

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.  
Avocats  
Agents de brevets et marques de commerce

www.fasken.com

Tour de la Bourse  
Bureau 3700, C.P. 242  
800, Place Victoria  
Montréal (Québec) Canada H4Z 1E9

514 397 7400 Téléphone  
514 397 7600 Télécopieur  
1 800 361 6266 Sans frais



René Cadieux

Le 17 septembre 2015

**CONFIDENTIEL**

Me Sonia Lebel  
*Commission d'enquête sur l'octroi et la  
gestion des contrats publics dans  
l'industrie de la construction*  
600, rue Fullum, sous-sol - secteur 0570  
Montréal (Québec)  
CANADA  
H2K 3L6

**Objet :** Représentations écrites de Me Benoit Montgrain concernant le préavis de conclusions défavorables du 24 août 2015 de la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction du Québec* à l'encontre de Me Benoit Montgrain

Chère consœur,

Nous représentons les intérêts de Me Benoit Montgrain pour les fins de la présente.

La présente a pour but de vous communiquer nos représentations écrites faisant état de nos observations et de nos arguments concernant le sujet en titre et ce, dans l'espoir que le préavis (« **préavis** ») du 24 août 2015 de la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction du Québec* (la « **Commission** ») qui a été transmis à Me Benoit Montgrain soit retiré et qu'il n'y ait autrement aucune conclusion défavorable de la Commission qui soit portée à l'encontre de Me Montgrain.

À titre de simple rappel, on se souviendra que le préavis de la Commission indiquait la possibilité que ses commissaires tirent des conclusions défavorables suivantes à l'égard de Me Montgrain :

Confidentiel

1. D'avoir participé au nom de Feralux à un système de collusion<sup>1</sup> entre fabricants du marché de l'éclairage extérieur avec son concurrent Métal Pole-Lite;
2. D'avoir exercé des pressions au nom de Feralux sur son concurrent Métal Pole-Lite pour qu'il respecte les part [sic] de marchés [sic] établies; et
3. D'avoir facilité au nom de Feralux le système de collusion entre les entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal, en cédant aux pressions des entrepreneurs collusionnaires visant à leur accorder un escompte préférentiel sur leurs produits.

## **I. Introduction**

À titre de remarques préliminaires introductives, on peut sans se tromper affirmer que la protection de la bonne réputation d'une personne est d'une importance fondamentale dans notre société démocratique, cette protection n'étant que la mise en œuvre du devoir de l'État de protéger ses propres citoyens lui devant allégeance.

En outre, étant une articulation ponctuelle de ce qu'est la dignité inhérente lui appartenant, la réputation est tout aussi étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit de surcroît d'une protection constitutionnelle, tel que la Cour suprême du Canada l'a mainte fois répété.

D'ailleurs, avant même que ne soit finalement enchâssé le droit à la vie privée par nos tribunaux selon le régime de *Common Law* de droit public à titre de droit constitutionnel inhérent, les principes de responsabilité civile consacrés par le *Code civil*, liant l'État lui-même dès 1866 et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec adoptée par le législateur québécois en 1975, consacraient déjà le droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation et le droit au respect de la vie privée (L.Q. 1975, c. 6, a. 4; a. 5).

Un avis de blâme peut avoir des effets catastrophiques sur la réputation de Me Benoit Montgrain. Il résulte de ce qui précède que la Commission et ses commissaires doivent interpréter et appliquer le mandat à eux conféré d'une façon qui respecte et protège les droits de ceux qui, par la force des circonstances, se trouvent astreints devant la Commission contre leur gré.

---

<sup>1</sup> Nous allons examiner ci-dessous le problème que suscite l'utilisation du terme « collusion » dans le préavis de la Commission. Nous allons présumer dès maintenant, par contre, que le préavis de la Commission fait, en toute réalité, référence au terme « complot ».

Il est légitime et approprié pour Me Montgrain de faire valoir qu'il est en droit à la sauvegarde de sa réputation et au respect de son droit à la vie privée et qu'il ne doit plus, en conséquence, être autrement inquiété.

La présente est soumise pour aider la Commission à tirer cette conclusion.

## **II. Première conclusion du préavis - d'avoir participé à un système de collusion**

Selon la preuve déposée devant la Commission, il est clair que le témoin Daniel Niding, représentant de Métal Pole-Lite et concurrent de Feralux, nie catégoriquement avoir conclu une entente avec Me Benoit Montgrain (Feralux) pour se partager, à titre de fournisseur, le marché de l'éclairage extérieur.

Lors d'une rencontre en avril 2004, Daniel Niding a fait comprendre à Me Benoit Montgrain que Métal Pole-Lite voulait progresser, accroître son chiffre d'affaires. Il n'a aucunement été question de conclure quelque entente que ce soit. Au contraire, il était clair que la conclusion de cette rencontre était *chacun pour soi*.

Témoignage de Daniel Niding devant la Commission le 17 avril 2014, pages 45 et 46, questions [192 à 197]

Daniel Niding affirme que, par la suite, Métal Pole-Lite avait comme objectif d'accroître ses parts de marché à 30%, mais sans déclencher une guerre de prix, confirmant par le fait même l'absence d'un « système collusoire ».

Témoignage de Daniel Niding devant la Commission le 17 avril 2014, pages 52, 53, 59 et 60, questions [225, 226 et 251 à 254]

Deux fois plutôt qu'une, au cours de son témoignage, Daniel Niding a clairement affirmé qu'il n'y avait pas de collusion ou d'entente, donc l'absence d'un complot.

Témoignage de Daniel Niding devant la Commission le 17 avril 2014, pages 70 et 99, questions [299, 300 et 424]

Daniel Niding conclut qu'il n'était pas question pour Me Benoit Montgrain ni Feralux de donner une chance à Métal Pole-Lite.

Témoignage de Daniel Niding devant la Commission le 17 avril 2014, page 107, question [450]

### **III. Deuxième Conclusion du Préavis - d'avoir exercé des pressions afin que Métal Pole-Lite respecte les parts de marché établies**

Premièrement, il n'y avait pas de parts de marché établies entre les fournisseurs, car pour ce faire, encore aurait-il fallu qu'il y ait entente (complot) en ce sens, ce qui n'est absolument pas le cas selon la preuve entendue devant la Commission et qui est accessible.

Deuxièmement, Daniel Niding mentionne que son calcul des parts de marché variait de 23% à 32%. Il incluait dans son calcul les commandes que les quatre grands acheteurs (entrepreneurs spécialisés) voulaient bien lui octroyer, les contrats remportés auprès des petits entrepreneurs et ceux en préachat.

Il est ainsi bien difficile (de fait, impossible) de conclure qu'il y avait alors une part de marché établie et que Me Benoît Montgrain connaissait de surcroît toutes les composantes utilisées par Daniel Niding pour la calculer.

Témoignage de Daniel Niding devant la Commission le 17 avril 2014, pages 62 et 63, question [261]

Troisièmement, il n'y a rien d'illégal à faire ou accepter de subir des pressions pour garder des clients, ou augmenter ou autrement sauvegarder des parts de marché. Nous revenons plus en détail sur cette proposition ci-dessous.

Entretemps, rien dans la preuve ne laisse le moindre soupçonner que Me Benoît Montgrain a posé quelque geste illégal que ce soit, et encore moins criminel.

Daniel Niding était parfaitement au courant que sa stratégie pour augmenter ses parts de marché devait éviter de déclencher une guerre de prix<sup>2</sup> qui aurait mené à la faillite de Métal Pole-Lite.

---

<sup>2</sup> Nous allons faire une analyse plus détaillée de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, dans la prochaine section de notre réponse à la Commission immédiatement ci-dessous. Il suffit pour le moment de rappeler les observations de Me Yves Comtois, témoin expert consultant en droit de la concurrence entendu devant la Commission, lesquels sont repris dans son rapport à la Commission : Yves Comtois, *Ententes anticoncurrentielles et truquages d'offres dans l'industrie de la construction - bilan de notre régime réglementaire*, Rapport Final - octobre 2014 : « (...), la *Loi sur la concurrence* n'oblige aucunement les entreprises à faire activement concurrence à leurs rivaux. Elle ne fait qu'interdire les ententes qui ont pour but de faire échec à la libre concurrence » (page 8). Il n'y a donc aucune prescription législative ou autre qui *oblige* de provoquer une « guerre de prix, » ou de se faire autrement concurrence, même en vertu cette Loi qui affiche par ailleurs bien son titre.

Daniel Niding n'a d'ailleurs pas été bien impressionné des *supposées pressions* de Me Benoit Montgrain, car depuis le début, il a toujours cherché à augmenter ses parts de marché, rien ne l'ayant dissuadé de continuer de travailler en ce sens.

#### IV. La Troisième conclusion du préavis

##### A. Introduction

Comme indiqué ci-dessus, la troisième conclusion défavorable (« **troisième conclusion** ») que pourrait tirer la Commission se lit, selon son préavis en date du 24 août 2015, de la façon suivante :

- « 3. D'avoir facilité au nom de Feralux le système de collusion entre les entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal, en cédant aux pressions des entrepreneurs collusionnaires visant à leur accorder un escompte préférentiel sur leurs produits. »

Cette conclusion fait état : 1) d'un système de *collusion*; 2) que ce système règne *entre* les entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage de la grande région de Montréal (et non *pas entre* leurs fournisseurs, dont Feralux); 3) que Me Montgrain (au nom de Feralux) aurait *facilité* le système de collusion des entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage; 4) en *cédant aux pressions* de ces entrepreneurs collusionnaires; 5) lesquelles pressions des entrepreneurs collusionnaires visant à leur accorder un *escompte* préférentiel; 6) sur *leurs* produits<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Nous comprenons que Feralux fabrique des produits qui ont été vendus par le passé, notamment à des entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal. Selon une certaine lecture de la troisième conclusion du préavis de la Commission, telle que formulée, Feralux aurait cédé « aux pressions des entrepreneurs collusionnaires visant à leur accorder un escompte préférentiel sur *leurs* produits », c'est-à-dire sur les produits vendus *par* les entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal *eux-mêmes*. Nous comprenons, par contre, que ni Feralux, ni Me Montgrain n'ont agi par le passé comme agent de ces entrepreneurs (ce qui leur aurait peut-être permis d'accorder alors des escomptes sur les produits de *ces* entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur), et que c'est plutôt Feralux qui leur aurait vendu à *eux* des produits fabriqués *par* Feralux, sur lesquels des escomptes auraient été accordés, tels des rabais de volume et ce, en concurrence avec d'autres fabricants fournissant des produits comparables et concurrentiels. Nous présumons alors - et pour fins de discussions seulement - que la troisième conclusion du préavis de la Commission réfère, en toute réalité, à un escompte accordé *par* Feralux *aux* entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal, sur les produits fabriqués *par* Feralux et vendus (directement ou indirectement) *par* Feralux à *ces* entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal. Quand on réfère à « *leurs* produits », on réfère donc aux produits de Feralux, et non pas aux produits des entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal.

Telle que nous la comprenons, la troisième conclusion réfère donc essentiellement à de la « collusion », et d'avoir « facilité » cette « collusion » en cédant à des pressions par l'octroi d'un « escompte » préférentiel.

On comprend alors que, fondamentalement, le reproche formulé pouvant faire l'objet d'un blâme de la Commission en serait donc un d'avoir « *facilité* » une « *collusion* » en accordant des « *escomptes* ».

En prenant pour acquis que l'allégation formulée dans la troisième conclusion est vraie, ce qui est nié, nous expliquerons pourquoi, mais pour fins de discussion seulement, même si l'allégation est tenue pour avérer, encore faut-il qu'il y ait lieu d'y voir dans celle-ci matière à un blâme, ce qui ne peut être le cas, puisqu'il n'y a rien qui soit illégal, et encore moins criminel.

Nous expliquerons en effet pourquoi, même dans le pire scénario que semble envisager la troisième conclusion du préavis de la Commission, il n'y a absolument rien d'illégal, et encore moins de criminel, dans le comportement allégué.

Nous allons commencer par le concept d'« *escompte* » (C), pour examiner ensuite le concept de « *collusion* » (D). En examinant l'un et l'autre, nous expliqueront également pourquoi « *faciliter* », dans l'un et l'autre cas, de façon séparée ou ensemble, n'a rien d'illégal, et encore moins de criminel.

Mais avant de commencer, par contre, juste quelques mots sur le cadre législatif (B).

## **B. Le cadre législatif général : *Loi sur la concurrence* et *Code criminel***

Au Canada, le droit de la « concurrence » est régit par une loi fédérale : la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (ou « *Loi sur la concurrence* », ou encore « *Loi* »). Contrairement aux États-Unis, le sujet de compétence portant sur la « concurrence » au Canada en est un qui est de compétence fédérale exclusive<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Voir la décision de la Cour d'appel du Québec dans : *Alex Couture inc. et al. c. Procureur général du Canada*, [1990] R.J.Q. 2668, (1990), 69 D.L.R. (4th) 635, 30 C.R.R. (3rd) 486 (C.S. QC); [1991] R.J.Q. 2534, 83 D.L.R. (4th) 577, 38 C.P.R. (3d) 293 (QC C.A.) :

« Pour la Cour suprême, dans l'arrêt *General Motors*, non seulement s'agit-il d'une question d'intérêt national mais la réglementation de la concurrence, pour être efficace, doit être exclusivement nationale. Le juge en chef Dickson, s'appuyant sur l'étude des professeurs Hogg et Grover ainsi que sur une étude préparée par A.E. Safarian pour le compte du gouvernement canadien et intitulée *Canadian Federalism and Economic Integration* (1974), conclut que divers facteurs économiques, géographiques et politiques expliquent la nécessité d'une réglementation nationale de la concurrence dans l'économie canadienne » [p. 2556; notre soulignement; notes de bas de pages omises].

Nous allons, lorsque requis, donner des explications sur des dispositions particulières de cette Loi, y compris le contexte historique, ce qui aidera à comprendre la situation juridique que provoque la troisième conclusion du préavis.

De façon générale, la *Loi sur la concurrence* est administrée par le Bureau de la concurrence du Canada. Mais curieusement, il n'y a aucune mention de cette institution fédérale dans la Loi elle-même. Juridiquement, le Bureau de la concurrence n'existe pas en droit<sup>5</sup>. C'est le « commissaire de la concurrence », par contre, nommé par le gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 7(1) de la *Loi sur la concurrence* qui est chargé, selon l'al. 7(1)a), « d'assurer et de contrôler l'application » de cette Loi. Le Bureau de la concurrence, associé à Industrie Canada, ne fait qu'assister le commissaire dans l'exécution de ses fonctions législatives.

On parlera également du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, parce que la *Loi sur la concurrence* a, comme nous le verrons ci-dessous, un volet civil et un volet criminel, lequel fait appel alors aux dispositions de ce Code, de même qu'à la *Common Law* fédérale qui est articulée par le droit criminel prétorien.

Enfin, une toute dernière remarque liminaire additionnelle. Nous annonçons d'avance que l'analyse qui suit aura des détails. La *Loi sur la concurrence* est une Loi compliquée et (l'observation a déjà été faite devant la Commission) remarquablement très peu connue ou autrement méconnue. Face à cette situation, et dans l'intérêt de notre client, nous ne pouvions et nous ne devons prendre aucune chance, nous obligeant à fournir tous les détails requis pour ce qui est de cette Loi. Nous espérons qu'il sera alors apprécié les raisons pour lesquelles nos explications sont rédigées de la façon qu'elles le sont<sup>6</sup>.

---

Cet arrêt de la Cour d'appel du Québec (de 1991) fait lui-même référence à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *General Motors* (de 1989). Nous allons y revenir brièvement plus loin ci-dessous.

<sup>5</sup> Il s'agirait néanmoins d'une « institution fédérale » au sens de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. 31 (2<sup>e</sup> suppl.).

<sup>6</sup> Nous allons y revenir ci-dessous, mais on peut dès maintenant indiquer que l'utilisation du terme « collusion » dans le préavis de la Commission cause un sérieux malaise, alors même que la Commission avait déjà été informée par un témoin expert juriste en droit de la concurrence que ce n'est pas (pour le moins que l'on puisse dire) un « terme juridique consacré en droit de la concurrence ». Ce n'est pas jouer sur les mots. En droit criminel, un meurtre n'est pas un vol, même si on enlève la vie. En droit de la concurrence, « collusion » n'existe pas. Juridiquement alors, de quoi parle-t-on au juste ? Les représentations écrites qui suivent ont pour objectif de faire le tour de la question et de répondre, nous espérons, aux inquiétudes de la Commission qui sont exprimées par son préavis.

### **C. Escompte**

Ces remarques préliminaires ayant été formulées, commençons par le plus simple : le concept d'escompte.

Il semble y avoir confusion sur le fait d'accorder un escompte. Selon ce qui est formulé dans le préavis, il *semble* qu'il y a quelque chose de *croche* à accorder un escompte.

Commençons donc par indiquer premièrement - et allons directement au but - qu'il n'est absolument pas illégal, en encore moins criminel, pour un fabricant (ou un vendeur) d'accorder un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou autre avantage à un client (ou un acheteur).

Le simple « geste » d'accorder un escompte, voir même la « *pratique* » commerciale elle-même, sont tous les deux parfaitement légaux.

La « pratique » elle-même est d'ailleurs non seulement très courante, mais elle est bien ancrée dans les mœurs commerciales.

On est en mesure de contempler le comportement en constatant simplement que le genre d'escompte, de rabais, de remise, etc., qui est accordé dans le commerce varie énormément et dépasse les seuls cas où il est accordé lorsque l'on règle, par exemple, une facture en payant comptant. Les escomptes de volume, pour ne citer que cet autre exemple, sont tout aussi courants.

Ceci dit et deuxièmement, au Canada, mais pendant un certain temps seulement, la « *pratique* » d'accorder un escompte a déjà jadis été encadrée par le droit criminel. Ce n'est plus le cas.

L'alinéa 34(1)a) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, interdisait par le passé la « pratique » de la discrimination par les prix, par l'octroi d'un « escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage » au regard d'une « vente d'articles » de « qualité et de quantité similaires »<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La disposition remonte de fait à l'alinéa 498A(1)a) du *Code criminel* (S.C. 1935, ch. 56, art. 9), pour se retrouver éventuellement dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1952, ch. 314, par amendement apporté par la *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, S.C. 1960, ch. 45, art. 13, qui a adopté l'article 33A, plus particulièrement l'alinéa 33Aa) et le paragraphe 33A(2). Cette disposition deviendra l'article 34 par la refonte des lois fédérales opérée par les Statuts révisés du Canada de 1970 (S.R.C. 1970, ch. C-23). Nous revenons ci-dessous sur le bilan du succès qu'a connu cette disposition à travers le temps.



En d'autres mots, lorsqu'il y avait une vente d'articles de « qualité et de quantité similaires », il fallait qu'il y ait, sans discrimination, le même « escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage ».

Si, plus récemment, cette disposition (reformulée) se retrouvera éventuellement à l'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la concurrence* (voir également le paragraphe 50(2) pour ce qui est de l'exigence d'une « pratique »), elle sera néanmoins éventuellement complètement abrogée par la plus récente réforme en profondeur de cette Loi opérée en 2009 (L.C. 2009, ch. 2, art. 413)<sup>8</sup>.

Le geste lui-même - et la « pratique » également - demeurent donc toujours *in se* parfaitement légal, et la « pratique » elle-même d'accorder un escompte n'est plus, de surcroît, maintenant et autrement, encadrée de quelque façon que ce soit par le droit criminel.

Et même au moment où la « pratique » était encadrée par les interdictions du droit criminel, celle-ci était (évidemment) parfaitement légale là où la conduite était elle-même permise - ce qui occupait d'ailleurs un très vaste champ commercial lui-même à l'époque, comme c'est toujours le cas maintenant.

En effet, en comparaison avec l'étendue de la pratique d'accorder un escompte, l'interdiction criminelle n'occupait elle-même uniquement qu'un enclos très limité : ce qui était interdit (essentiellement, mais uniquement) était la « pratique » de la discrimination par les prix en rapport à la vente « d'articles » de « qualité » et de « quantité » « similaires ».

Juridiquement, le débat était donc fondamentalement celui de savoir si, oui *ou* non, les ventes impliquées étaient de « qualité » et de « quantité » « similaires »<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Comme on verra ci-dessous, la première loi canadienne sur le sujet de la « concurrence » (historiquement, les « coalitions » criminelles) remonte à 1889. Le « sujet » de compétence constitutionnel lui-même portant sur la « concurrence » en est un qui a connu ensuite de nombreux engagements à travers le temps devant la Cour suprême du Canada et le Conseil Privé du Royaume-Uni. Il ne suffit pour nos fins que de mentionner pour le moment que la plus récente réforme contemporaine de cette Loi a débuté sous le Gouvernement Trudeau au milieu des années 70 (« Stage I ») (S.C. 1974-75-76, ch. 76) et une deuxième étape (« Stage II ») a eu lieu en 1986 sous le Gouvernement Mulroney, y compris par l'adoption de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), qui crée de toute part une nouvelle cour spécialisée qui est entièrement et exclusivement dédiée à l'application des dispositions civiles de la Loi. Même s'il y a eu des amendements non sans importance depuis 1986, la plus récente réforme qui soit particulièrement significative remonte à 2009 avec la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, sous le Gouvernement Harper, où on y trouve des amendements très importants aux articles 407 à 444.

<sup>9</sup> La question de savoir à quel moment précis une accumulation suffisante de gestes individuels et par ailleurs isolés d'accorder un escompte pouvait en réalité se transformer en réelle « pratique » interdite

Vu que le libellé de l'étiquette de la disposition ne nous arrêtaient que là seulement, la facture même de la disposition permettait alors et en tout temps d'accorder un « meilleur prix » aux « meilleurs clients ».

Forcément, parce que lorsqu'ils sont comparés aux autres plus petits « moins bons clients », les plus gros « meilleurs clients » achètent en plus grande « quantité », ou ils achètent la meilleure « qualité », ou les deux en même temps. Ils ont donc le droit à un traitement de faveur, ce qui se traduit par un escompte, ou un *meilleur* escompte.

Et même pour ce qui est du traitement des « meilleurs clients » *entre eux*, il est facile de comprendre que toutes les permutations dans les listes d'achats, comparées les unes par rapport aux autres, sont autant là de différences justifiant des prix - comprenant des escomptes (rabais, etc.) - différents<sup>10</sup>.

Maintenant que l'on doit prendre pour acquis qu'en tout état de cause, avant comme maintenant, il était et il demeure très bien compris que le « meilleur » client peut s'attendre à recevoir un « meilleur prix », continuons le parcours en ajoutant que l'on ne doit pas s'étonner alors lorsque le « meilleur » client prend l'initiative et demande lui-même un escompte, avant même qu'il ne soit offert.

Ceci aussi était, et c'est toujours, non seulement parfaitement légal, mais c'est courant, voire même attendu des meilleurs (plus gros) clients.

L'exercice d'offrir / de demander un escompte peut être *subtil*, mais il n'est certainement pas obligatoire.

En effet, le fait pour un « bon » client d'exiger un escompte - ouvertement et même à très haute voix (!) - ne rend pas pour autant le comportement illégal, avant comme maintenant. C'est juste *moins* subtil ...

Il s'ensuit que même faire « *pression* » (l'expression utilisée dans la troisième conclusion du préavis de la Commission) en demandant et en obtenant ensuite un escompte n'est pas et n'a jamais été illégal non plus.

C'est d'ailleurs tout à fait normal. Lorsqu'on est le « meilleur » client, c'est-à-dire un « gros acheteur » (par opposition, dirait-on, à un « *slim customer* »), et qu'on ne reçoit pas le « meilleur » escompte, il est évident (!) que des « pressions » se feront sentir pour l'obtenir... puisque le « gros acheteur » se sent en quelque sorte *triché* par son fournisseur de ne pas lui avoir accordé ce que pourtant son plus proche concurrent reçoit.

---

était également sujette à discussions, lesquelles étaient dirigées par les nuances factuelles des circonstances propres à chacune de celles-ci.

<sup>10</sup> Comme dit l'adage : « No two things in this world are exactly the same » ...

Et il va le faire savoir à son fournisseur. Même de façon très directe, pour justement lui faire comprendre de ne plus jamais (!) recommencer, sinon, il ira acheter ailleurs.

Et de là, pour s'assurer qu'il en soit ainsi, il est donc tout à fait normal pour un client sophistiqué et aguerri de tenter d'obtenir *activement* le meilleur escompte de *tous* ses fournisseurs, en faisant précisément jouer ceux-ci les uns contre les autres - *en concurrence* - pour obtenir le meilleur prix de chacun d'eux. Le *genre* de subtilité qui entre ici en jeux change complètement de registre.

Et on voit alors facilement très bien où tout cela mène - des plaintes de fournisseurs frustrés dans le contrôle de leur propre subtilité du fait qu'ils subissent des « *pressions* » de la part des gros acheteurs pour avoir le meilleur escompte.

Mais ce genre de comportement qui est implicitement reproché dans la troisième conclusion du préavis de la Commission (étant susceptible de faire l'objet d'un blâme de sa part) est non seulement conforme à la *Loi sur la concurrence* (avant, comme maintenant), mais rencontre d'ailleurs l'objectif même de cette Loi : assurer la concurrence - et l'optimisation du prix qui en résulte - réduisant ainsi (exerçant une *pression* à la baisse sur) les marges bénéficiaires, au risque pour elles de se voir et demeurer gonflées.

Le fait d'entendre des plaintes de fournisseurs du fait qu'ils subissent des « *pressions* » des acheteurs de fournir les meilleurs escomptes n'est donc qu'un simple constat que l'objectif de cette Loi semble effectivement rencontré : les acheteurs font effectivement des « *pressions* » sur les fournisseurs pour obtenir le meilleur escompte, en les plaçant *en concurrence* les uns contre les autres.

Il est alors difficile de concevoir comment un comportement qui rencontre l'objectif même de la *Loi sur la concurrence* puisse faire l'objet d'un blâme dirigé à l'encontre d'un fournisseur.

Parlons maintenant d'encourager ou « *faciliter* », comme il est fait référence dans la troisième conclusion du préavis de la Commission.

L'alinéa 50(1)a) de la *Loi sur la concurrence* visait jadis une « personne qui, exploitant une entreprise, selon le cas : a) est partie intéressée ou contribue, ou aide, à une vente (...) » [notre soulignement]. Mais ce n'est plus le cas maintenant.

En effet, outre le fait que cette disposition est abrogée depuis 2009, lorsqu'elle s'appliquait, celle-ci n'interdisait pas pour autant, comme indiqué plus haut, ni le fait d'accorder un escompte *in se*, ni la « *pratique* » elle-même d'accorder les meilleurs escomptes aux meilleurs clients.

Vu de cette façon, le fait de se plaindre de « faciliter » les acheteurs en cédant « aux pressions des entrepreneurs visant à leur accorder un escompte préférentiel » n'est donc qu'un autre corolaire direct de l'application même de cette Loi, laissant entendre qu'il existe justement des pressions qui s'exercent *activement* dans le marché pour générer - *continuellement* - le meilleur prix.

C'est, au contraire, l'*absence* de pressions - le fait que subitement (!) il n'y en a plus (!) - qui laisserait soupçonner ... quoi ?

Nous y revenons ci-dessous.

Entre temps, force est de constater que, plus les clients (acheteurs) sont en nombre restreint (se rapprochant ainsi d'une situation de monopsonne)<sup>11</sup>, plus la pression pour

---

<sup>11</sup> Une petite note de bas de page pour expliquer des mots parfois rencontrés et peut-être moins bien connus. Un « monopole » résulte d'une situation économique où il y a un seul vendeur et un grand nombre d'acheteurs, où c'est alors le vendeur qui établit le prix en raison de sa puissance de marché. Lorsqu'il y a un petit nombre de vendeurs concentrés sur le haut de la pyramide des ventes, on parle alors d'« oligopole », où c'est souvent le plus gros parmi ceux-ci qui mène le cortège (« price leader »), les autres se contentant le plus souvent de simplement suivre la parade, y compris pour éviter de « déranger » avec des « guerres de prix » (comme par ailleurs déjà observé ci-dessus par le comportement de Métal Pole-Lite, voulant éviter de risquer la faillite). On le verra dans l'« affaire du sucre » que nous allons discuter ci-dessous. Un « monopsonne » résulte de la situation inverse, où il y a un seul acheteur et un grand nombre de vendeurs; c'est alors l'acheteur qui établit le prix. Le monopsonne que l'on observe dans l'industrie nucléaire est un bel exemple, où seul l'État peut acheter de l'uranium et du plutonium. Il existe des situations où un monopole et un monopsonne se chevauchent. La SAQ est une belle illustration de ce genre de situation, étant le seul acheteur et importateur de certains produits alcoolisés vendus par les fabricants, et ensuite le seul vendeur de ceux-ci aux consommateurs. D'un point de vue économique, la situation se comprime lorsqu'on s'approche de l'une et de l'autre de ces situations, à plus forte raison lorsqu'il y a convergence de circonstances, où il a un petit nombre d'acheteurs (tels les entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal) et un petit nombre de fournisseurs (comme Feralux, avec un nombre limité de concurrents). Considérons en plus que les poteaux utilisés pour y ancrer ensuite les luminaires ne sont pas des biens de consommation pour « Monsieur tout le monde », et ils ont la (fâcheuse) caractéristique (du moins pour le vendeur) de durer pas mal longtemps avant que l'on soit obligé de les remplacer. Le pouvoir d'achat d'un nombre limité d'entrepreneurs (acheteurs) dans ces circonstances est alors tout à fait susceptible de les encourager à imposer des concessions de prix sur les fournisseurs qui leurs sont bien connus, en les opposants tout à fait naturellement les uns contre les autres. Le « calcul du marché » est alors d'exiger des uns et des autres l'escompte le plus haut, jusqu'au point de rupture, où l'un des fournisseurs (vendeurs) est forcé d'abandonner, y compris parce qu'il est tout simplement incapable de rencontrer l'escompte de son concurrent. Comme nous avons vu, et on y reviendra ci-dessous, si l'alinéa 50(1)a) et le paragraphe 50(2) de la *Loi sur la concurrence* ont tenté jadis de réglementer la discrimination par les prix de façon très limitée, ce n'est plus du tout le cas depuis l'abrogation pure et simple de ces dispositions en 2009. Et même à l'époque, le « calcul du marché » dont il est fait allusion ci-dessus était non seulement permis, mais il était, comme maintenant, précisément encouragé, puisque les

fournir un escompte à titre de « meilleur client » augmente, ceux-ci étant moins nombreux, et donc les seuls acheteurs plus récurrent, susceptibles alors d'être plus agressifs pour demander l'escompte des seuls vendeurs. On se « joue alors du coude » de façon plus serrée, précisément parce qu'on est dans un espace commercial plus restreint où la *pression* augmente en conséquence.

Du point de vue du fournisseur (vendeur), ce genre de jeux qui n'a rien de subtil pour lui peut être pour le moins irritant (forcé de donner un escompte et de rencontrer le meilleur escompte du marché), mais, offrir, fournir, demander ou recevoir un escompte à titre de « meilleur client » n'est pas et n'a jamais été criminel ou autrement illégal.

On peut néanmoins très bien comprendre pourquoi un fournisseur (que l'on n'a pas besoin de nommer en l'espèce) peut-être très frustré de ne pas être en mesure de conclure une vente, parce qu'il n'est pas en mesure de rencontrer l'escompte du marché qui est donné par son plus proche concurrent (objectivement de plus grande taille), face à un petit nombre d'acheteurs qui, en raison seule de leur pouvoir et de leur puissance de marché, sont capables de les exiger et de les obtenir.

Mais c'est exactement ce que demande la concurrence, maintenant comme avant.

En effet, outre ce qui a été exposé ci-dessus, il y a par ailleurs une raison additionnelle liée à l'historique même de la *Loi sur la concurrence* qui supporte également cette proposition, laquelle requiert, par contre, de faire en premier une petite mise en contexte au plan théorique.

Ceci permettra de répondre directement à ce qui est autrement implicitement exprimé dans la troisième conclusion du préavis de la Commission elle-même : Il y aurait lieu de formuler un blâme à l'encontre de Me Montgrain pour avoir cédé aux pressions des acheteurs en accordant des escomptes préférentiels, puisque ce blâme permettra alors d'aider à réprimer le geste lui-même de céder à ce genre de pressions. Sans être obligé d'être subtil, il ne faut pas être grossier envers les autres (fournisseurs concurrents) en cédant aux pressions des acheteurs.

Ce genre de blâme, par contre, serait en toute réalité l'antithèse même de l'esprit qui sous-tend la *Loi sur la concurrence* elle-même et à la politique de longue date qu'elle enchâsse, c'est-à-dire *avant* et *après* les amendements de 2009.

Sur le plan théorique, notons en premier que les frustrations exprimées par les fournisseurs concurrents - les frustrations de devoir subir et de céder aux pressions des

---

dispositions dans la Loi visent à éliminer les barrières qui entravent l'optimisation du prix par l'effet de la concurrence (sans pour autant obliger les acteurs à se faire concurrence *in se*).

acheteurs - sont essentiellement consubstantielles aux gestes que posent ceux-ci, dès lors qu'ils accordent *eux-mêmes* au départ des escomptes à leurs propres clients.

On pourrait alors dire qu'ils n'ont vraiment eux-mêmes qu'à blâmer, étant les auteurs de leurs propres malheurs, vu que ce sont *eux* qui, disons-le franchement, accordent l'escompte au départ, à titre de fournisseurs (vendeurs).

C'est de *leur* faute ...

Vous n'avez simplement qu'à ne pas accorder d'escomptes, de résister à la pression des acheteurs qui l'exigent (« tenez-vous debout », voyons!), et le problème est réglé, dirait-on.

C'est impossible.

Pourquoi ? Parce qu'un vendeur va toujours bien vouloir accorder un escompte pour enlever la vente à un concurrent (non seulement « c'est de bonne guerre », mais disons-le franchement ici aussi, « on est là pour vendre ») et, deuxièmement, les vendeurs ne peuvent absolument pas s'entendre *entre eux* pour éliminer ou autrement fixer le niveau des escomptes.

À titre d'entente entre vendeurs étant en concurrence, c'est l'archétype d'entente qui est exactement et en tous points spécifiquement prohibée par l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, considérée la plus ancienne et la pire des infractions criminelles de cette Loi, avec des amendes pharaoniques pouvant aller jusqu'à 25 M\$ et 14 ans de prison.

Et si, avant 2009, au regard de l'arrêt *R. c. Chatwin Motors*, [1980] 2 R.C.S. 64 (à la p. 76), il subsistait néanmoins encore un doute sur la possibilité de s'entendre sur une *composante* du prix, par opposition au prix (final) *lui-même*, cette question est maintenant définitivement réglée par l'adoption en 2009 du nouveau paragraphe 45(8) et la définition de « prix » qui y est prévue<sup>12</sup>.

Que doit alors faire l'État pour traiter des plaintes des fournisseurs face à cette situation ?

Pour certains, la réponse est : rien.

---

<sup>12</sup> À l'époque, il était de rigueur pour des conseillers juridiques avertis de la *Loi sur la concurrence* de déconseiller vivement d'entretenir même la plus éphémère des idées de s'entendre uniquement sur une *composante* du prix et, lorsqu'il était déjà rendu trop tard (l'entente à cet égard ayant clairement déjà eu lieu), de s'accrocher au doute que laissait subsister ce qui n'était, en fin de compte, qu'un *obiter* de passage du juge Martland dans cet arrêt. Nous allons revenir à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ci-dessous.

Et même : *absolument* rien.

S'il existait encore un doute sur la question, il n'y en aucun maintenant, depuis 2009, suite à l'abrogation pure et simple de l'al. 50(1)a) et du para. 50(2) de la *Loi sur la concurrence* - au complet.

En effet et passant deuxièmement maintenant sur le plan historique, l'interdiction criminelle par le passé de la discrimination par les prix dans la *Loi sur la concurrence*, lorsqu'elle était en vigueur, avait suscité « de vives controverses et son bien-fondé [n'avait jamais fait l'objet d'un] consensus. L'adoption de cette disposition [portant sur la discrimination par les prix en raison d'escomptes ou de rabais, etc.], en 1935, semble avoir visé la protection de la petite entreprise particulièrement touchée par la crise économique, en interdisant aux fournisseurs de concéder aux acheteurs de taille des avantages de prix dont les petits commerçants ne pouvaient bénéficier. On a cependant toujours douté que cet objectif puisse être réellement atteint » (voir : Y. Bériault, M. Renaud et Y. Comtois, *Le droit de la concurrence*, Carswell, 1999, p. 151, et pp. 151-152).

C'est peut-être pour cette raison et également le fait que la disposition n'a presque « jamais donné lieu à des accusations »<sup>13</sup> qu'elle a été complètement abrogée en 2009 (voir : Bériault, Renaud et Comtois, *id.*).

Ceci dit, la troisième conclusion de la Commission adjoint une dimension additionnelle à la problématique, soit celle de la « *collusion* ».

Avant d'examiner ce concept par contre, nous devons, vu ce qui précède, prendre pour acquis que le simple fait pour un fournisseur de donner un escompte à un client n'est pas, et ne peut être *in se* un acte de collusion ou un geste collusoire, à défaut de quoi, le mandat de la Commission se verrait alors pour le moins dénaturé, un simple escompte accordé devant nécessairement faire l'objet d'un examen.

---

<sup>13</sup> Cette disposition avait pour but de s'assurer que l'escompte du « gros » client bénéficie *également* au « petit » client, mais pour les avocats qui représentaient les vendeurs, ceci voulait dire *uniquement* lorsque ce dernier achetait *les mêmes* « articles », et *seulement* en « quantité », « qualité » « similaires ». Observons uniquement ... « similaire ». Que veut dire au juste « *similaire* » ? *Exactement* la même chose ? Ou, *approximativement* la même chose ? Tel qu'indiqué plus haut, les innombrables permutations dans les listes d'achats peuvent facilement brouiller les cartes lorsqu'il faut les abattre en vue d'en analyser la légalité pour les fins de l'établissement des politiques de prix (ou, selon un autre point de vue, s'il y a matière à poursuite). Étaient par ailleurs compliquées les questions de savoir si le vendeur devait indiquer – révéler, divulguer, annoncer, publier, afficher – sa liste d'escomptes et, si oui, comment, de quelle façon, à qui, et ... à quel moment au juste ? Le fait notamment d'afficher l'escompte ouvertement était un problème *difficile*, comme on le verra ci-dessous lorsqu'on verra l'« affaire du sucre ». Le fait d'afficher le prix l'est encore.

Selon cette perspective, il n'y a pas un lien de cause à effet entre « escompte » d'une part et « collusion » d'autre part.

Accorder un escompte ne peut donc en soit constituer de la collusion entre le fournisseur et son client et nous prenons pour acquis que la Commission ne considère *pas* que le simple fait d'accorder un escompte constitue ou entraîne autrement de la collusion *in se*. Il faut plus.

En effet, ce que la troisième conclusion de la Commission *semble* valoir alors atteindre serait plutôt le fait que des escomptes auraient été donnés dans le but d'avoir « *facilité* [un] système de *collusion* entre les entrepreneurs ».

Ayant cerné ce prochain objectif à examiner, il ne faut pas oublier par contre que, tout comme accorder un escompte n'équivaut pas *in se* à de la « *collusion* », il ne faut pas pour autant voir dans la frustration de vendeurs (fournisseurs) concurrents obligés d'accorder un escompte à un petit groupe d'acheteurs exerçant une puissance commerciale comme étant la révélation d'une preuve évidente de l'existence même d'une « *collusion* » non plus. En d'autres mots, le fait de s'en plaindre fortement n'a pas pour effet d'établir qu'il existe de la « *collusion* » là où il n'y en a pas, ou de s'imaginer autrement qu'il doit y en avoir.

Cette mise-en-garde ayant été formulée, examinons en premier de quoi parle-t-on au juste lorsqu'on fait référence à de la « *collusion* ».

#### D. Collusion ou « Complot » ?

Collusion. C'est un mot qui semble très vilain. Allons donc voir ce que dit le *Code criminel*.

##### 1. *Code criminel*

Au sens du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le mot « collusion » apparaît à l'**alinéa 83.14(9)b)** (« le fait que l'intéressé semble innocent ou non de toute complicité ou collusion à l'égard de l'activité terroriste. »); au **sous-alinéa 98(3)b)(i)** (« elle est parvenue au moyen d'une menace ou d'un artifice ou par collusion avec une personne se trouvant à l'intérieur »); au **paragraphe 350b)(i)** (« elle a obtenu entrée au moyen d'une menace ou d'un artifice ou de collusion avec une personne se trouvant à l'intérieur, »); à l'**alinéa 462.34(6)b)** (« dans tous les autres cas, que le demandeur est le propriétaire légitime de ces biens ou a droit à leur possession légitime et semble innocent de toute complicité ou de toute collusion à l'égard de la perpétration d'une infraction désignée et que nulle autre personne ne semble être le propriétaire légitime de ces biens ou avoir droit à leur possession légitime. »); au **paragraphe 462.41(3)** (« Le tribunal peut



ordonner que des biens qui autrement seraient confisqués en vertu des paragraphes 462.37(1) ou (2.01) ou 462.38(2) soient restitués en tout ou en partie à une personne — autre que celle qui est accusée d'une infraction désignée, ou qui a été déclarée coupable d'une telle infraction, ou celle qui a obtenu un titre ou un droit de possession sur ces biens d'une personne accusée d'une telle infraction dans des circonstances telles qu'elles permettent raisonnablement d'induire que l'opération a été effectuée dans l'intention d'éviter la confiscation des biens — à la condition d'être convaincu que cette personne en est le propriétaire légitime ou a droit à leur possession légitime et semble innocente de toute complicité ou de toute collusion à l'égard de la perpétration de l'infraction. »); au **paragraphe 462.42(4)** (« Le juge qui est convaincu lors de l'audition d'une demande présentée en vertu du paragraphe (1) que le demandeur n'est pas la personne visée à ce paragraphe et semble innocent de toute complicité et de toute collusion à l'égard de l'infraction qui a donné lieu à la confiscation peut rendre une ordonnance portant que le droit du demandeur n'est pas modifié par la confiscation et déclarant la nature et l'étendue de ce droit. »); au **paragraphe 490.4(3)** (« Le tribunal peut ordonner que tout ou partie d'un bien confiscable en vertu des paragraphes 490.1(1) ou 490.2(2) soit restitué à une personne — autre que celle qui est accusée d'un acte criminel prévu par la présente loi ou par la Loi sur la corruption d'agents publics étrangers ou celle qui a obtenu un titre ou un droit de possession sur ce bien de la personne accusée d'une telle infraction dans des circonstances qui permettent raisonnablement d'induire que l'opération a été effectuée dans l'intention d'éviter la confiscation du bien — à la condition d'être convaincu que cette personne en est le propriétaire légitime ou a droit à sa possession et semble innocente de toute complicité ou collusion à l'égard de l'infraction. »); à l'**alinéa 490.41(4)b)** (« le fait que le membre de la famille visé à l'alinéa *a*) semble innocent ou non de toute complicité ou collusion à l'égard de l'infraction. »); et à l'**alinéa 490.5(4)a)** (« *a*) d'une part, n'est pas l'une des personnes visées aux alinéas (1)*a*), *b*) ou *c*) et semble innocent de toute complicité ou collusion à l'égard de l'acte criminel qui a donné lieu à la confiscation; »).

Aucune de ces dispositions ne se rapproche de la situation juridique décrite dans la troisième conclusion du préavis de la Commission, directement ou indirectement, de proche et même de loin.

## 2. *Loi sur la concurrence*

Rien dans le Code. Passons à la Loi qui, peut-on croire, se préoccuperait alors le plus du concept en droit de la concurrence, et on constate que le mot « *collusion* » ne se trouve pas du tout dans la *Loi sur la concurrence*. Absolument nulle part.

Du moins maintenant<sup>14</sup>.

Regardons alors en arrière.

Historiquement, il est loisible de noter que l'on a déjà fait référence au concept de « *coalition* », ayant voulu jadis, comme maintenant d'ailleurs, réglementer les excès occasionnés par les associations concentrées d'intérêts économiques, ce qui comprenait aussi, on ne devrait pas l'oublier, les associations *entre employés* voulant former des syndicats d'ouvriers, lesquelles étaient également considérées comme étant des « *coalitions* », dans le sens le plus péjoratif que l'on puisse vouloir attribuer au terme.

En effet, à l'époque où la « liberté contractuelle » était *loi* (on enseigne encore que le contrat est la « loi » des parties), ce n'était *que* les syndicats ouvriers qui étaient considérés comme formant des « coalitions *criminelles* » portant atteinte à la « liberté de commerce », agissant les uns avec les autres dans ce genre de « *collusion* » (*criminal conspiracy*) dirigée à l'encontre des patrons (et, ainsi, de l'ordre public) : « Se grouper dans le but d'améliorer des conditions de travail et entreprendre une action concertée à cette fin apparaissaient, selon une technique devenue familière, comme une conspiration illégale en common law, visant à limiter déraisonnablement le commerce »<sup>15</sup>.

On peut alors très bien comprendre pourquoi on mélange encore parfois les concepts de « *coalition* » et de « *collusion* » en raison de ce bagage historique, y compris parce que ce n'est que très graduellement par la suite que la réglementation s'est étendue aux ententes entre les patrons eux-mêmes.

C'est d'ailleurs au Canada qu'a été adopté par le Parlement fédéral la première loi dans toute l'Amérique du Nord visant à traiter dans un seul instrument législatif le problème général des « coalitions pour gêner le commerce ». Il s'agissait de l'*Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, S.C. 1889, ch. 41, sanctionnée le 2 mai 1889<sup>16</sup>, soit dans l'année immédiatement précédant l'adoption par le

<sup>14</sup> Il n'y a aucun doute qu'il semble bien étrange que le mot « *collusion* » ne se retrouve pas du tout dans cette Loi. On comprendra mieux pourquoi il est ainsi lorsqu'on examinera l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ci-dessous, s'agissant d'une infraction de « *complot* ». Le petit historique de la Loi elle-même qui suit immédiatement dans le texte servira autrement à expliquer une possible source de confusion par l'utilisation de « *coalition* », qui faisait jadis rarement bande avec « *collusion* » dans le vocabulaire populaire.

<sup>15</sup> Sur cette question, voir notamment l'ouvrage de Robert P. Gagnon, [l'honorable] Louis Lebel et Pierre Verge, *Droit du travail*, Les Presses de l'Université Laval, deuxième édition, 1991, aux pp. 16 et ss., à la p. 21.

<sup>16</sup> Cette loi visait *toutes* les « coalitions » (article 1), ce qui voulait dire qu'elle visait *également* les ententes - coalitions - entre employeurs, et pas seulement les coalitions d'employés (en vertu de l'article 6, les syndicats d'employés perdaient leur immunité pourtant nouvellement acquise contre les

Congrès des États-Unis de la loi de renom, le *Sherman Antitrust Act* (*Sherman Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1-7), laquelle avait été adoptée dans le but de contrôler les « trusts », c'est-à-dire l'outil juridique de choix (les fiducies) qui était utilisé à l'époque par les avocats pour sécuriser les concentrations économiques (horizontales ou verticales) de leurs clients.

Mais si cette petite germe Canadienne a été la première à pousser en Amérique du Nord, le terrain pour la faire fleurir c'est avéré ensuite malheureusement très peu irrigué, les intérêts économiques de la colonie qu'était le Canada étant pour très longtemps encore dirigés ou autrement influencés à partir de la Grande-Bretagne<sup>17</sup>.

Les circonstances n'obligeant pas de poursuivre nécessairement plus loin le sujet par un historique complet des lois fédérales canadiennes portant sur les « coalitions »<sup>18</sup>, il suffit pour nos fins de simplement mentionner que l'*Acte concernant la loi criminelle*, S.C. 1892, ch. 29, article 520, reprendra par la suite le contrôle des « coalitions », en évoluant essentiellement sur le terrain du champ de compétence du pouvoir fédéral en droit criminel.

À travers le temps, y compris surtout en raison des contraintes liées à la persistance de l'influence du Comité Judiciaire du Conseil Privé sur l'allocation du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement, l'exercice du pouvoir fédéral sur la question restera essentiellement modeste, jusqu'au moment où le Gouvernement fédéral entamera des réformes majeures au milieu des années 70 et 80.

Celles-ci culmineront ultimement par l'adoption de la (nouvelle) *Loi sur la concurrence* en 1986, laquelle sera déclarée constitutionnellement valide dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641<sup>19</sup>, les dispositions civiles

---

poursuites pour limitation de commerce ou conspiration criminelle). Le législateur plaçait de cette façon toutes les « coalitions » pour gêner le commerce sur un pied d'égalité, du moins en principe.

<sup>17</sup> Pendant cette période de temps également, le droit international coutumier ne s'est pas particulièrement montré enthousiaste à vouloir déployer quelque intérêt sur le sujet non plus : *Affaire Oscar Chinn*, C.P.J.I. Ser. A/B No. 63 (12 décembre 1934), p. 65.

<sup>18</sup> En notera néanmoins par intérêt seulement qu'en 1919, par exemple, la *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, 1919, S.C. 1919, ch. 45, prendra soin de mentionner au paragraphe 2(2) que l'expression « coalition » ne « comprend pas les associations d'ouvriers ou d'employés pour leur propre protection raisonnable à titre d'ouvriers ou employés ». Cette disposition est l'ancêtre de l'al. 4(1)a) de la *Loi sur la concurrence* actuelle qui prévoit que : « 4. (1) La présente loi ne s'applique pas : a) aux coalitions d'ouvriers ou d'employés, formées en vue de leur assurer une protection professionnelle convenable, ni à leurs activités à cette fin ; ». On note qu'on vise non seulement le fait de s'associer (l'expression à connotation péjorative de « coalition » qui nous est léguée par l'histoire est spécifiquement maintenue), mais également les « activités » qui en résultent, pour exclure l'un et l'autre de l'application de la Loi.

<sup>19</sup> Voir également *Québec Ready Mix Inc. c. Rocois Construction Inc.*, [1989] 1 R.C.S. 695.

de cette loi pouvant maintenant élire domicile dans l'immeuble par cet arrêt nouvellement rénové du pouvoir fédéral de réglementation du « trafic et du commerce » (“regulation of trade and commerce”) selon le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vic., c. 3 (R.-U)<sup>20</sup>. Lorsqu'on la compare aux lois « anti-trust » des États-Unis, la nouvelle (et beaucoup plus robuste) *Loi sur la concurrence* est donc relativement récente, ce qui aide à expliquer pourquoi elle n'est pas très bien connue.

Par l'adoption des réformes à la *Loi sur la concurrence*, le concept de « coalition » se trouve maintenant abandonné dans le droit canadien, pour être remplacé par un mécanisme essentiellement bicéphale que l'on retrouve maintenant bien ancré dans la *Loi sur la concurrence*, c'est-à-dire d'une part les infractions criminelles prévues à la Partie VI de la Loi et, d'autre part, les affaires (civiles) susceptibles d'examen (y compris les fusions) par le Tribunal de la concurrence en vertu de la Partie VIII<sup>21</sup>. Selon la nature du comportement anticoncurrentiel, l'État applique donc des sanctions criminelles ou des ordonnances civiles de redressement, eu égard aux circonstances<sup>22</sup>.

Ce que l'on doit surtout retenir de ce qui précède, par contre, c'est que le concept de « collusion », tel qu'il est utilisé pour faire état de la situation juridique décrite dans la

<sup>20</sup> Seule la version anglaise de cette loi est officielle (Article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, étant l'annexe B à la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)).

<sup>21</sup> *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, le juge Gonthier, pour la majorité :

« The 1986 Act completed the broad division of the [Competition Act] into two substantive parts, one criminal (Part VI) and one civil/administrative in nature (Part VIII), in accordance with proposals put forward as early as in 1969 by the Economic Council of Canada in its *Interim Report on Competition Policy*. Jurisdiction over the criminal part lies with the courts ordinarily dealing with criminal cases, as well as the Federal Court, Trial Division (ss. 67, 73 CA). As for the civil part, Part VIII, as its heading indicates, lists the matters reviewable by the [Competition] Tribunal » [aux pp. 405-406; notre soulignement].

<sup>22</sup> Selon les circonstances, certains comportements commerciaux interdits sont visés à la fois par des dispositions criminelles et par des dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence*. Voir à cet égard Me Yves Comtois, témoin expert consultant en droit de la concurrence entendu devant la Commission, dans son rapport à la Commission où il formule des observations sur cette question : Yves Comtois, *Ententes anticoncurrentielles et truquages d'offres dans l'industrie de la construction - bilan de notre régime réglementaire*, Rapport Final - octobre 2014, p. 23. À titre d'exemple, il se peut qu'un comportement fasse l'objet d'un examen tant en vertu de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* qu'en vertu de l'article 90.1, où le Bureau de la concurrence se dit réserver l'article 45 uniquement pour les comportements « hard core » / « naked restraints » (« restrictions pures et simples ») (voir : Bureau de la concurrence, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Industrie Canada, 23 décembre 2009, page 3, section 1.3 *in limine*). Nous examinerons ces deux dispositions plus en détail ci-dessous.

troisième conclusion du préavis de la Commission, est fondamentalement inconnu en droit canadien lorsqu'on l'applique dans le domaine du droit de la concurrence<sup>23</sup>.

### 3. *Complot*

La Commission a reçu des représentations sur le droit de la concurrence au Canada et, nonobstant l'utilisation du concept de « collusion », il est permis de croire que le véritable concept auquel il fait référence dans la troisième conclusion du préavis de la Commission est en réalité celui du « complot ».

Dans la mesure où on fait effectivement référence à un « complot », encore faut-il maintenant savoir ce qu'est au juste un « complot », et plus particulièrement ce qu'il en est en droit de la concurrence.

#### a) Élément de « Complot » - Une Entente

L'article 45 de la *Loi sur la concurrence* est la véritable clef de voûte de la Loi pour ce qui est des infractions criminelles en matière du droit de la concurrence.

Dans son dernier prononcé le plus récent portant sur une analyse détaillée de cette disposition, le juge Gonthier a indiqué, pour la Cour suprême unanime, ce qui suit :

« Section 32(1)(c) [maintenant l'art. 45] of the Act moreover is its oldest provision. Even today, it remains at the core of the criminal part of the Act. The prohibition of conspiracies in restraint of trade is the epitome of competition law, finding its place in every competition law, from §1 of the [US] *Sherman Act* to article 85 of the *Treaty establishing the European Economic Community*. »

*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 649; notre soulignement.

Cette disposition crée donc une infraction de « complot » (« *conspiracy* »).

<sup>23</sup> Témoignage de Me Yves Comtois devant la Commission : « (...) [Je] n'utiliserai pas beaucoup le terme « collusion » lors de ma présentation. C'est pour la simple et bonne raison qu'il ne s'agit pas d'un terme juridique consacré en droit de la concurrence. » Témoignage du 29 octobre 2014, p. 128. Comme indiqué ci-dessus, nous avons donc de la difficulté (un malaise) à comprendre pourquoi on le retrouve néanmoins explicitement dans le préavis du 24 août 2015, ce qui explique notre exposé sur l'historique de la *Loi sur la concurrence* et des dispositions qui semblent être applicables à la situation juridique par ailleurs évoquée par le préavis.

À la différence des autres infractions de complot, ce qu'il est important de comprendre pour ce qui est de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, par contre, c'est que l'infraction est, avant tout et uniquement, le complot *lui-même*.

Il ne s'agit pas d'une infraction inchoative à une *autre* infraction. C'est-à-dire, il ne s'agit pas d'une infraction qui interdit un complot en vue de commettre une *autre* infraction. Tel, par exemple, le complot pour commettre un meurtre, où c'est à la fois le complot et le meurtre lui-même qui sont tous les deux des infractions criminelles distinctes.

Dans le cas de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, c'est uniquement et seulement le complot *lui-même* qui constitue l'infraction. Elle n'est inchoative (ou préparatoire) à aucune autre infraction criminelle subséquente.

Avant de déterminer comment un geste parfaitement légal - accorder un escompte - peut (illégalement semble-t-il) « faciliter » un « complot » pour ce qui est de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, regardons en premier ce qu'est juridiquement un « complot ».

Selon la Cour suprême du Canada dans *The Queen c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666 :

« A conspiracy consists not merely in the intention of two or more, but in the agreement of two or more to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means. So long as such a design rests in intention only, it is not indictable. When two agree to carry it into effect, the very plot is an act in itself, and the act of each of the parties... punishable if for a criminal object... » [aux pages 668-669, jurisprudence citée omise; notre soulignement]<sup>24</sup>.

La preuve d'un complot comprend donc - à un minimum - la preuve d'une « entente ».

L'exigence de la preuve d'une « entente » en droit de la concurrence pour ce qui est des complots criminels et à la fois essentiel et toujours nécessaire.

Cette exigence de longue date a été réaffirmée par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 643 (dans son dernier prononcé sur la question) et, suite à la réforme la plus récente à la *Loi sur la concurrence* en 2009, plus précisément pour ce qui est de l'article 45 et nonobstant les multiples

<sup>24</sup> Me Yves Comtois, *Analyse comparée des règles de droit de la concurrence applicables aux phénomènes de collusion dans l'industrie de la construction*, Rapport final devant la Commission - décembre 2014 : « Puisqu'il s'agit d'un crime de complot, la Couronne doit faire la preuve d'une véritable entente entre les parties, c'est-à-dire de la rencontre d'au moins deux volontés en vue d'atteindre un objectif commun » [p. 91; note de bas de page omise].

réformes déjà apportées jusqu'alors à cette même disposition, l'exigence a été spécifiquement maintenue par le Gouvernement fédéral.

Voir : Bureau de la concurrence, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Industrie Canada, 23 décembre 2009<sup>25</sup> :

« De façon générale, l'article 45 interdit les ententes entre concurrents ou concurrents potentiels en vue de fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la production qui constituent des « restrictions pures et simples » à la concurrence (restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise) » [à la p. 10; notre soulignement].

Selon ce qui a été déposé devant la Commission et qui est accessible au public, il n'y a aucune preuve d'une telle entente *entre* les entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal.

Selon ce qui a été déposé devant la Commission et qui est accessible au public, il n'y a aucune preuve que Me Montgrain avait même une connaissance de l'existence même d'une telle entente.

b) De Fusées et Plumes à Parallélisme conscient

i) *Rockets & Feathers*

Ceci dit, on « entend bien des choses ». Il doit donc « y avoir quelque chose ».

En ce qui concerne précisément ce que l'on « entend », la première observation que l'on pourrait formuler c'est qu'il ne faut *surtout* pas « sauter aux conclusions ».

Et c'est particulièrement vrai en droit économique de la concurrence.

---

25 La réforme de 2009 à l'article 45 est certainement la plus impressionnante, où le législateur canadien a adopté une approche dite « *per se* », c'est-à-dire une infraction d'application automatique, sans se préoccuper de savoir si oui ou non le comportement a un effet néfaste sur la concurrence. Avant l'amendement de 2009, la disposition utilisait en effet, outre l'obligation de prouver une « entente », le concept de réduction « indue » de la concurrence (qui remontait dès la première loi de 1889, d'ailleurs). Pour expliquer le changement important, le Bureau de la concurrence a publié (suite à des consultations avec des membres de la profession) des lignes directrices sur la question : Bureau de la concurrence, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Industrie Canada, 23 décembre 2009. On est en mesure d'observer que cette publication a été particulièrement travaillée par un auteur respecté (maintenant en pratique privée) et qu'elle reçoit encore des commentaires favorables.

Il y a en effet un *genre* de remarque que l'on « entend » souvent, de façon récurrente, dans le domaine du droit de la concurrence.

Ce genre de remarque suit généralement le fait d'observer que, dans un marché particulier, les « prix sont stables », ou ne « fluctuent pas » ou très peu.

On saute alors bien vite aux conclusions et on entend des remarques du genre : Le prix est « *fixé* » ! C'est « *arrangé* » !

On observe ce phénomène de façon particulièrement évidente dans le prix - affiché il est très important de noter - du carburant vendu à la pompe.

Lorsque le prix du baril du pétrole brut monte sur les marchés mondiaux, les prix aux détails à la pompe montent immédiatement tous en flèche, simultanément, du jour au lendemain. C'est franchement remarquable, il n'y a aucun doute ...

Lorsque le prix du baril baisse, par contre, il semble y a voir un problème avec les lois de Newton, puisque le prix à la pompe prend tout son temps pour baisser. En tous cas c'est certain, il ne baisse absolument pas à la même vitesse qu'il est monté (!), on est tous d'accord ...

On entend souvent comme « excuse » que le prix doit « passer à travers le système » (entre le puits, le bateau, la raffinerie, le camion et, enfin, la pompe), expliquant pourquoi le prix prend tout son temps pour baisser. Et pourtant, c'est une « *excuse* » qu'on n'entend *jamais* à toutes les augmentations instantanées des prix !

On pense alors : il doit y avoir un « complot » ! ou de la « *collusion* » ! ou « *tout' ça, c'est tout' arrangé* » ! dirait-on dans un langage plus courant.

On observe - et on arrive (saute) à cette conclusion ... frustré comme nous le sommes tous de voir les prix ainsi aller, tout comme, peut-on songer à ... un fournisseur forcé de saigner un escompte à un petit groupe d'acheteurs imposants.

En réalité, ce genre de comportement, très étudié, a un nom qui lui est propre, adoptant les caractéristiques de ce qui est appelé les « *Rockets and Feathers* », où les prix montent en fusée, et tombent lentement comme des plumes. Les économistes appellent le phénomène « *asymmetric price transmission* » ou encore, « *asymmetric price adjustments* ».

Si le comportement est subjectivement « suspect », laissant croire qu'il existe effectivement un « complot » (ou de la « *collusion* »), il ne s'agit pas pour autant de la preuve qu'il existe effectivement une « entente » entre concurrents - l'*actus reus* même de l'infraction.



C'est en réalité un comportement qui est entièrement explicable sur le plan économique, surtout lorsque les prix à la pompe sont affichés (et, maintenant, reproduits sur des applications de téléphones intelligents [comme « *GasBuddy* »], évitant de se déplacer physiquement sur les lieux, d'une station-service à l'autre, pour *coordonner* les prix).

Il n'y a pas besoin d'une entente pour coordonner les prix.

Les concurrents peuvent arriver à ce même résultat sans aucunement se parler - et s'entendre - entre eux.

Mais pourtant, c'est tout comme s'il y avait une entente, auquel cas ce serait criminel.

Mais alors, pourquoi est-ce légal lorsqu'il n'y a pas d'ententes, mais que le résultat sur les prix est exactement le même ?

Du point de vue du consommateur, il « se fait avoir » de la même façon dans les deux cas, non ?

La différence entre les deux cas est précisément l'absence d'entente criminelle<sup>26</sup>.

En dehors des situations où le prix est carrément affiché, on retrouve néanmoins le même genre de phénomène en situation de concentration - soit dans une situation qui approche le monopole (où il y a un nombre limité de vendeurs en oligopole), ou dans une situation qui approche le monopsonne (où il y a un nombre limité d'acheteurs en oligopsone<sup>27</sup>), ou

<sup>26</sup> Et c'est pourquoi il fallait précisément une telle preuve pour justement pouvoir porter des accusations contre 54 personnes dans l'enquête « Octane » de renom du Bureau de la concurrence pour ce qui est des complots pour fixer les prix dans certaines stations-services au Québec. Les apparences – évidentes – étaient néanmoins totalement insuffisantes. Cette preuve est notamment consignée dans non moins de 220 000 communications électroniques interceptées, le problème de la communication même de celle-ci aux avocats ayant intenté au civil des procédures en recours collectifs ayant fait l'objet d'un arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287. Pourquoi tant s'acharner pour mettre la main sur cette preuve ? Parce qu'en l'absence d'une preuve d'entente, il n'y a tout simplement pas de preuve d'une faute, et le recours en responsabilité civile s'évapore en conséquence.

<sup>27</sup> Ces situations sont relativement rares ou moins préoccupantes aux yeux de l'État, au point tel que, suite aux amendements de 2009, l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ne s'en préoccupe tout simplement plus. Depuis l'amendement de 2009 à l'article 45 (entré en vigueur un an plus tard en 2010 pour permettre une transition), cette disposition ne vise maintenant en effet uniquement que les complots entre « concurrents » sur la « *fourniture* [d'un] produit » (« supply of a product ») et non sur les achats. **Depuis 2009, une entente entre acheteurs concurrents n'est absolument plus criminelle en vertu de l'article 45.** Ce genre d'entente prenant notamment la forme d'une entente d'achats groupés peut, par contre, faire l'objet d'un examen civil (non-criminel) par le Tribunal de la concurrence en vertu du (nouvel) article 90.1 de la *Loi sur la concurrence*, mais uniquement à la demande du commissaire de la concurrence. Nous y revenons ci-dessous.

lorsqu'il y a un petit nombre des uns et des autres qui se rencontrent en même temps. En l'absence de toute entente entre eux, les prix se trouvent néanmoins à se stabiliser tout naturellement par la simple coordination parallèle des comportements des acteurs. Nous y revenons immédiatement ci-dessous.

Dans le cas qui nous occupe, il n'y a pas un grand nombre de vendeurs, et il n'y a pas un grand nombre d'acheteurs - et - en plus - on trouve facilement les prix des produits (affichés de la façon qu'ils le sont) dans les soumissions déposées à l'occasion d'appels d'offres lancées par les autorités gouvernementales, lesquelles sont rendues publiques<sup>28</sup> et immédiatement disponibles à tous les concurrents (acheteurs et vendeurs) suite à leur ouverture.

Pour les produits en question (les poteaux électriques), où il y a une très faible variation en genre et en coûts de production, on n'a pas besoin d'être un « *rocket scientist* » pour comprendre très rapidement le prix de ce que l'on vend, ou de ce que l'on achète. Et il ne suffit que de suivre les prix affichés dans les résultats publics des appels d'offres (y compris lorsqu'on est d'ailleurs déjà sur place pour savoir si on emporte le contrat sur lequel on a soumissionné), et de les consigner dans des tableaux, pour comprendre assez facilement ce qu'il en est.

Peut-on alors s'étonner de constater le phénomène de « parallélisme conscient » qui, tout comme les « *Rockets and Feathers* », laisse croire qu'il existe effectivement une « entente » établissant un « complot » criminel, alors qu'en toute réalité, il n'en serait absolument rien.

## ii) *Parallélisme conscient (« conscious parallelism »)*

La Cour suprême du Canada a été confrontée au problème d'« entente tacite » ou de « décisions consciemment parallèles » - c'est-à-dire le « parallélisme conscient » - dans l'« affaire du sucre » : *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.* et autres c. *Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644 (le juge Pigeon, pour la majorité), où était en question le comportement des acteurs en situation d'oligopole face à l'observation d'une coordination on ne peut plus remarquable dans le prix du sucre, y compris en raison du fait que le plus gros producteur affichait sa liste de prix dans le hall d'entrée de son édifice mère, dont ses concurrents en « prenaient connaissance sur-le-champ » dès qu'elle était affichée. En l'absence d'une preuve directe d'une entente, ce comportement en « parallélisme conscient » établissait-il néanmoins l'existence d'un complot ?

<sup>28</sup> Il serait entièrement loisible de noter que ce ne sont ni les vendeurs (fournisseurs), ni les acheteurs (clients, entrepreneurs spécialisés) qui *eux-mêmes* « affichent » ainsi les prix des soumissions gagnantes de cette façon, et celles-ci sont par ailleurs et autrement entièrement accessibles pour tous par simple demande d'accès à l'information.

Nonobstant le fait qu'un « complot peut prendre diverses formes et peut être prouvé par déduction » (à la p. 656)<sup>29</sup>, et l'argument séduisant du Procureur général à l'effet que, eu égard à toutes les circonstances, il fallait forcément en déduire ainsi, le comportement observé en l'espèce en était un où, en toute réalité, la « décision de rechercher la stabilité en maintenant sa « part traditionnelle du marché » n'était (...) pas une décision de renoncer à toute concurrence de prix. Au contraire [toujours selon le juge Pigeon], cela signifiait que des concessions en matière de prix seraient faites au profit des gros acheteurs, mais limitées à ce qu'il faudrait pour maintenir la « part traditionnelle du marché »<sup>30</sup> aussi précisément que possible, sans augmentation ni diminution » (p. 658).

<sup>29</sup> Il y a lieu de s'arrêter sur cette « observation » du juge Pigeon et de l'examiner attentivement : « un complot peut prendre diverses formes et peut être prouvé par déduction ». Rappelons que la remarque du juge Pigeon a été formulée dans un contexte où la preuve du complot était purement circonstancielle, étant fondée exclusivement sur le comportement des acteurs (en d'autres mots, il n'y avait pas de preuve directe d'une entente, tel un aveu corroboré d'un délateur). Passant outre à la situation observée dans cette affaire, la question s'est alors posée à savoir si en étirant le concept de « preuve par déduction », on pouvait de cette façon se trouver en quelque sorte à alléger (relaxer) le fardeau de preuve de la Couronne. La réponse est : non. Pour écarter tout doute que la Couronne supporte effectivement et en tout temps le fardeau ultime de prouver le complot par la preuve hors de tout doute raisonnable d'une entente, on trouve au paragraphe 45(3) de la *Loi sur la concurrence* la disposition suivante : « Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe [45](1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable » [notre soulignement]. Cette disposition (suite à la réforme de 2009) remonte au paragraphe 30(3) de la *Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1986, ch. 26, qui modifiait (par ajout) le paragraphe 32(1.2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, devenu par la suite le para. 45(2.1) de la *Loi sur la concurrence*, suite aux amendements de 1986 (L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), para. 20(4)). Elle était l'une des composantes majeures de la réforme apportée à la Loi en générale (à l'occasion du « Stage II » en 1986), et à la disposition en particulier, y compris suite à l'arrêt très attendu de la Cour suprême du Canada dans cette « affaire du sucre ». Elle a été adoptée dans le but précis d'écarter le doute que pouvait faire naître la remarque du juge Pigeon, laquelle pouvait laisser entendre que la preuve « par déduction » pouvait réduire indirectement (subtilement) le fardeau de preuve de la Couronne d'établir un complot (c'est-à-dire l'« entente » elle-même) hors de tout doute raisonnable. Comme on le verra immédiatement ci-dessous, l'exigence elle-même de prouver une « entente » hors de tout doute raisonnable est autrement demeurée, dans toutes ses autres dimensions, complètement et totalement inécartable.

<sup>30</sup> Arrêtons-nous maintenant également sur l'expression « part traditionnelle du marché » qui est elle-même citée par le juge Pigeon dans sa décision. Dans une situation de concentration, le phénomène de stabilisation de prix apparaît naturellement comme par l'effet de l'osmose, où personne ne se fait vraiment la guerre, et chacun cherche plutôt à maintenir sa « part marché » qui, avec le temps, est jalousement protégée à titre de « part traditionnelle de marché ». Comme indiqué ci-dessus, même si la *Loi sur la concurrence* n'oblige absolument pas elle-même de se faire concurrence (directement ou indirectement, activement ou même passivement), l'emploi de l'expression – « part traditionnelle de

Même s'il était alors « évident que cela impliquait une diminution de la concurrence » (p. 658), « l'unique preuve de l'existence de l'entente se [trouvait] dans la ligne de conduite d'où l'on [voulait conclure, à tort] à son existence » (p. 660).

Nonobstant l'évidence même du comportement parallèle *et* coordonné des acteurs agissant en « parallélisme conscient », ce n'était pas suffisant : il n'y avait tout simplement - pas - de preuve d'entente en tant que telle - une exigence incontournable<sup>31</sup>.

Il n'y avait alors donc - pas - de complot criminel, nonobstant le « parallélisme conscient » manifeste observé<sup>32</sup>.

---

marché » (souvent adjointe également avec autant d'emphase par le locuteur de : « *ma* ») - fait néanmoins toujours dresser les oreilles des procureurs en droit de la concurrence, parce que les clients ne comprennent pas que l'expression laisse entendre qu'ils se sont non seulement entendus pour se partager le marché, mais que cela doit faire un certain temps qu'il en est ainsi, puisqu'on en est maintenant rendu à utiliser un vocabulaire de « tradition » pour se justifier à ne précisément rien faire pour « déranger » de quelque façon que ce soit le (confortable) *statu quo*. Mais ici aussi, l'emploi de ce vocabulaire est rarement un début de preuve qu'il existe effectivement une entente. Y compris en raison du fait que les clients utilisent l'expression souvent de façon très candide (justement parce que candide, ils ne « cachent rien » en l'utilisant tout naturellement, sans embarras aucun), c'est plutôt une confirmation orale qu'en situation d'oligopole (ou d'oligopsone), il y a effectivement une stabilisation naturelle des prix, et que les gens ne veulent tous simplement pas aller à la guerre (des prix) pour... « déranger ».

<sup>31</sup> L'arrêt *Atlantic Sugar* est un *passage obligé* et est également *lui-même* devenu absolument incontournable en ce qui concerne l'examen des complots en droit économique de la concurrence. Nonobstant le fait que l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* a depuis été modifié à multiples reprises (y compris en 2009), l'arrêt fait néanmoins toujours autorité pour ce qui est de la question du « parallélisme conscient » et de l'obligation dès lors devenue absolument incartable de prouver une « entente » hors de tout doute raisonnable, opposant à l'époque le juge Pigeon au juge Estey (et la fine pointe des plaideurs en droit de la concurrence à l'époque). Nonobstant la dissidence isolée du juge Estey, la puissance de son raisonnement, particulièrement à la lumière du « curieux spectacle offert par les trois accusés » en cause, aurait certainement bien pu inciter le Parlement à agir. Mais l'obligation de prouver une « entente » hors de tout doute raisonnable est demeurée entièrement intacte, surtout lorsqu'on la compare à tous les multiples amendements qui ont été continuellement apportés depuis lors par le Parlement du Canada à travers le temps à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* (y compris le paragraphe 45(3) que nous avons discuté plus haut), et le fait que la Cour suprême du Canada n'a elle-même jamais voulu, à ce jour, reconsidérer la question, en commençant certainement par un retour au raisonnement du juge Estey, ou en glissant autrement ici ou là de simples observations dans cette direction. La description du « curieux spectacle » des accusés dans cet arrêt continue de demeurer à ce jour un véritable objet de contemplation pour ceux qui sont le moins intéressés à saisir les nuances inévitables qui émergent lorsqu'on examine des allégations de complots en matières économiques. Il est relaté qu'à la toute fin du procès en première instance dans cette affaire, après avoir entendu Mme Jehane Benoît elle-même comme témoin expert, notamment sur le besoin de sucre pour faire une tarte au sucre, tous les procureurs se sont « mis ensemble » pour offrir au juge *la vraie recette* de tarte au sucre de Mme Benoît, laquelle recette, dit-on également, a été ensuite mise à l'œuvre avec grand plaisir, nonobstant ce complot, celui-ci avoué, des procureurs eux-mêmes.

Ainsi, dans la mesure où on « entend bien des choses », notamment où on entend des frustrations à l'effet que des entrepreneurs se comportent de la même façon dans une situation où il n'y a pas beaucoup d'intervenants dans un marché limité, il est tout aussi probable que l'on soit en réalité simplement témoin du phénomène du « parallélisme conscient ».

Mais, comme il est clairement établis par la Cour suprême du Canada et le Parlement du Canada, ce n'est - pas - la preuve d'un complot. Pour établir un complot, il faut la preuve hors de tout doute raisonnable d'une entente.

Et il s'agit bien d'une exigence que continue d'imposer le Parlement du Canada, même après sa réforme du droit de la concurrence en 2009, très conscient il faut le dire de la jurisprudence du juge Pigeon pour ce qui est du comportement adjacent du « parallélisme conscient », justement parce qu'il ne faut surtout pas « sauter aux conclusions » en matière économique, en l'absence de la preuve d'une entente criminelle.

Pourquoi ?

Parce que c'est précisément beaucoup trop facile de conclure à un complot face au phénomène du « parallélisme conscient » en matière économique que l'exigence de la preuve d'une entente est tellement cruciale et qu'elle continue d'être spécifiquement exigée par le Parlement du Canada.

De conclure qu'il existe un complot en raison du fait que l'instance en l'espèce devant la Commission en est une où les exigences de la preuve sont moins contraignantes<sup>33</sup>, et

<sup>32</sup> Le simple fait d'observer le phénomène de « parallélisme conscient » (ou d'ailleurs, celui des « fusées et des plumes » également) n'a même pas pour effet d'enclencher une simple *présomption* juridique de l'existence même d'un complot, non plus. Me Yves Comtois, témoin expert consultant en droit de la concurrence entendu devant la Commission, prend le soin de noter à cet égard dans son Rapport devant la Commission que les caractéristiques observables du comportement d'un marché ne créent pas une présomption de l'existence d'une entente illicite - Yves Comtois, *Ententes anticoncurrentielles et truquages d'offres dans l'industrie de la construction - bilan de notre régime réglementaire*, Rapport Final - octobre 2014 : « D'un point de vue juridique, il ne peut non plus y avoir de présomption d'entente illicite, lorsque les seuls éléments colligés sont des caractéristiques observables du marché, qui pourraient s'expliquer, parmi d'autres hypothèses, par la collusion » [p. 8; notre soulignement]. Par ailleurs, pour rencontrer l'exigence de la preuve de l'existence même d'une entente illicite (complot), l'aveu d'une seule partie à l'entente est insuffisant, ce témoignage devant nécessairement être « corroboré, soit par de la preuve documentaire, soit par le témoignage d'une ou plusieurs autres parties à l'entente » [*id.*, p. 15]. Il va sans dire que l'accumulation de témoignages corroborant entres eux l'observation des mêmes caractéristiques observables du marché ne veut pas dire qu'il existe une entente non plus. En d'autres mots, le fait de constater qu'« on a tous vu le même prix » ne prouve absolument pas qu'il existe effectivement une « entente » pour le fixer.

<sup>33</sup> Si le fait d'alléger le fardeau de preuve a pour objectif (et conséquence) immédiat d'abaisser considérablement le seuil (balance des probabilités vs. hors de tout doute raisonnable), ceci ne

qu'il est alors entièrement permis d'en conclure ainsi, même en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'une entente précise, c'est tout simplement s'aveugler au phénomène du « parallélisme conscient » en sautant allègrement par-dessus lui, pour arriver directement aux conclusions, dans le seul but de livrer les résultats de ce qui n'est en fin de compte qu'un procès d'intention sous un autre nom.

Cette façon de procéder est proscrite en *Common Law*, puisque *même* là où l'intention existerait elle-même : "so long as such a design rests in intention only, it is not indictable." (*The Queen c. O'Brien, supra.*).

Et en droit civil, l'on ne fait pas non plus de procès d'*opinions*, où on *pense* qu'il doit y avoir un complot, constituant par-là la preuve manifeste qu'il doit y en avoir un, sur la balance des probabilités.

c) Faciliter (aider) un système collusoire / Complot

i) *Aider un Monopole*

Le fait de « faciliter » le « parallélisme conscient » - c'est-à-dire le comportement économiquement tout à fait naturel d'un petit groupe d'entrepreneurs spécialisés de maximiser leurs intérêts, en cédant à leurs pressions d'accorder des escomptes pour s'assurer d'une vente - est-il criminel ?

Évidemment *non*, puisque le comportement du « parallélisme conscient » n'est pas lui-même criminel (ou même illégal), en l'absence d'entente, et le fait d'accorder un escompte, *non plus*.

---

transforme pas pour autant la preuve disponible comme en étant une qui soit nécessairement fiable. Même lorsque le seuil est élevé, la preuve peut être toute aussi fragile, comme reposant sur un socle entièrement érodé par l'effet seul du passage du temps. Comme le note Me Yves Comtois, témoin expert consultant en droit de la concurrence entendu devant la Commission, dans son rapport à la Commission : Yves Comtois, *Ententes anticoncurrentielles et truquages d'offres dans l'industrie de la construction - bilan de notre régime réglementaire*, Rapport Final - octobre 2014, relatant un jugement rendu à la fin d'un procès criminel intenté en vertu de la *Loi sur la concurrence* : « Dans sa décision, le juge fut appelé à évaluer la crédibilité et le poids des déclarations faites au procès par des témoins du ministère public, des témoins qu'il a décrits comme « des gens honnêtes et de bonne foi à qui l'on a demandé de raconter avec précision des événements survenus il y a bientôt sept ans ». Face à des versions qualifiées de souvent « imprécises, parcellaires, confondantes, voire même contradictoires, sur certains aspects », compte tenu principalement de « l'effet du passage du temps », le juge a finalement acquitté l'entreprise qui s'était défendue, estimant qu'il subsistait un doute raisonnable quant à l'existence d'une entente entre les parties » [à la p. 15; note de bas de page omise].

Mais ajoutons les considérations suivantes, puisque la troisième conclusion du préavis de la Commission exhibe un mécontentement évident auquel il faut vraiment répondre en tous points.

Le fait d'aider un petit groupe d'entrepreneurs *dominant* et agressif à maintenir leur *emprise* de contrôle sur le marché en leur accordant des escomptes, en cédant *même* à leurs *pressions*, semble intuitivement incorrect, injuste même.

Ils sont gros, trop gros ! Et le fait de nourrir ces monstres avec des cadeaux (escomptes), c'est carrément excessif ! Ils en ont déjà trop ! Ça suffit !

On a écouté ...

Regardons l'article 33 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23<sup>34</sup>, qui, pendant qu'il était en vigueur, se lisait comme suit :

33. <u>Every person who is a party or privy to or knowingly assists in, or in the formation of, a merger or monopoly is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.</u>	33. <u>Quiconque est partie intéressée ou contribue, ou sciemment aide, à une fusion ou un monopole, ou à la formation d'une fusion ou d'un monopole, est coupable d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement de deux ans.</u> [Notre soulignement].
--	--

Selon cette disposition, quiconque est partie intéressée, ou contribue, ou sciemment « aide » un « monopole », ou à la « formation d'un monopole », est coupable d'un acte criminel.

Voilà ! Enfin ! On va les avoir avec ça !

Malheureusement, non.

Nonobstant le fait que la disposition ne *semble* même pas spécifiquement observer les oligopsones (et encore moins les monopsones) eux-mêmes, lorsqu'on la regarde par ailleurs bien attentivement, la vaste portée de cette disposition demeure néanmoins pour le moins particulièrement saisissante.

Pensons simplement à des monopoles « naturels », par exemple à des carrières d'agrégats, où leurs propriétaires imposent (dictent) le prix, notamment en fonction des coûts de transports pour se rendre à la carrière qui lui est immédiatement adjacente, et on peut comprendre les difficultés attenantes à la mise en œuvre de la disposition par le

<sup>34</sup> La disposition a été initialement adoptée en 1960 (S.C. 1960, ch. 45, art. 13).

dépôt d'accusations en vertu de celle-ci par les procureurs de Couronne. D'un autre point de vue, comment conseiller le propriétaire sur sa politique de prix pour justement éviter un procès criminel ?

L'article 33 a été abrogé par la réforme à la *Loi sur la concurrence* de 1986 (L.C. 1986, ch. 26, article 34).

En droit de la concurrence au Canada, à tort ou à raison, tout comme le terme juridique de « coalition », le terme juridique de « monopole » a donc été complètement abandonné également, pour le remplacer par des dispositions de nature purement civile portant (notamment, mais principalement) sur le contrôle des fusions (Partie IX) et sur l'« abus de position dominante » (article 78)<sup>35</sup>.

En l'absence d'une décision du Tribunal de la concurrence contrôlant les effets sur la concurrence *en raison* d'un *abus* de position dominante, le seul fait d'être *in se* un monopole, ou même tout simplement en position dominante, n'est pas illégal, et encore moins criminel.

La juridiction du Tribunal de concurrence sur cette question est d'ailleurs exclusive<sup>36</sup>, et seul le commissaire de la concurrence du Canada est en droit de saisir ce Tribunal de ce genre de questions (para. 79(1) « (...), à la suite d'une demande du commissaire, (...) »)<sup>37</sup>. Il en est de même pour ce qui est de l'article 90.1 portant sur les ententes de collaborations entre concurrents, même en situation d'oligopsone<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> L'utilisation du droit criminel pour contrôler le phénomène des concentrations économiques a été jugé inflexible. Le nouveau mécanisme du contrôle des fusions économiques (Partie IX) permet d'empêcher une concentration économique anti-concurrentielle avant même qu'elle ne se forme. La disposition sur l'abus de position dominante (articles 78 et 79) vise les situations existantes. Dans l'un et l'autre cas (articles 92 et 79), le Tribunal de la concurrence peut émettre des ordonnances civiles (taillées sur mesure) de redressement.

<sup>36</sup> *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, le juge Gonthier, pour la majorité :

« Section 8(1) [of the *Competition Tribunal Act* - CTA] confirms the jurisdiction of the [Competition] Tribunal over Part VIII [of the *Competition Act* - CA]. The civil part of the CA therefore falls entirely under the Tribunal's jurisdiction. It is readily apparent from the CA and the CTA that Parliament created the Tribunal as a specialized body to deal solely and exclusively with Part VIII CA, since it involves complex issues of competition law, such as abuses of dominant position and mergers » [à la p. 406; notre soulignement].

<sup>37</sup> Voir l'article 103.1 de la *Loi sur la concurrence* pour ce qui est des recours en vertu des articles 75, 76 et 77 de la Loi, et les conditions substantives imposées sur les demandeurs, notamment en vertu des paragraphes 103.1(7) et 103.1(7.1) pour ce qui est de leur propre accès au Tribunal de la concurrence en vertu de ces dispositions. Les circonstances permettant de saisir ce Tribunal sont par ailleurs très circonscrites. Même s'il s'agit d'une « cour d'archives » selon le paragraphe 9(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), il ne s'agit pas pour autant d'un tribunal



Une instance autre que le Tribunal de la concurrence n'a donc tout simplement pas la compétence pour se prononcer, et encore moins statuer sur la légalité même d'un comportement régi par les dispositions civiles de la Partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, y compris les dispositions qui règlementent l'abus de position dominante<sup>39</sup>.

Et il s'ensuit que le seul fait alors d'accorder des escomptes à des clients qui occupent une position dominante sur un marché n'est pas illégal, et encore moins criminel.

Et tout comme il est facile de « sauter aux conclusions » lorsqu'on est témoin de « parallélisme conscient », et que c'est pour cela qu'il faut absolument la preuve d'une entente hors de tout doute raisonnable pour justement empêcher *totale*ment de condamner sur des simples apparences, il faut laisser au Tribunal de la concurrence ce qui lui appartient, c'est-à-dire de porter jugement sur des situations économiques complexes, et de ne pas se fier ici aussi aux apparences non plus lorsqu'on est en situation de position dominante ou de concurrents qui agissent alors qu'ils sont en situation d'oligopsone.

---

de droit commun permettant d'entendre des recours selon une juridiction qui ne lui est pas déjà spécifiquement attribuée par la loi. Mais à l'intérieure de la juridiction qui lui est spécifiquement déjà attribuée, sa compétence demeure plénière et exclusive (*Chrysler Canada, supra.*, p. 406). Ainsi, le commissaire de la concurrence ne peut élire de saisir la Cour supérieure d'une province d'une question qui relève de la compétence exclusive du Tribunal de la concurrence, et un demandeur ne peut non plus contourner ce Tribunal de la même façon par un recours de droit commun devant une cour provinciale pour ce qui est de l'application des dispositions de la Partie VIII de la Loi. La juridiction du Tribunal de la concurrence est donc véritablement exclusive dans tous les sens.

<sup>38</sup> Bureau de la concurrence, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Industrie Canada, 23 décembre 2009, pp. 35 et ss.

<sup>39</sup> Le juge Fraiberg, dans *Carefour Langelier c. Cineplex Odéon et al.*, REJB 1999-15160 / 1999 CanLII 11248 CS QC, fait un constat inévitable de ce qui résulte de la compétence exclusive du Tribunal de la concurrence de la façon suivante :

« 30. It is settled jurisprudence that the Competition Tribunal, created especially by virtue of the *Competition Tribunal Act* to hear and determine all applications made under Part VIII of the *Competition Act*, is a specialized tribunal with exclusive jurisdiction over all civil parts of that statute. The questions Guzzo now asks the Court to rule upon are therefore within the exclusive province of the Director of Competition [now the Commissioner], who if he believes there are reasonable grounds to make an order under Part VIII, must cause an inquiry to be made with the view of determining the facts before applying to the Competition Tribunal for an order under section 79. Only the Competition Tribunal is competent to make such an order. Even though the Court is not asked to do that here, it is nonetheless asked by Guzzo to make findings of illegal behaviour (having nothing to do with Carrefour in any case) that would necessarily involve an exercise of jurisdiction that belongs to the Tribunal » [note de bas de page omise; notre soulignement].

La Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Alex Couture*<sup>40</sup> a d'ailleurs bien pris soin de noter les raisons pour lesquelles on doit laisser à un tribunal spécialisé (le Tribunal de la concurrence) la compétence exclusive pour se prononcer sur ce genre de questions, en se justifiant du *Rapport du Conseil Économique du Canada* de 1969 (sur lequel se fie également le juge Gonthier dans l'affaire *Chrysler Canada (supra.)* concernant justement le même Tribunal de la concurrence), lequel Rapport est à la base de toute la réforme du droit de la concurrence qui sera entamée par la suite au Canada dans les années 70 et 80, et en 2009 :

« (...) Même si le transfert au domaine du droit civil d'une partie de la politique de concurrence du Canada nous apparaît comme un progrès considérable et nécessaire, il faudrait, croyons-nous, que cette mesure soit accompagnée de la création d'un tribunal spécialisé. Se contenter d'établir des lois de caractère civil dans ce secteur, puis laisser aux tribunaux civils ordinaires la tâche de les appliquer au mieux de leurs connaissances serait imposer à ces derniers un fardeau injuste. Ce serait, en somme, forcer les juges à rendre, presque de façon régulière, de difficiles jugements dans lesquels il leur faudrait faire la part des avantages et des inconvénients, à la lumière de théories et d'analyse économiques complexes (à la p. 124) » [à la p. 2559; notre soulignement].

C'est pour cela que, dans la mesure où la preuve d'une entente est si nécessaire en matière de droit économique criminel, il faut laisser, en matière civile, à un tribunal spécialisé comme le Tribunal de la concurrence le soin de se prononcer, y compris sur des questions portant sur la façon de contrôler les comportements lorsque ceux-ci émergent notamment dans des situations de positions dominantes ou d'oligopsones.

D'autant plus que ce n'est *que* le commissaire à la concurrence qui *seul* est en mesure de saisir ce Tribunal de ce genre de questions, ajoutant par là une couche *additionnelle* d'analyse économique préliminaire *avant* de pouvoir porter jugement sur la situation.

En limitant ainsi l'accès au Tribunal de la concurrence de cette façon, on se trouve à éviter d'intervenir dans l'économie de façon précipitée et sans connaissance de cause, ce qui protège de cette façon les acteurs concernant leurs conduites.

L'on ne peut alors, par des raccourcis qui ignorent d'entière bonne foi les « théories et analyses économiques complexes » applicables, sauter à des conclusions peu soucieuses de précisions factuelles nuancées et mesurées aux circonstances, et dont leurs évaluations sont du ressort exclusif du commissaire de la concurrence et, ensuite, du Tribunal de la

<sup>40</sup> *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc. et al*, 1991 CanLII 3120; [1991] R.J.Q. 2534; 83 D.L.R. (4th) 577; 38 C.P.R. (3d) 293 (C.A. QC).

concurrence. Et c'est pour cela que on ne peut "make findings of illegal behaviour (...) that would necessarily involve an exercise of jurisdiction that belongs to the [Competition] Tribunal", pour reprendre les propos du juge Fraiberg de la Cour supérieure.

Le préavis de la Commission invite à « consulter notre site Internet ([www.ceic.gouv.qc.ca](http://www.ceic.gouv.qc.ca)) où vous pourrez trouver toutes les pièces déposées dans le cadre de nos travaux, de même que la transcription de tous les témoignages dans un format vous permettant d'identifier facilement les parties pouvant vous concerner. »

À tous le moins, il n'y a absolument rien devant la Commission (qui est accessible au public concernant le préavis de la Commission) de ce qui serait fondamentalement requis et autrement indispensable pour une audition *en règle* devant Tribunal de la concurrence pour analyser la situation économique qui résulte de l'interaction entre un petit nombre d'acheteurs et un petit nombre de vendeurs, où la situation se rapprochant d'un monopole et d'un monopsonne semble alors se chevaucher, où les comportements des acteurs les uns par rapport aux autres sur la façon d'offrir et de demander des prix, eu égard à des produits hautement spécialisés (et fonctionnellement pas substituables), et où la valeur de la matière première et les coûts de production sont relativement équivalents, se trouvent tous mélangés ensemble dans ce même et unique chaudron de circonstances économiques.

En droit criminel il faut prouver l'entente criminelle.

Au civil, que diraient le commissaire de la concurrence et le Tribunal de la concurrence face à la situation de fait évoquée dans la troisième conclusion du préavis de la Commission ?

Nous ne le savons pas.

ii) *Faciliter une collusion (Complot)*

Enfin, qu'arrive-t-il si, en toute réalité, il existe effectivement un « complot » *entre eux* (c'est-à-dire *entre* les entrepreneurs spécialisés de la grande région de Montréal) ?

Présumons que la preuve de cette entente entre les entrepreneurs a été fermement établie, mais pour fins de discussions seulement, puisqu'il n'y en a aucune dans ce qui est accessible au public devant la Commission en rapport au préavis de la Commissions faisant l'objet des présentes.

Sur ce genre de problématique, le juge Wagner, pour la majorité de la Cour suprême dans *La Souveraine v. Autorité des marchés financiers*, [2013] 3 R.C.S. 756, devait examiner

l'article 482 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., ch. D-9.2, lequel créait une infraction autonome d'aider [« aide »] à la commission d'une infraction séparée. À cet égard, il a également comparé cette disposition avec l'al. 21(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Lorsqu'on prend en considération le fait que l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* crée une infraction de complot, dont l'*actus reus* est l'entente elle-même, les propos suivants du juge Wagner sont pour le moins des plus pertinents pour ce qui serait du reproche implicite de « faciliter » qui est imprimé par la troisième conclusion du préavis de la Commission. Nous exposons ces propos au long, car ils font le tour complet de l'ensemble du terrain :

« [36] La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que, pour être reconnu coupable en tant que participant à une infraction en vertu de l'art. 21 du *Code criminel*, un défendeur doit avoir *su* que les gestes accomplis par l'auteur principal constituaient une infraction et avoir agi *dans le but* d'aider celui-ci à commettre cette infraction. Elle s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] . . . même dans le cas des infractions de responsabilité stricte, pour faire déclarer une personne coupable d'avoir fourni aide et encouragement, le ministère public devait établir que la personne accusée d'avoir fourni de l'aide était au fait des circonstances nécessaires pour constituer l'infraction qu'on lui reproche d'avoir aidé à commettre, sans toutefois être tenu de prouver que cette personne savait que les circonstances en question constituaient une infraction.

.... Selon l'article 21, la personne à qui on reproche d'avoir participé à une infraction doit accomplir une chose ou omettre d'accomplir une chose en vue d'aider l'auteur principal à commettre l'infraction. La fin reprochée doit être celle que poursuivait la personne à qui l'on reproche d'avoir participé à l'infraction (*Sweet c. Parsley*, précité), car le fait que des gestes accomplis accessoirement et innocemment aident quelqu'un à commettre une infraction ne suffit pas pour impliquer le présumé participant qui n'a pas agi en vue de favoriser la perpétration de l'infraction.

. . . une personne ne se rend pas coupable en louant ou en prêtant une voiture pour des activités commerciales ou récréatives légitimes simplement parce que la personne à qui elle a prêté ou loué la voiture décide au cours de l'utilisation de transporter des

articles volés, ou en louant une maison à des fins résidentielles à un locataire qui l'utilise à son insu pour entreposer des drogues. [p. 639-640]

[37] Le raisonnement adopté par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, la juge Charron, est également noté :

Évidemment, accomplir ou omettre d'accomplir une chose qui a pour effet d'aider une autre personne à commettre un crime ne suffit pas à engager la responsabilité criminelle. [. . .] La personne qui aide ou qui encourage doit aussi avoir l'état d'esprit requis ou la *mens rea* requise. Plus précisément, aux termes de l'al. 21(1)*b*), la personne doit avoir prêté assistance *en vue* d'aider l'auteur principal à commettre le crime.

L'exigence de la *mens rea* qui ressort de l'expression « en vue de » à l'al. 21(1)*b*) comporte deux éléments : l'intention et la connaissance. En ce qui concerne l'élément d'intention, il a été établi dans *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, que l'expression « en vue de » de l'al. 21(1)*b*) devrait être considérée comme étant essentiellement synonyme d'« intention ». Le ministère public doit établir que l'accusé avait l'intention d'aider l'auteur principal à commettre l'infraction. . .

En ce qui concerne l'élément de connaissance, l'intention d'aider à commettre une infraction suppose que la personne doit savoir que l'auteur a l'intention de commettre le crime, bien qu'elle n'ait pas à savoir précisément la façon dont il sera commis. Il relève tout simplement du bon sens qu'il faut avoir une connaissance suffisante pour avoir l'intention requise. [En italique dans l'original; par. 15-17.]

[38] Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime que les arrêts *Woolworth* et *Briscoe* n'appuient pas la proposition selon laquelle la preuve de la *mens rea* est requise dans tous les cas de responsabilité pénale secondaire. Il est vrai que le raisonnement formulé dans les arrêts *Woolworth* et *Briscoe* s'applique lorsqu'il s'agit de la responsabilité pénale secondaire prévue à l'art. 21 du *Code criminel*. Cependant, pour les motifs énumérés ci-après, je suis d'avis que ce raisonnement n'est pas applicable en l'espèce.

[39] En premier lieu, il existe une différence marquée entre le texte de l'infraction autonome définie à l'art. 482 de la LDPSF et celui de l'al. 21(1)b) du *Code criminel* qui définit un « participant à une infraction ». Tandis que le premier texte édicte qu'« [u]n assureur qui aide ou [. . .] amène un cabinet [. . .] à enfreindre une disposition de la présente loi [. . .] commet une infraction », le second prévoit que « [participe] à une infraction [. . .] Quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre ».

[40] Cette différence textuelle est dirimante. Comme notre Cour l'a souligné, l'expression « en vue de » est synonyme d'intention, d'où l'obligation d'établir l'intention et la connaissance du complice pour conclure à sa culpabilité en vertu de l'al. 21(1)b) du *Code criminel* (R. c. *Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973).

[41] Je remarque également qu'en adoptant la LDPSF, au lieu d'imposer une infraction de responsabilité pénale secondaire en reprenant, par exemple, le libellé de l'al. 21(1)b) du *Code criminel*, le législateur québécois a choisi d'édicter à l'art. 482 de la LDPSF une infraction autonome. Dans l'arrêt *Woolworth*, il ressortait du texte de loi en cause que le législateur fédéral avait opté pour la solution contraire :

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement a édicté l'art. 33 [de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1970, ch. C-23]<sup>41</sup>, il lui était loisible d'insérer dans la Loi des dispositions étendant la culpabilité pour l'infraction prévue à cet article à d'autres personnes que celles l'ayant effectivement commise, et même dans ce cas, les tribunaux auraient été appelés à interpréter la portée des mots employés par le législateur pour exprimer son intention. Or, plutôt que de procéder de la sorte, le législateur a

<sup>41</sup> L'opinion du juge Wagner, pour la majorité dans cet arrêt de la Cour suprême du Canada, fait référence à l'article l'art. 33 « de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1970, ch. C-23 », qui aurait été en cause dans l'affaire *Woolworth* de la Cour d'appel de l'Ontario (*Regina v. F.W. Woolworth Co. Ltd.* (1974), 3 O.R. (2d) 629), en citant le passage en question de cet arrêt. On se rappellera que nous avons fait référence à l'article 33 plus haut pour ce qui est de l'infraction d'« aider » un « monopole ». En examinant l'arrêt *Woolworth* lui-même, par contre, il y a lieu de bien noter qu'il s'agissait en réalité de l'article 33C de la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions* des Statuts révisés du Canada de 1952 (ch. 314), tel qu'adopté par les Statuts du Canada de 1960 (S.C. 1960, ch. 45, art. 13), pour devenir ensuite l'article 36 [et non pas l'article 33] de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23 [et non pas L.R.C. 1970], portant sur la publicité trompeuse (et non les monopoles). Nous voulions nous assurer qu'il soit bien compris que le raisonnement du juge Wagner ne repose pas sur le concept d'« aider », tel qu'il est fait état à l'article 33, au moment où la disposition était en vigueur.

choisi de s'en remettre à l'art. 21, lequel élargit le champ d'application de la responsabilité découlant de toute infraction créée par la loi. [P. 637] » [les italiques et les soulignements sont dans le jugement original].

Dans notre cas, l'adjonction de l'al. 21(1)b) du *Code criminel* à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* a pour effet de créer une responsabilité pénale secondaire.

Ce qui veut dire que, pour ce qui est du concept de « faciliter », outre le fait qu'il n'est pas lui-même repris dans la disposition appropriée qui est celle qui est juridiquement applicable, le seul reproche que l'on puisse faire en rapport au complot de l'article 45 selon la situation juridique évoquée dans la troisième conclusion du préavis de la Commission, c'est le fait qu'une personne «accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider » à la conclusion de l'entente qui est l'objet même du complot en vertu de cette disposition.

Mais il n'y a absolument *pas* de cause à effet entre le simple fait d'accorder un escompte et faciliter un complot (la formation d'une entente), outre le fait qu'il n'y a *aucune* preuve que Me Montgrain savait pertinemment bien qu'il existerait ou qu'il existe bel et bien un complot entre les entrepreneurs spécialisés de la grande région de Montréal, et outre le fait qu'il n'y a non plus d'ailleurs *aucune* preuve de l'existence même d'un tel complot.

Accorder un escompte (ce qui est légal) par rapport à des personnes qui sont des parties à une entente inconnue n'est absolument pas illégal, et encore moins criminel.

En réalité, à simplement voir le petit nombre de fournisseurs et d'entrepreneurs évoluer, on peut bien penser que « *c'est tout' arrangé* », on peut *même* s'imaginer qu'il pourrait très bien en être ainsi, tout comme ce pourrait très bien être le cas pour les prix du carburant et les comportements des gens devant les aléas des fusées et des plumes ou du sucre qui est saupoudré par le parallélisme conscient, mais c'est très loin d'être un véritable constat valable d'un acte criminel, justifiant de le considérer ensuite comme tel.

## **E. Conclusion**

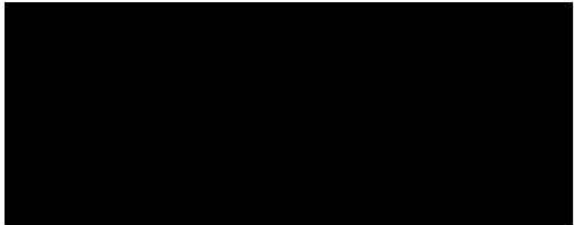
En conclusion, le fait :

D'avoir facilité au nom de Feralux le système de collusion entre les entrepreneurs spécialisés du marché de l'éclairage extérieur de la grande région de Montréal, en cédant aux pressions des entrepreneurs collusionnaires visant à leur accorder un escompte préférentiel sur leurs produits

selon la troisième conclusion du préavis de la Commission, n'est pas criminel et, au surplus, n'est même pas autrement le moindrement illégal et ce, en l'absence de tout prononcé du commissaire de la concurrence et ensuite, d'une ordonnance spécifique de redressement du Tribunal de la concurrence, en presumant même que ce qui est allégué dans la troisième conclusion est vrai, ce qui est catégoriquement nié.

**V. Conclusion Générale**

Pour tous ces motifs, les procureurs soussignés remercient les commissaires et les membres de son personnel d'avoir eu l'aimable obligeance d'avoir bien voulu recevoir les présentes représentations écrites et nous prions la Commission de ne pas donner suite à son préavis du 24 août 2015 en formulant un blâme à l'encontre de Me Benoit Montgrain selon les reproches dont il est fait état dans ce préavis, ou autrement.



---

**Me René Cadieux**

**Pour : Me Guy Pinsonnault (en son absence)**

**McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l**

Responsable pour les représentations sur les conclusions du  
préavis de la Commission No 1 et No 2



---

**Me René Cadieux**

**FASKEN MARTINEAU DuMOULIN S.E.N.C.R.L., s.r.l**

Responsable pour les représentations sur la conclusion du  
préavis de la Commission No 3