

Tribunal de la Concurrence



Competition Tribunal

**TRADUCTION OFFICIELLE**

Référence : *Le commissaire de la concurrence c Direct Energy Marketing Limited*,  
2015 Trib. conc. 2  
N° de dossier : CT-2012-003  
N° de document du greffe : 137

DANS L’AFFAIRE de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, dans sa version modifiée;

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande déposée par le commissaire de la concurrence aux termes de l’article 79 de la *Loi sur la concurrence*;

ET DANS L’AFFAIRE de certaines politiques et procédures de Direct Energy Marketing Limited.

ENTRE :

**Le commissaire de la concurrence**  
(demandeur)

et

**Direct Energy Marketing Limited**  
(défenderesse)

et

**National Energy Corporation**  
(intervenante)



Date de l’audience : le 18 décembre 2014  
Juge président : M. le juge Rennie  
Date des motifs et de l’ordonnance : le 26 mars 2015

**MOTIFS D’ORDONNANCE ET ORDONNANCE CONCERNANT, D’UNE PART, LA  
REQUÊTE DU COMMISSAIRE DEMANDANT AU TRIBUNAL DE STATUER SUR  
DES POINTS DE DROIT ET, D’AUTRE PART, LA REQUÊTE EN PROCÉDURE  
SOMMAIRE DE LA DÉFENDERESSE**

[1] Le commissaire de la concurrence a déposé une demande, fondée sur l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c c-34, dans laquelle il alléguait que Direct Energy Marketing Limited (« Direct Energy ») avait abusé de sa position dominante dans le marché ontarien de la location de chauffe-eau, et environ 22 mois après le dépôt de cette demande, Direct Energy s'est retirée du marché. Le commissaire et Direct Energy ont chacun déposé une requête priant le Tribunal de préciser les effets de ce retrait volontaire du marché; le commissaire affirme que sa demande doit être jugée, et Direct Energy soutient que sa sortie du marché a eu pour effet de rendre la demande caduque.

## I. LE CONTEXTE

[2] Le 20 décembre 2012, le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») a déposé, sur le fondement de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c c-34, une demande à l'encontre de Direct Energy. Il y allègue que Direct Energy [TRADUCTION] « a abusé et continue d'abuser » de sa position dominante dans la fourniture de chauffe-eau au gaz naturel et de services connexes aux consommateurs résidentiels de certaines régions de l'Ontario. Le commissaire affirme que Direct Energy a conservé et renforcé sa puissance commerciale dans le marché pertinent, en appliquant des politiques et procédures en matière de retour des chauffe-eau qui entraînent des coûts élevés pour les concurrents et empêchent ses clients de faire plutôt affaire avec ces derniers.

[3] Une ordonnance par consentement, rendue par le Tribunal le 20 février 2002, interdisait à Direct Energy d'empêcher ses concurrents de débrancher et retourner les chauffe-eau, et lui interdisait aussi d'imposer aux clients un barème de prix de rachat commercialement déraisonnable et discriminatoire. Le commissaire affirme que, le 21 février 2012, soit le lendemain de l'expiration de la période de dix ans indiquée dans l'ordonnance par consentement, Direct Energy a mis en place des politiques et des procédures d'exclusion en matière de retour des chauffe-eau semblables à celles qu'interdisait l'ordonnance par consentement. Outre des ordonnances réparatrices, le commissaire sollicite également l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire s'élevant à 15 millions de dollars.

[4] Lorsque le commissaire a déposé sa demande fondée sur l'article 79, les chauffe-eau loués par Direct Energy à ses clients appartenaient à EnerCare Inc. (« EnerCare »). Aux termes

d'une entente conclue entre EnerCare et Direct Energy, Direct Energy fournissait les services et gérait les relations avec la clientèle en échange de 35 pour cent des revenus de location.

[5] Après le dépôt de la demande, des requêtes ont été déposées et instruites, des conférences de gestion de l'instance ont eu lieu, et d'autres mesures préparatoires normalement prévues ont suivi.

[6] Dans l'intervalle, le 24 juillet 2014, Direct Energy a conclu un accord d'acquisition avec EnerCare en vue de l'achat, par EnerCare, des activités de Direct Energy concernant les services à domicile et aux petites entreprises, y compris celles liées à la location de chauffe-eau résidentiels en Ontario. Après examen du Bureau de la concurrence, et décision rendue par celui-ci sous la forme d'une lettre de « non-intervention », l'opération a été réalisée le 20 octobre 2014.

[7] Un élément de cette opération consistait en la conclusion, par Direct Energy en faveur d'EnerCare, d'un accord de non-concurrence et de non-sollicitation qui empêchait Direct Energy de réintégrer, pendant une période de huit ans, le marché des chauffe-eau résidentiels en Ontario.

[8] À la date de réalisation de l'opération, la date du début de l'audience portant sur les allégations d'abus de position dominante avait déjà été fixée au 2 mars 2015.

## **II. LES REQUÊTES**

[9] Le 29 octobre 2014, le commissaire a déposé un avis de requête dans lequel il demandait au Tribunal de rendre une décision préliminaire sur des points de droit. Direct Energy a ensuite déposé un avis de requête en vue d'obtenir une ordonnance rejetant, par procédure sommaire, la demande du commissaire.

[10] S'agissant de la décision de Direct Energy de se retirer du marché, le commissaire demande au Tribunal de dire s'il est habilité à rendre contre Direct Energy les ordonnances visées à l'alinéa 79(1)a) et au paragraphe 79(3.3) de la *Loi sur la concurrence*.

[11] Selon Direct Energy, il y a lieu de répondre à ces questions par la négative. Elle fait aussi valoir dans sa requête que le Tribunal devrait rejeter, par procédure sommaire, la demande fondée sur l'article 79, au motif qu'il n'y a pas lieu de la juger puisque plus rien ne démontre qu'elle est véritablement fondée. Direct Energy affirme que selon l'article 79, le Tribunal doit conclure à l'existence de l'abus de position dominante en même temps qu'il rend sa décision. Vu que Direct Energy s'est retirée du marché, le Tribunal ne peut plus tirer cette conclusion et, partant, rendre une ordonnance.

[12] Les requêtes ont été instruites ensemble le 18 décembre 2014.

### III. L'ANALYSE

[13] Les requêtes exigent que le Tribunal interprète l'article 79 de la Loi. La première partie de la présente analyse porte sur l'interprétation de cette disposition. La deuxième partie des présents motifs consistera à examiner les questions soulevées dans le cadre des requêtes déposées par le commissaire et par Direct Energy, tout en tenant compte de l'exposé conjoint des faits.

#### A. L'interprétation de l'article 79

[14] Le paragraphe 79(1) dispose :

**79.** (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

**79.** (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti- competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

[Non souligné dans l'original]

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

[emphasis added]

**[15]** Le texte complet de l'article 79 est reproduit à l'annexe A.

**[16]** Selon Direct Energy, l'alinéa 79(1)*a*) est délibérément écrit au présent, ce qui signifie que l'abus de position dominante doit être établi [TRADUCTION] « à la date où le Tribunal rend une décision ou le plus près possible de cette date ». À l'appui de son argument, Direct Energy souligne que des temps différents sont employés au paragraphe 79(1); l'alinéa *a*) est formulé au présent, l'alinéa *b*) est formulé au passé et au présent, et l'alinéa *c*) est formulé au passé, au présent et au futur. Direct Energy ajoute que les alinéas de la version anglaise de la disposition emploient les mêmes temps de verbe.

**[17]** Direct Energy soutient aussi que l'article 79 est conçu de manière prospective et qu'il vise uniquement les personnes qui sont [TRADUCTION] « actuellement en position dominante ». À son avis, toute ordonnance prononcée contre elle alors qu'elle n'est plus présente sur le marché aurait un objet strictement punitif.

**[18]** Selon l'interprétation proposée par Direct Energy, quand une société en position dominante se retire du marché pertinent, que ce soit avant ou pendant l'instance devant le Tribunal, la pratique anti-concurrentielle en cause et ses effets anti-concurrentiels échappent à la portée de l'article 79. L'avocat de Direct Energy a fait valoir que cela vaudrait tout autant si le retrait du marché n'était [TRADUCTION] « qu'un subterfuge pour échapper aux conséquences de la demande ».

**[19]** Le commissaire soutient en réponse que, selon l'alinéa 79(1)*a*), l'entreprise concernée doit posséder une puissance commerciale au moment où elle se livre au comportement qui lui est reproché ou, à tout le moins, au moment où le commissaire présente sa demande. Il soutient

que la thèse de Direct Energy conduit à des résultats absurdes et réduirait à néant le régime conçu par le législateur pour l'application et l'exécution de la *Loi sur la concurrence*.

### *Les grands principes d'interprétation*

[20] Selon la méthode moderne d'interprétation des lois, les termes de l'article 79 doivent être lus dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> édition (Markham : LexisNexis, 2014), à la p. 7; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 RCS 27, au para 21).

[21] Selon l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21, tout texte est censé apporter une solution de droit et « s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». Dans le contexte de la présente affaire, l'article 10 de la *Loi d'interprétation* est particulièrement important :

**10.** La règle de droit a vocation permanente; exprimée dans un texte au présent intemporel, elle s'applique à la situation du moment de façon que le texte produise ses effets selon son esprit, son sens et son objet.

**10.** The law shall be considered as always speaking, and where a matter or thing is expressed in the present tense, it shall be applied to the circumstances as they arise, so that effect may be given to the enactment according to its true spirit, intent and meaning.

[22] Me fondant sur la méthode moderne d'interprétation des lois, j'examinerai maintenant le texte de la disposition.

#### *1. Le texte de l'article 79*

[23] Si on lit l'alinéa 79(1)a) en suivant le sens ordinaire et grammatical de ses termes, cette disposition prévoit que le Tribunal « conclut [qu'] » une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions. À première vue, cela pourrait vouloir dire que ce contrôle doit exister à la date où le Tribunal tire sa conclusion. Cependant, comme il a été expliqué ci-dessus, la méthode moderne d'interprétation des lois oblige à prendre en considération l'esprit de la loi, l'objet de la

loi et la volonté du législateur, de même que le contexte global de la disposition en cause. Autrement dit, bien que l'exercice d'interprétation ne doive pas négliger les termes précis du texte, cet exercice ne se fait pas isolément.

[24] Qui plus est, l'article 10 de la *Loi d'interprétation* indique que, dans un texte au présent intemporel, la règle de droit s'applique à la situation du moment de façon que le texte produise ses effets selon son esprit, son sens et son objet.

[25] Je passe maintenant à l'objet et à l'esprit de la Loi.

## 2. *L'objet et l'esprit de la Loi sur la concurrence*

[26] L'objet de la *Loi sur la concurrence* est énoncé à l'article 1.1 :

**1.1** La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

**1.1** The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

[27] Cette déclaration d'objet précise que la concurrence n'est pas une fin en soi. Le texte vise à protéger le processus concurrentiel et, si la concurrence est souhaitée, c'est à cause de ses effets salutaires sur l'économie canadienne. L'article 79 doit être interprété à la lumière des objets de la Loi. Il figure dans la partie VIII de la Loi, qui traite des affaires que le Tribunal de la concurrence peut examiner. Les matières dont traite la partie VIII ne sont pas illégales en soi. Il s'agit plutôt de pratiques qui peuvent avoir des effets anti-concurrentiels sur l'économie canadienne et sur les consommateurs canadiens, comme l'abus de position dominante. Elles peuvent être examinées par le Tribunal et doivent être instruites par une formation de juges et d'autres membres (voir l'article 10 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, LRC 1985, c 19

(2<sup>e</sup> suppl.)). Comme ces matières nécessiteront l'analyse de questions complexes, la formation chargée d'instruire la demande au fond comprendra habituellement un non-juriste ayant des connaissances en économie.

### 3. *La volonté du législateur*

[28] L'article 79 a remplacé l'infraction criminelle, largement inefficace, de « monopolisation », inscrite dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1985, ch. C-23. Le mot « monopole » était défini comme une situation « dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent, pour une grande part ou complètement, dans tout le Canada ou quelqu'une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle se livrent ces personnes, et ont exploité ou semblent devoir exploiter cette entreprise au détriment ou à l'encontre de l'intérêt public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes... » (voir l'article 2 de la *Loi sur les enquêtes relatives aux coalitions*). Selon l'article 33 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, toute personne qui était partie à la formation d'un monopole, ou y contribuait, était coupable d'un acte criminel.

[29] La nécessité d'une preuve hors de tout doute raisonnable, l'accent mis sur la notion ambiguë du « détriment de l'intérêt public » par opposition à un comportement anti-concurrentiel, de pair avec le fait qu'il n'y avait rien d'intrinsèquement criminel dans la poursuite ou le maintien d'un monopole, tout cela se combinait pour rendre la disposition particulièrement inefficace comme moyen de corriger les comportements anti-concurrentiels sur le marché.

[30] Le 7 avril 1986, lors de la seconde lecture du projet de loi qui établissait la disposition sur l'abus de position dominante (projet de loi C-91 : *Loi constituant le Tribunal de la concurrence, modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1<sup>re</sup> session, 33<sup>e</sup> législature), le ministre de la Consommation et des Corporations a décrit ainsi la situation :

Nous proposons également d'abroger les dispositions actuelles du droit pénal relatives aux monopoles et de les remplacer par des dispositions du droit civil sur les abus de pouvoir des entreprises [...]

Dans son libellé actuel, la loi traite uniquement des abus de pouvoir les plus flagrants et les plus graves de la part des entreprises. Même avec des paramètres aussi stricts, elle ne fonctionne pas bien. Pourtant c'est un domaine dans lequel la législation sur la concurrence doit être particulièrement efficace.

Néanmoins, cette législation doit tenir compte explicitement du fait que dans une petite économie ouverte comme la nôtre, il peut fort bien arriver que certaines entreprises réussissent à dominer le marché. La législation doit permettre à celles qui s'en tirent le mieux de continuer à prospérer. Le problème, c'est qu'une entreprise dominante abuse parfois de ses pouvoirs et a recours à des pratiques qui empêchent ou freinent une juste et saine concurrence. Les petites entreprises, qui fournissent tellement d'emplois au Canada, sont particulièrement vulnérables à ce genre de comportement.

[31] Dans la décision *Canada (Loi sur la concurrence, Directeur des enquêtes et recherches) c The D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 CPR (3d) 216, au para 222, le Tribunal s'est fondé sur des documents extrinsèques, notamment celui intitulé « Réforme de la législation sur la concurrence—Guide », pour résumer l'objet de l'article 79 :

Lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions législatives, il importe de tenir compte de l'intention du législateur. Quel est alors l'objet des articles 78 et 79 de la Loi? Nul ne conteste, notamment dans la présente affaire, que ces dispositions visent à réprimer les abus commis par des entreprises dominantes. Le guide explicatif établi par le gouvernement résume bien le rôle de cette disposition :

Le comportement anticoncurrentiel d'entreprises dominantes impose des limites artificielles à la concurrence et nuit ainsi à la répartition efficace des ressources sur le marché. Dans un contexte économique sain et dynamique, les biens et services sont fournis par les entreprises qui peuvent les produire le plus efficacement et s'adapter aux fluctuations perpétuelles de la demande sur le marché. La disposition proposée sur l'abus de position dominante agira de manière à ce que les entreprises dominantes concurrencent leurs rivales au niveau de l'efficacité et non en abusant de leur position de force sur le marché. La disposition est très importante pour la protection des consommateurs, des nouveaux venus sur le marché et, en particulier, des petites entreprises (Consommation et Corporations Canada, Réforme de la législation sur la concurrence — Guide, Approvisionnements et Services Canada, décembre 1985 à la p. 24.)

[Non souligné dans l'original.]

[32] Une comparaison entre l'ancienne disposition sur le monopole et la disposition sur l'abus de position dominante montre que l'alinéa 79(1)a) ressemble à l'ancienne définition de « monopole » :

Article 2 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

« monopole » signifie une situation dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent, pour une grande part ou complètement, dans tout le Canada ou quelque'une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle se livrent ces personnes, et ont exploité ou semblent devoir exploiter cette entreprise au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes, mais une situation n'est pas réputée un monopole selon la présente définition du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets* ou de toute autre loi du Parlement du Canada.

[Non souligné dans l'original.]

Alinéa 79(1)a) de la Loi sur la concurrence

Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

[33] Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'est pas inhabituel que des définitions soient formulées au temps présent.

[34] L'article 79 protège donc le processus concurrentiel. Lorsqu'une société en position dominante entrave ce processus par un comportement anti-concurrentiel, entraînant de ce fait un empêchement ou une diminution sensibles de la concurrence sur un marché, le commissaire peut présenter une demande au Tribunal.

[35] Dans ses observations, Direct Energy a mis en relief plusieurs faits qui sont propres à la présente affaire, comme l'Accord de non-concurrence — un accord contraignant— qui lui interdit, pendant une période de huit ans, de réintégrer le marché résidentiel de la location des chauffe-eau en Ontario. Toutefois, le contexte factuel de la présente affaire ne sauraient dicter la

manière d'interpréter l'article 79 : ce n'est que quand le Tribunal aura interprété l'alinéa 79(1)a qu'il pourra alors se demander si, en l'espèce, il y a lieu de rendre une ordonnance contre Direct Energy (voir par exemple l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada ltée*, 2006 CAF 233). Autrement dit, l'Accord de non-concurrence n'a aucune incidence sur la manière d'interpréter l'article 79.

[36] En l'espèce, l'interprétation proposée par Direct Energy va à l'encontre de l'esprit et de l'économie de la *Loi sur la concurrence*. L'interprétation que donne Direct Energy de l'article 79 protégerait les sociétés en position dominante qui se sont livrées à un comportement anti-concurrentiel. Une société qui a sensiblement diminué ou empêché la concurrence sur le marché pendant plusieurs années pourrait vendre son entreprise à une autre société et ainsi d'échapper à l'application de l'article 79. On peut supposer que, dans certains cas, le comportement anti-concurrentiel de la société aura pu faire croître ses bénéfices et, par ricochet, influencer sur la valeur de l'entreprise vendue ou sur le prix d'acquisition. C'est ce qui se produirait vraisemblablement si la société acquéreuse espérait elle aussi échapper à un examen au titre de l'article 79 en vendant l'entreprise concernée avant que le Tribunal rende une ordonnance réparatrice. La position dominante pourrait être perpétuée par une série de dessaisissements.

[37] Il est important de comprendre les conséquences de la position de Direct Energy. Une partie à une instance introduite devant le Tribunal pourrait continuer de se livrer à des pratiques anti-concurrentielles au cours des procédures préparatoires, lesquelles, en matière de concurrence, peuvent être longues, puis, la veille de l'audience, se retirer du marché, ce qui rendrait ainsi caduque la demande du commissaire. Selon l'interprétation de Direct Energy, une société pourrait même se retirer du marché après l'audience et pendant que le Tribunal met sa décision en délibéré. Le Tribunal ne dit pas que Direct Energy s'est retirée du marché pour des motifs irréguliers, mais il ne saurait ignorer les conséquences d'une telle interprétation.

[38] Ce n'est certes pas ce que le législateur a voulu. Cette interprétation ne concorde pas avec les buts de la *Loi sur la concurrence* et ceux de l'article 79, évoqués plus tôt. Le comportement anti-concurrentiel a peut-être dissuadé d'autres entités d'entrer sur le marché, risquant ainsi d'enraciner ou d'intensifier les distorsions sur le marché qui entraînent une répartition inefficace des ressources et, pour les consommateurs, des prix supraconcurrentiels. Il

est possible aussi que les effets néfastes sur la concurrence au sein du marché continuent de se faire sentir pendant une période indéterminée après le retrait de la société en position dominante. Tout cela est précisément ce que l'article 79, et la *Loi sur la concurrence*, visent à prévenir. Direct Energy n'a proposé aucun motif raisonnable pour lequel le législateur aurait voulu soustraire de telles sociétés à la portée de l'article 79, ou créer une exception.

[39] À mon avis, rien dans la genèse de la *Loi sur la concurrence* ou dans l'article 79 lui-même n'indique que le législateur envisageait d'autres conséquences pour le comportement concurrentiel d'une société en position dominante, selon qu'elle reste sur le marché ou s'en retire — volontairement ou non. L'interprétation préconisée par Direct Energy rétrécirait considérablement le champ de l'article 79 — en violation des principes énoncés dans la *Loi d'interprétation*, et en violation de l'esprit et de l'objet de la Loi et de l'article 79. Dans l'arrêt *Commissaire de la concurrence c Toronto Real Estate Board*, 2014 CAF 29, autorisation d'appel devant la CSC refusée, 35799 (le 24 juillet 2014), la juge Sharlow, de la Cour d'appel fédérale, a bien expliqué qu'on ne saurait introduire par interprétation, dans l'article 79, des termes restrictifs qui seraient de nature à en réduire la portée.

[40] Appliquant la méthode moderne d'interprétation des lois, ainsi que les articles 10 et 12 de la *Loi d'interprétation*, je suis d'avis que, quand l'alinéa 79(1)a) emploie le présent, cela signifie simplement que, *au moment où la personne se livre à des agissements censément anti-concurrentiels*, elle doit se trouver dans une position dominante sur le marché. L'alinéa a) ne décrit la personne que pour les besoins de la disposition : on pourrait donc le comparer à un alinéa qui donne une définition. Cette interprétation est appuyée par le renvoi, dans l'alinéa b), à « cette personne » ou « ces personnes » — paires de mots qui renvoient à l'alinéa a).

[41] Ce raisonnement est semblable à celui qu'a adopté la Cour du banc de la Reine de l'Alberta dans le jugement *R. c Cross*, 2006 ABQB 682. Dans ce jugement, le juge Slatter a estimé que les mots « qui conduit », à l'article 254 du *Code criminel*, devaient être interprétés comme signifiant [TRADUCTION] « conduisait pendant la période pertinente ». Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé en particulier sur l'article 10 de la *Loi d'interprétation*. Dans la décision *Re Genentech Canada Inc.* (1992), 44 CPR (3d) 316, une instance introduite devant le Conseil canadien d'examen du prix des médicaments brevetés, les entreprises visées, qui avaient

reçu du Conseil un avis d'audience visant à déterminer si leur médicament breveté avait été vendu au Canada à prix excessifs, avaient cédé les brevets au public et soutenu qu'il fallait donc abandonner l'instance. Le Conseil, estimant que l'argument des entreprises visées était contraire à la volonté du législateur, a jugé que la date à retenir pour dire si un médicament breveté est vendu au Canada à un prix excessif était [TRADUCTION] « une date qui n'est pas postérieure à la date de signification de l'avis d'audience » (au para 39).

[42] En outre, l'article 79 est l'une des rares dispositions de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* qui prévoient un délai de prescription. Le paragraphe 79(6) précise qu'une demande ne peut pas être présentée si la pratique d'agissements anti-concurrentiels en question a cessé depuis plus de trois ans. Une comparaison peut être faite entre le cas où une société dominante s'est retirée du marché et celui où elle a mis fin à sa pratique d'agissements anti-concurrentiels. Dans les deux cas, le législateur a donné au commissaire un délai de trois ans pour déposer une demande visant à corriger les conséquences du comportement anti-concurrentiel et pour obtenir des ordonnances prévoyant par exemple l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire afin de veiller au respect des règles.

[43] Cela ne veut pas dire qu'une ordonnance sera rendue systématiquement — des considérations liées à la preuve pourront mener, quant au fond, à une issue ou à une ordonnance différente. Néanmoins, le commissaire de la concurrence, qui est chargé de l'application de la *Loi sur la concurrence* et qui bénéficie de la présomption selon laquelle il agit de bonne foi et dans l'intérêt public lorsqu'il prend des mesures en vertu de la Loi (*Commissaire de la concurrence c Pearson Canada Inc.*, 2014 CF 376, au para 43), peut présenter une demande.

[44] Certes, Direct Energy se fonde sur l'adage *expressio unius est exclusio alterius*, aussi connue sous le vocable d'« argument *a contrario* », mais la professeure Sullivan observe que l'autorité de cet adage dépend d'une série de facteurs contextuels et de considérations concurrentes (Sullivan, à la page 257). Le professeur Côté estime pour sa part que cet adage est « l'un des arguments interprétatifs les plus sujets à caution » et qu'il a souvent été tenu pour « un instrument peu fiable » (Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> édition (Cowansville, Yvon Blais, 1990) à la p. 316).

[45] En l'espèce, j'accorde très peu de poids à cette maxime latine.

[46] Direct Energy affirme aussi que, dans des décisions antérieures du Tribunal portant sur des faits d'abus de position dominante, le Tribunal a retenu, pour l'analyse de l'abus de position dominante, la preuve de l'abus telle qu'elle existait à la date de l'audience. Je suis d'accord avec le commissaire pour dire que ces décisions n'autorisent aucune conclusion ni aucune déduction utile. Les entreprises concernées dans ces décisions ne s'étaient pas retirées du marché.

[47] J'examinerai maintenant les questions suivantes : le Tribunal peut-il rendre une ordonnance contre Direct Energy en vertu de l'alinéa 79(1)a) et du paragraphe 79(3.3) de la *Loi sur la concurrence*, et la demande devrait-elle être rejetée sommairement?

## **B. La délivrance d'une ordonnance contre Direct Energy**

*1. Le Tribunal peut-il rendre une ordonnance contre Direct Energy en vertu de l'alinéa 79(1)a) de la Loi sur la concurrence?*

[48] Direct Energy soutient que le Tribunal ne peut rendre une ordonnance qui n'offre aucune perspective réaliste de corriger le comportement visé. Cet argument préjuge notablement de la preuve qui pourrait être entendue sur ce point. Certes, au vu des faits soumis au Tribunal, notamment le fait que Direct Energy a repris le comportement anti-concurrentiel qui lui est reproché dès l'expiration de l'ordonnance par consentement, on pourrait soutenir que l'Accord de non-concurrence n'offre pas une garantie suffisante contre un retour sur le marché de Direct Energy et une possible récidive. Les arguments sur ce point, avancés de part et d'autre, ne devraient pas être exclus d'emblée. Il est nécessaire d'évaluer l'effet de l'accord à la lumière de ses termes et de la dynamique actuelle du marché.

*2. Le Tribunal peut-il rendre une ordonnance contre Direct Energy aux termes du paragraphe 79(3.3) de la Loi sur la concurrence?*

[49] Les paragraphes 79(1) à (3.3) disposent :

**79.** (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

**79.** (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

(3) In making an order under subsection (2), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the

personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

(3.1) S'il rend une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2), le Tribunal peut aussi ordonner à la personne visée de payer, selon les modalités qu'il peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale de 10 000 000 \$ et, pour toute ordonnance subséquente rendue en vertu de l'un de ces paragraphes, de 15 000 000 \$.

(3.2) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire, il est tenu compte des éléments suivants :

- a) l'effet sur la concurrence dans le marché pertinent;
- b) le revenu brut provenant des ventes sur lesquelles la pratique a eu une incidence;
- c) les bénéfices réels ou prévus sur lesquels la pratique a eu une incidence;
- d) la situation financière de la personne visée par l'ordonnance;
- e) le comportement antérieur de la personne visée par l'ordonnance en ce qui a trait au respect de la présente loi;
- f) tout autre élément pertinent.

(3.3) La sanction prévue au paragraphe (3.1) vise à encourager la personne visée par l'ordonnance à adopter des pratiques compatibles avec les objectifs du présent article et non pas à la punir.

[Non souligné dans l'original]

order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.

(3.1) If the Tribunal makes an order against a person under subsection (1) or (2), it may also order them to pay, in any manner that the Tribunal specifies, an administrative monetary penalty in an amount not exceeding \$10,000,000 and, for each subsequent order under either of those subsections, an amount not exceeding \$15,000,000.

(3.2) In determining the amount of an administrative monetary penalty, the Tribunal shall take into account any evidence of the following:

- (a) the effect on competition in the relevant market;
- (b) the gross revenue from sales affected by the practice;
- (c) any actual or anticipated profits affected by the practice;
- (d) the financial position of the person against whom the order is made;
- (e) the history of compliance with this Act by the person against whom the order is made; and
- (f) any other relevant factor.

(3.3) The purpose of an order made against a person under subsection (3.1) is to promote practices by that person that are in conformity with the purposes of this section and not to punish that person.

[emphasis added]

[50] Direct Energy soutient que le Tribunal ne peut pas infliger une sanction administrative pécuniaire en vertu du paragraphe 79(3.1) parce qu'il ne peut pas rendre une ordonnance selon l'un ou l'autre des paragraphes (1) et (2).

[51] Au paragraphe 51 de sa demande, le commissaire sollicite diverses mesures. Dans son mémoire en réplique, il affirme qu'il est fondé à solliciter une ordonnance [TRADUCTION] « à l'audience finale pour empêcher Direct Energy [...] de revenir sur le marché pertinent et de se livrer à des agissements anti-concurrentiels ».

[52] Comme je suis arrivé à la conclusion qu'une ordonnance peut être rendue en vertu du paragraphe 79(1), le Tribunal peut aussi le faire en vertu du paragraphe 79(3.3). Quant à savoir si c'est ce qu'il fera, cela dépendra de la preuve produite, notamment la preuve d'effets anti-concurrentiels persistants ou existants, et des arguments invoqués à l'audience finale.

#### *La requête en procédure sommaire déposée par Direct Energy*

[53] Aux termes du paragraphe 9(4) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, le juge saisi de la requête peut rejeter la demande, en totalité ou en partie, s'il est convaincu qu'elle n'est pas véritablement fondée. Dans la décision *United Grain Growers Limited c. Commissaire de la concurrence*, 2006 Trib. conc. 25, le Tribunal a conclu que les requêtes en procédure sommaire sont analogues aux requêtes en jugement sommaire dont il est question dans les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

[54] Selon Direct Energy, l'exposé conjoint des faits précise que l'entreprise n'exerce plus l'activité de location de chauffe-eau résidentiels en Ontario et que, selon l'Accord de non-concurrence, elle est [TRADUCTION] « empêchée, à toutes fins utiles, de réintégrer le marché de location de chauffe-eau résidentiels en Ontario pendant une période de huit ans, à compter du 20 octobre 2014 ». Elle ajoute que, si le Tribunal rendait une ordonnance l'obligeant à payer une sanction administrative pécuniaire, une telle ordonnance serait à l'évidence purement punitive puisqu'elle s'est déjà retirée du marché et qu'elle est empêchée d'y revenir pendant une période de huit ans. Selon Direct Energy, la demande n'est pas véritablement fondée.

[55] D'après le commissaire, il est possible que l'Accord de non-concurrence conclu par Direct Energy soit modifié, et il est possible aussi que Direct Energy décide de racheter, dans un délai d'un an, l'entreprise vendue à EnerCare. Direct Energy rétorque que, selon l'exposé conjoint des faits, il lui est interdit de réintégrer le marché pendant huit ans.

[56] Ayant conclu qu'une ordonnance peut être rendue en vertu des paragraphes 79(1) et (2), j'estime que Direct Energy n'a pas établi que la demande du commissaire doit être rejetée.

[57] S'agissant de la sanction administrative pécuniaire, le fait que l'entreprise en position dominante s'est retirée du marché ne donne pas forcément un caractère punitif à l'imposition d'une sanction administrative pécuniaire dans tous les cas. Cela dépendra des faits, et les facteurs que le Tribunal doit prendre en compte pour établir le montant de la sanction sont énumérés au paragraphe 79(3.2). L'effet de la pratique anti-concurrentielle sera l'un des facteurs que le Tribunal prendra en compte s'il conclut que Direct Energy s'est livrée à un abus de position dominante. D'autres facteurs que le Tribunal doit prendre en compte sont le comportement antérieur de Direct Energy quant au respect de la Loi, le revenu brut tiré des ventes sur lesquelles la pratique a eu une incidence et la situation financière de Direct Energy.

[58] Deux hypothèses sous-tendent l'argument de Direct Energy au sujet de la sanction administrative pécuniaire, et aucune des deux n'est démontrée. Elle tient pour acquis que, du seul fait qu'une société a quitté le marché, toute ordonnance rendue contre elle est forcément punitive. Ce n'est pas nécessairement le cas — une sanction administrative pécuniaire peut être de nature réparatrice, et la question de savoir si c'est le cas dépendra de la preuve soumise au Tribunal.

[59] La seconde hypothèse a trait à l'effet de l'Accord de non-concurrence. Direct Energy tient pour acquis que cet élément est concluant. Il pourrait ne pas suffire pour autoriser le Tribunal à conclure que Direct Energy ne reviendra pas en réalité sur le marché pertinent au cours des huit prochaines années. Par exemple, l'accord pourrait être modifié, ou Direct Energy pourrait quand même réintégrer le marché et s'exposer aux conséquences d'une violation de l'accord. Subsidiairement, Direct Energy pourrait simplement acquérir EnerCare, rendant ainsi caduc l'Accord de non-concurrence, ou elle pourrait racheter l'entreprise de location de chauffe-

eau auprès d'EnerCare. D'ailleurs, bien qu'un accord de non-concurrence empêche Direct Energy d'entrer sur le marché en tant que concurrent d'EnerCare, il n'empêche pas cette dernière de vendre l'entreprise à bon prix à un acquéreur, dont Direct Energy. Bref, il convient de faire une distinction entre la description de l'effet souhaité d'un accord et ce que les parties à cet accord pourraient faire en réalité.

[60] Pour les motifs qui précèdent, j'arrive aussi à la conclusion que l'affaire n'a pas un caractère théorique et que la décision relative à la demande du commissaire aura pour effet de résoudre un litige qui a des conséquences sur les droits des parties (*Borowski c Canada (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 342).

**POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :**

[61] La requête de Direct Energy en procédure sommaire est rejetée.

[62] La réponse aux deux questions soulevées dans la requête du commissaire est affirmative.

[63] Les dépens sont adjugés au commissaire pour les deux requêtes.

FAIT à Ottawa, ce 26<sup>e</sup> jour de mars 2015.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Donald J. Rennie

**[64] ANNEXE A — ARTICLE 79**

**79.** (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

*a)* une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

*b)* cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

*c)* la pratique *a*, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment,

**79.** (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

(3.1) S'il rend une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2), le Tribunal peut aussi ordonner à la personne visée de payer, selon les modalités qu'il peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale de 10 000 000 \$ et, pour toute ordonnance subséquente rendue en vertu de l'un de ces paragraphes, de 15 000 000 \$.

(3.2) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire, il est tenu compte des éléments suivants :

- a) l'effet sur la concurrence dans le marché pertinent;
- b) le revenu brut provenant des ventes sur lesquelles la pratique a eu une incidence;
- c) les bénéfices réels ou prévus sur lesquels la pratique a eu une incidence;
- d) la situation financière de la personne visée par l'ordonnance;
- e) le comportement antérieur de la personne visée par l'ordonnance en ce qui a trait au respect de la présente loi;
- f) tout autre élément pertinent.

(3.3) La sanction prévue au paragraphe (3.1) vise à encourager la personne visée par l'ordonnance à adopter des pratiques

(3) In making an order under subsection (2), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.

(3.1) If the Tribunal makes an order against a person under subsection (1) or (2), it may also order them to pay, in any manner that the Tribunal specifies, an administrative monetary penalty in an amount not exceeding \$10,000,000 and, for each subsequent order under either of those subsections, an amount not exceeding \$15,000,000.

(3.2) In determining the amount of an administrative monetary penalty, the Tribunal shall take into account any evidence of the following:

- (a) the effect on competition in the relevant market;
- (b) the gross revenue from sales affected by the practice;
- (c) any actual or anticipated profits affected by the practice;
- (d) the financial position of the person against whom the order is made;
- (e) the history of compliance with this Act by the person against whom the order is made; and
- (f) any other relevant factor.

(3.3) The purpose of an order made against a person under subsection (3.1) is to promote practices by that person that

compatibles avec les objectifs du présent article et non pas à la punir.

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la Loi sur les brevets, de la Loi sur les dessins industriels, de la Loi sur le droit d'auteur, de la Loi sur les marques de commerce, de la Loi sur les topographies de circuits intégrés ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

(7) Aucune demande à l'endroit d'une personne ne peut être présentée au titre du présent article si les faits au soutien de la demande sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux qui ont été allégués au soutien :

a) d'une procédure engagée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 45 ou 49;

b) d'une ordonnance demandée par le commissaire à l'endroit de cette

are in conformity with the purposes of this section and not to punish that person.

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.

(5) For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the Copyright Act, Industrial Design Act, Integrated Circuit Topography Act, Patent Act, Trade-marks Act or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act.

(6) No application may be made under this section in respect of a practice of anti-competitive acts more than three years after the practice has ceased.

(7) No application may be made under this section against a person on the basis of facts that are the same or substantially the same as the facts on the basis of which

(a) proceedings have been commenced against that person under section 45 or 49; or

(b) an order against that person is sought by the Commissioner under section 76, 90.1 or 92.

personne en vertu des articles 76, 90.1  
ou 92.

## **COMPARUTIONS**

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

Jonathan Hood  
Antonio Di Domenico

Pour la défenderesse :

Direct Energy Marketing Limited

Donald B. Houston  
Julie Parra