que tous les membres du groupe avaient subi des dommages en ayant recours aux principes de regroupement de cette même loi, lesquels pourraient être utilisés *seulement* après que le transfert de l'excédent à tous les membres du groupe a été établi.

Le demandeur a affirmé qu'il fera appel de la décision de la Cour. La requête en autorisation présentée au Québec a fait l'objet de débats devant des tribunaux québécois et est actuellement en délibéré. On surveillera avec intérêt l'évolution de cette affaire.

## Profonds changements possibles à la *Loi sur la concurrence* : un projet de loi émanant d'un député poursuit son chemin

SUSAN M. HUTTON ([shutton@stikeman.com](mailto:shutton@stikeman.com))

Près de six ans après la publication du « Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien » par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie et plus de deux ans après la mort au feuillet du projet de loi C-19, le Parlement est de nouveau saisi d'un projet de loi envisageant d'importantes modifications de la *Loi sur la concurrence*. Le projet de loi C-454, émanant du député bloquiste Roger Gaudet, a été présenté en octobre dernier. Il a franchi l'étape de la deuxième lecture au Parlement et il est maintenant débattu en comité. Sous sa forme actuelle, le projet de loi propose des changements profonds et controversés :

- > La commissaire serait autorisée à entamer une enquête sur un secteur de l'industrie dans son ensemble si elle « a des raisons de croire » « qu'il existe des motifs » le justifiant.<sup>1</sup>
- > Le mot « indûment » serait retranché de l'article 45, ce qui ferait de toute entente ayant **quelque** incidence négative **que ce soit** sur les aspects du commerce ou de la concurrence visés par la loi un acte criminel en soi. Une défense portant renversement du fardeau de la preuve serait toutefois ouverte à l'accusé, s'il peut démontrer que l'entente « est raisonnablement nécessaire pour réaliser des gains d'efficacité ou stimuler l'innovation ».
- > L'amende maximale prévue par l'article 45 augmenterait pour passer de dix millions à vingt-cinq millions de dollars.
- > Les dispositions criminelles interdisant la discrimination par le prix et les prix d'éviction seraient supprimées, ce qui rendrait ces pratiques susceptibles de sanction uniquement en vertu des dispositions civiles sur l'abus de position dominante.
- > Une définition générale d'« agissement anti-concurrentiel » serait ajoutée à l'article 78 : « exploitation abusive d'une position dominante sur le marché ».
- > Les dispositions propres au transport aérien dans la définition des agissements anti-concurrentiels seraient retirées de l'article 78. L'article 4.1 serait entièrement supprimé.<sup>2</sup>
- > Le Tribunal de la concurrence aurait non seulement le pouvoir d'imposer une forte amende en cas d'abus de position dominante (jusqu'à dix millions de dollars pour une première infraction, quinze millions de dollars en cas de récidive, ou un montant plus élevé qui n'excède pas les revenus bruts procurés par les agissements anti-concurrentiels), mais il pourrait aussi accorder des dommages-intérêts à un plaignant privé dans un cas d'abus (article 79).<sup>3</sup>
- > Le Tribunal aurait le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts à une partie privée dans un cas de « refus de vendre » (article 75) et dans un cas d'« entrave verticale à la concurrence » (exclusivité, ventes liées, limitation du marché, article 77).
- > La première amende en cas de pratique commerciale trompeuse au civil passerait d'un maximum de 50 000 \$ à 750 000 \$ dans le cas d'une personne physique et de 100 000 \$ à 10 000 000 \$ dans le cas d'une personne morale, sans augmentation du montant des amendes criminelles, actuellement de 200 000 \$ au maximum sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et fixé par le tribunal sur déclaration de culpabilité par mise en accusation.
- > Les dispositions civiles concernant la publicité trompeuse seraient renforcées pour permettre aux tribunaux d'ordonner la restitution aux acheteurs finals du prix d'achat des articles en question dans les cas de commercialisation trompeuse et de rendre une ordonnance visant à empêcher le débiteur de se départir de ses biens pour éviter le paiement d'une condamnation à des dommages-intérêts.
- > Le seuil qui déclenche l'obligation de donner un avis en cas de fusion mettant en cause une ou plusieurs entreprises canadiennes serait réduit pour passer de 70 millions de dollars à 50 millions de dollars en ce qui concerne la valeur totale des éléments d'actif ou du revenu au Canada de la société issue de la fusion (sans pour autant que soient mis à jour les seuils concernant les éléments d'actif et le revenu de la société visée par une acquisition d'actions ou d'actifs, qui ont depuis lors été modifiés par règlement et qui sont donc inexacts si on se fie au texte de loi).

De toute évidence, le projet de loi C-454 aurait ses partisans, mais aussi de nombreux détracteurs. Par exemple, l'abrogation des dispositions criminelles concernant les prix d'éviction et la discrimination par le prix est appuyée depuis longtemps par bon nombre de parlementaires et d'avocats en droit de la concurrence, tout comme l'abrogation des dispositions propres au transport aérien. Accorder au Tribunal le pouvoir d'imposer une amende pour abus de position dominante est une mesure controversée, et elle était prévue dans le projet de loi C-19, le dernier projet de loi visant à modifier la *Loi sur la concurrence* déposé par le gouvernement précédent, et elle était appuyée par tous les partis, avant de mourir au feuillet au déclenchement des dernières élections fédérales. Le projet de loi C-19 proposait aussi une augmentation sensible des amendes maximales au civil en cas de publicité trompeuse. Mais il n'envisageait pas de permettre à des parties privées de saisir le Tribunal d'un cas d'abus, pas plus qu'il n'autorisait le Tribunal à leur accorder des dommages-intérêts en plus d'imposer des amendes.

La suppression proposée du mot « indûment » à l'article 45 ne manquera pas non plus de susciter la controverse, puisqu'elle criminalise toute entente qui a un effet négatif sur la concurrence. Le projet de loi propose bien l'introduction d'une défense fondée sur l'efficacité, mais sans la réserve qu'on trouve dans la défense actuelle fondée sur l'efficacité des fusions, selon laquelle les gains en efficacité doivent « surpasser et neutraliser » les effets anti-concurrentiels de la fusion et qu'ils ne doivent vraisemblablement pas être réalisables autrement. Étant donné que la commissaire cherche depuis longtemps à faire de l'article 45 une disposition criminelle interdisant les ententes injustifiables et à faire couvrir par une disposition civile complémentaire les autres ententes par ailleurs anti-concurrentielles, sans compter les travaux du Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence (dont le rapport devrait être publié en juin), il est très peu probable que la proposition réussira à franchir l'étape de l'étude en comité.

Le projet de loi C-19 aurait aussi permis à la commissaire de mener des enquêtes sur tout un secteur, sans pour autant avoir des raisons de croire qu'il y ait matière à ordonnance par le Tribunal ou qu'une infraction ait été commise. Ce pouvoir n'était pas sans susciter la controverse : de nombreux intervenants, notamment du secteur pétrolier, se rappellent l'enquête de 13 ans menée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce sur la fixation des prix dans ce secteur dans les années 1970 et 1980, qui n'a jamais mis à jour d'agissements illégaux. On peut s'inquiéter des coûts élevés de telles enquêtes pour les secteurs privé et public, de l'absence de nécessité d'un tel pouvoir d'enquête, du besoin de garanties procédurales et du risque que de telles enquêtes prennent une tournure politique, sans compter le problème pratique du besoin de ressources supplémentaires, dont le Bureau ne dispose tout simplement pas.

Étant donné que le projet de loi C-454 émane d'un député, ses chances d'être adopté sont très minces. Mais tout est possible avec un gouvernement minoritaire. Les membres des trois partis de l'opposition se sont déclarés en faveur du projet de loi et son cheminement en comité mérite d'être suivi étroitement dans les mois à venir. Aucune audience devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie n'a encore été prévue.

---

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec votre représentant de Stikeman Elliott, l'un des auteurs susmentionnés ou un membre du groupe du droit de la concurrence/antitrust.

1 Les circonstances à l'appui de ces motifs ne sont pas précisées. On peut supposer que la commissaire ne serait pas tenue de croire qu'une infraction a été commise ou qu'il y a matière à ordonnance en vertu des dispositions civiles.

2 L'article 4.1 exonère de l'application des articles 45 (complot) et 61 (maintien des prix) la négociation collective des commissions entre les agents de voyage et un transporteur aérien national dominant (au moins 60 % des passagers-kilomètres payants à l'égard des services intérieurs une année donnée).

3 Seule la commissaire est actuellement autorisée à saisir le Tribunal d'un cas d'abus de position dominante. Une partie privée n'a pas ce droit, mais, avec l'autorisation du Tribunal, elle peut présenter une demande fondée sur le refus de vendre (art. 75) ou l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché (art. 77). Le Tribunal n'a pas par ailleurs compétence pour infliger une amende ou accorder des dommages-intérêts à une partie.

## Groupe du droit de la concurrence/antitrust de Stikeman Elliott

### OTTAWA

Tél. : 613 234-4555

Kim D.G. Alexander-Cook

D. Jeffrey Brown

Randall J. Hofley

Susan M. Hutton

Nicholas McHaffie

Mark Pindera

Kevin Rushton

### TORONTO

Tél. : 416 869-5500

Paul Collins

Douglas F. Harrison

Katherine L. Kay

Michael Kilby

Eliot N. Kolers

Jennifer MacArthur

Shawn C.D. Neylan

Danielle K. Royal

Deborah Salzberger

Sandra Walker

Rhonda Williams (technicienne juridique)

### MONTRÉAL

Tél. : 514 397-3000

Stephen W. Hamilton

James A. Robb

### CALGARY

Tél. : 403 266-9000

Gordon L. Chmilar

David M. Wood

### VANCOUVER

Tél. : 604 631-1300

Jonathan S. Drance

---

### RÉDACTRICE EN CHEF

Susan M. Hutton

shutton@stikeman.com

613 566-0530