



THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

**The Voice of
the Legal Profession**

**La voix de la
profession juridique**

Version préliminaire du Bulletin technique sur les activités « réglementées »

**SECTION NATIONALE SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE
DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

FÉVRIER 2006

TABLE DES MATIÈRES

Version préliminaire du Bulletin technique sur les activités « réglementées »

I.	INTRODUCTION.....	1
II.	LA PRUDENCE NÉCESSAIRE POUR INTERPRÉTER L'ARRÊT <i>GARLAND</i>	3
III.	APPLICATION DE LA TCR À UNE CONDUITE RÉGLEMENTÉE PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL PAR RAPPORT À UN GOUVERNEMENT PROVINCIAL.....	4
IV.	APPLICABILITÉ DE LA TCR AUX DISPOSITIONS RELATIVES AUX PRATIQUES EXAMINABLES	7
V.	APPLICABILITÉ DE LA TCR À DES DÉLITS <i>PER SE</i>	10
VI.	APPLICABILITÉ « D'AUTRES THÉORIES JURIDIQUES » À DES AFFAIRES QUI COMPORTENT UNE CONDUITE RÉGLEMENTÉE	13
VII.	DISTINCTION ENTRE LES AUTORITÉS DE RÉGLEMENTATION ET LES PERSONNES OU ENTITÉS RÉGLEMENTÉES	14
VIII.	ORGANISMES D'AUTORÉGLEMENTATION.....	15

IX.	FUSIONS	16
X.	RÉFÉRENCES À LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINNE	16
XI.	CONCLUSION.....	17

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est un organisme national qui représente plus de 34 000 juristes, avocats, avocates, notaires, professeurs, professeures, étudiants et étudiantes en droit dans l'ensemble du Canada. L'Association s'est fixé comme objectifs prioritaires l'amélioration du droit et de l'administration de la justice

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, avec l'assistance de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Le mémoire a été examiné par le Comité de législation et de réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien.

Version préliminaire du Bulletin technique sur les activités « réglementées »

I. INTRODUCTION

La Section nationale sur le droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (Section de l'ABC) a le plaisir de présenter ses observations sur la version préliminaire de novembre 2005 du *Bulletin technique relatif sur les activités « réglementées »* (bulletin préliminaire) du Bureau de la concurrence. De l'avis de la Section, la version préliminaire du bulletin traduit plus exactement l'état du droit que le précédent *Bulletin d'information relatif à la défense fondée sur une conduite réglementée* publié en 2002. La Section de l'ABC apprécie la volonté du Bureau de la concurrence de rouvrir et de réviser le Bulletin de 2002 et est heureuse de voir que l'on a tenu compte de nombre de ses mémoires antérieurs sur la théorie de la conduite réglementée (TCR)¹.

La Section de l'ABC appuie le désir du Commissaire que les forces du marché dictent les résultats du marché et s'attend à ce que, avec l'évolution de l'économie du Canada, il y ait moins d'exclusions réglementaires de la *Loi sur la concurrence* (LC). Il est néanmoins important que, aussi longtemps que des domaines de l'économie canadienne continuent d'être réglementés, les parties qui agissent conformément à un régime législatif bénéficient de la TCR. À cet égard, la Section de l'ABC accueille favorablement bien des énoncés du bulletin préliminaire, par exemple : 1) le Bureau n'engagera pas de procédure en vertu d'une disposition de la Loi lorsque le Parlement a exprimé l'intention d'exclure l'application de la Loi en établissant un régime de réglementation complet et en conférant à une autorité de

¹ Ces opinions antérieures sont exprimées dans le mémoire de la Section du droit de la concurrence de l'ABC d'octobre 2003 concernant le *Bulletin d'information relatif à la défense fondée sur une conduite réglementée*, de 2002 du Bureau de la concurrence, dans sa réponse de janvier 2005 à la demande du Bureau de la concurrence pour obtenir des observations sur la théorie de la conduite réglementée et dans le mémoire de la Section de l'ABC de juin 2005 concernant la proposition de mai 2005 du Bureau de la concurrence visant à modifier son *Bulletin d'information relatif à la défense fondée sur une conduite réglementée*.

réglementation (fédérale ou provinciale, selon la note de fin de texte) le pouvoir de prendre ou de faire prendre une mesure incompatible avec la Loi (p. 4-5)²; 2) la formulation claire du principe applicable à l'abstention réglementaire (p. 5); 3) même lorsque la TCR, au sens strict, peut ne pas s'appliquer, une partie peut bénéficier d'autres moyens de défense ou théories (p. 2 et note de fin de texte 19); 4) le Bureau examinera toujours le contexte réglementaire dans lequel la conduite a eu lieu, y compris la mesure dans laquelle un régime réglementaire limite ou restreint déjà l'exercice d'un pouvoir dominant sur le marché (p. 4); la reconnaissance explicite que, même en l'absence de tout moyen de défense ou théorie semblable, le Bureau tiendra compte de l'intérêt public dans la poursuite des procédures relativement à une conduite adoptée de bonne foi sur le fondement d'une loi et si, dans les circonstances, il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire du Bureau en matière d'enquêtes (p. 2 et 3).

En général, la Section de l'ABC pense que ces énoncés sont une réflexion plus précise et appropriée de la loi en vigueur que nombre d'énoncés du Bulletin 2002.

Toutefois, il reste un certain nombre de domaines que, de l'avis de la Section de l'ABC, la version préliminaire du bulletin pourrait et devrait réviser. Dans certains de ces domaines, le Bureau a été trop prudent dans sa formulation avec pour résultat que le bulletin préliminaire ne donne pas une orientation adéquate. Dans ces domaines, la formulation est trop générale et pourrait être améliorée par davantage d'exemples ou d'illustrations des concepts qu'il définit. De plus, comme observation générale, une bonne partie du contenu (en particulier le contenu le plus litigieux) se trouve dans les notes de fin de texte. La version préliminaire du bulletin serait plus accessible, si une partie importante des notes de fin de texte était intégrée dans le corps du document, notamment dans les cas où les notes de fin de texte limitent ou qualifient des énoncés plus généraux qui se trouvent dans le texte.

Nos observations particulières sont mentionnées ci-après. Les listes de l'annexe A suggèrent des modifications textuelles qui complètent ces observations.

² Toutes les références aux pages et paragraphes faites dans ce mémoire se rapportent à la version PDF du bulletin.

II. LA PRUDENCE NÉCESSAIRE POUR INTERPRÉTER L'ARRÊT GARLAND

La version préliminaire du bulletin indique que l'arrêt *Garland*³ « demande une application prudente de la TCR » (p. 1). Le Bureau s'en sert afin de justifier une approche prudente pour présenter la portée de la TCR. Même si nous reconnaissons que l'orientation judiciaire limitée concernant la TCR suppose la nécessité de faire attention en définissant la TCR en vertu du droit canadien, il faut examiner l'arrêt *Garland* lui-même avec une certaine prudence, de peur de présenter de la TCR une apparence trop conservatrice.

L'arrêt *Garland* n'était pas une affaire relative au droit de la concurrence, mais une affaire relative au droit pénal. La Cour suprême du Canada a refusé d'étendre la TCR à la disposition concernant le taux d'intérêt criminel du *Code criminel* (article 347). Compte tenu de l'historique de la TCR, qui s'est élaborée dans le contexte précis et limité du droit de la concurrence, ce résultat n'est pas surprenant. On s'y attendait d'autant plus que le Parlement a exprimé son intention concernant l'importance législative de l'article 347 de manière très claire, en le faisant précéder de « Malgré les dispositions de toute loi du Parlement ».

Dans l'arrêt *Garland*, la question limitée était de savoir si le Parlement avait exprimé quelque intention qu'une loi provinciale prévale sur l'article 347 du *Code criminel*. « Il aurait fallu que le législateur indique, soit expressément ou par déduction nécessaire, que l'art. 347 du *Code* accorde la liberté de le faire, à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provincial valide. L'article 347 ne contient aucune indication de cette nature. » (Arrêt, para 5). Toutefois, la LC est une loi-cadre qui fixe la politique de la concurrence du Canada. Une politique de la concurrence est l'une des nombreuses politiques sociales et économiques d'un gouvernement, tout à fait distincte d'une disposition comme l'article 347 du *Code criminel*. Le Parlement et les assemblées législatives provinciales (dans leurs sphères respectives de compétence) ne devraient pas se trouver empêchés d'adopter des politiques économiques et sociales différentes, en le faisant dans l'intérêt public. La radiodiffusion et la commercialisation des produits agricoles en sont des exemples.

³ *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629.

Le Parlement est bien au fait de l'existence et de l'importance des industries réglementées. En effet, dans les articles 125 et 126 de la LC, il a donné au Commissaire le pouvoir de se présenter devant un office fédéral ou provincial qui supervise les industries réglementées pour faire des observations concernant la concurrence. En accordant des pouvoirs pour *préconiser* plutôt que *d'imposer* la concurrence, le Parlement a reconnu que l'application systématique de la LC irait à l'encontre des buts de l'intérêt public dans certains secteurs de l'économie.

Somme toute, il n'existe pas, dans la LC, une intention implicite de l'emporter sur une réglementation valide – fédérale ou provinciale. Ceci contraste avec des dispositions comme l'article 347 du *Code criminel* pour lequel la Cour n'a trouvé aucune intention du Parlement pour qu'un organisme de réglementation provincial puisse l'emporter sur l'interdiction criminelle des taux d'intérêt excessifs.

Il s'ensuit que l'arrêt *Garland* ne nous dit pas grand chose au sujet de la portée de la TCR dans la sphère du droit de la concurrence. En particulier, l'arrêt *Garland* n'a pas d'effet déterminant pour ce qui est 1) de la mesure dans laquelle la TCR s'applique à une conduite réglementée par le gouvernement fédéral; 2) de la mesure dans laquelle la TCR s'applique à une conduite civilement révocable; 3) de l'application de la TCR à une conduite criminelle *per se*. À cet égard, nos préoccupations particulières sont exposées ci-après.

III. APPLICATION DE LA TCR À UNE CONDUITE RÉGLEMENTÉE PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL PAR RAPPORT À UN GOUVERNEMENT PROVINCIAL

La partie III de la version préliminaire du bulletin « Activités qui peuvent être réglementées par d'autres lois fédérales » est généralement utile. Elle mentionne que, lorsque le Parlement a exprimé l'intention d'exclure l'application de la Loi sur la concurrence en établissant un régime complet, une mesure de réglementation résultant de ce régime sera à l'abri de l'application de la LC. Elle indique aussi que d'autres expressions (y compris des expressions implicites) de l'intention du Parlement peuvent suffire à exclure l'application de la LC dans la sphère réglementée par le gouvernement fédéral. En outre, dans la sphère fédérale, « le Bureau n'engagera pas de procédure en vertu d'une disposition de la Loi »

(p. 4), lorsqu'il trouve que « le Parlement a exprimé l'intention d'exclure l'application de la Loi en établissant un régime complet ». La Section de l'ABC comprend que, selon cet énoncé, une conduite réglementée par le gouvernement fédéral sera exempte de l'application de toute la LC, y compris les dispositions civiles et criminelles (délits *per se* ou autres).

La Section de l'ABC a quelques préoccupations au sujet des différents « tests » décrits pour établir si la TRC s'applique (ou d'autres principes qui entraînent une exemption pour la conduite réglementée) dans la sphère provinciale. La partie II de la version préliminaire du bulletin, « Activités qui peuvent être réglementées par des lois provinciales », décrit longuement la façon dont s'est élaborée la TCR. La version préliminaire du bulletin indique aussi (correctement) que *Jabour* est l'arrêt-clé concernant la TCR. Pour ce qui est des éléments qu'une partie doit établir pour invoquer la TCR, la version préliminaire du bulletin indique simplement que « le Bureau cherchera à déterminer si une loi provinciale valablement adoptée autorise ou exige la conduite reprochée » (p. 3). D'autres éléments du test pour invoquer la TCR dans la sphère provinciale se trouvent dans la note 18 de fin de texte. La Section de l'ABC recommande que le Bureau inclut dans le texte du bulletin final une formulation plus claire de tous les éléments qui doivent être présents pour qu'une partie invoque avec succès la TCR dans la sphère provinciale.

Dans la sphère fédérale, par contraste, la partie III de la version préliminaire du bulletin définit clairement le test.

En conséquence, le Bureau n'engagera pas de procédure en vertu d'une disposition de la Loi lorsque le Parlement a exprimé l'intention d'exclure l'application de la Loi en établissant un régime complet et en conférant à une autorité de réglementation le pouvoir de prendre ou de faire prendre une mesure incompatible avec la Loi, à condition néanmoins que l'autorité de réglementation ait exercé son pouvoir de réglementation relativement à la conduite en cause.

Il est intéressant de noter que la section de la version préliminaire du bulletin portant sur la conduite réglementée par le gouvernement fédéral ne fait aucune mention des arrêts *Jabour* ou *Garland*, mais est entièrement axée sur l'intention du Parlement.

Même si nous accueillons volontiers cet énoncé succinct de la position du Bureau, la Section de l'ABC se préoccupe de ce que certains termes employés laissent entendre une norme

élevée de manière injustifiable pour établir si la conduite réglementée par le gouvernement fédéral est à l'abri de l'application de la LC. Par exemple, selon la version préliminaire du bulletin, le Bureau doit être « convaincu que le Parlement a voulu que l'autre loi ait préséance » sur la LC, ce qui peut être le cas lorsqu'il y a « un régime complet » et une « autorité de réglementation » responsable. La Section de l'ABC souligne que l'intégralité (ou son manque) d'un régime ne devrait pas déterminer l'intention du Parlement, que le niveau de confiance requis pour appliquer la TCR (ou une théorie équivalente) dans la sphère fédérale ne devrait pas être plus élevé que celui qui est requis dans la sphère provinciale et que la « responsabilité » d'une autorité de réglementation est un concept imprécis et irréalisable.

La Section de l'ABC se demande pourquoi le bureau hésite à utiliser l'expression « TCR » pour décrire l'exemption pour la conduite réglementée par le gouvernement fédéral. Même si la Section de l'ABC reconnaît qu'il n'y a pas grand chose dans la jurisprudence à ce sujet, dans la mesure où les tribunaux ont traité de cas comportant une conduite réglementée par le gouvernement fédéral, de façon constante leurs décisions montrent que l'on peut invoquer la TCR dans la sphère fédérale⁴ et les tribunaux n'ont pas hésité à utiliser, dans leurs jugements, l'expression « défense fondée sur la conduite réglementée » ou « moyen de défense fondé sur la réglementation de l'activité⁵ ».

⁴ Les tribunaux ont reconnu l'application de la TCR dans la sphère fédérale dans plusieurs affaires, à savoir *Industrial Milk* (1988), 47 D.L.R. (4th) 710 (qui comprend une réglementation fédérale provinciale mixte), *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Landmark Cinemas* (1992), 45 C.P.R. (3d) 346 (F.C.T.D.) (la TCR exempte les activités de la Commission du droit d'auteur réglementée par le gouvernement fédéral) et *R. c. Charles*, [1999] S.J. No. 763 (Cour prov. Sask.) (la TCR s'applique à la *Loi sur la Commission canadienne du blé*).

⁵ À cet égard, la Section de l'ABC reconnaît que, dans la plus récente décision d'appel – *Apotex c. Eli Lilly*, 2005 FCA 361 (5 novembre 2005, C.F. A.) –, la Cour d'appel fédérale n'a pas utilisé l'expression « TCR » dans son jugement. Dans cette affaire, la Cour a examiné l'intention du Parlement en rapport avec l'article 46 de la LC et l'article 50 de la *Loi sur les brevets* et a conclu d'après les faits qu'il n'était pas nécessaire d'exempter les brevets de la portée de l'article 45 (en raison de la TCR ou d'une théorie semblable), parce que l'article 50 de la *Loi sur les brevets* n'exigeait pas ou n'autorisait pas une attribution anticoncurrentielle des brevets. La Cour n'a pas trouvé de conflit ou de conflit potentiel avec la LC et donc pas la nécessité d'appliquer ou même de mentionner la TCR. Les termes du tribunal, en particulier sa suggestion que son interprétation de l'article 50 « évite le besoin d'obliger la Cour à conclure que l'article 45 contiendrait des restrictions excluant les cessions de brevet de la portée de cette disposition » (para. 22) – donnent à penser que, dans les cas où il n'est pas possible d'interpréter une loi de réglementation de manière étroite pour éviter un conflit, il peut être nécessaire de supposer ces mots limités, c.-à-d., que la TCR peut s'appliquer.

IV. APPLICABILITÉ DE LA TCR AUX DISPOSITIONS RELATIVES AUX PRATIQUES EXAMINABLES

Dans la partie II de la version préliminaire du bulletin, qui traite de la législation provinciale, le Bureau indique que l'on ne peut invoquer la TCR, si la conduite en question est examinée en vertu « des dispositions de la LC relatives aux pratiques examinables » (même si le Bureau reconnaît que d'autres théories et moyens de défense peuvent s'appliquer) (p. 3). La Section de l'ABC comprend que, selon le Bureau, la TCR peut être invoquée pour les pratiques examinables dans la sphère fédérale, d'après les assertions de la page 4 de la version préliminaire du bulletin. Si notre opinion est inexacte, alors les observations qui suivent s'appliquent tout autant à une conduite réglementée par le gouvernement fédéral.

Le Bureau donne trois raisons pour ses conclusions au sujet des dispositions civiles qui, avec les observations de l'ABC, sont mentionnées ci-après.

- *[TRADUCTION] Le motif tiré de l'absence de **mens rea** ne s'applique pas pour la TCR dans la sphère civile.*

La Section de l'ABC en convient puisque la *mens rea* est une théorie particulière du droit criminel.

- *[TRADUCTION] Le motif tiré de « l'intérêt public » ne s'applique pas pour la TCR.*

Ce motif se trouve dans la jurisprudence, comme le note la version préliminaire du bulletin. « Une conduite adoptée en conformité avec une loi provinciale valide ne saurait être contraire à l'intérêt public⁶ ». Puisque les actions d'une autorité de réglementation dans les limites de sa compétence sont censées être dans l'intérêt public, une personne s'adonnant à une conduite réglementée ne pourrait être condamnée en vertu de la LC⁷.

La Section de l'ABC ne croit pas que le motif de l'intérêt public est particulier aux dispositions relatives à la criminalité de la LC. Les dispositions civiles ont été également promulguées pour protéger l'intérêt public et rien dans la LC ou la jurisprudence n'indique autre chose. De ce fait, il ne faudrait pas traiter différemment une autorité de réglementation

⁶ Voir p. ex., *Canada (Attorney-General) c. Law Society of British Columbia* (1982), 137 D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.) (« *Jabour* »).

⁷ *Ibid*, voir aussi *R. c. Canadian Breweries*, [1960] O.R. 601 (Haute Cour de justice de l'Ontario).

qui agit dans l'intérêt public, parce que la conduite en question est contraire à une disposition civile plutôt qu'à une disposition criminelle de la LC.

En effet, la notion voulant que les dispositions civiles ne soient pas assujetties à la TCR est contre-intuitive, car elle conférerait aux dispositions civiles une force exécutoire juridique plus grande que les dispositions relatives à la criminalité. Les dispositions relatives à la criminalité traitent les activités anticoncurrentielles les plus flagrantes spécifiées dans la LC. Ceci étant, il est dénué de sens que l'intérêt public, exprimé par une conduite approuvée par une autorité de réglementation, puisse avoir préséance sur une disposition criminelle de la CA mais pas sur une disposition civile.

- « *Le libellé accordant une marge de manœuvre auquel Garland réfère n'apparaît pas dans les dispositions de la Loi sur la concurrence relatives aux pratiques susceptibles d'examen* ». (Bulletin préliminaire, p. 3).

La Section de l'ABC est en désaccord avec cette base pour trouver que le TCR ne s'étend pas aux dispositions relatives aux pratiques examinables. D'une manière quelque peu confuse, la version préliminaire du bulletin ne cite que l'article 74 de la LC (pratiques commerciales trompeuses) dans la note de fin de texte 20. La version préliminaire du bulletin ignore le fait que des termes très semblables aux exemples de l'expression liberté de faire, citée dans l'affaire *Garland*, apparaissent dans les dispositions relatives aux comportements susceptibles. Un certain nombre de dispositions, notamment, (p. ex., les articles 77, 79 et 92) mentionnent que le comportement est susceptible d'examen uniquement s'il réduit « sensiblement » la concurrence et l'article 75 prévoit « que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché ». L'article 82 (2) fait allusion à ce qui « nuit à la concurrence au Canada » (ainsi que l'article 83, par importation du test de l'article 82). L'article 74 lui-même fait référence à des représentations « trompeuse[s] d'une façon importante »

Dans l'arrêt *Garland*, la Cour suprême a conclu que, parce que l'article 347 du *Code criminel* n'a pas inclus d'expression sur la « liberté de faire » semblable à celle de la LC (il cite l'exemple d'« indûment », assimilé à l'ancienne expression législative « dans l'intérêt public »), ceci « empêche d'invoquer ce moyen de défense (la TCE) en l'espèce ». La Cour

suprême se dit d'accord avec l'opinion du juge de première instance, en déterminant que pour que la TCR s'applique (paragraphe 77, c'est nous qui soulignons) :

« il aurait fallu que le législateur indique, soit *expressément ou par déduction nécessaire*, que l'art. 347 du *Code* accorde la liberté de le faire à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provincial valide ».

La Cour observe que, dans des cas antérieurs comportant la TCR, les termes « l'intérêt public » et limiter « indûment » la concurrence étaient toujours présents et conclut que « l'absence de ces termes à l'art. 347 du *Code criminel* empêche d'invoquer ce moyen de défense en l'espèce ».

La Section de l'ABC fait trois observations au sujet des expressions choisies par la Cour dans l'arrêt *Garland* en décrivant la notion de liberté de faire. Tout d'abord, la Cour déclare que l'intention du Parlement devrait être indiquée expressément ou « par déduction nécessaire ». Par définition, une intention *implicite* signifie qu'il n'est pas nécessaire d'avoir des mots précis dans un article de la LC aux fins de la TCR – tout ce qui est nécessaire, c'est que la liberté de faire au sens ordinaire de l'expression soit présente. Ensuite, en faisant référence au courant de jurisprudence de la TCR et aux expressions « indûment » et « dans l'intérêt public », la Cour observe « l'absence de ces termes à l'art. 347 ». Enfin, en utilisant l'expression « liberté de faire », la Cour a choisi une expression susceptible d'une large application. Le terme « leeway » (liberté de faire) en anglais, est défini, dans le *Canadian Oxford Dictionary*, comme une « déviation permise ou liberté d'agir », et dans le *Webster's New Collegiate Dictionary*, comme « une marge de liberté permise ou une variation ».

Du point de vue de la Section de l'ABC, il est clair que les termes « sensiblement », « nuire » et « d'une façon importante » accordent « la liberté de faire » pour une mesure de réglementation de la même manière que « indûment ». Étant donné que la Cour suprême a interprété « indûment »⁸ comme englobant uniquement des considérations économiques, les différences entre « sensiblement », « nuire », « d'une façon importante » et « indûment » ne sont qu'une question de degré et tous ces termes confèrent la liberté de faire⁹. Même si ce

⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (« PANS »).

⁹ Comme tel, l'affaire *PANS* empêche la possibilité de faire une distinction qualitative entre « sensiblement », « indûment » et « nuire »; ces termes ne diffèrent que quantitativement pour ce qui est de leur degré.

fait suffit par lui-même pour étendre la notion de « liberté de faire » de la Cour suprême aux dispositions civiles de la LC, il est aussi d'importance que, dans chaque disposition relative aux pratiques examinables, le Tribunal « peut » ordonner une dispense lorsque les conditions préalables prévues par la loi sont satisfaites. La discrétion de ne pas accorder de dispense dans un cas particulier est encore un autre exemple de liberté de faire (et un exemple qui s'étend non seulement au Tribunal en vertu de ces dispositions qui intègrent la pratique d'empêcher ou de diminuer « sensiblement » la concurrence dans un marché ou quelque autre effet sur le contrôle de la concurrence, mais aussi au Tribunal ou à une cour, en vertu des dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses de l'article 74). La Section de l'ABC est fermement convaincue que la TCR, comme point de droit, serait invoquée en vertu des dispositions relatives aux pratiques examinables de la LC pour la conduite réglementée par le gouvernement fédéral ou par un gouvernement provincial. La Section de l'ABC pense que le Bureau devrait inclure, dans la version préliminaire du bulletin, un énoncé à cet effet et que, en tout état de cause, il devrait formuler clairement sa position sur la disponibilité de la TCR, non seulement en ce qui a trait à l'article 74, mais aussi aux articles 75, 77, 79, 82, 83 et 84 de la LC.

V. APPLICABILITÉ DE LA TCR À DES DÉLITS *PER SE*

À la page 4 de la version préliminaire du bulletin, le Bureau indique qu'il n'engagera pas de procédure en vertu d'une disposition de la Loi devant un régime de réglementation fédéral complet. La Section de l'ABC comprend que ceci s'applique à toutes les dispositions relatives à la criminalité de la LC. À la page 3 de la version préliminaire du bulletin, le Bureau reconnaît que la TCR est invoquée en relation avec une conduite réglementée par un gouvernement provincial, examinée en vertu de l'article 45 de la LC. La partie II de la version préliminaire du bulletin (concernant la conduite réglementée par une loi provinciale) énonce que : « En conformité avec l'arrêt *Garland*, le Bureau s'efforcera de cerner l'intention du Parlement quant à l'application des dispositions pertinentes de la Loi au regard de la conduite reprochée et n'engagera pas de procédure par l'application de la TCR ». La Section de l'ABC se réjouit que le Bureau n'ait pas adopté une conclusion de portée générale, à savoir que l'arrêt *Garland* empêchait l'application de la TCR aux dispositions de la LC relatives aux conduites criminelles *per se* – c.-à-d., aux dispositions qui décrivent une conduite illégale *per se*, en ce qu'il n'est pas nécessaire que la concurrence soit « indûment »

empêchée ou diminuée (ou une autre expression de la « liberté de faire »). Néanmoins, la formulation utilisée par le Bureau lui laisse la possibilité de prendre la position que l'on ne peut invoquer la TCR pour des délits *per se*, lorsque la conduite est réglementée par une loi provinciale.

La Section de l'ABC fait valoir que, nonobstant l'arrêt *Garland*, les défenses fondées sur la réglementation (dont pour les motifs mentionnés ci-après, la TCR) continuent d'être invoquées en rapport avec les infractions illégales *per se* et pense que la version préliminaire du bulletin devrait le reconnaître explicitement. Plusieurs raisons expliquent notre position.

Tout d'abord, il y a des cas antérieurs dans lesquels les tribunaux ont accepté au moins la possibilité d'appliquer la TCR à des affaires criminelles qui ne comportaient pas les expressions « indûment » et « dans l'intérêt public »¹⁰. Bien que ces précédents ne soient pas particulièrement décisifs, il y a au moins une certaine reconnaissance judiciaire de ce point.

Ensuite, et de manière plus fondamentale, nous ne pensons pas que le Parlement ait pu avoir l'intention que des personnes agissant conformément à un règlement, d'origine fédérale ou provinciale, puissent faire face à la perspective de sanctions pénales en vertu de la LC. Il faudrait interpréter intégralement la LC comme une loi qui « comporte un système de réglementation économique complexe et bien intégré », pour utiliser les mots de la Cour suprême dans *General Motors of Canada c. City National Leasing*¹¹. C'est un système complexe qui s'adapte à différentes visions législatives concernant la façon dont on devrait permettre à un secteur de l'économie de se développer. Le Bureau reconnaît que, dans ce système complexe, certaines conduites réglementées dérogent à la LC (conformément à la TCR), y compris la conduite en elle-même dans le cadre d'une réglementation fédérale. Dans ce contexte, il serait dénué de sens que des dispositions de la LC concernant une conduite criminelle *per se* soient appliquées contre une conduite requise ou permise dans le cadre

¹⁰ Voir p. ex., *R. c. Charterways Transportation Limited* (1981), 32 O.R. (2d) 719 (Haute cour de justice de l'Ontario.), un cas dans lequel le tribunal a examiné si la TCR s'appliquait au rapport avec le truquage des offres (maintenant article 47). D'après les faits, la cour a trouvé que les offres truquées avaient empêché l'organisme de réglementation provincial du tarif des autobus scolaires d'exercer effectivement ses pouvoirs pour protéger l'intérêt public et que, de ce fait, la TCR ne s'appliquait pas.

¹¹ [1989] 1 R.C.S. 641.

d'une réglementation provinciale. L'arrêt *Garland* énonce que la liberté de faire pour l'application de la TCR pourrait aussi être assurée par « déduction nécessaire ». Un courant de jurisprudence cohérent (dont, de manière très significative, *Jabour*) appuie la position voulant que, *par déduction nécessaire*, l'intention du Parlement n'était pas qu'une personne, agissant selon un système réglementaire valide, soit menacée d'emprisonnement ou d'autres sanctions dans des questions de concurrence.

Enfin, nous remarquons l'existence de nombreuses autres défenses fondées sur la réglementation pour les dispositions *per se* de la LC, qu'elles se caractérisent ou non par une référence spécifique à la « liberté de faire » de la TCR. Par exemple, lorsqu'un régime de prix imposé est allégué dans une industrie dont les prix étaient réglementés, l'accusé peut prétendre que ses prix étaient requis ou autorisés par une loi, de sorte qu'il n'a pas agi de manière volontaire ou intentionnelle et il est donc dépourvu de *mens rea* pour le crime. Un accusé peut aussi prétendre que la formulation « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable » suppose une forme de coercition ou de persuasion inopportune. Manifestement, il n'y a pas de coercition *inopportune* lorsque les règlements d'un gouvernement, motivés par l'intérêt public, sont les principes d'action.

En bref, comme question de politique, les défenses fondées sur la réglementation devraient continuer d'être invoquées, même dans le contexte d'une disposition en soi de la LC, qu'un règlement provincial ou fédéral soit en jeu. La Section de l'ABC ne voit rien dans la discussion sur la liberté de faire de l'arrêt *Garland* qui supprimerait ces défenses comme point de droit. Plutôt, lorsqu'une disposition de la LC donne explicitement une certaine liberté de faire, comme dans le cas du terme « indu », il y a simplement un fondement pour faire valoir que la LC ne s'applique pas.

La Section de l'ABC recommande donc que la version préliminaire du bulletin comporte un énoncé clair du fait que le Bureau ne poursuivra pas une conduite requise ou autorisée par un règlement valide, en vertu de dispositions relatives à la criminalité de la LC. Il ne suffit pas de dire que « d'autres théories ou moyens de défense peuvent s'appliquer » ou que le Bureau peut utiliser sa discrétion pour ne pas engager de poursuites.

VI. APPLICABILITÉ « D'AUTRES THÉORIES JURIDIQUES » À DES AFFAIRES QUI COMPORTENT UNE CONDUITE RÉGLMENTÉE

La Section de l'ABC appuie l'insertion, à la page 2, de l'énoncé voulant « qu'une partie soit admise à invoquer d'autres moyens de défense ou théories », dans des circonstances où la TCR ne s'applique pas. La version préliminaire du bulletin donne la liste des théories ou moyens de défense qui suivent : l'absence de la *mens rea* requise, l'erreur provoquée par une personne en autorité, une justification légale, l'irrecevabilité en raison de la chose jugée ou l'immunité de la Couronne. Puisqu'un bon nombre de lecteurs et lectrices de la version préliminaire du bulletin ne sont pas bien au fait de ces théories, il serait utile d'inclure une courte explication, avec une déclaration de la position d'application du Bureau, au sujet des circonstances dans lesquelles ces théories peuvent s'appliquer, surtout puisque la version préliminaire du bulletin est censée traiter de la conduite réglementée en général et pas seulement de la TCR. Des exemples des circonstances dans lesquelles d'autres théories juridiques s'appliqueraient, seraient aussi utiles.

Ceci étant, la compréhension de la Section de l'ABC des doctrines mentionnées ci dessus est celle qui suit.

- *Absence de mens rea – Un accusé requis ou autorisé par un règlement à commettre un acte criminel peut ne pas avoir la mens rea nécessaire pour être reconnu coupable d'un crime, parce que les actes n'étaient pas volontaires.*

À la page 2, la version préliminaire du bulletin indique que l'absence de *mens rea* (le motif tiré de l'absence de *mens rea* ») est l'un des motifs originaux du développement de la TCR. La Section de l'ABC pense donc que, lorsqu'il existe un fondement pour conclure que le règlement rend nulle et non avenue la *mens rea* pour un crime (y compris en rapport avec des délits *per se* en vertu de la LC), le Bureau devrait appliquer la TCR.

- *[TRADUCTION] Erreur de droit provoquée par une personne en autorité – D'après cette théorie, lorsque quelqu'un « a consulté une personne en autorité compétente en la matière, a obtenu un avis raisonnable et s'est fondé sur cet avis pour accomplir ses actes » illicites, il est dispensé de sanction ou de responsabilité. Le juge en chef Lamer a reconnu cette théorie dans R. c. Jorgensen, [1995] 4 R.C.S. 55, et elle se trouve actuellement devant la Cour suprême dans Lévis (ville) c. Tétreault (C.S.C.*

Dossier 30380) et Ville de Lévis c. 2629-4470 Québec Inc. (C.S.C. Dossier 30381), entendus par la Cour en octobre 2005 (jugements en délibéré).

- *Justification légale – La justification légale est une défense dans des circonstances pour lesquelles les fautifs présumés peuvent prétendre qu'ils avaient l'obligation ou l'autorisation de commettre les actes illégaux allégués, par une disposition législative spécifique. Cette théorie est définie dans *Eldorado Nuclear Ltd. c. Uranium Canada Ltd*¹², où elle est mise en contraste avec la théorie de l'immunité de la Couronne (en 22):*

La justification légale pour commettre un acte qui autrement serait illégal, n'invoque pas, me semble-t-il, l'immunité de la Couronne. Elle donne lieu à une défense de la justification légale. Toute personne, qu'elle soit ou non un mandataire de l'État, peut invoquer la justification légale. Sur les plans conceptuel et analytique, elle est éloignée de l'immunité de la Couronne

- *Immunité de la Couronne – Lorsqu'une partie, qui est un mandataire de l'État, a transgressé une loi en agissant dans le but qui lui est attribué par la loi, il est exempté de responsabilité. Il faut noter cependant, qu'en vertu de l'article 2.1 de la LC, cette exemption de l'application de la LC en vertu de l'immunité de la Couronne ne s'étend pas aux activités commerciales d'une société d'État fédérale ou provinciale, en concurrence, réelle ou potentielle, avec d'autres personnes.*

Il faudrait aussi rendre clair, dans la version préliminaire du bulletin, que la liste d'autres « théories juridiques » n'est pas exhaustive. Par exemple, lorsque des parties déposent des plaintes auprès du Bureau et d'une autorité de réglementation propre à un secteur d'activités, dans certains cas (en particulier lorsque l'autorité de réglementation propre à un secteur d'activités a statué sur certaines questions ou sur toutes), le Bureau peut se trouver empêché d'exercer sa compétence, en vertu des théories de la perclusion des questions, du pourvoi accessoire ou de poursuite abusive. Il peut y avoir aussi d'autres théories pertinentes, selon les circonstances particulières.

VII. DISTINCTION ENTRE LES AUTORITÉS DE RÉGLEMENTATION ET LES PERSONNES OU ENTITÉS RÉGLEMENTÉES

Dans la partie II de la version préliminaire du bulletin (p. 4), le Bureau reconnaît qu'aucun tribunal canadien n'a affirmé expressément que la TCR s'applique différemment selon que l'on a affaire à une autorité de réglementation ou à une personne ou entité réglementée. La version préliminaire du bulletin poursuit en indiquant toutefois que les personnes et entités

¹² (1983), 77 C.P.R. 1 (C.S.C.).

réglementées n'ont généralement pas bénéficié de l'application de la TCR par les tribunaux canadiens. Toutefois, les tribunaux ont fait preuve d'ouverture pour étendre la TCR aux personnes et entités réglementées. On en trouve un exemple dans *2903113 Canada Inc. c. Québec (Régie des marchés agricoles et alimentaires)*¹³, où la Cour d'appel du Québec a trouvé que les accords de commercialisation entre des entreprises de transformation et une association de producteurs de porcs (qui était manifestement une entité réglementée) étaient dispensés de l'application de l'article 45 de la LC, puisque la conclusion de l'accord était autorisée par une loi. En tout état de cause, il semble qu'il ne convienne pas de conclure qu'une partie privée, qui agit conformément à l'ordonnance d'une autorité de réglementation, pour prendre cet exemple, puisse faire l'objet d'une poursuite judiciaire ou être tenue responsable en vertu de la LC, alors que l'autorité de réglementation elle-même en serait dispensée. Dans d'autres cas concernant une conduite privée, les tribunaux ont aussi trouvé qu'une conduite privée bénéficiait du même niveau de protection, en vertu de l'existence d'un règlement dans un secteur d'activités¹⁴. Comme nous l'avons noté dans des mémoires antérieurs, la Section de l'ABC ne pense pas qu'il y ait quelque fondement juridique pour faire une distinction entre une autorité de réglementation ou une personne ou entité réglementée et suggérerait d'éliminer de la version préliminaire du bulletin toute référence à cette différence.

VIII. ORGANISMES D'AUTORÉGLÉMENTATION

Enfouie dans la note de fin de texte 23, on trouve la suggestion – reprise du bulletin de 2002 – que les organismes d'autoréglementation devraient faire l'objet d'une surveillance plus approfondie que les autres types d'autorités de réglementation. La Section de l'ABC pense que cette suggestion est contraire à la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Jabour*. Dans l'arrêt *Jabour*, le juge Estey met l'accent sur un certain nombre de raisons pour lesquelles l'autoréglementation peut se justifier et sur le fait que le mode de réglementation (autoréglementation par opposition à une réglementation contrôlée par la province) relevait de la discrétion de l'assemblée législative provinciale. Le message de la Cour suprême est manifestement que le Bureau n'a pas d'autorité ou de compétence pour mettre en question la

¹³ (1997), 79 C.P.R. (3d) 403 at 428-429.

¹⁴ Voir *R. c. Canadian Breweries*, *supra* note 7.

décision d'une province établissant que l'autoréglementation est le moyen le plus adéquat de servir l'intérêt public. Il n'y a donc pas de fondement juridique pour faire une distinction entre l'autoréglementation et d'autres formes de réglementation aux fins de la TCR.

La Section de l'ABC recommande que la suggestion proposant de traiter différemment les organismes d'autoréglementation soit enlevée de la version préliminaire du bulletin (et si elle est conservée, ce qui à notre avis serait contraire à l'arrêt *Jabour*, la position ne devrait pas être énoncée dans une note de fin de texte).

IX. FUSIONS

La version préliminaire du bulletin souligne « que si la TCR ou quelque autre théorie ou moyen de défense soustraie la conduite ou non d'une ou plusieurs dispositions de la Loi, le Bureau examinera toujours le contexte réglementaire dans lequel la conduite a eu lieu lorsque cela est pertinent » (p. 4). La Section de l'ABC approuve ce point de vue et recommande que le Bureau donne une orientation supplémentaire sur la façon dont la réglementation peut être pertinente dans ce contexte. Notamment, il serait utile que le Bureau explique son approche des fusions dans les industries réglementées. À ce sujet, le Bureau devrait envisager la mesure dans laquelle la réglementation dans un secteur d'activités élimine ou réduit la probabilité qu'une réduction importante ou un empêchement de la concurrence résulte d'une fusion, p. ex., en empêchant une augmentation du prix des matières à la suite d'une fusion ou une réduction de la concurrence hors prix. Lorsqu'une autre autorité de réglementation doit approuver une fusion, le Bureau devrait tenir compte de buts réglementaires motivant cette approbation, ainsi que de l'intention du Parlement en fixant ces buts (qui peut avoir en vue d'autoriser des fusions qui permettent à une industrie canadienne de survivre, nonobstant les effets négatifs sur la concurrence), en décidant d'exercer sa discrétion d'application pour contester la fusion.

X. RÉFÉRENCES À LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE

Même si la version préliminaire du bulletin ne fait aucune référence à une loi étrangère, les notes de fin de texte 6 et 22 contiennent une discussion approfondie du droit américain. Le droit américain sur l'immunité antitrust implicite et l'action de l'État s'est développé dans un système constitutionnel différent et n'est pas particulièrement utile pour interpréter ou

appliquer la TCR au Canada. Aucun des arrêts-clés (p. ex., l'arrêt *Jabour*) ne se fonde sur le droit américain et la TCR du Canada s'est développée dans le contexte très particulier du système fédéral du Canada. La Section de l'ABC recommande donc d'éliminer de la version préliminaire du bulletin toutes les références au droit américain.

XI. CONCLUSION

La Section de l'ABC se réjouit d'avoir pu faire des observations sur la version préliminaire du bulletin et continue d'encourager le Bureau dans sa pratique de publier des bulletins d'information et ses lignes directrices pour l'interprétation, afin d'accroître la transparence et la prévisibilité de l'interprétation du Bureau et de sa mise en application de la loi. Nous approuvons les modifications apportées depuis la première publication par le Bureau, en 2002, d'une orientation sur la question de la conduite réglementée et nous espérons que le Bureau tiendra compte des opinions exprimées dans ce mémoire en mettant au point la version finale du Bulletin. Des représentants et représentantes de la Section de l'ABC se feront un plaisir de rencontrer des représentants du Bureau pour discuter de ces observations plus à fond.

ANNEXE A

Page 2, note de fin de texte 7	Il faudrait placer cette note de fin de texte dans le texte de la version préliminaire du bulletin, comme partie de la discussion de fond des dispositions sur les pratiques susceptibles d'examen.
Page 3, 1 ^{er} paragr., 3 ^e phrase	Remplacer « La TCR rend effectivement nulle et non avenue » par « La TCF évite effectivement ».
Page 3, 1 ^{er} paragr., dernière phrase	Remplacer « peut seulement exempter une conduite » par « peut seulement exempter une conduite réglementée par la province », en cohérence avec l'arrêt <i>Garland</i> .
Page 3, 4 ^e paragr., 3 ^e phrase	Dans la version anglaise, le terme « otherise » devrait être remplacé par « otherwise ».
Page 3, 4 ^e paragr., dernière phrase	Dans la version anglaise, l'expression « In light of above » devrait être remplacée par « In light of the above ».
Page 4, note de fin de texte 25	Il faudrait placer cette note de fin de texte dans le texte de la version préliminaire du bulletin, car elle contient un ajout important au texte.
Page 4, note de fin de texte 28	Ce que cette note de fin de texte ajoute au texte n'est pas clair. Il faudrait la supprimer.
Page 4, note de fin de texte 31	Il faudrait placer le fragment de phrase de cette note de fin de texte dans le texte de la version préliminaire du bulletin.
	<p data-bbox="532 1167 1338 1205">Dans la phrase « qu'elle soit fédérale ou provinciale », « provincial »</p> <p data-bbox="532 1236 1427 1407">est-il une référence à une conduite réglementée par la province ou aux situations dans lesquelles le Parlement délègue ou partage une compétence réglementaire avec une province? Si c'est ce dernier cas, il faudrait le rendre explicite. Sinon, référer à une loi provinciale dans une section de la version préliminaire du bulletin qui traite du droit fédéral crée de la confusion.</p>
Page 5, 1 ^{er} paragr, sous la rubrique « Conclusion », 1 ^{ère} phrase	Le terme « applique » devrait être remplacé par « appliquer » et le terme « immunise » par « immuniser ».
Page 6, note en fin de chapitre 12, 11 ^e ligne	Supprimer le terme « dans » dans la phrase « il n'a été appliqué que dans à »
Page 7, note en fin de chapitre 15	Il manque une virgule dans la citation suivante la « partie V ».