



National Library of Canada
Collections Development Branch

Canadian Theses on
Microfiche Service

Bibliothèque nationale du Canada
Direction du développement des collections

Service des thèses canadiennes
sur microfiche

NOTICE

The quality of this microfiche is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us a poor photocopy.

Previously copyrighted materials (journal articles, published tests, etc.) are not filmed.

Reproduction in full or in part of this film is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30. Please read the authorization forms which accompany this thesis.

**THIS DISSERTATION
HAS BEEN MICROFILMED
EXACTLY AS RECEIVED**

AVIS

La qualité de cette microfiche dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de mauvaise qualité.

Les documents qui font déjà l'objet d'un droit d'auteur (articles de revue, examens publiés, etc.) ne sont pas microfilmés.

La reproduction, même partielle, de ce microfilm est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30. Veuillez prendre connaissance des formules d'autorisation qui accompagnent cette thèse.

**LA THÈSE A ÉTÉ
MICROFILMÉE TELLE QUE
NOUS L'AVONS REÇUE**

UNIVERSITE D'OTTAWA

LA NOTION D'INTERET DU PUBLIC EN MATIERE
DE FUSION EN DROIT CANADIEN

par

Pierre Dallaire

Thèse présentée à l'Ecole des Etudes supérieures et de la Recherche
pour l'obtention de la maîtrise en droit (LL.M.).

Octobre 1979



RESUME

La notion d'intérêt du public constitue présentement un élément essentiel du critère permettant de déterminer la légalité des fusions d'entreprises en droit canadien. Il s'agit là d'une formule très générale qui peut donner ouverture à des interprétations très diverses, pour ne pas dire contradictoires.

Dans cette étude, l'auteur tente de préciser en quelles circonstances la notion d'intérêt du public s'est trouvée associée au problème de la réglementation des fusions d'entreprises, la portée et les objectifs visés par les gestes législatifs qui ont perpétué cette association et, surtout, le traitement judiciaire qui a été accordé à cette notion.

Cette étude tend à démontrer que la notion d'intérêt du public n'était pas, à l'origine, dans la loi de 1910, associée au problème des fusions. C'était plutôt l'intérêt spécifique et individualisé "des consommateurs ou des producteurs" d'un article de commerce particulier qui faisait l'objet de la législation. Par ailleurs, l'effort législatif de 1910 semble être le seul cas où les fusions en tant que telles étaient visées par le texte de loi. Cette étude mène à la conclusion que les modifications législatives subséquentes ont été adoptées en fonction d'objectifs qui n'ont rien à voir avec la question des fusions.

C'est d'ailleurs ainsi, de façon quasi-accidentelle, que les fusions d'entreprises ont "hérité" de la notion "d'intérêt du public" comme critère déterminant en 1919. Le problème que faisait alors l'objet des préoccupations du législateur était l'accaparement et les profits excessifs, de même que les ententes illégales pour restreindre le commerce qui en découlaient, et non les fusions d'entreprises. Il ressort de cette étude que la notion d'intérêt du public fut alors intégrée à la loi comme critère servant à encadrer le pouvoir discrétionnaire dont jouissait une toute puissante Commission du commerce chargée de s'attaquer audacieusement aux abus commerciaux de l'après-guerre.

Après que cette commission fut jugée ultra vires, la notion d'intérêt public fut intégrée à une loi à caractère criminel pour déterminer la légalité des "coalitions", dont font partie les fusions jusqu'en 1960. Après cette date, elles formeront, avec les monopoles, une infraction distincte.

Il ressort de cette étude que le législateur n'a jamais vraiment, après 1919, réévalué la portée et la signification, ni non plus l'efficacité, de la notion d'intérêt du public comme critère applicable aux fusions. Il a tout au plus tenté, de façon fort maladroite, de reformuler en 1960 le texte applicable à la lumière de la jurisprudence.

Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence applicable, qui tente dans un premier temps de démêler et de situer les jugements pertinents à la question de la notion d'intérêt du public, mène à la conclusion que deux courants jurisprudentiels ont tour

à tour dominé en ce qui concerne la définition de la notion d'intérêt du public.

Dans un premier temps, qui s'est amorcé par l'arrêt R. v. Alexander (1932), la tendance dominante a consisté à considérer la notion d'intérêt du public comme un simple synonyme du critère "indûment" applicable aux complots en vue de restreindre le commerce. Cette interprétation allait toutefois mener à des résultats absurdes, ce qui a conduit la Cour suprême du Canada, dans l'affaire R. v. K.C. Irving (1976), à dissocier les deux critères et à affirmer le caractère autonome du critère de l'intérêt du public.

Selon cette étude, la décision Irving pourrait ouvrir des perspectives intéressantes en ce qui concerne l'interprétation future de la notion d'intérêt public si ce n'était des problèmes de preuve posés par le caractère criminel de la législation dans un domaine où les effets sur l'intérêt public s'évaluent difficilement avec une certitude "au delà de tout doute raisonnable", et de l'interprétation restrictive qui prévaut en matière de droit criminel.

La principale conclusion que nous impose notre étude est que l'expérience de l'utilisation de la notion générale d'intérêt du public pour déterminer la légalité des fusions n'a pas été le fruit d'une volonté politique cohérente, mais plutôt le résultat d'un accident de parcours dont les effets se sont perpétués jusqu'à maintenant surtout parce que le législateur n'a jamais senti un besoin pressant d'agir à ce sujet. Par ailleurs,

les décisions judiciaires ont confirmé le caractère inoffensif (parce qu'inefficace) d'un test de la légalité des fusions reposant sur la notion d'intérêt du public tout en maintenant au moins l'apparence d'une barrière légale s'appliquant aux fusions qui réduisent la concurrence au détriment de "l'intérêt du public". En effet, depuis l'affaire Irving, il faudrait prouver d'abord une réduction de la concurrence et, ensuite, qu'un détriment a été causé à l'intérêt du public du fait de cette réduction de la concurrence.

A cause des problèmes de preuve (au delà de tout doute raisonnable) et d'interprétation (restrictive) découlant du droit criminel, l'étude conclut que la création d'un tribunal administratif chargé de se prononcer, en vertu de la simple prépondérance de preuve, sur l'effet des fusions d'entreprises sur l'intérêt du public, constitue la seule avenue permettant d'espérer un contrôle réel des fusions d'entreprises en fonction de l'intérêt du public.

ABBREVIATIONS

A.B.	Antitrust Bulletin
A.C.	Appeal Cases (Privy Council)
A.L.R.	Alberta Law Review
B.H.R.	Business History Review
C.B.R.	Canadian Bar Review
C.B.L.J.	Canadian Business Law Journal
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
C.Cr.	Code criminel
C.J.E.P.S.	Canadian Journal of Economics and Political Science
C.P.A.	Canadian Public Administration
C.P.R.	Canadian Patent Reporter
C.R.	Criminal Reports
D.L.R.	Dominion Law Reports
Ex. C.R.	Exchequer Court Reports
I.P.S.	Institut Social Populaire
O.H.L.J.	Osgoode-Hall Law Journal
O.L.R.	Ontario Law Reports
O.R.	Ontario Reports
O.W.N.	Ontario Weekly Notes
R.C.S.	Rapports Cour Suprême
R. du B. Can.	Revue du Barreau canadien
R. de J.	Revue de jurisprudence
S.C.	Statuts du Canada
S.R.C.	Statuts révisés du Canada
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
W.L.R.	Western Law Journal
W.W.R.	Western Weekly Reporter

Introduction

La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions définit de la façon suivante ce qu'est une fusion:

"fusion" signifie l'acquisition, par une ou plusieurs personnes, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit autrement de tout contrôle sur la totalité ou quelque partie de l'entreprise d'un concurrent, fournisseur, client ou autre personne, ou d'un intérêt dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise, moyennant quoi la concurrence...est ou semble devoir être réduite au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes.

(1)

Il s'agit là à première vue d'une définition très large qui ne correspond pas nécessairement à la signification courante que l'on attribue à ce terme. En effet, on parle généralement de fusions d'entreprises lorsque deux ou plusieurs entreprises se fondent en une seule, chacune perdant son identité propre.

Toutefois, la définition légale de fusion, telle que formulée dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, si elle couvre évidemment ce cas spécifique, a une portée beaucoup plus large. En effet, est une fusion au sens de la loi "toute

1) 1970 S.R.C., c. C-23, modifiée par: 1970 S.R.C., (1^{er} supp.) c. 10, (2^e supp.) c.10; 1974-75-76 S.C., c. 76, art. 2.
-Jusqu'en 1960, le critère de légalité s'énonçait ainsi: "...qui opère...au détriment de l'intérêt du public". On n'y faisait pas mention de la concurrence. (Les textes de loi cités sont réunis à l'Annexe I).

acquisition...totale ou partielle...de l'entreprise à'un tiers" qui satisfait par ailleurs aux autres exigences de la définition.

Il s'agit donc d'une définition extrêmement large qui couvre même le cas de l'acquisition "d'un intérêt" dans l'entreprise d'un tiers.

Par ailleurs, l'article 33 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions précise que "quiconque est partie intéressée ou contribue...à une fusion...ou à la formation d'une fusion...est coupable d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement de deux ans".

Etre partie intéressée à une fusion est donc un crime en vertu de notre droit pénal. Pourtant, des fusions (i.e. "l'acquisition d'un contrôle ou d'un intérêt dans l'entreprise d'un tiers") se produisent constamment au Canada et ce, à un rythme sans cesse croissant (2).

Comment se fait-il que toutes ces acquisitions d'entreprises, qui se produisent au su et au vu de tous, et qui entrent de toute évidence dans le cadre de la partie de la définition de fusion qui y fait entrer "toute acquisition...totale ou partielle...d'une entreprise", échappent aux sanctions prévues par la loi?

La réponse se trouve évidemment dans les mots "moyennant quoi la concurrence...est ou semble devoir être réduite au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public..." qui font

2) Voir, infra, n. 227.

partie intégrante de la définition de fusion. En conséquence, le test de légalité présentement imposé par la loi en ce qui concerne les fusions consiste à vérifier si la fusion a réduit la concurrence au détriment de l'intérêt du public (2a).

"L'intérêt du public" est une notion qui ne pèche pas, à prime abord, par excès de précision. Il s'agit de l'une de ces "formules magiques" qui ne possède pas de signification exclusive et qui, de ce fait, est de nature à poser des problèmes particuliers en matière d'interprétation judiciaire.

C'est là que l'on doit chercher l'objet du présent travail. En effet, nous avons voulu, par l'étude de la notion "d'intérêt du public", telle qu'employée dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, en matière de fusions analyser le traitement accordé par les tribunaux à un texte législatif reposant sur un critère de légalité particulièrement imprécis et dépourvu d'une signification suffisamment évidente pour rendre inutile toute interprétation (3).

Comme nous aurons l'occasion de le constater plus loin, l'interprétation judiciaire de la notion "d'intérêt du public" se scindera en deux grandes "écoles de pensée" jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada tranche la question.

2a) Avant 1960, le test était "...qui ont opéré...au détriment de l'intérêt du public".

3) En vertu de la règle fondamentale qui veut que l'on interprète que les textes qui ne sont pas clairs. Ceux qui sont clairs, on les applique.

Alors que la première école, qui fut longtemps dominante, tenta d'imposer l'interprétation voulant que les mots "au détriment de l'intérêt du public" signifient la même chose que le critère "indûment" applicable aux complots pour restreindre le commerce, la seconde école a cherché à développer une signification autonome autour de la notion d'intérêt du public.

C'est la description et l'analyse de cette importante confrontation jurisprudentielle qui forme l'essentiel de la seconde partie de notre ouvrage.

Mais une telle recherche serait bien incomplète, pour ne pas dire superficielle, si elle ne s'appuyait d'abord sur une étude approfondie des origines et de l'évolution législative du texte de loi contenant la notion ou le critère qui nous intéresse.

En effet, la signification que les tribunaux peuvent donner à un texte de loi ne prend vraiment tout son sens, lorsque ce qui nous intéresse est le processus qui conduit à l'adoption de cette signification, que dans la mesure où nous connaissons bien le point d'origine du texte législatif, à savoir, l'intention originelle du législateur. Il est indéniable que l'on doit juger du succès de l'interprétation judiciaire en vérifiant dans quelle mesure cette interprétation correspond à l'intention exprimée par le législateur en adoptant telle ou telle disposition (4). Il ne nous semble pas exagéré de dire

4) Nous ne voulons pas, par là remettre en question les règles d'interprétation admises en matière de recevabilité des déclarations des législateurs entourant l'étude d'un projet de loi, mais simplement indiquer que l'on doit, pour évaluer l'efficacité d'un effort législatif, vérifier dans quelle mesure les tribunaux peuvent se conformer à l'intention ou à l'esprit du texte.

qu'une interprétation judiciaire particulière constitue un échec dans la mesure où elle s'éloigne de l'esprit qui était à l'origine du texte donnant lieu à l'interprétation.

Quoi qu'il en soit, il nous a semblé absolument essentiel d'étudier minutieusement les circonstances et les motifs qui ont contribué à l'adoption du critère "d'intérêt du public" en matière de fusions en droit canadien. C'est seulement en nous penchant sur les déclarations d'intention des législateurs successifs qui ont adopté et qui ont maintenu la notion d'intérêt du public comme critère de légalité applicable aux fusions que nous pourrons par la suite évaluer, à partir de cette unité de mesure, le traitement judiciaire de cette disposition législative.

Pour ce motif, nous consacrons la première partie de notre étude aux origines, et à l'évolution législative subséquente, des dispositions relatives aux fusions s'appuyant sur la notion "d'intérêt du public". Nous tenterons donc de découvrir et d'analyser les raisons et les circonstances qui expliquent qu'un critère aussi vague et imprécis (5) que "l'intérêt du public" a été choisi pour déterminer la légalité ou l'illégalité des fusions.

5) W.T. STANBURY, dans C. MASSE, (ed.) Rapport, Conférence canadienne droit et consommation, Montréal, Faculté de droit, 1976, p. 357, à la page 362, énumère, sans difficulté et sans prétendre offrir un répertoire complet de définitions, pas moins de six définitions des mots "intérêt du public" qui, sans être nécessairement contradictoires, n'en sont pas moins fort différentes. En particulier, comparer la définition de F. Knox (p. 362) avec l'opinion de Stanbury (p. 364).

Nous chercherons aussi à préciser la signification qu'à toute étape donnée de l'évolution du texte législatif les parrains des modifications adoptées attribuaient à la notion "d'intérêt du public" qu'ils ont maintenu sans interruption, depuis 1919, dans la loi.

Cette première partie consacrée aux textes législatifs nous apparaît essentielle pour comprendre la jurisprudence qui sera analysée dans la seconde partie. Mais il y a plus que cela. Il ressort de notre recherche que l'étude des circonstances historiques qui ont accompagné l'évolution législative jette un éclairage bien particulier sur ces textes de loi qui seront soumis à l'interprétation judiciaire.

C'est pour bien faire ressortir cette évolution législative que nous lui avons consacré la première partie de notre ouvrage, en retrait de l'analyse jurisprudentielle. Combiner les deux aurait, selon nous, obscurci la démonstration en dissociant les différentes étapes de l'évolution législative.

Par la suite, dans la seconde partie de notre ouvrage, nous entreprendrons l'étude du traitement qui a été accordé, par les tribunaux, à la notion "d'intérêt du public" à la lumière des dispositions législatives visant les fusions.

Il importe de préciser dès maintenant l'usage que nous avons fait des décisions judiciaires dans le cadre de ce travail. Comme le but que nous nous sommes fixé consiste d'abord et avant tout à étudier la notion "d'intérêt du public" telle qu'elle a

été développée dans le cadre du texte législatif relatif aux fusions, notre utilisation de la jurisprudence pertinente s'est limitée, par la force des choses, à l'analyse des éléments de décision qui se rattachent directement à la notion d'intérêt du public.

En conséquence, il serait illusoire de chercher dans ce travail un précis du droit existant en matière de fusions. Il faut bien comprendre que ce n'est que de façon incidente et secondaire que les règles de droit applicable en matière de fusions pourront apparaître au fil de cette étude. Ce n'est que dans la mesure où ces règles découlent directement de l'interprétation judiciaire de la notion "d'intérêt du public" qu'elles feront leur apparition ici.

Ceci étant dit, il est clair que ce ne sont pas tous les aspects du droit applicable aux fusions d'entreprises (dans le sens d'acquisition totale ou partielle de l'entreprise d'un tiers) qui seront traités ici.

Ainsi, certaines dispositions relatives aux valeurs mobilières, dans différents textes législatifs, visent directement les problèmes posés par les offres de prise de contrôle d'entreprises. Ceci ne fait pas l'objet du présent travail (6).

6) Nous ne traiterons pas des règles juridiques applicables à l'achat et l'échange d'actions de sociétés commerciales comme moyen d'acquisition d'entreprises. A ce sujet, on pourra lire le magistral ouvrage de P. ANISMAN, Takeover Bid Legislation in Canada, Montréal, CCH Canadian Ltd., 1974.

Il en est de même pour les dispositions législatives régissant l'acquisition d'entreprises canadiennes par un investisseur étranger. Il s'agit là d'un problème distinct dont nous ne traiterons pas ici (7).

Quoi qu'il en soit, le moment nous semble particulièrement bien choisi pour entreprendre une telle étude portant sur la signification de la notion "d'intérêt du public" en matière de fusions. Depuis la fin des années soixante, le Canada a connu une vague de consolidation sans précédent dans les secteurs commercial et industriel (8). Certaines des fusions les plus spectaculaires ont suscité une inquiétude assez grande au sein de la population (9).

Par ailleurs, c'est la tentative avortée de prise de contrôle du conglomérat Argus par un autre conglomérat géant, Power Corp., qui a mis en lumière l'importance du problème des fusions d'entreprises (10). Le gouvernement fédéral se vît même obligé de mettre en place une Commission royale d'enquête pour

-
- 7) Le droit applicable au problème de l'acquisition d'entreprises canadiennes par un investisseur étranger se trouve dans: La Loi d'examen de l'investissement étranger, 1973 S.C., c. 46.
 - 8) Voir, infra, n. 227.
 - 9) A titre d'exemples, soulignons l'acquisition de Simpsons et de Zellers par La Baie; l'acquisition subséquente de La Baie par Thomson. Ces prises de contrôle ont été accueillies avec beaucoup d'appréhension à cause de l'importance des entreprises impliquées.
 - 10) A ce sujet, lire en particulier: La société Power Corporation of Canada Limited, Etude No. 10 de la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés, Ottawa, 1978, Approvisionnement et services.

étudier la question des groupements de sociétés (11). Au cours de cette même période (12), de nombreux développements importants laissèrent entrevoir l'éventualité d'une réforme profonde de la loi s'appliquant aux fusions, mais aucun projet de loi ne fut mené à terme (13).

L'échec de ces tentatives de réforme législatives et l'élection d'un gouvernement conservateur qui a affirmé son intention de reléguer au bas de sa liste de priorités la modification

-
- 11) Il s'agit de la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés (mieux connue sous le nom de "Commission Bryce") dont le Rapport fut publié en 1978, (Ottawa, Approvisionnements et services, 1978). Il est intéressant de noter que le Décret du Conseil définissant le mandat de la Commission royale d'enquête précisait que la commission devait "faire enquête et rapport" sur "les incidences économiques et sociales de ces groupements..(de sociétés)..sur l'intérêt du public" (souligné ajouté). Cf. Décret du Conseil 1975-879.
 - 12) Il s'agit de la période débutant à la fin des années soixante.
 - 13) L'amorce de cette période agitée a été la publication, par le Conseil économique du Canada, de son Rapport provisoire sur la politique de concurrence, Ottawa, l'Imprimeur de la Reine, 1969, lequel rapport proposait une réforme majeure de la politique concernant les fusions et monopoles. Ce rapport fut suivi, en 1971, d'un projet de loi, le bill C-256, qui suivait les grandes recommandations du Rapport. Le projet de loi fut retiré suite aux protestations véhémentes du milieu des affaires et de la presse financière. Par la suite, le gouvernement revint à la charge avec un projet de loi omettant la question des fusions et des monopoles. En 1976, à la demande du ministre de la consommation et des corporations, L.A. Skeoch et B.C. McDonald publiaient un document intitulé Evolution Dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada, Ottawa, Approvisionnements et services, 1976. Un projet de loi, le bill C-13 allait suivre en 1977 et périr sous le poids des critiques. Pour une excellente description de cette période, consulter: W.T. STANBURY, Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975. Toronto, Carswell/Methuen, 1977.

de la loi touchant les fusions (14) nous permettent de croire que nous entrons dans une période "d'hibernation" en ce qui concerne la loi applicable aux fusions d'entreprises (14a).

Cette accalmie soudaine nous offre une situation idéale pour faire le point en la matière et étudier, dans un calme relatif, la politique en matière de fusions à partir de l'analyse de la notion "d'intérêt du public" qui, on le sait, fait partie du critère de légalité applicable dans le contexte de la loi actuelle.

En ce sens, cette étude pourra peut-être contribuer, à l'occasion de l'inévitable reprise éventuelle du débat sur la question, à éviter ce qui s'est parfois produit en ce domaine lorsque les ministres responsables de l'application de la loi eux-mêmes offraient une interprétation pour le moins discutable du texte législatif relatif à la concurrence (15).

14) L'un des principaux ministres à fonction économique dans le précédent gouvernement canadien, M. Sinclair Stevens, a déjà affirmé à de nombreuses reprises que la réforme de la politique canadienne en matière de concurrence n'était pas parmi les priorités des conservateurs. "(We) believe there are much more important economic issues to be dealt with", a affirmé M. Stevens. (Financial Times, 26 mars 1979, p. 13). D'autre part, le rapport Bryce, voir supra, n. 11, pp. 181 ss, suggère à toutes fins pratiques qu'un contrôle plus efficace en la matière n'est pas souhaitable.

14a) Le nouveau gouvernement libéral de M. Trudeau n'a manifesté, dans son discours du Trône du 14 avril 1980, aucune volonté particulière de s'attaquer rapidement à ce dossier législatif.

15) Entre autres, le ministre de la Justice, Sir John Thompson, avait mal compris l'état de la common law lors de l'adoption de l'Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce, 1889 S.C., c. 41. A ce sujet, voir R. GOSSE, The Law on competition in Canada, Toronto, Carswell, 1962, p. 73. Aussi, David Fulton, en présentant en 1960 une modification à l'infraction de fusion, avait (suite page suivante)

Le législateur pourra peut-être trouver aussi dans cet ouvrage des indications utiles sur le sort qui attend les notions générales et imprécises qui sont appelées à jouer un rôle déterminant dans un texte de loi.

Nous allons donc maintenant tenter de retracer l'origine et l'évolution subséquente de la notion "d'intérêt du public" (17) dans les dispositions législatives relatives aux fusions d'entreprises. Par la suite, dans une seconde partie qui traitera de la jurisprudence faisant état de la notion "d'intérêt du public", il nous sera possible d'analyser le traitement judiciaire qui sera réservé aux textes législatifs qui auront fait l'objet de la première partie.

-
- 15) (suite) probablement mal évalué le droit existant. } Cf.
L.A. SKEOCH, Restrictive Trade Practices in Canada, Toronto,
McClelland & Stewart, 1966, p. 18.
- 16) En ce sens que l'expérience spécifique de l'utilisation de la notion "d'intérêt du public" dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions peut fournir des indications quant à l'efficacité opérationnelle d'une telle notion générale.
- 17) Pour une meilleure compréhension de l'analyse, il est souhaitable de rappeler qu'avant 1960, la notion "d'intérêt du public" faisait partie de la formule "qui ont opéré..au détriment de l'intérêt du public" alors qu'après 1960, la formule est devenue: "moyennant quoi..la concurrence..est réduite au détriment...de l'intérêt du public".

Première partie:

L'évolution législative de
la notion d'intérêt du
public en matière de fusions

"Le fait que les prix ont augmenté et que ces grandes fusions de compagnies ont eu lieu de façon simultanée a créé dans l'esprit de la population l'opinion que les deux causes son réunies intimement et le public réclame une loi..."

W.L. Mackenzie King,
Débats, Chambre des communes, 1909-1910, colonne 7181.

PREMIERE PARTIE

L'évolution législative de la notion d'intérêt
du public en matière de fusions

Dans cette première partie nous allons tenter de découvrir dans quel contexte et dans quelles circonstances le législateur canadien a choisi le critère "d'intérêt du public" pour déterminer la légalité ou l'illégalité des fusions. Comme nous aurons l'occasion de le constater, cela ne s'est pas fait d'un seul coup. C'est à travers l'adoption successive de plusieurs lois que s'élaborera la formule construite autour de la notion de "l'intérêt du public" (18).

En fait, la première loi adoptée en matière de concurrence au Canada, en 1889, pour condamner les complots en vue de restreindre le commerce (19) ne fait mention ni de "l'intérêt du public", ni des fusions. Pourtant, c'est en grande partie à partir de cette loi et à cause de cette loi que le législateur, en 1910, personnifié par William Lyon Mackenzie King (alors ministre du Travail), allait s'intéresser aux fusions et entreprendre de leur donner une signification juridique.

18) On trouvera la formule actuelle à l'article 2 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, voir supra, n. 1 (texte).

19) Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce, 1889 S.C., c. 41. Pour une étude des dispositions pertinentes de cette loi, voir, infra, Deuxième partie, Chapitre II, section 1. (suite page suivante).

Chapitre I L'absence de la notion de l'intérêt du public dans la Loi de 1910.

Section 1- Les circonstances de l'adoption d'une loi visant les fusions

Deux ordres de préoccupations distincts expliquent l'attention que les législateurs ont accordée au projet de loi du gouvernement Laurier visant les "coalitions, monopoles, trusts et syndicats (mergers)" (20).

D'abord, il s'agit de remédier à l'absence de mécanismes de mise en action de la loi de 1889 visant les coalitions formées pour gêner le commerce (21). Ensuite, il s'agit pour le législateur, de répondre à la préoccupation de plus en plus vive du public à l'égard des consolidations industrielles au moyen de fusions.

19) (suite) Même si le titre et le texte de la loi parle de "coalitions", l'infraction créée par la loi de 1889, qui sera intégrée au code criminel en 1892, il s'agit en fait d'une infraction de complot pour restreindre le commerce. Tout au long de cet ouvrage, le terme complot réfèrera à l'infraction du Code criminel. Le terme "coalition" est réservé à la définition donnée à ce mot par la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

20) A noter que le terme fusion n'a pas encore été retenu par les légistes qui y préfèrent le mot "syndicat", celui-ci étant suffisamment vague pour exiger la présence, entre parenthèses, du mot anglais "merger". Voir, infra, n. 34 (texte).

21) Voir, supra, n. 19.

Paragraphe 1- Nécessité d'un mécanisme d'enquête pour l'article 498 C.cr.

En 1910, il était d'ores et déjà devenu évident que la loi de 1889 visant les coalitions formées pour gêner le commerce --cette loi étant depuis 1892 intégrée au Code criminel à l'article 498 C.Cr.-- était dotée d'une lacune rendant son application pour le moins inefficace (22). En effet, si l'article 498 C.Cr. faisait un acte criminel du fait de comploter en vue de gêner le commerce de différentes façons (23), aucun mécanisme n'était prévu pour enquêter sur les cas possibles de complots.

Ceci avait eu pour effet de limiter l'application de la loi aux cas les plus flagrants ne nécessitant pas d'enquête particulière pour la cueillette de preuves concernant le complot appréhendé (24). Compte tenu du fait que les complots se font rarement au grand jour mais plutôt dans les derniers retranchements des personnes impliquées, l'absence d'un mécanisme d'enquête

22) Pour une description des circonstances entourant l'adoption de la loi de 1889 visant les coalitions formées pour gêner le commerce et son intégration au Code criminel en 1892, lors de la première codification criminelle au Canada, voir, infra, Deuxième partie, Chapitre II.

23) L'article 498 du Code criminel 1906 S.R.C., c. 146, est reproduit à l'Annexe I.

24) Ainsi, de 1889 à 1910, seules sept affaires furent amenées devant les tribunaux. Il s'agit des causes: R. v. Elliott (1905) O.L.R. 648; R. v. McGuire (1906) 7 O.W.R. 225; R. v. Master Plumbers and Steam Fitters Co-operative Ass. (1907) 12 C.C.C. 371; R. v. McMichael (1907) 18 C.C.C. 185; R. v. Gage, (1980) 13 C.C.C. 428; R. v. Clarke 14 C.C.C. 57; R. v. Beckett 15 C.C.C. 408.

avait eu pour principal effet de placer la majorité des complots à l'abri de toute poursuite. A cet égard, le ministre du Travail de l'époque, chargé de piloter le projet de loi devant le Parlement, nul autre que le futur premier ministre Mackenzie King, affirmait au sujet de l'importance de prévoir un mécanisme d'enquête dans les cas de prétendues coalitions:

C'est en ce sens que la nouvelle loi (de 1910) viendra en aide au Code criminel. On prétend que, jusqu'à présent, le Code criminel est resté lettre morte parce qu'on n'avait aucun moyen de connaître la véritable situation avant l'institution des poursuites.
(25)

En fait, les dispositions du Code criminel visant les complots formés pour gêner le commerce n'étaient pas restées entièrement "lettre morte" (26) mais la nécessité d'établir un mécanisme d'enquête était une considération qui n'a échappé à aucun auteur (27).

C'est donc en grande partie pour créer un mécanisme d'enquête pour faciliter les poursuites contre les complots visant

25) Chambre des communes, Débats, 1909-1910, p. 8392

26) Voir, supra, n. 24. W. STANBURY, dans: Penalties and Remedies under the Combines Investigation Act, 1889-1976, (1976) 14 Osgoode Hall Law Journal 571, à la page 623, indique que cinq des sept causes ont résulté en une condamnation. La partie historique du Rapport MacQuarrie (Report of the Committee to study Combines Legislation, Ottawa, l'Imprimeur de la Reine, 1952), reprise par de nombreux auteurs, est dans l'erreur lorsqu'elle dit que six causes résultant en quatre condamnations ont été portées devant les tribunaux au cours de cette période (une affaire a été oubliée).

27) Voir, entre autres: L.A. SKEOCH, Restrictive Trade Practices In Canada, op.cit., n. 13, p. 48; Le rapport MacQuarrie, op.cit., n. 26, p. 10.

à gêner le commerce que la loi de 1910 a été adoptée (28).

Paragraphe 2- La vague de fusions et les hausses de prix

L'autre préoccupation du législateur, au moment de l'adoption de la loi de 1910, était la recrudescence marquée du nombre de fusions survenues au cours de cette période (29).

Ainsi, dans un discours consacré à expliquer le projet de loi, le ministre Mackenzie King affirmait:

Si l'on veut se rendre compte de ce qui s'est fait depuis le commencement de l'année actuelle on constatera qu'il s'est à peine écoulé un jour durant lequel on n'a pas fait mention de quelque nouvelle fusion ou combinaison de compagnie. Et on s'aperçoit en même temps de l'augmentation du coût de l'existence. Comme ces deux choses arrivent en même temps, il se produit dans l'esprit

-
- 28) Le mécanisme prévu par la loi de 1910 permettait à six sujets britanniques de demander à un juge une ordonnance pour la tenue d'une enquête sur une prétendue coalition (art. 5). Sur réception de l'ordonnance, le ministre du Travail devait former une commission de trois membres (art. 9) chargés de faire enquête et de remettre un rapport au ministre (art. 18). Cf. Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêtes sur les coalitions, monopoles, trusts, et syndicats (mergers) 1910 S.C., c. 9.
- 29) En ce qui concerne l'augmentation du nombre de fusions pendant la période précédant l'adoption du projet de loi de 1910, on peut se référer aux déclarations de Mackenzie King au cours des débats sur le projet de loi. En particulier, consulter: Chambre des communes, Débats, 1909-1910, colonnes 7174 à 7255. Aussi: W.J. PHILLIPS, Canadian Combines Policy: The Matter of Mergers (1964) 42 R. du B. Can. 78, à la page 80. D'autre part, des statistiques compilées par l'économiste J.C. Weldon au sujet de la consolidation des entreprises au Canada indiquent qu'il y a eu, au moment de l'adoption de la loi, un nombre sans précédent de consolidations. Ainsi, en 1900, il en recensait 17; en 1905, il en comptait 40; 58 en 1909 et 145 en 1910. Cf. J.C. WELDON, Consolidation in Canadian Industry, 1900-1948, dans: L.A. SKEOCH, Restrictive Trade Practices in Canada, op.cit., n. 15, p. 228, à la page 236.

du public une association d'idées qui va de la cause à l'effet.

(30)

Selon lui, c'est cela qui rendait l'adoption de la loi nécessaire:

Le fait que les prix ont augmenté et que ces grandes fusions de compagnie ont eu lieu de façon simultanée a créé dans l'esprit de la population l'opinion que les deux causes sont réunies intimement et le public réclame une loi qui lui permettra de se rendre compte s'il a tort ou raison dans ce cas particulier.

(31)

Il ressort de ceci que ce n'est pas tant le fait qu'il y ait eu un nombre élevé de fusions qui amenait le gouvernement à agir, mais plutôt le fait que ces fusions soient survenues au même moment qu'une augmentation sensible du coût de la vie. Les fusions, per se, n'étaient pas l'objet de l'attention du législateur. Ce qui amenait celui-ci à agir, et le ministre du Travail l'avait bien précisé, c'est le fait que la vague de fusions survenait au même moment qu'une hausse du coût de la vie. "C'est la question du coût de l'existence qui a contribué à rendre si importante celle des coalitions, de monopoles, des ligues et des syndicats (fusions)" (32) dira-t-il. Il va sans dire que ceci aura des effets sur la nature et la portée des dispositions adoptées. Pour Mackenzie King, le problème ne réside pas dans les coalitions et les fusions, mais dans le fait que le public associe "à tort ou à raison" ces phénomènes à celui du coût de la vie.

30) Chambre des communes, Débats, 1909-1910, colonne 7181.

31) Id., colonne 7181.

32) Id., colonne 7174.

Section 2- Absence de la notion de l'intérêt du
public dans la définition de coalition

A première vue, le titre de la loi de 1910 donne à penser que celle-ci vise quatre choses distinctes, à savoir: les coalitions, les monopoles, les trusts et les fusions (33).

Pourtant, un examen, même superficiel, de l'article deux de la loi nous oblige à constater que les trois derniers termes font en fait partie de la définition du premier.

Paragraphe 1- Les fusions en tant que coalition

En effet, la définition donnée à l'article fait des fusions, qui y sont inscrits sous le vocable tombé en désuétude qu'est "syndicat", une simple forme de coalition. On y lit:

"coalition" signifie tout contrat, accord, arrangement ou combinaison (...), y compris ce qui est connu sous les noms de coalition (trust), monopole ou syndicat (merger).
(34)

Etant donné que les fusions, comme d'ailleurs les trusts et les monopoles, font partie de la définition de coalition, il faudra, pour bien comprendre leur signification, les situer dans le

33) Le titre de la loi de 1910 est: Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêtes sur les coalitions, monopoles, trusts et syndicats (mergers) 1910 S.C., c. 9.

34) Id., art. 2. c). Le texte de l'article est reproduit à l'Annexe I.

contexte de la définition de coalition (35).

Celle-ci n'est pas sans poser de sérieux problèmes d'interprétation qui découlent d'une rédaction incohérente (36) et, il faut le dire, d'une absence grave de similitude entre les textes anglais et français (37).

A- Les deux allusions aux fusions

D'autre part, précisons aussi que la définition de de "coalition" traite des fusions non seulement à cause de la

-
- 35) La décision du législateur de 1910 d'intégrer le concept de fusion à l'article visant les coalitions aura pour principale conséquence qu'il faudra attendre 1960 avant que les fusions ne réussissent à être définies séparément des coalitions. Entre temps, toutes les lois successives maintiendront ce lien de dépendance du concept de fusion à l'égard de la définition de "coalition".
- 36) Ainsi, à la lecture du texte anglais de la définition de coalition (combine), il est difficile de dire si les mots "to the detriment of consumers or producers of such article" se rapportent à l'ensemble de la définition ou simplement aux ententes visant à restreindre le commerce ou à contrôler la production (etc.) de cet article. Le fait d'avoir placé les mots "to the detriment.." au milieu d'une proposition isolée par des "ou" disjonctifs est la cause de ce problème.
- 37) Deux erreurs majeures de traduction hantent cette définition. D'abord, les mots "au détriment des consommateurs et des producteurs de cet article", qui posent déjà des problèmes dans le texte anglais (Cf., supra, n. 36) ont été inexplicablement déplacés dans le texte français, où ils ne se rapportent, de toute évidence, qu'aux ententes ayant pour objet de "faire monter ou de fixer le prix ou louage ou le coût d'emmagasina-ge ou de transport de cet article". Le reste de la définition de "Coalition" semble complètement coupé des mots "au détri-ment..".
- Ensuite, alors que le texte anglais parle des "article of trade or commerce", le texte français parle d'"article en dehors du commerce" (souligné ajouté), une coquille incroyable!

présence des mots "coalition (trust) (38), monopole ou syndicat (merger", mais aussi à cause de la présence de la phrase suivante dans la définition:

"coalition"...comprend l'acquisition, le louage ou autrement la prise de possession, ou l'obtention par toute personne, pour les objets susdits, de tout intérêt prépondérant ou intérêt dans les affaires de toute autre personne..."
(39)

Il est donc question de fusions de deux manières distinctes dans la définition de "coalition" (40).

En effet, d'une part, la définition de "coalition" inclut les "syndicats (mergers)" qui correspondent clairement (du moins au niveau du terme anglais "merger") aux fusions d'entreprises (41). D'autre part, la définition de "coalition" inclut aussi "l'obtention par toute personne..de tout intérêt..dans les affaires de toute autre personne". Cette phrase correspond

-
- 38) La présence du mot "coalition" à l'intérieur de la définition de "coalition", en lieu et place du terme anglais "trust" est une autre indication de la faiblesse du texte français.
- 39) 1910 S.C., c.9, art. 2 c).
- 40) Une des conséquences de la présence parallèle de deux allusions aux fusions dans la définition de "coalition" est que certains auteurs ont "choisi" l'une ou l'autre des deux références aux fusions, en oubliant l'autre. Ex.: W.T. STANBURY, dans Benign Monopoly: Canadian Merger Policy and the K.C. Irving Case, (1977) 2 C.B.L.J. 135, à la page 137, prétend que ce sont les mots "includes what is known as a trust, monopoly or merger" qui ont introduit les fusions dans la définition de "coalition". Par contre, W.G. PHILLIPS, op.cit., n. 29, p. 80 et 81, insiste plutôt sur l'autre aspect (Cf. n. 39, texte).
- 41) Le mot syndicat (dans le sens de fusion) n'était pour ainsi dire pas utilisé dans les débats en français où on lui préférerait "fusionnement" (Débats, 1909-1910, colonne 2170) ou même le mot anglais merger, à cause, sans doute, des insuffisances du mot "syndicat" pourtant privilégié par le texte de loi.

évidemment à une partie importante de la définition actuelle de fusion (42).

Cette situation, dans le contexte des techniques de rédaction qui sont propres au droit statutaire d'inspiration britannique, pourrait nous amener à conclure que le législateur a simplement voulu éviter toute ambiguïté et couvrir toutes les possibilités en utilisant à la fois un terme générique (merger) et un phrase descriptive si ce n'était du caractère presque incohérent de la rédaction de la définition de "coalition" qui nous invite plutôt à croire que le législateur ne savait pas trop où il en était (43).

En fait, la juxtaposition de ces deux allusions aux fusions d'entreprises dans la définition de "coalition" indique, selon nous, que la nature des phénomènes économiques visés par la loi n'étaient pas clairement identifiée par les législateurs (44).

Par ailleurs, il importe de noter qu'il faudra attendre la loi de 1935 avant que la situation bizarre découlant de la présence, dans la définition de "coalition", de deux allusions distinctes aux fusions d'entreprises ne cesse (45).

42) Voir, supra, n. 1.

43) Voir, supra, n. 35.

44) R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 180, semble souligner le même phénomène lorsqu'il note: "The early legislation gave no hint of what was intended to be covered by the three terms--mergers, trusts and monopolies".

45) Voir, infra, n. 161.

Dans la pratique, la principale conséquence de cette situation fut que la seule poursuite visant une fusion d'entreprises instituée avant 1935 fut engagée en vertu de la partie de la définition de "coalition" visant "l'obtention par toute personne...de tout intérêt...dans les affaires...de toute autre personne" plutôt qu'en vertu de la partie visant les "coalition (trust), monopole ou syndicat (merger)" (46).

B- La dualité fondamentale de la définition de "coalition"

Même s'il est question de fusions d'entreprises de deux façons distinctes dans la définition de "coalition" qui figure dans la loi de 1910, il faut se rappeler que ce n'est là qu'une partie de la définition (47).

Celle-ci pourrait en fait se diviser en deux grandes parties. Alors qu'une partie de la définition vise les "trust, monopole ou syndicat", l'autre partie reproduit essentiellement les termes de l'infraction de complot visant à restreindre le commerce qui figurait au Code criminel, comme nous l'avons déjà souligné (48), depuis 1892.

La seule différence importante --et elle est de taille-- réside dans le fait que l'article du Code criminel vise les complots pour restreindre indûment le commerce alors que la

46) Cf. l'affaire R. v. Canadian Import (1933) 61 C.C.C. 114. Voir, infra, n. 158.

47) Le texte complet de la définition est disponible à l'Annexe I.

48) Voir, supra, n. 19, et n. 22.

définition de coalition. vise plutôt les ententes (49) pour restreindre le commerce au détriment des producteurs et des consommateurs de ces articles (50).

Cette présence, dans la définition de coalition, d'un texte semblable à celui de l'infraction de complot pour restreindre le commerce aura, nous aurons l'occasion de le constater à l'étude de la jurisprudence (51), des effets déterminants sur l'évolution de l'interprétation judiciaire en matière de coalitions.

Par ailleurs, le fait que la définition de coalition vise à la fois les "ententes pour restreindre le commerce" et les "fusions et monopoles" n'est pas sans importance (52). S'il est vrai que les fusions et les monopoles peuvent avoir les mêmes effets négatifs sur la concurrence qu'une entente pour restreindre le commerce, il n'en reste pas moins qu'il s'agit là de

49) Tout au long de cet ouvrage, nous qualifierons de "complot" l'infraction visée au Code criminel (art. 498 C.Cr.) et "d'entente illégale" celle qui découle de la partie de la définition de coalition qui vise les ententes pour restreindre le commerce.

50) En 1919, le test de légalité sera modifié pour viser les coalitions (incluant les ententes) pour restreindre le commerce au détriment de l'intérêt du public.

51) Voir, Deuxième partie.

52) En particulier cette "coexistence" dans une même définition de "coalition" aura aussi, nous le verrons, une grande importance dans l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'intérêt du public.

concepts différents (53) qui ne peuvent se grouper facilement dans une même définition (54).

Dans les faits, la principale conséquence de cette situation sera que les règles jurisprudentielles qui s'élaboreront autour de la définition de "coalition" s'appliqueront sans distinction aux "fusions et monopoles" et aux "ententes illégales", malgré le fait qu'il s'agisse de phénomènes différents.

Paragraphe 2- Une coalition n'est pas, en soi, un délit

Par ailleurs, il est essentiel de souligner que dans la loi de 1910, la définition de "coalition" n'est, en soi, la source d'aucune infraction. En effet, l'article 23 de la loi, qui établit les sanctions dont se rendent coupables ceux qui contreviennent à la loi (55), ne fait pas référence à la définition de coalition, mais bien aux termes de l'infraction de complot pour restreindre le commerce (déjà sanctionné par l'article 498 C. Cr.).

-
- 53) Alors que les ententes illégales impliquent plusieurs acteurs distincts qui se concertent, les fusions se produisent lorsque plusieurs acteurs se fondent en un seul. Les monopoles visent la situation où un seul acteur contrôle le marché. Etant seul, il peut difficilement "comploter" avec d'autres.
- 54) C'est d'ailleurs ce que le législateur réalisera en 1960 lorsqu'il séparera les "fusions et monopoles" des "ententes et complots" (Voir, infra, Partie I, chapitre IV)
- 55) 1910 S.C., c. 9, art. 23. Cet article prévoit une amende de mille dollars per diem pour le contrevenant qui, dix jours après la publication d'un rapport le désignant, omet de cesser la contravention.

Ceci signifie ni plus ni moins que la définition de coalition (laquelle inclut les fusions) n'est la source d'aucune infraction dans la loi de 1910. La seule infraction créée par l'article 23 vise le cas où, suite à la publication d'un rapport identifiant un contrevenant à l'article 498 du Code criminel (l'article 23 ne fait pas référence au Code criminel, mais il faut se rendre à l'évidence que le texte de l'article 23 reprend exactement les termes de l'article du Code criminel), la personne désignée au rapport persiste dans son geste illégal dix jours après la publication du rapport.

L'ironie de la chose n'échappe à personne. L'article 23, loin d'établir une infraction du fait de participer à une coalition (incluant une fusion), ne fait qu'infliger une nouvelle sanction à celui qui contrevient à l'article 498 du Code criminel et qui continue à le faire dix jours après avoir été identifié dans un rapport comme conspirateur.

Pour ce qui est de la définition de "coalition", on la retrouve tout au plus dans les articles qui permettent de demander la tenue d'une enquête (56) et l'émission d'une ordonnance d'enquête par un juge (57). C'est donc dire que la loi de 1910 permet d'enquêter sur les coalitions (dont font partie les fusions), mais seules celles qui contreviennent à l'article du Code criminel visant les complots pour restreindre le commerce seront sanctionnées par l'article 23.

56) 1910 S.C., c. 9, art. 5. Six personnes ou plus, qui sont d'avis qu'une coalition existe et que les prix ont été majorés ou la concurrence a été restreinte, peuvent adresser une requête à un juge pour obtenir la tenue d'une enquête.

57) 1910 S.C., c. 9, art. 7.

En conséquence, les seules fusions qui étaient susceptibles d'être sanctionnées par la loi de 1910 étaient celles qui équivalaient à un complot pour restreindre le commerce selon les termes de l'article 498 du Code criminel. C'est donc dire que les "coalition (trust), monopole ou syndicat (merger)", qui n'ont pas leur équivalent dans l'article 498 C. Cr., ne sont pas, en soi, visés par l'article 23 (58).

Toutefois, dans la mesure où un "syndicat" (une fusion) a pour effet "d'avoir diminué injustement (59) la concurrence dans la production de tout article" (60), il va sans dire que cette fusion, parce qu'elle a les mêmes effets qu'un complot pour restreindre le commerce, sera sanctionnée par l'article 23.

En d'autres mots, seules les coalitions (61) qui causent une majoration des prix ou restreignent la concurrence permettent de demander une enquête (62) et seules celles qui ont

58) Ces mots (monopole, trust et fusion) ne figurent ni dans l'article 498 C. Cr. ni, évidemment, à l'article 23 de la loi de 1910.

59) Il s'agit encore ici d'une grossière erreur dans la version française de la loi. Le mot "unduly" qui apparaît à l'article 23 (1910 S.C., c.9) et à l'article 498 C. Cr. a été traduit par "indûment" au Code criminel, mais par "injustement" à l'article 23 de la loi de 1910.

60) 1910 S.C., c. 9, art. 23. Ceci reprend exactement (sauf pour l'erreur de traduction signalée à la note 55) les termes de l'article 498 C. Cr.

61) Au sens de la définition de l'article 2.

62) Cf. 1910 S.C., c. 9, art. 5.

pour conséquence les résultats déjà condamnés par le Code criminel (63) sont sanctionnées par la loi (64).

Paragraphe 3- La définition de coalition limitée aux consommateurs et les producteurs d'un article de commerce

Comme nous venons de le signaler, les fusions ne constituent pas, per se, un délit dans la loi de 1910. Tout au plus peut-on dire qu'une fusion qui a les mêmes effets que ceux qui sont réprouvés par l'article du Code criminel qui vise les complots ayant pour effet de restreindre le commerce (65) subira les mêmes sanctions.

Mais alors, quelle est la portée des mots "au détriment des consommateurs et des producteurs de cet article" qui figurent à la définition de "coalition" (mais ne se retrouvent pas à l'article 23 établissant les sanctions) et qui deviendront éventuellement, avec quelques modifications, le critère permettant de juger la légalité d'une fusion?

La lecture des Débats nous apprend que ces mots ont été intégrés à la définition de "coalition" sous la pression d'un

63) Comme nous l'avons souligné, l'art. 23 (1910 S.C., c. 9) n'a donc pour effet que d'ajouter une seconde sanction (amende per diem) à l'offense déjà condamnée par 498 C. cr.

64) Ceci correspond bien à ce qu'expliquait Mackenzie King: "Cette législation...ne vise pas les coalitions ou les fusionnements comme tels, mais plutôt l'exercice injuste (lire indû), par les coalitions, fusionnements ou monopoles, des pouvoirs que peuvent leur procurer cette forme d'organisation". Débats, Chambre des communes, 1909-1910, colonne 2170.

65) Voir, supra, n. 23.

député de l'opposition qui a voulu modifier la portée de la loi (66) en précisant que les seules coalitions auxquelles s'appliquerait la loi seraient celles

qui ont pour but d'augmenter les prix au
détriment du consommateur.
(67)

Cet amendement ayant été agréé par le ministre, plusieurs députés s'inquiétèrent du sort des producteurs qui, lésés par une "coalition", n'auraient pas été protégés par la loi. Après avoir nié la nécessité d'une autre modification, Mackenzie King proposait lui-même d'ajouter les mots "et des producteurs" (68). Le caractère un peu improvisé de ces amendements explique sans doute les problèmes de rédaction que nous avons notés plus haut (69).

L'addition de ces mots avait-elle simplement pour effet d'indiquer, dans la définition, que "les coalitions que nous voulons atteindre sont celles qui portent préjudice à quelqu'un", comme l'a prétendu Mackenzie King (70)?

66) Au sujet de la portée de ces amendements, Mackenzie King a dit: "Certains députés ont pensé que la définition donnée dans le bill imprimé soumettrait peut-être à la loi des coalitions qui ne feraient tort à personne. Pour rendre la chose plus claire, nous y ajoutons les mots 'au préjudice des consommateurs et producteurs...Les mots à être insérés n'ajoutent rien et n'enlèvent rien, à ce qu'il me semble; mais ils ne peuvent nuire, et ils enlèvent la difficulté que l'on soulève". Débats, 1909-1910, colonne 8308-8309.

67) Id., colonne 8286. Déclaration du député de Pictou, E. MacDonald. (parrain de l'amendement).

68) Id., colonne 8308.

69) Supra, n. 36.

70) Chambre des communes, Débats, 1909-1910, colonne 8308.

Ces mots ne limitaient-ils pas plutôt de façon notable la portée de la définition de "coalition"?

La réponse doit être trouvée dans les autres articles du projet de loi plutôt que dans la définition elle-même (71).

Ainsi, l'article 5.(4) précise bien que seules les personnes au détriment de qui la coalition opère "en sa qualité de consommateur ou de producteur" peuvent demander une ordonnance d'enquête (72). Ceci, par la force des choses, signifie que la coalition doit avoir lésé personnellement des consommateurs ou des producteurs pour que les mécanismes d'enquête soient mis en branle. Il n'est donc pas question "d'intérêt du public", mais de l'intérêt particulier des pétitionnaires.

A- Les consommateurs et les producteurs

Les termes "consommateurs" et "producteurs", bien qu'assez généraux, limitent tout de même la portée de la loi à ceux qui ont un intérêt direct soit sous un titre ou sous un autre (73). Si le terme "consommateur" ne pose pas de problème, il n'en a pas été de même pour celui de "producteur". Ainsi, au

71) L'utilisation qui est faite de la définition de "coalition" par les autres articles de la loi nous permet d'en appréhender les limites.

72) 1910 S.C., c. 9, art. 5.(4).

73) Par exemple, un intermédiaire (détaillant) entre le producteur et le consommateur n'aurait pas un intérêt suffisant pour réclamer une enquête...même s'il souffre de la coalition.

cours des débats, un député a cru y voir que les intérêts contradictoires des uns et des autres devaient être pesés (74).

Ce n'est pourtant pas le sens qu'il faut donner à la présence du mot "producteurs". Celui-ci vise simplement à étendre aux producteurs d'un article de commerce la protection accordée aux consommateurs face aux coalitions formées d'autres producteurs de ce même article.

Quoi qu'il en soit, il n'en reste pas moins que la présence des mots "consommateurs" et "producteurs" dans la définition de "coalition" (75), dans l'article permettant de demander une enquête (76) et dans l'article autorisant un juge à émettre une ordonnance en vue d'une enquête (77), limite l'application de la loi aux cas où ceux-ci sont directement lésés par une "coalition". Il s'agit là d'un choix de termes plus restrictif que les mots "au détriment de l'intérêt du public" qui seront adoptés dans la loi subséquente.

Alors que la notion "d'intérêt du public" fait appel à l'ensemble du public, à l'ensemble des citoyens, les mots "consommateurs et producteurs", surtout lorsqu'on leur ajoute --comme l'a fait le législateur de 1910-- les mots "de cet article de commerce", font allusion au cas particulier de personnes qui, en qualité

74) Ralph Smith: "Le consommateur et le producteur ne sauraient bénéficier simultanément de cet avantage". (Débats, 1909-1910, colonne 8313).

75) 1910 S.C., c. 9, art. 2 c)

76) Id., art. 5.

77) Id., art. 7.

78) Voir, Infra, Chapitre II.

de consommateurs ou de producteurs d'un article particulier, sont individuellement et personnellement lésés par une prétendue coalition (fusion) (79).

B- De cet article de commerce

L'utilisation des mots "de cet article de commerce" vise évidemment à limiter la portée de la loi aux objets qui sont dans le commerce (80).

En conséquence, les coalitions (y compris les fusions) survenant dans le domaine des services sont exclues de l'application de la loi. Ceci, combiné avec les mots "consommateurs ou producteurs" a aussi pour effet de restreindre considérablement le "public" dont les intérêts sont lésés par une coalition. En effet, il ne s'agit pas de l'ensemble des consommateurs et des producteurs en tant que tels, mais bien des consommateurs et des producteurs d'un article de commerce précis. Loin de viser le public dans son ensemble ou même les consommateurs dans leur ensemble, la loi ne protège que les "consommateurs" ou "producteurs" d'un article de commerce particulier. On est encore loin de la notion "d'intérêt du public".

79) Comme nous le faisait remarquer Me Lubin Lilkoff, l'article 5 (1910 S.C., c. 9) exige de la part du requérant, un "intérêt" comparable à celui exigé, dans les poursuites civiles, par le Code de procédure civile. Etant donné le caractère pénal de la Loi des enquêtes sur les coalitions, on peut se surprendre que le requérant (dénonciateur) doive alléguer son intérêt personnel et actuel pour dénoncer l'existence d'une coalition.

80) Nous avons déjà souligné (supra, n. 37) l'incroyable erreur de traduction qui fait dire au texte français "de cet article en dehors du commerce" (souligné ajouté).

Paragraphe 4- La tenue d'une enquête et l'intérêt du public

Si, comme nous venons de le voir, il n'existe aucun lien entre la définition de coalition et "l'intérêt du public", il faut toutefois noter que la loi de 1910 fait appel à la notion d'intérêt public. Toutefois, "l'intérêt du public" apparaît, non pas pour définir les termes ou pour qualifier l'infraction, mais plus simplement pour aider le juge à décider de la pertinence de la tenue d'une enquête.

En effet, l'article 5.(4) impose aux requérants qui ont intérêt de déclarer "qu'il est de l'intérêt public qu'une enquête soit ouverte" (81). Par ailleurs, l'article 7. précise que le juge ordonnera qu'une enquête ait lieu s'il

est convaincu qu'il y a de bonnes raisons de croire à l'existence d'une coalition nuisible au commerce ou dont les opérations ont eu lieu au détriment des consommateurs ou des producteurs, et qu'il sera dans l'intérêt public qu'une enquête soit ouverte...

(82)

Compte tenu de l'énumération des conditions régissant la possibilité de la tenue d'une enquête, il ressort clairement que les mots "intérêt public" constituent tout au plus un moyen de refuser une enquête lorsque les autres conditions sont remplies,

81) 1910 S.C., c. 9, art. 5.(4).

82) Id., art. 7.

et lorsque, de l'avis du juge, l'intérêt public ne serait pas servi par une enquête réclamée par des intérêts particuliers (i.e. les consommateurs ou les producteurs d'un article de commerce).

C'est de cette façon fondamentalement négative que la notion d'intérêt public fait son apparition dans la première Loi relative aux enquêtes sur les coalitions de 1910.

Séction 3- La mise en oeuvre des dispositions de la loi de 1910 relative aux fusions

Aucune enquête ne fut entreprise de 1910 à 1919 en vertu des dispositions de la loi relative aux fusions. En fait, une seule enquête fut entreprise au cours de cette période en vertu de la loi et il s'agissait d'un cas, "d'entente illégale" au sens de la première partie de la définition de "coalition" (83).

La plupart des auteurs conclurent à l'inefficacité du système de mise en branle du mécanisme d'enquête prévu par la loi de 1910 (84).

-
- 83) Dans cette affaire, la compagnie visée par l'enquête intenta des poursuites contre la commission d'enquête. Cf. United Shoe Machinery Co. of Canada v. Laurendeau et al. (1912) 2 D.L.R. 77.
- 84) En particulier, voir: Rapport MacQuarrie, op.cit., n. 26, p. 11 (repris par plusieurs auteurs dont L.A. SKEOCH, op.cit., n. 15, p. 8) où on lit: "The legislation revealed two prime weaknesses. The first was that private citizens...were reluctant to shoulder the considerable responsibility...of initiating investigations. Secondly, there was no individual or body to provide continuity in administration. A board was constituted on an ad hoc basis". W.T. STANBURY, op.cit., n. 13, p. 48: "While the act of 1910 provided a new mechanism for federal enforcement, it was cumbersome"; G. ROSENBLUTH & H.G. THORBURN, in Canadian Anti-Combines Administration 1952-1960, Toronto, University of Toronto Press, 1963, affirmant, (suite page suivante)

Pour notre part, il nous semble que les problèmes posés par la définition du mot "coalition", dans laquelle définition le concept de fusion était amené, avec ambiguïté, sous deux formes différentes dans deux parties distinctes de la définition, n'étaient pas de nature à favoriser le développement d'une politique cohérente à l'égard des fusions.

Il faut toutefois rappeler que les fusions n'étaient pas la principale préoccupation du législateur. Ce n'est qu'en cherchant à créer un mécanisme d'enquête pour faciliter l'application des dispositions du Code criminel visant les complots formés en vue de gêner le commerce que le législateur, pressé par la clameur publique liant la hausse des prix au phénomène de la recrudescence des fusions, en a "profité" pour inclure les fusions dans la définition de coalition. Le texte hybride qui en résulta n'était pas de nature à favoriser une application vigoureuse de la loi.

D'autre part, pour ce qui est des fusions, il faut

84) suite à la page 5: "The act of 1910 proved ineffective, as there was no permanent machinery to enforce it and citizens were reluctant to come forward and lodge complaints"; par contre, un professeur américain s'enthousiasmait déjà en 1913 au sujet de l'efficacité de cette loi qui dissuadait les coalitions (incluant les fusions) grâce à la menace que représentait la publicité accompagnant la publication d'un rapport de commission d'enquête. Il écrivait: "Publicity and the fear of publicity is doubtless the strongest remedy" (souligné ajouté) J.E. BOYLE, Canada's Combines Investigation Act: A lesson for the United States (1913) 3 Quarterly Journal of the University of North Dakota, 164, à la page 168. Ceci répondait parfaitement aux vues exprimées par Mackenzie King qui avait insisté longuement sur l'effet dissuasif de la publicité découlant de l'enquête et du rapport au cours des débats. (Chambre des communes, Débats, 1909-1910, colonne 6843 et ss.

souligner le fait que les sanctions prévues par la loi (85), du moins celles qui constituent des actes criminels, sont rédigées en des termes identiques à l'infraction de complot pour restreindre le commerce. Ceci signifie qu'il n'existait pas, dans la loi de 1910, une politique définie à l'égard des fusions. Cette loi visait tout au plus les effets identiques à ceux des complots pour gêner le commerce qui auraient pu découler de certaines fusions.

Malgré le fait que les fusions d'entreprises ne sont susceptibles de sanctions que dans la mesure où elles ont les mêmes effets qu'un complot pour restreindre le commerce (selon les termes du Code criminel) et malgré le fait que les fusions ne constituent que l'une des composantes de la définition de "coalition" dans la loi de 1910, il nous semble essentiel de noter, au terme de ce chapitre, que l'adoption de la loi de 1910 fut la seule occasion où le problème des fusions d'entreprises était une préoccupation majeure au sein de la population.

85) Outre l'article 23 dont il a été question plus haut (Cf. n. 57), la loi de 1910 introduisait deux sanctions s'appliquant aux "coalitions". L'une permettait au Cabinet d'abaisser les droits de douane pour qu'il "s'ensuive pour le public le bénéfice d'une concurrence...raisonnable" (art. 21). Cette mesure n'a été utilisée qu'une fois, en 1902. L'autre permettait à la cour d'Echiquier de révoquer un brevet utilisé pour obtenir les mêmes effets qu'un complot pour restreindre le commerce (art. 22). Cette mesure a été utilisée trois fois. Ces deux mesures ont toujours, depuis 1910, fait partie de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, avec certaines modifications. Aujourd'hui, ce sont les articles 28 et 29 respectivement, de 1970 S.R.C., c. C-23. Pour une étude de l'application de ces sanctions, consulter: W.T. STANBURY, Penalties and Remedies under the Combines Investigation Act, op.cit., n. 26, p. 575-576.

En effet, lors de l'adoption des lois subséquentes en ce domaine, il n'a pas été possible d'identifier un phénomène comme celui de la vague de fusions de la fin de la première décennie du vingtième siècle.

Pourtant, nous avons pu le constater, cette inquiétude du public devant cette vague de fusions n'a donné lieu qu'à une timide inclusion des fusions dans la définition de "coalition", alors qu'au niveau des sanctions, il n'était plus question de la définition de "coalition" ni de fusions, mais de complots pour restreindre le commerce.

Mais cette loi de 1910 demeure extrêmement importante pour comprendre la politique actuelle en matière de fusions, car c'est le texte de 1910 qui est responsable de l'association, qui durera jusqu'en 1960, des fusions et des ententes illégales dans la définition de "coalition".

Chapitre II- L'introduction du critère d'intérêt du public par la loi de 1919 (86)

Section 1- Les circonstances de son adoption

La première guerre mondiale relégua aux oubliettes la préoccupation qu'avait eu le législateur en 1910 à l'égard du phénomène de la recrudescence du nombre de fusions combinée à une hausse sensible du coût de la vie.

La guerre est aussi, sans doute, l'un des facteurs qui expliquent qu'une seule enquête ait été faite en vertu de la loi de 1910 relative aux coalitions, monopoles, trusts, et syndicats (mergers) (86a).

Lorsqu'en 1919, le législateur fut saisi à nouveau d'un projet de loi visant à remplacer et à abroger (87) la loi de 1910, il faut bien admettre que les fusions ne figuraient pas parmi les principaux facteurs de l'adoption de cette nouvelle loi.

Paragraphe 1- Le contrôle des prix abusifs et de l'accaparement

Dans sa partie historique, le Rapport MacQuarrie (88)

86) An Act concerning the Investigation and Restraint of Combines, Monopolies, Trusts and Mergers and the withholding and enhancement of the prices of commodities. 1919 S.C., c. 45.

86a) Voir, supra, n. 83

87) Id., art. 15.

88) Supra, n. 26.

insiste sur le fait que la flambée des prix qui fut l'une des principales conséquences de la guerre sur l'économie a aussi été la principale cause de l'adoption de nouvelles mesures législatives en matière d'ententes commerciales et de monopoles, de même qu'en matière de bénéfices excessifs et d'accaparement (hoarding):

La hausse rapide du coût de la vie qui a suivi immédiatement la Première guerre mondiale a conduit en 1919 à la constitution d'un Comité spécial de la Chambre des communes. Le Comité a recommandé la création d'une Commission permanente chargée d'appliquer la loi concernant les ententes commerciales et les monopoles et de lutter contre les bénéfices excessifs et les accaparements.

(89)

Il est à noter que, d'après le rapport MacQuarrie la recommandation du comité spécial de la Chambre faisait mention des ententes commerciales (première partie de la définition de "coalition" en 1910), des monopoles (qui faisaient partie, au même titre que les "syndicats" (mergers) de la définition de "coalition" de 1910), mais pas des fusions. Pourquoi?

Sans doute parce que les fusions d'entreprise n'étaient pas perçues comme un problème notable en 1919.

En effet, au cours de la guerre, le nombre de fusions

89) Dixit le Rapport MacQuarrie, cité en français dans: Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada (première étape), Ottawa, Approvisionnement et Services, 1977, p. 6A. Voir aussi: B.C. McDONALD, Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement, (1969) 47 R. du B. Can. 161, à la page 173, où il est suggéré que l'adoption en Grande Bretagne d'un Profiteering Act (9-10 Geo. 5, c. 66) en 1919 ait pu inciter le législateur canadien à agir.

était resté à un niveau relativement peu élevé (90). A côté des problèmes causés par les bénéfices excessifs acquis au moyen d'augmentation injustifiées des prix par les commerçants sans scrupules, les fusions ne représentaient donc pas, en 1919, un problème urgent.

Paragraphe 2- Le lien entre les prix abusifs et les ententes illégales

D'autre part, le problème des profits excessifs se combinait dans les faits à celui des ententes commerciales ayant l'effet de complots pour restreindre le commerce. En effet, il semble que les profits excessifs que pouvaient accumuler certains commerçants étaient souvent rendus possibles par des "ententes" entre commerçants en vue d'uniformiser (par le haut) leurs politiques en matière de prix. L'opinion publique était particulièrement émue de cette situation. C'est d'ailleurs ce facteur plus que tout autre qui explique qu'un comité spécial de la Chambre des communes ait été saisi de la question et qu'un projet de loi ait fait suite au rapport de ce comité. Ces complots pour restreindre le commerce étaient déjà, on l'a vu, sanctionnés par le Code criminel (91). Toutefois, une action efficace en ce domaine dépendait largement de la mise en place d'un organisme permanent chargé d'appliquer la loi.

90) A ce sujet, consulter: J.C. WELDON, Consolidation in Canadian Industry, 1900-1948, in L.A. SKEOCH, Restrictive Trade Practices, op.cit., n. 15, à la page 236, où on constate que de 1913 à 1922, le nombre de consolidations est demeuré sensiblement plus bas qu'en 1910. En 1910, 145 consolidations (fusions); en 1919, il n'y en a eu que 75.

91) 1906 S.C., c. 146, art. 498. Voir, supra, n. 23. A noter que l'article 23 de la loi de 1910 (S.C., c. 9) sanctionnait aussi ces "ententes illégales". Voir, supra, n. 63.

C'est, selon nous, pour cette raison que le Comité spécial de la Chambre des communes, préoccupé par ces ententes permettant des prix abusifs, recommandait de nouvelles dispositions législatives regroupant celles qui avaient été adoptées en 1910 pour enquêter sur les coalitions (telles que définies dans cette loi) et celles qui étaient rendues nécessaires par les prix et l'accaparement.

Paragraphe 3- Nécessité d'une commission permanente pour appliquer la loi

Conformément aux recommandations du comité spécial de la Chambre des communes citées plus haut (92), il fallait que le Parlement crée une commission permanente chargée de la lutte contre les ententes commerciales, les monopoles et les prix abusifs.

La nécessité d'une telle commission, dotée de pouvoirs décisionnels très étendus lui permettant d'intervenir au niveau des prix pour forcer les commerçants à abaisser les prix trop élevés, était à la base des recommandations du comité spécial de la Chambre.

Toutefois, cette commission n'allait pas être formée en vertu de la même loi, mais par le biais d'une loi spéciale délimitant le mandat, les pouvoirs et les autres dispositions

92) Voir, supra, n. 89 (texte).

administratives pertinentes (93).

Les pouvoirs dont était investis la Commission de commerce en faisaient ni plus ni moins un outil capable d'intervenir à tous les niveaux de l'économie pour régulariser le commerce, tant en matière de prix qu'en matière d'ententes commerciales, de monopoles et de fusions (94).

Qu'une mesure aussi radicale ait pu être adoptée aussi rapidement et sans un seul vote négatif à la Chambre des communes indique surtout que les parlementaires étaient conscients de l'urgence de mesures rigoureuses pour contrôler les prix (95).

Il va sans dire que la période de guerre avait habitué les législateurs à prendre des initiatives audacieuses et fermes. La fin des hostilités ne fit que les inciter à appliquer à la principale crise du temps de paix (les prix abusifs) le même

93) An Act to Constitute a Board of Commerce for Canada, 1919 S.C., c. 37. L'article 25 de cette loi précise que la Commission du commerce (Board of commerce) est chargée de l'administration générale du Combines and Fair Prices Act 1919 S.C., c. 45 (supra, n. 86). La commission possède des pouvoirs très étendus d'enquête (art. 27), peut convoquer et assigner des témoins (art. 48 à 51). Il s'agit donc en fait d'un tribunal administratif (l'article 3.(2) en fait une cour d'archives) de trois membres (art. 5.(1) dont les décisions prennent la forme d'ordonnances provisoires (art. 35) ou d'ordonnances "to cease and desist" rendues en fonction du Combines and Fair Prices Act 1919 S.C., c. 45, art. 11.(2). L'omission de se conformer dans les dix jours à cette dernière ordonnance rend le contrevenant passible d'une amende per diem de \$10,000 et deux ans de prison (art. 11.(3) Combines and Fair Prices Act.)

94) Voir, supra, n. 93.

95) Cf. House of Commons, Debates, 1919, page 4527 (Adoption en deuxième lecture du Board of Commerce Act. Les délibérations sur le Combines and Fair Prices Act couvrent, en tout, moins de 20 pages des Débats de 1919.

genre de contrôles stricts qui étaient chose courante pendant la guerre.

C'est de cette façon qu'il faut expliquer, selon nous, la portée assez extraordinaire de la loi (96) de 1919, laquelle allait, simplement parce que les fusions étaient associées depuis 1910 aux ententes commerciales et aux monopoles, donner au pays une politique à l'égard des fusions qui ressemble beaucoup à ce que proposent la plupart des projets de réforme élaborés depuis 1969 (97).

Section 2- L'intérêt du public est le critère privilégié de la définition de "coalition"

Nous avons déjà souligné (98) le manque de clarté de la définition de "coalition" dans la loi de 1910. Les rédacteurs de la loi de 1919 ont tenté, avec plus ou moins de succès, en manipulant les mêmes éléments qui formaient la définition de

96) On devrait plutôt dire les lois tant le Board of Commerce Act et le Combines and Fair Prices Act sont interdépendants.

97) Tous les projets de réforme rendus publics en matière de fusions depuis la publication, en 1969, du Rapport provisoire sur la politique de concurrence du Conseil économique du Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 s'entendent pour proposer une "décriminalisation" des fusions au profit de l'adoption de règles de nature civile, administrées par un tribunal d'exception ou une commission qui auraient des pouvoirs semblables à ceux qui appartenaient à la Commission du commerce créée par la législation de 1919. Par exemple, consulter: Loi sur la concurrence 1971 P.L.C. C-256 (1ère lecture qui prévoit un Tribunal des pratiques de concurrence; aussi, la "Commission nationale de commerce", proposée par L.A. SKEOCH et B.C. MacDONALD dans leur rapport, *op.cit.*, n. 13, p. 280; aussi, la Loi sur la concurrence 1977 P.L.C. C-13 (1ère lecture), art. 16., qui prévoit la création d'une "Commission de la concurrence".

98) Supra, n. 36.

1910 (99) et en y ajoutant d'autres, de formuler une définition plus claire de "coalition".

Pour rendre le texte plus clair, deux moyens ont été employés. D'abord, le texte de la définition est divisé en alinéas et en paragraphes numérotés. Ensuite, le législateur a vu à regrouper, dans un paragraphe introductif, les éléments qui "qualifient" l'ensemble de la définition (100).

Paragraphe 1- Les fusions dans la définition de "coalition"

Comme en 1910, les fusions sont partie intégrante de la définition de "coalition" et, comme en 1910, les fusions sont présentes sous deux aspects différents dans la définition.

En effet, alors que l'alinéa (a) précise que les mergers, les trusts et les monopoles "proprement dits" (101) sont censés être compris dans l'expression "coalition", l'alinéa (b) ajoute que cette expression comprend aussi:

La relation résultant de l'achat, du louage, ou d'une autre acquisition par une personne de tout contrôle sur ou intérêt dans la totalité ou

-
- 99) C'est ce facteur, plus que tout autre, qui détermine l'importance historique de la loi de 1910. Les lois qui lui succéderont conserveront les éléments qu'elle introduisait dans la définition de "coalition", les modifications étant généralement obtenues en "jonglant" avec ces éléments, i.e. en changeant leur disposition, ou en ajoutant des éléments supplémentaires.
- 100) 1919 S.C., c. 45, art. 2 (Voir le texte de l'article, Annexe I).
- 101) Id., art. 2.(a). A noter que le mot merger est employé en lieu et place de fusion pour traduire "merger". Le mot "syndicat", employé en 1910, a été abandonné. Il refera pourtant surface en 1923.

partie du commerce de quelque autre personne...
(102)

Par ailleurs, l'alinéa (c) vise les ententes commerciales qui consistent, comme en 1910, le troisième volet de la définition de "coalition" (103).

Pas plus qu'en 1910, le mot "merger", qui a été choisi pour traduire le terme anglais merger, n'est défini dans la loi de 1919. Compte tenu du fait que les fusions ne sont pas, en 1919, ni de près ni de loin, une préoccupation de ceux qui ont adopté la loi (104); il n'est pas surprenant qu'on n'ait pas pris la peine de définir ce mot. En fait, on ne définit pas non plus le mot monopole qui, lui, est lié de plus près aux plaintes découlant de prix et de profits abusifs.

Démontrant en cela un louable désir de s'attacher le plus fidèlement possible aux textes de 1910 malgré les modifications apportées, le législateur remplace les mots "y compris ce

102) Id., art. 2.(b).

103) Id., art. 2.(c). (Le texte intégral est à l'Annexe I). Comme en 1910 (Supra, n. 42 et 43), cette partie de la définition de "coalition" recoupe à peu près entièrement (elle y est même un peu plus fidèle) l'article 498 C.cr. concernant les complots en vue de restreindre le commerce. Ceci permet à la Commission de commerce de faire enquête et de décider de la pertinence d'une poursuite contre les auteurs d'un tel complot (1919 S.C., c. 45, art. 11.(5).)

104) Supra, n. 89 et 90. A noter que les mots fusions, syndicat, ou merger ne sont jamais l'objet de la discussion au cours des débats portant sur l'adoption du Combinés and Fair Prices Act.

qui est connu sous les noms de.." par les mots "proprement dits" (105).

Ceci, comme l'a souligné W.G. Phillips,

(was) hardly calculated to add precision to a phrase even then beginning to suffer from disuse. (106)

Cette référence au fait que les mergers doivent être perçus dans la loi en fonction de la signification qu'il revêtent habituellement ou communément aux yeux du public met en lumière le fait que leur inclusion dans la définition de "coalition" vise sans doute plus à montrer au public "qu'on fait quelque chose au sujet des fusions" qu'à guider les tribunaux dans l'interprétation de la loi (107).

Par ailleurs, cette portion de la définition de "coalition" que nous avons qualifié de "définition occulte de fusion" en rapport à son intégration à la définition de "coalition" en 1910 continue de faire double emploi en 1919 (108).

Encore une fois, on peut s'interroger sur les motifs du législateur qui laisse coexister dans la même définition de

105) Les mots employés dans la version anglaise de la loi sont "so called". Ils réussissent mieux que les mots "proprement dits" à indiquer que le législateur veut que ce soit le sens ordinaire donné aux termes "merger, trust or monopoly" qui les définisse.

106) W.G. PHILLIPS, op.cit., supra, n. 29, page 81, n. 10.

107) En fait, aucune affaire de fusion (ou même de monopole) ne sera amenée devant les tribunaux en vertu des mots "merger, trust or monopoly, so called" avant que ceux-ci ne soient définis collectivement en 1935.

108) Voir, supra, n. 40.

"coalition" les mots "merger, trust ou monopole" (qui incluent les fusions) (109) et le paragraphe qui vise l'acquisition d'un contrôle dans l'entreprise d'un tiers (la définition occulte de fusion de 1910) (110).

Cette "définition occulte" de fusion qu'on retrouve dans la loi de 1919 semble conforme, sauf sans doute pour un problème de concordance entre la version anglaise et la version française (111), au texte adopté en 1910.

Paragraphe 2- L'intérêt du public comme critère limitatif

Le paragraphe introductif de la définition de "coalition" s'énonce comme suit:

The expression "combine" (coalition) is used in this Act with intended relation to articles of commerce and shall be deemed to have reference only to such combines..as,..have..operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public, consumers, producers or others...
(112)

Le libellé de l'article nous amène à constater que le terme "coalition" n'est censé se référer, en vertu du libellé de la définition de "coalition", qu'à celles "qui ont opéré ou qui sont de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public..."

109) 1919 S.C., c. 45, art. 2.(a).

110) Id., art 2.(b).

111) Business, était traduit par "les affaires de" en 1910 et par "les opérations de.." en 1919.

112) 1919 S.C., c. 45, art. 2.

L'intérêt du public sert donc ici de critère limitatif, restreignant la définition et la signification du mot "coalition" (et partant, du terme merger) à celles "qui opèrent ou qui sont de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public".

Par conséquent, celles qui n'opèrent pas à l'encontre de l'intérêt du public sont exclues de l'application de la loi. C'est ce que précisait le ministre de la Justice d'alors, Arthur Meighen, le responsable de la loi devant le Parlement:

...the scope of the operations of this board as affecting combines shall be directed against such combines as are detrimental to the public interest. In other words, this Act recognizes the fact that there may be combines...that are in full accord with the public interest, in the interest of the country.
(113)

Par ailleurs, la déclaration du ministre donne à penser que "l'intérêt du public" peut devenir une défense ou une justification, en permettant à celui qui est soupçonné d'avoir opéré une "coalition" de faire la preuve que celle-ci est, dans les faits, conforme à l'intérêt du public, ceci lui permettant de sortir du cadre de la définition de "coalition" (114).

113) House of Commons, Debates, 1919, p. 4567.

114) Toutefois, le Combines and Fair Prices Act, art. 5.(2) impose à la personne qui comparait devant la commission de "show cause why an order should not be made requiring such person to cease and desist..". (La personne à le fardeau de la preuve).

Paragraphe 3- L'intérêt du public constitue un critère très large

L'insertion des mots "de l'intérêt du public" entre les mots "au détriment" et "des consommateurs et des producteurs" est probablement le changement le plus important apporté par la législation de 1919.

Il n'existe pas de définition des termes "intérêt du public" dans la loi, mais il est indéniable que leur présence fait éclater le carcan imposé par la loi de 1910 qui limitait l'application de la loi à ceux qui avaient un intérêt direct comme "consommateurs ou producteurs" des articles de commerce visés par la coalition (115).

Ici, il n'est plus question de l'intérêt particulier d'un consommateur ou d'un producteur lésé comme individu par une coalition, mais bien de l'intérêt du public dans son ensemble. C'est d'ailleurs ce que laissait entendre Meighen lorsqu'il fait équivaloir l'intérêt du public et l'intérêt du pays (116).

Dans ce contexte, les mots "soit consommateurs, soit producteurs ou autres" prennent tout au plus l'allure d'une

115). Voir, supra, n. 73.

116) Meighen a dit: "...with the public interest, in the interest of the country" (Supra, n. 113).

énumération non-limitative, ce qui est confirmé par la présence des mots "ou autres" (117).

C'est donc véritablement en 1919 que l'intérêt du public, pris dans son sens le plus large, est devenu le critère permettant de déterminer si une coalition (incluant les fusions) tombe sous le coup de la Loi des coalitions et des prix raisonnables (118).

A- L'aspect préventif de l'intervention

Par ailleurs, le législateur a encore élargi la portée de la définition de "coalition" en prévoyant qu'est une coalition en sens de la loi, non seulement celle qui a opéré ou qui opère au détriment de l'intérêt du public, mais aussi celle qui est susceptible de le faire (119).

La réponse donnée par le ministre de la Justice Meighen à un député qui lui demandait si les mots "or are likely to operate" signifient "that the board are given divine insight?" (120)

117) En fait, nous avons cru voir dans la préservation des mots "consommateurs ou producteurs" hérités de la loi de 1910 et rendus redondants par la présence de l'expression très large "d'intérêt du public" un autre exemple du conservatisme du législateur qui modifie la loi en évitant coûte que coûte d'en chasser des mots, ..quitte à les déplacer ailleurs dans le texte pour en modifier la portée.

118) Combines and Fair Prices Act, 1919 S.C., c. 45

119) Encore ici, la traduction française est insatisfaisante. Il n'est pas acceptable de rendre les mots anglais "or are likely to.." qui se réfèrent à l'effet possible par les mots "qui sont de nature..." qui se réfèrent (évidemment) à la nature de la coalition.

120) House of Commons, Debates, 1919, page 4568. (Question de M. Edward Nesbitt).

nous aide aussi à comprendre que la notion d'intérêt du public devait avoir une interprétation large, la faisant équivaloir au bien commun. Meighen a dit:

No, but there may be evidence that a certain act... is to operate against the public interest, which may be set out, for example, in communications that pass between the various bodies that are about to combine.

(121)

Insistant sur le caractère préventif de l'action de la Commission du commerce en fonction de l'intérêt du public, il ajoutait:

...though no harm may be done there may be ample evidence that harm (to the public interest) is intended, and the board is empowered to anticipate and prevent such harm.

(122)

En l'absence d'une définition statutaire de la notion d'intérêt du public et à la lumière des déclarations du ministre, il ressort clairement que l'intérêt du public devait être évalué et apprécié de façon discrétionnaire par la Commission du commerce.

B- Le pouvoir discrétionnaire de la Commission

En fait, le caractère discrétionnaire de l'appréciation de l'intérêt du public est confirmé dans la définition même du terme "coalition".

121) Id., p. 4568. (Réponse de M. A. Meighen)

122) Ibid.

En effet, celle-ci précise que ne seront des "coalitions" au sens de la loi que celles qui, "d'après l'opinion de la commission" ont opéré ou sont de nature à opérer à l'encontre de l'intérêt du public (123). Cet élément nous semble important, car il confirme la volonté du législateur d'ouvrir le plus largement possible la portée de la notion d'intérêt du public en laissant à la commission chargée d'appliquer la loi le soin de déterminer, en fait, dans chaque cas soumis à son attention, en pesant les divers intérêts contradictoires qui s'affrontent, le véritable intérêt du public (124).

Cette interprétation de la portée de la notion d'intérêt du public, telle qu'envisagée par le législateur qui en a fait, en 1919, le critère applicable aux coalitions, est renforcée par le fait que Meighen avait insisté sur le caractère ambivalent des "coalitions". Si certaines coalitions pouvaient être contre l'intérêt public, d'autres, par contre, pouvaient être en accord avec l'intérêt public (125).

La différence fondamentale entre cette conception de l'intérêt du public découlant de la loi de 1919 et la vision

123) 1919 S.C., c. 45, art. 2.

124) Ceci semble correspondre à la définition que donnait A.J. BOUDREAU de l'intérêt public: "The public interest must necessarily represent a working compromise and be subject to continuous definition, as need arises, in the process of achieving an often delicate balance among conflicting interests" (Public Administration and the Public Interest (1950) 16 C.J.E.P.S. p. 371). La présence d'intérêts contradictoires est confirmée par l'énumération "consommateurs, producteurs ou autres".

125) Voir, supra, n. 113

infiniment plus limitée de la loi de 1910 réside dans le fait que cette dernière limitait son action aux cas où des consommateurs ou des producteurs, individuellement, en qualité de consommateurs ou de producteurs, étaient lésés par une coalition (incluant une fusion) (126).

Par contre, il nous semble que l'introduction, dans la loi de 1919, des mots "intérêt du public" fait appel à une vision d'ensemble de la société et des hommes qui la composent. En ce sens, les mots "consommateurs" et "producteurs", qui spécifiaient en 1910 les deux catégories exclusives de citoyens qui pouvaient se plaindre d'une coalition, deviennent en 1919 tout au plus une énumération descriptive et non exhaustive (127) de ceux qui composent le public dont l'intérêt doit déterminer le sort réservé aux coalitions (incluant les fusions).

Paragraphe 4- Le lien entre le concept de fusion et le critère d'intérêt du public

Compte tenu du fait que le critère d'intérêt du public se situe dans le paragraphe introductif de la définition de "coalition" et s'applique également aux trois alinéas de celle-ci, il importe peu que l'on s'appuie sur l'alinéa (a) qui traite des "mergers" ou de l'alinéa (b) qui vise "l'acquisition de tout intérêt dans le commerce d'une autre personne" pour déterminer le lien qui existe entre le critère d'intérêt du public et les fusions.

126) Voir, supra, Chapitre I.

127) C'est ce qu'indiquent les mots "...ou autres", qui peuvent comprendre les intermédiaires (détaillants) entre les producteurs et les consommateurs ou les employés salariés d'un producteur.

La définition de "coalition" précise que seules les coalitions "définies ci-après" (par les alinéas a), b) et c) qui, d'après l'opinion de la commission, ont opéré ou sont de nature à opérer au détriment du public, sont des coalitions au sens de la définition.

En conséquence, les fusions "qui ont opéré ou qui sont de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public" sont visées par la définition de "coalition" (128) et donnent ouverture à l'action de la Commission du commerce.

Ceci représente la politique la plus ambitieuse jamais adoptée par le législateur canadien à l'égard des fusions.

En vertu de cette loi, toutes les fusions qui, d'après la Commission du commerce, opéraient ou étaient de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public, pouvaient faire l'objet d'une ordonnance "to cease and desist" sanctionnée par une amende per diem de \$1,000 et les frais ou à un emprisonnement de deux ans dans le cas d'un défaut de s'y conformer dans les dix jours (129).

128) Rappelons que le terme coalition comprend le concept de fusion qui est présent dans les alinéas a) et b).

129) Cf. 1919 S.C., c. 45, art. 11.(2) et (3). Voir aussi, supra, n. 93. Soulignons le fait que la présence, dans cet article, des mots "d'après l'opinion de la Commission" confirme que celle-ci n'a pas à être convaincue "au delà de tout doute raisonnable", mais elle doit simplement être d'opinion qu'une coalition existe. Ceci est loin du fardeau de preuve applicable en droit criminel. C'est un facteur susceptible d'améliorer l'efficacité de la Commission du commerce. Ceci confirme aussi que la Commission est un tribunal administratif et non une Cour criminelle.

Section 3- La mise en oeuvre de la législation
de 1919

En 1919, le gouvernement canadien avait donné au pays des moyens efficaces pour lutter contre les coalitions (incluant les fusions), prix et profits abusifs et l'accaparement. La loi qui fut adoptée au lendemain de la première grande guerre permettait et promettait des interventions vigoureuses dans un domaine longtemps habitué au "laisser faire" d'avant guerre.

Deux facteurs ont permis, selon nous, au gouvernement d'adopter des lois aussi radicalement contraires aux principes alors sacro-saints de la libre entreprise.

D'abord, la guerre avait habitué le gouvernement aux décisions fermes et aux politiques audacieuses affirmées avec autorité et acceptées à cause de la situation d'urgence. Le gouvernement n'a fait, en 1919, qu'appliquer au temps de paix sa détermination du temps de guerre.

Ensuite, le Combines and Fair Prices Act visait d'abord et avant tout les prix excessifs. Comme nous l'avons d'ailleurs souligné au début du présent chapitre, c'est la flambée des prix et non la prolifération des coalitions (fusions ou autres) qui était le moteur de l'action gouvernementale. La création d'un tribunal administratif chargé d'intervenir au niveau des prix et des coalitions n'était possible qu'à cause de la préoccupation

immédiate de tous les citoyens à l'égard des prix des denrées essentielles (130). En conséquence, on peut dire que c'est par le biais du désir du législateur de s'en prendre aux prix et aux profits abusifs qui sont souvent le sous-produit des guerres que la loi en matière de coalitions a pu bénéficier de modifications lui donnant des moyens extraordinairement efficaces, du moins en puissance.

Pourquoi le législateur n'a-t-il pas construit de toute pièces une loi et un organisme administratif pour faire face aux profits abusifs au lieu d'intégrer cela aux dispositions visant les coalitions (ententes commerciales, fusions et monopoles)?

L'explication la plus plausible est que les profits abusifs étaient souvent, comme nous l'avons dit, le fruit d'ententes commerciales tombant sous le coup de l'article 498 C.cr. visant les complots en vue de restreindre le commerce, ce qui rendait nécessaire la mise en place d'un mécanisme efficace pour faire face à un tout autre problème.

Les fusions étant partie intégrante, comme les ententes commerciales, de la définition de "coalition", elles ont hérité --on serait tenté de dire presque malgré elles-- des mesures mises en place pour faire face à un tout autre problème.

Mais la Commission du commerce, malgré ses pouvoirs à l'égard des fusions, ne se trompait pas sur le véritable sens de son mandat.

130) Plus récemment, le même phénomène a permis l'adoption de la Loi anti-inflation (1974-75-76 S.C., c. 75)

Elle entreprit des enquêtes, tant de sa propre initiative (131) qu'à la demande de simples citoyens (132), et rendit de nombreuses ordonnances au cours du premier six mois de son mandat surtout en matière de prix abusifs (133). Aucune décision visant une fusion ne semble avoir été rendue.

Toutefois, les milieux d'affaires firent des pressions de plus en plus fortes sur le gouvernement qui retira de plus en plus son soutien à la Commission du commerce, allant jusqu'à exercer des pressions politiques incompatibles avec le bon fonctionnement d'un tel tribunal administratif (134).

131) 1919 S.C., c. 45, art. 5.(1) donnait ce pouvoir à la Commission.

132) Un seul citoyen pouvait déposer une demande auprès de la Commission en vertu de 1919 S.C., c. 45, art. 6.(1). Le ministre chargé de la loi (art. 2.(4) pouvait demander à la Commission de faire enquête en vertu de l'article 27 de 1919 S.C., c. 37.

133) Il semble bien que la Commission du commerce entra en action vigoureusement pendant sa courte existence (quoi qu'en dise W. PHILLIPS, infra, n. 136): Cf. W.T. STANBURY, op.cit., n. 13, p. 49: "The members of the Board of Commerce took their duties seriously and made use of their powers, particularly those concerning high prices.." L.G. REYNOLDS, in The Control of Competition in Canada, Cambridge, Harvard University Press, 1940, p. 141 indique que la Commission du commerce émit pas moins de 50 ordonnances et prit au delà de 75 décisions en guère plus de six mois.

134) A ce sujet, voir: G. MARION, La politique canadienne sur les monopoles, Montréal ISP, 1957, suggère que les commissaires ont démissionné suite aux "pressions politiques" et au fait que le gouvernement leur avait retiré son appui (p. 10). Voir aussi: J.A. BALL, Canadian Anti-Trust Legislation, Baltimore, Williams & Williams, 1934, pour la correspondance entre le ministre et le président démissionnaire. L'exposé historique du Rapport MacQuarrie, op.cit., n. 26, prétend à tort, que c'est la décision judiciaire du Conseil privé qui a mis fin aux activités de la Commission du commerce. En fait, les commissaires avaient déjà démissionné à ce moment et la Commission avait cessé toute activité. (p. 11).

Désabusés, les membres de la Commission démissionnèrent l'un après l'autre, ce qui amena W.G. PHILLIPS à commenter:

(The commission) performed its only notable act when it went out of existence voluntarily in 1921 since in so doing it made prosecutions impossible and so increased the pressure for reform of the law.
(134a).

A la même époque, le Comité judiciaire du Conseil privé était saisi d'une contestation de la constitutionnalité des lois donnant à la Commission du commerce son mandat et ses pouvoirs (135).

Dans une décision dont les effets se font encore sentir aujourd'hui, le Conseil privé déclara ultra vires du Parlement fédéral la Loi de la Commission du commerce (1919 S.C., c. 37) et la Loi des coalitions et des prix raisonnables (1919 S.C., c. 45) en refusant l'argument que ces lois tiraient leur validité de l'article 91.(2) du British North America Act (136) concernant la réglementation du commerce (137).

134a) W.G. PHILLIPS, op.cit., n. 29, p. 81.

135) In re: Board of Commerce Act and The Combines and Fair Prices Act of 1919 (1922) 60 D.L.R. 513. Il s'agit d'un appel au Conseil privé d'une décision de la Cour suprême du Canada rendue trois juges contre trois: Price Bros & Co. v. The Board of Commerce of Canada (1920) 54 D.L.R. 286.

136) (1867) 30-31 Vict., c. 3.

137) Voir, supra, n. 135. Dans cette affaire, le vicomte Haldane, auteur de la décision, affirma: "... (there is) no justification for interpreting the words of section 91 (2) in a fashion which would... make them confer capacity to regulate particular trades and businesses" (p. 520). C'est cette décision qui allait amener le législateur à cantonner la politique en matière de coalitions (et partant, de fusions) dans le "ghetto" du pouvoir exclusif que possède le fédéral de légiférer en matière de droit criminel (B.N.A. Act, op.cit., n.136, art. 91 (27)). Au sujet de la portée de la décision du conseil privé concernant la Commission de commerce, (suite page suivante)

Cette décision eût pour effet --ni plus, ni moins-- de "stériliser" (138) ces deux lois de toute signification en les rendant inopérantes.

Spéculer sur les développements qu'aurait pu connaître la notion d'intérêt du public, appliquée à différents cas de fusions par la Commission de commerce --si la constitutionnalité de celle-ci avait été affirmée par le Conseil privé-- n'a pas sa place dans un travail comme celui qui nous occupe.

Toutefois, il n'en demeure pas moins que la Commission de commerce, tribunal administratif spécialisé en matière commerciale et opérant sur la base du principe de la simple prépondérance de preuve, représentait un outil remarquablement souple pour disposer d'une question aussi complexe que celle des fusions de sociétés, car elle avait les moyens de se prononcer sur les mérites économiques et sociaux de chaque situation.

Ceci, allié au fait de l'émergence de la notion d'intérêt du public comme critère permettant de déterminer la légalité d'une fusion, laissait espérer le développement d'une politique cohérente à l'égard des fusions, par le biais de l'interprétation du "détriment de l'intérêt du public".

Mais la décision du Conseil privé avait fermé cette voie.

137) (suite) consulter: R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 253 ss.; B.C. McDONALD, op.cit., n. 89, pp. 172 ss.; S. GRANGE, The Constitutionality of Federal Intervention in the Marketplace: The Competition Case (Montréal, C.D. Howe Research Institute, 1975); P.W. HOGG, W. GROVER, The Constitutionality of the Competition Bill, (1976) 1 C.B.L.J. 197, pp. 201-203, où on lit: "the 'trade and commerce' power...was virtually suppressed by the Privy Council under Lord Haldane..".

138) L'expression est de B.C. McDonald, op.cit., n. 89, p. 175.

Chapitre III - La notion d'intérêt du public dans la
législation en matière de fusions de
1923 à 1960

Devant la décision du Conseil privé réduisant à néant la législation de 1919 concernant les coalitions et les prix raisonnables, le législateur abrogeait formellement, en 1923, les lois de 1919 (139) et édictait des mesures de remplacement qui allaient instituer l'enracinement du droit en matière de coalitions (incluant les fusions) dans le droit criminel (140).

La loi de 1923 n'ayant jamais été abrogée autrement qu'à l'occasion d'une refonte (141), elle est, avec les amendements qui lui ont été apportés, l'ancêtre direct de la loi actuelle. D'autre part, c'est avec la loi de 1923 que fait son apparition un fonctionnaire unique chargé de l'administration de la loi, le registraire (142), qui est le précurseur de l'actuel directeur des enquêtes et recherches (143).

139) Loi des enquêtes sur les coalitions 1923 S.C., c. 9, art. 36.

140) Id., art. 26. a). Cet article faisait un acte criminel du fait de participer ou d'aider à la formation ou exploitation d'une coalition. En 1910, c'était le fait de ne pas se conformer à un rapport qui constituait l'infraction. En 1919, c'était le fait de ne pas obéir à une ordonnance.

141) Il s'agit des révisions de 1927 S.R.C., C-26; 1952 S.R.C., c. 314; 1970 S.R.C., c. C-23.

142) 1923 S.C., c. 9, art. 4.

143) Supra, n. 1, art. 5.

Si nous avons décidé de regrouper en un même chapitre la loi de 1923 et les modifications successives qui lui ont été apportées jusqu'en 1960 (exclusivement), c'est d'abord parce que les modifications survenues entre 1923 et 1959 n'ont pas modifié suffisamment le contexte dans lequel s'applique la notion "d'intérêt du public" pour justifier une analyse systématique exhaustive de chacune des lois adoptées au cours de cette période pour modifier la Loi sur les coalitions, 1923.

Par contre, les lois de 1923, 1935, 1937 et 1952 ont toutes apporté des éléments nouveaux qui ont joué un rôle plus ou moins important dans l'évolution du droit en matière de fusions, soit en modifiant la définition de "coalition" (dont les fusions font encore partie tout au long de cette période), soit par des modifications apportées aux organes administratifs au moyen desquel la loi prend effet. Dans ce chapitre, nous nous en tiendrons donc aux dispositions de ces lois qui ont, selon nous, contribué directement à l'évolution du droit en matière de fusions et, plus particulièrement, aux dispositions relatives à la notion "d'intérêt du public".

Section I- La loi de 1923 et la criminalisation des fusions

Lorsque nous parlons de "criminalisation", nous voulons indiquer par là que les coalitions deviennent pour la première fois une infraction criminelle. En conséquence, toute coalition qui correspond à la définition de ce mot donné par la loi, est un acte criminel sanctionné par la loi. On se souvient qu'en

1910, l'infraction prévue par la loi ne visait que ceux qui omettaient de respecter les recommandations d'un rapport les désignant. En 1919, c'est le refus d'obéir à une ordonnance de la Commission de commerce qui constitue l'infraction, et non le fait d'être une coalition (incluant les fusions) au sens de la loi.

Paragraphe 1- Les coalitions en tant qu'actes criminels

C'est, comme nous l'avons déjà noté, la Loi des enquêtes sur les coalitions de 1923 qui a "criminalisé" les coalitions (incluant les fusions) (144). En vertu de la loi de 1919, une fusion (merger) "qui opérait au détriment des intérêts du public" pouvait tout au plus faire l'objet d'une enquête et d'une ordonnance de la Commission de commerce (145). Une coalition qui correspondait à la définition de "coalition" donnée à l'article 2 ne constituait pas, per se, un acte criminel. Bref, la loi de 1919, pas plus que celle de 1910 (145a), n'instituait une infraction criminelle correspondant à la définition de "coalition".

Par contre, en 1923, toute coalition qui correspond à la nouvelle définition de "coalition" (146) devient, par

144) Voir, supra, n. 140.

145) Voir, supra, n. 93. Une ordonnance ne pouvait être émise que si la fusion avait les effets d'un complot pour restreindre le commerce (tel que prévu à 498 C.Cr.).

145a) En 1910, c'est le défaut de cesser de poser les gestes réprouvés dans un rapport dans les dix jours de sa publication qui constitue une infraction. Une coalition, telle que définie par la loi, n'est pas une infraction en tant que telle.

146) 1923 S.C., c. 9, art. 2. (Voir, Annexe I pour le texte de l'article)..

l'application de l'article 26.a), un acte criminel
(147).

Paragraphe 2- Elargissement de la définition de
"coalition"

La loi de 1923 retient en grande partie la même définition de "coalition" que celle qui avait été adoptée par la loi de 1919 (148).

Toutefois, une modification essentielle fait son apparition. Il s'agit de la suppression, dans le paragraphe introductif, des mots "articles de commerce" lesquels, on l'a vu, restreignaient la définition de "coalition" en excluant le domaine des services (149). En 1923, les services furent donc inclus dans le domaine d'application de la loi.

Cette suppression de la restriction de l'application de la définition de "coalition" aux articles de commerce aurait

147) Id., art. 26.a). L'individu reconnu coupable est passible d'une amende ne dépassant pas dix mille dollars ou deux ans de prison. Pour une corporation l'amende maximale est de vingt cinq mille dollars.

148) Ainsi, la définition conserve son paragraphe introductif auquel se rapportent les trois alinéas consacrés respectivement aux 1) syndicats (mergers), trusts et monopoles.. 2) aux acquisitions d'un intérêt dans le commerce d'un autre (définition "occulte" de fusion) et, 3) ententes illégales (semblable à 498 C.cr.). Notons que la traduction ne s'améliore pas. Ainsi, le mot business, qui était traduit par "les affaires" en 1910 et par "le commerce" en 1919, devient "les opérations" en 1923. De la même manière, merger est traduit de nouveau par "syndicat (merger)" après avoir été traduit par merger en 1919. Les légistes-traducteurs liaient-ils les lois précédentes?

149) Cf. 1910 S.C., c. 9, art. 2; 1919 S.C., c. 45, art. 2.

dû être de nature à élargir considérablement la portée de la loi. Pourtant, pendant la durée de la suppression de cette restriction (150), les tribunaux semblent avoir pris pour acquis que la loi ne s'appliquait toujours qu'aux coalitions impliquant des articles de commerce (151).

A noter aussi que la définition de 1923 apporte un autre changement par rapport à celle de 1919 en ce qui concerne l'expression "au détriment de l'intérêt du public, consommateurs, producteurs ou autres" qui devient: "au détriment de l'intérêt du public, soit des consommateurs, des producteurs ou autres" (151a).

-
- 150) De 1923 à 1935. La restriction sera rétablie par 1935 S.C., c. 54, art. 2.(1). Elle sera de nouveau abolie en 1975 par: 1975 S.C., c. 76, art. 1.(4).
- 151) Ceci s'explique en partie à cause du fait que les poursuites étaient instituées simultanément en vertu de l'infraction de "coalition par voie d'entente illégale" et de l'infraction de "complot pour restreindre le commerce", lequel était toujours limité aux articles de commerce. Dans R. v. Alexander, le juge Raney souligne cette différence entre les textes de loi; Par contre, dans R. v. Singer, le juge semble croire à tort que l'entente illégale est aussi limitée aux cas impliquant des articles de commerce. Voir aussi: R. v. Famous Players 1932 O.R. 307 qui se rallie à R. v. Alexander. R. Gosse, op.cit., n. 15, p. 105 Restraint of Trade and Labour, Toronto, Butterworth 1967, à la page 349, semble ne pas avoir perçu la différence entre les textes. Pour l'étude de la jurisprudence, voir la Deuxième partie.
- 151a) 1923 S.C., c. 9, art. 2.(a). (Les soulignés sont de nous). En anglais, l'expression choisie est: "whether consumers, producers or others".

Compte tenu du fait que le premier ministre Mackenzie King, responsable de l'adoption de cette loi, avait déjà, en 1910 (151b), manifesté le désir de limiter les coalitions visées par la loi aux cas où un individu ou un groupe précis est directement intéressé et lésé par une coalition, on peut croire que l'addition de ces mots visait peut-être à réintroduire le principe du détriment à un groupe particulier en lieu et place du critère élargi de "l'intérêt du public" introduit en 1919.

Toutefois, la présence des mots "intérêt du public" domine, selon nous, l'expression "au détriment.." et confine les mots "soit des consommateurs, des producteurs ou autres" à un rôle purement énumératif et descriptif ne limitant en aucune façon la portée de l'expression (152).

Paragraphe 3- L'effet de la criminalisation sur la notion d'intérêt du public

La principale conséquence de la transformation des coalitions (qui incluent les fusions) en actes criminels est le changement qui en découle au niveau du mode de preuve applicable.

Alors qu'il suffisait à la Commission de commerce d'être "convaincue" qu'une coalition opérait "au détriment de l'intérêt du public", il faut maintenant que le juge saisi de

151b) Voir, supra, Chapitre I.

152) Encore une fois, il est intéressant de noter que le législateur renonce à "mettre la hache" dans le texte précédent. Les mots "de l'intérêt du public" et "ou autres" intégrés au texte en 1919 sont conservés et on ajoute simplement les mots "soit des", après le mot "public".

l'affaire soit convaincu "au delà de tout doute raisonnable".

Ce sont évidemment les procédures prévues au Code criminel qui régieront les procès. D'autre part, la transformation du concept de "coalition" en un acte criminel avait pour effet, paradoxalement, d'affaiblir la loi, car elle menait à considérer comme des crimes des actes économiques qui n'étaient pas perçus comme tels ni par les juges, ni par la population (153)

Par ailleurs, il est clair que le critère de légalité imposé par la définition de "coalition", i.e. "a opéré ou est de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public, soit des consommateurs, des producteurs ou autres" se prête bien mal à une interprétation rigide et restrictive comme celle qu'exige, par définition, la preuve au delà de tout doute raisonnable qui s'applique en droit criminel.

Il nous semble indéniable que la criminalisation du concept de "coalition" sera l'un des éléments déterminants de l'attitude des tribunaux qui auront par la suite à décider de la légalité de certaines fusions. La preuve du détriment à l'intérêt du public prend, dans le contexte d'un procès criminel, une

153) A ce sujet, W.T. STANBURY, *op.cit.*, n. 26, p. 608 affirme: "*..our competition policy..(is)..making crimes out of economic acts not ordinarily considered to be crimes, either by businessmen, or by the majority of the general public*". Et, plus loin: "When the evidence is sufficiently overwhelming canadian judges have convicted the defendants. However, they do so reluctantly, pointing out the technical nature of the offence and the fact that the executives involved are clearly upstanding and respected members of the community.." En ce sens, voir le jugement de Robichaud, J. dans l'affaire *R. v. K.C. Irving* 16 C.C.C.(2d) 49, aux pages 88 et 97 où, avant de condamner la société, il traite son propriétaire de "great New Brunswicker". Voir, *Infra*, Deuxième partie.

toute autre portée que celle prévue par le législateur de 1919 qui avait introduit le critère d'intérêt du public dans le contexte d'un tribunal administratif pouvant agir sur la base de "son opinion" (154).

D'autre part, il est clair que c'est en vue d'asseoir sa législation en matière de "coalitions" sur des bases constitutionnelles plus solides, au lendemain de l'échec de la loi de 1919 (155), que le législateur a choisi de fonder la constitutionnalité de sa loi sur le pouvoir exclusif que le fédéral possède en matière de droit criminel (156). Soulignons que c'est en vertu de la loi de 1923 (157) que furent instituées quatre des poursuites contre des coalitions qui forment le corpus

154) Voir, supra, n. 123 (texte).

155) Voir, supra, n. 135 et 137.

156) B.N.A. Act, op.cit., n. 136, art. 91.(27). Cette décision du législateur d'appuyer sa loi sur son pouvoir exclusif de légiférer en matière de droit criminel allait se vérifier heureuse lorsque la constitutionnalité de la loi fut contestée en 1929 devant la Cour suprême du Canada: Re Combines Investigation Act and S. 498 of the Criminal Code (1929) R.C.S. 409. La Cour suprême déclara la loi intra vires des pouvoirs du Parlement fédéral. Cette décision fut confirmée par le Conseil privé, dans: Proprietary Articles Trade Association (P.A.T.A.) v. A.G. for Canada 1931 A.C. 310. Cette décision est, comme l'a noté B.C. McDONALD, op.cit., n. 89, p. 175: "considered fundamental to the current constitutional position on the combines legislation". C'est donc l'affaire P.A.T.A. qui a "placed beyond doubt that the criminal law was capable of expansion into the world of commerce", comme l'ont dit P. HOGG & W. GROVER, op.cit., n. 137, à la page 204.

157) 1923 S.C., c. 9. En 1927, à l'occasion de la révision des lois fédérales, la Loi des enquêtes sur les coalitions devint 1927 S.R.C., c. 26, sans, bien sûr, que la portée du texte soit modifiée.

jurisprudentiel interprétant la portée et la signification des mots "au détriment de l'intérêt du public" (158).

Il demeure incontestable que la principale "contribution" de la loi de 1923 à l'évolution du droit en matière de fusions a été cette "criminalisation" des fusions qui s'est perpétuée jusqu'à aujourd'hui (159). Ceci a eu pour effet de doter la loi en ce domaine d'une base constitutionnelle incontestablement solide, bien qu'étroite (159a).

Section 2- La loi de 1935: Les effets de la modification de la définition de coalition sur la notion d'intérêt du public

La principale contribution de la loi adoptée en 1935 en ce qui concerne les fusions consiste certainement en la reformulation de la définition de coalition, laquelle est

158) Il s'agit des affaires: R. v. Singer (1931) 56 C.C.C. 381; R. v. Alexander (1932) 57 C.C.C. 346; R. v. Famous Players (1932) 58 C.C.C. 50. et R. v. Canadian Import (1933) 61 C.C.C. 114 (procès) et 1935) 62 C.C.C. 342 (appel). Les trois premiers cas furent poursuivis à la fois pour complot en vue de restreindre le commerce (498 C.cr.) et pour entente illégale (art. 2.(1) c) de la Loi des enquêtes sur les coalitions). Quant à R. v. Canadian Import, la poursuite s'engagea, en plus des deux infractions ci-dessus, en vertu de l'art. 2.(1) b) de la Loi des enquêtes sur les coalitions (définition occulte de fusion). En ce sens, il s'agit de la première cause de fusion dans les annales de notre jurisprudence. (Voir, infra, Deuxième partie).

159) Devenues actes criminels, les coalitions font en partie double emploi avec l'article du Code criminel qui vise les complots pour restreindre le commerce (498 C.cr.). C'est en tout cas la situation de la partie de la définition de "coalition" visant les ententes illégales (laquelle recoupe en grande partie l'offense du Code criminel) qui utilise toutefois le critère "au détriment.." au lieu du "indément" du Code criminel.

159a) Voir, supra, n. 137.

accompagnée pour la première fois d'une définition collective des mots "fusion, trust ou monopole".

En ce sens, la Loi de 1935 modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions (160) a mis un terme à la situation illogique qui prévalait depuis 1910, du fait de la coexistence, dans

160) 1935 S.C., c. 54. En fait, le principal objet de cette loi consistait à confier l'administration de la législation sur les coalitions à une commission créée par la Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie 1935 S.C., c. 59. Cette commission héritait des pouvoirs d'enquête confiés jusque là au Régistrare dont la fonction était abolie. Toutefois, et c'est là l'élément principal du changement, l'article 14 de cette dernière loi permettait à la commission, lorsqu'elle était d'avis "qu'une concurrence ruineuse ou démoralisante existe dans une industrie...et que des ententes...pour modifier cette concurrence en contrôlant..les prix ou la production ne sauraient causer aucun tort ni entrave indue au commerce ni nuire ou préjudicier à l'intérêt du public", d'en saisir le Gouverneur en conseil et recommander l'approbation de certaines ententes. (Souligné ajouté). Bien qu'il s'agisse simplement ici d'un pouvoir d'approuver certaines ententes, il est impossible de ne pas faire de rapprochement avec la Commission de commerce de 1919 dont le mandat avait été réduit à néant par le Conseil privé. Saisie du problème de la constitutionnalité de la nouvelle loi, la Cour suprême du Canada déclarait cet article ultra vires du Parlement fédéral, suivant en cela le Conseil privé (voir supra, n. 135) Reference re Dominion Industry Commission Act (1936) R.C.S. 379. Ceci fermait à nouveau la porte à un organisme fédéral possédant des pouvoirs de contrôle sur le commerce...et refoulait la législation concernant les coalitions dans le domaine du droit criminel. Le Conseil économique, op.cit., n. 13, p. 63, notait: "Comme en 1919, le Parlement avait tenté de donner à un tribunal administratif le pouvoir de réglementer le fonctionnement des coalitions...par direction administrative, et une fois de plus, sa tentative a échoué". Toutefois, le Conseil privé, saisi d'un appel portant sur toutes les dispositions de cette loi à l'exception de l'article 14 (au sujet duquel on acceptait le verdict de la Cour suprême) décida qu'elles étaient intra vires du Parlement en vertu des pouvoirs de ce dernier en droit criminel et concernant la régulation du commerce. A.G. for Ontario v. A.G. for Canada 1937 A.C. 405. Cette décision constitue l'une des principales sources d'espoir de ceux qui voudraient ramener la législation en matière de concurrence sous la clause "commerce", Cf. B.C. McDONALD, op.cit., n. 89, p. 179; P. HOGG & W. GROVER, op.cit., n. 137, p. 204.

la définition de "coalition", de deux allusions distinctes aux fusions. En effet, c'est la "définition occulte" de fusion, présente depuis 1910 dans la définition de coalition, qui devient dans la loi de 1935 la partie de la définition collective de "fusion, trust ou monopole" qui concerne les fusions.

Paragraphe 1- La définition collective de "fusion, trust ou monopole"

Les parties pertinentes de la définition collective de "fusion, trust ou monopole" sont les suivantes:

- (4) "fusion (merger), trust ou monopole" signifie une ou plusieurs personnes
- a) qui a ou qui ont acheté, pris à loyer ou autrement acquis quelque contrôle ou intérêt sur la totalité ou une partie de l'entreprise d'un tiers; ou
 - b) (vise les monopoles, tels que définis dans la loi actuelle)
- et cette définition...s'applique seulement aux entreprises...de denrées susceptibles de faire l'objet...d'un commerce...
(161)

Trois éléments de cette définition méritent qu'on s'y arrête.

- A) L'absence du critère d'intérêt du public dans la définition

Il est à noter que le législateur n'a pas cru bon d'insérer dans la définition elle-même les mots "au détriment de l'intérêt du public". En conséquence, il faut toujours se

161) 1935 S.C., c. 54, art. 2.(4). (Voir, Annexe I, pour le texte intégral).

référer à la définition de "coalition" pour retrouver le critère déterminant de la légalité des fusions. Ceci maintient la dépendance, amorcée en 1910, des fusions à l'égard des coalitions. Malgré l'existence d'une définition distincte pour les "fusion, trust et monopole", ces derniers continuent d'être, dans la loi de 1935 (162), partie intégrante de la définition de "coalition".

B) La restriction aux articles de commerce

S'il n'a pas songé à ramener dans la définition de "fusion, trust ou monopole" le critère déterminant leur légalité, le législateur a par contre bien précisé que cette disposition ne s'applique qu'aux articles de commerce (163).

C) Les mots "une ou plusieurs personnes"

Par ailleurs, il est bel et bien précisé qu'une "fusion, trust ou monopole" peut être le fruit des actes d'une seule ou de plusieurs personnes. Ceci peut sembler la logique même, mais il semble bien que le législateur ait senti le besoin de préciser qu'un seul individu peut se rendre coupable d'une coalition par voie de "fusion, trust ou monopole" pour faire

162) La définition de "coalition" adoptée par la loi de 1935 restera intacte jusqu'en 1960, alors qu'on se décidera à mettre un terme à l'association de 50 ans entre les fusions et monopoles d'une part, et les ententes illégales d'autre part. (Voir, infra, chapitre IV).

163) C'est le Sénat qui, en 1935, a imposé ses vues à la Chambre des communes pour réintroduire la restriction (abandonnée en 1923, Cf., supra, n. 150) aux articles de commerce. A ce sujet, voir: Débats, Chambre des communes, (texte anglais), pp 4278 et 4310; aussi: W.T. STANBURY, op.cit., n. 131, p. 51.

échec à l'un des motifs (ratio decidendi) donnés par le juge saisi de la première affaire de fusion à faire l'objet d'une décision judiciaire pour rejeter l'accusation (164).

Quoi qu'il en soit, l'addition de ces mots contribue à distinguer encore plus clairement les "fusions, trust ou monopole" des ententes illégales, lesquelles, évidemment, impliquent plus d'une personne (165).

Paragraphe 2- La notion de l'intérêt du public demeure toujours le critère essentiel

Comme nous l'avons déjà suggéré, la définition de coalition de 1935 continue de regrouper ces deux éléments distincts que sont les ententes illégales d'une part, et les "fusion, trust ou monopole" d'autre part.

164) Dans l'affaire R. v. Canadian Import Co., supra, n. 158, le juge Laliberté, en première instance, était saisi d'une accusation de "coalition"...par voie d'acquisition d'un intérêt dans l'entreprise d'un tiers (définition occulte de fusion, 1927 S.R.C., c. 26, art. 2.(b)). Après avoir donné différents motifs en vertu desquels, selon lui, il ne s'agit pas d'une acquisition au sens de la loi, Laliberté J. ajoute: (but) "...there seems to me to be a much more decisive objection...There cannot...have been a common purpose...as required in the case of an illegal combine" (in the absence of a co-conspirator) Cf. p. 118. A tort, le savant juge a imposé aux coalitions par voie d'acquisition d'un intérêt dans les affaires d'un tiers (fusion), le critère des coalitions par voie d'entente illégale. La Couronne n'a pas porté cette décision en appel.

165) Cf. 1935 S.C., c. 54, art. 2.(1) précise "deux personnes ou plus". A noter que c'est avec la définition de 1935 que le mot "entente" se détache de "contrat, accord ou arrangement" (dont il faisait depuis 1910 partie de l'énumération) pour chapeauter la partie de la définition de "coalition" que l'on qualifie, à cause de la prééminence du mot entente, d'ententes illégales.

Toutefois, l'un des apports les plus intéressants de la nouvelle formulation offerte en 1935 consiste dans le fait que l'on accentue la distinction entre les deux parties de la définition.

Ainsi, la partie pertinente de la définition de coalition pourrait s'énoncer comme suit:

(1) "coalition" signifie une entente,...(suit la définition d'entente illégale)...

ou une fusion, un trust ou monopole, laquelle entente, fusion, trust ou monopole a fonctionné ou est de nature à fonctionner au détriment ou à l'encontre des intérêts du public, soit des consommateurs, soit des producteurs ou autres.

(166)

La disparition de la définition occulte de fusion, qui est transportée dans la définition collective de "fusion (merger), trust ou monopole" (167) allège considérablement le texte de la définition de coalition. Par ailleurs, le dualisme de la définition, qui réfère à la fois aux ententes illégales et aux "fusion, trust ou monopole", s'accroît.

166) 1935 S.C., c. 54, art. 2.(1). Il importe de souligner encore une fois les problèmes de traduction. Alors que le texte anglais traite de "interest of the public", on a traduit le mot intérêt au pluriel. D'autre part, l'expression "whether consumers, producers or others" devrait se traduire par les mots "qu'il s'agisse des consommateurs, producteurs ou autres" et non par l'emploi des disjonctifs "soit...; soit.." qui ne respectent pas la prééminence des mots "intérêt du public".

167) Voir, supra, n. 161.

Ceci aura, croyons-nous, une influence déterminante en donnant aux "fusion, trust ou monopole" un statut égal à la section traitant des ententes illégales, laquelle avait dominé jusque là la définition (168).

L'opinion selon laquelle la définition de 1935 accorde une plus grande importance aux fusions et aux monopoles --en accentuant le fait qu'ils sont l'une des deux grandes composantes du concept de coalition-- semble par ailleurs se refléter dans le changement qui s'est opéré par la suite dans le nombre de poursuites amorcées selon l'une et l'autre des deux parties de la définition (169).

168) Cf., en particulier, à la définition de coalition. (1923 S.C., c. 9, art. 2). Entre 1923 et 1935, en vertu de cette définition, il n'y avait eu que quatre poursuites (l'infraction était créée par l'art. 26.a) de la même loi), dont trois en vertu de la partie de la définition visant les ententes illégales. Il s'agit des affaires: R. v. Singer, R. v. Alexander et R. v. Famous Players, (op.cit., n. 158). L'autre cause, R. v. Canadian Import (op.cit., n. 158) l'était, on l'a souligné, en vertu de la partie traitant des ententes illégales et en vertu de la définition occulte de fusion. Le fait que le juge, dans cette affaire, ait considéré le problème de la légalité d'une acquisition de l'entreprise d'un tiers (fusion) comme s'il s'agissait d'une entente illégale ou d'un complot pour restreindre le commerce (498 C.cr.) indique bien à quel point les fusions étaient "noyées" dans la définition de coalition. (Voir, supra, n. 164).

169) Ainsi, de 1935 à 1960, pendant la durée de la définition de coalition introduite en 1935, cinq poursuites ont été entreprises en vertu de l'infraction de coalition dont quatre l'ont été en vertu de la partie traitant des "fusion, trust ou monopole". Il s'agit des affaires R. v. Staples 74 C.C.C. 178; R. v. Eddy Match; R. v. Canadian Breweries (1960) 126 C.C.C. 133; R. v. B.C. Sugar Refining Co. (1960) 129 C.C.C. 7. Le seul cas d'entente illégale entendu au cours de cette période fut: R. V. Morrey (1956) 2 D.L.R. (2d) 114.

Quoi qu'il en soit, l'une et l'autre des parties de la définition de coalition continuent d'être régies par le critère de l'intérêt du public, dont la formulation ne subit aucune modification par rapport à la loi précédente (170).

Ce sont donc les "fusion, trust ou monopole" (tels que définis collectivement à l'article 1935 S.C., c. 54, art. 2.(4), qui "ont fonctionné ou qui sont de nature à fonctionner" (171) au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qui sont des coalitions au sens de la loi et qui sont des actes criminels (172).

Cette définition restera inchangée pendant vingt cinq ans, jusqu'en 1960. Et, pas plus que sous les lois précédentes, la notion d'intérêt du public n'est définie dans la définition de coalition ou dans les autres dispositions de la loi.

Entre 1935 et 1960, d'autres modifications seront apportées à la Loi des enquêtes sur les coalitions (173). Il ne s'agira toutefois que des amendements apportés aux dispositions concernant les organes administratifs de la législation en

170) C'est du moins le cas du texte anglais, dont les termes demeurent identiques "to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers or others" à ceux de 1923. (Cf., supra, n. 166). En français, les traducteurs ont encore fait preuve de "créativité" en réintroduisant les mots "les intérêts du public" (comme en 1919; Cf., n. 112) au lieu de "l'intérêt du public" (1923 S.C.; c. 9, art. 2) et en remplaçant "qui ont opéré" (1923) par "qui ont fonctionné".

171) Voir n. 170:

172) La loi de 1935 ne modifie pas l'infraction de coalition, ni les sanctions prévues à 1927 S.R.C., c. 26, art. 32.

173) 1927 S.R.C., c. 26, modifiée par 1935 S.C., c. 54.

matière de coalition (174), l'obtention des preuves (175), le

174) Ainsi, en 1937, à la suite de la décision de la Cour suprême déclarant ultra vires le principal pouvoir de la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, celle-ci abandonna son rôle effectif à l'égard de la Loi des enquêtes sur les coalitions au profit d'un commissaire chargé de l'administration de la loi (1937 S.C., c. 23, art. 3.). Le principal problème posé par le mandat du commissaire, tel que posé par G. ROSENBLUTH et H.G. THORBURN, op.cit., n. 84, à la page 88, était le suivant: "Thus, there was substance in the charge, often made by business interests, that the commissioner combined the functions of prosecutor and judge. In fact, he acted as detective, prosecutor, judge, and then carried out the sentence (by publishing the report)". Le Rapport MacQuarrie, op.cit., n. 26, p. 29, ayant recommandé la séparation des fonctions, le Parlement y donna suite et remplaça le commissaire par un directeur des enquêtes et recherches et par la Commission des pratiques restrictives de commerce (chargée de mener l'audition de la preuve et de publier les rapports et recommandations découlant de l'enquête) (1952 S.C., c. 39, Partie I (Directeur des enquêtes) et Partie II (Commission des P.R.C.)). Encore aujourd'hui, ce sont ces deux éléments qui se partagent la responsabilité de l'administration de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Il est important de noter que la C.P.R.C., dans son évaluation de la preuve des pratiques illégales alléguées devant elle, devant "appraise the effect on the public interest of arrangements and practices disclosed in evidence" (1952 S.C., c. 39, art. 19.(1)). Cette disposition a été accueillie avec satisfaction par certains auteurs décus par l'interprétation donnée par les tribunaux aux mots "intérêt du public" (voir, infra, Deuxième partie). Ainsi, W. FRIEDMANN, dans: Monopoly, Reasonableness and Public Interest in the Canadian Anti-Combines Law (1955) p. 163, 33 R. du B. Can. 133, pp. 154 ss. affirme: "As the courts have debarred themselves from examining the public interest, it becomes all the more imperative that the R.T.P.C. should ..examine the public interest in more than a formal sense". (suite page suivante)

175) C.F. 1937 S.C., c. 23, art. 8 et 23 (utilisation de documents dans poursuites judiciaires et outrage au commissaire); 1949 S.C., c. 12, art. 2 crée une présomption qu'un acte posé par un agent d'un participant à une coalition est autorisé par ce dernier. Ceci vise à faciliter la preuve contre les corporations. Voir: B.C. MACDONALD, Criminality and Anti-Combines Laws (1965) 4 A.L.R. p. 84. En 1952, les pouvoirs en ce qui concerne l'obtention de la preuve seront partagés entre le directeur des enquêtes et la Commission des P.R.C. (1952 S.C., c. 39).

mode de poursuites (176) et les sanctions (177).

Aucune de ces modifications n'affectera l'infraction de coalition, ni sa définition. Il en est de même pour la définition collective de "fusion, trust ou monopole".

-
- 174) (suite) Dans le même sens, D. ELDON, The "Public Interest" in the Combines Investigation Act (Paper presented at the 37th annual meeting of the Canadian Political Science Association, Vancouver, 1965, mimeo, 90 p.), qui disait: "A potential escape from the narrow construction placed on terms such as "public interest"...by the courts is afforded by the requirement that the Restrictive Trade Practices Commission...shall appraise the effect on the public interest of...practices" (p. 8). Toutefois, une étude exhaustive des rapports publiés pendant les dix premières années de la commission amènent Eldon à conclure que celle-ci n'a pas développé une conception de la notion "d'intérêt du public" qui se distingue sensiblement de celle des tribunaux. (Cf., p. 36).
- 176) La principale modification apportée au cours de cette période en ce qui concerne les poursuites est certainement celle qui vise à empêcher une poursuite à la fois en vertu de l'infraction de coalition et en vertu de l'article 498 du Code criminel par la même dénonciation. Nous avons déjà indiqué (*supra*, n. 158) la tendance qui constituait à poursuivre simultanément en vertu des deux infractions. Déjà, en 1935, le législateur avait adopté une mesure identique suite à la plainte formulée par le juge dans l'affaire R. v. Alexander (*op. cit.*, n. 158), (1935 S.C., c. 54, art. 28) mais n'avait pas prévu son inclusion dans la loi modifiée par le statut de 1935. L'article est donc resté à l'écart. Cette erreur fut corrigée par 1946 S.C., c. 44, art. 11. D'autre part, en 1949, on accorde au procureur général du Canada les mêmes pouvoirs que ceux exercés par ses homonymes provinciaux pour ce qui est d'intenter des poursuites en vertu de cette loi (1949 S.C., c. 12, art. 1).
- 177) Le Rapport MacQuarrie (*op. cit.*, n. 26, p. 48) ayant recommandé que des ordonnances prohibant certains comportements puissent être rendues, le Parlement y donna suite et créa une ordonnance d'interdiction pouvant être rendue après la déclaration de culpabilité (ou avant les poursuites lorsque le tribunal croit qu'une personne s'apprête à poser un geste constituant une coalition (incluant fusion). (1952 S.C., c. 39, art. 3). A noter, en ce qui concerne les fusions, que cet article permet au tribunal d'enjoindre la personne condamnée d'accomplir "les actes ou choses nécessaires pour dissoudre la fusion...de la manière que la cour prescrit". (suite page suivante)

La prochaine étape essentielle de l'évolution de la notion d'intérêt du public comme critère déterminant la légalité d'une fusion sera l'adoption de la loi de 1960.

Celle-ci, qui a eu pour effet de mettre un terme à la subordination des "fusions, trusts et monopoles" à l'égard de la définition et de l'infraction de coalition, mérite certainement qu'on lui consacre un chapitre (178).

-
- 177) (suite) I. BRECHER, Combines and Competition 38 C. du B. Can. 523, à la page 536, suggérerait qu'une ordonnance de dissolution aurait pu être rendue contre Eddy Match si cette affaire avait été jugée après les amendements de 1952. Une telle ordonnance de dissolution a déjà été rendue, mais n'a jamais été réalisée. (Cf. R. v. K.C. Irving, (1974) 16 C.C.C. (2d) 49, où le juge Robichaud rendit une ordonnance pour forcer Irving à se départir de journaux acquis. La Cour d'appel, en renversant le jugement, fit tomber l'ordonnance). Par ailleurs, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire R. v. Good Year Tire 19 R.C.S. 303, a jugé Intra vires du Parlement fédéral l'article de la loi permettant l'émission d'ordonnances.
- 178) Il est intéressant de noter que le Congrès du travail du Canada avait recommandé, dans son Mémoire au Comité MacQuarrie, "putting 'mergers, trusts and monopolies' on the same footing as 'combines'" Cf. G. ROSENBLUTH & H.G. THORBURN, op.cit., n. 84, p. 22.

Chapitre IV- La loi de 1960 limite l'intérêt du public à la concurrence

L'objet de ce chapitre est de décrire les changements survenus en 1960 dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (179) en ce qui concerne les fusions et le critère de légalité qui leur a été, nous l'avons vu, historiquement assigné, à savoir: "l'intérêt du public". Comme c'était le cas avec les chapitres précédents, il s'agit de cerner aussi fidèlement que possible l'intention du législateur afin de pouvoir comprendre ce qu'il entendait par "l'intérêt du public" et le sort qu'il désirait faire aux fusions.

Section I- Les circonstances de l'adoption de la loi

Comme c'était le cas pour la plupart des législations précédentes en matière de concurrence (180), le problème des fusions n'est pas une préoccupation majeure du législateur lors de l'adoption de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel (181) en 1960.

179) La loi avait été révisée en 1952 pour devenir: 1952 S.R.C., c. 314.

180) Cf., chapitres précédents. L'exception au principe du désintérêt du législateur à l'égard des fusions réside dans la loi de 1910 (1910 S.C., c. 9), qui vît l'intégration des fusions aux mesures anti-coalitions.

181) 1960 S.C., c. 45.

Il ressort même, à la lecture des Débats, que le ministre de la Justice ne voulait aucunement changer la portée des dispositions s'appliquant aux fusions (182). Ainsi, si des modifications essentielles ont été introduites, elles l'auront été involontairement.

Paragraphe 1- La question du maintien du prix de revente

En fait, les efforts législatifs du gouvernement Diefenbaker en cette matière trouvaient leur origine dans les promesses faites au cours de la campagne électorale de 1957 au sujet de l'abolition éventuelle des dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions concernant le maintien du prix de revente (183).

Ayant promis à maintes reprises l'abolition de cette disposition et pressé par les groupes de pression des milieux d'affaires, le gouvernement se devait d'agir (184). Il semble toutefois qu'il ait préféré agir par le biais d'une loi révisant l'ensemble de la législation en matière de concurrence plutôt que par une mesure abolissant purement et simplement une

-
- 182) Le ministre Fulton, dans son discours expliquant le Bill, classe les modifications concernant les fusions parmi les "modifications indirectes d'une nature..accessoire", "pour faciliter la consultation de la loi et clarifier certains articles". Le ministre ajoutait: "La définition du mot fusion n'est vraiment pas changée". Débats, 1960, p. 4537.
- 183) Adoptée en 1951 suite à une recommandation de la Commission MacQuarrie malgré une vive opposition conservatrice, la prohibition du maintien du prix de revente (1951 S.C., c.30, art. 1) était l'une des cibles électorales des conservateurs.
- 184) A ce sujet, voir: G. ROSENBLUTH & H.G. THORBURN, op.cit., n.° 84, p. 84; H.G. THORBURN, Pressure Groups in Canadian Politics: Recent Revisions of the Combines Investigation Act, (1964) 30 C.J.E.P.S. 157.

disposition populaire au niveau des consommateurs (185). En ce sens, les modifications concernant les fusions --lesquelles, de l'aveu même du ministre, ne devaient être que "clarifiées"-- auraient donc servi de paravent pour rendre moins évidents les gestes posés pour affaiblir la portée de la loi en matière de prix de revente. Ce point de vue ne saurait être rejeté du revers de la main compte tenu de l'importance tout à fait prépondérante de la question du prix de revente dans le cadre de l'adoption de la législation de 1960 et des déclarations du ministre minimisant la portée des modifications concernant les fusions (186).

Paragraphe 2- L'intégration de l'infraction de complot à la loi sur les coalitions

Déjà, en 1952, le Rapport MacQuarrie (187) avait recommandé que la duplication des mesures concernant les ententes illégales (188) et les complots visant à restreindre le commerce (189) soient harmonisées en intégrant ces dernières à la

185) La popularité de cette mesure était telle que les conservateurs, malgré leurs promesses en ce sens, n'osèrent pas l'abolir, mais se contentèrent d'y ajouter des défenses la rendant moins efficace. Cf. 1960 S.C., c. 45, art. 14.

186) Au sujet de l'importance accordée à la question du prix de revente, G. ROSENBLUTH & H.G. THORBURN, op.cit., n. 84, p. 86, soulignent que tous les mémoires déposés au sujet du projet de loi, à l'exception d'un seul, insistent sur cette question.

187) Supra, n. 26.

188) Il s'agit évidemment de la partie de la définition de "coalition" visant les "ententes, par voie de contrat, accord ou arrangement". Cf. 1935 S.C., c. 54, art. 2.(1).

189) Il s'agit de l'article 498 C.cr. (1927 S.R.C., c. 36) qui devient, avec la refonte du Code criminel de 1953-1954, l'article 411 C.cr. (1953-1954 S.C., c. 51).

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (190). En conséquence, cette mesure devint l'une des raisons d'être de la loi de 1960.

Finalement, c'est par le biais de cette intégration que les changements concernant les fusions et le critère d'intérêt du public se feront. En effet, le législateur devra, en 1960, faire éclater la définition de "coalition" (laquelle regroupait, depuis 1910, les ententes illégales et les "fusions, trusts ou monopoles) afin d'y intégrer l'infraction de complot visant à restreindre le commerce.

Section 2- Création de l'infraction distincte de fusion

Les fusions avaient toujours été subordonnées, depuis 1910, à la définition de coalition. Nous verrons maintenant que la loi de 1960 abolit la notion (et l'infraction) de coalition pour lui substituer l'infraction de complot pour restreindre le commerce. Par la même occasion, les fusions, libérées de la définition de coalition, formeront une nouvelle infraction distincte avec les monopoles.

190) Le Rapport MacQuarrie affirmait: "In our opinion, ..there is some merit, ..in the suggestion that the legislation should be consolidated". (Supra, n. 26, p. 37). Cette recommandation ne fut pas suivie lors de l'adoption en 1952, de la loi formulée à partir du rapport. Cf., supra, n. 174.

Paragraphe 1- Disparition de l'infraction de coalition

La méthode qui sera finalement choisie par le législateur dans le but de mener à bien la recommandation du rapport MacQuarrie visant à mettre un terme à la duplication existant depuis 1923 entre les infractions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et du Code criminel consistera simplement à supprimer l'infraction de coalition (191) pour y substituer, dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, le texte de l'infraction de complot pour restreindre le commerce (192) et une nouvelle infraction visant les fusions et les monopoles (193).

Compte tenu du fait que l'immense majorité des causes portées devant les tribunaux l'avaient été en vertu du Code criminel plutôt qu'en vertu de la partie de la définition de coalition visant les "ententes", il est logique que ce soit le texte du Code criminel qui soit conservé et intégré en statut (194).

191) Celle-ci visait, est-il besoin de le rappeler, les "ententes, fusions, trusts ou monopoles qui opéraient au détriment de l'intérêt du public". Cf., supra, n. 188 et 189.

192) L'article 411 C.cr. (1953-1954 S.C., c. 51) devient alors l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, 1952 S.R.C., c. 314, par l'adoption de 1960 S.C., c. 45, art. 13.

193) 1952 S.R.C., c. 314; modifié par 1960 S.C., c. 45, art. 1 et 13, font des fusions et des monopoles (tels que y définis) un acte criminel passible de deux ans de prison.

194) Seulement 5 des 22 procès engagés avant 1960 au sujet d'ententes ou complots pour restreindre le commerce ont été engagés exclusivement en vertu de l'infraction de coalition. Aucun de ceux-ci n'avait atteint la Cour suprême et contribué à fixer le droit existant. Cf., R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 327 ss.

Par ailleurs, la disparition de la définition omnibus qu'était le terme "coalition" (combine) permet aux fusions et aux monopoles d'accéder au rang d'infraction distincte.

Paragraphe 2- La création d'une infraction de fusion et de monopole

La loi de 1960 énonce ainsi l'infraction actuelle qui consiste à contribuer à une fusion ou à sa formation (195).

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.
(196)

En soi, il est clair de ce libellé ne change rien à la situation d'avant 1960 si on excepte le fait que le concept de fusion était compris dans la définition de coalition. Comme le soulignait avec raison le ministre de la Justice Fulton:

L'article prescrivant que le fait d'être partie à une fusion constitue un délit reste en somme le même. Mais les députés pourront constater que le projet de loi apporte une nouvelle définition du terme 'fusion'.
(197)

Ainsi, comme c'était le cas auparavant avec l'infraction de coalition, c'est encore une définition qui détermine,

195) Depuis son adoption, l'article 33 n'a subi aucune modification.

196) 1952 S.R.C., c. 314, art. 33; tel que modifié par: 1960 S.C., c. 45, art. 13.

197) Débats, Chambre des communes, 1960, p. 4537.

limite et encadre les éléments essentiels de l'infraction créée en vertu d'un autre article de la loi. D'autre part, il importe de noter que les fusions continuent leur longue association avec les monopoles dans le texte de l'article déclarant l'un et l'autre un acte criminel (198).

Il est difficile d'évaluer dans quelle mesure le fait de créer une infraction distincte pour les fusions et les monopoles --détachée des ententes illégales-- découle d'une volonté déterminée d'établir une politique distincte à l'égard des fusions et des monopoles, mais les circonstances dans lesquelles la loi de 1960 a été adoptée (199) et les déclarations du ministre minimisant la portée du changement. (200) nous incitent à croire qu'il n'y avait pas là une telle volonté.

Quoi qu'il en soit, c'est la définition de fusion qui pourra nous éclairer le mieux concernant la véritable signification des changements législatifs.

Paragraphe 3- La définition de fusion

Le texte qui forme le pivot de la définition de fusion est fondamentalement le même que la partie de la définition collective de 1935 qui correspondait à ce que nous avons qualifié auparavant de "définition occulte de fusion".

198) Pour ce qui est du mot "trust", qui accompagnait les fusions et les monopoles depuis 1910, on l'a supprimé, car, comme disait Fulton: "On a constaté..(qu'il)..est pléonastique", Débats, Chambre des communes, 1960, p. 4537.

199) La véritable préoccupation était le maintien du prix de re-vente. Cf., supra, section 1.

200) Voir, supra, n. 182

Il s'agit, bien entendu, de la formulé qui précise qu'une fusion consiste en

l'acquisition, par une ou plusieurs personnes, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit autrement, de tout contrôle sur la totalité ou quelque partie de l'entreprise d'un concurrent, fournisseur, client ou autre personne, ou d'un intérêt dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise....)
(201)

Même si le texte est plus complet et plus énumératif que dans la partie équivalente de la définition de 1935 (202), il n'en modifie pas le sens, ni la portée. Les énumérations n'ont pour effet que d'indiquer les différents modes d'acquisition (203) ou les différentes cibles possibles (204).

Comme c'était le cas auparavant, mais ceci étant précisé au moyen d'énumérations indicatives, toute tentative d'acquisition du contrôle ou d'un intérêt dans l'entreprise d'un tiers

201) 1960 S.C., c. 45, art. 1. (2).

202) Cf., 1935 S.C., c. 54, art. 2. (4).

203) L'acquisition d'un contrôle peut se faire par achat ou location d'actions ou d'actifs, ou autrement (caractère non-limitatif de l'énumération). Il serait intéressant de savoir si le juge Robertson, dans l'affaire R. v. Staples (supra, n. 169) serait parvenu à la même conclusion "(that) ..the ownership of one half the shares in a company does not give control of the company" (p. 182) si l'énumération indiquant que l'achat ou la location d'actions est un moyen d'acquisition d'un contrôle avait fait partie de la définition en 1940. On peut croire que cette modification, en 1960, visait à fermer la porte à l'interprétation limitée du "contrôle" adoptée dans l'affaire Staples.

204) Bien que non-limitative, l'énumération traite du cas d'une fusion horizontale (concurrent), verticale (fournisseur ou client) ou même hétérogène (autre personne).

est susceptible de constituer une fusion au sens de la loi.

La définition de fusion, comme c'était le cas auparavant, dépend d'un "test" de légalité, d'un critère qui détermine, quelles acquisitions tombent sous le coup de la loi.

Paragraphe 4- La reformulation du critère d'intérêt du public

La définition du terme fusion adoptée en 1960 précise que sont des fusions au sens de la loi seulement les acquisitions d'un contrôle ou d'un intérêt dans l'entreprise d'un tiers

• moyennant quoi la concurrence...est ou semble devoir être réduite au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes;
(205)

Il s'agit, au niveau de la formulation, d'un changement assez évident étant donné que les mots "qui ont fonctionné ou qui sont de nature à fonctionner" (206) sont remplacés par les mots

205) 1960 S.C., c. 45, art. 1.(2). Le texte complet précise que c'est la concurrence "(i) dans un commerce ou une industrie, (ii) entre les sources d'approvisionnement d'un commerce..., (iii) entre les débouchés...d'un commerce..., ou (iv) autrement..." qui est ou semble devoir être réduite. Cette énumération vise, on l'aura noté, respectivement les fusions horizontales (i), verticales (ii, iii) et hétérogènes (iv). Le ministre Fulton avait d'abord prévu les alinéas (i, ii, iii) afin "d'attirer l'attention du tribunal" sur les fusions verticales (Débats, Chambre des communes, 1960, p. 7209). Toutefois, il accepta un amendement de F. Howard qui désirait toucher aussi les conglomérats au moyen de l'alinéa (iv) (Débats, *ibid*, p. 7212).

206) Cf., la définition de "coalition", 1935 S.C., c. 54, art. 2.(1).

"moyennant quoi la concurrence est ou semble devoir être réduite" (207).

Ce ne sont donc plus les fusions qui ont fonctionné au détriment de l'intérêt du public qui sont illégales, mais celles moyennant quoi la concurrence est réduite au détriment de l'intérêt du public.

S'agit-il là d'un changement aussi important que les mots semblent le suggérer? L'importance de la question exige qu'on s'y arrête plus longuement.

Section 3- La nature et la portée du changement apporté au critère d'intérêt du public

Pour sa part, le principal intéressé par ce changement dans le texte du critère de la légalité des fusions, le ministre de la Justice Davie Fulton, ne semblait pas croire que l'utilisation d'une formule différente change quoi que ce soit: "La définition du mot fusion n'est vraiment pas changée...", dira-t-il (208).

Tout au plus y voyait-il une clarification de la situation existante:

207) L'amélioration de la version française du texte de loi mérite d'être signalée. Ainsi, les mots "is likely to", qui étaient traduits par "qui sont de nature à" sont maintenant traduits par "semble devoir" qui en rendent mieux le sens. Même chose pour ce qui est de l'emploi des mots "qu'il s'agisse de" pour traduire le mot "whether". Voir nos commentaires aux notes 37 et 117.

208) Débats, Chambre des communes, 1960, p. 4537.

...on établit clairement que l'amointrissement ou la probabilité de l'amointrissement de la concurrence, constitue le fondement du délit et que le degré d'amointrissement nécessaire à la constitution du délit serait celui que le tribunal jugerait contraire à l'intérêt public.
(209)

Ceci signifie pourtant, au niveau du texte, que le critère de la légalité des fusions n'est plus de savoir si elles ont ou non opéré au détriment de l'intérêt du public, (210) comme c'était le cas jusqu'en 1960, mais bien si elles ont diminué la concurrence à un degré tel que le tribunal jugerait contraire à l'intérêt public.

Dans cette perspective, l'intérêt du public n'est plus le critère déterminant. Celui-ci est maintenant la diminution de la concurrence et l'intérêt du public ne correspondrait plus qu'au degré de la diminution de la concurrence.

Comment le ministre de la Justice Fulton, un juriste respecté à l'époque, pouvait-il en arriver à prétendre qu'il n'y avait là aucun changement? En s'appuyant, comme nous le verrons au paragraphe suivant, sur le courant jurisprudentiel alors

-
- 209) Ibid. Il est intéressant de noter que le texte de loi traite, comme par le passé, de "l'intérêt du public" alors que le ministre, comme c'était le cas de ses prédécesseurs, parle dans ses discours "d'intérêt public"; ce qui indique l'équivalence des deux termes...du moins dans l'esprit des législateurs.
- 210) Comme nous l'avons déjà signalé, l'adoption des mots "intérêt du public", en 1919, visait à juger les coalitions (incluant les fusions) sur la base de l'ensemble des avantages et des inconvénients qui en découlent. Il s'agissait là d'une conception large de l'intérêt public qui ne se limitait pas à un critère particulier. Cf., supra, chapitre II.

dominant. Les adversaires de cette thèse, nous le verrons par la suite, s'appuient sur le texte de la loi.

Paragraphe 1- La thèse de l'absence de changement

La lecture des Débats de la Chambre des communes au cours de l'adoption de cette loi nous permet de constater que le ministre semble prendre pour acquis et croire que la substitution des mots "moyennant quoi la concurrence...est ou semble devoir être réduite" en lieu et place de "qui a opéré ou qui est de nature à opérer" n'affecte en aucune façon le critère de la légalité des fusions.

Bien qu'il ne fasse lui-même jamais mention du fait que ce changement ne correspond finalement qu'à la signification que les tribunaux auraient donné jusque là à l'expression "qui a opéré...au détriment de l'intérêt du public", il semble bien que ce soit à la fondation de sa prétention concernant l'absence de changement réel (211).

211) Comme nous aurons l'occasion de le voir au cours de la deuxième partie (Infra), le principal courant jurisprudentiel, en 1960, liait le sort de l'expression "au détriment de l'intérêt du public" (de l'infraction de coalition) à celui du critère "indûment" (de l'infraction de complot pour restreindre le commerce). Ce dernier ayant été interprété, par la Cour suprême du Canada, comme signifiant "le degré qui affecte l'intérêt du public en une libre concurrence" (Containers Materials Ltd. v. R. (1942), 77 C.C.C. 129), on peut comprendre que le ministre ait pu croire clarifier simplement le droit existant. Toutefois, il n'est pas sans intérêt de souligner que le courant jurisprudentiel faisant équivaloir "intérêt du public" et "indûment" n'était composé que d'affaires n'ayant pas atteint la Cour suprême. Le ministre faisait trop d'honneur en les considérant comme l'incarnation du droit. En ce sens, il est clair que le jugement rendu dans l'affaire R. v. Canadian Breweries, 126 C.C.C. 133 en février 1960 a fortement influencé le ministre qui a déposé son projet de loi en mai 1960.

A défaut de s'appuyer où il devrait le faire, c'est-à-dire sur son interprétation de la jurisprudence (212), le ministre justifie --de façon fort peu convaincante-- le changement de formulation sur des considérations d'ordre grammatical.

En effet, le ministre, en réponse à une proposition d'amendement visant à rétablir les mots "qui ont opéré (fonctionné) au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public", insiste pour dire que les mots "qui ont fonctionné" s'appliquent mal à une fusion et qu'on ne saurait dire "une fusion qui a fonctionné" (213).

D'autre part, il explique le maintien du critère originel dans le cas des monopoles en affirmant que dans un cas de monopole, étant donné qu'il n'y a pas de concurrence, on ne saurait utiliser la formulation adoptée pour les fusions (214).

212) Ce que fait R. GOSSE, *op.cit.*, n. 15, p. 97, lorsqu'il explique ainsi le changement de formulation de 1960: "Another change is that it is now only those mergers that lessen competition to the public detriment that are offensive. Previously, it was not specified how the public detriment must arise. However, as the cases under the old definition have shown, the question of competition appears to be the crux of the matter, so that the modification should make no real difference in future cases". Aussi: E. SEXTON, Mergers under Canadian Combines Law (1962-62) 2 *Western Law Review* 1, à la page 8: "It is submitted that the word "competition" was interpreted into the section (before the 1960 amendments) by the courts".

213) Cf., Débats, Chambre des communes, 1960, pp. 7209-7210-7216. En fait, la maladresse grammaticale aurait été facilement surmontée en rédigeant: "une fusion qui s'est opérée.." sans refaire toute la formule! L'amendement de M. McIlraith a été défait.

214) Débats, Chambre des communes, 1960, p. 7216.

Une chose est certaine, et le ministre ne se fit pas prier pour insister là-dessus: le fondement du délit réside selon lui dans l'amointrissement ou la possibilité d'amointrissement de la concurrence (214a). Malgré l'absence de déclarations précises du ministre à ce sujet, il semble raisonnable de croire que c'est en se fiant (215) à l'état de la jurisprudence qu'il s'est imaginé ne pas faire de "changement important", ni de "modification de principe" (216).

Mais le point de vue du ministre en la matière n'est pas sans soulever certains problèmes qui seront mis en lumière au cours des débats précédant l'adoption du projet de loi.

Paragraphe 2- La thèse de la réduction de la portée du critère d'intérêt du public

Compte tenu du fait que la notion d'intérêt du public avait été intégrée à la loi concernant les coalitions en 1919 en vue de donner à feu la Commission de commerce un critère d'appréciation très large lui permettant d'évaluer, en fonction de l'intérêt public, la validité des coalitions, et que les modifications successives apportées à la loi n'ont pas --par elles-mêmes--

214a) V. SHERBANIUK, in R. V. Canadian Breweries: An Analysis of a Merger case, 1964, Université de Washington (thèse de doctorat) dira: "...the government made it clear that the "operation" they were concerned with was the lessening of competition".

215) A tort, selon nous, compte tenu du caractère peu définitif de la jurisprudence sur laquelle il a basé son appréciation du droit existant. Voir, supra, n. 211.

216) Ce sont là les expressions employées par le ministre. Cf., Débats, Chambre des communes, 1960, p. 7209

limité la portée très vaste de cette notion, il semblerait logique de prétendre que réduire l'intérêt du public à une simple question de degré de diminution de la concurrence représente un changement fondamental et dramatique du critère permettant de juger la légalité des fusions (216a).

C'est d'ailleurs ce qu'exprimait Lester B. Pearson, chef de l'opposition, en réponse au discours du ministre de la Justice portant sur le projet de loi. Avec beaucoup de perspicacité, le futur premier ministre affirma:

Dans le cas des fusions, le critère se trouve restreint par la réserve selon laquelle la concurrence doit être amoindrie. Même si les effets nuisibles de la plupart des fusions se traduisent par la diminution de la concurrence, il y a d'autres cas qui peuvent mettre en cause des considérations supérieures d'intérêt public...
(217)

C'est évidemment à la portée et à la signification large de la notion "d'intérêt du public" que Pearson fait appel lorsqu'il accuse ainsi le gouvernement de restreindre celle-ci aux seuls cas où la concurrence est diminuée.

216a) "...the adding of a reference to a 'lessening of competition' to the mergers criterion in 1960 could seem to have restricted more than ever the potential application of the section..." dira W.G. PHILLIPS, op.cit., n. 29, p. 94.

217) Débats, Chambre des communes, 1960, p. 4554.
Bien qu'il ne précise pas dans son discours la nature des "considérations supérieures d'intérêt public", il ne nous paraît pas exagéré de dire que la formule vise à inclure tous les aspects de l'intérêt public, fussent-ils sociaux, politiques ou économiques. Pearson veut, de toute évidence, éviter de limiter outre mesure la portée de l'expression intérêt du public.

Dans le même sens, l'économiste L.A. Skeoch, l'un des spécialistes les plus respectés en matière de politique de concurrence au Canada, s'était fortement opposé, dans son témoignage devant le Comité permanent des banques et du commerce, à l'utilisation d'un critère plus limité pour les fusions que pour les monopoles (218).

Préoccupé, de par sa profession, des implications complexes des fusions au niveau économique, Skeoch voyait d'un mauvais oeil la reformulation du critère de la légalité des fusions qui se limite aux cas où la concurrence est diminuée à un degré contraire à l'intérêt du public (219).

D'autre part, dans un article publié à peu près au moment de l'adoption de la loi, en 1960, Irving Brecher, un autre économiste, prenait une position diamétralement opposée en

218) Comptes rendus du comité permanent des banques et du commerce, 1960, fascicule 7, p. 433. Voir aussi: Débats, Chambre des communes, 1960, p. 7216.

219) En fait, dans tous ses ouvrages, Skeoch s'est toujours opposé à l'idée d'ériger la concurrence "à tout prix" comme le critère de légalité. Ses recherches l'ayant mené à conclure que la législation devait évaluer la performance économique et non le degré de concurrence. En ce sens, un critère plus large "d'intérêt du public", comme celui qui existait depuis 1919 dans la loi, pouvait permettre d'évaluer la performance économique du marché dans le cas de fusions. Au sujet de la modification de 1960, Skeoch écrivait: "It can be argued plausibly that the earlier merger definition involved consideration of a broader range of factors than those encompassed by the 1960 amendment, since the general test, "to the detriment of the public", would presumably require evaluation of broad economic implications of the merger-- such as the possible effects of the merger on efficiency-- which might counterbalance adverse competitive effects of the merger", op.cit., n. 15, p. 18.

suggérant que le législateur devait faire en sorte que les mots "intérêt du public", susceptibles de couvrir tout un éventail de facteurs sociaux, devaient être bannis de la loi et remplacés par un "test" reposant sur la diminution de la concurrence (220). En ce sens, le point de vue de Brecher reflète bien l'intention du gouvernement, lequel a voulu ramener la question de l'intérêt du public à une simple question d'évaluation de la diminution de concurrence (221).

Pour Brecher, cette mesure s'impose pour assurer l'efficacité administrative de la politique en matière de concurrence (222). En cela, il admet implicitement que ce changement affecte considérablement la portée potentielle de la notion d'intérêt du public (223). Ce débat entre économiste est fondamental et

220) I. BRECHER, Combines and Competition: A re-appraisal of Canadian Public Policy (1960) 38 C.B.R. 525, un article écrit avant l'adoption de la loi et proposant une politique, en matière de fusions, qui correspond à celle qui fut adoptée. Ainsi, Brecher disait: "At the broadest level, is the clear gain to be derived from discarding the term 'public detriment'--thereby precluding any effort to weight competition in the balance with other social objectives... If the term 'public detriment' is deemed politically inexpedient, the same result could be achieved by legislating its equivalence to 'substantial lessening of competition.'" Ceci est exactement ce que le ministre a affirmé vouloir faire!

221) Voir, supra, n. 209 (texte).

222) A ce sujet, il dira: "...the choice is not between the test of competition and some nebulous standard of public welfare, but rather between an effective and an inept administration of anti-combines policy" (BRECHER, op.cit., n. 220, p. 577)

223) Toutefois, il prétend, à tort, selon nous, que le législateur n'a jamais entendu donner une signification large aux mots "intérêt du public": "There is the question of authorizing the enforcement authorities to determine 'public detriment' in the light of all objectives comprising the public interest, not of competition alone. The evidence suggests that such broad authorization was not intended by (suite page suivante)

sous-jacent à toute tentative de réforme en matière de politique de concurrence (224).

Quoi qu'il en soit, il ressort de ceci que la modification de 1960, malgré les déclarations du ministre à l'effet que la définition de fusion "n'est pas vraiment changée", a bel et bien substitué au critère "d'intérêt du public" le critère de la diminution de la concurrence à un degré contraire à l'intérêt du public. L'intérêt du public, dans l'intention du législateur, n'est plus qu'une unité de mesure de la diminution de la concurrence. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'intention du législateur. Il s'agit là, du moins en apparence, d'une victoire retentissante pour ceux qui, comme Brecher, croyaient que l'efficacité de la loi devait passer nécessairement par l'utilisation exclusive du critère de la "diminution de la concurrence" et par

223) (suite) Parliament --either before or after the 1952 amendments". Son seul argument est que le Parlement n'a pas modifié la formule malgré le courant jurisprudentiel faisant équivaloir 'intérêt du public' et 'concurrence'. Il voit là une preuve à l'appui de ses prétentions. Id., p. 572-573. Ce n'est pas là, selon nous, un argument trop probant compte tenu de l'inaction chronique du législateur en ce domaine.

224) Le débat se polarise entre les économistes qui croient aux vertus de la concurrence en soi (effective competition) et qui insistent pour que la législation puisse contrôler la structure du marché afin qu'un nombre suffisant d'entreprises y agissent comme concurrents, et les économistes qui ont une vision moins positive à l'égard des bénéfices qui sont censés découler de la concurrence. Ces derniers favorisent plutôt une législation qui se penche plutôt sur le comportement du marché et assure, par des "performance tests" (niveaux des prix, profits, productivité, dynamisme, innovation, etc..) une utilisation maximale des ressources. Les deux écoles de pensée ont commenté largement la jurisprudence en matière de fusions. Cf., deuxième partie.

le rejet d'une approche reposant sur le "critère nébuleux" de l'intérêt public (225). Il s'agit là de l'avant dernière modification apportée aux dispositions législatives traitant des fusions et c'est dans ce texte qu'il faut trouver la politique canadienne en matière de fusions (226).

Il ressort de notre étude de cette modification que les dénégations empressées du ministre Fulton, adressées à ceux qui signalaient l'ampleur du changement apporté au critère de l'intérêt du public, ne rendaient pas justice à l'importante restriction qui consistait, dans l'intention du législateur, à réduire le critère de l'intérêt du public au rôle d'unité de mesure de la diminution de la concurrence.

Il s'agit là, selon nous, d'un changement radical par rapport au large critère d'intérêt du public qui avait été introduit par Meighen en 1919 afin de permettre à la Commission de

225) Toutefois, comme l'ont signalé G.B. RESCHENTHALER et W.T. STANBURY, dans: Canadian Merger Policy and the K.C. Irving Case (1978) 2 C.B.L.J. 135, p. 150: "...the law, as revised is not nearly so clear in its intent. The revised law did not extol the virtues of competition as an end in itself; it merely proscribed mergers which would lessen competition and have...a detrimental effect on the public. This 'double-barrelled' interpretation of the words was not the intent of those revising the legislation. The intention was to make clear that detriment to the public was to be measured in terms only of the lessening of competition" (soulignés de Stanbury). Comme le signalent Stanbury et Reschenthaler, même si le législateur a annoncé clairement son intention, le texte de loi n'est pas aussi clair. La diminution de concurrence et l'intérêt du public semblent deux critères distincts et cumulatifs. Nous verrons ce que les tribunaux en feront. (Cf., deuxième partie)

226) A noter qu'en 1975, la définition de fusion fut modifiée pour y inclure les services et les professions. Cf., 1975 S.C., c. 76, art. 1(3).

commerce de tenir pleinement compte de tous les éléments qui entrent en ligne de compte dans la détermination de l'intérêt public.

C'est donc ce critère "rabougri", qui place les mots "intérêt du public" en position de dépendance à l'égard de la diminution de concurrence qui constitue, depuis 1960, le critère permettant de déterminer la légalité des fusions (227). Le texte de l'infraction de fusion est donc inchangé depuis 1960, si ce n'est du fait que les services tombent dans le champ d'application de la loi depuis 1975, et est constitué des mêmes éléments essentiels.

227) Vers la fin des années soixante, le Canada entra dans une période de consolidation industrielle et de fusions sans précédent. Alors qu'en 1966, on relevait 203 cas d'acquisitions et qu'on en signalait 228 en 1967, il y en eut 402 en 1968, 504 en 1969 et 427 en 1970. Il était alors déjà devenu évident que la politique en matière de concurrence devait être révisée. Chargé par le gouvernement d'étudier la question, le Conseil économique du Canada publiait en 1969 son Rapport provisoire, op.cit., n. 13) dans lequel on proposait une approche radicalement différente à l'égard des fusions. Le changement radical consistait en la création d'un Tribunal des pratiques de concurrence, tribunal spécialité de nature civile, chargé de permettre ou d'interdire les fusions. Par contre, au niveau du critère d'évaluation le Conseil économique réintroduisait le large critère "d'intérêt du public" de la façon suivante: "Le rôle du Tribunal...(serait de)...dresser un bilan soigné de ces préjudices ainsi que des bienfaits pouvant également être prévus (préjudices et bienfaits étant, évidemment, appréciés du point de vue de l'ensemble de l'économie et de l'intérêt public en général)". Les projets de loi gouvernementaux qui suivront ce rapport s'en détacheront sur un point essentiel: le principe de la diminution de la concurrence demeurera le critère fondamental d'intervention et la liste des "préjudices" et "bienfaits" (bien que non-limitative) se limite à des critères de nature économique...et néglige, par le fait même, les aspects sociaux et politiques de l'intérêt du public. Ces projets de loi ne furent jamais adoptés. W.T. STANBURY, op.cit., n. 13, a montré le rôle déterminant joué par le lobby du monde des affaires dans l'échec de ces tentatives de réforme. L'étude de ces tentatives avortées n'entre pas, bien sûr, dans le cadre du présent ouvrage.

Il ressort de cette partie "exégétique" de notre ouvrage que les dispositions législatives applicables aux fusions d'entreprises ont été adoptées --sauf pour ce qui est de la loi de 1910-- dans des circonstances où les fusions n'étaient pas "le mal" auquel on cherchait remède.

En ce qui concerne la loi de 1910, sa principale contribution a certes été d'associer les fusions aux ententes illégales au sein de la définition de "coalition". On ne saurait exagérer l'importance de ce fait sur l'évolution subséquente de la politique relative aux fusions.

Le fait que l'on ait ainsi légiféré en matière de fusions que de façon "incidente" nous semble par ailleurs extrêmement révélateur. Cette seule observation justifie amplement cette partie de notre ouvrage. En effet, le fait d'avoir mis en lumière l'absence d'une volonté politique cohérente à l'occasion de l'adoption des dispositions législatives applicables aux fusions, de même que le fait que les mesures législatives visaient des problèmes tout autres que les fusions d'entreprises, nous donnent une perspective bien particulière pour analyser le traitement que les tribunaux ont accordé à ces dispositions législatives.

C'est d'ailleurs pour bien saisir ce fil conducteur sous-jacent à l'évolution législative que nous avons jugé

nécessaire cette première partie formellement séparée de l'interprétation judiciaire.

Ayant maintenant pris connaissance des circonstances dans lesquelles les dispositions législatives applicables aux fusions d'entreprises ont été adoptées et ont évolué, et ayant pris conscience du fait que le seul élément constant tout au long de cette évolution est l'absence d'une politique articulée s'appliquant spécifiquement aux fusions, nous sommes maintenant en mesure, à la lumière de cet éclairage, d'analyser le traitement judiciaire de ces dispositions législatives qui ont été appliquées à différents cas de fusions d'entreprises.

Deuxième partie:

Le traitement judiciaire de
la notion d'intérêt du public
en matière de fusions

"The legislature has bent over backwards in trying to be absolutely fair to everybody by stipulating that the combination must operate or be likely to operate "to the detriment or against the interest of the public". This is no doubt commendable. But it has also succeeded in clouding the issue; namely what meaning is to be ascribed to those words."

S.F. SOMMERFELD, in:

Free Competition and the Public Interest (1948)
7 U.T.L.J. 413, à la page 446.

DEUXIEME PARTIE

Le traitement judiciaire de la notion d'intérêt
du public en matière de fusions

Dans cette deuxième partie, nous tenterons d'analyser les différents jugements qui ont contribué à définir la notion d'intérêt du public.

Le premier chapitre sera consacré aux problèmes soulevés par le fait que les décisions judiciaires en matière de complots, d'ententes illégales pour restreindre le commerce et de monopoles, sont pertinentes pour comprendre les décisions en matière de fusions.

Compte tenu du fait que la notion "d'intérêt du public" a fait l'objet de deux grands courants jurisprudentiels contradictoires, nous avons jugé nécessaire de consacrer un chapitre à chacun de ceux-ci. En conséquence, le deuxième chapitre analysera les décisions qui ont fait équivaloir "au détriment..de l'intérêt du public" avec le critère "indûment" applicable aux complots pour restreindre le commerce. En conséquence, une section de ce chapitre sera consacrée à l'étude de la signification du critère "indûment". Le troisième chapitre fera état des décisions judiciaires qui ont tenté de développer une signification autonome pour la notion "d'intérêt du public".

Chapitre I- Les problèmes particuliers posés par la
jurisprudence relative aux fusions

Pour différentes raisons qu'il est essentiel d'expliquer à ce stade-ci de notre ouvrage, la jurisprudence en matière de fusions soulève certaines difficultés particulières qui en rendent l'analyse plus difficile. Les principales raisons sont les suivantes: a) le petit nombre d'affaires traitant spécifiquement de fusions (228); b) le lien qui a existé jusqu'en 1960 entre les ententes illégales et les "fusions, trusts ou monopoles" qui on partagé tout au long de cette période le même critère de légalité (étant parties de la même définition de coalition) (229); c) le lien qui s'est perpétué entre les fusions,

228) Il n'existe, selon nous, que six cas où des fusions ont fait l'objet de poursuites devant les tribunaux. Il s'agit des affaires: R. v. Canadian Import Co. (1933) 61 C.C.C. 114; R. v. Staples (1940) 74 C.C.C. 178; R. v. Canadian Breweries Ltd. (1960) 126 C.C.C. 133; R. v. B.C. Sugar Refining Co. (1961) 129 C.C.C. 7; R. v. Electric Reduction Co. of Canada (1970) 61 C.P.R. 235; R. v. K.C. Irving (1976) 32 C.C.C.(2d) 1. E. SEXTON, op.cit., n. 212, p. 18, inclut, à tort, selon nous, R. v. Eddy Match Co. (1954) 109 C.C.C. 1, parmi les causes de fusions alors qu'il s'agit manifestement d'une poursuite en vertu de la partie de la définition de "fusion, trust ou monopole" (1927 S.R.C., c. 26, art. 2.(4) b), tel que modifié par: 1935 S.C., c. 54, art. 2.) qui vise les monopoles.

229) Lequel est, bien sûr: "qui ont opéré ou qui sont de nature à opérer au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public...". Pour cette raison, dans la mesure où les causes concernant les ententes illégales contribuent à préciser le sens de la notion "d'intérêt du public", il faudra en tenir compte et les analyser. Il n'a a eu que cinq poursuites en vertu de la partie de la définition de "coalition" visant les ententes illégales. Cf., supra, n. 158.

d'une part, et les "trust ou monopole", d'autre part, qui ont formé ensemble une partie de la définition de "coalition" jusqu'en 1960 et qui ont, de 1935 à 1960, partagé une même définition collective (230); d) le fossé que représente, entre les cas de fusions survenus avant et après 1960, la modification apportée en 1960 au critère régissant la légalité des fusions (231); e) le rôle déterminant joué par les jugements en matière de complots pour restreindre le commerce dans l'interprétation des dispositions visant les coalitions (ententes illégales, monopoles et fusions).

Il faudra donc, pour bien comprendre et situer les jugements que nous devons analyser, tenir compte de ces facteurs qui en déterminent la signification et la portée.

Section 1- Les différents jugements pertinents en matière d'intérêt du public

Dans cette section, nous tenterons d'identifier les différents jugements qui pourront être utiles pour comprendre le traitement judiciaire de la notion d'intérêt du public. Outre, évidemment, les jugements dans des affaires concernant des fusions, il ressort que les jugements portant sur les ententes illégales, les complots pour restreindre le commerce et les monopoles sont pertinents.

230) Cf. 1935 S.C., c. 54, art. 2.

231) Lequel critère devient: "moyennant quoi la concurrence... est réduite...au détriment..de l'intérêt du public". Cf., première partie, chapitre IV.

Paragraphe 1- L'intérêt du public et les ententes illégales

Suite à la création de l'infraction de coalition en 1923, il fallut attendre jusqu'en 1931 avant qu'une poursuite soit entreprise en vertu de l'article de la Loi des enquêtes sur les coalitions (232) contre une telle coalition "ayant opéré ou étant de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public". En fait, de 1932 à 1934, quatre jugements seront rendus au sujet de coalitions. Dans chaque cas, il s'agira de poursuites concernant la partie de la définition de "coalition" visant les "ententes illégales" (233), bien que dans un cas il y eut aussi une poursuite concernant une fusion (234).

Dans chacune de ces quatre poursuites pour entente illégale, la Couronne ajoutera un acte d'accusation reposant sur

232) 1927 S.R.C., c. 26, art. 2 (1) et 32.

233) Les quatre causes sont: R. v. Singer, (1931) O.R. 202 (procès) et (1931) 56 C.C.C. 68 (appel); R. v. Alexander Ltd. (1932) 57 C.C.C. 346; R. v. Famous Players (1932) 58 C.C.C. 50; R. v. Canadian Import Co. (1932) 61 C.C.C. 114 (procès) et (1935) 62 C.C.C. 342 (appel).

234) Il s'agit, nous l'avons déjà signalé, de l'affaire: R. v. Canadian Import Co. (1933) 61 C.C.C. 114 où la poursuite s'appuyait sur ce que nous avons qualifié de "définition occulte" de fusion. Cf., supra, Partie I, chapitre III, note 158.

l'infraction de complot pour restreindre le commerce (235). Ceci n'est pas, bien entendu, de nature à clarifier la situation (236).

Par la suite, on ne signale qu'un seul autre cas de poursuite pour entente illégale, 23 ans plus tard (237).

Dans le tableau suivant, nous retrouvons l'ensemble des causes portées devant les tribunaux en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions avant 1960, en vertu de l'infraction de "coalition" (238).

235) Rappelons que le texte de ce qu'était à l'époque l'article 498 C.cr. (1927 S.R.C., c. 36) était à peu près identique au texte de la partie de la définition de "coalition" qui visait les ententes illégales, sauf pour le fait que, comme le précise R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 180: "The statute was aimed at 'combines' (coalitions) which...(operated).. to the public detriment while the..Criminal Code provision... was directed...at conspiracies (complots) that lessened competition 'unduly' (indûment)". Aussi, Cf. W.G. PHILLIPS, op.cit., n. 29, p. 82.

236) Ni le fait d'ailleurs que les juges ne faisaient pas de distinction entre les deux accusations. L'étude de ces jugements nous amène à constater que les juges condamnaient ou acquittaient en vertu des deux accusations sans distinguer entre les deux, malgré le fait que le critère de légalité est "indûment" dans le cas d'un complot (C.cr.) et "au détriment..." dans le cas d'une entente illégale.

237) Il est probable que "l'adoption", en 1935, d'une disposition prohibant les poursuites simultanées pour infraction de coalition et de complot a amené les procureurs de la Couronne à poursuivre en vertu de l'infraction de complot, où la jurisprudence était plus claire et plus abondante et à abandonner l'infraction de coalition par voie d'entente illégale. En ce sens, l'affaire R. v. Morrey (1957) 6 D.L.R. (2d) 114 est une aberration.

238) 1927 S.R.C., c. 26, art. 2.(1) et 38 modifié par 1935 S.C., c. 54.

Tableau I

Liste complète des causes portées devant les tribunaux en vertu de l'infraction de "coalition"

"Coalition" par voie d'entente illégale	"Coalition" par voie de fusion, trust ou monopole.
<u>R. v. Singer</u> (1931) <u>R. v. Alexander</u> (1932) <u>R. v. Famous Players</u> (1932) <u>R. v. Canadian Import</u> (1934) <u>R. v. Morrey</u> (1957)	<u>R. v. Canadian Import*</u> (1934) (fusion) <u>R. v. Staples</u> (1940) (fusion) <u>R. v. Eddy Match</u> (1952-54) (monopole) <u>R. v. Canadian Breweries</u> (1960) (fusion) <u>R. v. B.C. Sugar</u> (1960) (fusion)
	*Poursuite en vertu de l'art. 2.(1)b) (1927) S.R.C., c. 26) (définition occulte de fusion)

Ce que ces affaires ont en commun, c'est le fait qu'elles se partagent le critère de "l'opération au détriment de l'intérêt du public" pour déterminer la légalité de la coalition. Pour cette raison, nous ne pouvons, même si notre travail s'intéresse à la notion d'intérêt du public appliquée aux fusions, exclure de notre analyse ces jugements qui, parce qu'ils traitent

de la même "infraction-parapluie" qu'est l'infraction de "coalition", s'appuient sur le même critère de légalité d'intérêt du public.

Paragraphe 2- La similarité entre l'infraction de complot et celle de "coalition par voie d'entente illégale"

Nous avons déjà signalé (239) que le texte de l'infraction d'entente illégale (coalition par voie de..) recoupe à peu près entièrement celle de complot pour restreindre le commerce. Cette similarité, ajoutée au fait que la grande majorité des poursuites suite à des enquêtes portant sur des coalitions aient été engagées en vertu de l'infraction de complot (240) plutôt qu'en vertu de l'infraction de "coalition" par voie d'entente illégale, donne une signification toute particulière à cette jurisprudence qui aura, nous aurons l'occasion de le constater, une influence déterminante sur l'interprétation qui sera donnée à la notion d'intérêt du public pendant une certaine période.

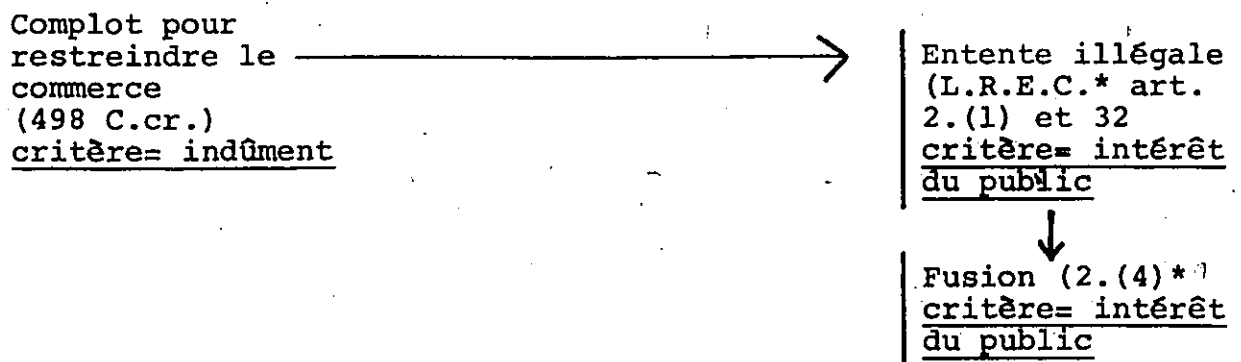
Il est important de comprendre le mécanisme par lequel le corpus jurisprudentiel de l'infraction de complot pour restreindre le commerce a pu jouer un rôle quelconque dans le développement de l'interprétation du critère de l'intérêt du public.

239) Voir, supra, n. 235

240) En fait, pas moins de 35 causes furent jugées en fonction de l'article du Code criminel traitant des complots en vue de restreindre le commerce entre 1910 et 1960 (lorsque cet article devint l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Par ailleurs, cinq causes de complot avaient été poursuivies avant même l'adoption de la première loi concernant les enquêtes sur les coalitions. A ce sujet, consulter l'excellent tableau préparé par: W.T. STANBURY, op.cit., n. 26, p. 623 ss.

Le tableau suivant illustre le caractère indirect du rôle joué par la jurisprudence en matière de complot sur l'interprétation de la notion d'intérêt du public appliquée aux fusions. On y voit que l'infraction de complot et celle d'entente illégale partagent le même libellé, sauf pour ce qui est du "test de légalité". Par ailleurs, les fusions partagent avec les ententes illégales (du fait qu'ils sont deux parties de la définition de coalition) le même critère, à savoir l'intérêt du public. C'est donc ainsi, par ricochet ou par association, que les jugements en matière de complots ont contribué à influencer le développement jurisprudentiel de la notion d'intérêt du public.

Tableau 2 - Illustration de la relation entre l'infraction de complot et celle de coalition par voie de fusion



*1935 S.C., c. 54 modifiant
1927 S.R.C., c. 26.

C'est donc par analogie --à cause de la similarité des textes de l'infraction de complot et celle d'entente illégale-- que s'est effectué le rapprochement d'abord entre les complots pour restreindre le commerce "indûment" et les ententes illégales

pour restreindre le commerce "au détriment de l'intérêt du public" (241).

Par la suite, parce que les ententes illégales et les "fusion, trust ou monopole" partageaient, à l'intérieur de la définition de "coalition", le même critère "d'intérêt du public", l'influence exercée au premier degré par l'infraction de complot sur celle d'entente illégale allait affecter l'infraction de coalition par voie de "fusion, trust ou monopole".

C'est cela qu'il importe de comprendre à ce stade-ci de notre exposé. Dans un prochain chapitre, nous aurons l'occasion de préciser la nature de cette influence qui pose des problèmes bien précis au niveau de l'interprétation et de la signification de la notion d'intérêt du public (242).

D'autre part, il importe aussi de souligner que l'un des facteurs qui contribuent à rendre la jurisprudence en matière de complot particulièrement influente est le fait que cette chaîne de décisions s'appuie sur différentes décisions de la Cour suprême du Canada, ce qui confère un caractère plus

241) A ce sujet, J.J. QUINLAN, dans un mémorandum préparé pour les avocats du ministère de la Justice et reproduit dans L.A. Skeoch, op.cit., n. 15, p. 46, affirmait: "That the combination (entente) prohibited by sections 2(a) and 32 of the Combines Investigation Act...is essentially a conspiracy, or at least that it is an offense to which the conspiracy (complot) principles are applicable, is borne out by the view taken by the Courts". (p. 47).

242) Voir, infra, chapitre II.

"définitif" aux points de droit qu'elle éclaire (243).

Compte tenu de la tendance bien naturelle qu'ont les juges de chercher à asseoir leurs décisions sur des bases solides et des précédents bien fixés, il n'est pas non plus surprenant que ces décisions de dernière instance aient semblé un refuge accueillant aux juges rebutés par la jungle mal explorée que représentait le secteur des fusions. C'est sans doute là un autre facteur qui explique l'influence que prendra l'infraction de complot et son critère "indûment" dans le développement jurisprudentiel de la notion d'int-érêt du public.

Paragraphe 3- L'incidence des jugements en matière de monopoles

De 1910 à 1960, les fusions et les monopoles ont fait partie d'une expression commune à l'intérieur de la définition de "coalition". De 1935 à 1960, cette expression fut dotée d'une définition collective qui renforçait encore le lien existant entre les fusions et les monopoles. Toutefois, au cours de toute cette période, une seule affaire de monopole fut amenée devant les tribunaux. Il s'agit de l'affaire R. v. Eddy Match Co. (244)

243) En fait, il n'est pas exagéré de parler de "chaîne" de décisions en la matière: les décisions en question sont fortement reliées les unes aux autres par des références constantes aux décisions antérieures. La première, qui allait établir le principe auquel les autres se sont constamment référées fut: Weidman v. Schagge (1912) 46 R.C.S. 1 (comme le nom des parties l'indique, il s'agit d'une affaire civile, où l'on plaide la nullité d'un contrat incompatible avec l'art. 498 C.cr.). Cette cause fut suivie par: Stinson-Reeb Builders Supplies v. R (1929) R.C.S. 276; Container Materials Ltd. v. the King (1942) R.C.S. 147; Howard Smith Paper Mills Ltd. v. the Queen (1957) R.C.S. 403.

244) 104 C.C.C. 39 (procès); 109 C.C.C. 1 (appel).

dont il a été question plus haut (245).

Pour ce qui est de la jurisprudence d'après 1960, il faut évidemment tenir compte du fait que, depuis cette date, le critère de légalité des fusions et des monopoles n'est plus le même. En effet, alors qu'une fusion est une infraction dans la mesure où elle "réduit la concurrence au détriment...de l'intérêt du public", les monopoles continuent, comme avant 1960, d'être des infractions s'ils "opèrent..au détriment...de l'intérêt du public" (246).

Depuis 1960, quatre causes concernant des monopoles ont été amenées devant les tribunaux (247). Evidemment, dans la mesure où ces décisions jettent un éclairage nouveau sur la notion d'intérêt du public, il faut en tenir compte.

Toutefois, ce qui importe à ce stade-ci, c'est de prendre connaissance du fait qu'il existe, parallèlement aux décisions concernant des fusions, des jugements concernant des monopoles qui dépendent eux aussi du même critère de l'intérêt du public et sont, de ce fait, pertinents pour comprendre les décisions en matière de fusions.

245) Voir, supra, n. 228.

246) Le ministre Fulton, pour justifier ces deux critères distincts, avait expliqué qu'on ne pourrait parler, dans un cas de monopole, "de réduction de la concurrence"; ce qui imposait le choix des mots "qui exploitent" (opèrent) pour les monopoles. Cf., supra, n.214 (texte).

247) Il s'agit des affaires: R. v. Electric Reduction Co. (1970) 61 C.P.R. 235; R. v. K.C. Irving (1976) 32 C.C.C.(2d) 1; R. v. Allied Chemicals Can. Ltd. (1976) 29 C.C.C.(2d) 460; et R. v. Canadian General Electric Co. Ltd. (1976) 34 C.C.C.(2d) 489.

Paragraphe 4- L'importance des modifications législatives

Un autre problème qu'il est important de souligner au moment d'entreprendre l'analyse de la jurisprudence en matière de fusions réside dans le fait que les différentes causes en matière de fusions --qui ne sont pas nombreuses, nous l'avons dit-- n'ont pas toutes été engagées en vertu de la même disposition législative.

La duplication des dispositions concernant les fusions dans la définition de "coalition" et, plus tard, les changements législatifs apportés au texte de l'infraction et à la définition des termes feront que les différentes causes en matière de fusions se rapporteront à des dispositions législatives qui seront parfois différentes. Ainsi, alors que l'affaire R. v. Canadian Import Co. (248) était poursuivie en vertu de la "définition occulte" de fusion qui coexistait avec l'expression "fusion, trust.." dans la définition de coalition (249), les causes R. v. Staples (250), R. v. Canadian Breweries (251), R. v. B.C. Sugar (252) et R. v. ERCO (253) furent poursuivies en s'appuyant sur

248) (1933) 61 C.C.C. 114.

249) Cette "définition occulte" allait, en 1935, être intégrée à la définition collective de "fusion, trust ou monopole".

250) 74 C.C.C. 178.

251) 126 C.C.C. 133.

252) 129 C.C.C. 7.

253) (1970) 61 C.P.R. 235.

l'expression "fusion, trust ou monopole" et à la définition qui en fut donnée en 1935 (254).

Finalement, l'affaire R. v. K.C. Irving (255) fut poursuivie, en vertu d'un chef d'accusation, en s'appuyant sur le texte de loi d'avant 1960, c'est-à-dire pour coalition par voie de "fusion, trust ou monopole" et, en vertu d'un autre chef d'accusation, en s'appuyant sur l'infraction de fusion selon la loi de 1960.

Il s'agit là d'un facteur qu'il faudra garder à l'esprit pour bien comprendre et situer ces différentes décisions judiciaires en matière de fusions.

Section 2- Les deux grands courants jurisprudentiels qui traitent de la notion d'intérêt du public

Comme d'autres l'ont noté avant nous (256), notre étude nous a amené à discerner deux grands courants jurisprudentiels qui s'affrontent en ce qui concerne la portée et la signification donnée par les tribunaux à la notion d'intérêt du public.

L'affrontement de ces deux courants de pensée et la position prééminente de l'un ou de l'autre à un stade quelconque du développement de la jurisprudence en matière de fusions constitue, à

254) Cf., 1935 S.C., c. 54, art. 2.(4).

255) (1977) 32 C.C.C.(2d) 1.

256) En particulier, voir à ce sujet: R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 196; où il signale qu'il y a une interprétation dominante et "a second line of decisions" en matière d'intérêt du public. Voir aussi J.J. QUINLAN, Canadian Anti-Combines Legislation: "Unduly" and "Public Detriment" pp. 73-74, in L.A. SKEOCH, op.cit., n. 15, p. 67.

toutes fins pratiques, le portrait de la situation juridique des fusions et nous indique la signification donnée par les tribunaux à la notion d'intérêt du public.

L'organisation de notre analyse reflétera en conséquence cette polarisation de l'interprétation de la notion d'intérêt du public entre deux conceptions diamétralement opposées et incompatibles.

Ces deux grandes lignes d'interprétation de la notion d'intérêt du public dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (257) constituent en quelque sorte le cadre d'analyse que nous adopterons. En fait, pour être conforme à la réalité, notre étude jurisprudentielle se doit de s'appuyer et de se modeler aussi fidèlement que possible, pour sa structure, sur l'aspect que prend, dans la réalité, l'agrégat de décisions qui constitue la jurisprudence traitant de la notion de l'intérêt du public.

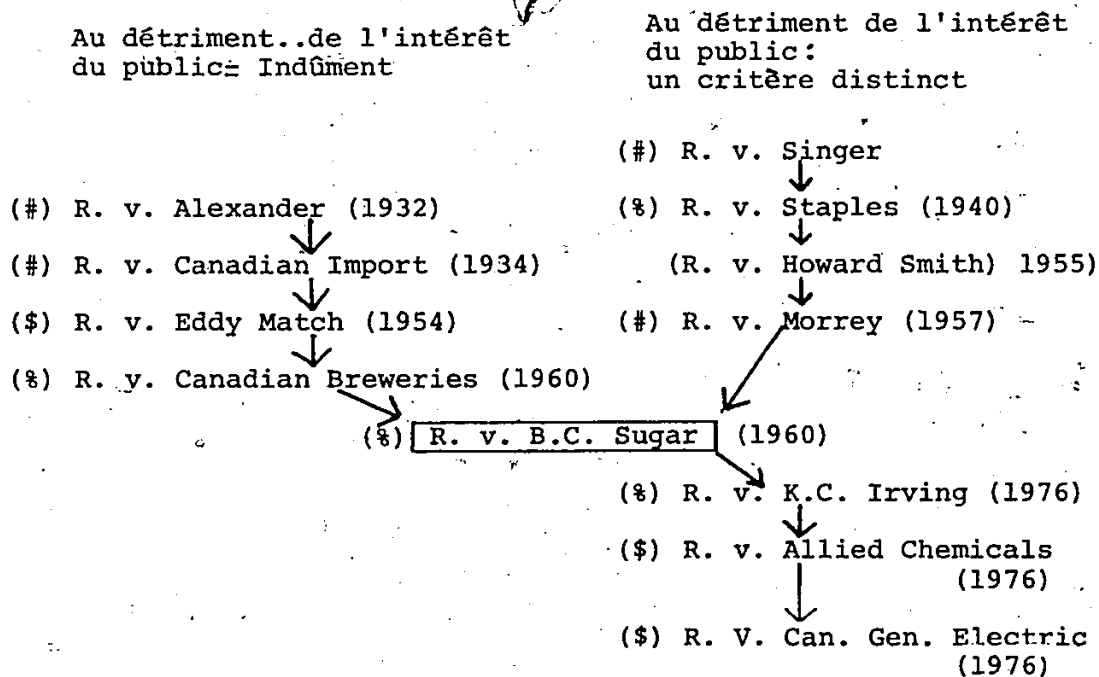
Les deux grandes tendances qu'il nous a été possible de déceler sont les suivantes: D'abord, un courant jurisprudentiel a cherché à faire équivaloir le critère "au détriment...de l'intérêt du public" avec le critère "indûment" s'appliquant aux cas de complots pour restreindre le commerce. En vertu de cette approche, la notion "d'intérêt du public" n'a pas de signification propre, mais doit adopter celle que les tribunaux ont développé au sujet du critère "indûment".

257) Voir, supra, n. 1.

Par ailleurs, l'autre tendance jurisprudentielle a cherché à donner une vie propre et une signification particulière à la notion d'intérêt du public, en insistant pour la distinguer du critère "indûment" applicable aux complots pour restreindre le commerce.

Le tableau suivant constitue, selon nous, une illustration réaliste de l'évolution de ces courants jurisprudentiels.

Tableau 4 - Les deux grands courants jurisprudentiels de l'interprétation de la notion "d'intérêt du public"



Code: (\$) = fusion
(\$)= monopole
(#)= entente illégale

Ce tableau exige, nous n'en doutons pas, des explications. D'abord, il faut justifier l'absence de deux des six causes de fusions qui ont été amenées devant les tribunaux (258). En fait, ceci découle du fait que dans l'affaire R. v. Canadian Import (l'accusation de fusion), le juge n'a tout simplement pas traité de la question de l'intérêt du public, appuyant sa décision, entre autres motifs, sur l'opinion qu'une seule personne ne pouvait former une "coalition par voie d'acquisition de l'entreprise d'un tiers" (259). Pour ce qui est de l'affaire R. v. Electric Reduction Co., il s'agit d'une affaire où les accusés ont plaidé coupable. En conséquence, il n'y a pas de motifs de jugement publiés, mais simplement les remarques du juge rendant la sentence. Ces remarques n'apportent aucun élément intéressant concernant la signification du critère d'intérêt du public (260).

D'autre part, il importe de souligner le fait que les courants jurisprudentiels, du moins dans le tableau analytique que nous en donnons, se basent sur des affaires de fusions, de monopoles, d'ententes illégales et même d'une affaire de complot pour restreindre le commerce (261).

258) Pour une liste complète de ces affaires, voir, supra, n. 228.

259) Comme l'a dit W.T. STANBURY, op.cit., n. 13, p. 139, dans l'affaire R. v. Canadian Import, concernant l'accusation de fusion: "(The judge) never got to the issue of detriment (to the public interest)".

260) En fait, l'un des rares éléments intéressants de l'affaire ERCO réside dans l'émission d'une ordonnance de prohibition accompagnant la sentence. D.G. McFETRIDGE, dans The Emergence of a Canadian Merger Policy: The ERCO Case (1974) 19 Antitrust Bulletin 1, y voyait une technique prometteuse pour contrôler les fusions.

261) Il s'agit de l'affaire R. v. Howard Smith Paper Mills (1957) R.C.S. 407.

Pour ce qui est de cette dernière, bien que nous aurons l'occasion d'en traiter plus longuement plus loin, il importe de dire qu'il s'agit d'une affaire où un juge de la Cour suprême du Canada a affirmé de façon non-équivoque que, selon lui, on ne saurait faire équivaloir "indûment" et "au détriment de l'intérêt du public" (262).

En ce qui concerne la présence de causes de monopoles et d'ententes illégales, nous avons déjà expliqué de façon détaillée les liens qui les rattachent au problème des fusions, étant donné qu'ils dépendent eux-aussi du critère de l'intérêt du public (263).

Par ailleurs, la situation de l'affaire R. v. B.C. Sugar, placée au confluent des deux courants de la jurisprudence, exige elle aussi des explications. Il ne s'agit ici, évidemment, que de justifier cette position, l'analyse du jugement étant effectuée dans les chapitres subséquents. Il appert que dans l'affaire B.C. Sugar, le juge a semblé pencher, à tour de rôle, pour l'une ou l'autre des deux approches jurisprudentielles. Pour cette raison, à cause de l'ambiguïté de son raisonnement, nous plaçons aux fins de notre analyse, sa décision entre les deux grands courants.

Cette dualité d'interprétation que nous avons cru, à l'instar d'autres auteurs (264), déceler dans la signification

262) Ibid., Cf., le jugement du juge Kellock, à la page 409.
Voir aussi, infra, n. 418.

263) Voir, supra, section 1.

264) A titre d'exemple, voir R. GOSSE, supra, n. 256.

qui a été donnée, par les tribunaux, à la notion d'intérêt du public telle qu'elle s'applique aux fusions, nous a conduit à consacrer à chacun des deux grands courants de la jurisprudence, un chapitre. Nous traiterons donc à tour de rôle, dans une perspective analytique et critique, des jugements qui font équivaloir "au détriment de l'intérêt du public" et "indûment" et, dans un chapitre subséquent, des jugements qui cherchent à élaborer une signification particulière pour la notion d'intérêt du public.

Chapitre II - Confusion entre les notions "d'intérêt du public" et "indûment"

Ce chapitre est consacré à la jurisprudence qui s'est développée autour de la notion d'intérêt du public en traitant cette notion comme si elle n'était qu'un synonyme du critère "indûment" applicable aux complots pour restreindre le commerce (265). En conséquence, il importe, au départ, de se pencher sur le critère "indûment" afin d'en cerner et d'en préciser la signification. Par la suite, nous retracerons le cheminement jurisprudentiel et le raisonnement juridique qui ont contribué à fondre --pour ne pas dire confondre-- les critères "indûment" et "au détriment..de l'intérêt du public" en une seule signification commune.

Section 1- Les origines et la signification du critère "indûment" applicable aux complots pour restreindre le commerce

Il n'est pas question de faire ici un exposé détaillé de l'histoire et de l'évolution de l'infraction de complot pour restreindre le commerce. D'autres l'ont fait avant nous avec beaucoup de compétence (266).

265) Cette infraction de complot est maintenant l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Cf., supra, Première partie, chapitre IV.

266) Un remarquable exposé historique de l'adoption de cette première loi canadienne en matière de concurrence a été écrit par: M.A. COHEN, The Canadian Anti-trust Laws--Doctrinal and Legislative Beginnings (1938) 16 R. du B. can. 439. Voir aussi: R. GOSSE, op.cit., n. 15, chapitre III.

Toutefois, il nous semble nécessaire, pour assurer la cohérence de notre démarche, de rappeler les grandes étapes du développement de cette législation qui aura une si grande influence sur l'interprétation qui sera donnée à la notion d'intérêt du public.

Paragraphe 1 - L'histoire législative du critère
"indûment" en matière de complots

L'infraction de complot pour restreindre le commerce fut la première mesure "antitrust" adoptée par le Canada (267). En fait, cette mesure fut, à l'origine, parrainée par un simple député d'arrière-banc, N.C. Wallace, qui s'était déjà illustré en obtenant, à force de tenacité, la formation d'un comité spécial de la Chambre des communes pour étudier "l'existence de prétendues coalitions" (268).

Le projet de loi Wallace, qui visait d'abord à rendre illégaux les coalitions ou complots formés par les commerçants qui avaient pour objet de hausser les prix, de restreindre le commerce ou de diminuer la concurrence, semblait condamné à accumuler de la poussière sur les tablettes --ce qui est, du reste, le sort habituel des projets de loi de simples députés-- lorsque le gouvernement de John A. MacDonald décida de l'inscrire parmi les projets de loi gouvernementaux...après lui avoir fait subir une "légère" modification. Celle-ci consistait simplement

267) R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 68. La loi fut adoptée en 1889, un an avant l'adoption du "Sherman Act" aux Etats Unis.

268) Cf., Débats, Chambre des communes, 1888, p. 28.

à ajouter le mot "illégalement" dans le texte de l'infraction proposée. L'addition de ce mot changeait pourtant radicalement la portée du bill. Alors que le projet de loi original de Wallace visait à créer une nouvelle infraction, l'addition de "illégalement" signifiait que les actes que Wallace voulait rendre illégaux ne le seraient que dans la mesure où ces actes étaient déjà illégaux en vertu de la common law (269).

En d'autres mots, le projet de loi ne créait plus une offense, mais devenait simplement déclaratoire de la common law en matière de restriction de commerce (270). Il n'était plus un statut modifiant la common law, mais une simple déclaration de la common law existante.

Le problème était que, comme l'ont démontré de façon concluante plusieurs juristes, la common law ne prévoyait pas, ou n'avait pas développé, d'infraction de complot visant à

269) A ce sujet, voir: M.A. COHEN, op.cit., n. 266, p. 457; R. GOSSE, op.cit., n. 14, p. 71.

270) C'est d'ailleurs ce qu'affirmait à la Chambre des communes Sir John Thompson, le ministre de la Justice, chargé de piloter le bill au nom du gouvernement. Il dit que le projet de loi était "..mainly declaratory of the common law..I have said candidly...that I think...(the)..Bill as now framed will add no penalty which could not already be enforced, and will not create any new offence" (House of Commons, Debates, 1889, p. 1438. Ce désir de rassurer les députés et le monde des affaires effrayés par la perspective d'une nouvelle loi frappant d'illégalité certaines pratiques commerciales en insistant sur le fait que le projet de loi ne change rien, mais ne fait que "déclarer" ou "clarifier" le droit existant était donc présent lors de l'adoption de la première loi canadienne en la matière.

restreindre le commerce (270a). En conséquence, la première loi adoptée en 1889 n'avait aucune signification (271).

Après son adoption par la Chambre des communes, le projet de loi fut amené au Sénat. Les sénateurs, sans doute pour apporter leur contribution à l'affaiblissement de la loi, ajoutèrent le mot "indûment" à trois des quatre alinéas du projet de loi. Ceci, dira Gosse, aura pour effet que "Not only did a criminal offense have to be committed, it had to be committed unduly" (272). Lorsque l'on sait que l'infraction criminelle en question n'existait pas, on conçoit la profonde insignifiance de la loi qui fut adoptée ainsi modifiée (273).

-
- 270a) "The Canadian act of 1889 was, therefore, declaratory of no offence at common law", dira R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 39. Voir aussi: M.A. COHEN, op.cit., n. 266, p. 457; D.G. KILGOUR, Cases and Materials on Unfair and Restrictive Practices, Toronto University of Toronto Press, 1962, p. 167. Ceci a été confirmé par la seule affaire poursuivie en vertu de cette loi. Dans R. v. American Tobacco (1897) 3 R. de J. 453 le juge a conclu ne rien trouver, dans la common law, qui prohibe les gestes posés.
- 271) R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 72, écrira: "Since there was no conspiracy in restraint of trade at common law along the lines imagined by the legislators, the bill at this point had become meaningless", (étant donné que le statut se voulait "déclaratoire" de la common law).
- 272) Ibid., p. 73.
- 273) Alors que R. GOSSE suggère, à ce qu'il nous semble en accord avec le texte des Débats, que N.C. Wallace était mortifié par le sort subi par son projet de loi (Cf. p. 73), M. BLISS, dans: Another Anti-trust tradition: Canadian Anti-Combines Policy 1889-1910 (1973) 47 Business History Review 182, prétend que les efforts de Wallace étaient "no more than a political sham" parce qu'il ne s'est pas objecté "when the Senate reinserted the various 'undulys'... in amendment to his bill". L'accusation de "fraudulent political posturing" qu'il adresse à Wallace devrait plutôt, selon nous, être adressée au gouvernement MacDonald, lequel a délibérément réduit à néant l'effort de Wallace tout en inscrivant dans les statuts une "loi" lui permettant de prétendre s'être attaqué aux complots pour restreindre le commerce.

En 1892, ce texte fut tout de même intégré au Code criminel à l'occasion de la première codification (274). En 1899 et en 1900, un invraisemblable chassé-croisé d'amendements entre la Chambre des communes et le Sénat allait, dans un premier temps, conduire à la suppression des mots "indûment" et "déraisonnablement" (275) et, dans un deuxième temps, à la réinsertion de ces mots et à la suppression du mot "illégalement" (276).

Ainsi modifié, le texte de ce qui était alors l'article 520 du Code criminel devenait vraiment une infraction nouvelle, n'étant plus "déclaratoire" d'une infraction inexistante selon la common law. Par la suite, cette infraction de complot pour restreindre le commerce allait demeurer au Code criminel --sans subir de modifications fondamentales-- pendant soixante ans avant

274) La loi originale s'intitulait: Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce. 1889 S.C., c. 41. Elle fut intégrée au Code criminel par 1892 S.C., c. 29, art. 520.

275) 1899 S.C., c. 46, art. 1.

276) 1900 S.C., c. 46, modifiant l'article 520 C.cr. Il s'agit là d'une loi originant du Sénat et révisant en profondeur l'ensemble du Code criminel. C'est là que furent réinsérés "indûment" et "déraisonnablement". M. BLISS, *op.cit.*, n. 273, p. 183-184, prétend que la suppression du mot "illégalement", qui allait donner du sens à l'article, est le fruit d'un accident. Selon lui, un sénateur, "who prided himself on his drafting ability" a proposé la suppression de ce mot qui, selon lui, alourdissait inutilement le texte sans rien y ajouter. Toujours selon Bliss, personne au Parlement, ni à la Chambre, ni au Sénat, n'a semblé comprendre la nature et la portée du changement en question! Quoi qu'il en soit vraiment, il est indéniable que la suppression du mot "illégalement" était nécessaire pour permettre à l'infraction de complot pour restreindre le commerce d'acquiescer une véritable existence, en modifiant de façon statutaire la common law.

d'être intégrée à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions à l'occasion de la réforme de 1960 (277).

Après la suppression du mot "illégalement", le terme "indûment" allait s'imposer comme le critère de légalité des complots pour restreindre le commerce.

Paragraphe 2- La signification judiciaire du critère "indûment": une question de droit

Comme nous l'avons déjà souligné, la jurisprudence en matière de complot pour restreindre le commerce est relativement abondante (278). C'est sans doute à cela qu'il faut attribuer le fait que la signification du critère "indûment" a été précisée assez rapidement par la contribution de plusieurs jugements.

Il n'est pas nécessaire, pour tracer un portrait fidèle de cette interprétation judiciaire du critère "indûment", de faire appel à toutes les causes entendues en ce domaine. En fait, il existe, comme nous l'avons déjà noté, une "chaîne" de décisions fondamentales en matière de complot qui cernent bien la portée et la signification du critère indûment.

Sans simplifier à outrance, on peut dire que le tableau suivant illustre bien le cheminement suivi par le critère "indûment" en quête d'une définition.

277) L'article 520 (1892 S.C., c. 29) allait devenir, à l'occasion de la révision de 1906 S.R.C., c. 146, l'article 498 et, à l'occasion de la révision du Code criminel (1953-1954 S.C. c. 51) l'article 411. En 1960, par le biais de 1960 S.C., c. 45, il devient l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

278) Voir, supra, n. 240.

Tableau 6 - Les grandes étapes de la détermination d'une définition du critère "indûment"

R. v. Elliot (1905) 9 O.L.R. 648

↓
Weidman v. Shragge (1912) 46 R.C.S. 1

↓
Stinson-Reeb v. The King (1929) R.C.S. 276

↓
Container Materials Ltd. v. The King (1942) R.C.S. 147

↓
Howard Smith Paper Mills v. R. (1957) R.C.S. 403

A) Le principe du droit aux bénéfices de la concurrence

Survenant cinq ans après la création de l'infraction de complot visant à restreindre le commerce, l'affaire R. v. Elliot allait poser le premier jalon du processus menant à la détermination du sens "d'indûment". Dans cette affaire, le juge Osler, en se penchant sur le texte législatif de l'article 520 C.cr. (comme il était alors numéroté) affirma:

The right of competition is the right of every one, and Parliament has now shown that its intention is to prevent oppressive and unreasonable restrictions upon the exercise of this right...In other words, competition is not to be prevented or lessened unduly.
(279)

279) (1905) O.L.R. 656, à la page 661. Plus loin, le juge ajoutait que la diminution de la concurrence devenait indue "if by the combination of a few the right (of competition) of the many is practically interfered with by restricting it to the members of the combination" (p. 662).

Ce grand principe, qui allait être repris et répété par de nombreux juges dans des causes subséquentes, n'a pas tardé à s'imposer comme la signification du mot "indûment".

Dans l'affaire Weidman v. Shragge (280), la première cause concernant l'infraction de complot pour restreindre le commerce à atteindre la Cour suprême du Canada, les juges ont établi solidement, par l'application du stare decisis, le principe du droit aux bénéfices de la concurrence. Le juge en chef Fitzpatrick affirma:

...the mischief aimed at is the undue and abusive lessening of competition which operates to the oppression of individuals or is injurious to the public generally.
(281)

Le juge Idington, dans un vibrant plaidoyer en faveur de la libre concurrence, insista sur "the ordinary rights of the public to enjoy their reasonable expectation of due and fair competition" (282). Et il ajoutait: "Destroy competition and you remove the force by which humanity has reached so far" (283).

Le juge Duff, en parlant des buts de la loi, dira:
"..(it)..was plainly intended to protect the specific public

280) (1912) 46 R.C.S. 1. Il s'agissait en fait d'un litige civil pour annulation d'un contrat sur la base de son incompatibilité avec l'article 520 C.cr.

281) Ibid., p. 4.

282) Ibid., p. 22-23.

283) Ibid., p. 28.

interest in free competition" (284).

Dans l'affaire Stinson-Reeb Builders Supply Co. v. The King (285), le juge Migneault reprendra ce principe en se référant à Weidman v. Shragge et affirmera: "Injury to the public by the hindering or suppressing of free competition... is what brings an agreement or combination under the ban of section 498" (286). Dans l'affaire Container Materials (287) le juge en chef Duff réaffirma le principe que l'infraction de complot pour restreindre le commerce visait à protéger le droit du public à la libre concurrence (288). Finalement, dans l'affaire Howard Smith Paper Mills (289), le juge en chef Kellock affirmait:

The statute proceeds upon the footing that the preventing or lessening of competition is in itself an injury to the public. It is not concerned

284) Ibid., p. 36. A noter la référence au "public interest". Bien que Duff n'ait jamais été cité, à notre connaissance, en faveur de l'argument que "indûment" est la même chose que "l'intérêt du public", cela aurait pu être fait par les défenseurs de cette thèse. Duff, devenu juge en chef, répétera textuellement cette phrase dans l'affaire Container Materials, trente ans plus tard. (1942) 1 D.L.F. 529, à la page 533.

285) 52 C.C.C. 66.

286) Id., p. 70. Par ailleurs, le juge insistait sur le fait que les avantages découlant du complot pour ses membres n'étaient pas à considérer.

287) 77 C.C.C. 129.

288) Il dira: "...as the enactment is aimed at protection the public interest in free competition, it is from that point of view that the question must be considered whether or not the prevention or lessening agreed upon will be undue". (p. 134). Cf., aussi: jugement de Kerwin, Id., p. 141.

289) 118 C.C.C. 321.

with public injury or public benefit from any other standpoint
(290)

B) Indûment signifie, en droit, le degré de suppression de la concurrence

S'appuyant par ailleurs sur le principe fondamental du "droit du public à une libre concurrence", tel que développé dans les jugements déjà cités, ces mêmes décisions judiciaires ont interprété le critère "indûment" comme signifiant simplement le degré de réduction de concurrence nécessaire pour qu'il y ait infraction.

En effet, ayant déterminé l'existence d'un droit absolu du public aux avantages découlant de la concurrence (291), les tribunaux ne pouvaient pas, sans contredire ce principe, juger bénéfiques --même si c'était le cas en vertu d'une étude économique-- des ententes qui diminuaient la concurrence. En conséquence, ces mêmes tribunaux ont ramené la signification du critère "indûment" à une simple détermination du degré de la diminution de concurrence (292).

290) Id., p. 328. Dans son opinion, tout en appuyant Kellock, le juge en chef Tashereau précisait: "The public is entitled to the benefit of free competition, and the prohibitions of the Act cannot be evaded by good motives" (p. 323). Représentant en cela le principe développé dans Stinson-Reeb, il fermait la porte aux conspirateurs cherchant à justifier leurs actes en plaçant les avantages retirés par le public de la stabilisation des prix et de la production.

291) En d'autres mots, les juges ont affirmé que la libre concurrence ne pouvait être que bénéfique pour le public. Cette vision de la concurrence --et de ses effets bénéfiques présumés-- n'était pas partagée avec la même unanimité par les économistes...ni certains juges. (Voir, infra, n. 295. Aussi, supra, n. 224).

292) C'est ceci qui amenait W. FRIEDMANN, op.cit., n. 174, à conclure que les tribunaux avaient enlevé toute signification qualitative au mot "indûment".

En fait, la signification du mot indûment avait été énoncé très clairement par le juge Duff dans l'affaire Container Materials alors qu'il affirmait:

The lessening or prevention (of competition) agreed upon will, in my opinion, be undue, within the meaning of the statute, if, when carried into effect, it will prejudice the public interest in free competition to a degree that the tribunal of fact finds to be undue...
(293)

Il ressort de cette citation que la signification à donner au mot indûment est une question de droit, mais que, cette question de droit étant résolue en décidant que le mot indûment signifie le degré de la diminution de la concurrence, c'est une question de fait, laissée à l'appréciation du "tribunal of fact", que de déterminer si le degré de diminution a été suffisant pour constituer une infraction (294).

En conséquence, il ne saurait être question, pour les parties d'une conspiration pour restreindre le commerce, de prétendre que leur entente a été bénéfique aux citoyens et était nécessaire pour la survie de leur industrie. En vertu de l'interprétation donnée aux tribunaux au mot "indûment", leur entente

293) 77 C.C.C. 129, à la page 134.

294) Le juge Cartwright, dans l'affaire Howard Smith (8 D.L.R. (2d) 449, à la page 470) insiste lui aussi sur le fait que la signification du mot "indûment" est une question de droit et que c'est "the extent" de la réduction de la concurrence qui importe. Cf., E. SEXTON, Mergers Under Canadian Combines Law (1962-63) 2 W.L.R. 1, p. 18, où ce dernier croit distinguer cinq interprétations judiciaires de "unduly". Après en avoir éliminé quatre, il se rallie à celle du degré de diminution de la concurrence.

sera jugée illégale si elle a pour effet ou pour objet de diminuer la concurrence à un degré suffisant pour constituer une infraction (295).

295) Cette interprétation du mot indûment, bien fixée par la jurisprudence, ne faisait pas l'unanimité. Déjà, dans les affaires R. v. Gage (1907) 13 C.C.C. 415; R. v. Beckett (1910) 10 O.L.R. 401, avant l'arrêt Weidman v. Shragge, des juges avaient émis l'opinion que certaines ententes pouvaient être bénéfiques au public. Plus tard, dans l'affaire R. v. Ash-Temple Co. (1949) O.R. 315, le juge laissait entendre que, selon lui, en choisissant le mot "indûment", le Parlement voulait sans doute signifier qu'il y avait des ententes qui n'étaient pas indues. Mais l'opinion la plus frappante, en ce sens, est le commentaire émis par le juge Cartwright dans l'affaire Howard Smith (8 D.L.R. (2d) 449, à la page 473), où, laissant voir son malaise à l'égard de la signification "quantitative" donnée au mot indûment, affirmait: "If it should be so that in construing the word 'unduly' the Courts have failed to discern the true intention of Parliament it is, under the principle of stare decisis, too late for us to reopen the question and the remedy, if one is required, lies in the hands of Parliament".
A n'en pas douter, les doutes qu'entretient Cartwright quant à l'interprétation donnée par les tribunaux à "indûment" reposent sur les critiques formulées par les économistes qui ont mis en doute la sagesse des tribunaux qui ont refusé de distinguer entre les "bonnes" et les "mauvaises" ententes. En imposant le maintien de la concurrence comme le critère déterminant et en décidant s'il y a infraction en évaluant la "quantité" de concurrence affectée par une conspiration, les tribunaux refusaient de "jouer aux économistes" et de juger les ententes "on alleged new or fashionable economic theories" dira le juge McBride (R. v. McGavin Bakeries 1 D.L.R. (2d) 201, à la page 229). L'économiste J. SHERBANIUK résumera bien la situation en disant que "their (the judges') attitude is aptly summed up by Sir Frederick Pollock's famous dictum --often quoted by his judicial colleagues-- that 'Our Lady of the Common law is not a professed economist' (op.cit., n. 214a, p: 65). Toutefois, S.F. SOMMERFELD, Free Competition and the Public Interest (1948) 7 U.T.L.J. 412, souligne que les juges, tout en refusant d'évaluer des théories économiques, en ont privilégié une: celle du droit absolu à une libre concurrence. D.G. BLAIR, dans: Combines, Controls or Competition? (1953) 31 R. du B. Can. 1083, à la page 1108, lui fait écho lorsqu'il affirme: "Some feel that an uncritical use of stare decisis has enshrined a theoretical nineteenth century concept of economics in our law".

Mais quel est le degré de diminution de la concurrence jugé nécessaire pour conclure au caractère "indû" d'une conspiration? Dans un mémorandum préparé pour les avocats du ministère de la Justice J.J. Quinlan résumait ainsi la situation en 1966:

A review of ..the authorities indicates that in every case where the agreement was condemned, the parties to it substantially controlled the business in question from a nation-wide, provincial or local point of view.
(296)

Toutefois, Quinlan précisait qu'une opinion du juge Cartwright, donnée selon lui en obiter dictum, dans l'affaire Howard Smith pouvait laisser croire que les membres de l'entente devaient devenir "free to carry on those activities virtually unaffected by the influence of competition" (297). Il s'agit là de ce qu'on appelle le test du "monopole virtuel".

Gosse, dans son volume consacré au droit de la concurrence au Canada, affirmait pour sa part que l'opinion de Cartwright mettait sans doute fin à l'incertitude quant au degré de réduction de concurrence nécessaire pour conclure qu'une infraction était commise: "The argument may have been put to rest after the Howard Smith case was heard by the Supreme Court of Canada.

296) J.J. QUINLAN, in L.A. SKEOCH, op.cit., n. 15, p. 64. Ce principe était repris récemment par l'actuel directeur des enquêtes et recherches, Me Robert Bertrand, in: C. MASSE, Rapport: conférence canadienne-droit et consommation Montréal Faculté de Droit, 1976, p. 175: "...la contestation judiciaire d'un accord..a de bonnes chances de réussir si cet accord touche plus de la moitié du marché en cause".

297) Ibid. Il s'agit d'une phrase de Cartwright citée par Quinlan.

There, Cartwright,.. thought the law required the elimination of competition before an agreement became criminal" (298).

Quoi qu'il en soit, l'obiter dictum n'a pas eu les effets escomptés par Gosse et plusieurs jugements subséquents ont rejeté le critère du "monopole virtuel" (299).

Toutefois, ce qu'il importe de noter, dans le cadre de notre ouvrage, c'est le fait qu'un contrôle "substantiel" du marché doit être impliqué dans l'entente pour qu'elle soit jugée "indue" (300). C'est donc là la signification et la portée que les tribunaux ont donné au critère "indûment", tel qu'appliqué aux conspirations pour restreindre le commerce.

-
- 298) Cf., R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 126. Gosse avait déjà signalé qu'il croyait à l'adoption du critère de "monopole virtuel" à l'occasion de la publication du jugement dans R. v. B.C. Sugar Refiners Co., une affaire de fusion dans laquelle le juge, après avoir déclaré l'équivalence entre "indûment" et "intérêt du public", avait adopté le critère du "monopole virtuel". Voir: R. GOSSE, Annotation, 36 C.R.28.
- 299) Voir: R. v. Abitibi Power and Paper Co. (1960) 131 C.C.C. 201; R. v. Electrical Contractors Assn. 27 D.L.R.(2d) 193; R. v. Canadian Coat and Apron Supply (1967) 2 Ex. C.R. 53. Gosse avait d'ailleurs subi une violente attaque de D.G. KILGOUR dans un commentaire: "No amount of approval, judicial or otherwise, will make the obiter dictum of Cartwright J. anything other than obiter dictum" (1963) 15 U.T.L.J. 245. Kilgour notait aussi que les deux seuls cas d'adoption du "monopole virtuel", Cf., R. v. Canadian Breweries; R. v. B.C. Sugar provenaient de cas de fusions et non de conspiration. Ceci souligne le malaise découlant de l'adoption de "indûment" comme équivalent du "détriment à l'intérêt du public". Les juges adoptaient "indûment", mais abusaient sa signification.
- 300) Voir, supra, n. 296. A noter qu'en 1975, par le biais de: 1974-75-76 S.C., c. 76, art. 14, le Parlement fermait la porte à l'application, à l'avenir, du critère de "monopole virtuel" et mettait fin à l'incertitude. Dans: Aetna Insurance Co. v. The Queen (1977) 30 C.P.R. 193, la majorité des juges de la Cour suprême, tout en rejetant ouvertement l'exigence d'un monopole virtuel, a semblé tout de même l'appliquer dans les faits. C'est du moins l'opinion exprimée dans le Rapport du directeur des enquêtes (1978).

Nous allons maintenant tenter d'analyser les motifs qui ont amené les tribunaux à appliquer ce critère "indûment" aux cas qui, en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, devaient être jugés selon le critère de "l'intérêt du public".

Section 2- Les jugements d'ententes illégales et de monopoles faisant équivaloir "intérêt du public" et "indûment"

Dans cette section, nous traiterons, dans un premier paragraphe, des jugements rendus dans des cas d'ententes illégales ayant opéré "au détriment de l'intérêt du public" qui ont fait équivaloir "l'intérêt du public" avec le critère "indûment", applicable aux complots pour restreindre le commerce. Un second paragraphe sera consacré à un jugement rendu dans un cas de monopole, mais faisant lui aussi équivaloir "au détriment de l'intérêt du public" et "indûment".

Paragraphe 1- Les jugements en matière d'ententes illégales

Comme nous l'avons déjà souligné plus haut, l'infraction d'entente illégale --qui partage avec l'infraction de fusion le critère "d'intérêt du public-- est rédigée en des termes similaires à ceux de l'infraction de complot pour restreindre le commerce, sauf pour ce qui est du critère de légalité, lequel est, dans le premier cas, "l'intérêt du public" et dans le deuxième cas "indûment".

Dans l'une des premières poursuites engagées en vertu de l'infraction d'entente illégale (301), laquelle poursuite incluait aussi une accusation de complot, le juge Raney, après s'être demandé si les mots "indûment" et "au détriment de l'intérêt du public", qui constituaient la différence essentielle entre les deux infractions, avaient la même signification. A cela, il répondait:

..I am of the opinion that the words, "to the detriment or against the interest of the public" were intended to be inclusive of..."unduly"..
(302)

Cette phrase allait lancer le courant jurisprudentiel faisant équivaloir "indûment", tel que défini ci-haut, et "au détriment de l'intérêt du public". Pour en arriver à cette conclusion, le juge Raney avait suggéré que le rédacteur de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions avait adopté le critère du détriment à l'intérêt du public en s'inspirant de l'interprétation que donnait au mot "indûment" le juge Osler dans R. v. Elliott (303).

301) Il s'agit de l'affaire R. v. Alexander. Voir, supra, n. 233.

302) Le juge Raney dans R. v. Alexander, cité par Gosse, op.cit., n. 15, p. 185. Ce dernier essaie d'attirer l'attention sur le mot "inclusive" suggérant par là que le juge a voulu dire que l'intérêt du public signifie PLUS qu'indûment. Gosse avoue toutefois que Raney n'a aucunement dit en quoi "l'intérêt du public" serait plus large qu'indûment. Voir aussi: Quinlan, in: L.A. SKEOCH, op.cit., n. 15, p. 72.

303) Ibid. Selon nous, Raney a pris en cela ses désirs pour des réalités. Notre étude de l'évolution législative de la notion d'intérêt du public nous indique qu'on ne saurait conclure que cette notion a été intégrée à la loi comme équivalent "d'indûment".

Quoi qu'il en soit, cette équivalence établie entre les deux critères allait être reprise dans l'affaire R. v. Canadian Import Co. où l'accusation portait encore une fois simultanément sur une infraction d'entente illégale et une infraction de complot (304). Alors que le juge de première instance cite l'affaire Alexander et l'approuve (305), en appel, le juge St-Germain, citant plusieurs causes de complot où fut affirmé le droit et l'intérêt du public dans la libre concurrence, en conclut qu'indûment signifie "au détriment...de l'intérêt du public", mais donne à cette dernière la signification "d'indûment" (306).

Dans les deux autres affaires d'ententes illégales entendues au cours de la même période, la situation n'est pas aussi claire. Ni dans R. v. Singer (307), ni dans R. v. Famous Players (308) les juges ne se sont prononcés directement sur le sens de l'expression "au détriment...de l'intérêt du public" ou sur le lien existant entre cette expression et "indûment" (309).

304) Voir, supra, n. 233 et 235.

305) 61 C.C.C. 114, à la page 150-151.

306) 62 C.C.C. 342, à la page 354.

308) Ibid.

309) Parlant de l'affaire Singer, GOSSE, op.cit., n. 15, p. 184, prétend, à tort selon nous, que l'absence d'une discussion sur la distinction entre "indûment" et "intérêt du public" indique que le tribunal "appear to be under the impression that the convictions under the Act followed those under the Code as a matter of course". Donc, que les deux critères seraient identiques. Le juge a peut-être, selon nous, indiqué une différence. Voir, infra, chapitre III.

Sans doute justement à cause de l'absence de prescriptions autoritaires dans ces jugements, ils auront peu, ou pas d'influence, contrairement à l'affaire Alexander et l'affaire Canadian Import qui, on l'a dit, sont à l'origine du courant jurisprudentiel faisant équivaloir "indûment" et "au détriment de l'intérêt du public".

Paragraphe 2- La contribution de l'affaire Eddy Match:
un cas de monopole

Dans l'affaire R. v. Eddy Match (310), il s'agissait bien sûr, d'une accusation de "coalition par voie de 'fusion, trust ou monopole'", mais l'acte d'accusation était rédigé en utilisant la partie de la définition de "fusion, trust ou monopole" qui deviendra en 1960 la définition de monopole.

Quoi qu'il en soit, le juge de première instance ne fait aucune distinction entre l'infraction de complot (qui n'a rien à voir avec l'acte d'accusation) et celle de coalition par voie de "fusion, trust ou monopole". En effet, le juge Bienvenue, non seulement substitue la signification du mot "indûment" en lieu et place du critère "au détriment..de l'intérêt du public" qui s'appliquerait en l'espace (311), mais il agit en plus comme s'il croyait que l'infraction de "coalition par voie de 'fusion, trust ou monopole." exige un complot entre plusieurs personnes (312).

310) 104 C.C.C. 39 (procès); 109 C.C.C. 1 (appel)

311) 104 C.C.C. 39, à la page 42. Il dira: "the combine is illegal when the free play of competition is paralysed or likely to be".

312) Ibid. "It is necessary normally that there should be...an agreement of different persons."

Cela, au mépris du texte-même de la définition collective de "fusion, trust ou monopole" (313). Par la suite, le juge fait référence à l'affaire Alexander et à l'affaire Canadian Import pour indiquer qu'il accepte leurs conclusions concernant l'équivalence entre indûment et "au détriment...de l'intérêt du public" (314).

Le juge Bienvenue, en première instance, ne s'est donc pas arrêté au fait que la poursuite s'intéressait à un monopole et non pas à un complot ou à une entente illégale. Sans se poser --de toute évidence-- trop de questions sur les conséquences de son geste, il applique, en s'appuyant sur les décisions Alexander et Canadian Import, le critère "indûment", agissant en cela comme si ce dernier était l'équivalent de "au détriment...de l'intérêt du public" (315).

Ce faisant, le savant juge, probablement sans s'en rendre compte, rendait tout monopole illégal, étant donné qu'indûment signifie "le degré de diminution de concurrence" et que sous un monopole, par définition, il n'y a plus de concurrence du tout. Jamais le juge ne s'est arrêté sur la signification des

313) Voir, supra, n.164. Celle-ci précise qu'une ou plusieurs personnes peuvent "opérer" un monopole.

314) 104 C.C.C. 39, à la page 53.

315) D'autre part, le juge semble croire que le courant jurisprudentiel faisant équivaloir "indûment" et "intérêt du public" est beaucoup plus largement établi qu'en réalité. Il dit: Id., p. 54: "In a large number..of decisions,..the Courts have declared that the judgments delivered under s. 498 of the Cr. Code apply to suits instituted under the Combines Investigation Act". En fait, le "grand nombre de décisions" se résume aux affaires Alexander et Canadian Import, deux affaires d'ententes illégales.

mots "au détriment de l'intérêt du public" autrement que pour rappeler le rôle qu'avaient joué les affaires Alexander et Canadian Import pour les faire équivaloir à "indûment".

En appel, le juge Casey, au nom d'un banc de cinq juges, confirme le jugement de première instance (315a). Dans son jugement, il s'appuie lui aussi abondamment sur les décisions rendues en matière de complot pour restreindre le commerce et il insiste sur le fait que l'intérêt du public réside dans la libre concurrence: "...every one is entitled to the benefits that flow from free competition...From this it follows that anything which limits or restricts this freedom of competition is an encroachment on the public right"(316).

Toutefois, contrairement à son confrère de première instance, le juge Casey semble s'inquiéter des conséquences de l'illégalité automatique de tout monopole du simple fait que la concurrence a été anéantie. Pour solutionner ce problème tout en insistant sur le fait que "au détriment..de l'intérêt du public" correspond bien au maintien de la concurrence (comme indûment), il suggère que l'anéantissement de la concurrence ne constitue pas, per se, une infraction, mais qu'il faut interpréter les mots "au détriment..de l'intérêt du public" comme signifiant que l'anéantissement de la concurrence "creates a

315a) R. Davidson, in C. MASSE, op.cit., n. 297, p. 161, dira:
"La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire Eddy Match,
...(a)..appliqué le principe de la réduction "indue" de la
concurrence à l'interprétation "d'au détriment du public".

316) 109 C.C.C.-1, à la page 20.

presumption that the public is being deprived of all the benefits of free competition" (317). Il ajoutait que cette présomption pouvait être satisfaite par une preuve de l'accusé, mais que, ".when faced with facts which disclose the systematic elimination of competition, the presumption of detriment becomes violent" (318).

Il est surtout important de noter à quel point Casey évite de d'éloigner de l'interprétation selon laquelle "l'intérêt du public" ne doit être perçu qu'à travers la réduction de la concurrence, faisant en cela équivaloir "au détriment..." à "indûment". Par ailleurs, l'idée d'interpréter la diminution de la concurrence en termes de "présomptions" (présomption simple s'il s'agit simplement d'un contrôle du marché excluant toute concurrence; présomption "violente" s'il s'agit d'élimination systématique de toute concurrence) indique bien que le juge cherche un moyen d'éviter les conséquences aberrantes d'une application aveugle de la signification d'indûment en lieu et place de "au détriment de l'intérêt du public" (319)

Cette décision, rendue près de 20 ans après l'affaire Alexander, confirmera, dans l'esprit de certains auteurs, la prédominance du courant jurisprudentiel faisant équivaloir

317) Id., page 21.

318) Ibid.

319) La principale conséquence aurait été que toute situation de monopole aurait constitué une infraction criminelle.

"indûment" et "au détriment..de l'intérêt du public" (320).

Et c'est sur la base de ces décisions que les deux grandes affaires de fusions décidées en 1960 contribueront à accréditer la thèse voulant que les deux critères "indûment" et "intérêt du public" prennent le sens développé par la jurisprudence pour définir "indûment".

Section 3- Les jugements en matière de fusions
faisant équivaloir "intérêt du
public" et "indûment"

Les deux jugements dont il est question dans cette section sont d'autant plus importants qu'ils sont les premiers, en matière de fusions, à reprendre la thèse de l'équivalence des deux critères (320a).

Toutefois, comme nous l'avions souligné dans notre tableau illustrant les deux courants jurisprudentiels (Cf. Tableau 4), alors que l'affaire R. v. Canadian Breweries Co. (321) tombe

320) Par exemple, R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 189, suggère que l'affaire Eddy Match aurait dû mettre un terme à l'incertitude concernant la pertinence de la signification "d'indûment" pour interpréter "au détriment..de l'intérêt du public". Voir aussi: W. FRIEDMANN, op.cit., n. 174, p. 149. D'autre part, comme l'a souligné D.G. BLAIR, op.cit., n. 295, p. 137: (Dans l'affaire Eddy Match) "...the courts had no difficulty convicting the monopolist because of the rapacious practices ..employed to establish the monopoly and to prevent entry of competing firms after its establishment."

320a) La prédominance de cette thèse était telle qu'en 1948, même avant l'affaire Eddy Match, H.G. FOX, in: The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions, Toronto, 3e Ed., 1948, écrivait: "There appears to be only one yardstick employed in the interpretation of the words "unduly"..and "to the detriment..of the interest of the public".

321) 126 C.C.C. 133.

carrément dans la ligne de décisions originant avec l'affaire Alexander, la situation de l'affaire R. v. B.C. Sugar Refining Co. (322) n'est pas aussi claire (323). Toutefois, à cause sans doute de cette ambiguïté, cette cause fut souvent citée à l'appui de la thèse voulant que "au détriment..de l'intérêt du public" signifie la même chose "qu'indûment". Pour cette raison, nous devons en traiter ici au même titre que l'affaire Canadian Breweries, quitte à y revenir également au prochain chapitre.

Paragraphe 1- La confusion entre "indûment" et "intérêt du public"

Il n'est pas question de donner ici une description exhaustive des faits relatifs à l'affaire Canadian Breweries (324).

Qu'il suffise de dire qu'il s'agit d'une poursuite intentée contre la compagnie Canadian Breweries concernant l'acquisition de 37 concurrents (324a). La poursuite, engagée en vertu des dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions concernant une "coalition par voie de 'fusion, trust ou monopole'" (325) faisait suite à la publication d'un

322) 129 C.C.C. 7.

323) En effet, le juge semble opter à la fois pour l'un et pour l'autre courant jurisprudentiel. Sans doute trop poli en l'espèce, R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 191, suggère qu'il s'agit d'une tentative "to reconcile the two positions".

324) A ce sujet, voir l'imposante thèse de doctorat de J. SHERBANIUK, op.cit., n. 214a, consacrée à l'analyse de l'affaire Canadian Breweries.

324a) Voir, R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 204. W.T. STANBURY, in Canadian Merger Policy, op.cit., n. 40, parle plutôt de l'acquisition de 23 usines en Ontario.

325) 1952 S.R.C., c. 314, art. 32(1) et 2 (a) et 2 (e).

Rapport (326) de la Commission des pratiques restrictives de commerce recommandant au ministre de la Justice de prendre des mesures pour "empêcher la Canadian Breweries Ltd. de poursuivre son programme d'expansion par l'acquisition...de ses concurrents" (327).

Cette poursuite, déclara le juge McRuer au début de son jugement, "which is based solely on the operation of the accused as a merger, is the first of its kind..launched in Canada... I therefore, have no jurisprudence to guide me" (328). Mais ce détail n'allait pas l'embarrasser. Il ajoutait: "However, there is a considerable body of jurisprudence under s. 411 (formerly 498) of the Cr. Code, which is, by analogy, of great assistance" (329)

Ayant de cette façon annoncé son intention d'appliquer les principes développés en matière de complot pour restreindre le commerce, le savant juge entreprenait de définir le critère "indûment" en soulignant d'abord que

in deciding whether the agreed limitations on competition are undue, the Court does not consider the advantages to be gained by those who are parties to the agreement, not is the Court called upon to be a judge of what the

326) Rapport concernant une prétendue coalition dans la fabrication, la distribution et la vente de la bière au Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1955.

327) Id., p. 114.

328) 126 C.C.C. 133, à la page 136.

329) Ibid.

economic welfare of the public may be from time
to time
(330)

En cela, le juge McRuer résumait assez bien les principes applicables en matière de complots, tels qu'ils ont été développés par différents jugements de la Cour suprême du Canada (331). En vertu de ces principes, la seule préoccupation du juge doit être de vérifier dans quelle mesure la concurrence a été réduite, rejetant toute tentative de plaider les conséquences économiques (bonnes ou mauvaises) des actes faisant l'objet d'une poursuite.

Concernant la signification d'indûment, le juge McRuer, après avoir noté que différents juges s'étaient prononcé sur la question "in different language, but substantially to the same effect" (332), adopte sans plus de discussion l'opinion du juge Cartwright dans l'affaire Howard Smith (333).

330) Id., à la page 137. En adoptant ainsi les principes applicables aux complots, le juge McRuer ferme aussi la porte à une preuve portant sur des actes causant un détriment à l'intérêt du public. Il n'a pas à juger ce qu'est le bien-être économique du public, affirme-t-il.

331) Voir, supra, section 2.

332) 126 C.C.C. 133, à la page 137-138. Le juge fait erreur en prétendant que l'obiter dictum de Cartwright représente l'état du droit en la matière. Le "monopole virtuel" exigé par Cartwright n'est pas adopté par les autres juges. Voir: D.G. KILGOUR, op.cit., n. 299.

333) Voir, supra, n. 247.

Paragraphe 2- Interprétation abusive d'indûment:
Le "monopole virtuel"

Cette opinion peut se résumer en deux points, comme le signale le juge McRuer en soulignant les parties importantes de la citation tirée de la décision de Cartwright. D'abord, c'est le pouvoir de mener ses activités à l'abri de toute concurrence qui est le degré de diminution de concurrence nécessaire pour qu'on puisse parler d'acte criminel (334). Ensuite, il en découle que c'est le degré de réduction de la concurrence et non pas "the economic effect of the carrying out of the agreement" (335) qui doit intéresser le tribunal.

Ayant ainsi défini "indûment", le juge McRuer entreprend d'établir un lien plus solide entre les principes qu'il a "importés" de l'infraction de complot et l'infraction de "coalition par voie de 'fusion, trust ou monopole'" que la simple "analogie" dont il avait fait état au départ. En des termes qui dissipent tout équivoque quant à son point de vue, il affirme:

Crown counsel argue, and I agree with them, that for the purpose of this prosecution, the words (have operated) against the interest of the

334) McRuer ajoutait: "As I interpret Cartwright's language it means this: If the agreement would give the parties to it the power to carry their business virtually without competition, the agreement would be an agreement to unduly lessen competition". 126 C.C.C. 133, à la page 139.

335) Id., p. 138. McRuer citant Cartwright.

public) have substantially the same meaning as the word 'unduly' as used in its context in s. 411 of the Cr. Code.

(336)

Jamais, depuis l'affaire Alexander, que McRuer ne mentionne même pas, la confusion existant entre les deux notions "d'intérêt du public" et "d'indûment" n'avait été affirmée avec autant de clarté. Selon le juge McRuer, il faut tout simplement s'en rapporter à la signification développée judiciairement autour du mot "indûment" lorsqu'il est question de "détriment... à l'intérêt du public".

En conséquence, non seulement le critère de l'intérêt du public se trouve limité aux seuls cas où la concurrence est affectée --ce qui représente évidemment une vision assez étroite de l'intérêt du public-- mais en plus, à cause de l'interprétation abusive que donne McRuer au mot "indûment", seuls les cas où la concurrence a été réduite au point où un monopole virtuel existe sont susceptibles d'être jugés illégaux (337).

336) Id., p. 139. En fait, la Couronne souhaitait l'application "d'indûment" afin d'indiquer que l'intérêt du public résidait dans le maintien de la concurrence. Toutefois, ses procureurs ne croyaient pas que McRuer adopterait l'obiter dictum de Cartwright pour imposer le "monopole virtuel", d'autant plus que cinq ans plus tôt, dans l'affaire R. v. Northern Electric, 111 C.C.C. 241, une cause de complot, McRuer avait rejeté cette exigence: "I do not think it is essential to the Crown's case to show a monopoly or virtual monopoly" (p. 280). Voir: W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, p. 141. Toutefois, il faut noter que l'affaire Northern Electric a été décidée avant l'affaire Howard Smith.

337) Selon nous, l'adoption, par le juge McRuer du critère du "monopole virtuel" est extrêmement significatif compte tenu du fait qu'il avait déjà rejeté ce critère d'interprétation "d'indûment" dans une cause précédente de complot (voir: supra, n. 336). Bien sûr, la parution, en 1957, de la (suite page suivante)

Appliquant ce critère extrêmement rigoureux au cas devant lui, McRuer, notant que la concurrence existe encore entre la compagnie accusée et d'autres fabricants de bière (338), conclut à l'innocence des accusés (339).

Par ailleurs, la décision rendue dans l'affaire Canadian Breweries contenait des éléments extrêmement importants qui allaient limiter passablement la portée de la loi en ce qui concerne les activités réglementées. Pour cette raison, nous avons consacré le prochain paragraphe à cette question.

Paragraphe 3- Le cas des domaines réglementés

Même s'il s'agit là, dans la perspective de l'application du critère indûment en lieu et place de celui "de l'intérêt du public", de la ratio decidendi qui nous intéresse, il importe tout de même que McRuer a appuyé sa décision sur un autre motif

-
- 337) (suite) décision dans l'affaire Howard Smith, a pu --ce jugement étant de la Cour suprême-- l'amener à modifier son point de vue à la lumière de l'opinion de Cartwright. Toutefois, compte tenu du fait que les décisions subséquentes en matière de complot ont rejeté le "monopole virtuel" (voir, supra, n. 299), on peut croire que McRuer voyait dans l'opinion de Cartwright un moyen d'éviter les conséquences discutables d'une mise hors la-loi automatique de toute fusion affectant la concurrence. Selon nous, c'est donc le malaise créé par l'application du critère applicable aux complots à une affaire de fusions qui l'aurait amené à adopter le critère du monopole virtuel.
- 338) 126 C.C.C. 133, à la page 158. La preuve avait démontré que Canadian Breweries contrôlait environ 60 p.cent du marché ontarien après les fusions en question.
- 339) McRuer demandera: "Has it been proved beyond a reasonable doubt that the merger has conferred on the accused the power to carry on its activities without competition, or substantially without competition? I think the irresistible answer is "No". (126 C.C.C. 133, à la page 168).

qui aura, sur l'application générale de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (340), une influence qui n'a pas cessé, jusqu'à aujourd'hui, de marquer l'interprétation de la loi. Il s'agit de l'opinion de McRuer voulant que les activités commerciales réglementées par diverses lois particulières tant fédérales que provinciales échappent à l'application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, sauf dans la mesure où l'emprise du marché de l'accusé est telle qu'il puisse empêcher l'autorité réglementante d'accomplir son mandat (341). Ceci revient, à toutes fins pratiques, à soustraire de l'application de la loi tous les aspects du commerce d'autre part activement réglementés par des organismes créés en vertu de lois provinciales (342).

Il s'agit là d'une chose extrêmement importante qui encadre considérablement la portée de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Contrairement à l'autre motif invoqué par McRuer dans son jugement, lequel sera fortement remis en question par l'évolution subséquente de la jurisprudence (343),

340) Supra, n. 1.

341) McRuer dira: "When a Provincial Legislature has conferred on a Commission or Board the power to regulate an industry and fix prices, the Court must assume that the power is exercised in the public interest". (126 C.C.C., à la page 167).

342) Une poursuite ne pourrait réussir, selon McRuer, que dans la mesure où la coalition "hinder or prevent the provincial body from effectively exercising the powers given to it to protect the public interest". (Ibid.)

343) En fait, ce courant jurisprudentiel atteindra l'apogée de son influence avec l'affaire Canadian Breweries et verra sa pertinence résuite à néant par la décision de la Cour suprême dans l'affaire R. v. K.C. Irving Co. (Voir, infra, chapitre III).

son opinion concernant les activités réglementées semble être admise comme valide par l'administrateur de la politique de concurrence, le directeur des enquêtes et recherches (344).

Ce qui est particulièrement intéressant de notre point de vue, c'est le fait que la notion "d'intérêt du public", qui avait perdu toute identité au profit du critère "indûment" dans l'argumentation de McRuer, refait surface en ce qui concerne les activités réglementées, lesquelles, dira McRuer: "(are) exercised in the public interest" (345). En fait, le juge place dans les plateaux de la balance "l'intérêt du public dans la concurrence" d'un côté, et l'intérêt du public personnifié par une activité réglementée en vertu d'une loi d'intérêt général. Il ne fait aucune difficulté à privilégier cette dernière.

Quoi qu'il en soit, il est indéniable que la décision du juge McRuer dans l'affaire Canadian Breweries confirmait la pertinence, pour les cas de fusions, d'utiliser la signification du critère "indûment" pour définir "l'intérêt du public" (346). Et parce que McRuer a interprété "indûment" comme signifiant la

344) Dans sa Déposition devant la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés, Me Robert Bertrand, le directeur des enquêtes et recherches, op.cit., n.11, aux pages 60 et suivantes, souligne le fait que Canadian Breweries est l'un des deux arrêts significatifs en la matière. Tout en insistant sur le fait que ces arrêts laissent encore des zones grises, il ne conteste pas le principe qui y est énoncé.

345) 126 C.C.C. 133, à la page 167.

346) Voir, infra, section 4, au sujet de l'impact de la décision Canadian Breweries sur l'évolution subséquente--ou absence d'évolution-- de la politique en matière de fusions suite à la confirmation de l'équivalence entre "indûment" et "au détriment de l'intérêt du public".

suppression virtuelle de toute concurrence, il s'ensuit que seules les fusions qui créent un "monopole virtuel" tombent sous le coup de la loi (347).

Paragraphe 4- Une interprétation déroutante du critère d'intérêt du public.
L'affaire B.C. Sugar Refiners.

Dans l'affaire R. v. B.C. Sugar Refining Co. (348), le juge Williams, après avoir affirmé que "nothing is more dangerous than analogy" (349), donnant l'impression en cela de rabrouer son confrère McRuer, ajouta:

it seems to me, with respect, that McRuer C.J.H.C. was justified in drawing that analogy in this particular respect.
(350)

Le juge Williams semble donc adopter l'équivalence tracée entre "indûment" et "au détriment.." par McRuer dans

347) L'interprétation d'indûment comme signifiant un "monopole virtuel", adoptée par McRuer dans cette affaire de fusions, aura des effets désastreux sur le droit en matière de complots en y introduisant l'exigence du monopole virtuel. Comme nous l'avons déjà noté (*supra*, n.300), le législateur devra intervenir pour réparer les dommages causés par cette décision.

348) 129 C.C.C. 7. Il s'agit d'une poursuite devant la Cour de première instance du Manitoba pour "coalition par voie de fusion, trust ou monopole" (1952 S.R.C., c. 314, art. 2(a), 2(e) 1 et 32 (1) suite à la publication d'un Rapport recommandant d'empêcher une fusion entre deux concurrents qui aurait résulté en un monopole. Cf. Rapport concernant l'industrie du sucre dans l'ouest du Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1957, p. 205.

349) 129 C.C.C. 7, à la page 16.

350) Ibid.

l'affaire Canadian Breweries (351). Toutefois, il ne s'arrête pas là. Après avoir ainsi affirmé la validité de l'approche suivie par McRuer en faisant équivaloir "indûment" et "au détriment..de l'intérêt du public", Williams ajoute:

I agree that it is not all combines that come within the operations of the Combines Act but only those who have operated unduly to the detriment or against the interest of the public.
(353)

Comme on peut le constater, il ne s'agit plus de faire équivaloir les deux critères, mais bien de les additionner.

Comme le juge Williams l'expliquera lui-même:

In my opinion, the Crown in this case must not only establish that, as a result of the merger the accused acquired the "power" referred to in the cases decided under s. 411 (s. 498) ("virtual monopoly"). It must also establish excessive or exorbitant profits or prices.
(353)

Il s'agit là d'une interprétation qui mène à un résultat tout autre que la simple équivalence entre les deux critères. Toutefois, parce que Williams cite en l'approuvant le juge McRuer concernant l'utilisation "d'indûment" pour interpréter "au détriment..de l'intérêt du public", sa décision contribuera à entretenir l'idée voulant qu'il existe une équivalence entre

351) Il faut préciser que Williams adopte aussi le "monopole virtuel" comme signification d'indûment, suivant en cela McRuer. Cf. 129 C.C.C. 7, page 60: "The Crown must..establish a virtual stiffling of competition".

352) Id., p. 16. A ce sujet, W.T. STANBURY, op.cit., n. 13, p. 144, dira: "With these words he effectively compounded the two tests".

353) Id., p. 60.

les deux critères (354). C'est cet aspect de son jugement qui importe à ce stade-ci de notre analyse (355).

Section 4- Les conséquences de l'équivalence
entre "indûment" et "au détriment..
de l'intérêt du public"

Nous nous attacherons maintenant à analyser les répercussions pratiques du courant jurisprudentiel que nous venons d'étudier. Quel sera l'effet des jugements faisant équivaloir "indûment" et "au détriment..de l'intérêt du public"? Ces résultats judiciaires ont-ils favorisé une augmentation ou une diminution du nombre de poursuites? Nous verrons que ce courant jurisprudentiel a semblé décourager tout effort visant à poursuivre les cas de fusions susceptibles de poursuites judiciaires.

Paragraphe 1- Le débat autour de la signification
d'indûment

Les affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar furent les dernières affaires de fusions entendues par les tribunaux avant les modifications législatives de 1960 ne créent une infraction distincte de fusion et n'introduisent une nouvelle définition (356).

354) Rien n'illustre mieux ce fait que l'affirmation --fausse-- de E. SEXTON, op.cit., n.212, p. 22, qui affirme: "(Williams) made no new findings of law, being content to adopt almost completely the holdings of Chief Justice McRuer in the Beer Case".

355) Pour l'analyse de l'aspect du jugement de Williams qui déborde la simple équivalence entre les deux critères, voir, infra, chapitre III.

356) Pour une analyse de ces modifications, voir, supra, Partie I, chapitre IV.

Sans doute à cause du caractère extrêmement tranchant de la décision Canadian Breweries, qui insiste sur l'équivalence entre les deux critères, et de la nature ambiguë, pour ne pas dire contradictoire (357) de la décision B.C. Sugar, à partir de 1960, la thèse voulant que les mots "au détriment...de l'intérêt du public" signifient ni plus ni moins "le degré de diminution de la concurrence", comme indûment, deviendra pour ainsi dire chose admise.

A ce sujet, un mémorandum préparé pour le personnel du Ministère de la Justice et du Bureau de la concurrence par J.J. Quinlan précisait:

Generally speaking, the Courts have interpreted "detriment" as substantially synonymous with "unduly". While there is some authority which holds that "unduly" and "detriment etc." are to be interpreted differently, ..it is submitted that the weight of authority supports the former interpretation.
(358)

Pour sa part, R. Gosse, écrivant en 1962, c'est-à-dire deux ans après ces deux grandes décisions en matière de fusions, affirmait:

..the weight of judicial opinion would appear to be for the view first expressed in the Alexander case and adopted..in the Canadian Breweries decision(s). All that matters is whether competition is suppressed. Actual detriment need not be demonstrated
(359)

357) "Indûment" ne peut pas à la fois signifier la même chose que "au détriment" et s'y ajouter. Comme disent les anglais: "You cannot have your cake and eat it too".

358) J.J. QUINLAN, in L.A. SKEOCH, op.cit., n. 15, p. 67-68.

359) R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 196.

Parlant de la portée de la décision Canadian Breweries,

J.C.H. Jones écrira:

This decision established that there is no merger problem under the Act unless the fusion of firms creates a monopoly situation.
(360)

En cela, il se réfère évidemment à l'interprétation discutable de "indûment" le faisant équivaloir à "monopole virtuel" (361)

En ce sens, la suppression virtuelle de la concurrence, le critère adopté dans les affaires Canadian Breweries et

360) J.C.H. JONES, Mergers and Competition: The Brewing Case, (1967) 33 C.J.E.P.S. 551. C'est ce qui faisait écrire à C.W. BORGSDORF, (1973) 18 Antitrust Bulletin 809, "Any enforcement under the existing legislation must (now) come under the monopolization provisions of the law".

361) Le principal effet de l'adoption du critère de "monopole virtuel" a été, selon W.G. PHILLIPS, op.cit., n. 29, p. 86: "...further attempts to secure a judgment against mergers have been discouraged and the chances of success for any such attempts greatly obscured". Pour sa part, Phillips voyait dans la modification législative de 1960 reformulant le critère applicable "moyennant quoi la concurrence...est ou semble devoir être réduite au détriment.." un rayon d'espoir pour l'avenir de la loi, compte tenu du fait que le mot "réduite" et non pas le mot "supprimée" y est inscrit. En cela, il s'inspirait d'une opinion émise par la Commission des pratiques restrictives de commerce dans son Rapport concernant l'emballage de la viande et l'acquisition de par Canada Packers Co. 1961, Imprimeur de la Reine, affirmant que le critère du "monopole virtuel" rendait toute poursuite vouée à l'échec à moins que le mot "réduite" de la loi de 1960 ne permette l'adoption, par les tribunaux, d'une approche moins absolue. Cette voie n'a pas été explorée car le gouvernement, sur la base de la "jurisprudence", a refusé d'intenter des poursuites dans cette affaire. Cf. J.C.H. JONES, op.cit., n. 360, p. 277.

B.C. Sugar, n'était pas sans poser des problèmes (361a).

En fait, comme l'a affirmé avec véhémence J.C.H. Jones:

Such a test (virtual monopoly)...has resulted in a complete emasculation of the merger section of the Act. In effect, mergers have ceased to become an economic problem.

(362)

Il s'en prend aussi à "the inexplicable decision of the crown to appeal neither case" (363): En fait, il semble bien que ce soit l'interprétation des faits, tels que notés dans les

361a) Car il s'agissait, bien sûr, d'une interprétation extrême de "indûment" qui exigeait une suppression plutôt qu'une diminution de la concurrence. Une interprétation particulièrement fantaisiste de ces jugements a été faite par R. LYON, in: Recent Canadian Anti-Combines Policy: Mergers and Monopoly (1963-64) 14 U.T.L.J. 155, à la page 161, où il suggère que les deux décisions, en imposant le critère du "virtual monopoly", adoptaient en fait l'approche économique dite "workable competition", laquelle s'intéresse plus aux effets économiques sur le marché qu'aux effets sur la concurrence. En fait, les juges s'en sont tenus à examiner les effets sur la concurrence, exigeant que celle-ci soit entièrement supprimée. Ils n'ont pas, sinon sur le degré exigé, dérogé à l'approche judiciaire habituelle et n'ont pas touché aux "outils économiques" sophistiqués qui sont associés à la théorie de "workable competition".

362) Supra, op.cit., n. 360, p. 551.

363) Ibid. C'est aussi l'opinion exprimée par L.A. SKEOCH, op.cit., n. 15, p. 36, n. 6, qui suggère trois motifs d'appel en droit. 1) L'interprétation donnée à "indûment"; 2) que le même critère ne devrait pas s'appliquer aux coalitions par voie de fusion ("indûment" différent de "au détriment"); 3) que les lois provinciales ne devraient pas nuire à la loi sur les coalitions lorsque le commerce inter-provincial est visé. Voir aussi: J.C.H. JONES, op.cit., infra, n. 368, p. 277.

jugements de première instance qui ait rendu la perspective d'en appeler de ces jugements moins qu'intéressantes (364).

Malgré la décision de ne pas en appeler de ces décisions, il ne faut pas en conclure que le directeur des enquêtes et recherches acceptait l'interprétation d'indûment comme signifiant un monopole virtuel.

Dans son rapport annuel de 1966, le directeur d'alors, M. D.H.W. Henry laissait entendre qu'il admettait l'équivalence entre les critères "indûment" et "au détriment..de l'intérêt du public", mais il ajoutait qu'il n'acceptait pas l'interprétation que le juge Cartwright avait donné à ces critères dans l'affaire Canadian Breweries:

Au cours d'une enquête concernant une fusion projetée, ...on demanda au directeur d'adopter la position de l'honorable juge Cartwright sur l'interprétation d'une fusion à savoir le caractère indû ou "préjudiciable à l'intérêt public". Le directeur refusa.
(365)

-
- 364) La nature extrêmement défavorable des "findings of fact" des juges de première instance rendait la perspective de succès en appel à peu près nulle. Cf. Rapport du directeur des enquêtes et recherches, année financière se terminant le 31 mars 1961, Ottawa, Imprimeur de la Reine, p. 14. W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, p. 145, affirme que dans l'affaire B.C. Sugar, "It was the demonstrated hostility of the Appeal Court which made the difference in the decision not to appeal the case". J.C.H. JONES, op.cit., n. 368, p. 277 attribue le refus d'en appeler à l'absence de volonté politique du gouvernement qui, dans l'éventualité d'une décision inacceptable, la Cour suprême, aurait pu modifier la loi.
- 365) Rapport du directeur des enquêtes et recherches, année financière se terminant le 31 mars 1966, Ottawa, Imprimeur de la Reine, p. 23.

Plus loin, après avoir démontré que les jugements en matière de complots n'ont pas, suite à la décision Canadian Breweries, généralement suivi l'interprétation d'indûment exigeant un "monopole virtuel", le directeur ajoutait que la situation concernant l'interprétation à donner à "indûment" était suffisamment confuse pour "démontrer la nécessité pour la Cour suprême du Canada ou le législateur de clarifier la situation" (366).

Paragraphe 2-- Le rôle croissant du programme de bons procédés

A la même occasion, soulignant "l'intérêt grandissant que les hommes d'affaires et leurs avocats semblent porter au programme de bons procédés couvrant les fusions projetées ou prévues" (367), le directeur présentait une liste de douze questions dont "doit tenir compte la Direction des enquêtes et recherches pour juger chaque fusion en particulier et déterminer si celle-ci restreint ou non la concurrence au détriment ou à l'encontre de l'intérêt public" (368). Ces questions-indicateurs, en plus de la déclaration du Directeur annonçant qu'il n'acceptait

366) Id., p. 25.

367) Id., p. 22.

368) Selon J.C.H. JONES, ces questions constituent "a combination of what would be expected if a structure-conduct-performance analysis framework analysis were to be followed". Il s'agit donc fondamentalement de critères d'analyse économique qui ne doivent rien à la jurisprudence en matière de fusions (sauf peut-être pour la question 4 concernant l'inapplication de la loi dans les cas de réglementation gouvernementale. Cf., supra, n.341). Voir: J.C.H. JONES, The Bureaucracy and Public Policy: Canadian Merger Policy and the Combines Branch (1975) 18 C.P.A. 269, p. 281 et suivantes.

pas le critère de "monopole virtuel", allaient constituer la base du programme de bons procédés qui, entre 1960 et 1970, allait se révéler le principal moyen d'action --pour ne pas dire le seul-- contre les fusions jugées "contraires à l'intérêt du public" (369).

En effet, il faudra attendre dix ans avant que les tribunaux ne soient saisis à nouveau d'une accusation de fusion (370). Dans son étude consacrée à l'administration de la politique en matière de concurrence de 1960 à 1971, J.C.H. Jones affirme que le programme de bons procédés a permis au Directeur d'empêcher la réalisation de fusions qui se soldaient pourtant par moins qu'un monopole virtuel (371).

D'ailleurs, à partir de 1966, les Rapports annuels du directeur mettront l'accent, au chapitre des enquêtes discontinuées, sur les cas de demandes de renseignements concernant la

369) "...while maintaining that the jurisprudence is not settled, the director has only actively pursued..cases falling within the Beer-Sugar criterion. On the other hand, alternative evidence (mergers threatened with a formal investigation if consummated) suggest that less extreme standards have been successfully adopted (successful in the sense that mergers not falling inside the Beer-Sugar criteria were not consummated when threatened with a formal enquiry)". J.C.H. JONES, Id., p. 271. C'est là une description assez juste du programme de bons procédés.

370) Il s'agira alors de l'affaire R. v. Electric Reduction Co. (ERCO) (1970) 61 C.P.R. 235 (sentence) dans laquelle les accusés avaient effectivement acquis un monopole virtuel dans l'industrie des phosphates industriels, et ayant pratiqué des politiques discriminatoires en matière de prix, qui auraient satisfait aux exigences du jugement B.C. Sugar, ont plaidé coupable. Les faits particuliers à ce cas d'espèce réduisent à néant son intérêt pour expliquer le droit existant en matière de fusions.

371) J.C.H. JONES, op.cit., 368, p. 271.

légalité de fusions proposées. Il n'est pas possible --ni souhaitable-- dans le cadre de ce travail portant sur la notion d'intérêt du public telle que développée par le législateur et telle qu'interprétée par le judiciaire, de s'étendre sur la question du programme de bons procédés étant donné que celui-ci, malgré l'efficacité relative qu'il peut avoir, ne contribue en rien à la détermination du droit en la matière (372).

Toutefois, il est important, même si nous ne saurions dégager ici un bilan ou une évaluation du programme de bons procédés, de souligner l'existence de ce programme pour deux raisons bien précises. D'abord, il est clair que l'accent placé par le directeur, à partir de 1966, sur le programme de bons procédés à l'égard des fusions, souligne le caractère éminemment insatisfaisant de la jurisprudence et indique pour le moins un manque d'enthousiasme de la part des administrateurs de la loi à l'idée d'aller devant les tribunaux (373).

372) Le fait que ce programme "ne figure pas dans la jurisprudence actuelle" a été souligné par Me. R. BERTRAND, op.cit., n.11, p. 38.

373) Suite aux décisions Canadian Breweries et B.C. Sugar, la Commission des pratiques restrictives de commerce publia en 1961 un Rapport concernant deux acquisitions de concurrents par Canada Packers. Dans ses conclusions, elle disait ces deux acquisitions contraires à l'intérêt public parce qu'elles étaient de nature à réduire la concurrence. Montrant en cela sa dépendance à l'égard des tribunaux, la Commission soulignait que l'application du critère de monopole virtuel ferait échouer la poursuite. Toutefois, la Commission manifestait l'espoir que la modification législative de 1960 établissant le critère "moyennant quoi la concurrence est réduite au détriment..." pourrait peut-être permettre une poursuite. Cf. W.J. PHILLIPS, supra, op.cit., n. 29, p. 86. Toutefois, le ministre de la Justice Guy Favreau (un ancien membre de la Commission) annonçait en 1964 que la "jurisprudence" rendait une poursuite impossible. A-t-on déjà vu autant de respect pour deux décisions marginales, de première instance par surcroît! Cf. J.C.H. JONES, op.cit., n. 368, p. 270.

Ensuite, dans la mesure où le programme de bons procédés a permis, comme le prétend J.C.H. Jones (374), d'appliquer un critère moins sévère que celui découlant des décisions Beer-Sugar (comme il les décrit) avec un succès relatif, il est important de la noter, même si nous ne pouvons dégager ou circonscrire ce critère "fantôme" découlant d'informelles demandes de renseignements au Directeur des enquêtes et recherches (375).

Paragraphe 3- L'absence de poursuites subséquentes

Parallèlement à l'émergence du programme de bons procédés, il faut noter que les décisions Canadian Breweries et B.C. Sugar marqueront un temps d'arrêt dans les poursuites concernant des cas de fusions. Pourtant, au moment où des poursuites furent engagées dans ces affaires, tout laissait croire qu'il s'agissait là du début d'une période particulièrement active dans l'élaboration du droit à l'égard des fusions (376).

Suite à la publication de ces deux jugements et à la décision du gouvernement de ne pas les porter en appel, il faudra

374) Voir, supra, n. 369.

375) Me R. BERTRAND, op.cit., n.11, p. 33 souligne l'efficacité du programme de bons procédés en affirmant que, selon lui, "rares sont les compagnies qui ignorent ces avertissements et réalisent leurs projets d'acquisitions". En ce sens, voir en particulier le Rapport du directeur des enquêtes pour l'année financière se terminant le 31 mars 1969 dans lequel on lit que cinq demandes de renseignements concernant des fusions projetées menèrent à l'abandon de ces projets suite à une opinion négative du directeur.

376) A ce sujet, voir: I. BRECHER, op.cit., n. 220, p. 535, qui souligne un regain notable d'activité à partir de 1955 en ce qui concerne l'application des dispositions concernant les fusions et les monopoles.

attendre dix ans avant qu'une nouvelle affaire soit portée devant les tribunaux (377). En fait, il faudra attendre quatorze ans avant qu'une opinion soit rendue sur la validité et la pertinence de l'interprétation faisant équivaleoir "indûment" et "au détriment..." (378).

Pourtant, au cours de cette période, un nombre relativement élevé d'enquêtes ont été effectuées au sujet de fusions réalisées au Canada.

Ainsi, W.T. Stanbury note qu'entre 1960 et 1967, la Commission des pratiques restrictives de commerce a publié huit rapports concernant des fusions (379). Six de ces rapports ne firent l'objet d'aucune mesure particulière. Quant aux deux autres, l'un concerne les phosphates industriels et allait donner suite à la poursuite, résolue par l'admission de culpabilité de la compagnie Electrical Reductors Co. en 1970 (380), alors que l'autre fit l'objet d'une inoffensive ordonnance de prohibition

377) Voir, supra, n. 370.

378) Il s'agira bien entendu de l'affaire R. v. K.C. Irving (1974) 16 C.C.C. (2d) 49 dans laquelle le juge Robichaud, au procès, donnera raison à la Couronne qui avait demandé la condamnation en s'appuyant sur le critère du "monopole virtuel" élaboré par McRuer dans Canadian Breweries. Etant donné que Irving avait un monopole effectif, la Couronne, au lieu de contester l'opinion de McRuer, a préféré lui donner raison et s'appuyer sur lui. Cette décision fut renversée en appel. Voir, infra, chapitre III.

379) Voir: W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, p. 149, pour la liste de ces rapports portant sur des sujets aussi divers que les journaux de la Ville de Vancouver; l'acquisition de moulins à papier; la vente du gaz propane en Colombie britannique; les produits chimiques et les tuyaux en fonte.

380) Voir, supra, n. 370.

rendue après que la compagnie visée eût volontairement disposé de sa participation dans une autre entreprise (381).

Etant donné que l'entreprise poursuivie dans l'affaire ERCO possédait effectivement un "monopole virtuel", comme d'ailleurs la compagnie K.C. Irving dans la seule autre affaire de fusion amenée devant les tribunaux depuis 1960, ceci laisse croire que nonobstant les déclarations du directeur des enquêtes précisant son "point de vue" concernant les fusions et rejetant explicitement le critère du "monopole virtuel", ce critère a été de facto reconnu comme valide au niveau de la détermination des affaires amenées devant les tribunaux (381a).

L'exemple le plus convaincant de ce que nous affirmons nous est sans doute donné par l'affaire Canada Packers, que nous avons déjà mentionnée (382). Publié peu de temps après que les jugements dans les affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar furent rendus, le Rapport de la Commission des pratiques restrictives de commerce concernant l'industrie de la salaison déclarait "contraire à l'intérêt du public" comme étant "de nature à atténuer sensiblement la concurrence" (383) l'acquisition, par Canada Packers, de la Wilsil Limited.

381) Voir: (W.T. STANBURY, Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Summary and Critique (1977) 15 O.H.L.J. 1, à la page 39.

381a) Cette observation a été faite par J.C.H. Jones, op.cit., n. 368, p. 270.

382) Voir, supra, n. 373.

383) Cf. Rapport concernant l'industrie de la salaison et l'achat par la Canada Packers Ltd. de la Wilsil Ltd. et de la Calgary Packers Ltd., Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1961, p. 453.

Les faits avaient démontré que la Canada Packers, avec près de 30 p. cent de la production, exerçait une grande influence sur le marché. Bien que ce pourcentage soit loin du "monopole virtuel", la Commission concluait à la nécessité d'agir. Dans la perspective où les jugements Canadian Breweries et B.C. Sugar rendaient impossible une condamnation --résultat que les commissaires croyaient possible d'éviter grâce à la modification législative de 1960 insistant sur la réduction et non l'élimination de la concurrence-- les commissaires suggéraient de tenter d'obtenir une ordonnance en vue de dissoudre la fusion en question (384).

Compte tenu du caractère assez catégorique des conclusions du Rapport en ce qui concerne l'importance de prendre des mesures à l'égard de ce cas de fusion, on serait tenté de croire que le gouvernement allait sauter avidement sur l'occasion donnée de "remettre sur pied" sa politique à l'égard des fusions suite aux décisions dévastatrices rendues dans les affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar. Pourtant, ceci n'allait pas se produire.

Après plus de deux ans de tergiversations, le ministre de la Justice annonçait à la Chambre des communes sa décision de ne pas entreprendre de poursuites de quelque ordre que ce soit contre Canada Packers. Il justifiait sa décision en s'appuyant

384) Id., p. 455. A défaut d'obtenir une ordonnance de dissolution en vertu de 1952 S.R.C., c. 314, modifié par 1952 S.C., c. 39, art. 3 et 1960 S.C., c. 45, art. 12, les commissaires recommandaient de tenter d'obtenir une ordonnance en vue d'interdire toute acquisition future (en vertu du même article). Voir, supra, Première partie, chapitre IV.

sur la "jurisprudence existante en matière de fusion" (385).

Cette "jurisprudence" regroupait, ni plus ni moins, les décisions qui ont fait l'objet du présent chapitre. Aucune des décisions faisant équivaloir "l'intérêt du public" avec le critère "indûment" s'appliquant aux complots n'avait été portée en appel jusqu'à la Cour suprême et, pour ce qui est des deux causes concernant des fusions (Canadian Breweries et B.C. Sugar), il ne s'agissait là que de deux jugements de première instance qui n'étaient pas particulièrement bien fondés en droit étant donné que, tout en affirmant la pertinence de "indûment", ils donnaient à ce mot une interprétation (monopole virtuel) qui, selon J.C.H. Jones, "is outside the main stream of Canadian jurisprudence in this area" (386).

Et il ne faut pas oublier non plus qu'il existait, malgré son influence assez limitée, un autre courant jurisprudentiel qui détachait "l'intérêt du public" "d'indûment" pour lui donner une signification autonome (387).

385) "...my decision is largely influenced by jurisprudence on the merger provisions of the Combines Investigation Act that has developed since the merger took place", affirmait le ministre Guy Favreau (House of Commons, Debates, 1960, p. 934).

386) J.C.H. JONES, op.cit., n. 368, p. 276.

387) Voir, infra, chapitre III. On pourrait croire que l'existence d'une alternative détachant la notion "d'intérêt du public" de "indûment" aurait pu constituer une avenue possible à explorer pour redonner une signification rationnelle au critère "d'intérêt du public" face aux résultats aberrants de l'équivalence avec "indûment". Pourtant les procureurs de la Couronne, comme le Directeur des enquêtes D.H.W. Henry, ont continué à s'accrocher à l'équivalence entre les deux critères.

Dans les circonstances, la décision de ne pas porter en appel les jugements Canadian Breweries et B.C. Sugar sous prétexte que l'interprétation des faits par les juges de première instance rendait le succès en appel improbable est difficilement conciliable avec la révérence et le respect accordés par le ministère de la Justice à ces décisions par la suite. Considérés comme "cas d'espèce" au moment de la décision de ne pas les porter en appel, ces jugements sont rapidement devenus "jurisprudence" au moment de les appliquer à d'autres cas de fusions.

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine. A partir de la publication de ces deux jugements, aucune fusion ne satisfaisant pas au critère du "monopole virtuel" n'a été cause de poursuites devant les tribunaux (388).

388) Voir, supra, n. 381a, texte.

Chapitre III - La notion d'intérêt du public en tant que critère autonome

De 1919 à 1960, période pendant laquelle toute fusion qui "avait opéré ou qui était de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public" (389) tombait sous le coup de la loi, on aurait pu croire que ces mots allaient, par les soins de l'interprétation judiciaire, prendre une signification qui rende pleinement compte du caractère très large de cette notion "d'intérêt du public" qui avait été introduite dans la loi en 1919 pour permettre à la Commission de commerce de distinguer entre les "bonnes" et les "mauvaises" coalitions (incluant les "fusions, trusts ou monopoles").

Comme nous l'avons vu au chapitre précédant, la criminalisation des coalitions (incluant les fusions) en 1923 (390), après la disparition de la Commission de commerce jugée inconstitutionnelle (391), allait amener les tribunaux, en cherchant à préjuger de l'intention du législateur (392) ou en procédant au

389) 1923 S.C., c. 9, art. 2.(a). La même formule était retenue par 1935 S.C., c. 54, art. 2.(1). Toutefois, en 1960, la formule était modifiée en précisant "..moyennant quoi la concurrence..est réduite..au détriment..de l'intérêt du public". 1960 S.C., c. 45, art. 1.(2).

390) Voir, supra, Première partie, chapitre III.

391) Voir, supra, Première partie, chapitre II.

392) Comme le juge Raney l'a fait dans R. v. Alexander (1932) 2 D.L.R. 109, lorsqu'il a prétendu (p. 111) que le rédacteur de la loi avait "probablement" devant lui l'interprétation donnée par le juge Osler (dans R. v. Elliott (1905) 9 O.L.R. (suite page suivante))

moyen d'analogies douteuses (393), à vider la notion "d'intérêt du public" de tout contenu pour la confondre avec le critère "indûment" s'appliquant aux complots pour restreindre le commerce.

Toutefois, à côté de ce courant jurisprudentiel dominant, un certain nombre de décisions ont tenté, pendant longtemps sans grand succès, à détacher la notion "d'intérêt du public" de sa dépendance à l'égard du critère "indûment" pour lui donner une signification autonome.

Comme c'était le cas pour les jugements qui ont consacré l'équivalence entre "indûment" et au "détriment..de l'intérêt du public", les décisions qui ont donné une "vie" autonome à la notion "d'intérêt du public" représentent des cas de coalitions par voie d'ententes illégales (394), un cas de complot pour restreindre le commerce (395), un cas de coalition par voie de "fusion, trust ou monopole" (396) et, depuis 1960, un cas de fusion (397) et deux cas de monopoles (398).

-
- 392) (suite) 648) au mot "indûment" lorsqu'il a adopté la formule de "l'intérêt du public". A ce sujet, voir, supra, n. 303.
- 393) Voir en particulier les jugements Canadian Breweries et B.C. Sugar, au chapitre précédent.
- 394) Il s'agit des affaires: R. v. Singer (1931 O.R. 202; R. v. Famous Players (1932) O.R. 307; R. v. Morrey (1956) 19 W.W.R. 299.
- 395) R. v. Howard Smith Paper Mills (1957) R.C.S. 403.
- 396) Il s'agit de l'affaire R. v. B.C. Sugar 129 C.C.C. 7.
- 397) R. v. K.C. Irving 23 C.C.C. (2d) 479 (appel); 32 C.C.C. (2d) 1 (Cour suprême du Canada)
- 398) R. v. Canadian General Electric 29 C.P.R. (2d) 1; R. v. Allied Chemical Canada 24 C.P.R. (2d) 221.

Au cours de ce chapitre, nous allons tenter d'extraire de ces jugements les éléments qui permettent de percevoir l'émergence d'une signification autonome pour la notion "d'intérêt du public".

Section 1- La preuve du "détriment..à l'intérêt du public" est partie intégrante de l'infraction

En faisant équivaloir "au détriment de l'intérêt du public" et "indûment", le courant jurisprudentiel dont il a été question au chapitre précédent fermait aussi la porte à toute tentative de mettre en preuve le détriment --ou l'absence de détriment-- causé à l'intérêt du public. Seul importait le degré de réduction de la concurrence pour déterminer la légalité de la fusion.

Par contre, les jugements dont il est question ici s'intéressent au contraire à déterminer si les actes reprochés ont vraiment été posés au "détriment de l'intérêt du public". En vertu de ces jugements, l'existence de ce détriment est un élément essentiel de l'infraction. C'est le critère de légalité.

Paragraphe 1- Les cas d'ententes illégales

Ainsi, dans la première cause amenée devant les tribunaux en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (399), quelques mois avant l'affaire Alexander, le juge Wright, dans l'affaire R. v. Singer (400), ne fait aucun rapprochement

399) A l'époque 1927 S.R.C., c. 26.

400) 1931 O.R. 202.

entre "indûment" et "au détriment..de l'intérêt du public". Bien qu'il s'agisse là de l'une des quatre affaires où la poursuite s'est appuyée simultanément sur l'infraction de coalition par voie d'entente illégale et sur l'infraction de complot pour restreindre le commerce, le juge n'a pas, comme ce fut le cas dans les affaires Alexander et Canadian Import, profité de l'occasion pour traiter la notion "d'intérêt du public" comme s'il s'agissait simplement d'un synonyme d'indûment.

Ainsi, après avoir résumé les faits pertinents de l'affaire et après avoir indiqué que l'entente reprochée avait eu pour effet, à cause de la surcharge de 2 p. cent ajoutée aux coûts des travaux effectués par les membres de l'association de plombiers au profit de l'association, que "the public was forced to pay tribute to the Guild" (401), que l'entente visait aussi   "fixing a common price", que l'entente visait aussi   p naliser par divers moyens les non-membres de la "Guild" et que "those various activities built up an autocratic and despotic organization of the plumbing and heating industry in Windsor" (402) le juge Wright concluait:

The next step is to determine if the combine has operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public...The deductions I have already drawn from the evidence clearly establish that the combine...falls within the class indicated in this subsection.
(403)

401) 1931 O.R. 202,   la page 213.

402) Id., à la page 214.

403) Id., à la page 215.

C'est de cette façon que le juge a procédé pour déclarer les accusés coupables de coalition par voie d'entente ayant opéré "au détriment..de l'intérêt du public" (404). Jamais donc le juge n'a-t-il tenté un rapprochement avec le critère "indûment" pour envisager la question sous l'angle du "degré de diminution de la concurrence" (405).

Dans une autre affaire d'entente illégale datant de la même époque, la cause R. v. Famous Players (406), poursuivie elle aussi en même temps pour une infraction de complot, le juge Garrow déclare les accusés innocents faute d'avoir trouvé une intention commune des parties (407). Toutefois, à plusieurs reprises dans son jugement, le juge Garrow distingue entre les deux infractions et les deux critères "indûment" et "au détriment...". Ainsi, il insiste sur le fait qu'à défaut de trouver une intention commune entre les accusés, il n'aura pas à se prononcer sur la question de savoir "whether such agreement existed to unduly prevent or lessen competition" et, séparément, sur la question de savoir "what the effect on the public was... whether it was to their detriment or against their interest" (408).

404) Cette affaire fut portée en appel jusqu'à la Cour suprême, mais il n'y fut pas question de la signification de la notion d'intérêt du public. A ce sujet, R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 184, écrivait: "It would seem unfortunate that the Court did not take the opportunity to comment on the statute".

405) Ceci s'explique peut être parce que le juge n'était pas trop familier avec la signification "d'indûment". Voir, 1931 O.R. 202, à la page 218.

406) 1932 O.R. 307.

407) 1932 O.R. 307, à la page 349.

408) Id., à la page 312.

Il indique en cela qu'il considère les deux critères comme ayant une signification distincte et qu'on ne saurait réduire la notion d'intérêt du public à une simple question de degré de diminution de concurrence (409).

Malheureusement, le fait que le juge n'ait pas conclu à une intention commune des parties l'a empêché d'aller plus loin et de se prononcer plus clairement sur la signification particulière que doivent prendre les mots "au détriment..de l'intérêt du public".

Comme on peut le constater, les deux affaires Singer et Famous Players suggèrent et laissent voir la possibilité que la notion d'intérêt du public ait un sens propre, mais elles n'ont pas --à cause des faits particuliers à chaque affaire-- le même caractère tranchant que les décisions Alexander et Canadian Import qui ont introduit l'équivalence entre "l'intérêt du public" et indûment.

C'est là, selon nous, probablement l'une des principales causes de la prédominance de cette dernière approche pendant très longtemps. Il est possible de croire que si les affaires Singer et Famous Players avaient pu proposer une signification distincte pour "au détriment..", celle-ci aurait pu se développer de façon autonome par rapport au critère "indûment".

Quoi qu'il en soit, ces quatre affaires allaient mettre

409) C'est d'ailleurs ce qu'a aussi remarqué W. FRIEDMANN, op.cit., n. 174, p. 147.

un terme, pour plus de vingt ans, aux poursuites en vertu de l'infraction de coalition par voie d'entente illégale (410).

En 1956, la Cour d'appel de Colombie britannique dans l'affaire R. v. Morrey (410a), saisie d'un pourvoi contre un jugement de première instance condamnant un groupe de propriétaires de stations services à un dollar d'amende pour avoir participé à une coalition par voie d'entente illégale visant à fixer les prix, à les augmenter et à empêcher ou amoindrir la concurrence (411), renversait la décision de première instance et insistait sur l'importance de distinguer entre "indûment" et "au détriment..de l'intérêt du public".

Le juge de première instance, suivant en cela le courant dominant, avait informé les jurés que le "détriment" pouvait s'inférer de la diminution de la concurrence. Rendant en cela un jugement que le procureur de la Couronne en appel qualifiait lui-même de "pervers", le jury déclara les accusés coupables d'entente pour fixer et augmenter les prix (ce qui impliquait une diminution de la concurrence), mais les déclarait innocents d'entente pour amoindrir la concurrence!!

En appel, le procureur de la Couronne insista sur le

410) Par la suite, ayant à choisir entre l'infraction de complot et celle d'entente illégale, ce sera la première qui sera privilégiée par les procureurs de la Couronne. A ce sujet, voir, supra, n. 237.

410a) 19 W.W.R. 299.

411) 1927 S.R.C., c. 26, art. 2(c), (d) et (e) et art. 32; modifié par: 1935 S.C., c. 54.

fait que le détriment à l'intérêt du public dépendait: "upon the extent to which competition had been prevented" (412).

Il s'agit là, bien sûr, d'une formulation qui correspond à faire équivaloir "au détriment..de l'intérêt du public" avec "indûment". Le juge Smith, parlant pour la majorité, n'a pas accepté ce raisonnement. Répondant à l'argument du procureur de la Couronne et contredisant le juge de première instance il affirma:

..in my respectful opinion, there is no authority for either view. If I may say so without presumption, I think the learned judge may have been thinking rather in terms of "conspiracy" under Criminal Code sec. 498 (now 411) than in terms of "combination" under the Combines Investigation Act.
(413)

Par ces mots, le juge refusait de considérer l'infraction de coalition par voie d'entente et l'infraction de complot comme étant identiques, avec des critères "interchangeables". "Useful guidance can no doubt be obtained from authorities under a kindre statute provided the differences in the enactments are kept steadily in mind" (414), ajoutait-il. On ne saurait donc prouver que l'entente a opéré "au détriment..de l'intérêt du public" simplement par la preuve d'un certain degré de réduction de la concurrence (415).

412) 19 W.W.R. 299, à la page 302.

413) Id., à la page 302.

414) Id., à la page 303.

415) En cela, le juge Smith prenait résolument une approche contraire à celle qui avait été introduite par l'affaire Alexander. En particulier, voir: R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 189.

Selon le juge Smith, la preuve de l'infraction ne sera complétée que si le critère "d'illégalité" est pleinement satisfait:

Here, the Act speaks for itself; preventing or lessening competition is not enough. The Crown must go further with its proof and show the activities complained of "(had) operated or (are) likely to operate to the detriment or against the interest of the public."
(416)

S'appuyant ainsi sur "l'erreur de droit" du juge de première instance qui s'était conformé au courant jurisprudentiel dominant, le juge Smith renversa la décision de première instance et déclara les accusés innocents étant donné que "...no...evidence was adduced to show any detriment to the public" (417).

Cette décision fut la dernière rendue selon l'infraction de coalition par voie d'entente illégale. Peu après, en 1960, cette infraction fut abolie et remplacée dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions par l'infraction de complot pour restreindre le commerce, importée du Code criminel (418).

416) 19 W.W.R. 299, à la page 303.

417) Id., à la page 302. Par ailleurs, il importe de souligner que le juge, qui ne fait aucun cas de l'affaire Alexander et du courant qui en est issu, cite en l'approuvant R. v. Staples (voir infra), une affaire de fusion où on cherche à établir une signification distincte pour "l'intérêt du public". La Cour suprême refusa un pourvoi en appel dans l'affaire Morrey.

418) Voir, supra, Première partie, chapitre IV. Il est important de noter qu'un juge de la Cour suprême du Canada, le juge Kellock, rejetant la prétention du procureur des appelants qui voulait "importer" le critère "au détriment de l'intérêt du public", pour interpréter "indûment" dans une affaire de complot, déclarait: "If there is a difference between the offences described in the two statutes, Parliament has deliberately so intended". Voir: Howard Smith v. the Queen 1957) 8 D.L.R. (2d) 449, à la page 455.

Paragraphe 2- Les cas de "fusion, trust ou monopole"

La première affaire de fusion dans laquelle le juge eut à traiter, dans sa décision, de la notion d'intérêt du public fut l'affaire R. v. Staples (419). Commentant cette affaire, survenant en 1940, c'est-à-dire plusieurs années après que Alexander et Canadian Import eurent tracé la voie de l'équivalence entre les deux critères, Gosse souligna que

Neither the prosecution, nor the Court appears to be under the impression that detriment to the public under section 2 should be interpreted in the same sense as "unduly".
(420)

Ceci peut sembler invraisemblable, mais une lecture attentive du jugement nous amène à conclure que la Couronne, loin de tracer un lien d'équivalence entre "indivement" (degré de diminution de la concurrence) et "au détriment...", a simplement tenté de démontrer que la coalition par voie de "fusion, trust ou monopole" avait opéré au détriment de l'intérêt du public (421).

Quant au juge Robertson, il endosse carrément cette approche lorsqu'il affirme:

419) (1940) 74 C.C.C. 178.

420) R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 187.

421) Voir: 74 C.C.C. 178, à la page 185-186. Aussi, voir, infra, section 2.

As there is nothing in the Act or at common law to say any particular acts or omissions shall constitute detriment (to the interest of the public), the question as to whether or not there was detriment is a question of fact--see Crown Milling Co. v. the King 1927 A.C. 394 at p. 402.

(422)

Bien que sa décision repose fondamentalement sur son opinion à l'effet que l'acquisition de 50 p. cent des actions d'une compagnie ne donne pas à l'acquéreur un "contrôle" ou un "intérêt" dans l'entreprise acquise (423) au sens de la définition de "fusion, trust ou monopole" (424), le juge, "in case I should be wrong about this" (425), décida de statuer aussi sur la question à savoir s'il y avait eu opération "au détriment de l'intérêt du public". N'en trouvant pas, il n'hésite pas à déclarer les accusés innocents (426).

422) 74 C.C.C. 178, à la page 185. La référence à l'affaire Crown Milling, qui traite d'un statut néo-zélandais, sera reprise par le juge Smith, dans R. v. Morrey.

423) Alors que l'on sait très bien qu'il est possible d'avoir le contrôle effectif d'une grande société avec moins de 10 p. cent des actions! Comme l'a souligné W. FRIEDMANN, op.cit., n. 174, p. 148: "It is difficult indeed to find any justification for this reasoning".

424) 1927 S.R.C., c. 26, art. 2.(1); modifié par 1935 S.C., c. 54, art. 2.

425) 74 C.C.C. 78, à la page 185.

426) Id., p. 192.

Compte tenu du fait qu'il s'agissait là d'un cas de fusion --et non pas comme les affaires Alexander et Canadian Import de cas d'ententes illégales (dont le texte ressemble à celui de l'infraction de complot)-- on aurait pu croire que l'affaire Staples allait peut-être développer une signification autonome pour la notion d'intérêt du public...au moins en ce qui concerne les fusions.

Toutefois, cela n'allait pas se produire. La décision Staples n'a pas été suivie dans l'affaire suivante en matière de fusions, la cause R. v. Canadian Breweries dont il a été question au chapitre précédent (427).

427) Voir, supra, p.142, où le juge McRuer suit plutôt la voie tracée par l'affaire Alexander.

Par ailleurs, l'affaire R. v. B.C. Sugar (428), une autre affaire de coalition par voie de "fusion, trust ou monopole", allait donner lieu à des commentaires et des analyses pour le moins contradictoires. Il ne faut toutefois par voir là un manque de perspicacité des commentateurs, mais plutôt le caractère assez irrationnel et contradictoire des motifs-mêmes du jugement.

En effet, dans cette affaire, le juge Williams, après avoir donné raison à son confrère McRuer qui avait, dans l'affaire Canadian Breweries, fait équivaloir "au détriment..de l'intérêt du public" avec "indûment", entreprend, dans un deuxième temps, d'insister sur le fait que l'infraction exige en plus que l'on fasse effectivement la preuve d'un détournement causé à l'intérêt du public (429). Il est difficile de comprendre comment la même formule "au détriment..de l'intérêt du public" peut en même temps signifier la même chose que "indûment" et avoir une signification autonome. Comment le juge Williams en arrive-t-il à ce résultat aberrant? Il affirme d'abord son accord avec McRuer pour ce qui est de l'équivalence entre les deux critères et il ajoute:

I agree that it is not all combines that come within the operation of the Combines Investigation Act, but only those that have operated unduly or are likely to operate unduly to the detriment or against the interest of the public"
(430)

428) 129 C.C.C. 7. Voir aussi, supra, chapitre II.

429) 129 C.C.C. 7, à la page 60.

430) Id., p. 16.

Après avoir ainsi "importé" le critère indûment par le biais de son accord donné au raisonnement de McRuer, le juge Williams s'appuie d'autre part sur le jugement de l'affaire R. v. Morrey pour indiquer que la formule "au détriment..." exige qu'une preuve de détriment à l'intérêt du public soit faite pour que l'infraction soit commise (431).

R. Gosse croira voir dans cette "manoeuvre" une tentative de concilier --pour ne pas dire réconcilier-- les deux grands courants jurisprudentiels en faisant appel à la fois à celui qui fait équivaloir les deux critères et à celui qui attribue un sens particulier à "au détriment..de l'intérêt du public" (432).

Quant à nous, notre recherche nous a amené à découvrir une explication possible pour ce raisonnement qui défie la logique. Compte tenu du fait que le jugement de Williams a été rendu le 8 août 1960 et que la Chambre des communes était saisie du projet de loi de réforme de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions depuis le 6 mai 1960 (433), il nous semble pour le

431) Id., à la page 15 et à la page 18.

432) Voir, R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 191. W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, p. 144 était probablement plus près de la vérité lorsqu'il a suggéré que le juge Williams avait "compounded the two tests". Mais on ne comprend la mesure de la confusion qu'en ajoutant que E. SEXTON, op.cit., n.212 49, p. 10, laisse entendre que, selon lui, le juge Williams a simplement suivi, sans plus, la décision de McRuer dans Canadian Breweries et que R. DAVIDSON, in C. MASSE, op.cit., 297, p. 161, suggère que le juge Williams a simplement basé sa décision sur l'affaire Morrey.

433) Voir: G. ROSENBLUTH & H.G. THORBURN, op.cit., n. 84, p. 90.

moins vraisemblable de croire que le juge Williams a pu prendre connaissance de ce projet de loi qui ne devait pas changer la substance de la loi, mais simplement la "clarifier" (434).

Nous suggérons donc que le juge, en constatant que le législateur proposait la nouvelle formule "moyennant quoi la concurrence...est ou semble devoir être réduite au détriment...de l'intérêt du public", a cru retrouver dans la partie de la formule traitant de la réduction de la concurrence le critère "indûment" qu'il a donc juxtaposé à celui du "détriment..". L'explication peut sembler étrange, mais elle nous semble le seul moyen d'expliquer l'apparition simultanée des deux critères dans la décision de Williams. Autrement, le juge ne pouvait pas à la fois faire équivaloir les deux critères et les additionner l'un à l'autre.

Si notre explication s'avérait fondée, elle mettrait en lumière une influence "indue" d'un projet de loi sur l'interprétation du droit positif.

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que le juge Williams, au travers ses contradictions, en a tout de même exigé l'existence, pour que l'infraction soit prouvée de façon satisfaisante, d'un détriment causé à l'intérêt du public. En ce sens, sa décision réclame d'être inscrite parmi les décisions qui ont donné un sens spécifique à l'expression "au détriment de l'intérêt du public".

434) A ce sujet, voir les déclarations publiques du ministre de la Justice, Première partie, chapitre IV.

Il ressort de tout ceci que les décisions cherchant à donner à la notion "d'intérêt du public" une signification autonome et distincte du critère "indûment" ont été moins nombreuses et peu influentes au cours de toute la période menant à la décision de la Cour suprême dans l'affaire Irving.

Il est difficile de croire, à voir le peu de cas qui a été fait de ces jugements qui ont été littéralement submergés sous le poids du courant dominant, que ce courant jurisprudentiel qui semblait voué à la disparition allait s'imposer de façon décisive par le biais d'une décision de la Cour suprême du Canada.

Paragraphe 3- La Cour suprême déclare distincts les critères "au détriment de l'intérêt du public" et "indûment"

Toutefois, ces décisions tendant à donner au critère de l'intérêt du public une signification particulière autonome demeuraient un courant minoritaire par rapport au courant dominant faisant équivaloir les deux critères (435).

Rien n'illustre mieux cette dominance que le fait que lorsque des poursuites furent entreprises contre les entreprises K.C. Irving au Nouveau Brunswick au début des années soixante dix, pour des infractions de coalition par voie de "fusion, trust ou

435) Au sujet du courant jurisprudentiel dominant et de ses effets sur la politique en matière de fusions, voir le chapitre précédent. Voir aussi: R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 196; W.G. PHILLIPS, op.cit., n. 29, p. 87.

monopole" (436), de fusion et de monopole (437), le procureur de la Couronne entreprit d'appuyer sa preuve sur l'équivalence entre les critères "au détriment.." et "indûment". Il incita en effet le juge à trouver les accusés coupables si la preuve d'un monopole ou d'un monopole virtuel était faite (438).

Le juge Robichaud, en première instance, allait suivre le courant dominant en concluant que, dès que la preuve de l'existence d'un monopole était faite, "détriment, in law, results" (439).

Dans la même optique, il n'a pas hésité à qualifier de "erroneous" (440) les aspects du jugement dans l'affaire B.C. Sugar qui tendent à donner au critère "au détriment..de l'intérêt du public" une signification qui dépasse celle de "indûment". Le juge Robichaud en arrivait ainsi à juger que du simple fait de l'existence d'un monopole, le détriment à l'intérêt du public, en droit, en découlait alors même qu'il affirmait à maintes reprises que les acquisitions ou fusions faites par K.C. Irving n'avaient pas, en fait, causé de détriment (441) mais avaient

436) Il s'agit de l'infraction d'avant 1960, i.e. 1952 S.R.C., c. 314, art. 2 a) et e) et 32.

437) Il s'agit de l'infraction de fusion depuis 1960. Au moment des poursuites contre Irving: 1970 S.R.C., c. C-23, art. 33 et 2.

438) Ceci ressort des commentaires du juge de première instance. Voir: (1974) 16 C.C.C.(2d) 49, à la page 116 en particulier, et 121.

439) Id., à la page 104.

440) Id., à la page 123.

441) Id., à la page 102, où il abonde dans le sens de la défense qui plaidait absence de détriment, en fait.

même été bénéfiques (442).

L'absurdité patente du résultat obtenu par l'application du principe de l'équivalence des deux critères devenait ainsi particulièrement gênante. En effet, le juge vantait les bienfaits des fusions en question, mais il se sentait obligé, en droit, de les condamner. Ce résultat absurde découlait de l'application du principe faisant équivaloir "l'intérêt du public (une question de fait) avec indûment (une question de droit). Dès lors que le juge Robichaud eu constaté une diminution "indue" (question de droit) de la concurrence, il se sentit obligé, en droit, de condamner K.C. Irving, indépendamment des bénéfices retirés par le public. Cette décision, qui mettait en lumière l'absurdité d'appliquer aux fusions le critère développé pour les complots (indûment), allait être renversée en appel. Ceci allait détacher la question de "l'intérêt du public" du critère "indûment".

Portée en appel, l'affaire K.C. Irving permit au juge Limerick, parlant au nom d'un banc de trois juges, d'insister sur la contradiction existant entre les déclarations de Robichaud à l'effet que les acquisitions contestées n'avaient pas, en fait, causé de détriment et aient même été bénéfiques et sa décision les déclarant coupables:

442) Dans sa sentence (22 C.C.C.(2d) 281, à la page 283, Robichaud admet qu'il a été prouvé "au delà de tout doute raisonnable" que les acquisitions ont assuré la survie de journaux non rentables, que les journaux ont été améliorés et que l'économie de la Province a bénéficié de cela. Dans le même souffle, il canonise pratiquement M. Irving (à la page 283).

These findings of fact by the trial judge have not been disputed or appealed by the Crown and are inconsistent with his finding that when single ownership is established detriment in law follows
(443)

Cette phrase illustre bien le fossé que l'application du principe de l'équivalence des deux critères pouvait créer entre la loi et la réalité (444).

Le juge Limerick manifesta aussi son désaccord avec le juge de première instance en précisant les sens qui, selon lui, devait être attribué à la notion d'intérêt du public. Il affirma:

Whether the one ownership businesses have operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public is a question of fact, not of law and...must be decided against the appellants in this case before they can be found guilty
(445)

En affirmant ainsi que le détournement à l'intérêt du public était fondamentalement une question de fait, le juge Limerick rejetait par le fait même l'interprétation judiciaire développée par le courant jurisprudentiel dominant qui avait traité la question de l'intérêt du public comme une question de droit, résolue par le principe de l'équivalence entre cette

443) 23 C.C.C.(2d) 479, à la page 494.

444) Il est important de noter que dans les affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar, où le critère du "monopole virtuel" fut élaboré, les juges ne trouvèrent pas, en fait, de monopole. S'ils avaient conclu à la suppression de la concurrence, auraient-ils adopté le même critère?

445) 23 C.C.C.(2d) 479, à la page 494.

notion et le critère "indûment" applicable aux complots.

Du même coup, le juge Limerick réconciliait les faits tels qu'énoncés par le juge de première instance avec la décision qui devait en découler. Si les acquisitions faites par Irving n'avaient pas, en fait, causé de détriment à l'intérêt du public, déclarer que la question du détriment à l'intérêt du public est une question de fait rend impossible un jugement où le droit et les faits sont incompatibles (446).

Acceptant pour la première fois (447) de se prononcer sur la question de "l'intérêt du public" depuis son introduction dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en 1919, la Cour suprême du Canada, par la voix du juge en chef Bora Laskin, donnait raison à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et établissait de façon définitive le caractère autonome de la notion d'intérêt du public par rapport au critère "indûment".

Dans son jugement relativement court, le juge Laskin indique clairement qu'il ne devait plus être question d'appliquer

446) Peu après la parution, le 4 juin 1975 du jugement de la Cour d'appel dans l'affaire Irving, le directeur des enquêtes et recherches, Me Robert Bertrand, lors de sa déposition devant la Commission Bryce (voir, supra, n.11), affirmait que, selon lui, le Parlement, en distinguant en 1960 entre les fusions et les monopoles d'une part, et les complots d'autre part, avait "voulu signifier par là que la preuve relative au caractère "indû" (ne s'appliquait qu'aux) complots et non... aux fusions et monopoles où la preuve doit porter sur le préjudice causé au public" (p. 13). Il s'agissait là d'un changement majeur d'attitude car le directeur précédent, comme les procureurs de la Couronne, plaidaient l'équivalence entre les deux critères. Voir, supra, chapitre précédent.

447) R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 194, affirme que la Cour suprême semblait, jusque là, "have shied away from doing so".

les principes de droit développés en matière de complots pour restreindre le commerce autour du critère "indûment" pour interpréter les infractions rattachées au critère du "détriment à l'intérêt du public":

The points taken by the Crown are based on what, in my view, is a mistaken application to the present case of the law governing unlawful conspiracies or agreements unduly to prevent or lessen competition.
(448)

Dans l'affaire Irving comme dans toutes les causes précédentes concernant la notion de "détriment..à l'intérêt du public" (449), la Couronne plaidait l'équivalence entre les deux critères (450) dans le but, évidemment, de faciliter sa preuve. En effet, il est clair qu'un dommage précis causé à l'intérêt du public représente un fardeau plus lourd --surtout en droit criminel où la preuve doit aller "au delà de tout doute raisonnable"-- qu'une simple preuve de la diminution, à un certain degré, de la concurrence (451).

448) 32 C.C.C. (2d) 1, à la page 9.

449) Une exception à ce principe voulant que la Couronne favorise l'équivalence des deux critères est l'affaire Staples, supra, n. 420 (texte).

450) Toutefois, la Couronne ne proposait pas l'interprétation de "indûment" exigeant le "monopole virtuel" sauf lorsqu'un monopole de facto existait.

451) Le signal de l'abandon, par les administrateurs de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, de l'équivalence entre les deux critères (voir, supra, n. 446) n'a pas été suivi par la Couronne dans l'affaire Irving devant la Cour suprême. En effet, on peut lire dans le factum de la Couronne, à la page 11: "The crux of this issue is whether the broad principle...in the so-called "unduly" decisions are applicable". Le factum ajoute que la Cour d'appel "erred..in not following these principles".

Cette approche n'a de toute évidence pas impressionné le juge Laskin qui n'hésite pas à confronter l'opinion de McRuer, dans Canadian Breweries avec celle, à laquelle il accorde plus de poids, du juge Kellock de la Cour suprême:

In the Canadian Breweries case, McRuer J. accepted the contention of the Crown that for the purpose of the prosecution in that case the words "have operated or are likely to operate to the detriment or against the interest of the public have substantially the same meaning as the word unduly...his view is contrary to that expressed by Kellock, J. in the Howard Smith case... In rejecting this contention, Kellock J. said this: "If there is a difference between the offences described in the two statutes, Parliament has deliberately so intended".
(452)

De la sorte le juge Laskin détruisait le lien artificiel qui s'était perpétué entre les deux critères "au détriment.. de l'intérêt du public" et "indûment" depuis l'affaire Alexander, datant de 1932.

Le juge Laskin s'est aussi attaqué à l'opinion du juge Casey de la Cour d'appel du Québec qui affirmait, dans l'affaire Eddy Match, que l'obtention d'un "monopole virtuel", s'il s'était réalisé par l'acquisition systématique de tous les concurrents, créait "une présomption violente" que l'intérêt du public en la libre concurrence subissait un détriment (453). Selon le juge

452) 32 C.C.C.(2d) 1, à la page 10.

453) Voir, supra, n. 317 (texte). On se souvient que le juge Casey, après avoir adopté le critère du "monopole virtuel" (ayant importé les principes concernant "indûment" par le biais de l'équivalence tracée entre "indûment" et "au détriment..") avait tenté de se soustraire aux conséquences déraisonnables de son geste (qui aurait eu pour effet de rendre illégal tout monopole, sans exception) en tentant de (suite page suivante)

en chef du Canada, il s'agirait là d'une entorse grave aux principes qui régissent le droit en matière criminelle:

I do not think that it is open to a Court in a criminal case to raise a presumption such as is contended for by the Crown in this case in the absence of legislative direction. Inference as part of the logical process of deduction is one thing; a rebuttable presumption of law has the effect of altering the burden of proof which, if there is no legislative prescription to the contrary, rests on the Crown with respect to every element of an offence...

(454)

Avec beaucoup de perspicacité, le juge Laskin a vu les conséquences aberrantes du "remède" imaginé par le juge Casey pour s'extraire de la situation intenable dans laquelle il s'était enlisé en important, pour interpréter le critère "au détriment de l'intérêt du public", les principes développés en matière de complots pour restreindre indûment le commerce (455).

Il menait, ni plus ni moins, qu'à introduire dans le droit criminel une inversion du fardeau de la preuve en l'absence de toute directive législative à cet effet.

453) (suite) pondérer ses conclusions en suggérant qu'un monopole crée une "présomption" de détriment alors qu'un monopole obtenu par acquisition de concurrents (fusions) crée une "présomption violente" de détriment.

454) 32 C.C.C.(2d) 1, à la page 12.

455) Voir, supra, chapitre II. Il faut au moins souligner, au crédit du juge Casey, qu'il voyait les conséquences indéfendables de l'adoption du "monopole virtuel" (i.e. cela rendait tous les monopoles coupables) et qu'il a cherché un moyen d'éviter ce résultat. On ne peut en dire autant du juge Robichaud qui, en première instance dans l'affaire Irving, a condamné sur la base d'un "détriment en droit" tout en claironnant l'absence de détriment en fait.

Cette décision rédigée en termes non équivoques par le juge Laskin établissait donc une fois pour toute l'indépendance de la notion "d'intérêt du public" en matière de fusions à l'égard des principes développés en matière de complots pour restreindre indûment le commerce.

Section 2- La signification et la portée de
l'arrêt Irving

Il ne faut pas se méprendre sur l'importance et la portée de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire K.C. Irving. Cette décision a pour effet, dans la mesure où les décisions précédentes en matière de fusions (456) s'appuyaient sur l'équivalence entre "indûment et "au détriment..", de faire table rase de la jurisprudence antérieure, qui s'appuyait sur les principes importés de l'infraction de complot pour restreindre indûment le commerce.

Par ailleurs, les textes législatifs relatifs aux fusions prennent, lorsque le critère "au détriment de l'intérêt du public" devient autonome, un aspect tout différent.

Paragraphe 1- L'arrêt Irving et la loi d'avant 1960

Ainsi, en vertu de la loi d'avant 1960, seule une fusion qui est une coalition par voie de "fusion, trust ou monopole, et qui a "fonctionné ou est de nature à fonctionner au détriment ou à l'encontre des intérêts du public" est sanctionnée (457).

456) En particulier les affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar.
457) 1952 S.R.C., c. 314, art. 2 et 32.

Le rejet du courant jurisprudentiel faisant équivaloir "au détriment.." et "indûment" par la Cour suprême du Canada a pour effet que l'on doit maintenant aller chercher la preuve du "fonctionnement au détriment de l'intérêt du public" ailleurs que dans un simple degré de diminution de la concurrence, fût-il grand au point d'établir un monopole virtuel. Nous voulons dire par là qu'une preuve de la Couronne se bornant à signaler à l'attention de la Cour la suppression de la concurrence ne mènerait pas, per se, à une condamnation, loin de là. Comme l'a affirmé avec force le juge en chef Laskin, on ne saurait créer de présomption de droit en l'absence de directive législative (458). On ne peut donc conclure, à partir d'une diminution ou de la suppression de la concurrence, à un détriment causé à l'intérêt du public (459).

En ce sens, on peut dire que la décision Irving a pour effet, en ce qui concerne l'infraction de coalition par voie de "fusion, trust ou monopole", de restaurer un critère large de l'intérêt du public, celui-ci ne devant plus être interprété simplement comme "un certain degré de diminution de la concurrence".

Ceci a certainement été enregistré avec beaucoup de satisfaction par les économistes qui, comme L.A. Skeoch (460) et

458) Voir, supra n. 454.

459) Ceci ne veut pas dire que la diminution de la concurrence ne peut pas causer un détriment à l'intérêt du public, mais ce n'est pas la diminution de concurrence qui importe, mais ses conséquences.

460) Voir: L.A. SKEOCH, op.cit., n. 15, p. 21 ss et n. 219, supra. Dans le même sens, voir aussi: S. STYKOLT, Combines Policy: An Economist's Evaluation (1956) 22 C.J.E.P.S. 38; W. BLADEN, Introduction to political Economy, Toronto, U. of Toronto Press, 1956.

le juriste W. Friedman (461), réclamaient depuis longtemps l'abandon du critère structurel de l'effet des fusions sur la concurrence pour proposer l'utilisation de critères s'intéressant au comportement du marché, c'est-à-dire aux économies d'échelle, à l'efficacité accrue, au dynamisme en matière de recherche et de développement. En effet, il va sans dire que l'abandon de la ligne jurisprudentielle faisant équivaloir "intérêt du public" et "indûment" permettait, du moins en principe, de vérifier si une fusion "avait fonctionné au détriment..de l'intérêt du public" en analysant les avantages que le public pouvait retirer en termes d'accroissement d'efficacité, d'économies d'échelle, de dynamisme en matière de recherche en rapport avec les inconvénients possibles au cas où la fusion, loin d'amener des économies, aurait rendu une entreprise moins dynamique tout en augmentant sa part du marché (462).

Dégager la notion d'intérêt du public du carcan créé par l'équivalence avec indûment aurait même pu, du moins on peut le croire, mener à une interprétation large qui tienne compte des

461) W. FRIEDMANN, op.cit., n. 174.

462) Il s'agit là, bien sûr, d'une approche qui s'intéresse au comportement du marché (behaviour) plutôt qu'à sa structure, contrairement à l'approche qui s'intéresse simplement au degré de diminution de la concurrence, un critère purement structurel (nombre d'entreprises, part du marché qui est contrôlée). En fait, comme l'a noté W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, p. 135: "There is little doubt that the Supreme Court (in the Irving case)..has rejected even the mildest form of a structural approach to mergers..". C'est donc le comportement du marché et de l'entreprise qui importe.

aspects sociaux (463) et politiques (464) d'une fusion.

Toutefois, ces considérations ne sont qu'académiques dans la mesure où le critère applicable en matière de fusions n'est plus, depuis 1960, simplement "s'il a fonctionné à l'encontre de l'intérêt du public", mais bien si "la concurrence..a été réduite au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public".

Bien sûr, il demeure toujours possible (465), bien que de plus en plus improbable, qu'une poursuite soit encore instituée contre les auteurs d'une fusion en vertu de la loi d'avant 1960, mais il nous semble plausible d'affirmer que les poursuites futures --si poursuites il y a-- seront entreprises en vertu de la loi en vigueur depuis 1960.

Paragraphe 2- La création d'un double critère de légalité applicable aux fusions

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Irving a donc donné raison, rétroactivement, à ceux qui refusaient de voir dans le critère "au détriment..de l'intérêt du public" une simple question de degré de diminution de la concurrence.

463) Les responsabilités sociales d'une entreprise, par exemple: "..one can imagine..one firm, in acquiring another, may.. have to take account of the "external" social cost to the community of closing the only factory in a small town". D. ELDON, op.cit., n. 174, p. 69.

464) "One would certainly have to expect a very interesting court case if the Attorney General were set to prove public detriment to the public through political machinations of a wealthy monopoly", a suggéré D. SINGER, op.cit., n. 158, p. 148.

465) Il n'existe pas de prescription en droit criminel pour les actes criminels et la loi en vigueur au moment de la commission de l'acte reproché s'applique en principe.

Plus que cela, la Cour suprême a déterminé que ce n'est pas dans la diminution de la concurrence, mais bien dans le "fonctionnement", c'est-à-dire la réalisation de la fusion et dans ses conséquences qu'il faut chercher le détriment causé à l'intérêt du public.

Ce faisant, la Cour suprême a non seulement mis un terme à un courant jurisprudentiel jusque là dominant, mais elle a "rétroactivement" contredit le ministre de la Justice Davie Fulton qui prétendait en 1960 clarifier simplement le droit existant en substituant le critère "moyennant quoi la concurrence..est diminuée au détriment..de l'intérêt du public" à celui du simple fonctionnement "au détriment..de l'intérêt du public" (466).

Même si la Cour suprême a maintenant établi que les principes applicables à l'infraction de complot pour restreindre "indûment" le commerce ne s'appliquent pas à l'infraction de fusion, il n'a évidemment pas été possible à la Cour de supprimer du texte législatif les modifications que le législateur y a apportées en s'imaginant --à tort-- consacrer par une mesure législative un principe de droit "établi", à savoir que le détriment causé à l'intérêt du public devait être trouvé au niveau du degré de diminution de la concurrence.

En conséquence, depuis 1960, le "test" applicable pour déterminer la légalité d'une fusion est de savoir si la réalisation

466) Le ministre croyait, par cette modification, indiquer simplement que la diminution de la concurrence devait atteindre un degré contraire à l'intérêt du public pour qu'il y ait inculpation. Voir, supra, Partie I, chapitre IV.

de cette fusion "a réduit ou est susceptible de réduire la concurrence au détriment de l'intérêt du public".

Dans son jugement dans l'affaire Irving, le juge en chef Laskin, en refusant de voir dans la notion d'intérêt du public une simple question "de degré de diminution de la concurrence", a à toutes fins pratiques substitué deux critères distincts à celui que le législateur avait adopté en 1960 (467).

En effet, le juge Laskin, en donnant aux mots "au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public" une vie indépendante, établissait comme un critère distinct l'autre partie de la formule décrétant l'illégalité des fusions "moyennant quoi la concurrence est ou semble devoir être réduite...au détriment.."

En conséquence, pour être illégale, une fusion doit d'abord diminuer la concurrence; et il faut de plus que cette diminution se fasse ou semble devoir se faire au détriment de l'intérêt du public. Il est certain que les économistes qui espéraient voir les juges abandonner le principe de la concurrence à tout prix pour une analyse économique un peu plus sophistiquée ont été forcés de constater que le double critère, qui découle des modifications législatives de 1960 et du refus de la Cour suprême de réduire "l'intérêt du public" à une simple question de diminution de la concurrence, impose comme pré-requis une

467) C'est d'ailleurs ce que soulignait W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, à la page 150 lorsqu'il affirmait que les responsables de la rédaction de ces modifications législatives n'avaient pas envisagé une telle "double-barelled" interpretation. Ils croyaient simplement indiquer que le détriment résidait dans le degré de diminution de la concurrence!

certaine diminution de la concurrence avant que l'on puisse par la suite vérifier l'effet de cette diminution, à savoir si elle a causé un détriment à l'intérêt du public (468).

En conséquence, nous consacrerons une section du présent chapitre à chacune des deux composantes du critère applicable aux fusions depuis la décision dans l'affaire Irving, à savoir: la réduction de la concurrence et le détriment à l'intérêt du public.

Il appert donc que le jugement de la Cour suprême dans l'affaire Irving a eu pour effet non seulement de donner à la notion d'intérêt du public une impulsion nouvelle qui lui assure une autonomie qui lui était refusée par le courant jurisprudentiel autrefois dominant, mais que ce jugement a en fait scindé le critère de légalité des fusions en deux éléments distincts qui sont la diminution de concurrence et le détriment causé à l'intérêt du public.

Pour compléter notre tableau de l'état du droit en matière de fusions depuis cette importante décision, il nous reste à préciser, dans la mesure du possible, la portée et la signification de ces deux éléments qui forment le "test" applicable aux fusions.

468) Pour employer le langage et les concepts économiques que nous avons utilisés, cela signifie qu'il faut d'abord qu'il y ait une modification de la structure du marché (diminution du nombre d'entreprises, augmentation du pouvoir de marché d'un participant) et qu'en plus, le comportement du marché et/ou des entreprises cause un détriment à l'intérêt du public. Ce prérequis est évidemment tout à fait insatisfaisant pour les économistes qui, comme Skeoch, croient que c'est le comportement du marché qui est important. Cette approche est tout aussi insatisfaisante pour des gens comme I. BRECHER, qui, pour des raisons d'efficacité croient que la loi ne doit viser que la structure du marché. Voir, supra, n. 220.

Section 3- La réduction de la concurrence
nécessaire en matière de fusions

Comme nous venons de l'expliquer, pour qu'une fusion soit jugée illégale, il faudra qu'à cause de cette acquisition "la concurrence est ou semble devoir être réduite". C'est là la première condition que doit remplir une fusion pour tomber sous le coup de la loi. Compte tenu du fait que, dans l'affaire Irving, la Cour suprême a refusé de permettre que l'on importe les principes applicables en matière de complots (469), il nous semble donc qu'on ne saurait "importer", pour déterminer à quel point la concurrence doit être réduite, les niveaux de diminution qui ont été jugés nécessaires pour obtenir une condamnation en matière de complots pour restreindre indûment le commerce.

Paragraphe 1- Possibilité d'une interprétation moins
rigoureuse qu'en matière de complots

En effet, comme nous l'avons vu, aucune poursuite contre des complots pour restreindre indûment le commerce n'a mené à des condamnations dans les cas où l'inculpé contrôlait moins de 50 p. cent du marché (470). En fait, les tribunaux saisis d'accusations de complots ont tellement eu tendance à exiger un contrôle élevé du marché par l'accusé que le législateur s'est senti obligé

469) 32 C.C.C.(2d) 1, à la page 9.

470) Voir supra, n. 296. }

d'intervenir en 1975 pour déclarer qu'un contrôle absolu (monopole virtuel) n'est pas nécessaire pour qu'il y ait complot indû (471).

Quoi qu'il en soit, il est clair que le fait d'utiliser les standards développés en matière de complot pour déterminer le degré nécessaire de réduction de la concurrence ne pouvait qu'affaiblir l'efficacité du contrôle des fusions. C'est d'ailleurs ce que soulignait Roy Davidson, un haut fonctionnaire du Bureau de la concurrence chargé de la division des fusions et des monopoles:

L'importance de la distinction entre les formules "réduire indûment" et "au détriment du public" découle en partie du fait que dans la majorité des cas de jurisprudence relatifs à la signification du terme "indûment", il est question d'ententes collusoires englobant plus de 50 p. cent du marché. Si une part du marché de cette importance constitue une condition indispensable à une fusion illégale, il s'en suivra que fort peu de fusions pourront faire l'objet d'une contestation.
(472)

Il nous semble qu'il s'agit là d'un excellent exposé des avantages qui découlent d'une rupture d'avec les principes applicables à "indûment".

En conséquence, on peut s'interroger sur le degré de réduction de la concurrence qui sera jugé nécessaire par les tribunaux pour satisfaire aux conditions posées par le texte indiquant "moyennant quoi la concurrence..est..réduite dans la définition actuelle de fusion."

471) Voir: 1974-75-76 S.C., c. 76, art. 13.

472) R. DAVIDSON, in: C. MASSE, op.cit., n. 297, à la page 162.

Dans son commentaire concernant la décision Irving, William Stanbury laisse entendre --sans doute parce que dans l'affaire Irving un monopole de fait existait-- que la décision de la Cour suprême signifie qu'une fusion, pour tomber sous le coup de la loi, doit d'abord et avant tout avoir pour effet de créer un monopole en termes de contrôle du marché (473).

Cette conclusion ne nous semble pas justifiée par l'analyse des motifs invoqués par le juge Laskin. En effet, celui-ci a clairement et délibérément rejeté l'idée d'importer dans l'infraction de fusion les principes applicables aux causes de complot pour restreindre le commerce. Le juge en chef rejetait par la même occasion l'idée même qu'un "monopole virtuel" ou qu'un contrôle du marché effectif aussi élevé qu'en matière de complots soit nécessaire pour assurer le succès d'une poursuite en matière de fusions.

Le fait que, dans l'affaire Irving, un monopole de fait existait ne permet pas de conclure qu'il s'agit là d'un pré-requis ou d'une condition sine qua non au succès d'une poursuite. Nulle part dans son jugement, le juge Laskin affirme-t-il qu'avant de décider si une fusion s'est faite à l'encontre de l'intérêt du public, il soit nécessaire d'établir qu'elle a réduit la concurrence au point qu'un monopole soit en place.

Au contraire, il nous semble plutôt que l'on puisse affirmer qu'en détachant le critère applicable aux fusions de

473) "For a merger to be illegal under the Act, monopoly power in terms of effective control over the market must have been created.." dira W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, p. 165.

celui applicable aux complots, le juge Laskin permet d'introduire de nouveaux principes applicables quant au degré nécessaire de réduction de la concurrence pour satisfaire aux exigences de l'infraction de fusion.

Au niveau en tout cas de la question du niveau nécessaire de diminution de la concurrence, il nous semble que la décision dans l'affaire Irving permette de raviver l'espoir que plaçaient les membres de la Commission des pratiques restrictives de commerce dans les modifications législatives de 1960 lorsqu'ils y voyaient un moyen de contrecarrer la tendance vers le critère du monopole virtuel (474).

Paragraphe 2- La signification du mot concurrence

Pour ce qui est de la signification du mot "concurrence", il ne nous semble pas abusif de croire que ce mot a la même signification et vise à indiquer les mêmes phénomènes dans les infractions de complots (où le critère est toutefois la réduction "indue") et dans les cas de fusions (où l'on ne parle que de réduction "au détriment...").

Cette signification ne peut toutefois être trouvée dans une déclaration judiciaire précise car les tribunaux, comme l'a souligné David Kilgour (475), ont évité soigneusement d'indiquer

474) Lorsque le "monopole virtuel" fut adopté en matière de fusions par les affaires Canadian Breweries et B.C. Sugar, la Commission, dans son rapport sur Canada Packers (op.cit., n. 361) émettait l'espoir que le mot "réduit" ferait échec à l'exigence de suppression totale de la concurrence.

475) D.G. KILGOUR, Case and Comment (1957) 35 R. du B. Can. 1087, à la page 1091.

clairement ce qu'ils entendent par le mot "competition" (concur-
rence). En cela, ils n'ont fait que suivre le principe établi
par la Cour suprême en 1912 dans l'affaire Weidman v. Shragge à
l'effet que les juges ne sont pas des économistes et n'ont pas à
se pencher sur les théories économiques "à la mode" en la matiè-
re (476). Toutefois, en affirmant que le public "at all times
(is) entitled to the benefits of absolutely free and unlimited
competition" (477), les tribunaux ont cristallisé et enchâssé
dans notre droit une conception de la concurrence qui part du
postulat que "rivalry among the few is less compatible with the
public interest than rivalry among the many." (478).

La conséquence corollaire de ce postulat est qu'une
entorse à la "libre" concurrence est commise lorsque le nombre
de participants ou de rivaux sur le marché est diminué à cause
d'ententes entre certains participants (ou tous) ou à cause de
fusions entre eux. Et si, en matière de complots, on a générale-
ment exigé, pour conclure à une réduction "indue" de la concur-
rence, que l'entente visée regroupe l'équivalent de 50 p. cent
ou plus d'un marché donné, rien n'indique --maintenant que le lien
avec "indûment" a été rompu-- qu'une partie aussi importante du
marché devra être touchée par une fusion pour que les tribunaux
en arrivent à conclure à une "réduction" de la concurrence au
sens de la loi.

476) E. SEXTON, op.cit., n.212, p. 37, a relevé pas moins de huit
causes où les juges ont affirmé leur refus de se pencher sur
les aspects économiques des accusations.

477) S.F. SOMMERFELD, op.cit., n. 295, à la page 418.

478) I. BRECHER, op.cit., n. 220, p. 525.

Quoi qu'il en soit, pour les économistes que Irving Brecher qualifie de "the new critique" (479), l'idée même de libre concurrence ou de "concurrence pure" est un concept dépassé, qui n'aurait pas dû survivre à Adam Smith et au dix-neuvième siècle. Pour ces derniers, qui ont en l'économiste L.A. Skeoch un chef de file de premier plan au Canada:

...the proper focus for anti-monopoly policy is not the structure of industrial markets, but rather the economic results which those markets produce. There is, in other words, no a priori reason to believe that rivalry among the few is less compatible with the public interest than rivalry among the many (...). Furthermore, there is said to be no ground for assuming that more competition is generally preferable, to less... the public advantage is likely to be a narrowing of the competitive sphere.
(480)

Pour ceux-ci, le simple fait d'utiliser comme critère la concurrence pure --qu'ils préfèrent d'ailleurs qualifier de "rivalité"-- pour déterminer et distinguer les "bonnes" et les "mauvaises" fusions, est une aberration (481).

479) Ibid.

480) Id., à la page 525. Cette école d'économistes, qui trouve ses origines dans les travaux de J.A. SCHUMPETER, et en particulier son oeuvre maîtresse: Capitalism, Socialism and Democracy New York, Harper and Bros., 1942, propose le modèle de la "workable competition", qui consiste à juger la concurrence non pas en termes de rivalité entre concurrents, mais plutôt au niveau du comportement de l'industrie et du marché. La monopolisation et les collusions ne seront jugées néfastes que si elles ne donnent pas d'avantages au niveau de l'efficacité du dynamisme du marché. En conséquence, que la structure du marché se modifie vers une situation de monopole n'est pas, en soi, une préoccupation pour eux. Par contre, si le comportement du marché indique une baisse d'efficacité ou de dynamisme au niveau de la recherche, ils y voient cause d'intervention.

481) Voir: L.A. SKEOCH, The Combines Investigation Act: Its Intent and Application (1956) C.J.E.P.S. 46.

Quoi qu'il en soit, il est peu probable que les tribunaux en l'absence de directives législatives, modifient leur point de vue à l'égard de ce qu'est la concurrence et cessent d'aborder le problème en termes de "rivalité" entre les firmes, laquelle obligation de "rivaliser" avec les autres participants du marché étant considérée comme nécessaire dans l'intérêt du public.

Toutefois, le refus des juges de se compromettre au niveau de l'analyse économique sophistiquée et complexe qu'implique l'étude du comportement du marché, de l'efficacité et du dynamisme en matière de recherche et de développement des entreprises semble déjà moins déraisonnable lorsque l'on sait que la "workable competition is a rather slippery concept" (482), comme dira George Wilson.

D'autre part, comme l'ont souligné W.T. Stanbury et I. Brecher, il est possible que l'efficacité de toute politique en matière de concurrence dépende largement du maintien, au niveau judiciaire, d'une évaluation de la concurrence qui s'intéresse à la structure du marché, i.e. le nombre de rivaux, leur part respective du marché, etc..(483).

482) G.W. WILSON, Anti-Combines and Injury to the Public (1957) 23 C.J.E.P.S. 121, à la page 123. Il cite le professeur Mason qui affirmait: "There are as many definitions of 'effective' or 'workable' competition as there are effective or working economists".

483) I. BRECHER, op.cit., n. 220, à la page 577. W.T. STANBURY, op.cit., n. 40, à la page 168.

Tout dépend alors évidemment de la définition que l'on donne au mot efficacité. Une politique efficace est-elle une politique qui vise à entretenir une rivalité active entre les participants d'un marché au prix de sacrifices en termes d'efficacité et de dynamisme (efficacité accrue et économies d'échelle obtenues par le regroupement d'anciens rivaux)? S'agit-il plutôt d'une politique laissant s'instaurer une structure monopolistique ou oligopolistique sous prétexte que le public retire des avantages du comportement plus dynamique du marché ainsi modifié (484)?

Stanbury, dont les arguments nous semblent particulièrement convaincants, prétend pour sa part qu'il s'agit là d'un faux débat car, selon lui, la grande majorité des travaux effectués par des économistes sur la question indiquent que la structure du marché a un effet déterminant sur le comportement des acteurs qui y sont présents et sur la performance du marché (485). Ceci, ajouté au fait que les économistes qui se font les avocats d'une approche reposant sur le principe de la "workable competition" sont loin de faire l'unanimité entre eux quant aux critères de

484) W.T. STANBURY, dans une critique féroce du Rapport Skeoch-MacDonald (*supra*, n. 13) qui propose de s'intéresser au comportement plutôt qu'à la structure du marché, souligne qu'aucune étude scientifique n'a démontré que les avantages découlant d'une plus grande efficacité du marché seraient nécessairement transmis au public. Ce dernier ne retirerait alors aucun avantage d'une plus grande concentration, mais perdrait plutôt des fournisseurs. W.T. STANBURY, Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy: Summary and Critique, (1977) 15 O.H.L.J. 1, à la page 29.

485) Id., à la page 31, note 183.

performance et d'efficacité qui devraient être utilisés (486), nous incite à voir d'un oeil beaucoup moins critique l'approche maintenue par les tribunaux, laquelle consiste à envisager la concurrence au niveau de la structure du marché, i.e. le nombre de participants, leur part du marché, le degré de contrôle qu'ils exercent sur le marché, etc..

Quoi qu'il en soit, il ressort de tout ceci que les tribunaux continueront sans doute --à moins d'indications législatives contraires-- à déterminer la réduction de la concurrence simplement par l'étude de la structure du marché et du rôle joué par l'accusé dans cette structure. La réduction de la concurrence continuera de s'évaluer à partir du nombre d'acteurs et de la part de marché de chacun avant et après les actes reprochés.

Ceci ne permet évidemment pas de dire quel degré de réduction de la concurrence sera jugé nécessaire pour que les tribunaux décident que les conditions posées par la définition législative de fusion ont été satisfaites.

486) Voir, supra n. 482. Aussi, D. ELDON, op.cit., n. 174 à la page 84, souligne que l'économiste Stephen Sosnick a "recensé" pas moins de 13 critères de performance du marché chez 18 économistes. G.W. WILSON, op.cit., n. 482, à la page 123, dira: "...there is no objective criteria for determining..(if)..economic performance is satisfactory or workable".

Paragraphe 3- Le degré de diminution de la concurrence:
La question du contrôle

Comme nous l'avons déjà souligné plus haut, il ne faut plus chercher à invoquer, pour déterminer le degré de diminution de la concurrence, les principes applicables aux complots pour restreindre le commerce (487).

Par contre, le jugement du juge en Chef Bora Laskin dans l'affaire Irving nous permet de dégager certains indices quant aux exigences qui pourront être posées à l'avenir par les tribunaux dans les cas de fusions (s'il en est d'autres à être poursuivies en vertu de la loi actuelle).

A)- Acquisition n'équivaut pas à contrôle

Dans l'affaire Irving, la compagnie K.C. Irving Inc. et les trois autres sociétés commerciales accusées avaient obtenu, par acquisitions successives (fusions), le contrôle des cinq journaux anglophones du Nouveau-Brunswick. La Couronne s'était d'ailleurs largement appuyé sur ce "monopole virtuel" existant de facto pour tenter de prouver la culpabilité des accusés en se référant au courant jurisprudentiel appliquant les principes développés autour du critère "indûment" et en vertu duquel la suppression "virtuelle" de la concurrence amenait un inéluctable verdict de culpabilité.

487) Voir, supra, n.448 (texte).

Devant la Cour suprême, après son échec en Cour d'appel, la Couronne demanda au plus haut tribunal du pays de statuer sur la question de savoir si plusieurs entreprises contrôlées par une seule personne peuvent se concurrencer. La Couronne soumettait que la Cour d'appel avait fait erreur en concluant que la concurrence pouvait exister entre différentes entreprises d'un seul propriétaire (488).

Le juge Laskin, saisi de cette question, insista d'abord sur le fait que l'appel de la Couronne ne pouvait porter que sur une question de droit et non une question de fait (489) et que la Cour suprême s'appuyait sur les faits tels que perçus par les tribunaux inférieurs:

There is no appeal here on questions of fact and, absent any argument on complete absence of evidence or on complete disregard of admissible evidence touching any of the issues in this case, this Court must accept the facts as they were found below...

(490)

S'appuyant sur cette prémisse, le juge Laskin disposa ainsi de la question de la réduction de la concurrence découlant d'un contrôle unique des entreprises en cause:

Even if the acquisition of entire control would be enough to support an inference of lessening of competition, that inference cannot be drawn

488) En d'autres mots, la Couronne voulait que la Cour suprême affirme qu'en droit, plusieurs entreprises soumises au même "contrôle" ne pouvaient être en concurrence les unes avec les autres. Il s'agissait bien d'une question de droit.

489) 1970 S.R.C., C.34, art. 605(1)a.

here, in the face of the evidence and the findings thereon by the trial Judge and by the Court of Appeal that the pre-existing competition where it existed, remained and was to some degree intensified by the take-over of the newspapers.
(491)

Compte tenu des conclusions extrêmement claires exprimées par le juge du procès en ce qui concerne l'augmentation, dans les faits, de la concurrence et de la rivalité entre les journaux contrôlés par K.C. Irving (492), de même qu'en ce qui concerne l'autonomie administrative et éditoriale des journaux, le juge Laskin se serait trouvé à creuser un fossé entre les faits et le droit applicable s'il avait conclu, en droit, à une suppression de la concurrence alors que le juge des faits, en première instance, avait insisté sur la complète autonomie des journaux --tant au niveau éditorial qu'au niveau administratif-- et sur l'amélioration de la position concurrentielle des plus faibles d'entre eux depuis l'acquisition par K.C. Irving Inc.

De la même façon qu'il avait conclu qu'aucun détriment à l'intérêt du public ne pouvait se présumer d'une suppression, même totale, de la concurrence, le juge Laskin affirme ici qu'on ne saurait non plus conclure à une réduction de la concurrence du simple fait que le contrôle est concentré --même s'il n'est pas exercé-- entre les mains d'un individu ou d'une corporation.

490) (1976) 32 C.C.C. (2d) 1, à la page 6.

491) Id., à la page 12.

492) En particulier, voir: (1974) 16 C.C.C. (2d) 49, à la page 91.

Il faut donc que la réduction de la concurrence, dans les faits, soit prouvée par la Couronne. Cette preuve devient plus facile à faire dans les cas où l'acquéreur, au lieu de laisser la compagnie acquise fonctionner de façon autonome (comme avant l'acquisition), entreprend de fusionner, c'est-à-dire de fondre en une seule entité juridique les deux sociétés. Dans ce cas, il est évident que la disparition d'un participant à un marché est de nature à réduire la concurrence (493). La véritable question sera alors de savoir si la réduction de concurrence est d'un degré suffisant pour satisfaire au critère applicable aux fusions.

Pour les autres cas, il s'agira de voir, dans les faits, s'il existe ou si on peut déceler un contrôle commun effectif sur les entreprises acquises, ce qui neutraliserait la concurrence réelle entre celles-ci.

B)- Le contrôle "effectif"

Dans l'affaire Irving, la grande faiblesse de la preuve de la Couronne résidait évidemment dans les "findings of fact" des tribunaux inférieurs, lesquels avaient insisté sur l'entière autonomie, tant éditoriale qu'administrative, des journaux acquis par K.C. Irving Inc.

493) Il est certain, du moins à première vue, que s'il y a moins de rivaux, il y a moins de concurrence. Il faut toutefois tempérer cette affirmation en soulignant que la fusion de deux participants inefficaces et non-concurrentiels peut ajouter au marché un participant actif et concurrentiel.

Le juge Laskin, en décidant qu'on ne peut, en droit, conclure à la réduction de la concurrence du fait qu'il y a "consolidation" de la propriété de différentes entreprises alors que les faits, tels que constatés par les tribunaux inférieurs, n'indiquaient aucune diminution de la concurrence, a suivi la seule voie réconciliant le droit et les faits.

On peut spéculer sur ce qu'aurait été la décision du juge Laskin si la compagnie Irving, au lieu d'améliorer la situation matérielle et concurrentielle de ses journaux acquis les plus faibles, tout en maintenant leur autonomie, avait plutôt décidé de fermer leurs portes ou de les placer sous le contrôle direct d'un autre journal de la chaîne. Il est possible de croire que le juge y aurait vu une réduction de la concurrence suffisante pour satisfaire aux conditions de la partie du critère applicable aux fusions qui traite de la réduction de la concurrence (494).

Quoi qu'il en soit, le refus de la Cour suprême de voir une suppression de la concurrence lorsque tous les participants d'un marché sont contrôlés par une seule personne physique ou morale par suite de l'acquisition systématique de toutes les entreprises concurrentes n'est pas sans poser des problèmes sérieux. Ce n'est pas parce que celui qui a acquis le contrôle sur les autres entreprises choisit de ne pas exercer ce contrôle qu'il ne

494) A noter que le juge Limerick, de la Cour d'appel, avait suggéré qu'il aurait condamné les accusés s'ils avaient fermé les portes, ou mis un terme à la distribution du Moncton Times où il concurrençait un autre journal de la chaîne Irving. (1975) 23 C.C.C.(2d) 479, à la page 488.

l'a pas. En tout temps, il peut choisir de l'exercer de façon plus ou moins subtile (494a).

En dernière analyse, l'autonomie et l'initiative laissées aux entreprises qu'il a acquises demeurent subordonnées à son contrôle et à sa volonté. Toutefois, à moins qu'il ne manifeste son contrôle par des actes patents, comme le regroupement de ses acquisitions, l'uniformisation des politiques et méthodes de fonctionnement des entreprises (495), la réorganisation centralisée des administrations, il sera impossible de prouver le contrôle effectif que la Cour suprême semble poser comme une condition essentielle pour prouver la réduction de la concurrence.

Au niveau de la preuve, si l'on garde en mémoire qu'il s'agit d'une preuve de nature criminelle, i.e. au delà de tout doute raisonnable, il est certain que cette décision posera des difficultés à la Couronne, surtout dans les cas où l'acquéreur s'abstiendra d'entreprendre, dans les années suivant immédiatement l'acquisition d'autres entreprises, des changements majeurs dans la structure du marché dont il "contrôle" tous les participants (496).

494a) STANBURY, *op.cit.*, n. 40, à la page 163, affirme, reprenant en cela un argument de la Couronne: .."the very nature of competition requires that there be independent owners". C'est la possession, et non l'exercice du contrôle qui importe, selon lui.

495) Par exemple en imposant une liste de prix unique pour ses entreprises, ou en uniformisant les choix de produits offerts au public.

496) Me Robert Bertrand, dans une entrevue (10 juin 1979) nous confiait que les conseillers juridiques appelés à donner une opinion sur une fusion projetée suggèrent de ne pas modifier (suite page suivante)

Privée d'une décision affirmant que l'on peut conclure, en droit, à une réduction de la concurrence lorsqu'un participant acquiert ses concurrents, la Couronne devra donc, dans les cas où l'acquéreur n'a pas regroupé de façon évidente ses entreprises, tenter de prouver la réduction de la concurrence à partir des faits particuliers à chaque espèce, en s'appuyant sur les indices mettant en lumière un contrôle actif, soit au niveau de la prise de décision, soit au niveau du caractère plus ou moins homogène du comportement des entreprises contrôlées.

En conséquence, nous pouvons conclure, à ce sujet, que la réduction de la concurrence, qui est une partie intégrante de l'infraction de fusion --au même titre que le détournement à l'intérêt du public-- ne peut se présumer du simple contrôle "passif" d'un certain nombre, ou de tous, les participants d'un marché donné.

La Couronne a le fardeau de satisfaire le juge des faits (497) que les différentes entreprises acquises par une personne physique ou morale sont contrôlées activement de façon à réduire la concurrence entre elles (497a).

496) (suite) la structure de l'entreprise pendant les premières années après l'acquisition, pour ne pas sembler réduire la concurrence.

497) Il est évident que le juge Laskin a décidé, dans l'affaire Irving, que la réduction de la concurrence est une question de faits, et non de droit comme le suggérait la Couronne.

497a) A noter toutefois que le juge Laskin laisse entendre qu'en certains cas il serait possible "d'inférer" la réduction probable de la concurrence du contrôle. Il dit: "Even if the acquisition of entire control would be enough to support an inference of lessening or likely lessening of competition, that inference cannot be drawn here in the face of the evidence (suite page suivante)

Mais cela ne sera pas suffisant pour conclure à la réduction de la concurrence. Il faudra, en plus, prouver que le groupe d'entreprises en question constitue une partie suffisamment importante des participants d'un marché pour qu'on en déduise un degré suffisant de réduction de la concurrence.

Ce sont là des éléments qui ne pourront être précisés que par l'interprétation judiciaire. L'arrêt Irving ne nous permet pas de prédire quel degré de contrôle effectif devra être exercé par l'acquéreur, ni quelle portion du marché devra être regroupée sous le contrôle de l'acquéreur pour que l'on puisse conclure à la réduction de la concurrence.

Et, si le tribunal conclut effectivement à une réduction suffisante de la concurrence, l'infraction de fusion ne sera pas pour autant prouvée, car le juge Laskin a bien précisé, dans son jugement appuyé à l'unanimité par tous ses confrères, que cette réduction de la concurrence devait s'être faite "au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public".

Section 4- Le détriment causé à l'intérêt du public

Comme nous l'avons déjà signalé, la décision de la Cour suprême dans l'affaire Irving a eu pour effet de fractionner en deux éléments distincts le critère de légalité applicable aux fusions. Pour constituer un acte criminel, une fusion doit non

497a) (Suite) and the findings thereon by the trial Judge and the Court of Appeal that the pre-existing competition...remained". (1976) 32 C.C.C. 1, à la page 12-13.

seulement réduire la concurrence, mais il faut que cette diminution cause un détérioration "à l'intérêt du public". Encore ici, il y a donc deux éléments distincts. D'abord, il faut savoir ce qui constitue un "détérioration" et ensuite tenter de cerner, toujours à partir de la jurisprudence applicable (498), ce qu'il faut entendre par les mots "intérêt du public".

En effet, il faut se demander en quoi consiste le "détérioration" qui doit être causé à l'intérêt du public et qui doit être trouvé dans les faits de l'espèce pour satisfaire aux conditions de la définition de fusion (499).

Paragraphe 1- La nature du détérioration qui doit être prouvé

Pour ce qui est de savoir en quoi doit consister le "détérioration" à l'intérêt du public susceptible de faire tomber une fusion dans le cadre d'application de la loi, il faut évidemment se référer à toutes les causes de jurisprudence où les juges ont refusé de faire équivaloir "au détérioration.." avec "indûment". Il va sans dire que la chaîne jurisprudentielle originant dans l'affaire Alexander, et qui fit l'objet du second chapitre de la deuxième partie, ne saurait être invoquée ici étant donné que ces affaires vidaient l'expression "au détérioration.." de toute signification spécifique.

498) La jurisprudence applicable est celle, bien sûr, qui a donné un sens particulier et spécifique au critère "au détérioration.. de l'intérêt du public" et qui fait l'objet du présent chapitre.

499) Le juge Laskin insiste sur le fait que dans l'affaire Irving, "...there was no proof of detriment in fact". (1976) 32 C.C.C. 1, à la page 9.

Il faut donc s'en remettre aux affaires dans lesquelles les juges ont tenté de trouver un "détriment" à l'intérêt du public.

A) - Le "détriment", une question de fait

Déjà, dans l'affaire R. v. Staples (500), la première affaire de fusion où l'expression "au détriment..de l'intérêt du public" fut considérée comme un critère autonome, le juge de première instance insista sur le fait qu'il s'agissait là d'une question de fait:

As there is nothing in the Act or at common law to say any particular acts or omission shall constitute detriment, the question as to whether or not there was detriment is a question of fact --see Crown Milling Co. v. The King (1927) A.C. 394, at p. 402.
(501)

Pour en arriver à cette conclusion, il s'appuyait sur une décision du comité judiciaire du Conseil privé, rendue dans une affaire portant sur une loi de la Nouvelle-Zélande où figurait, comme dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, le critère du détriment à l'intérêt du public (502).

500) (1940) 74 C.C.C. 178.

501) Id., à la page 185.

502) "...it is left to the Courts to ascertain in each case whether the nature of the control is contrary to the public interest as a matter of fact,..." diront les Lords dans cette affaire après avoir noté l'absence d'une prescription précise de la part du législateur. Cf. Crown Milling Co. v. The King (1927) A.C. 394, à la page 402.

Dans l'affaire R. v. Morrey (503), la Cour d'appel de Colombie britannique fit spécifiquement référence à l'affaire Staples en ce qui concerne la nature du détriment à être prouvé. Dans cette cause, le juge Smith, parlant pour la majorité, insista sur l'importance de prouver dans les faits le détriment causé à l'intérêt du public (504).

Ces opinions concordent avec celle du juge Laskin et de tous les juges de la Cour suprême du Canada selon laquelle la question du détriment est une question de fait qui doit être résolue par la preuve, au delà de tout doute raisonnable, de faits qui permettent de conclure "au détriment" causé à l'intérêt du public (505).

B) - La nature du détriment

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de la présente partie de notre étude. Il ne s'agit pas ici de faire une compilation de tous les aspects du "détriment" qui peut affecter l'intérêt du public. Bien sûr, nous tenterons de regrouper ici les différentes formes de détriment qui ont été soumis à l'interprétation judiciaire. Toutefois, il importe de garder à la mémoire le fait qu'il ne s'agit là que d'exemples qui ne limitent et ne circonscrivent en rien les faits ou les situations qui pourraient,

503) (1956) 19 W.W.R. 299. A voir aussi, supra, n. 416 (texte).

504) Id., à la page 303.

505) Voir en particulier, supra, n. 499.

à l'avenir, être soumis aux tribunaux comme étant des cas de "détriment" causé à l'intérêt du public (506).

1)- Les interventions au niveau des prix

Dans l'affaire R. v. Singer, le juge de première instance avait conclu que l'entente illégale réunissant en un pseudo-syndicat les entrepreneurs en plomberie de la région de Windsor, en Ontario, opérait "au détriment" de l'intérêt du public en fixant les prix et en y ajoutant un pourcentage qui revenait "à faire payer un tribut au public" (507). Il ne s'agissait pas là d'un cas où une augmentation déraisonnable était reprochée, mais il faut y voir le premier cas où le critère "au détriment... de l'intérêt du public", interprété indépendamment du critère "indûment", était jugé viser le détriment qui découle d'une manipulation des prix.

Dans l'affaire R. v. Morrey, le juge Smith, de la Cour d'appel de Colombie britannique, sans préciser pour autant ce qu'il qualifierait de détriment causé à l'intérêt du public, souligne que la Couronne n'a pas tenté de prouver que les prix adoptés par les distributeurs d'essence étaient "excessifs" et que "...I do not recall any evidence of any complaint..made by the public" (508).

506) Ces exemples peuvent tout au plus avoir une valeur indicative de ce que les tribunaux ont pu qualifier d'actes pouvant causer un détriment au sens de la loi.

507) (1931) O.R. 202, à la page 8. Voir, supra, n. 403.

508) (1956) 19 W.W.R. 299, à la page 300.

Nous suggérons que le juge Smith a sans doute voulu dire par là qu'une preuve portant sur le caractère "excessif" des prix, surtout si elle originait ou s'appuyait de plaintes du public, pourrait constituer une preuve d'un détriment causé à l'intérêt du public.

Par ailleurs, dans l'affaire R. v. B.C. Sugar, le juge Williams, après avoir affirmé que la preuve d'un monopole virtuel n'était pas suffisante et qu'il fallait, en plus, prouver un détriment, illustre de la façon suivante le genre de "détriment" qu'il avait en tête:

In my opinion, the Crown, in this case, must not only establish that, as a result of the merger the accused acquired the "power" (d'agir à l'abri de la concurrence) ..it must also establish excessive or exorbitant profits or prices.

(509)

Dans le même sens, il est intéressant de noter que le juge Limerick, de la Cour d'appel du Nouveau Brunswick, avait affirmé, dans sa décision rendue dans l'affaire Irving, qu'il aurait sans doute trouvé les accusés coupables si la Couronne avait pu faire la preuve que ces derniers avaient "..increase(d) the price of all their newspapers unreasonably" (510).

Il s'agit encore là d'un autre exemple de l'importance que les tribunaux ont porté, en ce qui concerne la détermination de l'existence d'un détriment, à la question des prix.

509) (1960) 129 C.C.C. 7, à la page 60.

510) (1975) 23 C.C.C. (2d) 479, à la page 488.

2) - Autres facteurs de nature économique

Outre la question des prix, et des profits qui, on l'a vu, ont souvent été pointés du doigt par les tribunaux comme une source possible de détriment, d'autres facteurs de nature économique ont été considérés par les tribunaux.

Ainsi, dans l'affaire R. v. Staples, la Couronne a tenté de faire la preuve d'un détriment en insistant qu'un détriment découlait de quatre éléments distincts. Ceux-ci incluaient 1) un accord d'exclusivité consenti par un courtier au profit de l'entreprise fusionnée; 2) certains rabais illicites accordés à certains distributeurs sans justification; 3) la violation d'une disposition statutaire provinciale concernant la vente par consignation; 4) le caractère "vicieux" de la relation découlant de l'achat, par l'une, de cinquante p. cent des actions de l'autre (511).

Toutefois, le juge Robertson, dans cette affaire, rejeta chacune de ces soumissions de la Couronne, soulignant qu'il ne pouvait y trouver un détriment "...unless it were shown as a fact that the growers or public suffered some loss.." (512). Il est clair que la Couronne n'a pas pu prouver de façon convaincante le

511) 1940 74 C.C.C. 178, à la page 186.

512) Id., à la page 192.

détriment allégué. Ceci, évidemment, enlève beaucoup de signification à ces facteurs possibles de détriment. Notons toutefois que la décision du juge de les rejeter en l'espèce s'appuyait sur l'incapacité de la Couronne de prouver "the loss" ou la perte subie par le public et non pas sur la non-pertinence des sources de détriment allégués.

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine. La preuve d'un détriment à l'intérêt du public de nature économique ne peut être faite qu'au moyen de l'analyse économique.

En effet, l'exigence posée par la Cour suprême dans l'affaire Irving de la preuve d'un détriment, en fait, signifie, dans la mesure où le détriment que la Couronne désire prouver est de nature économique, qu'il faudra s'appuyer sur les méthodes et les techniques d'analyse développées par les économistes pour évaluer les effets et les conséquences économiques d'une fusion (513). Il va sans dire que la défense pourra, contrairement à la règle en vigueur en matière de complots pour restreindre le commerce (514), opposer à cette preuve ses propres experts et ses propres analyses de nature économique en vue de prouver absence de détriment et même, si possible, le caractère bénéfique de la fusion attaquée.

513) Comme le notait R. GOSSE, op.cit., n. 15, à la page 190, en parlant des conséquences découlant du fait de donner aux mots "au détriment.." un sens spécifique: "..(if) actual detriment must be shown, the economic effects of an agreement ..(become) ..relevant".

514) Voir, supra, Partie II, chapitre II.

Ceci aura évidemment pour effet que les tribunaux ne pourront plus, du moins en ce qui concerne les fusions, se réfugier derrière le célèbre dicton de Sir Frederick Pollock si souvent cité dans les causes en matière de complots (515) pour refuser de tenir compte de l'analyse économique dans le processus menant à une décision concernant l'existence ou non d'un détriment, en fait.

Compte tenu du fait que l'analyse économique n'a jamais eu droit de cité jusqu'à maintenant dans les poursuites en matière de concurrence (516), il est difficile de prévoir les effets qu'auront l'introduction de mémoires préparés par des économistes pour démontrer ou pour infirmer l'existence d'un détriment découlant d'une fusion (517).

D'autre part, il va sans dire que l'équivalence qui avait été tracée entre "indûment" et "au détriment..", qui empêchait, ou rendait inutile toute preuve portant sur autre chose que le degré de diminution de la concurrence, a contribué à faire en sorte qu'il y ait si peu d'exemples jusqu'à maintenant de

515) "Our lady of the common law is not a professed economist".
Voir, supra, n. 295.

516) D'une part, la Couronne n'avait qu'à prouver la diminution "indue" ou la suppression de la concurrence alors que la défense était empêchée, en particulier par la décision Howard Smith (supra, n.290) de faire la preuve des avantages retirés par le public d'une entente.

517) Il est intéressant de souligner que dans l'affaire Irving, la défense avait, en première instance, déposé un rapport d'expert concernant les avantages économiques des fusions de journaux. Ce rapport, bien que rejeté en droit par le juge Robichaud, influence largement ses "findings of fact" concluant, en fait, à l'absence de détriment.

tentatives de prouver un détérioration à partir de facteurs économiques.

Finalement, il ne faut pas perdre de vue que l'exigence, en fait, de la présence d'un détérioration, doit se percevoir à la lumière de l'autre élément composant le critère applicable aux fusions, à savoir: la réduction de la concurrence. La loi vise les fusions "moyennant quoi la concurrence..est réduite..au détérioration..de l'intérêt du public". Ceci signifie évidemment que le détérioration doit découler de la réduction de la concurrence qui doit, nous l'avons souligné, aussi être prouvée.

Dans la mesure où le détérioration à être prouvé est de nature économique, il est clair que la Couronne, pour réussir, devra satisfaire le tribunal en prouvant sur la base de l'analyse économique, au delà de tout doute raisonnable, que le public "subit une perte" du fait de la réduction de concurrence consécutive à la fusion, (518).

En ce sens, on pourrait sans doute tenter de prouver l'existence d'un détérioration en démontrant qu'une fusion a eu pour résultat de diminuer l'efficacité du marché, par exemple en faisant la preuve d'une baisse de productivité découlant d'une fusion. Le détérioration pourrait aussi être trouvé par exemple dans le ralentissement de

518) Au niveau de la preuve, ceci pose le problème suivant, comme l'a souligné, G. WILSON, op.cit., n.482 , à la page 123: ".the consequences adduced by economic analysis are only probabilities and, on a different set of assumptions, one could arrive at a different set of probable consequences. Thus, there exist no objective criteria for determining whether or not a firm's economic performance is satisfactory or workable".

la recherche et du développement dans une entreprise suite à l'acquisition d'un plus grand contrôle du marché. De la même manière, on pourrait prétendre que le public subit un détérioration à cause d'une baisse dans la qualité du service ou des produits. d'une entreprise suite à des acquisitions de concurrents se soldant par une réduction de la concurrence.

Il s'agit là, bien sûr, d'exemples de comportements de marché ou d'entreprise qui seraient susceptibles de conduire à la preuve d'un détérioration. Pour les économistes comme L.A. Skeoch, il s'agit là du seul test valable à l'égard des fusions. C'est au niveau des conséquences économiques d'une fusion qu'il faut, selon eux, juger si une fusion doit être permise ou non.

Il sera intéressant de voir comment les tribunaux accueilleront la preuve de détérioration --et la contre-preuve présentée par la défense-- qui s'échafauderont sur la base de documents réalisés à partir d'analyse économique. Compte tenu du fait qu'il y a en ce domaine très peu d'unanimité entre les économistes, il est possible qu'une telle preuve ne puisse jamais satisfaire un tribunal "au delà de tout doute raisonnable". (519).

519) Il est clair que la défense pourrait produire un nombre au moins égal d'analyses économiques offrant des conclusions diamétralement opposées à celles déposées par la Couronne. Par exemple, en matière d'aliénation mentale ou d'analyse graphologique, il est rare qu'une partie ne puisse trouver des "experts" pour étayer sa cause.

3)- Les facteurs non-économiques de
détriment

Un des aspects les plus intéressants de l'arrêt Irving est certainement le commentaire fait par le juge Laskin en ce qui concerne la possibilité d'établir une preuve de détriment sur une question "sociale" comme le droit du public à la liberté de presse et à la liberté éditoriale.

En fait, l'intervention du juge Laskin, qui n'a tout au plus que valeur d'obiter dictum, visait essentiellement à contrecarrer l'opinion émise par le juge Limerick, de la Cour d'appel, selon laquelle l'aspect "éditorial" (ou contenu du journal) échappait, contrairement au journal en tant qu'objet de commerce, à l'application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (520).

Pour sa part, en réponse à l'opinion de Limerick, le juge Laskin écrivait:

...it seems incongruous that a prohibited merger or monopoly should not include newspapers in respect of their editorial direction but...I leave the point open.
(521)

520) Limerick affirmait: "It (the Act)..does not and was not intended to control or restrict the expression of ideas, editorial comment, or editing of news." (1976) 23 C.C.C.(2d) 479, à la page 488.

521) (1976) 32 C.C.C.(2d) 1, à la page 5.

En insistant pour laisser ouverte la porte fermée par Limerick en ce qui concerne le détriment pouvant découler du contrôle éditorial des journaux, le juge Laskin indique que le détriment causé au public peut découler de facteurs autres que des facteurs économiques.

Dans l'affaire Irving, c'est l'absence de toute preuve de contrôle éditorial et la déclaration, par le juge au procès, affirmant l'autonomie complète, tant au niveau administratif que rédactionnel, des journaux acquis par Irving qui ont obligé le juge Laskin à conclure à l'innocence des accusés (522).

En ce sens, l'affaire Irving est évidemment un cas d'espèce, dont la portée est fortement limitée du fait que la Cour suprême devait décider à partir des faits, non contestés par la Couronne, tels que formulés par le juge du procès et la Cour d'appel. Bref, il serait erroné de conclure, sur la base de l'arrêt Irving, qu'on ne pourrait prouver un détriment à partir de facteurs qui ne sont pas de nature économique. Dans l'affaire Irving, c'est la faiblesse de la preuve de la Couronne en matière de contrôle éditorial et des effets qui en découlent qui explique l'échec de la poursuite.

Quoi qu'il en soit, cet aspect de la décision Irving

522) En ce qui concerne les experts de la Couronne concernant la liberté de presse (qui incluaient Claude Ryan), le juge Laskin commenta: "They..(expert witnesses)..spoke theoretically, without having made any study of the situation in New Brunswick, nor did they address themselves to the facts relating to the operation of the newspapers involved in the present case". Id., à la page 13.

ouvre des perspectives tout à fait nouvelles quant à la possibilité d'élargir la notion de détriment pour inclure, non seulement les conséquences économiques d'une fusion, mais aussi les aspects sociaux et politiques. Les véritables limites du "détriment" qui pourront être invoqués à l'encontre d'une fusion ne pourront être précisées que par la jurisprudence, mais il nous semble important d'insister sur la "porte ouverte" qu'a laissée le juge Laskin en ce qui concerne les aspects non-économiques du détriment que le public peut subir du fait d'une fusion.

Ainsi, on peut se demander si le juge Laskin aurait condamné la compagnie Irving si la preuve avait été faite que les dirigeants de l'entreprise étaient intervenus pour supprimer certains articles ou pour contrôler la politique éditoriale. Encore là, il s'agit évidemment d'une preuve qui n'est pas facile à faire (à moins d'obtenir, grâce à une perquisition, des mémoranda particulièrement accablants). Le juge concluerait-il alors que le public en subit un détriment? La question reste posée, mais l'arrêt Irving laisse au moins entrevoir qu'une telle conclusion puisse être possible.

Paragraphe 2- L'intérêt du public: qui est visé?

A) - Le public dans son ensemble

Richard Gosse, dans son ouvrage consacré au droit de la concurrence au Canada, affirme ce qui suit:

Generally...the courts have looked upon "the public, whether consumers, producers or others" as the

public as a whole. It is the public as an abstract entity...While consumers, producers and other groups are part of the public and will have special interests in particular restrictive situations it is suggested that it is the overall position of the public that must be the criteria. Special interests can be taken into account when considering the position of the public interest as a whole.
(523)

Notre étude nous amène à conclure que cette citation résume bien l'attitude des tribunaux qui se sont penchés sur la question. Certaines précisions méritent toutefois d'être apportées.

A une exception près, jamais les tribunaux n'ont tenté de disséquer la notion de "public" pour en extraire des groupes particuliers ou des classes spécifiques de citoyens aux fins de l'application de la loi. Cette exception est l'affaire R. v. B.C. Sugar où le juge Williams courtise encore la contradiction en affirmant d'une part que l'intérêt du public est constitué de deux éléments: "...the interest of the grower and the interest of the other members of the general public...are reconcilable so long as a..due proportion is maintained between the two"(524), et en ne tenant pas compte, d'autre part, que des intérêts des producteurs de betteraves à sucre tout au long de son jugement (525).

523) R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 193.

524) (1960) 129 C.C.C. 7, à la page 54.

525) Id., aux pages 17, 47, 54. Voir aussi ce qu'en dit R. GOSSE, op.cit., n. 15, p. 193.

Dans cette même affaire, le juge avait invoqué un arrêt australien (526) pour insister sur l'importance d'inclure les producteurs dans la notion "d'intérêt du public"...comme si sa préoccupation pour le sort des producteurs n'était pas suffisamment évidente!

Quoi qu'il en soit, à part cette "quasi-exception", les jugements qui ont traité de la notion d'intérêt du public n'ont jamais cherché à isoler ou à privilégier un groupe composant le public au détriment des autres (527).

En conséquence, il s'agit de considérer l'intérêt général, pour employer une autre formule. L'intérêt du public doit donc se percevoir, pour emprunter l'admirable définition de Jeremy Bentham, comme étant "the sum of the interests of the several members who compose (the community)" (528).

Dans sa décision rendue dans l'affaire Irving, la Cour suprême du Canada, lorsqu'elle se penche sur les conclusions des tribunaux inférieurs en ce qui concerne les faits, semble considérer le public dans son ensemble. En effet, aucune tentative n'y

526) Id., à la page 17. Il s'agit de l'arrêt A.G. for Australia v. Adelaide SS. Co. 1913 A.C. 781, où le Conseil privé insista sur l'inclusion des producteurs dans la formule "to the detriment of the public" dans une loi australienne. Cette affaire fut aussi citée dans R. v. Morrey 115 C.C.C. 337.

527) En fait, les juges ont toujours considéré l'ensemble du public (toutes les catégories de personnes) dans le marché ou le territoire touché par la fusion. Ainsi dans l'affaire K.C. Irving, le juge Robichaud définit le "public" comme étant la population du Nouveau-Brunswick (1974) 16 C.C.C. (2d) à la page 98.

528) Cf. W.T. STANBURY, op.cit., n. 5.

est faite pour distinguer, parmi ceux qui composent le "public", des catégories particulières de personnes susceptibles de subir un préjudice spécifique. Toujours, on y fait état de "l'intérêt du public" dans une perspective qui permet de croire qu'on donne à ces mots le sens "d'intérêt général" (529).

Ceci ne veut toutefois pas dire qu'il faille voir dans "l'intérêt du public" dont il est question un rejet absolu des intérêts particuliers des individus et des groupes qui forment la société. Parler d'intérêt général ne signifie pas qu'il faille négliger les intérêts particuliers, loin de là.

En effet, les intérêts particuliers contradictoires des différents groupes de la société constituent, et font partie intégrante, de l'intérêt général. En fait, l'intérêt public est la synthèse des intérêts particuliers des individus et des groupes qui composent le public. En conséquence, il faut donc tenir compte, pour déterminer l'intérêt du public, les intérêts spécifiques des entreprises accusées de fusion illégale. Ceci n'est que logique si on accepte, comme Roger Noll, que l'intérêt du public est "the policies government would pursue if it gave equal right to the welfare of every member of society" (530).

529) Voir en particulier, (1976) 32 C.C.D. (2d) 1, aux pages 6, 7, 8, 10 et 11, où on discute de la formule "au détriment..de l'intérêt du public".

530) ROGER E. NOLL, cité par W.T. STANBURY, dans C. MASSE, op.cit., n. 297.

Toutefois, cela conduit à l'une des différences majeures existant entre le droit applicable aux fusions et celui qui s'applique aux complots visant à restreindre le commerce.

B) - Le cas particulier des accusés

En effet, alors que dans le cas d'accusation de complot pour restreindre le commerce les tribunaux ont jugé qu'il fallait refuser de tenir compte des intérêts particuliers des conspirateurs (531), la notion d'intérêt du public applicable aux fusions nous amène à peser dans la balance les intérêts particuliers des accusés, car ces intérêts spécifiques constituent une partie de cet ensemble d'intérêts contradictoires que constitue l'intérêt du public.

Dire qu'il faut tenir compte des intérêts particuliers des personnes accusées de fusion illégale ne signifie toutefois pas qu'une défense s'appuyant sur la preuve d'avantages indiscutables retirés par les auteurs de la fusion attaquée comme réduisant la concurrence au détriment de l'intérêt du public serait efficace, surtout si d'autres secteurs de la société (les consommateurs, par exemple), subissent un préjudice à cause de la fusion. Indépendamment de la force probante découlant de la mise en valeur des intérêts particuliers des accusés, il importe simplement d'insister sur le fait qu'on ne saurait exclure, en matière de

531) Voir en particulier Stinson Reeb Builders Supply Co. v. The King 1929 R.C.S. 276, où la Cour suprême a décidé que les avantages retirés par les parties au complot ne devaient pas être considérés.

fusions, les avantages retirés par les participants à la fusion comme on le fait en matière de complots.

En fait, il est fort probable que, confrontés à l'ensemble des intérêts spécifiques des autres segments de la société, les intérêts particuliers des auteurs de la fusion attaquée ait un poids tellement faible que la signification pratique du geste qui consiste à tenir compte de cete intérêt particulier risque de n'être qu'académique.

Quoi qu'il en soit, il nous semble essentiel d'éviter l'écueil qui consisterait à faire équivaloir l'intérêt du public avec l'intérêt d'un autre groupe spécifique ayant des intérêts particuliers, à savoir, les consommateurs.

C)- Le cas des consommateurs

Nous avons vu que la première législation traitant des fusions ne visait au départ que celles qui s'opéraient au détriment des "consommateurs" de ces articles de commerce (532). Dans un article récent, W.T. Stanbury suggère en quelque sorte que la notion d'intérêt du public soit ramenée un peu à cette dimension. Il écrit:

It seems analytically desirable, but practically difficult to distinguish between the consumer interest and the public interest. ..Economists argue that the public interest in terms of economic welfare can be achieved only by consistently focusing on policies which optimize the consumer interest in the aggregate.
(533)

532) Voir, supra, Partie I, chapitre I.

533) W.T. STANBURY, in C. MASSE, op.cit., n. 297, p. 364.

Il s'agit là d'une observation intéressante qui s'appuie sur le témoignage d'un certain nombre d'économistes qui privilégient les intérêts des consommateurs, mais il faut admettre que rien ne nous permet, dans le cadre actuel de la loi et à la lumière de la jurisprudence, de réduire ainsi la notion d'intérêt du public à celle d'intérêt des consommateurs.

Bien sûr, il est possible, dans les faits, que le nombre même de consommateurs par rapport aux autres segments de la société, soit suffisant pour assurer une perception de l'intérêt du public qui s'apparente plus aux intérêts spécifiques des consommateurs qu'à ceux des autres groupes dont il faut tenir compte, mais il n'en reste pas moins qu'il faille distinguer entre intérêt du public et intérêt des consommateurs.

En fait, il faudra que les tribunaux se penchent à l'avenir sur cette question si nous voulons que se dégage un jour plus clairement l'importance relative des intérêts spécifiques qui composent l'intérêt du public, ou l'intérêt général.

Une chose nous semble certaine: on ne saurait réduire l'intérêt du public au niveau des intérêts spécifiques de l'un ou de l'autre des groupes qui en font partie (534).

534) C'est la signification qu'il faut donner, selon nous, à l'énumération "au détriment de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes".

CONCLUSION GENERALE

La première observation qu'il nous semble important de formuler au moment de tracer les conclusions de notre étude portera évidemment sur la signification du geste posé par les législateurs, qui a consisté à établir la notion d'intérêt du public comme élément essentiel du test de légalité applicable aux fusions.

De notre étude, il ressort clairement que l'adoption de ce critère s'est fait, en quelque sorte, de façon "accidentelle". On devrait même parler d'une série d'accidents. Il a fallu tout d'abord que le législateur associe en 1910, dans une même disposition législative et dans une même définition de "coalition", les fusions et monopoles d'une part, et les ententes illégales d'autre part. C'est d'ailleurs là, nous l'avons vu, la seule fois où le législateur était vraiment préoccupé par le problème des fusions dans toute l'histoire de cette législation.

Par la suite, en 1919, pour faire face à un véritable scandale en matière de profits excessifs et d'accaparement, le gouvernement, n'hésitant pas à utiliser vigoureusement les pouvoirs exercés avec audace pendant la guerre, instaura une Commission de commerce dotée de larges pouvoirs discrétionnaires s'appliquant tant aux cas de profits excessifs qu'aux cas de

"coalitions" telles que définies en 1910. Les "coalitions" que le gouvernement avait alors à l'esprit étaient évidemment les "ententes illégales" permettant les profits excessifs et non les fusions d'entreprises.

Quoi qu'il en soit, c'est à ce moment que la notion d'intérêt du public fut introduite -- pour encadrer et délimiter le pouvoir discrétionnaire de la Commission en la matière -- et se trouva pour la première fois en contact avec la question des fusions. Il nous semble donc possible de conclure que le choix de la notion d'intérêt du public comme critère de légalité applicable aux fusions n'a pas été une décision délibérée prise dans un but défini mais le fruit de la présence presque incongrue du concept de fusion dans la même définition que les ententes illégales qui faisaient l'objet d'un effort législatif conscient.

La Commission de commerce, on l'a vu (535), n'a pas pu exercer longtemps "dans l'intérêt du public" ses pouvoirs en la matière. Pourtant, malgré sa disparition, le critère d'intérêt du public est resté, jusqu'à ce jour, le test de légalité applicable aux fusions et ce, malgré toutes les modifications législatives subséquentes.

Notre étude de ces modifications législatives fait ressortir clairement la peur presque maladive du législateur devant la perspective d'avoir à retrancher ou à ajouter des mots au texte de loi. Dans la plupart des cas, il ne s'est agi que

535) Voir, *supra*, n. 137. La Commission de commerce fut jugée inconstitutionnelle (*ultra vires* du Parlement fédéral) par le Conseil privé.

d'un véritable "jeu de chaises musicales" où les mots changeaient de place dans une définition par ailleurs fondamentalement inchangée. Ceci, bien sûr, signifie d'abord et avant tout que le législateur ne sentait pas le besoin de s'attaquer à un texte législatif qui, s'il n'était pas particulièrement utile, ne faisait pas non plus de dégâts.

Quoi qu'il en soit, il est clair que le législateur n'a pas, si ce n'est en 1919 lors de l'adoption de la notion d'intérêt du public comme critère de légalité, précisé la signification qu'il attribuait à la notion d'intérêt du public d'abord et avant tout parce qu'il ne lui en attribuait, dans les faits, aucune.

Ceci devient évident lorsqu'on souligne le fait qu'en 1923, lorsque le législateur "criminalisa" les "coalitions" (et partant, les fusions), il ne s'est pas arrêté une seconde sur le fait qu'il maintenait en place un critère de légalité qui avait été introduit dans la loi pour donner effet à un pouvoir discrétionnaire.

Pour nous, il est tout à fait plausible d'affirmer que l'utilisation de la notion d'intérêt du public comme critère de légalité applicable aux fusions est donc tout au plus le résultat d'un accident historique qui s'est perpétué jusqu'à maintenant pour certains motifs qui peuvent être identifiés.

D'abord, il y a le problème posé par l'inertie traditionnelle du législateur. Il ne faut pas croire que les

législateurs adoptent et modifient des lois en dehors de toute contrainte et de toute pression. Au contraire, et nous croyons que cette étude est un témoignage éloquent en ce sens, le législateur agit généralement en réponse à des pressions bien précises qui s'exercent sur lui en vue d'obtenir des mesures spécifiques.

Ainsi, s'il est clair qu'en 1910 les fusions étaient un problème d'actualité à cause d'une vague sans précédent de consolidations d'industries et que le législateur a réagi aux craintes du public en incluant les fusions dans sa loi concernant les coalitions, il n'en reste pas moins qu'en 1919, c'est au problème de l'accaparement et des profits excessifs qu'il a réagi, comme il a réagi en 1952 aux clameurs publiques pour instaurer la prohibition du maintien du prix de revente et comme il a réagi en 1960 aux pressions du milieu des affaires réclamant son abolition.

Dans chacun de ces cas, le législateur a modifié la loi en matière de concurrence pour répondre à des préoccupations précises et pressantes qui n'avaient rien à voir avec les fusions d'entreprises. Ceci, bien sûr, n'était pas de nature à favoriser l'émergence d'une signification précise applicable à la notion "d'intérêt du public".

C'est donc dire que les tribunaux ont été saisis d'une notion à laquelle le législateur avait omis de donner un sens précis.

Il ressort de notre étude que les tribunaux, saisis de la notion d'intérêt du public dans le contexte de la définition de "coalition", ont d'abord tenté de circonscrire le sens de cette notion imprécise en l'assimilant à une autre notion parallèle qui, celle-là, s'était développée une signification judiciaire. Cette interprétation de la notion d'intérêt du public la faisant équivaloir au critère "indûment" a été le fruit d'un processus que nous avons décrit.

Procédant par analogie entre les textes visant les complots pour restreindre (indûment) le commerce et les ententes illégales (au détriment de l'intérêt du public), les tribunaux ont fait équivaloir les deux critères.

La réaction première des tribunaux saisis de la notion d'intérêt du public a donc été de la rattacher, en procédant par analogie et par association, à une autre notion qui, elle, avait fait l'objet d'une interprétation judiciaire.

Il ne nous est pas possible, au terme de ce travail, de conclure qu'il s'agit là d'une règle générale de comportement et que tous les tribunaux, lorsqu'ils sont saisis d'une notion vague et indéfinie, auront pour réflexe de la rattacher, pour la définir, à une autre notion déjà dotée d'une signification en procédant par analogie ou association. Nous avons vu que le cas de la notion "d'intérêt du public" en matière de fusions est un cas assez particulier à cause de ses liens historiques avec le critère "indûment".

D'autre part, il ressort aussi de notre étude que les résultats aberrants ou absurdes auxquels ont pu mener l'utilisation par les tribunaux, pour définir la notion d'intérêt du public, de la signification élaborée pour le critère "indûment" ont eu pour conséquence l'abandon de cette définition "par association" et a pu donner lieu à l'amorce du développement d'une signification autonome pour la notion d'intérêt du public.

En effet, comme nous avons eu l'occasion de le constater, l'emprunt de la signification d'indûment pour déterminer le sens des mots "au détriment de l'intérêt du public" aurait eu pour effet, dans l'affaire Irving, de faire déclarer illégale per se toute fusion aboutissant à un monopole virtuel, même si la preuve révélait, en l'absence de tout préjudice, que la fusion avait eu des effets bénéfiques, dans l'intérêt du public.

Ce n'est que confrontés avec l'absurdité patente de cette situation que les tribunaux supérieurs, dont la Cour suprême du Canada, ont tranché le lien qui reliait la notion d'intérêt du public au critère "indûment".

Toutefois depuis la décision de la Cour suprême dans l'affaire Irving, la situation n'est pas pour autant plus claire. La disparition de l'équivalence entre "indûment" et "au détriment de l'intérêt du public" nous place à nouveau devant un critère dépourvu d'une signification précise et démunie d'une tradition d'interprétation judiciaire applicable.

Il est important de noter, comme l'a fait avec perspicacité le professeur J. Leavy (536), que l'attribution à la notion d'intérêt du public d'une signification distincte du critère "indûment" n'est pas sans poser des problèmes.

Ainsi, un complot, incluant plus de 50 p. cent des participants d'un marché, en vue d'augmenter les prix pourrait valoir à ses participants, même si aucun acte n'est posé pour mettre en oeuvre le projet commun, une condamnation en vertu de l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, car, dans le cas d'un complot, toute la concurrence constitue une infraction.

Par contre, une série de fusions ne laissant qu'un seul acteur sur le marché ne conduirait pas nécessairement à sa condamnation malgré la disparition de toute concurrence, car il faudrait encore convaincre le juge qu'un détriment, en fait, est causé à l'intérêt du public.

Ceci revient à dire que, depuis la décision Irving, les tribunaux reconnaissent que certaines fusions peuvent avoir des résultats bénéfiques mais que, par contre, une conspiration en

536) J. LEAVY, Market Power and Public Policy, (1977) 9 Ottawa Law Review 1, à la page 21. "The result of this interpretation.. is that an agreement between two firms which might, if acted upon, have some effect on competition is illegal, although it is never in fact put into operation, while the actual and complete monopolization of an industry...is not, in itself, illegal". B.B. LOCKWOOD, in Guides to Mergers--Legal Considerations (1964) 85 Canadian Chartered Accountant 99, à la page 100 rendait la même idée lorsqu'il affirmait: "It seems evident that a merger of two entities horizontally is at least as vicious as price-fixing between the two".

en vue de restreindre la concurrence mérite d'être sanctionnée dès que la preuve d'une intention de réduire indûment la concurrence est faite. Ceci signifie que deux entreprises qui veulent faire cesser toute concurrence entre elles ont tout avantage à se fusionner plutôt qu'à conspirer ensemble pour coordonner leurs politiques en matière de prix ou de production.

Par ailleurs, il est important d'insister sur le fait que le degré de diminution de concurrence qui sera nécessaire pour satisfaire au libellé de la définition de fusion ne sera nécessairement le même que celui qui a été exigé en matière de complots. Il faudra voir, à l'occasion de poursuites futures (s'il en est), la norme qui sera imposée par les tribunaux à ce sujet (537).

Ainsi donc, la décision Irving, outre qu'elle débarasse la politique en matière de fusions de l'héritage douteux découlant du lien traditionnel créé entre la notion d'intérêt du public et le critère "indûment", replace en quelque sorte le problème dans sa position de départ. Tout reste à définir judiciairement. Le degré de diminution de concurrence, la signification des mots "intérêt du public", la nature du "détriment" dont fait état la définition de fusion, tout cela devra être précisé par les tribunaux... ou le législateur.

537) W.T. STANBURY prétend, à tort selon nous, que toute concurrence doit être détruite (monopole virtuel) d'après l'arrêt Irving. (Stanbury, op.cit., n. 40, à la page 165). Rien ne permet de conclure, à la lecture du jugement de la Cour suprême, que la fusion doive créer un monopole.

La Cour suprême, dans l'affaire Irving, a bien dit que "au détriment..de l'intérêt du public" n'était pas la même chose que "indûment" mais elle n'a PAS dit ce que ces mots pouvaient englober et signifier. Cela reste à préciser.

Toutefois, à la lumière des résultats obtenus par l'interprétation judiciaire de la notion d'intérêt du public en la matière, et compte tenu des problèmes de preuve qui découlent du caractère criminel de cette législation, on peut se demander si le jeu en vaut la chandelle. Rien ne permet de croire que les tribunaux, dans le cadre de l'interprétation restrictive propre au droit criminel et en l'absence de toute indication du législateur, réussissent mieux, cette fois-ci, à développer une définition cohérente et opérationnelle à la notion "d'intérêt du public" applicable aux fusions. C'est ce que semble reconnaître le législateur qui, dans ses projets de réforme avancés depuis 1971, a remplacé la notion d'intérêt du public par des critères de nature économique (538).

Ces critères économiques ont toutefois pour effet de limiter considérablement le secteur potentiel d'application de la politique en matière de fusions. Cette approche "économique" du

538) Voir en particulier les projets de loi C-256 (1970-1971) et C-13 (1977) qui proposaient de soumettre à la juridiction d'un tribunal administratif les fusions qui diminuaient "de façon appréciable" (1970-71) ou "sensible" (1977) la concurrence, ce dernier étant empêché de prohiber ou dissoudre la fusion s'il conclut que la fusion "a accru ou peut.. accroître sensiblement l'efficacité entraînant une épargne de ressources pour l'économie canadienne" (Bill c-13, art. 31.71 (5)). Il s'agit là de préoccupations purement économiques, l'efficacité économique permettant de valider toute fusion indépendamment de ses effets socio-politiques (concentration du pouvoir etc).

problème des fusions, qui consiste à les juger simplement à partir et en fonction de critères économiques, que ceux-ci soient structurels (nombre de participants au marché, degré de contrôle du marché de chaque participants, etc..) ou "behaviouristes" (comportement du marché, gains en dynamisme et efficacité du marché, etc..), a indéniablement l'avantage de préciser le champ d'application de la loi de façon à la rendre opérationnelle.

Par contre, cette approche nous semble, au moins sur un aspect essentiel, un incontestable recul par rapport aux possibilités qu'offre l'utilisation de la notion "d'intérêt du public" comme critère de légalité applicable aux fusions. En effet, une telle approche "d'économiste" néglige les facteurs socio-politiques, dont cet élément extrêmement important, en matière de fusions, qu'est l'augmentation et la concentration du pouvoir économique et politique qui découle des fusions d'entreprises. Comme le soulignait le juge William O. Douglas de la Cour suprême des Etats-Unis, la concentration économique découlant des fusions dépasse le simple phénomène économique:

Power that control the economy should be decentralized. It should be scattered into many hands so that the fortunes of the people will not be dependent on the whim or caprice, the political prejudices, the emotional stability of a few self appointed men. The fact that they are not vicious men but respectable and social minded is irrelevant.
(539)

539) Le juge William O. Douglas, dans: U.S. v. Columbia Steel Co. 334 U.S. 495 (1948), cité par: W. Adams dans: R. NADER, Corporate Power in America, 1977 Pinguin Books, p. 147. Au Canada, George W. Wilson avait la même préoccupation lorsqu'il écrivait: "...the assumption that anti-combines policy is concerned with economic matters only is..clearly erroneous.
(suite page suivante)

Il n'est pas dans les attributions de ce travail de tenter d'intervenir dans le débat sur la question d'intégrer la question de la concentration du pouvoir économique et politique à la politique en matière de fusions (540).

Toutefois, il nous semble qu'une politique relative aux fusions qui s'élaborerait dans l'ignorance de ce facteur controversé mais, de toute évidence, fondamental serait fatalement déficiente. Bref, pour paraphraser Clémenceau, nous dirons que les fusions sont une question trop importante pour être laissée aux économistes (541).

-
- 539) (suite) To argue that...(control of the market by one - or a few participants)..may lead to desirable economic performance does not alter the fact it results in a concentration of power which is less desirable. ..Thus, in cases where increased concentration of power would lead to greater efficiency...society will have to choose between efficiency and concentration, and it is by no means generally accepted that the latter should give way to the former." G.W. WILSON, Anti-Combines and Injury to the public, (1957) 23 C.J.E.P.S. 121, à la page 125.
- 540) Au Canada, G.W. Wilson (op.cit., n. 539), W.T. Stanbury (op.cit., n. 40) et D. Eldon (op.cit., n. 174) ont insisté sur les aspects autres que la simple "efficacité" du marché. Par contre, le Conseil économique du Canada, dans son Rapport (op.cit., n. 13, p. 23), le rapport Skeoch-MacDonald (op.cit., n. 13) ont résolument choisi et privilégié l'efficacité économique comme seul critère important. Pour les Etats-Unis, on retrouve dans TIME, 21 mai 1979, aux pages 56 et suivantes, un remarquable résumé des différents points de vue des principaux penseurs intéressés à la question. Il s'agit d'un débat spécial organisé par la revue.
- 541) Au sujet du rôle des économistes en la matière, D. ELDON, op.cit., n. 174, à la page 72, affirmait: "There are situations...involving socially important costs and benefits that are external to the market...presumably, value judgments must be made which are not specifically the task of an economist".

C'est pour cette raison que nous disons que le critère de "l'intérêt du public" offre une perspective moins limitée que les projets législatifs présentés depuis 1971 en ce qui concerne le contrôle des fusions d'entreprises au Canada (542). En effet, cette notion devrait permettre de tenir compte de facteurs beaucoup plus diversifiés, pour l'appréciation de l'intérêt général, que la simple question de l'efficacité accrue de l'économie. Nous avons vu que, dans l'arrêt Irving, la Cour suprême du Canada laissait entendre que la question de la politique éditoriale d'un journal pourrait faire l'objet d'une preuve de détournement à l'intérêt du public. A plus forte raison, il est possible de croire qu'une concentration de pouvoir économique exagérée pourrait aussi être jugée source de détournement. Ce sont là deux exemples de cas qui échapperaient à la loi si les seuls critères économiques de concurrence et d'efficacité étaient retenus.

Evidemment, les problèmes de preuve posés par le caractère criminel de la loi actuelle --sur lesquels nous avons déjà insisté-- rendent assez aléatoire tout succès judiciaire. Aussi, il est à peu près impossible de prédire l'interprétation que donneront maintenant les juges à la notion d'intérêt du public dans la loi actuelle. Tout au plus peut-on craindre une approche pusillanime qui consistera encore une fois à réduire la notion d'intérêt du public à une signification restreinte qui en

542) Nous voulons évidemment parler d'un critère d'intérêt public libéré de la restriction actuelle concernant la réduction de la concurrence.

limite considérablement la portée. En ce sens, l'expérience que révèle notre étude, dans laquelle la notion d'intérêt du public fut réduite au niveau d'un simple synonyme du critère "indûment", n'est pas de nature à susciter l'optimisme.

Mais nous ne croyons pas que les tribunaux méritent de supporter le blâme de cette situation. Selon nous, à défaut d'indications plus précises du législateur, il ne fallait pas s'attendre, surtout en matière criminelle, à voir les tribunaux interpréter autrement que restrictivement un critère de légalité comme celui dont faisait partie la notion "d'intérêt du public".

C'est d'ailleurs pour cette raison que notre étude nous amène à conclure, à l'instar de toutes les publications récentes sur la question des fusions, qu'un tribunal administratif spécialisé devrait être chargé de déterminer si une fusion devrait être permise ou prohibée (ou démembrée si la décision est rendue après le fait accompli) (543).

Dans une telle perspective, l'utilisation de la notion d'intérêt du public comme critère déterminant pourrait peut-être donner de bons résultats. En tout cas, ce serait un véritable

543) Plusieurs raisons militent en ce sens. D'abord, la complexité du problème avec ses aspects économiques, sociaux et politiques, ensuite, les difficultés posées par la preuve en matière criminelle (au delà de tout doute raisonnable); finalement, le fait que les fusions ne sont pas perçues, comme l'a noté W.T. STANBURY, *op.cit.*, n. 26, comme des crimes méritant l'opprobre social, ce qui les rend difficile à combattre vigoureusement. A noter que les tentatives de réforme de la loi dont il a été question plus haut (*supra*, n. 538) proposaient la création d'un tribunal administratif.

retour à l'esprit qui animait le législateur lorsqu'il avait, en 1919, établi le critère d'intérêt du public comme cadre délimitant le pouvoir discrétionnaire accordé à l'époque à la Commission de commerce. Dans un tel contexte, on peut espérer que le problème de la concentration du pouvoir économique, de même que les autres facteurs socio-politiques, pourrait être considéré parmi les éléments affectant "l'intérêt du public".

C'est pour cette raison que nous concluons que la création d'un tribunal administratif spécialisé, équipé pour évaluer à la fois les aspects économiques et les aspects socio-politiques des fusions d'entreprises nous semble la seule avenue susceptible de favoriser l'émergence d'une approche cohérente et rationnelle au problème des fusions d'entreprises.

Par ailleurs, il ne faut pas non plus pécher par excès d'optimisme. Il faut se rappeler que les tribunaux, qu'ils soient affectés à des matières criminelles ou à des questions administratives, ne rendent pas leurs décisions dans un vacuum. Ces décisions affectent la société; par ailleurs, l'attitude de la société détermine aussi l'attitude des tribunaux (544).

Ainsi, même si un tribunal spécialisé était créé et si sa fonction était d'évaluer les fusions en fonction de "l'intérêt du public" (comme avant l'amendement de 1960 limitant le critère

544) En matière de coalitions, rien n'illustre mieux ce fait que l'attitude des juges imposant à des prévenus trouvés coupables des peines nominales en affirmant que la population ne considère pas les actes posés comme des "crimes". Cf. W.T. STANBURY, op.cit., n. 26.

aux cas où la concurrence est réduite), comment le tribunal pourrait-il reconnaître ce qui est "dans l'intérêt du public"? L'intérêt du public réside-t-il dans une plus grande efficacité économique ou dans la déconcentration du pouvoir économique et politique? En fait, le choix se pose entre la concentration du pouvoir économique et l'efficacité de marché qui en découle, d'une part, et le maintien d'une déconcentration du pouvoir économique et les sacrifices de nature économique qui en découlent (au niveau de l'efficacité) d'autre part. Il est clair qu'il n'existe pas actuellement au Canada un consensus au sujet de l'importance de contrôler ou de limiter la concentration du pouvoir économique qui s'effectue au moyen des fusions d'entreprise (545).

Ce facteur, plus que tout autre, doit nous amener à douter de la possibilité d'en arriver à l'élaboration d'une politique cohérente en matière de fusions dans un avenir prochain.

Pour ce qui est du rôle de la notion d'intérêt du public, son efficacité future, surtout dans le contexte d'un tribunal administratif, nous semble donc subordonnée à la question fondamentale du développement d'un consensus social qui fasse

545) A ce sujet, la Banque de commerce, dans son étude présentée à la Royal Commission on Canada's Economic Prospects (1956, Hull, Imprimeur de la Reine) affirmait: "...the main issues of the problem will be solved by the inexorable pressure of public opinion, and by no other agency" (p. 55). W.T. STANBURY, *op.cit.*, n. 13, à la page 45, affirmait pour sa part: "There does not exist in Canada any fundamental belief in the virtues of competition as the method of...diffusing economic and political power".

vraiment ressortir le véritable "intérêt du public" en la matière. Les échecs retentissants des tentatives de réforme effectuées depuis 1970 témoignent largement de cet absence de consensus. Face au divisions de l'opinion publique et à la force du lobby du monde des affaires, le législateur s'est révélé impuissant.

Tant et aussi longtemps que les Canadiens n'auront pas exprimé de choix en la matière et ne manifesteront pas de préoccupation pour les conséquences des fusions d'entreprises, la notion "d'intérêt du public" pourra difficilement se développer une signification judiciaire spécifique susceptible de constituer un véritable moyen de contrôle des fusions d'entreprises au Canada.

Ottawa, Mai 1980

ANNEXE

Les principales dispositions législatives analysées
dans le cadre de cet ouvrage

I - Les dispositions législatives concernant les fusions

A) - Loi des enquêtes sur les coalitions, 1910 S.C., c.9.

1) L'article 2.c) - la définition de "coalition".

2.c) "coalition" signifie tout contrat, accord, ou combinaison ayant, ou dont l'objet est d'avoir l'effet d'augmenter ou de fixer le prix ou louage de tout article de commerce ou le coût d'emmagasinage ou de transport de cet article au détriment des consommateurs ou des producteurs de cet article en dehors du commerce ou de restreindre la concurrence ou de contrôler la production, la fabrication, le transport, l'emmagasinage, la vente ou la fourniture de cet article; et comprend l'acquisition, le louage ou autrement la prise de possession, ou l'obtention par toute personne, pour les objets susdits, de tout intérêt prépondérant ou intérêt dans les affaires, ou toute partie des affaires de toute autre personne, y compris ce qui est connu sous les noms de coalition "trust", monopole ou syndicat (merger).

2) L'article 5.(4) - indique l'intérêt personnel spécifique que doit avoir le dénonciateur.

5.(4) La requête doit aussi être accompagnée d'une déclaration statutaire de chaque requérant spécifiant que la prétendue coalition opère au détriment du requérant en sa qualité de consommateur ou de producteur, et qu'au meilleur de sa connaissance et de sa conviction il y a lieu de croire à l'existence de la coalition mentionnée dans la déclaration, et que cette coalition nuit au commerce ou a opéré au

détriment des consommateurs ou des producteurs de la manière et dans la mesure décrites, et qu'il est de l'intérêt public qu'une enquête soit ouverte au sujet de cette coalition.

- 3) L'article 23 - La sanction frappant ceux qui omettent de cesser des actes équivalant à un complot pour restreindre le commerce après avoir été désigné dans un rapport.

23. Toute personne désignée sur le rapport d'une Commission comme coupable d'avoir restreint injustement les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinement ou de négoce de tout article qui peut faire l'objet d'une industrie ou d'un commerce; ou d'avoir restreint ou lésé l'industrie ou le commerce se rattachant à tout article de ce genre; ou d'avoir empêché, limité ou diminué injustement la fabrication ou la production de tout article de ce genre; ou d'en avoir majoré injustement le prix; ou d'avoir empêché ou diminué injustement la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport, l'emmagasinement ou la fourniture de tout article de ce genre; et qui, à la suite de cela, continue ainsi la contravention, est coupable d'un acte criminel et est passible d'une amende n'excédant pas mille dollars, et les frais, pour chaque jour, après l'expiration des dix jours, ou de toute autre période que la Commission juge nécessaire, qui suivent la date de la publication du rapport de la Commission dans la Gazette du Canada, et pendant lesquels la dite personne continue ainsi d'être en contravention.

(à noter que l'article 23 ne reprend pas la partie de la définition de "coalition" qui vise les fusions, mais décrit plutôt l'infraction de complot pour restreindre le commerce (498 C.cr.))

B)- Loi des coalitions et des prix raisonnables, 1919 S.C., c.45.

1) L'article 2. - La définition de "coalition".

2. L'expression "coalition" est employée en la présente loi avec l'intention de l'appliquer aux articles de commerce, et elle est censée n'avoir trait qu'aux coalitions, ci-après définies en la présente loi, qui, avec l'application susdite, de l'avis de la Commission de commerce du Canada (ou d'un seul membre de cette Commission agissant sous l'autorité et pour les fins de l'article huit de la présente loi), ont fait des opérations ou doivent vraisemblablement faire des opérations, au détriment ou à l'encontre des intérêts du public, des consommateurs, des producteurs ou autres, et, en son sens limité comme susdit, ladite expression employée en la présente loi, est censée comprendre

- (a) les mergers, trusts et monopoles proprement dits, et
- (b) la relation qui résulte de l'achat, du louage ou autre acquisition, par quelqu'un, de la direction ou de l'intérêt, en totalité ou en partie, dans les opérations d'une autre personne, et
- (c) tout contrat, traité, arrangement ou combinaison réelle ou tacite ayant, ou dont l'objet est d'avoir l'effet de (1) limiter les facilités de transport, de la production, de la fabrication, de l'approvisionnement, de l'emmagasinage ou du commerce; ou (2) empêcher, limiter ou amoindrir la fabrication ou la production; ou (3) fixer un prix commun, ou un prix de revente, ou un loyer commun, ou un prix commun d'emmagasinage ou de transport, ou majorer le prix le loyer ou le coût de l'article, la location, l'emmagasinage ou le transport; ou (4) empêcher ou diminuer la concurrence dans une région particulière, ou généralement, dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport, l'assurance ou l'approvisionnement, ou en avoir la direction principale; ou (5) d'autre façon restreindre le commerce ou y nuire.

(Les alinéas (a) et (b) concernent --entre autres-- les fusions alors que l'alinéa (c) vise les ententes illégales).

2) L'article 4 - Le mandat de la Commission de commerce

4. La Commission a le pouvoir et il lui est ordonné de réprimer et d'interdire la formation et les opérations de coalitions.

3) L'article 11(3) - La sanction de l'inobservance d'une ordonnance de la Commission de commerce

11. (3) Toute personne à qui la Commission a ainsi ordonné de cesser ou discontinuer un acte ou une manoeuvre découlant des opérations d'une coalition ou de la formation d'une coalition, et qui, dans la suite, omet ou refuse de discontinuer cet acte ou cette manoeuvre, est coupable d'un acte criminel et passible d'une amende n'excédant pas mille dollars et les frais pour chaque jour après l'expiration de dix jours, ou de tout prolongement de délai qui, de l'avis de la Commission, peut être raisonnable ou nécessaire, à compter de la date de la signification de l'ordonnance de la Commission à cette personne, ou d'emprisonnement pour une période n'excédant pas deux ans.

C)- Loi des enquêtes sur les coalitions, 1923 S.C., c.9

1) L'article 2.(a) - La définition de "coalition"

2. Dans la présente loi, à moins que le texte n'exige une interprétation différente,--

(a) L'expression "coalition" est censée désigner les coalitions définies immédiatement ci-après et qui ont opéré ou sont de nature à opérer au détriment de l'intérêt du public, soit des consommateurs, des producteurs ou autres; et limitée comme susdit, l'expression telle qu'employée dans la présente loi est censée comprendre (1) les syndicats (mergers), les trusts et les monopoles proprement dits, et (2) la relation résultant de l'achat, du louage ou d'une autre acquisition par une personne de tout contrôle sur ou intérêt dans la totalité ou partie du commerce de quelque autre personne, et (3) tout contrat, traité, arrangement ou combinaison véritable ou tacite qui a eu ou est destinée à avoir pour effet de (i) limiter les moyens de transport, de production, de fabrication, d'approvisionnement, d'emmagasinage ou de négoce; ou (ii) d'empêcher

limiter ou diminuer la fabrication ou la production; ou (iii) de fixer un prix commun ou un prix de revente, ou un loyer commun ou un coût commun d'emmagasinement ou de transport; ou (iv) de hausser le prix, le loyer ou le coût d'un article, le loyer d'emmagasinement ou de transport; ou (v) d'empêcher ou diminuer la concurrence en matière de, ou contrôler véritablement la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, l'emmagasinement, le transport, l'assurance ou l'approvisionnement dans une région particulière ou en général; ou (vi) autrement restreindre ou léser l'industrie ou le commerce.

(Les parties (1) et (2) de la définition concernent les fusions).

2) L'article 26.(a) - L'infraction de coalition.

26.(a) Quiconque participe personnellement ou sciemment aide à la formation ou exploitation d'une coalition telle que définie dans la présente loi, est coupable d'un acte criminel et passible d'une amende ne dépassant pas dix mille dollars ou d'emprisonnement pour une période de deux ans, ou, s'il s'agit d'une corporation, d'une amende de vingt-cinq mille dollars au plus.

(Avec l'adoption de cet article, les coalitions deviennent un acte criminel).

D) - Loi de 1935 modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions, 1935 S.C., c.54.

1) L'article 2.(1) - La définition de "coalition"

2. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente, l'expression (1) "coalition" signifie une entente, se rapportant à quelque denrée susceptible de faire l'objet d'une industrie ou d'un commerce, de deux personnes ou plus, par voie de contrat, accord ou arrangement réel ou tacite, ayant ou destinée à avoir pour effet
- (a) de limiter les moyens de transport, de production, de fabrication, d'approvisionnement, d'emmagasinement ou de négoce, ou
 - (b) d'empêcher, restreindre, ou diminuer la fabrication ou la production, ou
 - (c) de fixer un prix commun ou un prix de revente, ou un loyer commun, ou des frais communs

- d'emmagasinage ou de transport, ou
- (d) de hausser le prix, louage ou coût d'un article, loyer, emmagasinage ou transport, ou
 - (e) d'empêcher ou amoindrir la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, l'emmagasinage, le transport, l'assurance ou l'approvisionnement, ou d'en exercer un contrôle important dans une région ou un district particulier ou d'une manière générale, ou
 - (f) d'autrement restreindre ou léser l'industrie ou le commerce, ou une fusion, un trust ou monopole, laquelle entente, fusion, lequel trust ou monopole a fonctionné ou est de nature à fonctionner au détriment ou à l'encontre des intérêts du public, soit des consommateurs, soit des producteurs ou autres.

2) L'article 2.(4) - La définition collective de "fusion (merger), trust ou monopole"

2.(4) "fusion (merger), trust ou monopole" signifie une ou plusieurs personnes

- (a) qui a ou qui ont acheté, pris à loyer ou autrement acquis quelque contrôle ou intérêt sur la totalité ou une partie de l'entreprise d'un tiers; ou
- (b) qui sensiblement ou complètement exerce ou exercent une influence prépondérante, dans une région ou dans un district particulier du Canada ou dans le Canada tout entier, sur la catégorie ou le genre d'entreprise à quoi cette personne s'est livrée ou ces personnes se sont livrées,

et cette définition s'étend et s'applique seulement aux entreprises de fabrication, de production, de transport, d'achat, de fourniture, d'emmagasinage, ou de négoce de denrées susceptibles de faire l'objet d'une industrie ou d'un commerce.

(L'alinéa (a) de la définition vise évidemment les fusions alors que l'alinéa (b) vise les monopoles).

E)- Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, 1960 S.C., c.45.

1) L'article 1.(2) - La définition de fusion

2.(e) "fusion" signifie l'acquisition, par une ou

plusieurs personnes, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit autrement, de tout contrôle sur la totalité ou quelque partie de l'entreprise d'un concurrent, fournisseur, client ou autre personne, ou d'un intérêt dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise, moyennant quoi la concurrence

- (i) dans un commerce ou une industrie,
 - (ii) entre les sources d'approvisionnement d'un commerce ou d'une industrie,
 - (iii) entre les débouchés pour les ventes d'un commerce ou d'une industrie, ou
 - (iv) autrement que dans les circonstances prévues aux sous-alinéas (i), (ii) et (iii),
- est ou semble devoir être réduite au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes.

II - Les dispositions législatives visant les complots pour restreindre le commerce

- A)- Acte à l'effet de prévenir et de supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce, 1889 S.C., c.41.

CONSIDERANT qu'il est à propos de déclarer la loi relative aux conspirations et coalitions formées pour gêner le commerce, et d'établir des punitions pour son infraction: A ces causes, Sa Majesté, par et avec l'avis et le consentement du Sénat et de la Chambre des Communes du Canada, décrète ce qui suit:-

1. Tout individu qui illégalement conspire, se coalise, convient ou s'entend avec un autre, ou avec une compagnie de chemin de fer, de steamers, de bateaux à vapeur ou de transport,-

(a) Pour limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage, ou de commerce de tout article ou denrée qui peut faire l'objet d'un trafic ou d'un commerce; ou-

(b) Pour restreindre le trafic ou le commerce de tout tel article ou denrée, ou lui nuire; ou-

(c) Pour empêcher, limiter ou diminuer indûment la fabrication ou la production de tout tel article ou denrée, ou pour en élever déraisonnablement le prix; ou

(d) Pour prévenir ou diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport ou la fourniture de tout tel article ou denrée, ou dans les tarifs d'assurances sur la vie ou les propriétés,-

Est coupable de délit et passible, sur conviction, d'une amende de pas plus de quatre mille piastres et de pas moins de deux cents piastres, ou d'un emprisonnement ne dépassant pas deux ans; et si c'est une corporation, elle est passible d'une amende de pas plus de dix mille piastres et de pas moins de mille piastres.

(A noter que la présence de mot "illégalement" dans l'article 1 établit le caractère strictement déclaratoire de cette loi. Par ailleurs, le mot "qui

conspire" explique qu'on réfère à ceci comme étant l'infraction de complot pour restreindre le commerce).

B)- L'article 498 C.cr. (1906 S.R.C., c. 146)

Intégrée au Code criminel (1892 S.C., c.29, art. 520), l'infraction de complot pour restreindre le commerce allait être modifiée en 1899 par la "radiation" du mot "indûment" dans les alinéas (a), (c) et (d) (1899 S.C., c.46, art. 1). L'année suivante, cet élément essentiel était réintroduit alors que le mot "illégalement" était supprimé (1900 S.C., c.46, art. 3). L'infraction de complot pour restreindre le commerce cessait alors d'être "déclaratoire" de la common law. A l'occasion de la révision de 1906, cette infraction devenait l'article 498 C.cr. (1906 S.R.C., c.146). Lors de la refonte de Code criminel de 1953, l'article 498 devint l'article 411 C.cr. (1953-54 S.C., c.51). En 1960, l'article 411 C.cr. fut intégré à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et devint l'article 32 de cette loi. (1960 S.C., c.45, art. 13).

Nous présentons ici l'article 498 C.cr., tel qu'il apparaissait dans les statuts révisés de 1906, c'est-à-dire peu avant l'adoption de la loi de 1910 visant les "coalitions" (incluant les fusions).

498. Est coupable d'un acte criminel, et passible d'une amende d'au plus quatre mille piastres et d'au moins deux cents piastres, ou d'un emprisonnement de deux ans, ou, si c'est une corporation, d'une amende de dix mille piastres au plus et de mille piastres au moins, toute personne ou corporation qui conspire, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre, ou avec une compagnie de chemin de fer, de steamers, de bateaux à vapeur ou de transport,-

..(a) pour limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de commerce de tout article ou denrée qui peut faire l'objet d'un trafic ou d'un commerce; ou

(b) pour restreindre le trafic ou le commerce de tout tel article ou denrée, ou lui nuire; ou

(c) pour empêcher, limiter ou diminuer indûment la fabrication ou la production de tout tel article ou denrée, ou pour en élever déraisonnablement le prix; ou

(d) pour prévenir ou diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport ou la fourniture de tout tel article ou denrée, ou dans les tarifs d'assurances sur la vie ou les propriétés.

(Comparer le texte de cet article avec la définition de "coalition" et l'article 23 de la loi de 1910).

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne regroupe que les documents qui ont été directement utilisés dans la rédaction de cet ouvrage. Pour une bibliographie exhaustive concernant la politique canadienne en matière de concurrence, on peut consulter: STANBURY, W.T., Anti-Combines Law and Policy in Canada, 1888-1975: A Bibliography 1976 C.B.J.J. 352. Une version mise à jour est conservée à la bibliothèque du ministère de la consommation et des corporations du Canada.

A) OUVRAGES

BALL, John A., Canadian Anti-Trust Legislation, Baltimore, Williams & Williams, 1934.

BERTRAND, Robert, J., Déposition devant la Commission Royale d'enquête sur les groupements de société, 3 novembre 1975, Ottawa, 73 p. (miméo).

BLADEN, V.W., Combines and Public Policy in his: Introduction to Political Economy, Toronto, University of Toronto Press, 1956 (3rd Edition) p. 209-266.

BLAIR, Gordon, D., Anti-Combines Administration in Canada and the United Kingdom, Canadian Bar Association - Papers presented at annual Meeting 1955, pp. 1-20.

BRITNELL, G.E., et al., Workable Competition and Monopoly, Submission to the Royal Commission on Canada's Economic Prospects, Ottawa, March 1956.

Conseil Economique du Canada, Rapport provisoire sur la politique de concurrence, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, 269 p.

CRYSLER, A.C., Restraint of Trade and Labour, Toronto, Butterworth, 1967, 424 p.

ELDON, Donald, the "Public Interest" in the Combines Investigation Act, Paper presented at the 37th annual meeting of the Canadian Political Science Association, Vancouver (1965), (90 p.).

- FRIEDMAN, W., Anti-Trust Laws, 1956, A comparative symposium,
U. of Toronto, Comparative Law Series, Vol. 3, Carswell.
- GILLIES, James, A Review of the Economics Council's Interim
Report on Competition Policy, Montreal, 1969, Canadian
Economic Policy Committee, Private Planning Association.
- GOSSE, Richard, The Law on Competition in Canada, Toronto, 1962,
Carswell, 357 p.
- GROVER, Warren, Regulation of competition, 1970, Université
d'Ottawa, (Miméo), 3 vol.
- HENRY, D.H.W., Anti-Combines Legislation in Canada, McGill U.,
Faculty of Law, W.C.J. Meredith Memorial Lectures, 1971
Series, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, pp. 7-99.
- HODGETTS, J.E. et CORBETT, D.C., Canadian Public Administration,
Toronto, 1960, MacMillan, 575 p.
- HOUSE, William James, A Comparative Study of Public Policies
Toward Business Mergers with Emphasis on Those in Canada
and Great Britain, (M.A. Thesis), University of Manitoba,
August 1964.
- KILGOUR, David, G., Cases and Material on Unfair and Restrictive
Trade Practices, Toronto, University of Toronto Press, 1962,
386 p.
- MACKENZIE, Carl, British Experience under restrictive practices
legislation with special reference to Canada, Windsor,
Université de Windsor, 1964, (thèse M.A.).
- MARION, Gérard, La politique canadienne sur les monopoles,
Montréal, L'Institut Social Populaire, 1957, 88 p.
- MASSE, Claude (Ed.), Rapport: Conférence canadienne droit et
consommation, Montréal, Faculté de droit, 1976, 461 p.
- McQUEEN, David L., Tribunals and Take-Overs in Canada in:
Canada's Competition Policy, The Conference Board of Canada,
(Ottawa, 1972), p.60.
- MORIN, D. et CHIPBINDALE, W., Acquisitions and Mergers in Canada,
2nd ed., Methuen, Toronto, 1977, 407 p.
- NADER, R. et GREEN, M.J. (ed.), Corporate Power in America, 1977,
Penguin Books, Middlesex, England, 309 p.
- QUINN, John J., The Uses and Limitations of Economic Theory in
Competition Policy, Faculty of Law, University of Western
Ontario, unpublished paper 1977, 25 pp. (miméo).

- REYNOLDS, Lloyd G., The Control of Competition in Canada, Cambridge, Harvard University Press, 1940.
- ROSENBLUTH, G., Concentration in Canadian Manufacturing Industries, Princeton, Princeton University Press, 1957, 150 p.
- ROSENBLUTH, G. et THORBURN, H.G., Canadian Anti-Combines Administration, 1952-1960, U. of Toronto Press, Toronto, 1963, 106 pages.
- ROSEMAN, Frank, Anti-Combines Enforcement in Canada 1945-1958, Montréal, McGill University, 1959, M.A. thesis.
- ROSEMAN, Frank, The Canadian Brewing Industry: The Effect of Mergers and Provincial Regulation on Economic Conduct and Performance, (1968), Ph.D. thesis, Northwestern University, 291 pages.
- SHERBANIUK, J., R. v. Canadian Breweries Ltd.: An Analysis of a Merger Case, 1964, University de Washington, (thèse de doctorat).
- SKEOCH, L.A. (Ed.), Canadian Competition Policy, 1972, Queen's University, Proceedings of a Conference at Queen's University on the Canadian Competition Policy.
- SKEOCH, L.A. et MacDONALD, B.C., Evolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1976, 346 pages.
- STANBURY, W.T., Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy 1971-1975, Toronto, Methuen, 1977.
- B) ARTICLES TIRÉS DE PÉRIODIQUES
- ARNELL, G.E., Notes on the Case R. v. Morrey et al. (1956) 19 Western Weekly Reports, 299-308.
- BLAIR, D. Gordon, Combines, Controls or Competition?, (1953) 31 C.B.R. 1083.
- BLAIR, D.G., Combines: The Continuing Dilemma in: LANG, O.E., (Ed.), Contemporary Problems of Public Law in Canada, (1968), p. 128-163.
- BLISS, Michael, Another Anti-Trust Tradition: Canadian Combines Policy 1889-1910, Business History Review, Vo. 47, No. 2, (1973), p. 182.
- BORGSDORF, C.W., The Virtually Unconstrained Legal Environment for Mergers in Canada, (1973) 18 Antitrust Bulletin, 809-825.

- BOYLE, James E., Canada's Combines Investigation Act: A Lesson for the U.S.A., Quaterly Journal of the U. of North Dakota, Vol. 3, No. 2, Jan. 1913, p. 164.
- BRECHER, Irving, Combines and Competition: A Re-Appraisal of Canadian Public Policy (1960) 38 C.B.R. 523.
- CARRICK, Donald D., The Recent Regulation of Monopolies, (1952) 30 C.B.R. 579.
- CAYNE, David, Market Power, Efficiencies, and the Public Interest in Canadian Combines Laws (1970) 16 McGill R. 488.
- CLARRY, John H.C., Combines-Interpretation of "Unduly" Factors to be Considered, (1955) 33 C.B.R. 96-109.
- COHEN, Maxwell, Can Trust-Bushing Preserve Competition?, Dec. 1947, Public Affairs p. 9.
- COHEN, Maxwell, The Canadian Anti-Trust Laws: Doctrinal and Legislative Beginnings (1938) 16 C.B.R. 439.
- COHEN, Maxwell, The MacQuarrie Report: The Background, Main Features and Problems, (1952) 30 C.B.R. 551.
- COHEN, Maxwell, Towards Reconsideration in Anti-Combines Law and Policy (1963) 9 McGill L.J. 81.
- FATOUROS, A.A., Development in Anti-Combines Administration (1964) 2 U.B.C.L.R. 87.
- FRIEDMAN, W., Monopoly, Reasonableness and Public Interest in the Canadian Anti-Combines Law, (1955) 33 C.B.R. (No. 2) 133.
- GOSSE, Richard, How Much May Competition be Lessened?, (1962) 36 Criminal Reports, 28-32.
- GOSSE, Richard, Behind the Merger Trend, Canadian Journal of Accountancy, Vol. II, No. 4, Sept. 1962, p. 169-178.
- HENRY, D.H.W., Mergers in Canada Under the Combines Investigation Act, (1969) 5 Tex. Intel. Law Forum.
- HENRY, D.H., Mergers, Rationalization and Specialization Agreements, (1969) 8 W.O.L.R., 123-134.
- HENRY, D.H., Mergers and Joint-Ventures - A Look at the Canadian Anti-Trust Laws, (1966-67) 32-34, A.L.J. 156-175.
- HOGG, Peter et GROVER, Warren, The Constitutionality of the Competition Bill, (1976) 1 C.B.L.J., 197.
- ISON, Terence G., The Legal Misconception of Monopoly, (1964) 2 U.B.C.L.R., 89.

- JACQUEMIN, A., Le critère de l'intérêt public et le projet de réforme de la politique canadienne de concurrence, (1971) 4 Canadian Journal of Economics, 395-401.
- JONES, J.C.H., The Bureaucracy and Public Policy: Canadian Merger Policy and the Combines Branch 1960-71, (1975) 18 Can. Public Administration, 269.
- JONES, J.C.H., Mergers and Competition: The Brewing Case, (1967) 33 C.J.E.P.S., 551-568.
- KILGOUR, David, The Law of Competition in Canada (Comments), (1963) 15 U.T.L.J., 244-245.
- LEAVY, James, Market Power and Public Policy: A Comparison of North American and European Legislation, (1977) 9 Ottawa Law Review, at 14-23.
- LOCKWOOD, B.B., Guides to Mergers: Legal Considerations, (1964) Vol. 85, Canadian Chartered Accountant, No. 2, p. 99-102.
- LYON, Robert, Recent Canadian Anti-Combines Policy: Mergers and Monopoly, (1963), 15 U.T.L.J., (No. 1), 155.
- MARION, Gérald, La nouvelle législation anti-cartel, Relations Industrielles, Vol. 15, No. 4, Octobre 1960, 425-440.
- McFETRIDGE, D.G., The Emergence of a Canadian Merger Policy - The Erco Case, Vol. 19, No. 1, Antitrust Bulletin, Spring 1974 p. 1 à 12.
- PHILLIPS, W.G., Canadian Combines Policy the Matter of Mergers, (1964) 42 D.B.R. 78 à 99.
- SEXTON, J. Edgar, Mergers under Canadian Combines Law, (1963) 2 W.O.L.R., 1-49.
- SHERBANIUK, J.A., Merger Rules and Guidelines - Comments, (1967) 36 Antitrust Law Journal, 30-44.
- SINGER, Paul David, The Administration and Scope of Canadian Anti-Monopoly Since the Second World War, 1954, McGill University (M.A. Thesis).
- SKEOCH, L.A., Combines Legislation: An Examination of Proposed Amendments, (1959) 66 Queen's Quarterly, 87-96.
- SKEOCH, L.A., Merger Issue in Canada, (1971) 16 Antitrust Bulletin, 131-145.
- SKEOCH, L.A., The Rationale for New Directions in Policy, (1972) 17 Antitrust Bulletin, 629-636.

- SKEOCH, L.A., The Combines Investigation Act - Its Intent and Application, (1956) 22 C.J.E.P.S., p. 17.
- SOMMERFIELD, S.F., Free Competition and the Public Interest, (1948) 7 U.T.L.J., 413.
- STANBURY, W.T., Benign Monopoly: Canadian Merger Policy and the K.C. Irving Case, (1977) 2 C.B.L.J., 135.
- STANBURY, W.T. (Ed.), Competition: The Law and Public Policy in Canada, Vancouver Faculty of Commerce and Business Adm., U.B.C., 1970.
- STANBURY, W.T., Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy - Summary and Critique, 15 Osgoode Hall L.J., (1977), No. 1, p. 1 à 50.
- STANBURY, W.T., Penalties and Remedies Under the Combines Investigation Act 1889-1976, (1976) 14 O.H.L.J., No. 3.
- STYKOLT, Stefan, Combines Policy: An Economist's Evaluation, (1956) 22 C.J.E.P.S., 38.
- THORBURN, H.G., Pressure Groups in Canadian Politics: Recent Revision to the Anti-Combines Legislation, (1964) 30 C.J.E.P.S., 157-174.
- TORRENS, Robert J., An Evaluation of the Enforcement of the Combines Investigation Act, (1964) 3 O.H.L.J., p. 1-13.
- WILSON, George W., Anti-Combines and Injury to the Public, (1957) 23 C.J.E.P.S., 121.
- WILSON, George W., How Effective are our Antitrust Laws?, (1959) 23 Business Quarterly, 169-173.
- WOLFE, J.W., Some Empirical Issues in Canadian Combines Policy, 23 C.J.E.P.S., No. 1, 113/121.
- YOUNGER, J.W., A Fresh Look at the Combines Investigation Act, (1969) 34 Business Quarterly, 75-84.

TABLE DES MATIERES

Liste des abbréviations.....	(i)
INTRODUCTION.....	I
PREMIERE PARTIE: L'EVOLUTION LEGISLATIVE DE LA NOTION D'INTERET DU PUBLIC EN MATIERE DE FUSION.....	12
Chapitre I - L'absence de la notion de l'intérêt du public dans la loi de 1910.....	14
Section 1 - Les circonstances de l'adoption d'une loi visant les fusions.....	14
Paragraphe 1 - Nécessité d'un mécanisme d'enquête pour l'article 498 C.cr.....	15
Paragraphe 2 - La vague de fusions et la hausse des prix.....	17
Section 2 - Absence de la notion d'intérêt du public dans la définition de coalition.....	19
Paragraphe 1 - Les fusions en tant que coalitions.....	19
A) - Les deux allusions aux fusions.....	20
B) - La dualité fondamentale de la définition de "coalition".....	23
Paragraphe 2 - Une coalition n'est pas, en soi, un délict.....	25
Paragraphe 3 - La définition de coalition limitée aux consommateurs et producteurs d'un article de commerce.....	28
A) - Les consommateurs et les producteurs.....	30
B) - De cet article de commerce.....	32
Paragraphe 4 - La tenue d'une enquête et l'intérêt du public.....	33
Section 3 - La mise en oeuvre des dispositions de la loi de 1910 relatives aux fusions.....	34

Chapitre II - L'introduction du critère d'intérêt du public par la loi de 1919 (86)..... 38

Section 1 - Les circonstances de l'adoption de cette loi..... 38

Paragraphe 1 - Le contrôle des prix abusifs et de l'accaparement..... 38

Paragraphe 2 - Le lien entre les prix abusifs et les ententes illégales..... 40

Paragraphe 3 - Nécessité d'une commission permanente pour appliquer la loi visant les coalitions..... 41

Section 2 - L'intérêt du public est le critère privilégié de la définition de coalition..... 43

Paragraphe 1 - Les fusions dans la définition de coalition..... 44

Paragraphe 2 - L'intérêt du public comme critère limitatif..... 47

Paragraphe 3 - L'intérêt du public constitue un critère très large..... 49

A) - L'aspect préventif de l'intervention..... 50

B) - Le pouvoir discrétionnaire de la commission.... 51

Paragraphe 4 - Le lien entre le concept de fusion et le critère d'intérêt du public..... 53

Section 3 - La mise en oeuvre de la législation de 1919. 55

Chapitre III - La notion d'intérêt du public dans la législation en matière de fusions de 1923 à 1960..... 60

Section 1 - La loi de 1923 et la criminalisation des fusions..... 61

Paragraphe 1 - Les coalitions en tant qu'actes criminels..... 62

Paragraphe 2 - L'élargissement de la définition de coalition..... 63

Paragraphe 3 - L'effet de la criminalisation sur la notion d'intérêt du public..... 65

Section 2 - La loi de 1935: Les effets de la modification de la définition de coalition sur la notion d'intérêt du public.....	68
Paragraphe 1 - La définition collective de "fusion, trust ou monopole".....	70
A) - L'absence du critère d'intérêt du public dans la définition.....	70
B) - La restriction aux articles de commerce.....	71
C) - Les mots "une ou plusieurs personnes".....	71
Paragraphe 2 - La notion de l'intérêt du public demeure toujours le critère essentiel.....	72
Chapitre IV - La loi de 1960 limite l'intérêt du public à la concurrence.....	79
Section 1 - Les circonstances de l'adoption de la loi....	79
Paragraphe 1 - La question du maintien du prix de revente.....	80
Paragraphe 2 - L'intégration de l'infraction de complot à la loi sur les coalitions.....	81
Section 2 - La création de l'infraction distincte de fusion.....	82
Paragraphe 1 - La disparition de l'infraction de coalition.....	83
Paragraphe 2 - La création d'une infraction de fusion et de monopole.....	84
Paragraphe 3 - La définition de fusion.....	85
Paragraphe 4 - La reformulation du critère d'intérêt du public.....	87
Section 3 - La nature et la portée du changement apporté au critère d'intérêt du public.....	88
Paragraphe 1 - La thèse de l'absence de changement.....	90
Paragraphe 2 - La thèse de la réduction de la portée du critère d'intérêt du public.....	92

DEUXIEME PARTIE: LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DE LA NOTION D'INTERET DU PUBLIC EN MATIERE DE FUSIONS.....	101
Chapitre I - Les problèmes particuliers posés par la jurisprudence relative aux fusions.....	103
Section 1 - Les différents jugements pertinents en matière d'intérêt du public.....	104
Paragraphe 1 - L'intérêt du public et les ententes illégales.....	105
Paragraphe 2 - La similarité entre l'infraction de complot et celle de coalition par voie d'entente illégale.....	108
Paragraphe 3 - L'incidence des jugements en matière de monopoles.....	111
Paragraphe 4 - L'importance des modifications législatives.....	113
Section 2 - Les deux grands courants jurisprudentiels qui traitent de la notion d'intérêt du public.....	114
Chapitre II - Confusion entre les notions "d'intérêt du public" et "indûment".....	120
Section 1 - Les origines et la signification du critère "indûment" applicable aux complots pour restreindre le commerce.....	120
Paragraphe 1 - L'histoire législative du critère "indûment" en matière de complots.....	121
Paragraphe 2 - La signification judiciaire du critère indûment: une question de droit.....	125
A) - Le principe du droit aux bénéfices de la concurrence.....	126
B) - Indûment signifie, en droit, le degré de suppression de la concurrence.....	129
Section 2 - Les jugements d'ententes illégales et de monopoles faisant équivaloir "intérêt du public" et "indûment".....	134
Paragraphe 1 - Les jugements en matière d'ententes illégales.....	134

Paragraphe 2 - Un jugement en matière de monopole: L'affaire <u>Eddy Match</u>	137
Section 3 - Les jugements en matière de fusion faisant équivaloir "intérêt du public" et "indûment" ..	141
Paragraphe 1 - La confusion entre "intérêt du public" et "indûment".....	142
Paragraphe 2 - L'interprétation abusive d'indûment: le test du monopole virtuel.....	145
Paragraphe 3 - Le cas particulier des domaines réglementés.....	147
Paragraphe 4 - Une interprétation déroutante du critère "d'intérêt du public": L'affaire <u>B.C. Sugar Refiners</u>	150
Section 4 - Les conséquences de l'équivalence entre "indûment" et "au détriment...de l'intérêt du public".....	152
Paragraphe 1 - Le débat autour de la signification d'indûment.....	152
Paragraphe 2 - Le rôle croissant du "programme de bons procédés".....	157
Paragraphe 3 - L'absence de poursuites subséquentes....	160
Chapitre III - La notion d'intérêt du public en tant que critère autonome.....	166
Section 1 - La preuve du "détriment à l'intérêt du public" est partie intégrante de l'infraction l'infraction.....	168
Paragraphe 1 - Les cas d'ententes illégales.....	168
Paragraphe 2 - Les cas de "fusion, trust ou monopole" ..	175
Paragraphe 3 - La Cour suprême déclare distincts les critères "au détriment de l'intérêt du public" et "indûment".....	181
Section 2 - La signification et la portée de l'arrêt <u>Irving</u>	189
Paragraphe 1 - L'arrêt Irving et la loi d'avant 1960.....	189
Paragraphe 2 - La création d'un double critère de légalité applicable aux fusions.....	192

Section 3 - La réduction de la concurrence nécessaire
en matière de fusions..... 196

Paragraphe 1 - La possibilité d'une interprétation
moins rigoureuse qu'en matière de
complots..... 196

Paragraphe 2 - La signification du mot concurrence..... 199

Paragraphe 3 - Le degré de diminution de la concurrence:
La question du contrôle..... 205

 A) - Acquisition n'équivaut pas à contrôle..... 205

 B) - Le contrôle "effectif"..... 208

Section 4 - Le détriment causé à l'intérêt du public..... 212

Paragraphe 1 - La nature du détriment qui doit être
prouvé..... 213

 A) - Le détriment:
 Une question de fait..... 214

 B) - La nature du détriment..... 215

 1) - Les interventions au niveau des prix..... 216

 2) - Autres facteurs de nature économique..... 218

 3) - Les facteurs non-économiques de détriment..... 223

Paragraphe 2 - Les composantes de l'intérêt du public... 225

 A) - Le public dans son ensemble..... 225

 B) - Le cas particulier des accusés..... 229

 C) - Le cas des consommateurs..... 230

CONCLUSION GENERALE..... 232

ANNEXE..... 248

BIBLIOGRAPHIE..... 258

TABLE DES MATIERES..... 264