

Concurrence, antitrust et investissement étranger

D É C E M B R E 2 0 1 2

Éviter les ententes anticoncurrentielles dans le recrutement du personnel : la poursuite du département de la Justice des États Unis contre eBay et son incidence sur le contexte canadien

par
Subrata Bhattacharjee
Adam S. Goodman

En 2010, le gouvernement du Canada a modifié la *Loi sur la concurrence*¹, faisant des complots anticoncurrentiels entre concurrents ou concurrents éventuels une infraction criminelle en soi ne nécessitant pas la preuve d'une incidence négative sur la concurrence². Ainsi, l'approche du Canada en matière de lutte contre les cartels qui exigeaient auparavant la preuve d'une diminution « induite » de la concurrence était en grande partie harmonisée avec la pratique américaine. La loi antitrust américaine a longtemps traité la fixation des prix, le trucage des offres, l'attribution des clients et des territoires et la restriction de la production comme une norme en soi.

Compte tenu de cette harmonisation réglementaire relativement récente, il n'est pas étonnant que des entreprises exerçant des activités et ou faisant de la vente au Canada s'en remettent à la pratique américaine en matière de lutte contre les ententes afin d'éviter les arrangements relatifs à la fixation des prix et à la distribution qui pourraient poser problème. Il convient également de noter que la nouvelle loi relative aux cartels au Canada pourrait avoir des conséquences importantes sur les arrangements avec des concurrents dans d'autres domaines, y compris les pratiques de recrutement du personnel. À cet égard, les cadres supérieurs, les services de ressources humaines et les services juridiques des entreprises ayant des activités au Canada doivent se montrer prudents suite à la récente plainte du département de la Justice des États Unis visant une prétendue entente d'interdiction de sollicitation et de recrutement entre eBay, Inc. (« **eBay** ») et Intuit, Inc. (« **Intuit** »). Cette plainte américaine met en relief une conduite qui pourrait mener à la mise en application d'importantes mesures criminelles et civiles au Canada³.

¹L.R.C. 1985, c. C-34.

²Plus particulièrement, l'article 45(1) de la *Loi sur la concurrence* contient l'infraction suivante : « Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, conclut un accord ou un arrangement :

- a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;
- b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;
- c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit. »

³Les peines maximales pour une infraction à l'article 45(1) sont énoncées à l'article 45(2) : « Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de quatorze ans et une amende maximale de 25 000 000 \$, ou l'une de ces peines. »

LA CONTESTATION DU DÉPARTEMENT DE LA JUSTICE DES ÉTATS UNIS À L'ENDROIT D'EBAY

Le 16 novembre 2012, le département de la Justice des États Unis a déposé une plainte⁴ devant l'US District Court du district nord de Californie à San Jose alléguant qu'eBay et Intuit ont conclu une entente illégale visant à s'empêcher de recruter ou d'embaucher leurs employés respectifs. Selon la plainte, l'entente visant à interdire la sollicitation et l'embauche constitue en soi une violation de l'article 1 du *Sherman Act*⁵ et a l'incidence anticoncurrentielle de nuire aux employés malgré tout en « abaissant les salaires et les avantages sociaux qu'ils auraient pu autrement exiger, et en privant ces mêmes employés de meilleures possibilités d'emploi à l'autre société ».

Selon le département de la Justice des États Unis, la prétendue entente a été conclue sur une simple poignée de main au plus tard en 2006. Selon les modalités de la prétendue entente, il était interdit à chaque partie de solliciter les employés de l'autre aux fins de leur offrir des possibilités d'emploi et il était interdit à eBay d'embaucher quelque employé que ce soit d'Intuit pour une période de plus d'un an.

Selon la plainte, la prétendue entente a fait suite à des communications entre des membres de la haute direction des deux sociétés. Le département de la Justice des États Unis a allégué que le directeur de l'exploitation d'eBay a écrit au fondateur et président du comité de direction d'Intuit afin de lui demander la permission d'embaucher un employé d'Intuit et de lui suggérer que les deux sociétés « établissent des lignes directrices » sur la question. La plainte met en lumière le fait que le fondateur d'Intuit était un membre du conseil d'administration d'eBay et, en conséquence, il a pris le parti de priver les employés d'Intuit de « la possibilité de travailler pour eBay ». La plainte contient également des citations, sans doute tirées de courriels qui ont fait l'objet d'une saisie, provenant du personnel clé impliqué dans la mise en œuvre et le respect de l'entente présumée. Selon le département de la Justice des États Unis, la présumée entente a eu pour conséquence de faire en sorte que les deux sociétés n'ont pas retenu la candidature de candidats de talent, « privant ainsi les employés de la possibilité de concourir pour de meilleures perspectives d'emploi ».

Pour remédier à ce comportement répréhensible, le département de la Justice des États Unis a demandé au tribunal d'interdire à eBay de mettre en application l'entente présumée ou d'y adhérer. Il est intéressant de noter que la plainte déposée par le département de la Justice des États Unis est une poursuite civile. Aucune accusation criminelle, amende ou peine d'emprisonnement n'a été demandée.

Dans son communiqué de presse annonçant la poursuite à l'endroit d'eBay⁶, le département de la Justice des États Unis explique qu'il n'a pas eu à nommer Intuit à titre de défendeur parce qu'Intuit avait déjà participé à un règlement dans une affaire similaire qui avait été portée devant le département de la Justice des États Unis en 2010 visant six entreprises de haute technologie : Adobe Systems, Apple, Google, Intel, Intuit et Pixar. Les six sociétés impliquées dans l'affaire de 2010 ont conclu un règlement leur interdisant de participer à des ententes visant à limiter leur sollicitation et recrutement des employés des autres sociétés ou la concurrence pour les embaucher. Une deuxième poursuite a été intentée le département de la Justice des États Unis en 2010 à l'endroit de Lucasfilm pour avoir prétendument conclu une entente similaire avec Pixar. La poursuite à l'endroit de Lucasfilm a également fait l'objet d'un règlement aux termes d'une entente visant des interdictions analogues.

⁴Plainte, *United States of America v. eBay, Inc.*, (U.S. Dist. Ct., N.D. Cal., 2012), en ligne : <http://www.justice.gov/atr/cases/f288900/288918.pdf>

⁵15 U.S.C. §1.

⁶Communiqué de presse, United States Department of Justice, Antitrust Division, « [TRADUCTION] Le département de la Justice dépose une poursuite contre eBay Inc. au sujet d'une entente visant à ne pas embaucher d'employés d'Intuit Inc. » (16 novembre 2012), en ligne : http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/288865.pdf

RÉPERCUSSIONS

Pour des questions de conformité, les sociétés ayant des activités au Canada doivent garder à l'esprit que même un « engagement d'honneur » fondé sur une « poignée de main » avec un employeur concurrent visant à restreindre la possibilité pour une société de solliciter, d'embaucher ou autrement de livrer concurrence à l'autre pour obtenir des employés de talent peut faire l'objet d'une contestation en vertu de la loi sur la concurrence. Bien que le département de la Justice des États Unis intente dans ces cas des poursuites civiles, au Canada, de tels comportements comportent des risques de poursuites pénales, y compris le risque de lourdes amendes et peines d'emprisonnement pour les personnes visées. En plus du risque de poursuites pénales, un tel comportement pourrait faire l'objet de poursuites privées (y compris des recours collectifs) par les employés ou d'autres personnes qui ont subi des pertes ou des dommages en raison d'un comportement. Dès qu'un tel comportement est découvert, il est important de le porter à l'attention du conseiller juridique d'entreprise ou du conseiller juridique externe de la société dès que possible.

NOTRE PRATIQUE DE CONCURRENCE, ANTITRUST ET INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Reconnu comme l'un des chefs de file au Canada dans le domaine du droit de la concurrence par *Global Competition Review* GCR 100 et d'autres sondages auprès des pairs, le groupe de Concurrence, antitrust et investissement étranger de Heenan Blaikie fournit conseils et représentation aux clients canadiens et internationaux relativement à tous les aspects du droit de la concurrence, de l'investissement étranger et du droit réglementaire. Notre approche axée sur la défense des intérêts de nos clients nous distingue de nos concurrents. Notre pratique comprend l'autorisation préalable des fusions, **les dossiers litigieux en matière civile et criminelle** (dont les enquêtes sur les cartels et la défense contre les recours collectifs) et les **conseils sur la conformité** dans les domaines de la distribution, de la fixation des prix et du marketing et de la publicité. Nous offrons aussi des conseils en matière de **réglementation de l'investissement étranger** qui reposent sur une connaissance approfondie des marchés.

L'un des traits distinctifs de notre expertise est le fait que nos compétences sont reconnues et notre réputation est établie relativement aux questions de nature criminelle et quasi criminelle, y compris la défense de clients dans le cadre d'enquêtes criminelles et réglementaires. De plus, notre groupe se distingue en ce qu'il comprend des avocats qui ont occupé des postes importants au sein de l'administration fédérale canadienne et sur le plan international dans le domaine des politiques gouvernementales.

CONTACTS ▼



Subrata Bhattacharjee
Associé
sbhattach@heenan.ca
+1 416 643.6830 or 1 888 339.6336



Adam S. Goodman
Avocat
agoodman@heenan.ca
+1 416 643.6857 or 1 888 339.6336



Jon Smithen
Avocat
jsmithen@heenan.ca
+1 416 643.6918 or 1 888 339.6336



Leila Wright
Avocate
lwright@heenan.ca
+1 416 643.6902 or 1 888 339.6336



Gregory McLean
Avocat
gmclean@heenan.ca
+1 416 360.2894 or 1 888 339.6336

PROFIL DU CABINET

Heenan Blaikie est reconnu comme un des cabinets d'avocats les plus importants et les plus respectés au pays. Notre activité professionnelle s'articule autour de six pôles : le droit des affaires, le droit du travail et de l'emploi, le litige, la propriété intellectuelle, la fiscalité et le droit du divertissement. Nous offrons des conseils juridiques et des solutions d'affaires innovatrices à des clients d'un bout à l'autre du Canada et à l'étranger, depuis nos neuf bureaux situés au Québec, en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique, de même que notre bureau de Paris et notre bureau de représentation à Singapour.

Aujourd'hui, notre cabinet réunit plus de 575 avocats et professionnels, et continue de se développer. Nous cherchons constamment à développer une relation de partenariat avec nos clients et à mieux comprendre leurs préoccupations et leurs priorités. Nous adaptons sans cesse la gamme de nos services professionnels afin de répondre à leurs besoins.

Nous représentons une clientèle diversifiée, depuis les entreprises émergentes jusqu'aux plus grandes sociétés ouvertes, ainsi que des institutions publiques telles que des établissements de santé et services sociaux et d'enseignement et bon nombre d'entités gouvernementales. Nous comptons également parmi nos clients des sociétés étrangères cherchant à protéger leurs intérêts et à étendre leurs activités au pays.

Les textes publiés dans le bulletin *FI@sh* ne constituent pas un avis juridique et ne sauraient être interprétés comme créant un lien de droit entre le lecteur, les auteurs et l'éditeur. Leur contenu n'est pas exhaustif, ni à l'abri d'erreurs. Les avis et interprétations exprimés sont propres aux auteurs et n'engagent aucunement la responsabilité de Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., SRL.

© 2012, Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., SRL