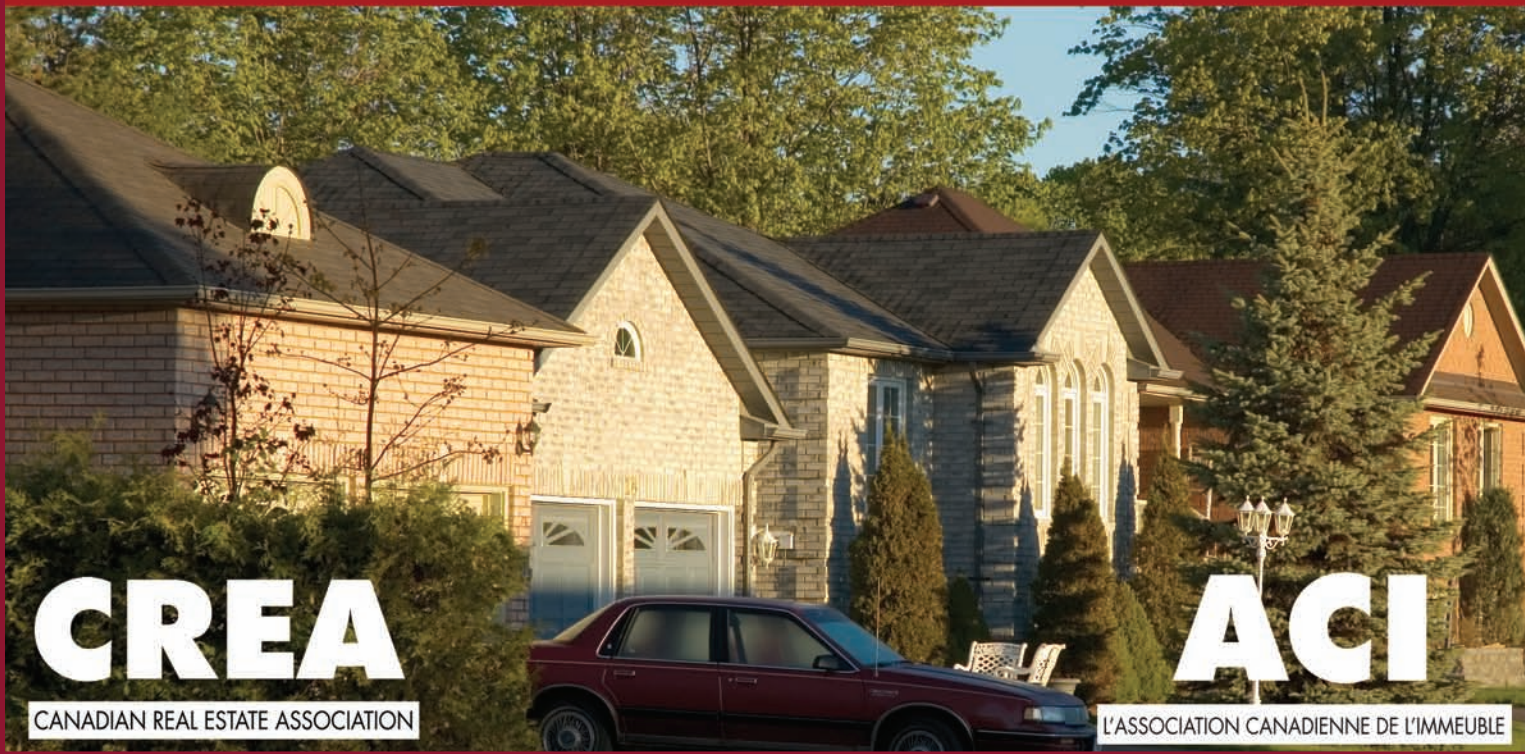




The Canadian Real Estate Association Submission to the Competition Policy Review Panel

Mémoire de l'Association canadienne de l'immeuble présenté au Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence

January 11, 2008 / le 11 janvier 2008



CREA

CANADIAN REAL ESTATE ASSOCIATION

ACI

L'ASSOCIATION CANADIENNE DE L'IMMEUBLE

INTRODUCTION

L'Association canadienne de l'immeuble (ACI), l'une des plus grandes associations commerciales à vocation unique du Canada, se fait le porte-parole de plus de 94 000 courtiers ou agents immobiliers détenteurs de permis relevant de 109 chambres immobilières, 10 associations provinciales et une association territoriale. Les petites entreprises composent la majorité de nos membres.

L'ACI est propriétaire de la marque de commerce Service inter-agences (S.I.A.®/MLS®). Les chambres immobilières et les associations provinciales exploitent des systèmes de bases de données de biens immobiliers sous la marque de commerce S.I.A.®/MLS®. En 2006, 522 560 propriétés, ce qui équivaut à une valeur totale supérieure à 143,3 milliards de dollars, ont été vendues par l'entremise de ces systèmes de bases de données. En 2006, les ventes résidentielles S.I.A.®/MLS®, soit environ 93 pour cent de l'ensemble des ventes S.I.A.®/MLS®, s'élevaient à plus de 483 917 ou à plus de 134,0 milliards de dollars. En moyenne, 476 063 ventes résidentielles sont traitées annuellement par le biais du système S.I.A.®/MLS®, ce qui génère plus de 15,3 milliards de dollars en activité économique par année – un apport considérable à l'économie canadienne dans son ensemble. On estime qu'entre 2004 et 2006, les reventes résidentielles ont créé en moyenne 158 600 emplois au Canada.

En sa capacité de porte-parole national, l'ACI joue depuis longtemps un rôle d'intermédiaire dans les dossiers de concurrence dont se préoccupent ceux et celles qui œuvrent dans le secteur immobilier. Nous avons par le passé pris part à plusieurs processus de consultation ayant trait à divers dossiers en vertu de la *Loi sur la concurrence* (Canada) (la « Loi »), y compris des consultations menées par le Bureau de la concurrence (le « Bureau »), le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes, de même que par le Forum des politiques publiques. Nous sommes encore une fois heureux d'avoir l'occasion de faire part des points de vue de nos membres relativement aux questions de concurrence au Canada au Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence (le « Groupe d'étude ») et de formuler des commentaires sur le document de consultation *Investir dans la position concurrentielle du Canada* (le « document de consultation ») circulé le 30 octobre 2007.

Comme nous en discutons en détail ci-après, nous souhaitons formuler des commentaires sur plusieurs dossiers relevés dans le chapitre 4 du document de consultation qui porte sur la *Loi sur la concurrence* ainsi que sur les récentes propositions visant la modification de certaines dispositions de la Loi. Quoique nos membres se disent très favorables aux efforts destinés à améliorer la Loi, ils sont d'avis qu'il est d'une importance capitale d'assurer que toute modification n'ait pas de conséquences négatives ou involontaires. En particulier, afin d'assurer la compétitivité internationale du Canada, il est extrêmement important que la Loi assure clarté et certitude au monde des affaires et qu'elle n'impose pas de coûts inutiles et excessifs au chapitre de la conformité et de la surveillance.

Nous vous remercions de nous avoir offert cette possibilité de présenter nos commentaires au Groupe d'étude. Il nous fera plaisir d'approfondir tout aspect de ces commentaires, si cela pourrait s'avérer utile pour le Groupe d'étude.

COMMENTAIRES

Voici un résumé des commentaires que nous formulerons au Groupe d'étude :

- Il n'est ni nécessaire ni désirable d'apporter de profondes modifications aux dispositions criminelles sur les complots, en instaurant un système optionnel « à deux volets » qui définirait les ententes illégales proprement dites faisant l'objet d'une poursuite pénale (sans la protection des effets sur la concurrence, tels que l'élément lié aux gestes posés « indûment » prévu à l'article 45 de la Loi), tout en permettant une procédure non pénale pour les alliances stratégiques et d'autres types d'ententes. Toute modification de ce genre se traduirait par des dispositions sur les complots excessivement vastes. Nous recommandons de conserver les dispositions actuelles sur les complots.
- Les propositions visant l'octroi de pouvoirs formels d'enquête au Bureau (ou à un autre organisme gouvernemental indépendant) en vue de mener des études de marché est un autre sujet de discussion. Nous croyons que tout nouveau pouvoir d'enquête est inutile, parce qu'il entraînerait des coûts plus élevés pour les entreprises faisant l'objet d'une étude de marché, notamment les petites entreprises. Ce pouvoir d'enquête soulève également des questions portant sur des dispositions de la *Charte*, ainsi que des préoccupations relativement aux garanties procédurales nécessaires et à l'utilisation potentielle, lors d'une procédure postérieure intentée en vertu de la Loi, d'information obtenue dans le cadre d'une étude de marché. Nous croyons que les pouvoirs d'enquête dont dispose déjà le Bureau sont plus qu'adéquats.
- Nous recommandons que l'infraction de maintien des prix proprement dite, qui est visée par l'article 61 de la Loi, soit modifiée afin que le maintien des prix devienne une infraction en vertu de la « règle de raison » (c.-à-d., avec la protection des effets sur la concurrence) ou rendre les accords de concertation verticale sur les prix susceptibles d'examen seulement en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante de la Loi. Comme en témoigne un changement apporté récemment à l'approche aux accords sur la concertation verticale sur les prix adoptée par les États-Unis, notre plus important partenaire commercial, le fait que le maintien des prix soit une infraction proprement dite ne cadre ni avec les objectifs de la Loi, ni avec la pensée économique actuelle.
- Il ne faut pas adopter les récentes propositions visant à introduire les sanctions administratives pécuniaires (SAP) pour les infractions d'ordre civil en vertu de la Loi et à élargir la portée de l'article 36 de la Loi.
- Quant à l'application de la Loi, nous recommandons que l'obtention d'ordonnances aux termes de l'article 11 de la Loi sur demande *ex parte* soit abandonnée et que la portée de ces ordonnances soit plus restreinte et moins onéreuse pour les parties visées. Donner aux personnes contre qui une ordonnance est demandée l'occasion de faire une présentation au juge *avant* que l'ordonnance ne soit émise permettrait de limiter la portée de ces ordonnances afin d'éviter que les personnes faisant l'objet d'une enquête du Bureau et d'autres participants du secteur aient à payer les coûts inutiles et à assumer le fardeau.

Les dispositions criminelles sur les complots

Bien que le chapitre 4 du document de consultation n'approfondisse pas les divers articles de la Loi, il fait mention de certains dossiers qui ont été débattus au cours des dix dernières années, dont le caractère adéquat de l'infraction criminelle que constitue le complot prévus à l'article 45 de la Loi. On indique dans ce document de consultation que « [d]es préoccupations ont été soulevées selon lesquelles la disposition actuelle n'empêche pas les agissements anticoncurrentiels » et qu'elles « concernent aussi le fait que les dispositions actuelles pourraient dissuader des entreprises de former des alliances stratégiques favorisant la concurrence ». On dit aussi que le débat a surtout porté sur l'élaboration d'un système à deux volets qui définirait les ententes faisant l'objet d'une poursuite au pénal, tout en permettant une procédure non pénale pour d'autres ententes.

Nous croyons que les actuelles dispositions criminelles sur les complots empêchent les agissements anticoncurrentiels adéquatement et jugeons donc inutile d'apporter toute modification à l'article 45 de la Loi, puisque cela contribuerait à restreindre davantage les dispositions criminelles sur les complots. De plus, rendre les dispositions criminelles sur les complots plus strictes aurait probablement des conséquences involontaires et indésirables. Le fait de retirer l'exigence de réduction « indue » de la concurrence pour pouvoir augmenter le nombre de condamnations, rendrait trop vastes les dispositions qui en résulteraient. Si tel était le cas, tous les accords entre concurrents (voire entre des personnes « qui pourraient raisonnablement être en concurrence entre elles »), sinon une vaste gamme d'accords de ce genre, pourraient être couverts par la définition de l'infraction.

La possibilité accrue que des accords soient assujettis à l'article 45, et la menace plus importante de sanctions pénales qui en résulterait, auraient probablement pour effet d'accroître l'« effet dissuasif » sur les alliances qui favorisent la concurrence, faisant monter de quelques crans les préoccupations qui existent déjà concernant les dispositions actuelles.

Comme un tel renforcement des dispositions criminelles sur les complots pourrait dissuader des entreprises de former des alliances favorisant la concurrence et donc réduire la concurrence, toute modification de ce genre irait à l'encontre de la Loi visant à maintenir et à encourager la concurrence au Canada. Comme l'industrie immobilière du Canada se compose de nombreuses petites entreprises, il y a vraisemblablement plusieurs collaborations entre dirigeants de petites entreprises non affiliées en vue d'offrir de meilleurs services aux consommateurs de façon plus efficace. Ces accords pourraient contrevenir à une nouvelle infraction proprement dite concernant les accords entre concurrents, infraction qui n'exige pas de preuve de tout effet anticoncurrentiel. Une collaboration pourrait se résumer à la mise en vente en commun par deux petits courtiers indépendants autonomes.

Certaines propositions concernant les nouvelles dispositions civiles sur les alliances stratégiques auraient pour effet d'assujettir tout accord entre deux personnes (non seulement entre deux concurrents) à un examen, avec la possibilité que le Tribunal de la concurrence émette une ordonnance d'interdiction ou corrective s'il conclut que l'accord réduit ou empêche considérablement la concurrence. Les répercussions des changements fondamentaux apportés aux dispositions criminelles sur les complots de la Loi afin d'en élargir nettement la portée, même au moyen de dispositions non pénales, sont d'une grande préoccupation, puisque ces changements risqueraient de modifier considérablement la dynamique des relations d'affaires en l'absence d'un besoin ou d'un avantage manifestes.

Si le Groupe d'étude recommande d'opter pour le système à deux volets, et ce, malgré ces préoccupations importantes, nous croyons que les nouvelles dispositions civiles sur les alliances stratégiques seraient superflues, étant donné que les dispositions sur le fusionnement et l'abus de position dominante prévues dans la Loi sont assez vastes pour couvrir les alliances stratégiques. On note par exemple que les dispositions sur le fusionnement s'appliquent non seulement lorsqu'il y a eu acquisition du contrôle, mais également lorsqu'une personne fait l'acquisition d'un « intérêt relativement important » dans une entreprise appartenant à une autre personne (et en retire la capacité d'« influencer concrètement le comportement économique » de cette entreprise, selon le Bureau). De plus, tout doute quant à la portée des dispositions sur l'abus de position dominante (qui comprennent déjà le concept de domination conjointe au moyen d'un accord entre deux ou plusieurs personnes) pourrait être réglé en apportant une modification mineure à l'article 79, au lieu de créer une nouvelle disposition. Notamment, une modification à l'article 79 pourrait préciser que toute conduite visant à causer des dommages aux consommateurs et non seulement aux concurrents, pourrait être anticoncurrentielle. Les dispositions sur le fusionnement et l'abus de position dominante permettent également au Tribunal d'ordonner des réparations efficaces pour faire face aux agissements anticoncurrentiels conjoints.

Bien que nous vous conseillions fortement de conserver les dispositions actuelles sur les complots, nous soutenons qu'advenant la proposition d'un système à deux volets, il faudrait ajouter une exemption à la disposition pénale et à la disposition civile pour les accords entre directeurs et agents, d'une manière qui exempte clairement les courtiers et leurs agents.

Le pouvoir d'enquête en vue de mener des études de marché

Une autre question soulevée dans le chapitre 4 du document de consultation consiste à savoir si on devrait octroyer au Bureau de la concurrence (ou à un autre organisme gouvernemental) des pouvoirs formels d'enquête en vue de mener des études de marché. L'ACI est d'avis qu'un nouveau pouvoir en vue de mener des études de marché n'est pas nécessaire, qu'il se traduirait par des coûts élevés pour les entreprises faisant l'objet de telles études et qu'il soulèverait d'importantes questions portant sur le processus et des dispositions de la *Charte* ayant trait à l'utilisation, lors d'une procédure postérieure intentée en vertu de la Loi, d'information obtenue dans le cadre d'une étude de marché.

Aucune preuve n'a été fournie afin de démontrer que le Bureau ne dispose pas des outils nécessaires pour faire enquête sur les problèmes en matière de concurrence légitimes. Les seuils pour mener des enquêtes sont déjà très peu élevés. Par exemple, une enquête formelle peut être menée à l'initiative du commissaire s'il y a lieu de croire qu'on a contrevenu à la Loi ou qu'on va vraisemblablement y contrevenir. De plus, le commissaire est obligé de mener une enquête lorsque le ministre de l'Industrie lui ordonne de la mener ou lorsque six résidents Canadiens déposent une pétition demandant qu'une enquête soit menée. Il ne conviendrait donc pas que le Bureau (ou un autre organisme gouvernemental) mène des études de marché intrusives et coûteuses sans exiger de preuve de conduite anticoncurrentielle. Le Bureau a pour priorité générale de s'assurer qu'il y a concurrence sur le marché. Le recours à des ressources restreintes (et l'imposition de coûts importants) pour faire enquête sur l'état de la concurrence d'un secteur en l'absence de preuves de conduite anticoncurrentielle ne contribuerait pas à ce but et ne serait pas bénéfique aux consommateurs.

On n'explique pas dans le document « Études de marché - Une revue par le Bureau de la concurrence », paru en octobre 2005, la nécessité d'un nouveau pouvoir en matière d'études de marché. Ce document mettait plutôt l'accent sur le fait que bon nombre d'organismes de réglementation étrangers disposent de ces pouvoirs. Par contre, lorsqu'on examine de plus près les pouvoirs d'enquête des organismes de réglementation étrangers, on se rend compte qu'il leur est impossible de s'en prévaloir en l'absence de preuves d'agissements qui nuisent à la concurrence dans un marché. De plus, bon nombre d'organismes de réglementation étrangers ne disposent pas du pouvoir de contraindre des témoins à déposer, ou s'ils en disposent, ils n'y ont jamais ou y ont rarement recours. Le commissaire de la concurrence du Canada possède déjà des pouvoirs comparables à ceux octroyés aux organismes de réglementation étrangers, soit le pouvoir de mener des enquêtes et de contraindre à la production de renseignements. Le régime de concurrence canadien se conforme donc déjà aux régimes dans des juridictions étrangères relativement aux pouvoirs de mener des enquêtes.

Une autre grande préoccupation au sujet du nouveau pouvoir en matière d'études de marché est que ce pouvoir aurait probablement de graves conséquences économiques pour les entreprises faisant l'objet d'une telle étude, notamment pour les petites entreprises. Donner suite aux demandes découlant d'une étude de marché pourrait s'avérer extrêmement coûteux pour une entreprise, parce qu'elle serait effectivement contrainte de concentrer ses énergies sur ces demandes et donc de détourner son attention de ses activités régulières. Elle se verrait probablement dans l'obligation de retenir les services d'avocats. Une enquête risquerait de plus d'être fort intrusive, avec des audiences comprenant des interrogatoires oraux sous serment, la production de documents commerciaux confidentiels (dont des procès-verbaux, rapports de ventes, documents informatiques et plans d'établissement de prix et de commercialisation) et de présentations écrites nécessitant la compilation et la création de renseignements détaillés. Enfin, le fait qu'une industrie fasse l'objet d'une étude de marché peut entacher sa réputation aux yeux du public, même en l'absence d'écart de conduite.

Nous croyons que les pouvoirs d'enquête existants en vertu de la Loi sont plus qu'adéquats et, faute de preuves supplémentaires, nous n'appuyons pas l'octroi d'un nouveau pouvoir en matière d'études de marché au Bureau de la concurrence ou à tout autre organisme gouvernemental.

Enfin, nous soulignons que l'octroi d'un nouveau pouvoir en vue de mener des études de marché au Bureau de la concurrence soulèverait d'importantes questions portant sur le processus et des dispositions de la *Charte* ayant trait à l'utilisation, lors d'une procédure postérieure intentée en vertu de la Loi et éventuellement lors d'une procédure criminelle, d'information obtenue dans le cadre d'une étude de marché. Lorsqu'elle témoigna devant le comité de l'industrie le 18 novembre 2004, la commissaire a reconnu que l'octroi de pouvoirs en vue de mener des études de marché au Bureau pourrait soulever des questions portant sur des dispositions de la *Charte* si les renseignements obtenus par le Bureau dans le cadre d'une étude de marché menaient à une enquête criminelle. La commissaire mentionna notamment la possibilité d'auto-incrimination.

Les dispositions sur le maintien des prix

Nous croyons qu'il faut actualiser les dispositions sur le maintien des prix prévues à l'article 61 de la Loi. Bien qu'il s'agisse d'une question qui n'est pas abordée expressément dans le document de consultation, nous pensons qu'elle est liée à la compétitivité du Canada. Le fait que le maintien des prix soit une infraction proprement dite témoigne d'une vision dépassée selon laquelle la concertation verticale sur les prix n'ait pas la moindre valeur sociale. La réalité veut qu'un fabricant utilise parfois des justifications proconcurrentielles pour recourir au maintien des prix de revente ou à d'autres restrictions concernant la concertation verticale sur les prix. (Il est à noter que l'article 61 interdit non seulement aux fabricants, mais également à quiconque, y compris aux prêteurs ou aux concédants de propriété intellectuelle, de chercher à contrôler les prix à l'aide de toute autre personne, y compris les preneurs de licence, les emprunteurs et les associés d'une société en participation, et ce, que les parties possèdent ou non le pouvoir d'influer sur les prix dans le marché dans son ensemble et que l'accord nuise ou non à la concurrence.) Par conséquent, l'article 61 peut inutilement restreindre la collaboration entre les dirigeants de petites entreprises qui ne possèdent aucune emprise sur le marché. Nous recommandons donc que l'article 61 de la Loi soit modifié afin de faire du maintien des prix une infraction en vertu de la « règle de raison » ou, encore, d'assujettir les accords de concertation verticale sur les prix à l'examen seulement en vertu des dispositions non criminelles sur l'abus de position dominante de la Loi.

On proposa, dans un rapport commandé par le Bureau de la concurrence (le « Rapport VanDuzer »)¹, dans un rapport préparé en 2002 pour un comité de la Chambre des communes², de même que dans un rapport sur la *Loi sur la concurrence* au Canada préparé en 2004 par l'OCDE (le « Rapport de l'OCDE »)³, de décriminaliser les dispositions sur le maintien des prix. On a déclaré dans le Rapport VanDuzer : « On pourrait s'inquiéter du fait que ces dispositions [sur le maintien des prix] sont mal adaptées pour faire face aux changements qui transforment actuellement l'économie canadienne. » Ce commentaire est d'autant plus vrai de nos jours, soit presque dix ans plus tard, compte tenu du rythme rapide de la mondialisation et des changements.

L'article 61 a une portée excessive, englobant non seulement les pratiques anticoncurrentielles mais également les arrangements ayant des justifications proconcurrentielles. Dans le contexte de l'immobilier, l'article 61 peut imposer des coûts inutiles aux dirigeants de petites entreprises, en limitant arbitrairement, par exemple, la portée d'éventuels arrangements commerciaux entre agents d'immeuble et/ou firmes de courtage qui préféreraient autrement s'organiser selon des façons qui ne constituent pas formellement des relations de sociétés affiliées ou d'employés (qui sont exemptés de l'application de l'article 61). La possibilité que des arrangements proconcurrentiels soient visés par l'article 61, qui comporte la menace de sanctions pénales, a un effet dissuasif. Par conséquent, les dispositions sur le maintien des prix ont pour effet de contrecarrer l'objectif de la Loi qui est de maintenir et de favoriser la concurrence.

La Cour suprême des États-Unis vient de rendre une décision dans l'affaire de *Leegin Creative Products, Inc. c. PSKS, Inc.*⁴, décision qui a invalidé un précédent de longue date dans la loi antitrust américaine, rendant illégal en soi pour tout fabricant et tout détaillant de s'entendre sur des prix de revente minimums. La décision rendue à la majorité par la Cour suprême des États-Unis fit remarquer que les règles de l'illégalité en soi devraient se limiter aux restrictions sur la concurrence qui auraient toujours, ou presque toujours, tendance à limiter la concurrence et à réduire la production, mais que les documents économiques regorgent de justifications proconcurrentielles qu'un fabricant peut utiliser pour recourir au maintien des prix de revente. (En fait, la décision rendue à la majorité citait, entre autres sources, des documents rédigés par des économistes canadiens en faveur de certains avantages proconcurrentiels possibles de la concertation verticale sur les prix.) Par conséquent, les accords de maintien des prix de revente aux États-Unis doivent maintenant faire l'objet d'une analyse selon la « règle de raison » - c.-à-d., un enquêteur doit évaluer toutes les circonstances d'un cas en particulier, y compris si les entreprises en cause ont ou n'ont pas une emprise sur le marché, lorsqu'il établit si on aurait dû interdire une pratique restrictive parce qu'elle impose une restriction abusive sur la concurrence.⁵

¹ Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et *Loi sur la concurrence*-Doctrine, droit et pratique, J. Anthony VanDuzer, Gilles Paquet, Université d'Ottawa, 22 octobre 1999.

² *Chambre des communes, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, 37^e législature, première session, page xviii, avril 2002.

³ OCDE, *Canada: Report on Competition Law and Institutions* (2004) à la page 34. On déclare au paragraphe 72 du Rapport de l'OCDE : « Le maintien des prix, comme la conduite dont il est question aux articles 50 et 51, peut être bénéfique à la concurrence et il vaut mieux en faire une affaire de nature civile pouvant être examinée. » [traduction]

⁴ Numéro 06-480, 551 US (2007) (« *Leegin* »).

⁵ Pour une bonne discussion de la décision *Leegin* et de ses répercussions pour le Canada, voir Dufour, Eric, J et Litt, C., « *Leegin Decision – A New Beacon for Change in Canada ?* », communication présentée devant la section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, dans le cadre de la Conférence d'automne annuelle 2007 sur le droit de la concurrence, septembre 2007, Gatineau (Québec).

Sanctions administratives pécuniaires

Nous nous inquiétons de l'ajout de nouvelles sanctions administratives pécuniaires (SAP). Bien que ce dossier ne soit pas soulevé formellement dans le document de consultation, il s'agit d'un dossier qui a fait l'objet de débats considérables au cours des dernières années. Les débats des SAP ont porté jusqu'à présent sur l'introduction ou non de SAP pour les dispositions touchant les pratiques commerciales susceptibles d'examen et sur la nécessité d'augmenter les SAP actuelles pour les pratiques commerciales dolosives. Selon nous, ces propositions sont injustifiées.

En 2003, le Bureau a émis un document de discussion intitulé *Options pour la modification de la Loi sur la concurrence : La promotion de marchés concurrentiels* (le « document de discussion de 2003 ») qui proposait d'accorder un nouveau droit au Tribunal de la concurrence d'imposer des SAP aux personnes visées par des ordonnances du Tribunal en vertu des dispositions touchant les pratiques commerciales susceptibles d'examen (p. ex., l'abus de position dominante, la vente exclusive, les ventes liées et la limitation du marché). La fin convenue de la proposition consistait à accroître les incitatifs en vue d'encourager les entreprises à observer ces dispositions de la Loi. Des propositions similaires faisaient partie de projets de loi déposés devant le Parlement, mais ne furent pas promulguées.

Nous croyons que l'ajout de SAP aux dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales susceptibles d'examen constituerait une transformation importante de la structure actuelle de la Loi. Selon nous, ces SAP seraient punitives. Lors de la promulgation des dispositions touchant les pratiques commerciales susceptibles d'examen, on ne prévoyait pas de telles sanctions, parce qu'on reconnaissait que cette conduite n'était pas intrinsèquement anticoncurrentielle et parce qu'elle favorisait d'ordinaire la concurrence et améliorait l'efficacité. En conséquence, on a jugé approprié que les réparations pour une telle conduite (dans les rares cas où elle est anticoncurrentielle) soient limitées aux ordonnances exigeant le rétablissement de la concurrence et qu'elles ne punissent pas les parties.

À notre avis, il n'y a pas de nécessité manifeste de rehausser l'effet dissuasif des dispositions pour lutter contre les pratiques commerciales susceptibles d'examen. Les SAP pour ces pratiques pourraient également avoir une incidence indésirable, parce qu'elles dissuaderaient les pratiques commerciales proconcurrentielles et mineraient les incitatifs de développer de nouveaux produits.

Quoique nous ne croyions pas que tout argument convaincant soutienne le besoin de prévoir d'autres SAP dans la Loi, dans le cas où les SAP soient à la longue prévues dans la Loi, et dans le contexte des SAP actuelles pour la publicité trompeuse, nous croyons que le Tribunal devrait prendre en compte la mesure dans laquelle le défendeur est déjà visé par une réglementation propre à une industrie (p. ex., une loi provinciale régissant les courtiers immobiliers) lors de sa décision d'imposer ou non une SAP (et si oui, le montant de la SAP). Par exemple, dans le contexte des dispositions civiles de la Loi concernant la publicité trompeuse, il est fort possible qu'il y ait excès de dissuasion et de multiples sanctions inutiles dans le cas où une personne est également sujette à d'autres régimes de réglementation à l'égard des mêmes représentations faites au public.

Nous sommes également d'avis que les peines actuelles pour les pratiques commerciales trompeuses, qui peuvent s'élever jusqu'à 200 000 \$, suffisent pour s'attaquer aux pratiques commerciales trompeuses qui ne répondent pas à une norme criminelle. Le document de discussion de 2003 du Bureau de la concurrence ne soutient pas adéquatement la position du Bureau voulant que la limite actuelle des SAP imposées en vertu des dispositions sur les pratiques commerciales trompeuses n'incite guère l'observation de la loi dans le cas d'un comportement non criminel. On a pourtant proposé de faire passer à 15 millions de dollars le montant maximum d'une SAP, montant qui pourrait inciter les dirigeants de petites entreprises à redoubler de prudence (et à offrir moins d'informations) dans leurs publicités. En conséquence, la question des SAP accrues constitue une préoccupation importante, puisque la majorité de nos membres sont propriétaires ou à l'emploi d'une petite entreprise.

Recours en dommages élargi

On a récemment proposé, notamment dans le document de discussion de 2003 du Bureau, d'élargir la portée du droit privé d'action prévu à l'article 36 de la Loi, afin de créer une nouvelle cause de recouvrement de dommages-intérêts à la suite d'une conduite à l'égard de laquelle le Tribunal émet par la suite une ordonnance en vertu des dispositions civiles de la Loi. L'article 36 de la Loi permet actuellement aux parties privées de réclamer et de recouvrer les dommages subis uniquement par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition criminelle de la Loi ou d'une violation d'une ordonnance du Tribunal. Autrement dit, on ne peut actuellement réclamer des dommages civils à l'égard de pratiques commerciales susceptibles d'examen que dans le cas d'un comportement ayant lieu après que le Tribunal a émis une ordonnance (comportement qui contrevient à cette ordonnance); alors que la proposition prévoirait des dommages à l'égard d'un comportement antérieur qui, selon le Tribunal, justifie l'émission d'une ordonnance en vertu des dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales susceptibles d'examen.

À l'instar des SAP, l'élargissement de la portée de l'article 36 constituerait une dérogation importante des actuelles dispositions de la Loi touchant les pratiques commerciales susceptibles d'examen, dispositions qui sont fondées sur la prémisse qu'un comportement donnant lieu à un examen n'est pas contraire à la loi, à moins qu'il soit interdit par le Tribunal. Cette approche fut adoptée au terme d'une longue consultation et après avoir reconnu de façon délibérée qu'un comportement couvert par les dispositions touchant les pratiques commerciales susceptibles d'examen n'est d'ordinaire pas anticoncurrentiel et ne devrait pas faire l'objet d'un excès de dissuasion. L'élargissement proposé de l'article 36 risque d'avoir un excès de dissuasion.

Pour les mêmes raisons dont il est question ci-dessus à l'égard des SAP, nous croyons qu'il n'y a pas de nécessité manifeste de rehausser l'effet dissuasif des dispositifs pour lutter contre les pratiques commerciales susceptibles d'examen et que l'élargissement proposé des dommages civils pourrait avoir une répercussion indésirable, parce que cela dissuaderait les pratiques commerciales proconcurrentielles et minerait les incitatifs de mettre au point de nouveaux produits. Bref, on n'a pas pu établir le bien-fondé des SAP ou de la cause d'action civile élargie.

L'application de la Loi : le recours aux ordonnances de l'article 11

Il y a aussi une autre question qui n'a pas été expressément soulevée dans le document de consultation et qui nous inquiète. Il s'agit de la façon dont le Bureau utilise les pouvoirs d'enquête en vertu de l'article 11 de la Loi. Nous recommandons que les ordonnances aux termes de l'article 11 de la Loi ne soient plus obtenues sur demande *ex parte* et que la portée de ces ordonnances soit plus restreinte et moins onéreuse pour les parties visées.

En vertu de l'article 11 de la Loi, le Bureau peut demander à un tribunal, sans donner d'avis au défendeur, d'émettre une ordonnance exigeant au moins : (a) une déposition orale faite sous serment par les personnes contre qui une ordonnance est demandée, (b) la production des documents ou catégories de documents en question (y compris les copies papier et les documents informatiques), et (c) la présentation de déclarations écrites faites sous serment contenant les informations demandées ou les réponses aux questions.

Le commissaire dispose d'un seuil peu élevé en vue d'obtenir une ordonnance de l'article 11 – il faut simplement exiger qu'une enquête soit effectuée en vertu de la Loi et la probabilité qu'une personne possède des informations pertinentes à l'enquête. Parce que ces ordonnances sont émises sur demande *ex parte*, la partie visée ne se voit pas donner d'occasion, avant que l'ordonnance ne soit émise, de présenter des observations au juge portant sur le fardeau de trouver et de recueillir les documents et les informations, sur la pertinence potentielle des documents et informations demandés ou sur le délai accordé pour les produire.

Nous croyons que le recours aux ordonnances émises en vertu de l'article 11 constitue une inquiétude grandissante au sein du monde des affaires canadien. Il semble que le Bureau ait eu de plus en plus souvent recours à ces ordonnances au cours des dernières années et que bon nombre d'ordonnances aient une très vaste portée – à la fois en ce qui concerne les types de documents (y compris les documents informatiques) devant être produits et le délai de l'ordonnance qui s'étend souvent sur plusieurs années. Les parties visées par une ordonnance de l'article 11 peuvent être obligées de retracer des copies papier et documents informatiques remontant à plusieurs années afin d'y donner suite. L'examen d'un volume important de documents commerciaux en vue, d'une part, d'identifier et d'établir des renvois entre les documents qui sont pertinents aux exigences spécifiques concernant la documentation qu'énonce le Bureau dans une ordonnance de l'article 11 et, d'autre part, de trouver l'information et de rédiger des réponses aux demandes de renseignements précises sont par ailleurs des activités très chronovores. Se conformer à une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 peut être un emploi à temps plein pour plusieurs employés (voire plus) et éventuellement pour des conseillers juridiques pendant plusieurs semaines (ou mois), et nécessiter beaucoup de temps et d'attention de la part des cadres supérieurs. Il s'agit d'un processus qui peut s'avérer très coûteux. Les entreprises, notamment les petites entreprises, ne disposent d'ordinaire pas d'employés pouvant rapidement donner suite à ces ordonnances sans nuire considérablement aux autres activités de l'entreprise.

Il est malheureusement difficile de documenter l'utilisation que fait le Bureau des ordonnances de l'article 11, parce qu'à notre connaissance le Bureau ne fait plus rapport sur la fréquence avec laquelle il les utilise ou sur le volume de documents soumis pour y donner suite. Un examen des dossiers de la Cour fédérale laisse entendre qu'au moins 97 demandes ont été déposées (et acceptées) en 2007. Il souligne que le Bureau obtient régulièrement des ordonnances de l'article 11 de tribunaux provinciaux aussi.

Une fois une ordonnance de l'article 11 émise, il est difficile de la contester. De plus, retenir les services d'un avocat et présenter des requêtes en vue de modifier ou de prolonger l'ordonnance entraîneraient des coûts pour la partie visée par l'ordonnance. Le processus d'une ordonnance de l'article 11 serait plus transparent, plus juste et plus efficace si les parties visées pouvaient présenter leurs observations au juge *avant* qu'une ordonnance ne soit émise. On s'inquiète du fait que les juges émettent des ordonnances de l'article 11 sans comprendre les coûts importants et le fardeau imposés sur les défendeurs lorsqu'ils y donnent suite. Même les personnes dont le comportement ne fait pas l'objet d'une enquête peuvent être assujetties aux ordonnances rendues aux termes de l'article 11 et dont la portée est assez vaste. (Il va sans dire que le Bureau n'indemnise pas les parties visées par une ordonnance de l'article 11 pour les frais importants engagés en vue d'y donner suite.)

En terminant, il est difficile de concevoir pourquoi il faut des demandes *ex parte* pour les ordonnances de l'article 11. Dans les cas où on s'inquiète de la destruction de documents de sorte que prolonger une audience sur une ordonnance de l'article 11 même une ou deux journées serait problématique, le Bureau peut obtenir des mandats de perquisition en vertu des articles 15 et 16 de la Loi, auquel cas le défendeur ne reçoit aucun avis préalable de la perquisition qu'effectuera le Bureau et celui-ci pourra saisir les documents avant qu'ils ne soient détruits.