21 DÉCEMBRE 2016

Nouvelles lignes directrices en matière de conformité à la législation antitrust : sujets d'intérêt pour les professionnels en ressources humaines au Canada

Auteur : Mark Katz

Introduction

Le 20 octobre 2016, la Federal Trade Commission (la «FTC») et l'Antitrust Division du département de la Justice (« l'Antitrust Division ») des États-Unis ont émis conjointement des lignes directrices particulières en matière de conformité à l'intention des professionnels en ressources humaines et des autres personnes participant aux décisions concernant l'embauche et la rémunération (les « Lignes directrices »)[1]. Les Lignes directrices portent sur un sujet qui n'est généralement pas considéré comme un « sujet controversé » en matière de législation antitrust, mais il a été au coeur de plusieurs procédures qui ont retenu l'attention aux États-Unis au cours des dernières années. Plus précisément, les Lignes directrices traitent des risques liés à la législation antitrust auxquels s'exposent les employeurs qui conviennent entre eux (i) de ne pas embaucher les employés de l'autre (ententes de non-maraudage); (ii) de ne pas se livrer concurrence au chapitre de la rémunération et des autres conditions de travail (ententes sur la fixation de la rémunération); et (iii) de s'échanger de l'information concernant la rémunération et d'autres sujets délicats liés à l'emploi.

Certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* (Canada) (la « Loi »), notamment l'article 45 (qui porte sur les ententes constituant une infraction de nature criminelle) et l'article 90.1 (qui porte sur les ententes entre concurrents constituant une infraction de nature civile) pourraient également servir de fondement à une interdiction, pour des concurrents (ou des concurrents potentiels), de conclure des ententes visant à empêcher ou à diminuer sensiblement la concurrence en matière de questions liées à l'emploi.[2]

Article 45

En vertu de l'article 45 de la Loi, commettent une infraction les concurrents (ou concurrents potentiels) qui complotent ou concluent un accord ou un arrangement (entente) :

i. soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture d'un produit

ii. soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture d'un produit

iii. soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture d'un produit.[3]

L'infraction créée par l'article 45 est une infraction en soi, c'est-à-dire que le poursuivant (la Couronne) n'a pas à prouver que l'entente en question a eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché pertinent; il n'a qu'à prouver (i) qu'il y avait entente et (ii) que les parties avaient l'intention de conclure une telle entente.[4] De plus, dans le cas d'une infraction à l'article 45, la Couronne n'a pas à prouver que l'entente a été mise en oeuvre Qui plus est, dans les poursuites intentées en vertu de l'article 45, le tribunal peut déduire l'existence de l'entente en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties à l'entente. Cela dit, puisque l'infraction prévue à l'article 45 est une infraction de nature criminelle, la Couronne doit s'acquitter du fardeau de preuve plus élevé associé à ce type d'infractions, c'est-à-dire qu'elle doit prouver les éléments constitutifs de l'infraction prévus à l'article 45 hors de tout doute raisonnable.

L'article 45 prévoit certains moyens de défense, dont le principal voulant que nul ne puisse être déclaré coupable d'une infraction s'il établit que l'entente en question :

i. est accessoire à une entente plus large ou distincte qui inclut les mêmes parties et qui ne contrevient pas elle-même à la Loi

ii. est directement liée à l'objectif de l'entente plus large ou distincte et est raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif.

Quiconque commet une infraction en vertu de l'article 45 de la Loi est passible (i) d'une amende maximale de 25millions de dollars canadiens (par infraction, de sorte que le montant total de l'amende pourrait être plus élevé), (ii) d'une peine d'emprisonnement maximal de 14 ans, ou (ii) d'une telle amende et d'une telle peine d'emprisonnement. Il convient en outre de souligner que toute personne qui estime avoir subi un préjudice par suite d'un comportement allant à l'encontre de l'article 45 peut intenter un recours devant tout tribunal compétent pour être indemnisée.

Autre élément important : toute personne qui a subi un préjudice par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition criminelle de la Loi (notamment l'article 45) peut intenter un recours civil pour obtenir des dommages-intérêts de la ou des personnes qui se sont livrées à un tel comportement.[5] Les recours civils de cette nature sont maintenant monnaie courante au Canada et sont généralement intentés sous forme de recours collectifs (ou d'actions collectives) en vertu de la législation provinciale applicable.[6] Les risques d'ordre financier associés à de tels recours collectifs (ou à de telles actions collectives) pourraient être importants.

Article 90.1

Par l'article 45, le législateur souhaite interdire les types de cartels les plus graves (les cartels « injustifiables »), c'est-à-dire ceux qui visent à fixer les prix, à attribuer des marchés ou à restreindre la production. Les ententes entre concurrents qui ne font pas partie de ces catégories peuvent tout de même avoir des effets anticoncurrentiels. Si le Bureau est d'avis qu'une entente entre concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement un tel effet, il peut intervenir en demandant au tribunal, en vertu de l'article 90.1, de rendre l'ordonnance qui s'impose.

Contrairement au comportement qui donne ouverture à l'infraction de nature criminelle prévue à l'article 45, le comportement qui donne ouverture à l'infraction de nature civile prévue à l'article 90.1 est une «pratique qui est susceptible d'examen ». Cette distinction donne lieu à des différences notables, notamment les suivantes :

i. Les demandes d'ordonnance en vertu de l'article 90.1 sont présentées directement par le Bureau – le SPPC n'intervient pas.

ii. Les demandes sont tranchées par un tribunal administratif spécialisé – le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») –et non par un tribunal judiciaire.

iii. Tel qu'il a été mentionné précédemment, pour que le Tribunal rende l'ordonnance demandée, le Bureau doit démontrer que l'entente en question « empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet ». Autrement dit, dans le cas d'une infraction à l'article 90.1 – contrairement à une infraction à l'article 45 – le demandeur doit prouver que l'entente en question a ou aura vraisemblablement un effet anticoncurrentiel dans le marché pertinent (selon la « prépondérance des probabilités », soit le fardeau de preuve moins lourd associé aux procédures civiles au Canada).

iv. S'il conclut qu'une infraction à l'article 90.1 a été commise, le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à toute personne (qu'elle soit ou non partie à l'entente) d'accomplir tout acte au titre de l'entente en question. Les personnes fautives ne sont pas passibles d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement comme dans le cas d'une infraction à l'article 45. De même, les parties privées qui estiment avoir subi un préjudice par suite d'un comportement allant à l'encontre de l'article 90.1 ne peuvent intenter un recours civil pour obtenir des dommages-intérêts de la ou des personnes qui se sont livrées à un tel comportement, recours qui, rappelons-le, est possible dans le cas d'une infraction à l'article 45.

Les parties visées par une demande d'ordonnance en vertu de l'article 90.1 peuvent, comme le prévoit cet article, faire échec à cette demande si elles parviennent à démontrer que l'entente en question a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience et que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels.

Application de la Loi à certains types d'ententes déterminés

Ententesde non-maraudage et ententes sur la fixation de la rémunération

Dans les Lignes directrices qu'elles ont publiées, la FTC et l'Antitrust Division indiquent qu'elles considéreront la conclusion d'ententes de non-maraudage et d'ententes sur la fixation de la rémunération entre employeurs comme une pratique illégale en soi en vertu de la législation américaine et qu'elles intenteront une poursuite criminelle contre les parties qui se livrent à une telle pratique. Selon les Lignes directrices, les ententes de non-maraudage et les ententes sur la fixation de la rémunération éliminent la concurrence de façon aussi irrémédiable que les ententes visant à fixer le prix de la fourniture d'un produit ou à attribuer des clients, lesquelles ont traditionnellement fait l'objet d'enquêtes criminelles et de poursuites similaires à celles intentées en cas de conduite criminellement injustifiable.

Tel qu'il a été mentionné précédemment, au Canada, la conclusion entre concurrents (ou concurrents potentiels) d'ententes visant à fixer le prix de la fourniture d'un produit ou à attribuer des marchés constitue une infraction criminelle en soi en vertu de l'article 45 de la Loi.

Ainsi, à l'instar de l'approche adoptée aux États-Unis, une entente de non-maraudage pourrait être assimilée à une entente visant à attribuer des marchés (les concurrents s'engageant à ne pas se livrer concurrence pour l'embauche de certains employés) ou même à une entente visant à fixer le prix de la fourniture d'un produit (les concurrents souhaitant fixer le « prix » que reçoivent les employés en contrepartie de leurs services) en vertu de l'article 45. Si l'on suit le même raisonnement, il semble évident que les ententes sur la fixation de la rémunération pourraient également être assimilées à des ententes visant à fixer le prix de la fourniture d'un produit en vertu de l'article 45.

Il convient toutefois de souligner que les infractions particulières prévues à l'article 45 ne s'appliquent qu'à la « fourniture» d'un produit. On pourrait donc déduire de l'emploi du terme « fourniture» à l'article45 que l'infraction dont il est question dans cet article ne s'applique qu'aux ententes visant à fixer le prix de produits ou de services qui sont *fournis* par les parties à l'entente ou qui visent à attribuer des marchés à l'égard de tels produits ou services. Par conséquent, si l'on adopte un tel raisonnement, la conclusion d'ententes de non-maraudage ou d'ententes sur la fixation de la rémunération ne constituerait pas une infraction en vertu de l'article 45 puisque de telles ententes portent sur des services qui sont *achetés par les parties à l'entente et non pas fournis par eux*. Comme il n'existe pas encore de jurisprudence à cet égard, il faudra attendre qu'un tribunal se prononce sur l'interprétation à accorder à cet aspect de l'article 45 pour être véritablement fixé sur cette question.

Il convient par ailleurs de rappeler que l'article 45 ne s'applique pas si l'entente en question est, d'une part, «accessoire» à une entente qui ne contrevient pas elle-même à la Loi et est, d'autre part, «directement liée » à l'objectif d'une entente qui ne contrevient pas elle-même à la Loi et « raisonnablement nécessaire » à la réalisation de cet objectif. Cela signifie, par exemple, que l'article 45 pourrait ne pas s'appliquer aux restrictions relatives aux employés qui font l'objet d'une entente conclue dans le cadre de fusions, de coentreprises et d'autres collaborations légitimes entre des employeurs concurrents.

Même si l'article 45 ne trouve pas application, le Bureau pourrait tout de même intenter des poursuites à l'encontre des concurrents qui ont conclu des ententes de non-maraudage ou des ententes sur la fixation de la rémunération en vertu de l'article 90.1 de la Loi, soit la disposition civile de la Loi qui interdit la conclusion, entre concurrents, d'ententes qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence. Même si, dans ce cas, les parties qui enfreignent l'article 90.1 ne sont pas passibles de sanctions criminelles, les répercussions négatives qu'aurait un tel recours sur elles seraient tout de même notables (assujettissement à des ordonnances d'interdiction, à une obligation d'engager des honoraires et débours judiciaires et extrajudiciaires, à un accaparement du temps de la direction, à une atteinte à la réputation, etc.).

Pour avoir gain de cause dans une poursuite intentée en vertu de l'article 90.1, le Bureau devra prouver que l'entente visée empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans le marché pertinent ou qu'elle aura vraisemblablement un tel effet. Parmi les facteurs que prendra en compte le tribunal dans le cas d'une poursuite visant une entente sur la fixation de la rémunération ou une entente de non-maraudage, on compte notamment la position qu'occupent les parties à l'entente dans le marché « de l'emploi » pertinent et les autres options, le cas échéant, à la disposition des employés et des employés éventuels visés par l'entente en question.

Partaged'information

Le partage, entre employeurs, d'information sur la rémunération ou d'autres conditions de travail constitue une grande source de préoccupation pour les autorités américaines. Comme il est indiqué dans les Lignes directrices, même si elles ne sont pas illégales en soi en vertu de la législation américaine, les ententes conclues en vue du partage d'information, par exemple dans le but de fixer la rémunération, pourraient servir de preuve d'une entente illégale. De plus, les concurrents qui ont conclu ce type d'ententes pourraient encourir une responsabilité en vertu de la législation antitrust si ces ententes ont un effet anticoncurrentiel ou auront vraisemblablement un tel effet.

La situation est sensiblement la même en vertu de la législation canadienne. À titre d'exemple, il est clair qu'une entente visant le partage de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ne fait pas partie des types d'ententes interdites en vertu de l'article 45. Ainsi, l'échange de renseignements délicats liés au recrutement ou à la rémunération ne constituerait pas en soi une infraction criminelle en vertu de la Loi. Cela dit, l'échange de renseignements délicats sur le plan de la concurrence entre concurrents pourrait constituer le genre de preuve circonstancielle sur laquelle se base le tribunal pour déduire l'existence d'une entente interdite en vertu de l'article 45. Comme l'indique le Bureau dans ses *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (les «Lignes directrices sur la collaboration »), « lorsqu'il est combiné à des pratiques facilitantes comme la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ou des activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix, le comportement parallèle peut suffire à prouver qu'une entente a été conclue entre les parties ».[7] Quoi qu'il en soit, l'existence d'une entente de cette nature pourrait inciter le Bureau à ouvrir une enquête pour déterminer si une infraction à une disposition criminelle de la Loi a été commise.

Même si elles ne sont pas visées par l'article 45, les ententes visant le partage d'information peuvent contrevenir à l'article 90.1 de la Loi. Dans les Lignes directrices sur la collaboration, le Bureau indique d'ailleurs expressément que les ententes de partage d'information font partie des ententes qui sont susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels en vertu de cette disposition. Selon ces lignes directrices, lorsque des concurrents conviennent d'échanger des renseignements délicats sur le plan de la concurrence, il leur est plus facile d'agir de concert, ce qui réduit ou élimine la rivalité concurrentielle.[8]

Toujours selon les Lignes directrices sur la collaboration, lorsqu'il évalue si une entente de partage d'information nuira vraisemblablement à la concurrence, le Bureau examinera généralement les facteurs suivants :

- la nature de l'information devant être échangée (c'est-à-dire la mesure dans laquelle l'information est délicate sur le plan de la concurrence)
- l'actualité de l'information échangée (c'est-à-dire si l'information concerne des activités passées, actuelles ou futures, l'information concernant des activités actuelles ou futures étant plus susceptible de constituer une source de préoccupation)
- si les parties participant à l'échange d'information possèdent une puissance commerciale
- la façon dont l'information est recueillie et disséminée (par exemple, si l'information est partagée directement entre concurrents ou colligée par un tiers, les cas où l'information est partagée directement entre concurrents étant plus susceptibles de constituer une source de préoccupation)
- si les effets anticoncurrentiels sont neutralisés et surpassés par les gains en efficience engendrés par l'entente de partage d'information.

C'est donc dire que le partage de renseignements délicats sur le recrutement ou la rémunération pourrait contrevenir à l'article 90.1 de la Loi si cela a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché pertinent ou est vraisemblablement susceptible d'avoir un tel effet.

Mesures de précaution à prendre

Les concurrents qui concluent des ententes sur des questions liées à l'emploi pourraient se trouver aux prises avec une poursuite intentée par les autorités chargées de l'application de la Loi et des recours collectifs (ou des actions collectives) intentés par des

employés lésés. Il est donc important que les entreprises canadiennes tiennent compte de cette problématique potentielle dans leurs programmes de conformité.

Voici quelques mesures de précaution qui pourraient être envisagées :

i. Prendre connaissance des *Lignes directrices* américaines, qui contiennent une foire aux questions très utile et regorgent de conseils pour identifier les agissements qui pourraient constituer une pratique illégale, étant donné qu'il n'existe pas de lignes directrices canadiennes pertinentes sur le sujet.

ii. Passer en revue les pratiques et les procédures mises en application par le service des ressources humaines de l'entreprise afin de déterminer si certains des éléments suivants possiblement problématiques existent :

   - des ententes avec d'autres entreprises au sujet des salaires des employés (qu'il s'agisse de chiffres précis ou de fourchettes de salaires) ou d'autres modalités de leur rémunération
   - des ententes avec d'autres entreprises concernant la sollicitation ou l'embauche de leurs employés
   - des ententes avec d'autres entreprises au sujet des avantages sociaux offerts aux employés ou d'autres conditions de travail
   - des échanges d'information avec d'autres entreprises au sujet de la rémunération des employés ou de leurs conditions de travail
   - des discussions avec d'autres entreprises sur les sujets qui précèdent, y compris au cours de rencontres de membres d'une association commerciale, d'événements sociaux ou d'autres événements informels.

iii. S'assurer que les politiques internes sur la conformité traitent de l'application potentielle de la législation canadienne en matière de concurrence aux questions relatives aux ressources humaines.

iv. Prodiguer au personnel des ressources humaines une formation sur la conformité.

Il n'est pas toujours évident de déterminer si une entente portant sur des questions liées à l'emploi contrevient ou non à la Loi. Par conséquent, les entreprises canadiennes qui ont identifié un comportement qui est potentiellement problématique ou qui se voient offrir la possibilité de se livrer à un tel comportement à l'avenir gagneraient à consulter un conseiller juridique chevronné en matière de concurrence pour évaluer le niveau de risque auquel elles s'exposent.

[1] Antitrust Division, département de la Justice des États-Unis/Federal Trade Commission, *Antitrust Guidance for Human Resource Professionals* (octobre 2016).

[2] Les articles 45 et 90.1 constituent les principales dispositions de la Loi régissant les ententes entre concurrents (autre que le truquage d'offres, dont il est question à l'article 47 de la Loi) qui visent à empêcher ou à diminuer sensiblement la concurrence. Cependant, dans certaines circonstances, de telles ententes à l'égard de questions liées à l'emploi pourraient être visées par une autre disposition civile de la Loi, soit l'article 79, qui porte sur l'abus « concerté» de position dominante. Les personnes qui contreviennent à l'article 79 sont passibles d'une sanction administrative pécuniaire maximale de 10millions de dollars canadiens, ce qui n'est pas le cas en vertu de l'article 90.1. Il est donc plus avantageux d'intenter un recours fondé sur l'article 79 si les circonstances s'y prêtent.

[3] Un «produit » au sens de la Loi s'entend aussi bien d'un article que d'un service. Ainsi, l'article 45 de même que d'autres dispositions de la Loi peuvent s'appliquer aux pratiques anticoncurrentielles en matière de services liés à l'emploi.

[4] Les poursuites criminelles sont intentées par le Service des poursuites pénales du Canada (le «SPPC»). Le Bureau de la concurrence (le «Bureau ») enquêtera sur les infractions alléguées aux dispositions criminelles de la Loi, comme l'article 45, et transmettra le dossier au SPPC pour qu'il intente une poursuite s'il est persuadé qu'une infraction a été commise.

[5] Article 36 de la Loi.

[6] Le droit d'intenter un recours prévu à l'article 36 ne s'applique pas lorsque le comportement répréhensible va à l'encontre des dispositions civiles de la Loi, comme l'article 90.1 dont il est question ci-après.

[7] Voir les *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, article 3.7 (pages 28-30) pour obtenir de plus amples renseignements sur les ententes de partage d'information.

[8] Dans une allocution prononcée en 2012, John Pecman, commissaire de la concurrence par intérim, a indiqué que les ententes de partage d'information étaient un exemple du type d'agissements qui « diminuent l'intérêt à livrer une concurrence vigoureuse ». Selon ses dires, « les renseignements délicats sur le plan de la concurrence qui sont échangés entre les concurrents [...] peuvent avoir de graves effets nuisibles sur la concurrence, en particulier s'il s'agit de marchés très concentrés offrant des produits relativement homogènes ».

Personnes-ressources : Mark Katz, Charles Tingley et Louise Patry

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.

© 2024 DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG S.E.N.C.R.L., s.r.l.