

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## Canada : Le régime juridique du *private enforcement* – Les conditions du succès en droit civil

International | Concurrences N° 2-2021 | pp. 234-240

---

Benjamin Lehaire

benjamin.lehaire@teluq.ca

Professeur agrégé

Université TÉLUQ, Québec

## Benjamin Lehaire

benjamin.lehaire@teluq.ca

Professeur agrégé

Université TÉLUQ, Québec

## ABSTRACT

Ces dernières années, le droit de la concurrence canadien a connu un regain d'intérêt pour son *private enforcement*. Plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada ont précisé que les acheteurs indirects et les umbrella purchasers avaient un droit d'action dans le cadre d'actions de groupe, notamment en droit civil québécois. La parenté entre le droit civil québécois et le droit français amène à s'interroger sur les raisons du succès du *private enforcement* en droit civil québécois afin d'en tirer les enseignements pour le droit européen. Il apparaît principalement que les origines de ce succès sont d'abord d'ordre procédural. La conception nord-américaine de l'action de groupe inclut une étape de « filtrage » des recours. Le Québec ne fait pas exception. Il est alors possible d'établir un rapport de force entre les victimes d'un cartel et les membres de ce cartel, dès que l'action est autorisée à se poursuivre. Cette étape présente l'avantage d'être moins exigeante quant aux critères de recevabilité de l'action. Elle ouvre ainsi la voie à l'autorisation de multiples actions de groupe. Également, le droit d'action privé prévu dans la Loi sur la concurrence fédérale ouvre largement ce recours à « toute personne », permettant ainsi aux juges de livrer une analyse littérale conduisant à la reconnaissance d'un droit d'action pour toute victime d'une pratique anticoncurrentielle.

*In recent years, Canadian competition law has witnessed a renewed interest in private enforcement. Several cases from the Supreme Court of Canada highlighted the fact that indirect and umbrella purchasers could take part in a class action, notably pursuant to Quebec's civil law. The similarity between Quebec's civil law and French law leads us accordingly to reflect upon the reasons underpinning the success of private enforcement in Quebec, as well as the lessons that can be drawn for European antitrust law. Seemingly, the origins of this success are primarily procedural in nature. The North American conception of the class action includes a certification step and, in this respect, Quebec is no exception. It is therefore possible to strike a more equitable balance of power between the alleged cartel and the plaintiffs as soon as the class action is authorised. One notable advantage at this stage of the proceedings is that of the less onerous "burden of demonstration" required to prove a right of action. Thus, the right to sue is made possible for multiple class actions. Also, pursuant to the Competition Act the right of private action provides that "any person" may sue a cartel. The language used by the Act at s. 36 allows for broad statutory interpretation, authorising judges to provide legal remedy to all victims of anti-competitive practices.*

# Canada : Le régime juridique du *private enforcement* – Les conditions du succès en droit civil

## Introduction

1. À l'heure où la Commission européenne tire les premiers enseignements de sa directive Dommages<sup>1</sup>, le *private enforcement* du droit de la concurrence canadien connaît un regain d'intérêt riche d'enseignements.
2. En dix ans, la Cour suprême canadienne se sera prononcée quatre fois sur des dossiers de *private enforcement*. Cela constitue un fait remarquable en regard de la taille modeste du marché canadien.
3. En 2019, la Cour suprême du Canada a rendu une décision majeure sur l'action de groupe des *umbrella purchasers* en *common law*. La décision a accueilli favorablement ce type de recours, non sans une dissidence s'inquiétant du risque de trop ouvrir le recours privé canadien à tout type de victimes. Il faut relever qu'en 2013, pas moins de trois décisions de la Cour suprême du Canada avaient été rendues dans des actions de groupe d'acheteurs indirects. Une fois encore, ces décisions furent favorables aux victimes de cartels. Cette jurisprudence, du plus haut tribunal du pays, n'est qu'une partie de l'activité juridictionnelle canadienne sur le thème du *private enforcement* au cours des dernières années.
4. Les juges provinciaux se sont eux aussi prononcés sur des questions de *private enforcement*, notamment au Québec, une province canadienne où le droit privé est un droit civil codifié dans le Code civil du Québec (C.c.Q.). Il fut traité notamment

1 Commission européenne, Document de travail des services de la Commission, Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, Bruxelles, janvier 2021.

de l'interaction entre le *private enforcement* et le *public enforcement* dans des procédures parallèles pénale et civile, où les divulgations des auteurs de cartels dans la procédure pénale furent convoitées par les victimes de ces cartels pour étayer leur dossier en matière de responsabilité civile<sup>2</sup>. On traita également, à la suite de la Cour suprême, du sort des acheteurs indirects. Et, avant la Cour suprême, des juges québécois eurent à admettre le recours des *umbrella purchasers* dans l'action de groupe québécoise, nommée, depuis une réforme du Code de procédure civile (C.p.c), l'action collective – auparavant, on parlait de "recours collectif".

**5.** Le *private enforcement* canadien a connu des développements majeurs au cours de la décennie 2010. Or ces développements contrastent avec l'état, particulièrement léthargique, de ce contentieux depuis sa création dans les années 1970.

**6.** Avec l'introduction en droit français de l'action de groupe en droit de la concurrence en 2014 et, la même année, l'adoption de la directive Dommages, le droit canadien apparaît pertinent pour une comparaison avec les droits européen et français<sup>3</sup>.

**7.** Le Canada présente le double intérêt de conjuguer depuis bien longtemps une action de groupe civiliste avec un droit d'action en réparation du préjudice concurrentiel. Mais ce recours, institué dans les années 1970, n'a pas connu de succès immédiat comme nous le mentionnions précédemment. Bien au contraire. Le modèle canadien témoigne du fait que l'institution d'une procédure est un acte purement déclaratif tant que les justiciables ne s'en saisissent pas. Toutefois, cette procédure a fini par connaître un vif succès dans la décennie 2010. La question se pose avec intérêt, pour le juriste européen, de savoir quelles ont été les conditions du succès du *private enforcement* canadien, notamment en droit civil québécois, un droit d'origine française qui connaît une action en responsabilité civile extracontractuelle et dont l'application ne freine aucunement la mise en œuvre du droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles.

**8.** Au Canada, le droit de la concurrence relève de la compétence du Parlement fédéral. Il s'applique dans les provinces canadiennes, soit des États fédérés. En ce sens, le droit civil québécois se trouve être mis en rapport avec un droit de la concurrence supra-provincial, lequel comporte des dispositions sur l'action privée colorées par la *common law*. L'action en responsabilité civile extracontractuelle québécoise<sup>4</sup> se trouve mise en concurrence avec une disposition fédérale de même nature, pour un résultat identique, puisque les deux dispositions permettent une réparation du préjudice concurrentiel. C'est dans le cadre

de cette interaction que bon nombre d'enseignements peuvent être tirés de l'expérience canadienne pour les droits français et européen.

**9.** Nous offrons dans ce texte de nous interroger sur les conditions du succès de l'action de groupe antitrust en droit civil dans le régime de droit de la concurrence canadien. Pour cela nous présenterons l'article 36 de la Loi sur la concurrence du Canada afin de comprendre en quoi il propose un recours privé raisonnable et ouvert pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles au Canada (I.). Une fois cette présentation faite, nous pourrons poursuivre l'exploration du régime juridique du *private enforcement* canadien en prenant en considération son application en droit civil québécois afin de comprendre pourquoi il est une réussite (II.).

# I. L'action privée prévue par la loi canadienne sur la concurrence : Un dispositif raisonnable et ouvert

**10.** Le *private enforcement* canadien est construit autour de son article 36, une disposition fédérale devant se concilier avec le droit privé des provinces canadiennes. Cette réalité soulève certains enjeux qu'il faut clarifier (1.). Le *private enforcement* canadien est également marqué par une conception large des personnes ayant le droit de se prévaloir de ce recours (2.).

## 1. Les enjeux juridiques posés par l'article 36 en *common law* et en droit civil

**11.** Au Canada, les compétences législatives de l'État fédéral sont clairement délimitées en matière de responsabilité civile. Pour des raisons historiques, ce sont les provinces qui ont le monopole de l'élaboration du droit civil<sup>5</sup>, ce qui inclut le recours en responsabilité civile. Cela explique que la province de Québec a pu se doter en 1866 d'un Code civil du Bas-Canada réformé par l'entrée en vigueur d'un code modernisé en 1994, le Code civil du Québec. Par ailleurs, le Canada est compétent en droit criminel et en matière d'échanges et de commerce<sup>6</sup>, ce qui inclut la législation antitrust<sup>7</sup>.

2 Pétrolière Impériale *cl* Jacques, 2014 CSC 66; Jacques *cl* Pétroles Therrien inc., 2015 QCCS 4079; Jacques *cl* Pétroles Therrien inc., 2015 QCCS 1431.

3 B. Lehaire, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016.

4 Art. 1457, C.c.Q.

5 Art. 92.13, Loi constitutionnelle de 1867.

6 Art. 91.2, Loi constitutionnelle de 1867.

7 General Motors of Canada Ltd. *cl* City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 64.

12. Lorsque dans les années 1970, le gouvernement fédéral décida de légiférer sur le *private enforcement*, il réfléchissait à créer une action de groupe en droit de la concurrence et un droit d'action privée dans une loi qui, jusque-là, était de nature criminelle. Au début du xx<sup>e</sup> siècle, certaines infractions comme les ententes furent sanctionnées par le Code criminel canadien<sup>8</sup>. L'idée d'introduire des dispositions de nature civile (réparation des préjudices concurrentiels) et processuelle (une action de groupe) constituait une révolution constitutionnelle. Finalement le projet fédéral d'action de groupe fut abandonné, mais le législateur introduisit dans la loi antitrust canadienne un droit d'action privée. Mentionnons qu'à l'exception du Québec, les autres provinces canadiennes appliquent la *common law* d'origine anglaise. Aussi, aucun recours de *common law* ne permettait d'agir en réparation d'un préjudice résultant directement d'une violation de la Loi sur la concurrence<sup>9</sup>. En droit québécois, l'action en responsabilité civile était possible, mais ne fut jamais utilisée.

13. Malgré ces nouvelles dispositions, le texte resta lettre morte jusqu'à ce que la Cour suprême se prononce sur la constitutionnalité de l'action privée. En 1989, la Cour suprême décida que le gouvernement fédéral pouvait intervenir en droit de la concurrence non plus sous un angle strictement criminel, mais aussi en vertu de sa compétence constitutionnelle plus large sur l'encadrement du commerce au Canada<sup>10</sup>. Ainsi, l'article 36 de la Loi sur la concurrence était déclaré constitutionnel.

14. Cet article est long et commence ainsi : “*Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite*” d'une pratique anticoncurrentielle peut recouvrer la perte subie ou le gain manqué. L'article prévoit le droit d'action, il ménage également des règles pour faciliter la preuve par voie de présomption et dispose d'un délai de prescription spécial. Il opte également pour une réparation intégrale, ce qui exclut l'octroi de dommages punitifs.

15. Ainsi, l'application de la théorie de *common law* dite du “code complet” s'est posée, notamment dans la décision *Godfrey* de 2019, où il était question d'une action de groupe composée d'*umbrella purchasers*. La théorie du “code complet” consiste à exclure les dispositions du droit provincial pour ne retenir que les dispositions du droit statutaire, plus favorable à la partie qui l'invoque. En l'occurrence, le délai de prescription du droit de la concurrence fédéral est de deux ans, alors qu'il peut être plus long dans les provinces. Il était donc intéressant pour les défendeurs de l'écartier afin de retenir le délai de deux ans conduisant à la prescription de l'action ou encore pour écarter l'imposition de dommages punitifs.

16. Ainsi, dans l'affaire *Godfrey*, la question du “code complet” s'est posée sous ces deux aspects<sup>11</sup>. Notamment, l'interaction entre les délais de prescription du délit de complot civil encadré par les droits provinciaux de *common law* et le délai de prescription prévu par le paragraphe 36(4) était en cause. La Cour suprême a refusé cette théorie. L'attribution de dommages punitifs en *common law* était toujours possible alors que l'article 36 optait pour une réparation par équivalence. Surtout, l'article 62 de la Loi sur la concurrence prévoyait explicitement que la loi antitrust fédérale n'avait pas préséance sur le droit civil<sup>12</sup> provincial et permettait l'utilisation des recours provinciaux, incluant la possibilité de demander des dommages punitifs en *common law*.

17. Par conséquent, l'article 36 est appliqué dans les provinces anglophones selon la *common law* et, au Québec, selon le droit civil. Contrairement au modèle européen, le droit provincial n'a pas l'obligation de transposer le droit fédéral dans son droit interne. Dès lors, il existe une divergence potentielle des opinions juridiques sur l'interprétation de l'article 36 d'une province à une autre. C'est aussi pour cette raison qu'au Québec, le droit civil n'a pas été perturbé par cette disposition et a pu livrer, au contraire, une interprétation strictement spécifique à son droit privé. Dans cette province, la théorie du “code complet”, donc exclusif du droit provincial, n'est pas appliquée. À condition que les victimes d'un cartel invoquent l'article 1457 du Code civil du Québec, soit l'assise de la responsabilité civile extracontractuelle, ils bénéficient de la prépondérance du droit civil, comme l'application du délai de prescription de trois ans prévu en droit québécois<sup>13</sup>, au lieu du délai de deux ans du droit fédéral.

## 2. “Toute personne” : Une conception large du *private enforcement*

18. Il ressort de la jurisprudence canadienne que le libellé de l'article 36 explique la progression du recours privé par la reconnaissance de groupes toujours plus larges d'acheteurs de produits ayant fait l'objet d'un cartel. En effet, en commençant l'article 36 par “Toute personne”, le législateur fédéral a ouvert grandes les portes de l'action privée antitrust, concourant ainsi à la reconnaissance d'un droit d'action des acheteurs indirects et, plus récemment, des *umbrella purchasers*. Cela dit, nous devons préciser sans attendre que cette réussite doit être contextualisée.

19. Il est remarquable que cette ouverture s'explique paradoxalement par l'état du droit processuel, à savoir l'étape de certification du groupe dans l'action de groupe, et non en raison du droit substantiel.

8 C. Bouchard, *Droit et pratique de l'entreprise*, tome 2: *Fonds d'entreprise, concurrence et distribution*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Édition Yvon Blais, 2014, p. 330 et s.

9 Les recours pouvaient se fonder sur le délit de complot civil et l'enrichissement sans cause.

10 General Motors, préc., note 7.

11 *Pioneer Corp. c/ Godfrey*, 2019 CSC 42.

12 Il faut entendre l'expression “droit civil” plus largement que le droit civil continental. Le législateur renvoie au droit privé, qui relève de la compétence des provinces.

13 Art. 2925, C.c.Q.

## 2.1 L'ouverture de l'action collective aux victimes de cartels : Une question de procédure

20. En 2013, la Cour suprême du Canada a adopté une position sans ambiguïté sur l'action privée des acheteurs indirects dans les deux traditions juridiques canadiennes. Deux de ces décisions concernaient les provinces de la Colombie-Britannique et de l'Ontario. Une troisième était rendue en droit civil québécois. Nous privilégierons l'étude de cette décision, car elle balise depuis 2013 la motivation des juges québécois en matière de *private enforcement* en droit civil. La décision *Infineon* de 2013<sup>14</sup> a été rendue sous l'ancien Code de procédure civile. La formulation des textes légaux et le numéro des articles correspondent à l'état du droit antérieur à la réforme de 2011. Toutefois, outre le changement de nom cosmétique du recours collectif devenu "action collective", le fond du droit est resté le même.

21. Au Québec, comme ailleurs en Amérique du Nord, l'action collective débute par une étape dite de "filtrage". Dans *Infineon*, la Cour suprême se prononçait donc non pas au fond, mais au stade du "filtrage" de la demande, ce qui a un impact majeur sur l'analyse<sup>15</sup>. Comme le résume la Cour : "(...) la procédure d'autorisation ne constitue pas un procès sur le fond, mais plutôt un mécanisme de filtrage. Le requérant n'est pas tenu de démontrer que sa demande sera probablement accueillie. De plus, son obligation de démontrer une 'apparence sérieuse de droit', 'a good colour of right' ou 'a prima facie case' signifie que même si la demande peut, en fait, être ultimement rejetée, le recours devrait être autorisé à suivre son cours si le requérant présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable<sup>16</sup>."

22. Dès lors, le seuil d'autorisation d'une action collective est peu élevé<sup>17</sup>. L'article 575, 1<sup>o</sup> C.p.c. exige que "les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes". Dans le cas des acheteurs indirects, la Cour devait indiquer si les acheteurs indirects et les acheteurs directs soulevaient des questions de droit ou de fait similaires permettant aux premiers d'être joints à une action collective. La réponse de la Cour fut sans ambiguïté : "Nous souscrivons à la conclusion du juge saisi de la requête que '[l]l'existance du cartel, la "fraude" alléguée, la responsabilité civile, la conséquence du cartel sur les prix demandés, le dommage global et les frais sont de toute évidence des questions communes similaires ou connexes' (par. 149)<sup>18</sup>. " L'argument est donc d'ordre procédural avant tout.

14 *Infineon Technologies AG et Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600.

15 *Ibid.*, par. 59.

16 *Ibid.*, par. 65.

17 *Ibid.*, par. 66. La Cour poursuit : "72 (...) Il n'est pas nécessaire, en effet, que les demandes individuelles des membres du groupe proposé soient fondamentalement identiques les unes aux autres. [73] Il n'est pas nécessaire non plus que chaque membre du groupe adopte un point de vue identique ni même similaire relativement au défendeur ou au préjudice subi. Pareille exigence serait incompatible avec le souci de l'économie des ressources judiciaires auquel les recours collectifs répondent en permettant d'éviter les instances dédoublées ou parallèles (...)"

18 *Ibid.*, par. 75.

23. Dans la décision *Pro-Sys Consultants Ltd.*<sup>19</sup> – qui est aussi importante qu'*Infineon*, mais en *common law* –, les juges abordaient la question du droit d'action des acheteurs indirects en vertu du recours privé de la loi fédérale sur la concurrence. La décision mentionnait que la certification de l'action dans les provinces canadiennes de *common law* (appelée "autorisation" au Québec) impliquait un filtrage. C'est dans cette procédure que s'incluait la lecture de l'article 36<sup>20</sup>. Or l'argument principal de Microsoft était que l'acheteur indirect avait pu transférer sa perte. Cet argument fut rejeté à ce stade de la procédure.

24. Ce point de vue procédural ne permet pas de conclure à l'absence de cause d'action selon le premier critère de l'action collective du *Class Proceedings Act* de la province de Colombie-Britannique invoqué dans l'instance. Le fait que la procédure indique une demande en réparation d'un cartel correspondant à une violation de l'article 45 de la Loi sur la concurrence atteste une cause d'action recevable en vertu de l'article 36. Une fois encore, comme dans la décision *Infineon*, l'argument est d'ordre procédural. Ce n'est que lorsque la Cour suprême du Canada va se pencher sur la question des *umbrella purchasers* que le libellé de l'article 36 va prendre toute son importance, au-delà des questions de critères procéduraux d'autorisation des actions collectives.

## 2.2 La reconnaissance du droit d'action des *umbrella purchasers* : L'analyse littérale

25. En 2019, soit six ans après la trilogie sur les acheteurs indirects, la Cour suprême se penchait sur la question des *umbrella purchasers*<sup>21</sup>. Dans cette décision, qui concernait aussi un cartel, la Cour suprême fonde son analyse sur l'article 36. Elle propose une analyse textuelle de l'article. Or celui-ci mentionne que "toute personne" a un droit à réparation pour violation d'une infraction criminelle à la loi, dont l'entente prévue à l'article 45 de la loi. Signe de l'analyse textuelle, le plan de la décision de la Cour prévoit un paragraphe intitulé "Texte du par. 36(1)". La Cour indique : "L'alinéa 36(1)a) accorde un droit d'action à toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite d'un comportement allant à l'encontre de l'art. 45. (...) Cette expression a (...) pour effet d'habiliter à intenter un recours tout demandeur capable de démontrer que la perte ou le dommage a été subi en raison du comportement du défendeur."

26. L'argument est redoutable. Bien qu'il faille au fond démontrer le préjudice, question qui n'est pas minime en droit civil, au stade de la certification/autorisation de l'action collective, le libellé de l'article invite les juges à ne pas restreindre leur analyse.

19 *Pro-Sys Consultants Ltd. et Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57.

20 *Ibid.*, par. 99 et s.

21 Pour une analyse de cette décision, v. notre commentaire, B. Lehaire, La Cour suprême du Canada reconnaît le droit d'action des *umbrella purchasers* au sein des actions de groupe : quelles conséquences en droit civil ?, *RLC* 2020/90, n° 3720, p. 62.

**27.** Les juges du Québec l'avaient d'ailleurs bien compris avant cette décision. Ainsi, en 2019, la Cour supérieure du Québec indiquait dans une première décision du 22 mars que les *umbrella purchasers* posaient en droit civil la question fondamentale du préjudice direct<sup>22</sup>. Mais, prenant appui sur le précédent de l'arrêt *Infineon*, le juge estimait que le droit d'action revendiqué pour les *umbrella purchasers* l'était aussi dans la demande de la cause entendue dans *Infineon*. Ainsi, du fait de l'accueil favorable réservé par la Cour suprême à cette demande, le juge ne pouvait refuser l'action sur le motif de la présence de ce type d'acheteurs dans le groupe.

**28.** Dans une seconde décision du 1<sup>er</sup> avril 2019, quelques jours plus tard, après avoir reproduit les passages pertinents d'*Infineon* et les articles 36 et 45 de la Loi sur la concurrence, la Cour supérieure indique que : “*Le Tribunal est d'avis que les questions proposées sont similaires, identiques ou connexes. L'existence du cartel est au cœur de l'ensemble des réclamations de tous les membres du groupe. Il en va de même des dommages, dont la preuve sera offerte sur une base globale. Ces questions sont susceptibles d'influencer le sort du recours et l'avancement d'une part non négligeable des réclamations, sans une répétition de l'analyse juridique*<sup>23</sup>.”

**29.** Par conséquent, au stade de l'autorisation, et prenant appui sur *Infineon*, les juges civilistes du Québec autorisaient désormais les actions collectives où le groupe de victimes était largement défini. Avec la décision *Godfrey* de la Cour suprême de 2019, l'argument n'est plus simplement jurisprudentiel, mais littéral et ressort de l'expression “toute personne” au début de l'article 36 de la Loi sur la concurrence.

## II. Le *private enforcement* en droit civil québécois : Les leviers favorables aux victimes de cartels

**30.** Le droit civil québécois est supporté par des dispositions procédurales favorables aux victimes de cartels à travers son action de groupe (1.). À cette réalité s'ajoutent la définition de la faute civile en droit de la concurrence et l'évaluation forfaitaire du préjudice concurrentiel dans les actions collectives (2.).

### 1. L'action de groupe québécoise : Un véhicule procédural au service des victimes de cartels

**31.** L'un des éléments déroutants du modèle d'action de groupe québécois est sa capacité à créer un droit à réparation à travers des dispositions d'ordre procédural. En soi, toutes les dispositions favorables aux victimes des cartels sont présentes dans le Code de procédure civile du Québec.

**32.** Il s'agit d'abord de l'action de groupe elle-même décrite comme “*le moyen de procédure qui permet à une personne d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe dont elle fait partie et de le représenter*”<sup>24</sup>. En ce sens aucun droit nouveau n'est créé. La question demeure donc de savoir comment des règles procédurales peuvent favoriser l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Comme nous l'avons vu dans la première partie de l'étude, le stade de l'autorisation du recours est à notre avis déterminant. Le législateur québécois, en adoptant l'approche commune en Amérique du Nord de la certification, a permis à la fameuse phrase de Balzac de prendre tout son sens : “*un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès*”<sup>25</sup>. Il est important de mentionner que toutes les décisions d'autorisation n'ont à notre connaissance donné lieu à aucun procès au fond. Dans la décision *Godfrey* rendue en *common law* par la Cour suprême en 2019, la juge Côté, dans de longs motifs dissidents, mentionnait une réserve majeure par rapport à la décision majoritaire : “*(...) le juge saisi des questions communes ne peut imputer une quelconque responsabilité aux défenderesses si le demandeur n'est pas en mesure d'identifier les membres du groupe qui ont effectivement subi une perte*<sup>26</sup>.”

**33.** Pour la juge Côté, le critère des questions communes, similaires ou identiques, impliquerait une interprétation plus restreinte des questions liées au préjudice, empêchant ainsi de considérer que l'élément du préjudice est présent pour tous les acheteurs.

**34.** Mais, à bien regarder la jurisprudence, notamment québécoise, à aucun moment ce critère n'est interprété de cette façon. L'existence du cartel et ses effets sur le marché québécois permettent systématiquement de présumer, à première vue, qu'il existe des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes. La position de la juge Côté traduit une inquiétude légitime, mais il demeure que la jurisprudence de la Cour suprême est constante en matière d'actions collectives : la phase de certification/autorisation n'est qu'un filtrage reposant sur une apparence de droit. En droit de la concurrence, les demandeurs invoquent souvent des coupures de presse

22 *Option Consommateurs c/ Panasonic Corporation*, 2019 QCCS 1035, par. 43.

23 *Option Consommateurs c/ Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 QCCS 1155, par. 76.

24 Art. 571, C.p.c.

25 Honoré de Balzac, *Illusions perdues*, tome 1<sup>er</sup>, Paris, Calmann-Lévy, 1884, p. 347.

26 *Godfrey*, préc., note 11, par. 218.

pour attester de l'existence d'un cartel et de ses effets dans l'ordre juridictionnel concerné. Le niveau de preuve est donc excessivement bas. Il faut préciser qu'il n'est bien sûr pas nécessaire qu'une poursuite publique soit en cours au Canada ou ailleurs. Si cela peut aider à attester de la violation du droit de la concurrence, ce n'est pas nécessaire.

**35.** Une fois l'autorisation de l'action obtenue, le litige fera l'objet d'un règlement soumis à l'approbation du juge<sup>27</sup>.

**36.** À ce jour, les actions collectives en droit de la concurrence au Québec se font surtout à l'initiative de l'association de consommateurs Option consommateurs. Il s'agit d'un contentieux visant la protection des consommateurs avant tout. L'objet de l'action collective antitrust est bien plus de pénaliser par la voie judiciaire les membres des cartels que de retourner l'argent payé en trop “dans les poches” des consommateurs. Cette réalité, peu juridique, mais pragmatique, est présente dans l'action collective québécoise. Le dessein punitif de ces actions collectives n'est jamais très loin dans un pays où les ressources du Bureau de la concurrence, organe fédéral chargé d'enquêter sur les cartels, sont limitées.

## 2. La faute civile et l'évaluation forfaitaire du préjudice : Deux autres particularités du droit civil québécois

### 2.1 La définition québécoise de la faute civile en droit antitrust

**37.** Une question classique en droit civil est celle de savoir si la transgression d'une obligation légale ou réglementaire constitue une faute civile. En droit civil québécois, une violation de la loi canadienne sur la concurrence ne constitue pas automatiquement une faute civile. De même, une violation sanctionnée dans une procédure criminelle ne constitue pas automatiquement une faute civile. La Cour suprême a pris le temps de l'expliquer dans la jurisprudence *Infineon*.

**38.** Pour la Cour suprême, la faute civile n'est pas constituée des éléments de l'infraction d'entente anticoncurrentielle<sup>28</sup>. La Cour suprême est d'avis qu'il serait absurde de calquer la faute civile sur la faute criminelle d'entente anticoncurrentielle.

<sup>27</sup> Pour un exemple récent dans le cartel québécois de l'essence, *v. Jacques c/ 189346 Canada inc. (Pétroles Therrien inc.)*, 2020 QCCS 3192.

<sup>28</sup> *Infineon*, préc., note 14, par. 95.

**39.** Les juges québécois ont eu l'occasion de considérer qu'une entente est une faute civile<sup>29</sup> en ce qu'elle constitue un manquement à l'obligation générale d'agir de bonne foi<sup>30</sup> et qu'il n'est pas nécessaire qu'une procédure publique ait été engagée contre les défendeurs<sup>31</sup> pour conclure à une faute civile.

### 2.2 L'évaluation forfaitaire du préjudice

**40.** Pour finir, il convient de mentionner une réalité du droit civil québécois qui ne manquera pas de faire réfléchir les juristes français. Il s'agit de la possibilité d'offrir une réparation forfaitaire du préjudice lors de la liquidation du préjudice dans le cadre de l'action collective. Cette possibilité est particulièrement pertinente dans les actions collectives liées à un cartel où la preuve du préjudice est particulièrement technique.

**41.** Cette conception souple de l'indemnisation s'incarne de deux façons : soit par le recouvrement individuel sur présentation d'une preuve de préjudice par la victime, soit par le recouvrement collectif<sup>32</sup>. Le recouvrement collectif intervient “*si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment précise le montant total*” des réclamations “*sans égard à l'identité de chacun des membres ou au montant exact de la réclamation de chacun*” selon l'article 595 C.p.c. En ce sens, il est possible de parler d'évaluation forfaitaire. Mais l'article 595 permet aussi des “mesures réparatrices” comme l'émission de bons de réduction. Cette option avait été permise dans le cadre du cartel de l'essence. Chaque automobiliste pouvait se prévaloir d'un bon de réduction lors de son plein à la pompe, peu importe qu'il ait été une victime du cartel ou non. Cette forme d'indemnisation est similaire à la réparation fluide (*fluid recovery*) du droit américain. Selon Pierre-Claude Lafond, le recouvrement collectif “*appelle le plein remboursement des gains illégaux afin de rétablir l'équilibre de la situation entre le défendeur et le groupe*”<sup>33</sup>.

**42.** Encore une fois, le Code de procédure civile, par sa conception audacieuse de la réparation en droit civil, permet de sanctionner efficacement les membres d'un cartel en permettant de récupérer le montant de leur faute lucrative sans que l'évaluation individuelle du préjudice constitue un obstacle.

<sup>29</sup> Comme affirmé par le juge Dalphon en 2010 : “*La participation à un complot constitue au sens du Code civil du Québec une faute extra contractuelle pouvant engager la responsabilité des participants*”, y compris des défendeurs non-résidents du Canada dès lors que l'entente cause un préjudice aux résidents du Québec, *v. British Airways, p.l.c. c/ Option Consommateurs*, 2010 QCCA 1134, par. 9. Repris récemment pour autoriser une action collective pour un complot international dans *Option Consommateurs c/ Kaisha*, 2020 QCCS 3601, par. 25.

<sup>30</sup> *Transport TFI 6, LP c/ Espar inc.*, 2017 QCCS 6311, par. 25.

<sup>31</sup> *Option Consommateurs c/ Minebea Co. Ltd.*, 2016 QCCS 3698, par. 38.

<sup>32</sup> Art. 582 C.p.c.

<sup>33</sup> P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 569.

## Conclusion

43. Le *private enforcement* canadien révèle quelques éléments pertinents pour le juriste européen. D'abord, le constat doit être celui qu'une loi ne suffit pas à rendre effectif un recours. La directive de 2014 et l'action de groupe française étaient des éléments importants, mais nous doutons que dans leur forme actuelle ils parviennent à rencontrer le succès espéré. D'abord, le champ d'intervention trop restreint de l'action de groupe française empêche les juges de s'approprier l'outil à une large échelle pour parvenir à apprivoiser cette action d'un genre nouveau. Au Québec, le processus d'intégration de l'action collective dans la pratique

judiciaire fut long et elle était pourtant ouverte à tout contentieux. Ensuite, et surtout, l'absence d'une phase de certification/autorisation empêche tout effet de dissuasion et l'obtention d'une justice, même imparfaite, par des ententes à l'amiable. C'est sans doute là l'élément le plus important à considérer. En décidant que cette phase n'existerait pas en droit français, le législateur a dangereusement compromis l'effet dissuasif de son recours. Sans doute, la question du recouvrement collectif serait également une piste intéressante à explorer. ■

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

## Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peepkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrenrielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

## International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

## Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

## Chroniques

### ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Marie Cartapanis, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Eréséo, Nicolas Ferrier, Anne-Cécile Martin, Philippe Vanni

### CONCENTRATIONS

Olivier Billard, François Brunet, Jean-Mathieu Cot, Eric Paroche, David Tayar, Simon Vande Walle

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Francesco Martucci, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Orion Berg, Guillaume Dezobry, Emmanuel Guillaume, Sébastien Martin, Francesco Martucci

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée, Fabien Tesson

### ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Aurore Laget-Annamayer, Jérémie Martinez, Francesco Martucci

### DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehoudj, Paloma Martinez-Lage Sobredo, Silvia Pietrini

## Livres

Sous la direction de Catherine Prieto

## Revues

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

## > Abonnement Concurrences +

Devis sur demande  
Quote upon request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)  
*Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)*  
*(unlimited users access for 1 year to archives)*

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)  
*Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)*

Livres: Accès à tous les e-Books  
*Books: Access to all e-Books*

## > Abonnements Basic

HT  
Without tax

TTC  
Tax included

### e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)*

Devis sur demande  
Quote upon request

### Revue Concurrences | Review Concurrences

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)  
*Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)*
- Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)  
*Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)*

Devis sur demande  
Quote upon request

665,00 € 679,00 €

Pour s'assurer de la validité des prix pratiqués, veuillez consulter le site [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ou demandez un devis personnalisé à [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com).

*To ensure the validity of the prices charged, please visit [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) or request a personalised quote from [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com).*

### Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name* .....  
Courriel | *e-mail* .....  
Institution | *Institution* .....  
Rue | *Street* .....  
Ville | *City* .....  
Code postal | *Zip Code* ..... Pays | *Country* .....  
N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)* .....

### Formulaire à retourner à | Send your order to:

#### **Institut de droit de la concurrence**

19 avenue Jean Aicard - 75 011 Paris - France | [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

#### **Conditions générales (extrait) | Subscription information**

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France**