

Hausse des recours collectifs intentés en vertu de la *Loi sur la concurrence* Comment protéger votre entreprise dès maintenant

Par Guy Lemay, Jean Saint-Onge et Benjamin David Gross

Les recours collectifs sont devenus monnaie courante. Même si peu d'entre eux ont été autorisés par les tribunaux jusqu'à présent, on constate que le montant des réclamations et des indemnités accordées a augmenté. De plus, dès le dépôt d'une requête, l'entreprise en cause doit engager des frais pour se défendre, sans compter l'atteinte importante à sa réputation. Dans ce contexte, les entreprises doivent agir maintenant pour se protéger contre le risque d'un recours collectif, notamment en se dotant d'un guide de conformité diffusé auprès de leurs employés.

Un accès facilité aux recours collectifs

Il est possible aujourd'hui d'instituer un recours collectif devant la Cour fédérale du Canada ainsi que dans toutes les provinces qui ont, pour la plupart, adopté une législation à cet égard. En Ontario et au Québec, des fonds ont été créés afin d'aider les requérants à payer respectivement les frais ou les frais et les honoraires juridiques engagés dans le cadre de recours collectifs donnant lieu à des batailles juridiques souvent longues et coûteuses. Ces facteurs ont fait en sorte d'accroître la popularité des recours collectifs.

Parallèlement, les recours intentés dans le cadre d'infractions aux dispositions de la législation antitrust aux États-Unis et à la *Loi sur la concurrence* au Canada se sont rapidement multipliés et les amendes

imposées aux contrevenants sont montées en flèche. Par exemple, la société F. Hoffman-Laroche Limitée s'est vue imposer une amende de 50 900 000 \$ pour conspiration en vue de fixer les prix dans les secteurs des vitamines en gros et de l'acide citrique en 1999.

L'article 36(1) de la *Loi sur la concurrence* autorise l'institution de recours civils en dommages-intérêts par suite d'infractions aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*. Ceci a fourni aux avocats spécialisés en recours collectifs l'ouverture nécessaire pour intenter des recours fondés sur des infractions à la *Loi sur la concurrence* en tant que causes distinctes. Cette tendance se poursuivra sans doute dans l'avenir.

Un recours collectif doit d'abord être autorisé

Afin de mieux saisir le phénomène des recours collectifs alléguant des infractions à la *Loi sur la concurrence*, il importe de comprendre d'abord les exigences qui sous-tendent l'autorisation de tels recours. Pour être autorisé, un recours collectif doit répondre à certains objectifs, à savoir une économie des coûts judiciaires, un accès accru à la justice pour les victimes et une modification comportementale.

En ce qui a trait aux exigences permettant d'autoriser un recours collectif auprès de l'ensemble des territoires canadiens mentionnés plus haut, la Cour suprême du Canada déclarait, dans la cause *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*¹, que « bien qu'il existe des différences entre les critères (pour chaque territoire), il se dégage quatre conditions nécessaires au recours collectif »² :

- le groupe doit pouvoir être clairement défini;
- il faut des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe;
- le succès d'un membre du groupe signifie le succès de tous;
- le représentant du groupe doit représenter adéquatement le groupe.

Dans certaines provinces de *common law*, la satisfaction des quatre conditions précitées n'oblige pas le tribunal à autoriser l'audition du recours. Divers facteurs peuvent en effet inciter un tribunal à refuser, à son appréciation, d'autoriser un recours collectif. Il s'agit notamment du désir de la partie défenderesse de soulever différents moyens de défense à l'encontre des prétentions de certains membres du groupe ou certains groupes de membres, de la nécessité d'interroger au préalable chaque membre, de la nécessité d'aborder des questions importantes soulevées par un seul membre du groupe ou un groupe de membres, ou encore du nombre restreint de membres faisant en sorte qu'une jonction d'actions constituerait une option plus rentable.

¹ [2001] 2 R.C.S. 534 (*Dutton*).

² *Ibid.*, p. 554. On notera qu'en dépit du fait que cette cause a été jugée avant l'entrée en vigueur de la législation sur les recours collectifs en Saskatchewan, à Terre-Neuve, au Manitoba et celle de la Cour d'appel fédérale, nous sommes d'avis qu'elle s'appliquerait néanmoins à ces territoires.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

Guy Lemay est membre du Barreau du Québec depuis 1966 et se spécialise en droit de la concurrence



La législation sur les recours collectifs de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, de Terre-Neuve et du Manitoba, de même que la règle 299.2 des *Règles de la Cour fédérale* (1998), présentent chacune une liste de cinq facteurs qui ne constituent pas, à eux seuls, un motif valable de refuser une autorisation :

- les réparations demandées comprennent une réclamation de dommages-intérêts qui exigerait une évaluation individuelle, une fois les points de droit ou de fait collectifs tranchés;
- les réparations demandées portent sur des contrats distincts qui concernent différents membres du groupe;
- les réparations demandées ne sont pas les mêmes pour tous les membres du groupe;
- le nombre de membres du groupe ou l'identité de chacun des membres est inconnu; et
- il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations ou les moyens de défense soulèvent des points de droit ou des faits collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe.

Au Québec, même si la législation ne contient pas cette liste, les tribunaux du Québec choisissent généralement de suivre ces principes.

Recours collectifs institués en vertu de la *Loi sur la concurrence*

Les recours collectifs qui sont institués en vertu de la *Loi sur la concurrence* suivent également les règles relatives aux autorisations énoncées ci-dessus.

Les causes d'action se limitent aux infractions de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*, notamment les complots visant à réduire la concurrence, le truquage des offres, la discrimination par les prix, les déclarations fausses ou trompeuses, les pratiques de télémarketing trompeur, la vente pyramidale et le maintien des prix.

Les seules causes qui ont été plaidées jusqu'à maintenant portaient sur les complots visant à réduire la concurrence, les déclarations fausses ou trompeuses et le maintien des prix.

Complots visant à réduire la concurrence :

Les causes ont notamment porté sur des complots en vue de fixer à l'échelle internationale les prix des vitamines et de leurs sous-produits³, un complot visant à fixer le prix de la lysine (un supplément alimentaire pour les porcs)⁴, un complot en vue d'évincer un nouveau concurrent dans le marché de la levée de fonds par l'intermédiaire des périodiques scolaires⁵ et un complot en vue de fixer les prix du minerai de fer et du pigment noir utilisé dans la fabrication des briques et de certains autres matériaux de construction⁶. Même si aucun de ces recours n'a été autorisé jusqu'à maintenant, les tribunaux ont fait d'importantes déclarations au sujet de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*.

Tout d'abord, dans la cause *Vitapharm*, le tribunal a déclaré que la notion de complot définie à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ne se limitait pas aux seuls complots survenus sur le territoire canadien. Un complot qui porte préjudice à des canadiens entraîne une responsabilité au Canada, que l'entente de complot en vue de fixer les prix ou à répartir le marché soit conclue au Canada ou à l'étranger⁷.

En second lieu, dans la cause *Chadha*, où le recours collectif n'a pas été autorisé, ledit recours collectif alléguait un complot en vue de fixer les prix du minerai de fer et du pigment noir utilisé dans la fabrication des briques et de certains autres matériaux de construction. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la question de la responsabilité, et notamment la preuve de dommage, ne pouvait être considérée comme une question commune à tous les membres du groupe.

Le problème dans cette cause venait du fait que les propriétaires requérants se trouvaient tous dans des situations différentes. Certains pouvaient avoir acheté leur maison auprès du constructeur, tandis que d'autres en étaient le deuxième ou le troisième propriétaire. Ainsi, la preuve voulant que les coûts de construction additionnels aient été transférés aux propriétaires en raison des coûts plus élevés du minerai de fer aurait dû être faite sur une base individuelle afin de s'assurer que ces coûts additionnels avaient effectivement été transférés à chaque membre du groupe désormais propriétaire d'une maison dont le parement en briques contenait du minerai de fer. Conséquemment, le tribunal n'était pas enclin à établir la responsabilité du défendeur sur la foi du témoignage d'un expert qui aurait simplement présumé que les coûts additionnels précités avaient été « transférés » à chaque propriétaire actuel.

Le tribunal d'appel a donc décidé que les facteurs suivants faisaient en sorte que la question de la responsabilité et des dommages-intérêts devait être évaluée pour chaque cas particulier et rendaient le recours collectif impossible à gérer :

- le grand nombre d'intervenants dans la chaîne de distribution;

³ *Vitapharm Canada Ltd. c. F. Hoffman-Laroche Ltd.*, 99-GD-46719 (C.S. Ont.) [ci-après « *Vitapharm* »]; *Ford c. F. Hoffman-Laroche Ltd.*, 771/99 (C.S. Ont.); *McLeod c. Chinook Group Ltd.*, 99-CV-172410 (C.S. Ont.)

⁴ *Minnema c. Archer Daniels Midland Co.*, [2000] O.J. no. 1685 (C.S. Ont.)

⁵ *Canadian Community Reading Plan Inc. c. Quality Service Programs Inc.* [2001] O.J., no. 205 (C.A. Ont.)

⁶ *Chadha c. Bayer Inc.*, (1999) 45 O.R. (3d) 29 (C.S. Ont.), (29 septembre 1999) 98-CV-142211 (autorisation obtenue de la (C.S. Ont.), permission d'en appeler accordée 45 O.R. (3^e) 478 (C.D. Ont.), suspension des procédures (16 décembre 1999) 459/99 (C.D. Ont.), 2001; 54 O.R. (3^e) 920 (refus d'autoriser par la C.D. Ont.), (14 janvier 2003) C37244 (refus d'autoriser par la C.A. Ont.).

⁷ Cette déclaration s'inscrit dans la jurisprudence récente en la matière : *Garipey c. Shell Oil Co.* (2000), 51 O.R. (3^e) 181 (C.S.J. Ont.); *Nutreco Canada Inc. c. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2001), 14 C.P.R. (4^e) 43 (B.C.S.C.).



Jean Saint-Onge est membre du Barreau du Québec depuis 1981 et se spécialise en droit de la concurrence



Benjamin David Gross est membre du Barreau du Québec depuis 2001 et se spécialise en droit de la concurrence

- la multitude des facteurs influant sur le prix d'achat des maisons; et
- le fait que le minerai de fer n'était qu'une composante mineure des maisons et, dans le pire des cas, un élément négligeable de leur prix d'achat.

Toutefois, le tribunal a laissé entendre que si un lien direct avait existé entre les parties au complot et les utilisateurs en bout de ligne, le résultat aurait pu être différent.

Déclarations fausses ou trompeuses : L'un des recours faisait état de déclarations trompeuses faites par un établissement d'enseignement au sujet de sa réputation et de la disponibilité de bourses d'études⁸, un autre portait sur des déclarations trompeuses ayant trait à la valeur d'actions minières fondée sur des échantillons d'or truqués⁹ et un troisième portait sur des déclarations trompeuses au sujet de la valeur des actions d'une entreprise exerçant des activités illégales¹⁰.

À ce jour, seul le recours collectif intenté par *Carom I* contre Bre-X, Bresea et certains des administrateurs, des dirigeants et des employeurs de ces sociétés pour violation des dispositions de l'article 52 de la *Loi sur la concurrence* a été autorisé¹¹. Aucun des autres recours n'a toutefois été autorisé, étant donné que la preuve relative aux déclarations trompeuses faites à chacun des demandeurs devait être faite de manière à déterminer la responsabilité des défendeurs envers chaque membre du groupe, ce qui rendait le recours collectif impossible à gérer. En effet, les déclarations pouvaient varier pour chaque membre du groupe, influant sur le degré de confiance que chacun d'eux leur accordait.

Maintien des prix : La première cause sous ce sous-titre est *Wong c. Sony of Canada*¹². Bien que ce recours n'ait pas été autorisé par manque de preuves, M. Wong a allégué que la société Sony du Canada avait publié une « liste de prix proposés » qu'elle montrait à ses clients et une « liste de prix réels » plus bas visant à s'assurer que les détaillants ne vendent pas leurs produits à des prix plus bas que ceux pratiqués dans les boutiques Sony.

Dans la cause *Price c. Panasonic Canada Inc.*¹³, les demandeurs alléguaient que le défendeur avait, pendant près de 20 ans, empêché ses concessionnaires de baisser leurs prix, ce qui avait influé sur les prix payés par les consommateurs, le tout en contravention de l'article 61 de la *Loi sur la concurrence*. Les défendeurs ont toutefois plaidé avec succès que divers canaux de distribution avaient été utilisés et que les concessionnaires avaient effectué de nombreuses ventes sur lesquelles ils n'avaient eu aucun contrôle réel. Par ailleurs, une myriade de facteurs, allant des promotions aux détaillants aux « extras » accompagnant la promotion de leurs produits (ex. : base gratuite à l'achat d'un téléviseur), influaient sur le prix de leurs produits.

Le tribunal a conclu qu'en vertu de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, un demandeur devait prouver qu'il avait réellement subi une perte ou un dommage et ne pouvait simplement s'appuyer sur un montant estimatif des dommages pour résoudre des questions de preuve de responsabilité. Les dommages allégués avaient été estimés à 15 % de chaque produit vendu à chacun des quelques 20 millions de consommateurs. Le tribunal a également statué qu'étant donné que l'établissement de la preuve de la perte ou du dommage réel aurait entraîné de nombreux procès individuels, et que l'enjeu l'emportait largement sur la question commune de savoir si une infraction à la loi avait bel et bien été commise, un recours collectif n'aurait pas été équitable, efficient et gérable dans les circonstances. Le tribunal a en outre ajouté qu'il valait mieux laisser les questions de modification de comportement au Bureau de la concurrence dans les recours faisant intervenir la *Loi sur la concurrence*.

Il importe de prendre note que les actions intentées en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, notamment celles qui ont trait aux pratiques de vente liée, d'exclusivité et de limitation du marché, ainsi qu'aux abus de position dominante, ne constituent pas des causes d'action légales dans le cadre de recours collectifs en vertu de l'article 36.

Plusieurs règlements sont intervenus dans le cadre de recours collectifs institués aux termes de la *Loi sur la concurrence*¹⁴. Par exemple, un recours collectif intenté contre Miralex Health Care Inc.¹⁵ alléguant que la société avait faussement déclaré que sa crème à mains se composait d'ingrédients entièrement naturels alors qu'elle contenait en fait un stéroïde, a été réglé pour une somme d'environ deux millions de dollars.

Une augmentation à long terme des recours collectifs

Le fait que seul un petit nombre de recours collectifs intentés en vertu de la *Loi sur la concurrence* ont porté fruit ne devrait pas donner aux éventuels défendeurs un faux sentiment de sécurité. On s'attend à une augmentation à long terme des recours collectifs intentés en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Par contre, il demeure que de tels recours pourraient n'avoir qu'une utilité restreinte pour les demandeurs dans des affaires mettant en cause des déclarations trompeuses à portée individuelle ou des acheteurs indirects.

Le nombre croissant de procès antitrust aux États-Unis et, dans une moindre mesure, au Canada, conjugué à l'établissement de partenariats entre cabinets d'avocats

⁸ *Moutheros c. Devry Canada Inc.*, N° 96-CU-107281, 1998-01-23 (C. Ont. (Div. gén.)) (Winkler J.).

⁹ *Carom II*, N° 97-GD-39574, 1998-10-19.

¹⁰ *Mondor c. Fisherman* [2002] O.J., no. 4620 (C.S.J. Ont.).

¹¹ *Carom c. Bre-X Minerals Ltd.* (1999) 44 O.R. (3d) 173 (S.C.S.), pp. 198-199.

¹² [2001] O.J., no. 1707 (S.C.).

¹³ [2002] O.J., no. 2362 (S.C.).

¹⁴ *Alfresh Beverages Canada Corp. c. Archer Daniels Midland Co.* (non publié, 23 octobre 2001, C.S.J. Ont., dossier n° 322562/99 du tribunal de London); *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.* (non publié, 9 novembre 2001, B.C.S.C., dossier n° L003223); *Alfresh Beverages Canada Corp. c. Hoechst AG* (2002), 111 A.C.W.S. (3^e) 413 (C.S.J. Ont.).

¹⁵ *Head c. Miralex Health Care Inc.* Vancouver S000294.

agissant sur demande dans le but de diluer le risque de ne pas récupérer leur part du règlement ou du jugement, devrait faire grimper le nombre de recours collectifs institués en vertu de la *Loi sur la concurrence* dans un proche avenir. Par ailleurs, l'adoption récente d'une nouvelle législation en la matière en Saskatchewan, au Manitoba et à Terre-Neuve, ainsi que celle devant être adoptée prochainement en Alberta, devrait rendre les tribunaux de ces provinces plus accessibles aux recours collectifs.

De plus, la possibilité récemment autorisée d'instituer des recours collectifs devant la Cour fédérale dans les matières sous sa compétence, dont la concurrence, devrait également favoriser ce type de recours. Pourquoi? Il sera plus facile de coordonner les revendications des membres d'un groupe dispersés dans l'ensemble du Canada et d'éviter les recours individuels coûteux institués dans chaque province ou d'invoquer la question largement controversée du « recours collectif national » devant chaque tribunal provincial qui pourrait ou non avoir compétence pour autoriser un tel recours.

Autre facteur important dont il importe de tenir compte, l'alinéa 36(2) de la *Loi sur la concurrence* établit qu'une déclaration de culpabilité en vertu de la partie VI constitue une preuve de conduite illicite aux fins d'un procès au civil. À ce titre, une déclaration de culpabilité suivant une enquête du Bureau de la concurrence aux termes de la partie VI devient une preuve dans un recours collectif intenté par la suite par des clients ou des utilisateurs des produits d'une entreprise. Cette disposition réduit considérablement le fardeau des demandeurs et exige moins de ressources pour introduire un recours collectif en vertu de l'alinéa 36(1).

Des mesures immédiates pour protéger votre entreprise

Il est impératif pour les employés d'une entreprise de connaître la *Loi sur la concurrence* afin de protéger ladite entreprise contre le risque posé par un recours collectif. L'un des meilleurs outils dont les entreprises peuvent se doter est un guide de conformité que les employés peuvent consulter en tout temps dans l'exercice de leurs activités courantes.

Un tel programme permet notamment d'atteindre les objectifs suivants :

- déceler rapidement tout agissement illégal éventuel;
- réduire le risque que la responsabilité d'une entreprise, ainsi que de ses administrateurs, dirigeants et employés, soit engagée;
- réduire les coûts liés aux litiges, aux amendes, à la publicité négative et à la perturbation des activités;
- sensibiliser les personnes aux agissements anticoncurrentiels potentiels de concurrents, de fournisseurs ou de clients.

Le présent bulletin ne vise qu'à fournir certaines orientations générales à l'égard des recours collectifs institués en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Les circonstances particulières de chaque cause dictent les décisions des tribunaux. Si vous désirez faire analyser la situation de votre entreprise, veuillez communiquer avec nous.

Guy Lemay - (514) 877-2966

Jean Saint-Onge - (514) 877-2938

Benjamin David Gross - (514) 877-2983

Pour vous protéger adéquatement

Outre les services de conseil juridique et de représentation, l'équipe de spécialistes du droit de la concurrence de *Lavery, de Billy* peut organiser des séminaires à l'intention de vos employés afin de les informer sur la *Loi sur la concurrence* et leur fournir des orientations sur le respect de ses dispositions. De plus, comme elle l'a fait pour plusieurs clients, notre équipe de spécialistes peut rédiger à votre intention un guide exhaustif de conformité à la *Loi sur la concurrence* qui, conjugué à des politiques efficaces, réduit considérablement le risque de se voir imposer une amende prévue par la Loi et de faire face à un recours collectif coûteux découlant d'une condamnation en vertu de la Loi.

Vous pouvez communiquer avec les membres suivants du groupe Droit de la concurrence pour toute question relative à ce bulletin.

à nos bureaux de Montréal

Patrick Bourbeau
Serge Bourque
Patrick Buchholz
Marc Cigana
David Eramian
Benjamin Gross
Guy Lemay
Corinne Lemire
Larry Markowitz
Jean Saint-Onge
Raphaël H. Schachter, c.r.

Montréal

Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec)
H3B 4M4

Téléphone :
(514) 871-1522
Télécopieur :
(514) 871-8977

Québec

Bureau 500
925, chemin Saint-Louis
Québec (Québec)
G1S 1C1

Téléphone :
(418) 688-5000
Télécopieur :
(418) 688-3458

Laval

Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec)
H7T 2R5

Téléphone :
(450) 978-8100
Télécopieur :
(450) 978-8111

Ottawa

Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario)
K1R 7X7

Téléphone :
(613) 594-4936
Télécopieur :
(613) 594-8783

Site Web

www.laverydebilly.com

Droit de reproduction réservé. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.