

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

**VERSION PUBLIQUE
TRADUCTION OFFICIELLE**

Référence : *JAMP Pharma Corporation c Janssen Inc*, 2024 Trib conc 8

N° de dossier : CT-2024-006

N° de document du greffe : 89

DANS L’AFFAIRE de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, et ses modifications;

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande présentée par JAMP Pharma Corporation afin d’obtenir une ordonnance fondée sur l’article 103.1 de la *Loi sur la concurrence* lui permettant de présenter une demande en vertu de l’article 79 de cette même loi.

ENTRE :

JAMP Pharma Corporation
(demanderesse)

et

Janssen Inc.
(défenderesse)



Décision rendue sur le fondement du dossier.

En présence de : M. le juge Andrew D. Little (président)

Date de l’ordonnance : Le 20 novembre 2024

**MOTIFS DE L’ORDONNANCE ET ORDONNANCE REJETANT UNE DEMANDE DE
PERMISSION VISÉE À L’ARTICLE 103.1**

[1] La demanderesse, JAMP Pharma Corporation (« JAMP »), demande la permission, au titre de l'article 103.1 de la *Loi sur la concurrence* (« Loi »), d'introduire une demande contre Janssen Inc. (« Janssen ») fondée sur les dispositions relatives à l'abus de position dominante de la Loi.

[2] Pour les motifs qui suivent, la demande sera rejetée.

I. LA DEMANDE DE PERMISSION

[3] Par voie de demande déposée le 26 juillet 2024, JAMP a sollicité, conformément à l'article 103.1, la permission d'engager une procédure contre Janssen fondée sur l'article 79.

[4] En bref, JAMP qualifie Janssen de principal (et auparavant seul) fournisseur au Canada de médicaments biologiques qui contiennent de l'ustekinumab comme matière active et qui sont utilisés pour traiter certaines maladies inflammatoires auto-immunes. Le premier produit biologique de Janssen est connu sous le nom commercial de STELARA® (« STELARA »). JAMP prétend que Janssen a adopté et continue d'adopter une pratique d'agissements anticoncurrentiels destinés à empêcher ou à retarder l'entrée et l'expansion dans le marché de la fourniture de produits biologiques à base d'ustekinumab de JAMP et d'autres concurrents potentiels qui fournissent des produits « biosimilaires », c'est-à-dire des versions très semblables à des produits biologiques de marque. Selon JAMP, en adoptant ce comportement, Janssen a également diminué et continue de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché de la fourniture d'ustekinumab au Canada. Dans son avis de demande proposé, JAMP décrit les mesures correctives étendues qu'elle a l'intention de solliciter si elle obtient la permission demandée, y compris des ordonnances d'interdiction strictes et une importante sanction administrative pécuniaire.

[5] JAMP a joint quatre affidavits à la demande en l'espèce : l'affidavit d'Amélie Faubert, vice-présidente de JAMP responsable de sa division BioJAMP; l'affidavit de Sukhad Juneja, vice-président senior de JAMP, portfolio global et affaires scientifiques; l'affidavit de Genia Radeva, vice-présidente de JAMP, accès au marché; l'affidavit d'Emily Seaby, adjointe juridique chez Goodmans LLP, conseillers juridiques de JAMP. Elle a également déposé des observations écrites détaillées et une proposition d'avis de demande fondée sur l'article 79.

[6] Janssen s'est opposée à la demande de permission de JAMP. Par ordonnance datée du 22 août 2024, le Tribunal a accordé à Janssen la permission de présenter des éléments de preuve limités par affidavit en réponse : *JAMP Pharma Corporation c Janssen Inc*, 2024 Trib conc 4. Le 6 septembre 2024, l'entreprise a déposé un affidavit d'Andy Williams, son vice-président responsable des ventes et du marketing, ainsi que des observations écrites détaillées.

[7] Le Commissaire de la concurrence a présenté des observations écrites datées du 6 septembre 2024.

[8] JAMP a déposé un mémoire en réplique daté du 9 septembre 2024.

[9] Par lettre datée du 20 septembre 2024, Janssen a demandé l'autorisation de présenter un mémoire en contre-réplique et en a fourni une ébauche au Tribunal, où elle faisait valoir

que JAMP soulevait dans sa réplique de nouvelles allégations qui n’avaient pas été formulées dans son avis de demande ou dans son mémoire des faits et du droit et qui devaient être débattues. Les *Règles du Tribunal de la concurrence* ne prévoient pas le dépôt d’observations en contre-réplique dans le cas de demandes de permission. La demande de Janssen en vue de présenter une contre-réplique sera rejetée, à l’exception du paragraphe 15 de ses observations proposées, que le Tribunal a jugé utile. Il n’est pas nécessaire que Janssen dépose des observations contenant uniquement le paragraphe 15.

[10] Dans une lettre datée du 23 septembre 2024, JAMP a répondu à la lettre du 20 septembre 2024 de Janssen. Tout en laissant au Tribunal le soin de déterminer si la contre-réplique de Janssen était légalement admissible et justifiable, JAMP a formulé des observations limitées sur deux points qui y étaient soulevés. Comme il est impossible de déposer la contre-réplique, c’est le cas aussi de la réponse à cette contre-réplique.

II. LE CRITÈRE RELATIF À LA DEMANDE DE PERMISSION VISÉE AU PARAGRAPHE 103.1(7)

[11] Les paragraphes 103.1(7) et (7.1) sont ainsi libellés :

Dispositions générales	Dispositions générales
...	[...]
Octroi de la demande	Contents of application
103.1 (7) Le Tribunal peut faire droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu des articles 75, 77 ou 79 s’il a des raisons de croire que l’auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l’existence de l’une ou l’autre des pratiques qui pourraient faire l’objet d’une ordonnance en vertu de ces articles.	103.1 (7) Le Tribunal peut faire droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu des articles 75, 77 ou 79 s’il a des raisons de croire que l’auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l’existence de l’une ou l’autre des pratiques qui pourraient faire l’objet d’une ordonnance en vertu de ces articles.
Octroi de la demande	Contents of application
103.1 (7.1) Le Tribunal peut faire droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu de l’article 76 s’il a des raisons de croire que l’auteur de la	103.1 (7.1) Le Tribunal peut faire droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu de l’article 76 s’il a des raisons de croire que l’auteur de la demande est

demande est directement gêné en raison d'un comportement qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du même article.	directement gêné en raison d'un comportement qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du même article.
--	--

[12] Le paragraphe 103.1(7) s'applique à la demande de permission en l'espèce. Le Tribunal doit décider s'il existe « des raisons de croire » que l'auteur de la demande est « directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l'existence de l'une ou l'autre des pratiques [visées à l'article 79] qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance en vertu de [cet article] ».

[13] Le Tribunal doit se demander si la demande de permission est appuyée par des éléments de preuve suffisants pour soulever une croyance légitime que le demandeur a pu être directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de la pratique contestée et que cette pratique « pourrait » faire l'objet d'une ordonnance visée à l'article 79 : *Symbol Technologies Canada ULC c Barcode Systems Inc*, 2004 CAF 339, [2005] 2 RCF 254 (« *Symbol Technologies CAF* ») aux para 17–19; *CarGurus, Inc c Trader Corporation*, 2017 CAF 181 (« *CarGurus CAF* ») au para 9; *Audatex Canada, ULC c CarProof Corporation*, 2015 Trib conc 13 (« *Audatex TC I* ») aux para 9, 17; *CarGurus, Inc c Trader Corporation*, 2016 Trib conc 12 (« *CarGurus TC I* ») au para 9.

[14] Lorsqu'il est saisi d'une demande de permission dont il est question à l'article 103.1, le Tribunal effectue un examen préalable sommaire et expéditif préalable de la suffisance des éléments de preuve crédibles, convaincants et objectifs qui sont avancés : *Symbol Technologies CAF*, au para 24; *CarGurus CAF*, aux para 9, 21–23, 25–28; *Audatex TC I*, aux para 11, 16–17, 19; *CarGurus TC I*, aux para 9, 32.

[15] Le critère juridique global qui incombe à l'auteur de la demande de permission n'est pas très élevé, en ce sens qu'il s'agit d'une norme qui l'est moins que celle de la prépondérance des probabilités : *Symbol Technologies CAF*, au para 17; *La Banque de Nouvelle-Écosse c B-Filer Inc*, 2006 CAF 232 (« *B-Filer CAF* ») au para 1. Les « raisons de croire » ont été assimilées dans certains cas à des « motifs raisonnables de croire » : *Symbol Technologies CAF*, aux para 16, 25, 29 (adoptant l'approche décrite dans la décision *National Capital News Canada c Milliken*, 2002 Trib conc 41 aux para 9–10); *CarGurus, Inc c Trader Corporation*, 2016 Trib conc 15 (« *CarGurus TC II* ») aux para 64, 102; *Audatex Canada, ULC c CarProof Corporation et al*, 2015 Trib conc 28 (« *Audatex TC II* ») aux para 43, 55, 73; mais voir *Empire Company Limited v Canada (Attorney General)*, 2024 FC 810 aux para 71–73.

[16] S'il est vrai que le critère juridique des « raisons de croire » soit moins strict que la norme de la prépondérance des probabilités, il ne suffit pas de présenter des éléments de preuve démontrant une simple possibilité que le demandeur soit directement et sensiblement gêné dans son entreprise par la pratique en question. La Cour d'appel fédérale et le Tribunal ont confirmé que le demandeur doit présenter suffisamment d'éléments de preuve crédibles, convaincants et objectifs pour satisfaire aux exigences de la Loi : *CarGurus CAF*, aux para 21–23, 26–27, confirmant *CarGurus TC II*, aux para 60, 64, 83, 87, 102; *Audatex TC II*, aux para 43, 77, 83;

S McGrath et E Keough, « Private Actions Before the Tribunal », dans Nikiforos Iatrou, dir, *Litigating Competition Law in Canada*, 2^e éd (Toronto, LexisNexis Canada Inc, 2023) ch 7 aux pp 233–234.

[17] Le Tribunal a également conclu que le demandeur « n’a pas à attendre jusqu’à ce que des préjudices se soient bien produits avant de présenter une demande en vertu du paragraphe 103.1(1) » : *Audatex TC II*, au para 83; *Nadeau Poultry Farm Limited c Groupe Westco Inc. et autres*, 2008 Trib conc 9 au para 25.

[18] Dans *Audatex TC II*, le Tribunal était saisi d’une demande de permission pour débiter une procédure fondée sur l’article 75 et a examiné les composantes « directe » et « sensible » dont il est question au paragraphe 103.1(7) :

[45] En ce qui concerne la première partie du critère en vertu du paragraphe 103.1(7) (« directement et sensiblement gêné par un refus de vendre »), on devrait accorder leur sens ordinaire aux termes « directement » et « sensiblement ». Pour la composante « sensible », des termes comme « important » sont des synonymes acceptables pour déterminer s’il y a eu ou non une incidence « importante », qui est en fin de compte évaluée en examinant les circonstances en question (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltée* (1989), 27 CPR (3d) 1 (Trib conc), conf. 38 CPR (3d) 25 (CAF), au para 64). Dans la décision Nadeau sur le fond, monsieur le juge Blanchard a précisé que « [la demanderesse] n’a pas à démontrer que le refus de vendre la gêne au point de ne pas pouvoir exploiter une entreprise; il lui faut plutôt prouver suivant la prépondérance des probabilités qu’elle est gênée de façon importante ou notable » (*Nadeau Ferme Avicole Limitée c Groupe Westco Inc et al*, 2009 Trib conc 6 [...], au para 131, conf. 2011 CAF 188). La composante « directe » n’a pas été interprétée, mais son sens ordinaire invoque un lien entre le refus de l’offre et l’incidence sur l’entreprise d’un demandeur.

[19] Afin de décider si la pratique susceptible d’examen alléguée « puisse » faire l’objet d’une ordonnance, le Tribunal doit en examiner tous les éléments : *Symbol Technologies CAF*, aux para 19–20, 22–23. La question est de savoir s’il existe une preuve crédible suffisante et convaincante de chacun des éléments de la pratique susceptible d’examen pour faire naître une croyance légitime que cette pratique puisse faire l’objet d’une ordonnance fondée sur les dispositions pertinentes relatives aux pratiques susceptibles d’examen : *B-Filer CAF*, aux para 1–3, confirmant *B-Filer Inc c La Banque de Nouvelle-Écosse*, 2005 Trib conc 38 aux para 52–53, 60; *Symbol Technologies CAF*, aux para 17–20; *Luigi Coretti c Bureau de la Sécurité Privée et Garda World Security Corporation*, 2019 Trib conc 4 aux para 8–14; *Audatex TC II*, au para 49.

[20] Une décision relative à une demande de permission visée à l’article 103.1 n’est pas censée être une décision définitive rendue sur le fondement d’un dossier de preuve complet : *Audatex TC I*, aux para 10, 12, 16; *CarGurus TC I*, au para 15.

[21] Enfin, lorsque le Tribunal est saisi d'une demande de permission, son analyse ne mène pas à la conclusion – dans un sens ou dans l'autre – qu'un défendeur a adopté ou non la pratique susceptible d'examen qui est contestée par le demandeur dans son avis de demande proposé. Il n'appartient pas non plus au Tribunal, lorsqu'il statue sur une demande de permission fondée sur l'article 103.1, de relever les éléments de preuve les plus prometteurs dans le dossier et de formuler ses propres allégations concernant une pratique susceptible d'examen.

PAR CONSÉQUENT, DANS LES PRÉSENTS MOTIFS, LE TRIBUNAL N'ÉVALUE QUE LA PREUVE ET LES OBSERVATIONS DÉPOSÉES EN LIEN AVEC LA DEMANDE ET SE PRONONCE SUR LA SEULE QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉLÉMENTS DE PREUVE SONT SUFFISANTS POUR RÉPONDRE AU CRITÈRE ÉNONCÉ AU PARAGRAPHE 103.1(7) DE LA LOI QUI PERMET À UNE PARTIE PRIVÉE D'ENGAGER UNE PROCÉDURE AU TITRE DE L'ARTICLE 79 AVEC LA PERMISSION DU TRIBUNAL.

III. ANALYSE

A. **La signification des termes « sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l'existence de l'une ou l'autre des pratiques » figurant au paragraphe 103.1(7) de la Loi dans le cadre d'une demande de permission d'engager une procédure fondée sur l'article 79**

[22] Il s'agit de la première demande dont le Tribunal est saisi visant l'obtention d'une permission d'engager une procédure au titre de l'article 79. JAMP a soulevé une question concernant l'interprétation du paragraphe 103.1(7) de la Loi.

[23] Lorsqu'il a dû statuer sur des demandes de permission de présenter une demande au titre des articles 75 et 77, le Tribunal s'est posé la question de savoir si le demandeur avait été « directement et sensiblement gêné » dans l'ensemble de son entreprise, et non si la pratique contestée avait eu un effet sur une gamme de produits particulière de son entreprise : *Audatex TC II*, au para 54; *Sears Canada Inc c Parfums Christian Dior Canada Inc et Parfums Givenchy Canada Ltée*, 2007 Trib conc 6 (« *Sears Canada* ») au para 21.

[24] JAMP a souligné que le législateur avait modifié le paragraphe 103.1(7) en 2022 pour permettre aux parties privées de saisir le Tribunal d'une demande fondée sur l'article 79; le Tribunal est donc appelé pour la première fois à interpréter et à appliquer ce paragraphe après sa modification, conjointement avec l'article 79. JAMP a fait valoir que le Tribunal, lorsqu'il examine des demandes de permission, devrait adopter une approche différente si la pratique contestée est prévue à l'article 79, plutôt qu'aux articles 75 ou 77, c'est-à-dire qu'une demande de permission faisant état d'une pratique sanctionnée à l'article 79 n'a pas à démontrer que cette pratique a un effet sensible sur l'ensemble de l'entreprise du demandeur.

[25] JAMP a invoqué deux arguments à l'appui de cette position. Premièrement, JAMP a soutenu que le Tribunal devrait interpréter et appliquer le paragraphe 103.1(7) d'une manière qui cadre avec le libellé et la structure de l'article 79. Elle a fait valoir que ce dernier traitait du contrôle « [d']une catégorie ou espèce d'entreprises », termes qui ont été considérés comme

étant synonymes de « marché de produits pertinent » (d'après la décision *Le directeur des enquêtes et des recherches c The NutraSweet Company*, CT-1989-002 (« NutraSweet ») aux pp 61–64; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada Ltée (CAF)*, 2006 CAF 233, [2007] 2 RCF 3 (« Tuyauteries Canada CAF II ») aux para 9–16; *Le commissaire de la concurrence c Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib conc 7 (« TREB TC ») aux para 162–165, conf par 2017 CAF 236). Selon JAMP, les termes « dans son entreprise » désigneraient la participation du demandeur dans le marché de produits où le défendeur exerce un contrôle aux termes de l'article 79. Ainsi, l'analyse du Tribunal devrait porter essentiellement sur l'effet de la pratique contestée sur les activités du demandeur dans le marché de produits concerné par l'article 79, et pas nécessairement sur l'ensemble de l'entreprise. JAMP a affirmé qu'une analyse de l'ensemble de l'entreprise du demandeur devrait être effectuée lorsque la demande vise une procédure engagée au titre de l'alinéa 75(1)a (voir *Audatex TC II*, au para 54, et *CarGurus TC II*, au para 65). Elle s'est reportée à la décision *Sears Canada* et a plaidé que, dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c Chrysler Canada Ltd* (1989), 27 CPR (3d) 1 (Trib conc) (« Chrysler TC »), conf par (1991) 38 CPR (3d) 25 (CAF), le Tribunal n'avait pas tenu compte de certains autres aspects du raisonnement qu'il doit suivre lorsqu'il statue sur une demande fondée sur l'article 75.

[26] Deuxièmement, et à titre subsidiaire, JAMP a soutenu ce qui suit au sujet de la définition de ce qui constitue « son entreprise » (c'est-à-dire l'entreprise du demandeur) : (i) il s'agit d'une question de fait que le Tribunal doit trancher à partir de la preuve et (ii) cette définition n'est pas simplement fondée sur les avoirs de la personne morale présentant la demande. D'après JAMP, pour déterminer la portée de l'entreprise du demandeur, le Tribunal devrait examiner les activités réelles de l'entreprise en question et les liens, le cas échéant, entre ces activités. Cette analyse permettrait au Tribunal d'évaluer si le demandeur peut continuer de livrer une concurrence sur le marché concerné par l'article 79 et si le rejet de la demande de permission puisse entraîner la perte d'un concurrent. JAMP a rappelé que le Tribunal avait déjà fait abstraction de certaines ventes qui n'étaient pas touchées par la pratique contestée (dans la décision *Chrysler TC*), des activités d'une société mère américaine (*Sears Canada*) et d'une entreprise américaine (*Audatex TC II*). Elle a soulevé des points concernant d'autres dispositions de la Loi et d'autres décisions afférentes, et a exprimé certaines préoccupations relativement à l'application d'une règle *de facto* qui ferait en sorte que seules les entreprises ayant une seule gamme de produits ou de services puissent obtenir la permission de présenter une demande si le Tribunal continuait de prendre en compte [TRADUCTION] « [l']ensemble » de l'entreprise de la partie demanderesse : voir Paul Erik Veel, « Private Party Access to the Competition Tribunal: A Critical Evaluation of the Section 103.1 Experiment » (2009) 18 *Dal J Leg Stud* 1.

[27] Selon Janssen, le Tribunal a conclu de manière constante (i) qu'un « effet sensible » sur une entreprise devait s'évaluer en fonction de l'ensemble des activités – et non en fonction d'une partie de celles-ci ou d'une gamme de produits touchée par la pratique contestée, et (ii) que l'effet devait être causé par la pratique en question. Janssen a souligné que le législateur n'avait pas touché aux termes « directement et sensiblement gêné dans son entreprise » lorsqu'il a modifié le paragraphe 103.1(7) en 2022. Elle est d'avis qu'il n'y a aucune raison d'interpréter différemment les mêmes mots du paragraphe 103.1(7) selon que la demande de permission soit fondée sur l'article 79 ou les articles 75 et 77. Elle a fait valoir que, de toute

façon, le législateur avait déjà modifié le libellé du paragraphe 103.1(7) après les modifications législatives de 2022, de manière à y préciser « [...] directement et sensiblement gêné dans tout ou partie de son entreprise [...] » [non souligné dans l'original] (voir *Lois du Canada (2024)*, c 15, article 244), mais qu'il avait décidé par ailleurs que ce changement n'entrerait pas en vigueur avant le 20 juin 2025.

[28] Dans ses observations, le commissaire a plaidé que le Tribunal devrait donner une interprétation libérale aux termes « s'il a des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise ». Selon le commissaire, une telle interprétation permettrait d'éviter, surtout dans des affaires où les pratiques contestées ont des conséquences sur l'économie canadienne, que le critère minimal imposé actuellement empêche un demandeur de présenter une demande fondée s'il ne parvient pas à démontrer qu'il y a eu un effet sensible sur l'ensemble de son entreprise. Le commissaire a soutenu qu'il n'y avait pas lieu d'interpréter de la même manière les expressions « sensiblement gêné dans son entreprise » (« *substantially affected in the applicant's business* ») du paragraphe 103.1(7) et « sensiblement gênée dans son entreprise » (« *substantially affected in his business* »), qu'on retrouve à l'alinéa 75(1)a), car les deux dispositions ont des objectifs différents : la première vise à limiter la possibilité, pour une partie, de saisir le Tribunal d'un litige, alors que la deuxième énonce un élément qui constitue une pratique susceptible d'examen. Le commissaire a souligné que les termes « sensiblement gêné » n'étaient pas employés en lien avec le comportement susceptible d'examen qui est visé à l'article 79.

[29] À mon avis, l'analyse du Tribunal doit porter essentiellement sur l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 103.1(7) et sur la question de savoir si les décisions du Tribunal ayant trait à cette disposition, rendues avant que la mention de l'article 79 ne soit ajoutée au paragraphe en 2022, exigent qu'il évalue l'effet d'une pratique contestée visée à l'article 79 sur l'ensemble de l'entreprise du demandeur.

[30] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus qu'un demandeur, pour obtenir la permission d'engager une procédure au titre de l'article 79, n'est pas tenu, selon le paragraphe 103.1(7), de démontrer qu'il est directement et sensiblement gêné dans l'ensemble de son entreprise par la pratique contestée.

(1) Les décisions précédentes du Tribunal concernant des demandes de permission d'engager une procédure au titre des articles 75 et 77

[31] Il est utile d'abord d'examiner les décisions que le Tribunal a déjà rendues en lien avec le paragraphe 103.1(7) et l'approche qu'il a utilisée pour interpréter le sens des termes « directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l'existence de l'une ou l'autre des pratiques » dans le cadre de demandes de permission d'engager une procédure visée aux articles 75 et 77.

[32] Dans les décisions portant sur des demandes de permission relatives à une procédure fondée sur l'article 75, le critère de « l'ensemble » de l'entreprise est constamment employé : voir *Sears Canada*, au para 21; *Audatex TC II*, au para 54; *CarGurus TC II*, au para 65.

[33] La décision *Sears Canada* est déterminante. L'affaire concernait la fourniture de parfums de luxe à un grand magasin, en l'occurrence, Sears. Les fournisseurs avaient décidé de ne plus faire affaire avec le magasin et avaient donc cessé de lui fournir des produits. Ils ont toutefois continué à approvisionner d'autres grands détaillants au Canada. Les revenus que Sears tirait de la vente de parfums provenant de ces fournisseurs représentaient une proportion infime de ses ventes globales et une proportion minime de ses ventes totales de produits de beauté : *Sears Canada*, au para 10.

[34] La première question que le Tribunal devait trancher était celle de savoir en quoi consistait l'entreprise de Sears aux fins de la demande de permission. Selon Sears, il s'agissait de la vente des deux fragrances en question, alors que les défenderesses, les fournisseurs des parfums en cause, avançaient que l'entreprise de Sears consistait à exploiter de grands magasins.

[35] Le Tribunal a examiné la jurisprudence de l'époque, y compris deux catégories d'affaires :

- (a) la décision *Chrysler TC* où le Tribunal s'est prononcé sur le bien-fondé d'une demande visée à l'alinéa 75(1)a);
- (b) quatre décisions où le Tribunal a statué, en vertu du paragraphe 103.1(7), sur des demandes de permission, soit *Broadview Pharmacy c Wyeth Canada Inc*, 2004 Trib conc 22; *Paradise Pharmacy Inc et Rymal Pharmacy Inc c Novartis Pharmaceuticals Canada Inc*, 2004 Trib conc 21; *Broadview Pharmacy c Pfizer Canada Inc*, 2004 Trib conc 23; *Construx Engineering Corporation c General Motors du Canada*, 2005 Trib conc 21.

[36] En se fondant sur cet examen, la juge Simpson a conclu que « le Tribunal [avait] constamment décidé qu'un effet sensible sur une entreprise [était] évalué dans le contexte de l'ensemble de l'entreprise » : *Sears Canada*, au para 21; voir aussi les para 18–20.

[37] Le Tribunal a également tenu compte du libellé de la Loi et a jugé, au paragraphe 26, que « si le Parlement avait voulu que l'effet sensible mentionné au paragraphe 103.1(7) et à l'alinéa 75(1)a) de la Loi touche une entreprise se rapportant à une catégorie d'articles comme les produits Dior et Givenchy, il aurait précisé cette intention ».

[38] Le Tribunal a finalement conclu, au paragraphe 27, que « tant les décisions antérieures du Tribunal que le texte clair employé dans la Loi [menaient] à la conclusion que l'ensemble de l'entreprise de Sears comme exploitant de grands magasins de vente au détail [était] l'entreprise à examiner pour l'application du paragraphe 103.1(7) de la Loi ». Le Tribunal a appliqué cette approche pour déterminer si Sears avait été « directement et sensiblement gêné[e] » dans son « entreprise », et il en est venu à la conclusion qu'elle ne l'avait pas été : voir para 33–34, 39.

[39] Depuis la décision *Sears Canada*, cette interprétation du terme « entreprise » a été employée dans les affaires portant sur des demandes de permission d'engager une procédure fondée sur l'article 75. En d'autres mots, lorsqu'il a examiné ce genre de demandes, le Tribunal a effectivement interprété les termes « sensiblement gêné dans son entreprise » comme s'ils

exigeaient que la pratique contestée ait un effet important sur l'ensemble de l'entreprise du demandeur. Dans la décision *Audatex TC II*, le juge Gascon s'est exprimé ainsi au paragraphe 54 :

Il est bien établi que l'entreprise qui doit être prise en considération lors d'une demande d'autorisation en vertu de l'article 75 de la Loi est l'ensemble de l'entreprise du demandeur, et non seulement la gamme de produits touchés par le refus de vendre (*Sears Canada Inc c Parfums Christian Dior Canada Inc*, 2007 Trib conc 6 (« *Sears* »), au para 21). L'importance de l'effet doit donc être mesurée par rapport à l'ensemble de l'entreprise. En outre, la jurisprudence élaborée par le Tribunal dans le cadre de demandes d'autorisation reflète aussi que l'effet à examiner et à prendre en considération est l'impact attribuable ou lié aux entités dont l'offre est refusée. En effet, le paragraphe 103.1(7) fait référence au fait que le demandeur est directement et sensiblement gêné « en raison de l'existence de l'une ou l'autre des pratiques ».

[Non souligné dans l'original.]

Voir aussi S McGrath et E Keough, « Private Actions Before the Tribunal », précité, en particulier aux pp 231–232.

[40] Le Tribunal a seulement été saisi quelquefois de demandes de permission d'engager une procédure au titre de l'article 77.

[41] Dans l'affaire *CarGurus*, la demanderesse avait demandé la permission d'engager une procédure fondée sur les articles 75 et 77. Nouvelle venue sur le marché, elle cherchait à obtenir des données pour alimenter ses services intermédiaires (sites Web) en vue d'afficher des annonces de véhicules neufs et d'occasion à vendre. La défenderesse avait refusé de fournir ses données, pratique que la demanderesse avait qualifiée de « refus de vendre ». L'exposé du droit du Tribunal reprenait le passage de la décision *Audatex TC II* reproduit plus haut. Dans son analyse des règles de droit applicables, le Tribunal n'a pas traité séparément de la signification du terme « entreprise » aux fins d'une demande de permission d'engager une procédure au titre de l'article 77.

[42] Au bout du compte, le Tribunal a rejeté la demande de permission présentée par *CarGurus* visant à engager une procédure fondée sur les deux articles, et ce, en raison de l'absence de preuve étayant le fait qu'elle était directement et sensiblement gênée dans son entreprise par la pratique contestée. Aux fins de la présente affaire, cependant, il convient de souligner que le Tribunal a interprété de la même façon les termes « sensiblement gêné dans son entreprise » pour trancher tant la demande faisant intervenir l'article 75 que la demande faisant intervenir l'article 77 : *CarGurus TC II*, aux para 64–65, 102–104. En appel, la Cour d'appel fédérale n'a pas énoncé de distinction entre le critère à appliquer pour l'article 75 et pour l'article 77 (même si ce que *CarGurus* contestait au fond n'était pas le critère juridique en soi, mais son application à la preuve : *CarGurus CAF*, au para 20). Il semble que la demanderesse, dans l'affaire *CarGurus*, n'ait pas invoqué une distinction entre les articles 75 et 77.

[43] Dans la décision *Stargrove Entertainment Inc c Universal Music Publishing Group Canada*, 2015 Trib conc 26, la demanderesse cherchait à obtenir la permission d'engager une procédure au titre des articles 75, 77 et 76. Le juge Barnes, lorsqu'il a refusé d'octroyer la permission d'engager une procédure fondée sur les articles 75 et 77, a déclaré que l'approche relative aux demandes de permission au titre de l'article 75, établie aux paragraphes 17 à 20 de l'arrêt *Symbol Technologies CAF*, servait également à trancher les demandes de permission présentées au titre de l'article 77 : *Stargrove*, au para 21. Le Tribunal a également formulé les observations suivantes :

[28] La deuxième lacune fondamentale dans la demande d'autorisation de *Stargrove* en vertu des articles 75 et 77 découle de la preuve qu'elle a déposée concernant l'incidence de la présumée conduite [sur] ses activités. Le paragraphe 103.1(7) exige la preuve d'une gêne directe et considérable. La preuve présentée par *Stargrove* est manifestement insuffisante pour [que l'entreprise puisse] s'acquitter de son fardeau de montrer une gêne « considérable ». Bien que M. Perusini reconnaisse que le modèle commercial de *Stargrove* inclut la vente d'œuvres musicales qu'elle contrôle ou qui font maintenant entièrement partie du domaine public, il n'a fourni aucun élément de preuve quant au pourcentage de l'ensemble de ses activités relativement à la mise en marché des œuvres musicales en cause.

[44] Le Tribunal a jugé que la preuve ne permettait pas de conclure que *Stargrove* était directement et sensiblement gênée dans son entreprise et ne justifiait donc pas qu'il lui soit permis d'engager une procédure au titre des articles 75 ou 77. Même s'il a fait référence, dans le passage cité plus haut, « au pourcentage de l'ensemble [des] activités [de *Stargrove*] », il cherchait à exprimer ainsi qu'il n'y avait pas de preuve indiquant la proportion que représentaient la vente des œuvres musicales en litige par rapport à l'ensemble du marché pour ces œuvres. Le Tribunal n'a formulé aucune observation à propos du terme « entreprise ».

[45] L'examen de la jurisprudence met en lumière les éléments suivants :

- (a) Dans les décisions où il a statué sur des demandes de permission d'engager une procédure au titre de l'article 75, le Tribunal a constamment exigé que le demandeur démontre qu'il a été directement et sensiblement gêné dans l'ensemble de son entreprise;
- (b) Dans la décision *Sears Canada*, qui a été centrale, le Tribunal a interprété le terme « entreprise » au paragraphe 103.1(7) (selon le libellé de 2007) en s'appuyant sur des décisions qui avaient porté sur le bien-fondé d'une demande fondée sur l'alinéa 75(1)a) (*Chrysler TC*) et sur des demandes de permission d'engager une procédure au titre de l'article 75;
- (c) Le Tribunal a donné au terme « entreprise » le même sens pour l'application des articles 75 et 77, du moins dans le cadre d'une même demande. Lorsqu'une affaire mettait en jeu l'article 75, il a examiné la pratique contestée et l'effet qu'elle a eu sur l'ensemble des activités de la partie demanderesse, tout comme dans un petit nombre de cas fondés sur l'article 77;

(2) **Fait important, il semble qu’aucune partie à une instance devant le Tribunal ne lui ait demandé d’interpréter différemment le terme « entreprise » dans l’expression « directement et sensiblement gêné dans son entreprise » aux fins de l’article 77 ou, jusqu’à la présente demande, de l’article 79.**

(2) **Interprétation du paragraphe 103.1(7) : texte, contexte et l’objet**

[46] Je passe maintenant à l’interprétation du paragraphe 103.1(7), où j’appliquerai le principe moderne d’interprétation des lois établi par la Cour suprême : voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 RCS 653 aux para 117–118. Ainsi, il faut lire les termes d’une disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Il est courant d’analyser le texte, le contexte et l’objet de la disposition : voir *Secure Energy Services Inc c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2023 CAF 172 aux para 16–42; *Canada (Commissaire à la concurrence) c Secure Energy Services Inc*, 2022 CAF 25, [2022] 2 FCR 430 aux para 49–68.

[47] La question fondamentale est celle de savoir si cette disposition exige qu’il y ait un effet direct et sensible sur l’ensemble de l’entreprise du demandeur lorsque celui-ci sollicite la permission d’engager une procédure fondée sur l’article 79.

[48] Commençons par analyser le texte de la disposition. Le libellé explicite permet au Tribunal d’accorder la permission d’engager une procédure fondée sur les articles 75, 77 ou 79 en appliquant un critère énoncé dans la Loi. Si l’on considère la disposition dans son ensemble, on voit qu’il existe un critère unique pour les trois articles, ce que viennent renforcer les termes « en vertu de ces articles » (*in one of those sections*). Le critère exige que le Tribunal détermine s’il a des raisons de croire que l’auteur de la demande est « directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l’existence de l’une ou l’autre des pratiques [visées à un de ces articles] qui pourraient faire l’objet d’une ordonnance en vertu de ces articles ».

[49] Deux points méritent d’être soulignés. Tout d’abord, la disposition ne fait pas expressément référence à l’« ensemble » ou à la « totalité » de l’entreprise du demandeur, notion ajoutée par le Tribunal dans sa jurisprudence à partir d’une interprétation du mot « entreprise » (*business*), compte tenu du paragraphe 103.1(7) lu de pair avec l’article 75 et la jurisprudence fondée sur ce dernier (*Chrysler TC*).

[50] Ensuite, l’observation selon laquelle il y a un seul critère légal applicable à une demande de permission devrait se rapporter à l’ensemble du critère énoncé dans la disposition en question, et non pas à un seul mot ou à une seule expression. Selon son libellé explicite, le paragraphe 103.1(7) prévoit qu’il doit y avoir des raisons de croire qu’un demandeur est directement et sensiblement affecté dans son entreprise en raison « de l’une ou l’autre des pratiques » visées aux articles 75, 77 ou 79.

[51] Ainsi, à des fins d’interprétation, il est enjoint au Tribunal, par le texte même du paragraphe 103.1(7), d’analyser le contexte des pratiques dont il est question aux articles 75, 77 et 79 et qui pourraient être visées par une ordonnance rendue au titre de ces articles (dans

la mesure appropriée pour statuer sur la demande de permission). Le Tribunal est donc tenu d'évaluer l'incidence d'une pratique qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance prévue à un des articles 75, 77 ou 79 sur l'entreprise du demandeur.

[52] Dans cette optique, le libellé du paragraphe 103.1(7) n'exclut pas la possibilité qu'un seul mot (« entreprise ») ou une seule expression (« directement et sensiblement gêné dans son entreprise ») puissent être compris et appliqués différemment face à des pratiques qui peuvent relever de chacun des articles 75, 77 ou 79. En effet, la disposition elle-même exige que le Tribunal en interprète et en applique le libellé de pair avec chacun des trois autres articles.

[53] Autrement dit, comme l'a fait le Tribunal dans la décision *Sears Canada* en examinant *Chrysler TC* et l'article 75, il faut analyser la nature de la pratique susceptible d'examen au titre de l'article 79, telle qu'elle a été définie par le législateur, lorsqu'il est nécessaire d'interpréter le paragraphe 103.1(7). Ensuite, lorsqu'il applique cette disposition, le Tribunal doit examiner la preuve concernant la nature de la pratique contestée visée à l'article 79 et son incidence sur l'entreprise du demandeur, exactement comme il l'a fait dans toutes les demandes de permission dont il a été saisi en lien avec les articles 75 et 77 avant les modifications de 2022.

[54] Je reconnais que, pris isolément, les termes « entreprise » et « business » peuvent sembler désigner une entreprise dans son ensemble. Ils peuvent également revêtir les deux significations – la totalité ou bien une partie de l'entreprise. Cependant, il reste que les mots figurant au paragraphe 103.1(7) doivent être interprétés compte tenu de l'ensemble du texte de ce paragraphe, et non d'un seul mot ou d'une seule expression pris isolément ou dans l'abstrait.

[55] Comment le paragraphe 103.1(7) devrait-il être appliqué face à une demande de permission d'engager une procédure au titre de l'article 79? L'article 79 établit quelle est la pratique susceptible d'examen, tandis que l'article 78 décrit, de manière non exhaustive, les agissements anticoncurrentiels visés au paragraphe 79(1). Le législateur a récemment modifié ces deux dispositions : voir LC 2022, c 10, art 261–262; LC 2023, c 31, art 7.1–2; LC 2024, c 15, art 247. Le texte de l'article 78 et du paragraphe 79(1) est reproduit à l'annexe A des présents motifs.

[56] Aux fins de la présente décision, soulignons d'emblée que les articles 78 et 79 ne contiennent pas l'expression « sensiblement gênée » qu'on retrouve à l'alinéa 75(1)a).

[57] Selon l'article 78, un « agissement anticoncurrentiel » s'entend de « tout agissement destiné à avoir un effet négatif visant l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas d'un concurrent, ou à nuire à la concurrence ». Seul l'alinéa 78(1)e) mentionne expressément une entreprise : « la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché ». Il est important de noter ici que la description des agissements anticoncurrentiels à l'article 78 n'exige pas que l'ensemble de l'entreprise d'un concurrent soit gênée pour que l'article 79 s'applique. En outre, les exemples donnés à l'article 78 comprennent au moins un comportement nuisant à une personne qui ne livre pas encore concurrence, ou encore à un concurrent de petite taille ou qui consiste en un nouveau venu dans un marché : l'alinéa 78(1)j) envisage expressément des actes qui empêchent ou entravent

l'entrée ou l'expansion sur un marché, puisqu'il mentionne « la réponse sélective ou discriminatoire à un concurrent actuel ou potentiel, visant à entraver ou à empêcher l'entrée ou l'expansion d'un concurrent sur un marché ou à l'éliminer du marché ».

[58] Il est question au préambule du paragraphe 79(1) du « contrôle » sensible ou complet d'une « catégorie ou espèce d'entreprises ». Le Tribunal et les cours d'appel ont toujours assimilé le « contrôle » d'une « catégorie ou espèce d'entreprises » à une puissance commerciale sensible sur un marché de produits précis : *NutraSweet*, aux pp 53–56; *Tuyauteries Canada CAF II*, aux para 10–11; *TREB TC*, aux para 162–165; *Le commissaire de la concurrence c Autorité aéroportuaire de Vancouver*, 2019 Trib conc 6 (« AAV TC ») au para 423.

[59] Selon le libellé du paragraphe 79(1), le fait que le défendeur qui exerce le contrôle présumé adopte soit « une pratique d'agissements anticoncurrentiels » au paragraphe 79(1)a), soit « un comportement qui a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de [faire diminuer] sensiblement la concurrence dans un marché [...] » (c'est-à-dire un comportement qui entraîne une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence) dont il est question au paragraphe 79(1)b). Ni l'une ni l'autre disposition n'exigent expressément de prouver qu'un concurrent ou un concurrent potentiel sur le marché de produits où le défendeur exerce un tel contrôle est gêné dans l'ensemble de son entreprise. Une telle exigence aurait un effet réducteur manifeste sur le champ d'application des affaires reposant sur l'alinéa 79(1)a) (qui concernent p. ex. les nouveaux venus dans le marché ou de nouveaux concurrents cherchant à prendre de l'expansion) et sur les affaires d'« empêchement » reposant sur l'alinéa 79(1)b) (qui concernent p. ex. le fait qu'un concurrent établi sur un marché ne puisse entrer dans un marché géographique voisin en raison des agissements d'une entité dominante au sein de ce marché voisin).

[60] Je souligne que la formulation des articles 78 et 79 contraste avec celle de l'article 75 tel qu'il était libellé en 2007. Suivant le raisonnement énoncé déjà au paragraphe 26 de la décision *Sears Canada*, l'article 79 contient le genre de terminologie (« catégorie ou espèce d'entreprises ») qui ne figure pas à l'article 75. (Le législateur a aussi modifié l'article 75 en 2024, qui mentionne désormais une personne « sensiblement gênée dans tout ou partie de son entreprise » : voir LC 2024, c 15, art 244; comme il est indiqué précédemment, cette modification n'est toutefois pas encore en vigueur.)

[61] Le texte du paragraphe 103.1(7), lu de concert avec les articles 78 et 79, n'exige pas qu'un demandeur soit directement et sensiblement gêné dans l'ensemble de son entreprise.

[62] Ensuite, il est clair, à la lumière du contexte légal dans lequel s'inscrit le paragraphe 103.1(7), qu'un demandeur qui se prévaut de cette disposition doit être à la fois « directement » et « sensiblement » gêné dans son entreprise, y compris lorsqu'il veut présenter une demande fondée sur l'article 79. Si le législateur avait voulu que la permission soit accordée même en l'absence d'un effet « sensible » sur l'entreprise du demandeur, il aurait pu insérer l'article 79 au paragraphe 103.1(7.1), après la mention de l'article 76.

[63] D'autres facteurs contextuels liés aux articles 75, 77 et 79 de la Loi ont déjà été examinés en raison de la formulation explicite de ces dispositions. J'ajoute que les articles 78

et 79 sont axés sur le comportement, et plus généralement sur la concurrence, au sein d'un ou de plusieurs marchés. L'article 79 exige que le défendeur contrôle ou contrôle sensiblement un marché et envisage des effets sur la concurrence dans le marché en question. L'article 78 renvoie à un marché dans sa disposition liminaire et mentionne un marché dans plusieurs de ses paragraphes. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que la pratique susceptible d'examen ait une incidence directe et sensible sur l'ensemble de l'entreprise du demandeur; il est plus conforme aux articles 78 et 79 de permettre l'évaluation de l'incidence directe et sensible potentielle sur l'entreprise du demandeur relativement au marché en cause, plutôt que d'exiger que le demandeur soit directement et sensiblement gêné dans l'ensemble de son entreprise.

[64] Le paragraphe 103.1(7) a pour **objet** de permettre à une partie privée d'engager des procédures au titre des articles 75, 77 et 79 si elle remplit certains critères établis par le législateur. Sinon, la Loi autorise uniquement le commissaire à le faire.

[65] Le Tribunal a conclu par le passé que le fait de satisfaire aux critères établis par le législateur donne la qualité pour agir à un demandeur qui est lui-même gêné par la pratique contestée : *Symbol Technologies CAF*, au para 22; *Canadian Standard Travel Agency Registry c Association du transport aérien international*, 2008 Trib conc 14 aux para 9, 12.

[66] Le rôle de filtrage ou de gardien du Tribunal sert plusieurs autres objectifs qui sont importants pour une prise de décision juste de la part du Tribunal. J'en mentionnerai deux qui sont particulièrement liés aux instances fondées sur l'article 79. Si un demandeur est « directement » et « sensiblement » gêné dans son entreprise par une pratique susceptible d'examen, on peut présumer qu'il sera en mesure de fournir au Tribunal – tant au stade de la demande de permission que dans toute instance ultérieure fondée sur l'article 79 – des éléments de preuve de première main au sujet de la concurrence dans le marché et le secteur en cause, y compris la nature et la portée des effets de la pratique contestée sur le comportement des concurrents. (Dans les affaires faisant l'objet d'une enquête et d'une procédure engagée par le commissaire, y compris au titre de l'article 79, le commissaire a la possibilité de recueillir ces informations en sollicitant une ou plusieurs ordonnances visées à l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* à l'encontre des cibles de son enquête ou de tiers actifs sur le marché qui sont susceptibles de détenir des renseignements pertinents ou en utilisant d'autres moyens).

[67] En outre, comme il est précisé dans la décision *Symbol Technologies CAF*, le Tribunal s'assure également qu'il y a des éléments de preuve suffisants et convaincants en ce qui concerne chacun des éléments de la pratique contestée, de sorte qu'il « pourrait » rendre une ordonnance (toutefois, une norme juridique moins élevée s'applique à la demande de permission visée au paragraphe 103.1(7), comme nous l'avons vu ci-dessus aux paragraphes 15, 16 et 19). Un examen préalable positif signifie qu'il vaut la peine pour les parties et le Tribunal de consacrer des ressources à l'instance proposée puisque la preuve du demandeur relative aux éléments de la pratique susceptible d'examen permet de croire que l'instance en question est justifiée.

[68] L'interprétation du libellé du paragraphe 103.1(7) à la lumière de ces objets n'entraîne pas l'obligation, pour le demandeur cherchant à engager une procédure fondée sur l'article 79, de démontrer l'incidence directe et sensible sur toute son entreprise. Le demandeur peut être directement et sensiblement gêné dans une mesure qui ne correspond pas à l'ensemble de son

entreprise, et néanmoins capable de fournir des éléments de preuve suffisants quant à la nature de la concurrence sur les marchés en cause et au fait qu'il est par ailleurs suffisamment gêné par la pratique contestée pour justifier l'ouverture d'une instance.

(3) Conclusion sur cette question

[69] L'analyse qui précède porte à conclure que le texte, le contexte et l'objet du paragraphe 103.1(7), dans sa version actuelle, exigent que le Tribunal analyse une demande de permission d'engager une procédure fondée sur l'article 79 en tenant compte de l'incidence de la pratique sur l'entreprise du demandeur et qu'il applique le critère énoncé dans le paragraphe en utilisant l'ensemble de son libellé. À mon avis, rien dans le texte, le contexte ou l'objet de la disposition n'oblige le Tribunal à examiner l'incidence d'une pratique contestée au titre de l'article 79 uniquement si elle porte sur la totalité de l'entreprise du demandeur.

[70] Il reste deux dernières questions à traiter.

[71] Tout d'abord, en 2024, le législateur a modifié le paragraphe 103.1(7) de sorte qu'il est libellé comme suit :

Octroi de la demande – articles 75, 77, 79 ou 90.1	Granting leave – sections 75, 77, 79 or 90.1
---	---

103.1 (7) Le Tribunal peut faire droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu des articles 75, 77, 79 ou 90.1 s'il a des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans tout ou partie de son entreprise en raison de l'existence de l'un ou l'autre des comportements qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance en vertu de l'un de ces articles ou s'il est convaincu que cela servirait l'intérêt public.

[Non souligné dans l'original.]

103.1 (7) The Tribunal may grant leave to make an application under section 75, 77, 79 or 90.1 if it has reason to believe that the applicant is directly and substantially affected in the whole or part of the applicant's business by any conduct referred to in one of those sections that could be subject to an order under that section or if it is satisfied that it is in the public interest to do so.

[Emphasis added.]

[72] La première modification soulignée semblerait résoudre le problème juridique présenté dans la présente affaire, mais elle n'entrera pas en vigueur avant juin 2025.

[73] Selon Janssen, le législateur s'est déjà prononcé en apportant des changements à la disposition. À son avis, le législateur a décidé à la fois de modifier la disposition et d'en retarder l'entrée en vigueur jusqu'en juin 2025, de sorte que JAMP ne devrait pas être en mesure de bénéficier du nouveau libellé dans la présente instance. En réplique, JAMP cite le

paragraphe 45(3) de la *Loi d'interprétation*, LRC, 1985, c I-21, dont l'extrait pertinent prévoit que « la modification, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit ».

[74] Les modifications apportées par le législateur n'impliquent pas nécessairement une déclaration sur l'état du droit antérieur ni un changement apporté à celui-ci au moment de la promulgation : *Loi d'interprétation*, paragraphes 45(2) et (3); *Canada (Commissaire de la concurrence) c Premier Career Management Group Corp*, 2009 CAF 295, [2010] 4 RCF 413 au para 57. Ainsi, l'ajout par le législateur en 2024 des termes « tout ou partie de » ne constitue pas une déclaration sur l'état antérieur du droit ou une modification des règles de droit. Le Tribunal doit avoir la possibilité d'interpréter la disposition à partir des premiers principes et de procéder à l'analyse interprétative décrite plus haut pour l'article 79 inséré. La présence des mots « tout ou partie » dans la disposition en 2024 ne signifie pas qu'une interprétation correcte de la disposition dans son libellé actuel aboutirait à un résultat différent.

[75] En dernier lieu, il convient de souligner que les présents motifs ne remettent pas en question les décisions ou l'analyse juridique du Tribunal dans des affaires antérieures concernant des demandes de permission d'engager une procédure au titre de l'article 75 ou de l'article 77. En 2022, le législateur a plutôt modifié le paragraphe 103.1(7) pour ajouter la possibilité d'obtenir cette permission à l'égard des demandes fondées sur l'article 79. L'analyse en l'espèce porte sur la façon dont le critère applicable à la permission visée au paragraphe 103.1(7) interagit avec une pratique présumée susceptible d'examen visée à l'article 79 dans la disposition modifiée. Comme il ressort de cette analyse, il y a de bonnes raisons de conclure que cette décision ne va pas à l'encontre des décisions antérieures du Tribunal relativement aux articles 75 et 77, et qu'elle est conforme à l'approche interprétative adoptée dans l'affaire *Sears Canada*.

[76] De toute façon, le Tribunal doit interpréter et appliquer le paragraphe 103.1(7) à la lumière de l'article 79, et même de l'article 75, d'après leur libellé actuel. L'interprétation du paragraphe 103.1(7) dans les présents motifs ne créera pas de dissonance avec l'interprétation du paragraphe 103.1(7) à la lumière de l'alinéa 75(1)a), parce que cette dernière disposition vient également d'être modifiée pour mentionner une personne « sensiblement gênée dans tout ou partie de son entreprise » : voir LC 2024, c 15, article 244.

IV. LE TRIBUNAL DEVRAIT-IL FAIRE DROIT À LA DEMANDE DE PERMISSION DE JAMP?

[77] JAMP reproche à Janssen de s'être livrée à un comportement qui constitue une pratique susceptible d'examen selon l'article 79, pratique qui l'a directement et sensiblement gênée dans ses activités. Elle affirme avoir été directement et sensiblement gênée dans son entreprise par une « pratique » d'agissements anticoncurrentiels visée à l'alinéa 79(1)a), laquelle consiste en de nombreux actes de différentes natures que Janssen aurait commis entre le mois d'août 2021 et au moins le mois de juillet 2024, moment où JAMP a déposé la demande de permission en l'espèce. JAMP est d'avis que les agissements en question sont « anti-concurrentiels » au sens de l'article 78. D'après elle, la pratique de Janssen serait, aux termes de l'alinéa 79(1)b), un « comportement » ayant entraîné une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence.

[78] J'ai lu attentivement la preuve par affidavit des parties et leurs arguments. Elles étaient en désaccord sur de nombreuses questions, importantes et moins importantes, et allaient jusqu'à interpréter les mêmes mots d'un document soit comme étant la preuve d'une intention anticoncurrentielle, soit comme étant anodine du point de vue de la concurrence. Puisque la présente décision vise à statuer sur une demande de permission qui doit être tranchée sommairement, je n'ai pas traité de chaque point de désaccord entre les parties ni tenté de les résoudre. Après avoir pris connaissance de l'argumentation très passionnée et parfois agressive des parties, j'ai tenté de distinguer leurs affirmations et arguments respectifs de la preuve objective puis de dégager l'essence de leurs positions.

[79] J'examinerai d'abord la pratique qui serait susceptible d'examen selon JAMP afin d'établir si cette dernière est directement et sensiblement gênée dans son entreprise par cette pratique.

A. Aperçu de la pratique susceptible d'examen selon JAMP

[80] En ce qui a trait à la pratique de Janssen qui serait visée par l'article 79 et donc susceptible d'examen aux dires de JAMP, cette dernière soutient que Janssen contrôle sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises, à savoir le marché de la fourniture d'ustekinumab, et qu'elle a adopté un comportement visant à conserver ou à accroître son monopole de la fourniture d'ustekinumab au Canada de manière à maintenir les prix élevés du STELARA (le médicament biologique de Janssen contenant de l'ustekinumab comme ingrédient actif). JAMP s'appuie sur l'alinéa 79(1)a) pour faire valoir que Janssen a adopté une pratique d'agissements anticoncurrentiels destinée à avoir un effet négatif visant l'exclusion de concurrents ou à nuire à la concurrence, comme l'énonce le paragraphe 78(1). JAMP s'appuie également sur l'alinéa 79(1)b) pour soutenir que le comportement de Janssen a entraîné une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence dans un marché.

[81] Le 1^{er} mars 2024, JAMP a mis en marché le Jamteki, son produit biosimilaire à base d'ustekinumab. Elle affirme que les agissements de Janssen avant cette date l'ont dissuadée de mettre le Jamteki en marché pendant plus de deux ans et demi après l'expiration du dernier brevet dont la défenderesse était titulaire pour le STELARA. Selon JAMP, Janssen aurait, du mois d'août 2021 jusqu'au 1^{er} mars 2024, [TRADUCTION] « manipulé » le système de réglementation pharmaceutique et eu recours à des poursuites [TRADUCTION] « de mauvaise foi » pour dissuader JAMP et d'autres possibles rivaux de mettre en marché leur propre médicament à base d'ustekinumab. JAMP affirme que ce comportement a retardé son entrée sur le marché et que Janssen a grandement tiré avantage de cette arrivée tardive, puisqu'elle a pu continuer à réaliser des profits importants en vendant le STELARA à un prix de monopole élevé, sans faire face à toute forme de concurrence.

[82] D'après JAMP, après qu'elle et une autre entreprise aient eu chacune lancé leur propre produit biosimilaire à base d'ustekinumab en mars 2024, Janssen a adopté une série d'agissements anticoncurrentiels et interreliés, notamment :

- (a) elle a élaboré une marque de combat, le FINLIUS® (« FINLIUS »), destinée à créer de la confusion et de l'incertitude sur le marché et à retarder le changement

de marque chez les patients (voir alinéa 78(1)d)); le FINLIUS a été approuvé par Santé Canada en avril 2023, mais n'a pas été mis en marché avant juillet 2024;

- (b) elle a utilisé abusivement son programme de soutien aux patients, BioAdvance® (« BioAdvance »);
- (c) elle a transmis des communications trompeuses aux médecins et aux professionnels de la santé qui prescrivent des médicaments ainsi qu'aux patients et aux assureurs;
- (d) elle a eu recours à la fixation de prix d'éviction et la fourniture du STELARA [REDACTED] (voir alinéa 78(1)i));

[83] elle a offert des réponses sélectives et discriminatoires à un concurrent dans le but d'entraver son expansion sur un marché et de l'éliminer de celui-ci (voir alinéa 78(1)j)).

[84] JAMP affirme que certains de ces agissements proviennent d'une [TRADUCTION] « stratégie » que Janssen a mise au point afin de protéger et de conserver son monopole pour un autre médicament biologique, le Remicade. Elle avance qu'ils ont retardé la croissance de ses ventes à elle, notamment en empêchant les patients de passer du STELARA (ou du FINLIUS) au Jamteki ou à un autre produit biosimilaire. Selon elle, ces agissements ont fait en sorte qu'elle a perdu ou qu'elle perdra l'avantage d'être la première à vendre des médicaments à base d'ustekinumab.

[85] Dans son avis de demande de permission d'engager une procédure fondée sur l'article 79, JAMP indique qu'elle entend solliciter les mesures correctives suivantes :

- (a) Des ordonnances de large portée contre Janssen lui interdisant notamment :
 - i. pour une période de dix ans, 1) de commercialiser et de vendre le FINLIUS ou de se livrer à toute autre activité en lien avec ce médicament et 2) de demander au ministre de la Santé d'approuver la commercialisation et la vente de n'importe quel autre [TRADUCTION] « médicament biologique réétiqueté » ou toute activité relative à un tel médicament;
 - ii. pour une période de dix ans, d'accorder le droit à un tiers de demander l'approbation de commercialiser et de vendre n'importe quel [TRADUCTION] « médicament biologique réétiqueté » ou de se livrer à toute activité en lien avec un tel médicament;
 - iii. pour une période de cinq ans, d'offrir un médicament biosimilaire au STELARA par l'intermédiaire de son programme de soutien aux patients, BioAdvance;
 - iv. pour une période de cinq ans, d'informer des tiers qu'un médicament biosimilaire, substitut ou bioéquivalent (sauf pour ce qui est du STELARA lui-même) sera offert par l'intermédiaire de BioAdvance, à

moins que le fabricant et la marque du médicament ne soient indiqués dans la communication en question;

- v. pour une période de cinq ans, de facturer à un tiers des frais pour l'obtention de services dans le cadre de BioAdvance qui représentent plus de 110 % des coûts réels engagés par Janssen afin d'administrer le programme pour le tiers en question;
- (b) Une ordonnance enjoignant à Janssen d'envoyer des communications à tous les professionnels de la santé dont les patients étaient inscrits à BioAdvance pour le médicament STELARA entre le 1^{er} janvier 2021 et la date de l'ordonnance du Tribunal;
- (c) Une ordonnance enjoignant à Janssen de payer, selon les modalités que le Tribunal peut préciser, une sanction administrative pécuniaire dont le montant correspond à trois fois la valeur de l'avantage tiré des pratiques anticoncurrentielles, soit au moins 1 000 000 000 \$ ou toute autre somme que JAMP pourrait solliciter et que le Tribunal considère comme étant juste;
- (d) Une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de la demande.

[86] Afin de mettre en contexte l'analyse exposée ci-après, il convient d'établir la chronologie des événements.

- **De 2008 à 2020** : Santé Canada a approuvé la mise en marché du STELARA pour traiter le psoriasis en plaques le 12 décembre 2008, le rhumatisme psoriasique le 21 janvier 2014, la maladie de Crohn le 12 décembre 2016 et la colite ulcéreuse le 23 janvier 2020, les deux dernières étant des maladies inflammatoires chroniques de l'intestin (« MICI »). Santé Canada a également autorisé la vente du médicament pour traiter le psoriasis en plaques en pédiatrie (chez les patients âgés de 6 à 17 ans).
- **Août 2021** : Le dernier brevet lié au STELARA dans le registre des brevets est venu à expiration.
- **Début 2022** : JAMP a créé sa division BioJAMP.
- **25 juillet 2022** : Janssen a demandé l'inscription d'un brevet (« brevet 837 ») au registre des brevets pour le STELARA.
- **15 novembre 2022** : Au nom du ministre fédéral de la Santé, le Bureau des présentations et de la propriété intellectuelle (« BPPI ») a rendu une décision défavorable par laquelle il refusait l'inscription du brevet 837 au registre des brevets pour le STELARA.
- **14 décembre 2022** : Janssen a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du BPPI.

- **18 avril 2023** : Santé Canada a délivré un avis de conformité à Janssen approuvant la mise en marché du FINLIUS, une autre marque du médicament STELARA qui est produite de la même manière que ce dernier (sauf pour l'image de marque et l'emballage) et est indiquée pour traiter les mêmes maladies. Le FINLIUS n'est pas un médicament biosimilaire.
- **26 avril 2023** : Janssen a demandé le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le BPPI a refusé d'inscrire le brevet 837 au registre des brevets pour le FINLIUS.
- **24 mai 2023** : La Cour fédérale a ordonné la suspension du deuxième contrôle judiciaire engagé par Janssen à l'égard de la décision du BPPI relative au FINLIUS, comme convenu entre les parties, en attendant l'issue du contrôle judiciaire de la décision du BPPI relative au STELARA.
- **21 juin 2023** : La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par le BPPI le 15 novembre 2022 concernant le STELARA. La version publique de la décision a été publiée en juillet 2023 : *Janssen Inc c Canada (Santé)*, 2023 CF 870.
- [REDACTED] : Janssen Biotech Inc. et Johnson & Johnson, ainsi qu'Alvotect hf (« Alvotect ») et JAMP, ont conclu un accord de règlement et de licence.
- [REDACTED]
- **8 novembre 2023** : JAMP a reçu un avis de conformité de Santé Canada pour son produit biosimilaire à base d'ustekinumab, le Jamteki, aux fins du traitement du psoriasis en plaques et de l'arthrite psoriasique, mais pas de la maladie de Crohn ni de la colite ulcéreuse (c'est-à-dire pas pour le traitement des MICI). Le Jamteki n'est pas non plus approuvé pour le traitement du psoriasis chez les mineurs.
- **21 novembre 2023** : La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de la décision rendue par la Cour fédérale le 21 juin 2023 (*Janssen Inc c Canada (Santé)*, 2023 CAF 229).
- **27 décembre 2023** : Amgen Canada Inc. a reçu un avis de conformité pour son propre médicament biosimilaire à base d'ustekinumab, le Wezlana.
- **28 février 2024** : Janssen s'est désistée de la demande de contrôle judiciaire qu'elle avait présentée en avril 2023 relativement au refus du BPPI d'inscrire le brevet 837 au registre des brevets pour le FINLIUS (par suite d'une demande de mise à jour de la Cour fédérale).
- **1^{er} mars 2024** : JAMP a mis en marché le Jamteki, un médicament biosimilaire à base d'ustekinumab destiné à faire concurrence au STELARA.
- **1^{er} mars 2024** : Amgen a mis en marché son médicament biosimilaire à base d'ustekinumab, le Wezlana.

- [REDACTED] : Janssen et Celltrion se sont entendues sur les modalités d'inclusion du médicament biosimilaire à base d'ustekinumab de Celltrion, le Steqeyma, dans le programme BioAdvance de Janssen.
- **2 juillet 2024** : Le FINLIUS, le deuxième médicament de marque de Janssen à base d'ustekinumab, est mis en marché.
- **26 juillet 2024** : JAMP a déposé la demande de permission en l'espèce visée au paragraphe 103.1(7) de la Loi.

B. 30 juillet 2024 : Celltrion a reçu un avis de conformité pour son médicament biosimilaire à base d'ustekinumab, le Steqeyma.

B. La pratique contestée d'agissements anticoncurrentiels pourrait-elle faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal fondée sur l'article 79?

(1) Le contrôle d'une « catégorie ou espèce d'entreprises »

[87] Je suis convaincu que, pour les besoins de la demande en l'espèce uniquement, il y a suffisamment d'éléments de preuve convaincants et crédibles pour faire naître la croyance légitime que Janssen contrôlait ou contrôle sensiblement une catégorie ou espèce d'entreprises. En d'autres termes, il y a des éléments de preuve suffisants que Janssen exerçait une puissance commerciale dans un marché potentiel pour la fourniture de médicaments à base d'ustekinumab au Canada, étant donné la preuve au dossier concernant l'existence d'un fournisseur unique d'ustekinumab jusqu'au 1^{er} mars 2024 et la part de marché persistante de Janssen après août 2021 (99,8 % en mai 2024 selon un affidavit), les barrières réglementaires et commerciales à l'entrée sur le marché et la stabilité du prix de STELARA jusqu'en 2024. Dans l'analyse ci-dessous, j'utiliserai ce marché de produits possible aux fins de la demande de permission présentée en l'espèce et, par souci de commodité, je le désignerai comme étant un « marché ».

(2) Effet d'un accord contenant [REDACTED]

[88] En [REDACTED], Janssen Biotech Inc et Johnson & Johnson (désignés dans cet accord comme « Janssen ») et Alvotech et JAMP ont conclu un accord de règlement et de licence. [REDACTED]

[89] En outre, dans l'accord de règlement et de licence :

(a) [REDACTED]

[REDACTED]

(b) [REDACTED]

[REDACTED]

[Non souligné dans l'original.]

(c) [REDACTED]

[90] Dans la demande en l'espèce, les parties ont échangé des observations qui divergeaient sur la portée et l'effet de [REDACTED]. Elles étaient également en désaccord sur le fait que le Tribunal ait compétence pour interpréter et appliquer les termes de l'accord de règlement et de licence, aussi bien à titre d'entente intervenue entre deux parties privées que du résultat de [REDACTED].

[91] Aucune des parties n'a laissé entendre dans la demande en l'espèce que l'accord de règlement et de licence était, pour une raison quelconque, inapplicable.

[92] Pour ce qui a trait au choix de la juridiction, les deux parties ont attesté et accepté, comme en fait foi leur comportement, que le Tribunal examine et applique l'accord de règlement et de licence dans le cadre de la présente demande de permission. JAMP l'a fait en déposant la demande et en s'appuyant sur cet accord afin d'expliquer pourquoi elle a retardé le lancement du Jamteki au 1^{er} mars 2024 [affidavit de Sukhad Juneja, para 54; observations de JAMP, para 33]. Janssen l'a fait en s'appuyant sur les modalités [REDACTED] dans la preuve qu'elle a présentée et ses observations en réponse [affidavit d'Andy Williams, para 47–50 et pièce 62; observations de Janssen, para 25–26, 58, 93, 96, 100].

[93] Compte tenu de mes conclusions ci-dessous, il n'est pas nécessaire d'appliquer les modalités de [REDACTED] à la présente demande. Je ferai néanmoins deux observations concernant la disposition [REDACTED]. Premièrement, d'un point de vue pratique, le Tribunal devrait être en mesure de décider si [REDACTED] empêche le dépôt d'une demande proposée qui fait l'objet d'une demande de permission visée à l'article 103.1. S'il ne tenait pas compte de l'effet possible de [REDACTED], le Tribunal ne pourrait pas jouer son rôle de filtrage relativement à une demande présentée en vertu de l'article 103.1, ce qui pourrait aussi entraîner une perte de temps et d'argent pour les parties ainsi qu'un gaspillage des ressources du Tribunal.

[94] Deuxièmement, aux fins de la permission visée au paragraphe 103.1(7), la portée de [REDACTED] en l'espèce ne touche que [REDACTED]. Ainsi, pour avoir une incidence dans la présente instance, les faits sous-tendant la plainte présentée au titre des alinéas 79(1)a) ou b) doivent avoir eu lieu [REDACTED]. Les agissements et le comportement invoqués par JAMP dans sa demande proposée visée à l'article 79 se sont produits [REDACTED]. Aucune des parties n'a fait valoir d'arguments qui concernent le moment où une plainte pour abus de position dominante peut être déposée au titre de l'article 79 ni l'effet de [REDACTED].

(3) Pratique alléguée d'agissements anticoncurrentiels aux termes de l'alinéa 79(1)a)

[95] La question à trancher pour l'application de l'alinéa 79(1)a) est celle de savoir si Janssen a adopté à une « pratique d'agissements anticoncurrentiels ». Une « pratique » au sens de cet alinéa s'entend de plus qu'un acte anticoncurrentiel isolé et peut être composée de différents agissements anticoncurrentiels considérés ensemble : *NutraSweet*, à la p 35; *TREB TC*, au para 273; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 RCF 3 (« *Tuyauteries Canada CAF I* ») au para 60.

[96] Les agissements anticoncurrentiels sont décrits à l'article 78 et certains exemples figurent aux alinéas 78(1)a) à j). En 2022, le législateur a modifié le libellé du préambule du paragraphe 78(1), qui énonce maintenant qu'un « agissement anticoncurrentiel » s'entend, pour l'application de l'article 79, de « tout agissement destiné à avoir un effet négatif visant l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas d'un concurrent, ou à nuire à la concurrence, notamment les agissements suivants [...] » : voir LC 2022, c 10, art 261(1).

[97] Se reportant au préambule du paragraphe 78(1), JAMP soutient que les agissements de Janssen ont eu un effet négatif visant l'exclusion ou la mise au pas de JAMP en tant que concurrente, ou étaient destinés à nuire à la concurrence. JAMP a fait valoir que certains agissements relèvent d'alinéas précis du paragraphe 78(1), à savoir les alinéas d), i) et j).

[98] Selon JAMP, les agissements de Janssen peuvent être qualifiés d'anticoncurrentiels parce que leur but subjectif et objectif est [TRADUCTION] « d'avoir un effet négatif visant l'exclusion de JAMP et d'autres fournisseurs de biosimilaires » qui sont en concurrence avec le STELARA et parce que leur but subjectif et objectif est de nuire à la concurrence en permettant à Janssen de maintenir ses prix élevés pour le STELARA et de conserver sa part de marché élevée (d'après *Tuyauteries Canada CAF I*, au para 66).

[99] JAMP a souligné les résultats de deux enquêtes du Bureau de la concurrence : un énoncé de position daté du 20 février 2019, intitulé *Enquête sur des allégations de comportement anticoncurrentiel visant Janssen*¹ et un énoncé de position daté du 27 juin 2022, *Achèvement de l'enquête préliminaire sur les médicaments biologiques réétiquetés*².

[100] Le Tribunal doit décider s'il existe des éléments de preuve suffisamment convaincants pour qu'on puisse croire de bonne foi que la pratique d'agissements anticoncurrentiels reprochés à Janssen puisse faire l'objet d'une ordonnance fondée sur l'alinéa 79(1)a).

[101] Je prends acte d'abord que la demande proposée par JAMP concerne des agissements anticoncurrentiels présumés de la part d'un défendeur prétendument dominant qui exerçait un monopole en vertu du régime de brevets prévu par la loi jusqu'au mois d'août 2021. JAMP souhaite intenter une action en justice, au sens large, contre une défenderesse qui, selon elle, est une entité dominante désireuse de protéger sa position dominante, de maintenir sa puissance commerciale sensible et de continuer de fournir ses produits à des prix élevés, face à de nouveaux venus sur le marché, dont JAMP, qui cherchent à prendre de l'expansion et à se tailler une part du marché.

[102] Je suis conscient également que la concurrence dans le marché visé dépend non seulement des fournisseurs qui proposent le produit biologique et les biosimilaires, mais aussi des patients, de leurs médecins, des assurances publiques et privées applicables et des indications disponibles pour chaque médicament de rechange approuvé par Santé Canada.

[103] Certains patients traités à l'ustekinumab sont couverts par les régimes publics d'assurance soins de santé en vigueur dans chaque province et territoire au Canada. Certains patients bénéficient d'une assurance privée, par exemple par l'entremise de leur emploi, qui rembourse une partie des frais. D'autres reçoivent le médicament gratuitement (p. ex., pour des raisons de compassion).

[104] La concurrence sur le marché de l'approvisionnement en ustekinumab concerne les médecins qui rédigent des ordonnances pour leurs patients, nouveaux ou existants – ces derniers au moment important où ceux qui prennent actuellement du STELARA peuvent être obligés de passer à un autre produit, parce que le STELARA n'est plus inscrit dans la liste publique de médicaments dans leur province ou n'est plus couvert par l'assurance privée, et qu'il est remplacé par un biosimilaire inscrit ou couvert. Autrement dit, s'il veut poursuivre son traitement et être remboursé, le patient doit passer à un biosimilaire. En 2024, des dates différentes ont été annoncées par les régimes provinciaux pour l'ajout des biosimilaires aux listes des médicaments assurés ainsi que pour la fin de la couverture du STELARA. La preuve relative aux modifications apportées à la couverture offerte par les régimes d'assurance privés touchant le STELARA, le Jamteki, le FINLIUS et d'autres n'est pas claire dans le dossier (mais certains régimes suivent sans doute la liste publique).

¹ <https://bureau-concurrence.canada.ca/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/enonces-position/achevement-lenquete-preliminaire-medicaments-biologiques-reetiquetes>

² <https://bureau-concurrence.canada.ca/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/enonces-position/achevement-lenquete-preliminaire-medicaments-biologiques-reetiquetes>

[105] En outre, comme il est indiqué plus haut, les médicaments à base d’ustekinumab n’ont pas les mêmes indications (c’est-à-dire que Santé Canada n’a pas délivré d’avis de conformité pour toutes les utilisations thérapeutiques possibles). Le Jamteki de JAMP n’est pas indiqué pour les MICI – mais le STELARA et le FINLIUS le sont. Compte tenu du nombre de patients plutôt que du nombre d’unités d’ustekinumab fournies, les patients atteints d’une MICI semblent représenter plus de [REDACTED]. Autrement dit, le Jamteki ne livre pas concurrence sur la totalité du marché de l’ustekinumab au Canada.

(a) L’allégation de « manipulation » du système réglementaire et de poursuites « de mauvaise foi »

[106] Le Tribunal s’est penché sur des poursuites « de mauvaise foi », réellement engagées ou brandies comme menaces, pour savoir si elles constituaient des agissements anticoncurrentiels dans deux décisions antérieures : *Canada (Director of Investigation & Research) v Laidlaw Waste Systems Ltd* (1992), 40 CPR (3d) 289 (Trib conc) (« *Laidlaw* »), aux pp 343–344 (et voir les pp 309–314) et *Le directeur des enquêtes et recherches c Télé-Direct (Publications) Inc* (1997), 73 CPR (3d) 1 (Trib conc) à la p 339. Il s’est exprimé ainsi dans la décision *Télé-Direct*, à la page 339 :

Les poursuites intentées de « mauvaise foi » ou les poursuites que les demandeurs savent ne pas être fondées, qui sont employées pour étouffer ou entraver la concurrence, peuvent constituer une technique d’éviction. Pour citer Robert Bork, [TRADUCTION] « [l]es poursuites intentées de mauvaise foi sont théoriquement l’une des techniques d’éviction les plus prometteuses ».

[107] Pour en savoir davantage sur la nature des litiges « de mauvaise foi », voir aussi *Harris v GlaxoSmithKline Inc*, 2010 ONSC 2326 en particulier au paragraphe 128 (conf par 2010 ONCA 872 au para 55).

[108] En l’espèce, JAMP soutient que Janssen a « manipulé » le processus réglementaire en tentant d’inscrire un brevet supplémentaire (le « brevet 837 ») au registre des brevets contre le STELARA, sachant que cette mesure dissuaderait un fabricant de biosimilaires de lancer un nouveau médicament concurrent, en raison soit du délai de suspension automatique de 24 mois d’un avis de conformité énoncé dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (si le brevet était inscrit), soit d’une poursuite possible en dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet si le nouveau médicament concurrent était lancé [TRADUCTION] « à risque ». Les « revenus extraordinaires » tirés du STELARA exposeraient à des [TRADUCTION] « dommages-intérêts catastrophiques » le fabricant de biosimilaires à risque.

[109] JAMP allègue que Janssen (i) savait qu’il était « très peu probable » que le ministre de la Santé accepte d’inscrire le brevet 837 sur la liste des médicaments brevetés, à cause du non-respect des délais, et (ii) a sollicité en vain un contrôle judiciaire à la Cour fédérale puis interjeté appel ensuite sans succès à la Cour d’appel fédérale, sachant qu’il y avait très peu de chances que ces deux démarches aboutissent. Selon JAMP, ces procédures constituaient un recours aux tribunaux ayant abouti à un [TRADUCTION] « échec prévisible et total », mais elle

a fait valoir que Janssen avait réussi à atteindre son objectif concurrentiel véritable, c'est-à-dire avertir les fabricants de biosimilaires de ne pas tenter d'entrer sur le marché tant que le litige était en cours.

[110] Janssen a nié ces allégations mais n'a pas présenté beaucoup d'arguments dans la présente instance pour justifier son dépôt réglementaire ou ses poursuites. Elle a plutôt fait valoir que la position de JAMP était bloquée par les modalités de [REDACTED] et que, sur le plan factuel, l'argument de JAMP n'était pas fondé, parce que l'entreprise ne pouvait pas entrer sur le marché de la fourniture de médicaments à base d'ustekinumab jusqu'à ce qu'elle obtienne un avis de conformité et qu'en raison d'événements sous son contrôle, l'avis de conformité pour le Jamteki ne lui a été délivré que le 8 novembre 2023.

[111] Je ne suis pas persuadé que JAMP ait présenté suffisamment d'éléments de preuve convaincants à ce sujet pour amener à croire de bonne foi que les agissements anticoncurrentiels allégués font partie d'une pratique qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance fondée sur l'alinéa 79(1)a).

[112] Tout d'abord, dans ses observations relativement à la demande en l'espèce, JAMP n'a pas analysé le bien-fondé du dépôt de la liste de brevets ou de la demande de contrôle judiciaire de Janssen (y compris les motifs de 70 pages de la Cour fédérale) pour tenter de montrer qu'ils étaient non fondés (ou « voués à l'échec » comme JAMP l'a affirmé) ni sans aucun fondement objectif : voir les discussions dans les décisions *Laidlaw*, *Télé-Direct* et *Harris*, ci-dessus. Dans sa preuve par affidavit, JAMP estime que la décision du BPPI était simple, tout comme celles des tribunaux ayant considéré que le dépôt de Janssen avait été fait en dehors des délais, mais les décisions judiciaires n'étaient pas aussi simples que JAMP l'affirme. JAMP n'a pas présenté d'observations et n'a produit aucune preuve appuyant l'argument selon lequel les dépôts ou les poursuites de Janssen ont fait grimper les coûts pour JAMP.

[113] Ensuite, pour que le Tribunal en vienne à conclure qu'une ordonnance pourrait être rendue au titre de l'article 79, JAMP doit également présenter des éléments de preuve suffisants qui font naître la croyance légitime que la prétendue poursuite « de mauvaise foi » ou l'utilisation abusive du processus réglementaire a eu un effet négatif visant l'exclusion puisqu'elles ont retardé l'entrée de JAMP sur le marché ou ont nui à la concurrence de la même manière. Autrement, l'agissement supposément anticoncurrentiel ne relèverait pas de l'article 78.

[114] Cependant, il n'existe aucune preuve que l'entrée de JAMP dans le marché ait vraiment été retardée. Plusieurs points importants méritent d'être soulignés ici. D'une part, comme Janssen l'a souligné dans ses observations, JAMP n'aurait pas pu entrer sur le marché de la fourniture de médicaments à base d'ustekinumab avant d'avoir reçu l'avis de conformité pour le Jamteki, le 8 novembre 2023. Les éléments de preuve présentés par JAMP ont confirmé qu'un médicament biologique ne peut être commercialisé ou vendu au Canada sans un avis de conformité (entre autres). Il ne ressort pas non plus de la preuve ou des observations de JAMP que les dépôts réglementaires de Janssen ou les procédures de contrôle judiciaire ont eu une incidence sur la date de délivrance de l'avis de conformité pour le Jamteki, ni qu'ils ont retardé les dépôts de JAMP antérieurs à l'obtention de cet avis de conformité. Lorsque cet avis a été délivré, le 8 novembre 2023, la Cour fédérale avait déjà rendu sa décision sur la demande de

contrôle judiciaire. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel le 21 novembre 2023. D'autre part, JAMP a lancé le Jamteki le 1^{er} mars 2024, [REDACTED] conformément à l'accord de règlement et de licence – un accord dont JAMP n'a pas contesté le caractère exécutoire.

[115] Dans ce contexte, JAMP n'a pas démontré que l'incertitude ou le risque d'une action en dommages-intérêts qui aurait pu exister en raison de la prétendue poursuite « de mauvaise foi » ou de la manipulation du système réglementaire – qu'une demande éventuelle ait ou non été bloquée par [REDACTED] dans l'accord de règlement et de licence – ait eu un effet négatif visant l'exclusion ou nuire à la concurrence en raison de l'entrée retardée de JAMP sur le marché de la fourniture de médicaments à base d'ustekinumab.

[116] Par souci d'intégralité sur ce deuxième point, je souligne être conscient du fait que le Tribunal, à la page 344 de la décision *Laidlaw*, a cité un extrait plus long de l'ouvrage du professeur Bork, spécialiste en droit antitrust américain, intitulé *The Antitrust Paradox* (1978). La citation précise ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'auteur de la pratique d'éviction ne s'attend pas nécessairement à ce que l'entrée soit totalement bloquée. Il n'espère peut-être que la retarder. La poursuite de mauvaise foi devient alors une tactique utile contre les entreprises de toute taille, indépendamment de leurs réserves relatives, car il vaut peut-être la peine d'assumer les coûts d'un procès pour retarder d'un an ou de plusieurs années l'entrée d'un rival sur un marché lucratif. Dans ce cas, une éviction réussie n'exige pas que son auteur soit en mesure d'imposer des coûts plus élevés à la victime, qu'il dispose de réserves plus importantes que cette dernière ou qu'il ait un meilleur accès à des capitaux qu'elle. Aucune autre technique d'éviction n'est en mesure d'échapper à toutes ces exigences, et ce fait illustre à la fois le danger et la probabilité de pratiques d'éviction grâce à l'utilisation abusive des processus gouvernementaux.

[117] Bien que JAMP n'en ait pas fait mention, cet extrait ne l'aide pas à obtenir gain de cause en l'espèce pour les raisons indiquées ci-dessus. Bien entendu, depuis la publication de l'ouvrage du professeur Bork en 1978, qui est cité dans la décision *Laidlaw* en 1992, le droit antitrust américain a aussi énormément évolué dans ce domaine : voir p ex D. Carson et S. Russell, « Circuits Reinforce Split over When Noerr-Pennington Shields Serial Litigants », *The Antitrust Source* (février 2021) aux pp 1–14.

- (b) Par conséquent, je ne peux conclure que JAMP ait fourni suffisamment d'éléments de preuve convaincants d'agissements anticoncurrentiels à cet égard pour m'amener à croire de bonne foi qu'une ordonnance pourrait être rendue au titre de l'alinéa 79(1)a) de la *Loi sur la concurrence*.

(b) Les allégations de pratique d'agissements anticoncurrentiels en lien avec le FINLIUS

[118] JAMP a également soutenu que le Tribunal devrait lui accorder la permission de présenter une demande fondée sur l'article 79 en raison des agissements ou du comportement de Janssen en lien avec le FINLIUS. Selon elle, Janssen a employé la [TRADUCTION] « stratégie » qu'elle avait mise au point pour le Remicade en créant de l'incertitude sur le marché afin de ralentir le passage des patients du STELARA aux médicaments biosimilaires moins chers. Premièrement, Janssen a demandé et obtenu l'approbation de Santé Canada pour commercialiser le FINLIUS à titre de médicament réétiqueté à base d'ustekinumab. JAMP est d'avis que Janssen a agi ainsi délibérément après avoir vendu le STELARA pendant des années et a utilisé le FINLIUS comme « marque de combat » en obtenant un avis de conformité juste au moment où ses concurrents cherchaient à offrir leurs médicaments biosimilaires aux patients, aux prescripteurs et aux assureurs publics et privés, et ce, dans le but de retarder l'entrée de ces biosimilaires sur le marché, d'entraver l'expansion des concurrents sur le marché ou d'éliminer ces derniers du marché. JAMP propose de faire valoir les arguments suivants dans sa demande fondée sur l'article 79 :

- (a) Janssen aurait de nouveau déposé une poursuite [TRADUCTION] « de mauvaise foi » à la Cour fédérale après avoir cherché à faire inscrire le brevet 837 au registre des brevets pour le FINLIUS, ce que Santé Canada a refusé de faire;
- (b) Janssen aurait vendu le FINLIUS à des prix destinés à nuire aux concurrents cherchant à attirer de nouveaux patients pour leurs médicaments biosimilaires, ce qui constituait soit une pratique de prix d'éviction, soit une pratique faisant en sorte que les rivaux n'étaient pas en mesure de récupérer leurs coûts;
- (c) Janssen aurait fourni le STELARA [REDACTED] aux patients qui prenaient déjà le médicament afin d'éviter qu'ils passent à un biosimilaire avant la mise en marché du FINLIUS (ou du Steqeyma de Celltrion);
- (d) Janssen aurait envoyé des communications trompeuses aux patients, aux prescripteurs et aux assureurs publics et privés afin de créer de l'incertitude, de sorte que moins de patients ont changé de médicament et que moins de nouvelles ordonnances ont été délivrées.

[119] Les allégations de poursuites « de mauvaise foi » relativement au FINLIUS : En ce qui a trait à la deuxième poursuite « de mauvaise foi » que Janssen aurait déposée à la Cour fédérale, JAMP affirme que Janssen, après que le BPPI ait eu rejeté sa demande d'inscription du brevet 837 au registre des brevets pour le FINLIUS, a une fois de plus sollicité un contrôle judiciaire en déposant un avis de demande le 26 avril 2023. Les parties ont convenu de suspendre cette instance en attendant que la demande de contrôle judiciaire de la décision du BPPI relative au STELARA soit tranchée, comme je l'ai indiqué plus haut. La suspension a été ordonnée le 24 mai 2023, et Janssen s'est désistée de l'instance le 28 février 2024.

[120] Comme pour l'autre demande de contrôle judiciaire que Janssen a présentée à la Cour fédérale, JAMP n'a pas expliqué pourquoi la demande de contrôle judiciaire de la décision relative au FINLIUS était [TRADUCTION] « sans fondement » ou n'était pas objectivement

fondée. De plus, aucune preuve convaincante et crédible ne montre que cette instance ait eu comme effet négatif d'exclure un concurrent, qu'elle ait créé de l'incertitude ou qu'elle ait nui à la concurrence. Janssen s'est désistée de sa demande de contrôle judiciaire le 28 février 2024, soit juste avant le 1^{er} mars 2024, date à laquelle le Jamteki a été mis en marché [REDACTED].

[121] Le FINLIUS comme « marque de combat » : À l'alinéa 78(1)d), le législateur considère anticoncurrentielle « l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent ». Ces marques de combat n'ont pas fait l'objet de décisions du Tribunal dans des affaires faisant intervenir les articles 78 et 79. Dans le domaine de la concurrence, elles sont généralement comprises comme elles sont décrites dans la Loi : une entreprise les introduit à bas prix sur le marché et les commercialise de manière persuasive afin d'éliminer un ou plusieurs concurrents d'un marché, de sorte qu'elle puisse continuer à vendre la marque principale à un prix élevé. Au fil du temps, l'entreprise peut compenser les pertes découlant de la vente de la marque de combat par la vente de la marque à prix élevé, après que les rivaux aient été éliminés du marché ou que leur présence sur celui-ci ait été affaiblie, et que l'entreprise ait retiré sa marque de combat.

[122] La plupart des allégations que JAMP a formulées à l'égard du FINLIUS ne peuvent pas être rattachées à l'alinéa 78(1)d), car le FINLIUS n'a été mis en marché que le 2 juillet 2024. JAMP ne fait pas valoir qu'elle a été éliminée du marché après le 2 juillet 2024 à cause du FINLIUS et n'expose pas en détail l'effet négatif d'exclusion que ce médicament aurait eu dans les trois semaines précédant le dépôt de la demande en l'espèce, à la fin du mois de juillet. Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve convaincants dans la présente instance pour faire naître la croyance légitime que le FINLIUS pourrait être une « marque de combat » aux termes de l'alinéa 78(1)d).

[123] Les allégations de prix d'éviction : L'acte anticoncurrentiel visé à l'alinéa 78(1)i) est décrit comme « le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent ». Le Tribunal a examiné ce genre d'agissements dans la décision *NutraSweet*, aux pages 73 à 78. Il a aussi décrit les prix d'éviction dans la décision *Télé-Direct*, à la page 294 :

L'allégation de pratique de prix d'éviction consiste essentiellement à affirmer que l'entreprise renonce à court terme à des revenus en coupant les prix de façon à chasser ses rivaux et à se donner ainsi, grâce aux bénéfices plus élevés que l'absence de concurrence lui permettra de réaliser à plus long terme, la possibilité de récupérer ses pertes et davantage. Il est difficile de prouver une telle allégation parce qu'à court terme, à tout le moins, les consommateurs semblent profiter des prix moins élevés. De plus, une telle pratique ne peut réussir que si son auteur peut se maintenir plus longtemps que ses rivaux et s'il peut raisonnablement escompter récupérer ses pertes.

[124] JAMP a fait référence au prix fixé par Janssen pour le Remicade, mais n'a présenté aucune preuve directe indiquant que l'entreprise vendait le FINLIUS à des prix d'éviction. Elle s'est appuyée sur le fait que Janssen a fourni le STELARA [REDACTED].

[125] Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve crédibles et convaincants permettant de croire de bonne foi que Janssen vend le FINLIUS à des prix d'éviction. Le FINLIUS n'a été mis en marché que trois semaines avant que JAMP dépose la demande de permission en l'espèce. Il semble aussi que son prix n'était pas [REDACTED] [REDACTED] durant cette période (voir l'affidavit d'Amélie Faubert, au para 35; l'affidavit d'Andy Williams, aux para 15–16 et 18, ainsi que les pièces 12–14).

[126] JAMP a fait valoir que Janssen avait fourni [REDACTED] STELARA aux patients, mais n'a présenté que peu d'éléments de preuve à ce sujet dans sa demande initiale. Dans son affidavit en réponse, M. Williams a affirmé que [TRADUCTION] « [Janssen] fournissait le STELARA gratuitement aux nouveaux patients qui se le faisaient prescrire et qui soit n'avaient pas d'assurance privée, soit avaient une assurance publique qui ne couvrait plus le STELARA, et ce, jusqu'à ce que le Steqeyma soit mis en vente au Canada ». Dans sa réplique, JAMP a souligné que, selon la preuve présentée par Janssen, [REDACTED] des patients qui prenaient du STELARA l'avaient reçu [REDACTED]. Elle a plaidé que Janssen utilisait le programme BioAdvance afin d'attirer [REDACTED] de patients. Au paragraphe 15 de sa contre-réplique, Janssen a soutenu que la position de JAMP était [TRADUCTION] « fondée sur des conjectures » et que le fait de fournir [REDACTED] de STELARA à des patients n'était pas un acte anticoncurrentiel, mais une mesure destinée à les aider.

[127] Janssen a fourni du STELARA [REDACTED] à certains patients inscrits à BioAdvance par compassion. On ne sait pas à quel moment elle a commencé à offrir du STELARA [REDACTED] à certains patients, ni non plus si leur nombre (ou proportion) a changé au fil du temps. Un document que Janssen a présenté en réponse et sur lequel JAMP s'est appuyée dans sa réplique montre brièvement que du STELARA [REDACTED] a été fourni à des patients, dont des personnes atteintes d'une MICI, dès le 21 juin 2024. À ce moment, environ [REDACTED] des patients aux prises avec une MICI et (comme l'a indiqué JAMP) environ [REDACTED] des patients en général recevaient du STELARA [REDACTED] (voir l'affidavit d'Andy Williams, pièce 8). Il est cependant difficile de voir comment la fourniture de STELARA à des patients atteints d'une MICI aurait pu avoir comme effet négatif d'exclure JAMP du marché étant donné que le Jamteki n'était pas indiqué pour traiter les MICI. [REDACTED]. Selon des documents de formation remontant à février 2024 (quatre mois plus tôt), près de la même proportion ([REDACTED] selon les calculs du Tribunal) des patients atteints d'une MICI recevaient alors du STELARA [REDACTED] (voir l'affidavit d'Andy Williams, pièce 11). Même si les quelques données sur ce point sont très limitées (elles sont présentées par patient et non par unité, et aucune n'est antérieure à la mise en marché de médicaments biosimilaires), elles n'indiquent pas que Janssen fournissait du STELARA aux patients soignés pour une MICI [REDACTED] dans une proportion plus élevée ou croissante après la commercialisation de médicaments biosimilaires concurrents en mars 2024. La preuve au dossier n'exclut pas totalement la possibilité que Janssen fournisse temporairement [REDACTED] de STELARA à des patients qui ne souffrent pas d'une MICI jusqu'à ce qu'ils puissent prendre du FINLIUS, mais montre que Janssen offre du STELARA [REDACTED] à une proportion inconnue de patients par compassion. JAMP n'a pas non plus mis en lumière des éléments de preuve établissant, par exemple, que la fourniture gratuite de STELARA à des patients qui ne présentent pas une MICI avait changé après la mise en marché de médicaments biosimilaires. Je souligne que Janssen, dans ses documents de formation internes et dans ses communications aux médecins, affirmait

que [REDACTED]

(p. ex., voir l'affidavit d'Andy Williams, pièces 11, 25).

[128] Je conclus que la preuve au dossier concernant la fourniture de STELARA, par Janssen, à des patients pour [REDACTED] n'est ni suffisante ni convaincante, et ne m'amène pas à croire de bonne foi que ces agissements anticoncurrentiels seraient susceptibles de faire partie d'une pratique visée à l'article 78 et à l'alinéa 79(1)a pour laquelle le Tribunal pourrait rendre une ordonnance.

[129] **Les communications aux médecins, aux assureurs et aux patients :** Selon JAMP, Janssen aurait créé de l'incertitude et retardé l'arrivée de concurrents en utilisant son programme de soutien aux patients (BioAdvance) de manière abusive. Ainsi, Janssen i) aurait envoyé aux médecins prescripteurs des communications [TRADUCTION] « intentionnellement vagues » quant à l'existence d'un autre médicament à base d'ustekinumab et au fait que ce médicament, le FINLIUS, était peut-être un nouveau biosimilaire susceptible de remplacer le STELARA et d'être couvert par certains assureurs publics (sans préciser qu'il s'agissait de son médicament d'origine réétiqueté à base d'ustekinumab, le STELARA); ii) aurait énoncé des [TRADUCTION] « demi-vérités » aux médecins prescripteurs et ne leur aurait pas transmis toute l'information dans les communications qui leur étaient destinées – JAMP s'est reportée aux déclarations de Janssen, qui aurait affirmé qu'il n'était pas nécessaire de passer du STELARA à un médicament biosimilaire parce qu'elle cherchait à garder les patients dans son programme BioAdvance jusqu'à ce qu'elle commercialise le FINLIUS ou qu'elle puisse leur offrir un médicament biosimilaire; iii) se serait servie de BioAdvance pour recruter de nouveaux patients auprès des assureurs et les orienter, de même que leur médecin, vers un médicament qu'elle fabriquait. Dans sa réponse, Janssen a fourni en preuve les présentations qu'elle utilisait pour former ses employés, mais selon JAMP, elle avait délibérément fait la promotion de ses médicaments oralement pour éviter de laisser des traces écrites.

[130] Janssen a fermement nié avoir induit les médecins en erreur en leur laissant entendre que le FINLIUS était un biosimilaire et a souligné qu'aucune preuve directe provenant d'un médecin prescripteur ou d'un assureur n'étayait la position de JAMP. Janssen soutenait essentiellement que les communications étaient inoffensives du point de vue de la concurrence. Pour justifier les déclarations qu'elle a faites à propos de l'existence d'un autre médicament à base d'ustekinumab, Janssen s'est appuyée sur ses négociations, alors confidentielles, avec Celltrion [REDACTED] concernant la production d'un biosimilaire (qui a finalement été commercialisé en tant que Steqeyma).

[131] JAMP a fourni en preuve des communications écrites du 1^{er} et du 7 mai 2024 que Janssen avait transmises à des professionnels de la santé de l'Ontario. Dans son dossier de réponse, Janssen a présenté des communications qu'elle avait envoyées à des médecins prescripteurs ou qui leur étaient destinées (dont les lettres du 1^{er} et du 7 mai 2024 et des documents de formation portant sur les communications aux prescripteurs) entre mars et juillet 2024. Ces communications traitaient de [REDACTED]

. Certaines

[REDACTED] : voir, par exemple, [REDACTED] et les lettres de Janssen, soit celle du 7 mai 2024 adressée aux professionnels de la santé de l'Ontario et de l'Alberta et celle du 28 mai 2024 adressée aux professionnels de la santé du

Québec (voir l'affidavit d'Andy Williams, pièces 10, 47, 48, 49, 50, et l'affidavit d'Amélie Faubert, pièces F12, F13). JAMP s'est appuyée sur l'ensemble de ces éléments de preuve pour étayer son argument que Janssen avait un objectif anticoncurrentiel, en montrant que sa rivale avait induit les médecins en erreur et avait créé de l'incertitude afin de retarder le moment où les patients passeraient à un médicament biosimilaire.

[132] Malgré les arguments que JAMP a vigoureusement soulevés pour appuyer sa position sur les agissements anticoncurrentiels de Janssen, la preuve à cet égard est très mince. La position de JAMP était principalement fondée sur le fait que Janssen n'aurait pas transmis de l'information complète dans ses communications et qu'elle aurait fait des déclarations vagues qui, selon JAMP, auraient créé de l'incertitude chez les médecins ou les auraient amenés à ne pas faire passer leurs patients au Jamteki.

[133] La demande en l'espèce n'est accompagnée d'aucun élément de preuve émanant de médecins prescripteurs qui affirment avoir été induits en erreur par le contenu des communications de Janssen ou par des renseignements incomplets. Une employée de JAMP a déclaré dans un affidavit avoir appris de prescripteurs qui avaient reçu les lettres de Janssen du 1^{er} et du 7 mai 2024 que des représentants de cette dernière avaient appelé des médecins pour leur préciser de vive voix que le biosimilaire ou l'autre médicament à base d'ustekinumab dont il était question dans les lettres était le FINLIUS. Cette déclaration dans l'affidavit de l'employée reposait sur des renseignements et des croyances provenant d'un nombre inconnu de médecins qui traitaient un nombre inconnu de patients. Je suis d'accord avec Janssen pour dire qu'il ne s'agit pas d'un élément de preuve convaincant qui démontre que les médecins ont été induits en erreur ou que l'entreprise a envoyé ces communications à des fins anticoncurrentielles (soit pour exclure ses rivaux).

[134] JAMP a invoqué certains éléments de preuve où des médecins avaient refusé de rencontrer ses représentants, ce qu'elle a qualifié [TRADUCTION] « d'inhabituel ». Cette preuve n'est ni suffisante ni convaincante, et elle ne me permet pas de conclure à un acte anticoncurrentiel de la part de Janssen.

[135] JAMP a également soulevé des arguments concernant la promotion faite par Janssen auprès des assureurs. À titre d'exemple, un document publié par un assureur (Croix Bleue de l'Alberta) en mars 2024 indiquait erronément que le FINLIUS était un biosimilaire, mais aucune preuve directe ne permet de savoir pourquoi cette erreur s'est produite ni si elle est liée à un acte de Janssen, et encore moins à un acte qui serait jugé anticoncurrentiel au sens de l'article 78.

[136] JAMP s'est reportée à un formulaire d'une autre société d'assurance mentionnant le FINLIUS et sur lequel figurait la « date » de mars 2024 dans un coin inférieur de la page, ce qui est antérieur à la mise en marché du médicament par Janssen. Il n'y a pas grand-chose à tirer de cet élément.

[137] Dans sa réplique, JAMP a soutenu que Janssen expliquait [TRADUCTION] « sans équivoque », dans un de ses documents, qu'elle visait à être l'unique fabricante aux yeux des prescripteurs et des patients afin de pouvoir mettre en œuvre ses stratégies d'exclusion de la concurrence. Elle s'est appuyée sur le slogan de Janssen (« UN seul point de contact ») et sur

l'objectif de cette dernière de veiller à ce que les patients restent inscrits à BioAdvance. À mon avis, il ne s'agit pas d'une [TRADUCTION] « preuve irréfutable » que Janssen visait à exclure la concurrence, contrairement à ce qu'affirme JAMP.

[138] JAMP a affirmé que Janssen avait ciblé seulement les assureurs privés pour faire la promotion du FINLIUS dans le but de réduire l'ampleur du marché en litige. Elle n'a pas cerné d'activités précises qui auraient eu comme effet négatif de l'exclure du marché ni expliqué comment les agissements anticoncurrentiels auxquels se serait livrée Janssen auraient entraîné un tel effet. Quoiqu'il en soit, la preuve au dossier ne me permet pas de conclure que Janssen ait agi de manière anticoncurrentielle, au sens de l'article 78, en décidant de faire inscrire le FINLIUS sur les formulaires des assureurs privés ou en faisant des démarches en ce sens (surtout considérant que le marché dont fait partie le Jamteki est déjà un sous-marché de la fourniture d'ustekinumab, étant donné que le Jamteki n'est pas indiqué pour traiter les MICI chez une majorité de patients qui prennent de l'ustekinumab, comme il a été mentionné précédemment).

[139] JAMP s'est appuyée sur le courriel d'un médecin qui mentionnait une communication reçue par un patient, mais cet élément de preuve n'a trait qu'à une seule personne et ne montre pas que Janssen avait l'habitude d'envoyer de telles communications à de nombreux patients.

[140] Je comprends que JAMP, tant sur cette question que dans l'ensemble, cherche à lier un grand nombre d'éléments de preuve entre eux afin de broser un portrait cohérent. Toutefois, la preuve au dossier, y compris celle selon laquelle JAMP aurait subi un effet négatif d'exclusion du marché, est insuffisante pour me permettre de croire de bonne foi que le comportement de Janssen pourrait être anticoncurrentiel au sens de l'article 78 et m'amener à conclure qu'il y avait une pratique qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance aux termes du paragraphe 103.1(7).

[141] **L'acte anticoncurrentiel visé à l'alinéa 78(1j) :** En 2022, le législateur a ajouté l'alinéa 78(1j) comportant un exemple d'acte anticoncurrentiel, à savoir « la réponse sélective ou discriminatoire à un concurrent actuel ou potentiel, visant à entraver ou à empêcher l'entrée ou l'expansion d'un concurrent sur un marché ou à l'éliminer du marché » : voir LC 2022, c 10, art 261(2).

[142] JAMP n'a pas expliqué dans ses observations en quoi la preuve permettrait au Tribunal de conclure que Janssen a eu une « réponse sélective ou discriminatoire » aux termes de l'alinéa 78(1j). Dans ses observations initiales, elle a fait sommairement référence au prix de vente sélectif et discriminatoire du FINLIUS, puis a comparé le moment de la mise en marché du médicament et son prix à ces mêmes données pour le Jamteki et le Wezlana. Dans sa réplique, elle a mentionné le moment où le FINLIUS a été approuvé et mis en marché à des prix qui [REDACTED] après la commercialisation de médicaments biosimilaires, ce que Janssen aurait fait dans le but d'entraver l'expansion de la concurrence. Elle a souligné l'absence de prix [TRADUCTION] « transparents » et a fait valoir qu'il y avait des incohérences dans la preuve que Janssen a présentée en réponse. Je ne peux conclure que ces éléments de preuve viennent étayer la position de JAMP selon laquelle Janssen se serait livrée à des agissements anticoncurrentiels au sens de l'alinéa 78(1j).

[143] Conclusion relative à l’alinéa 79(1)a : L’analyse exposée précédemment m’amène à conclure qu’il n’y a pas de preuve suffisante et convaincante au dossier me permettant de croire de bonne foi que la commercialisation du FINLIUS par Janssen en tant que médicament réétiqueté (ce fait en lui-même ou combiné à la preuve concernant d’autres agissements qu’aurait commis Janssen en lien avec le FINLIUS) pourrait être un acte anticoncurrentiel au sens de l’article 78. La preuve n’étaye pas de manière suffisante et convaincante l’effet négatif d’exclusion du marché qu’auraient eu les activités de Janssen sur JAMP et n’établit pas non plus que ces activités ont nui à la concurrence au sens de l’article 78, notamment les alinéas 78(1)d, i) et j).

(4) Dans l’ensemble, pour les motifs qui précèdent, je conclus que JAMP n’a pas produit suffisamment d’éléments de preuve convaincants et crédibles en l’espèce pour m’amener à croire de bonne foi que la pratique d’agissements anticoncurrentiels reprochée à Janssen puisse faire l’objet d’une ordonnance fondée sur l’alinéa 79(1)a.

(4) Le comportement présumé entraînant une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence visé à l’alinéa 79(1)b)

[144] JAMP sollicite la permission de déposer une demande au titre de l’alinéa 79(1)b), car elle reproche à Janssen d’avoir adopté un « comportement » qui a eu ou est susceptible d’avoir pour effet d’entraîner une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence dans un marché, effet ne résultant pas d’un rendement concurrentiel supérieur. Encore une fois, il ressort des arrêts *B-Filer CAF* et *Symbol Technologies CAF* ainsi que de la jurisprudence connexe du Tribunal que la question qui se pose dans la demande de permission en l’espèce est celle de savoir s’il existe des éléments de preuve suffisants qui sont crédibles et convaincants pour faire naître la croyance légitime qu’une ordonnance puisse être rendue au titre de l’alinéa 79(1)b).

[145] JAMP a fait valoir sommairement qu’elle avait apporté une preuve suffisante d’une diminution ou d’un empêchement sensible de la concurrence. En ce qui concerne le fait d’empêcher sensiblement la concurrence, JAMP a soutenu que, sans le comportement anticoncurrentiel de Janssen, des fabricants rivaux auraient lancé des biosimilaires du STELARA avant mars 2024 et qu’une partie substantielle des ventes de 2,1 milliards de dollars attribuables au STELARA réalisées par Janssen aurait été perdue (soit en raison du déplacement des ventes en faveur des fabricants de biosimilaires, soit en raison de la concurrence par les prix, ou les deux). Selon les observations de JAMP, cette part importante des ventes qui auraient été perdues est le résultat d’une quantification approximative du montant attribuable à l’empêchement, très sensible, de la concurrence entre le 9 août 2021 et le 1^{er} mars 2024.

[146] JAMP a aussi affirmé que le comportement anticoncurrentiel persistant de Janssen a sensiblement réduit la concurrence depuis le lancement du Jamteki. Elle décrit sa position comme suit. Les prévisions qu’elle a établies quant à la demande de Jamteki se fondaient sur les taux de pénétration des biosimilaires pour le médicament adalimumab, que Janssen elle-même (si on se fie à un discours prononcé par un de ses hauts dirigeants) estime représenter la meilleure approximation du taux de pénétration attendu des biosimilaires pour le STELARA.

Les revenus réels de JAMP tirés de la vente du Jamteki sont bien inférieurs aux prévisions, et l'entreprise est d'avis que les ventes d'Amgen sont également en baisse. Selon JAMP, Janssen est à l'origine de ces reculs marqués des ventes, qui se sont produits même si le prix du Jamteki et celui du Wezlana d'Amgen étaient de loin inférieurs à celui du STELARA. JAMP prétend que, n'eût été le comportement anticoncurrentiel de Janssen, elle et Amgen auraient dégagé un chiffre d'affaires nettement supérieur aux ventes réalisées depuis le 1^{er} mars 2024 et que Janssen aurait perdu une partie importante de ses ventes au cours de cette période (soit en raison du déplacement des ventes en faveur de JAMP ou d'Amgen, soit en raison de la concurrence par les prix, ou les deux). Là encore, la perte de ventes a permis de quantifier approximativement la baisse de la concurrence à partir du 1^{er} mars 2024.

[147] Afin d'évaluer s'il y a eu diminution ou empêchement sensible de la concurrence en lien avec la demande en l'espèce, le Tribunal doit décider si le demandeur a présenté des éléments de preuve l'amenant à croire de bonne foi que, sans le comportement de Janssen, il y aurait une concurrence sensiblement plus importante sur le marché pertinent (il s'agit de comparer, sur une base relative, le degré de concurrence dans le monde réel compte tenu de la pratique contestée et le degré de concurrence dans un monde hypothétique où le défendeur n'avait pas adopté le comportement en litige). Le Tribunal doit donc se demander si, d'après les éléments de preuve, le marché serait sensiblement plus concurrentiel en l'absence de la pratique contestée : *Toronto Real Estate Board c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CAF 236, [2018] 3 RCF 563 aux para 82–92; *Tervita Corp c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 RCS 161 aux para 50–51. L'analyse se fait généralement en deux étapes : une analyse du marché où la pratique reprochée n'a pas eu lieu et une analyse du caractère sensible : *AAV TC*, aux para 632–634. La notion de puissance commerciale dans une affaire fondée sur un empêchement sensible de la concurrence entre en jeu puisque Tribunal doit évaluer si la pratique reprochée a protégé, protège ou protégera vraisemblablement la puissance commerciale dont jouit le concurrent dominant en faisant obstacle à une nouvelle concurrence qui, par ailleurs, se serait vraisemblablement concrétisée en l'absence de la pratique reprochée. Lorsqu'une diminution sensible de la concurrence est invoquée, l'accent est mis plus particulièrement sur le fait de savoir si la pratique reprochée a facilité, facilite ou facilitera vraisemblablement l'exercice d'une puissance commerciale nouvelle ou accrue par le concurrent dominant : *AAV TC*, aux para 635–638.

[148] Le Tribunal ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants et convaincants qui l'amènent à croire de bonne foi que la conduite de Janssen ait pu faire diminuer ou empêcher sensiblement la concurrence dans le marché de la fourniture de médicaments à base d'ustekinumab.

[149] Premièrement, JAMP s'est plus ou moins bornée à décrire l'empêchement sensible de la concurrence qu'elle reproche à Janssen. Elle n'a apporté aucune preuve permettant de quantifier des effets sensibles sur le marché (ou une partie importante du marché) et n'a formulé aucune observation sur la puissance commerciale : *Tervita*, au para 64. (Je suis conscient qu'un demandeur sollicitant une décision au titre de l'article 79 peut apporter la preuve d'effets qualitatifs et n'est pas tenu en droit de quantifier tous les effets pouvant l'être : voir *TREB CAF*, aux para 94–96, 99–101).

[150] Deuxièmement, s'il est vrai qu'aucun biosimilaire n'est entré sur le marché pour concurrencer le STELARA entre août 2021 et mars 2024, il est également vrai qu'aucun biosimilaire ne pouvait entrer sur le marché pour la fourniture de médicaments à base d'ustekinumab avant d'avoir reçu un avis de conformité de Santé Canada. Or, JAMP a reçu un avis de conformité pour le Jamteki le 8 novembre 2023 et Amgen a reçu un avis de conformité pour le Wezlana le 27 décembre 2023. JAMP a également conclu l'accord de règlement et de licence, qui envisageait [REDACTED], et elle n'a pas contesté le caractère contraignant de cet accord. Les deux biosimilaires ont été lancés ce jour-là.

[151] Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve convaincants pour faire naître la croyance légitime que le comportement reproché ait empêché sensiblement la concurrence avant le 1^{er} mars 2024.

[152] J'en viens à la période postérieure au 1^{er} mars 2024.

[153] La preuve présentée par JAMP montrait qu'en 2023, les ventes du STELARA au Canada s'élevaient à environ 912,8 millions de dollars. Il semble que le STELARA coûtait environ 4 000 dollars par dose et que, suivant les premières doses, les patients recevaient quatre doses par année. JAMP a présenté certains éléments de preuve au sujet de la substitution obligatoire de médicaments pour les patients existants qui a été imposée par les régimes publics des provinces, conformément aux annonces faites en 2024. Les substitutions requises pour les patients existants variaient d'une province à l'autre, avec des périodes de mise en place progressive. Il y a peu d'information dans le dossier sur la substitution obligatoire pour les patients couverts par des régimes d'assurance privés, qui semblent représenter une plus grande proportion de l'ensemble des patients. L'affidavit ne comportait pas d'estimation du nombre de nouveaux patients à traiter avec l'ustekinumab chaque mois ou chaque année. Chaque province a également annoncé le début de la couverture des biosimilaires pour le traitement de nouveaux patients.

[154] Il faut distinguer la preuve d'effets possibles du comportement de Janssen sur JAMP en tant que concurrent (nouvelle venue sur le marché) et la preuve de l'incidence de ce comportement sur la concurrence relative dans le marché pour la fourniture de l'ustekinumab au Canada. L'analyse du monde hypothétique lorsqu'une entreprise allègue un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence se fonde sur un raisonnement hypothétique concernant le degré de concurrence dans un marché, ou du moins dans une partie importante de ce marché – et non pas concernant l'incidence sur un concurrent. La preuve présentée par JAMP en l'espèce touchait essentiellement les effets qu'aurait eu le comportement de Janssen depuis le 1^{er} mars 2024 sur les ventes de JAMP et sa capacité concurrentielle, plutôt que les effets sur le marché.

[155] Même sur ce fondement plus étroit, les effets éventuels ne concernaient qu'une partie du marché total, car le Jamteki de JAMP n'est pas indiqué pour les patients atteints d'une MICI, qui représentent une majorité de patients et une plus grande proportion des doses d'ustekinumab livrées au Canada. En d'autres termes, le Jamteki n'est un produit concurrent que pour une partie du marché total de la fourniture d'ustekinumab. Par conséquent, toute preuve d'un effet susceptible d'être assimilé à un empêchement ou à une diminution sensible de la concurrence ne viserait qu'un sous-segment du marché.

[156] En outre, l'effet quantifié sur JAMP dont fait état la preuve présentée par l'entreprise se rattachait à des ventes qui étaient de [REDACTED] inférieures aux prévisions et ne visaient que trois mois en 2024.

[157] En outre, Amgen, qui fabrique le Wezlana, n'a fourni aucun élément de preuve en lien avec la demande en l'espèce quant au fait que le comportement de Janssen ait pu l'empêcher de réaliser des ventes plus importantes ou encore inhiber ou réduire sa capacité à rivaliser avec ses concurrents. Je comprends que, selon la définition théorique d'un agissement anticoncurrentiel avancée par JAMP, le comportement de Janssen toucherait les deux nouveaux venus sur le marché de la même manière. Toutefois, cette théorie ne constitue pas la preuve que le comportement reproché a effectivement nui à la capacité concurrentielle relative d'Amgen de la même manière que celle de JAMP, ni qu'elle lui aurait même nui.

[158] Comme je l'ai précisé plus haut, l'effet d'un empêchement ou d'une diminution sensible de la concurrence peut être évalué et être jugé sensible s'il s'étend à une partie importante du marché : AAV TC, au para 640. Cependant, JAMP n'a pas présenté d'observations à cet égard.

[159] J'ai constaté un effet quantifié limité sur un seul concurrent pendant trois mois en 2024. Toute mesure du caractère sensible des effets du comportement de Janssen sur le marché dépendrait d'autres facteurs non négligeables qui pourraient influencer sur l'importance de ces effets, y compris les politiques des assureurs publics et privés, comme l'échelonnement des dates d'entrée en vigueur du passage obligatoire du STELARA à des biosimilaires dans chaque province, ainsi que l'inscription de chaque biosimilaire sur une liste provinciale – et le moment auquel a eu lieu cette inscription, le cas échéant – ou la date à laquelle un assureur privé a commencé à rembourser chaque produit. Ces facteurs n'ont fait l'objet d'aucune preuve permettant de confirmer leur effet sensible sur la concurrence. Il a également été démontré que la concurrence pour les patients existants est tributaire de facteurs différents autres que la concurrence relative aux patients qui commencent à prendre l'ustekinumab. (Voir l'affidavit d'Amélie Faubert, paragraphe 8b)).

[160] La position de JAMP au sujet du comportement ayant entraîné un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence dans le marché après le 1^{er} mars 2024 n'est pas suffisamment étayée par les éléments de preuve versés dans le dossier.

- C. **Pour ces raisons, je conclus que JAMP n'a pas produit suffisamment d'éléments de preuve convaincants et crédibles pour m'amener à croire de bonne foi que le comportement reproché puisse faire l'objet d'une ordonnance en vertu de l'alinéa 79(1)b).**
- C. **JAMP a-t-elle été directement et sensiblement gênée dans son entreprise en raison de la pratique contestée?**

[161] Pour ce qui est du paragraphe 103.1(7), JAMP a soutenu que le comportement de Janssen dans son ensemble a eu un effet direct et sensible sur ses activités relativement à l'ustekinumab et aux biosimilaires, et que cet effet persiste.

[162] Selon le premier argument avancé par JAMP concernant l'effet direct et sensible, la seule partie touchée de son « entreprise » était ses activités liées à l'ustekinumab. Pour JAMP, le terme « entreprise » au paragraphe 103.1(7) devrait recevoir un sens équivalant à l'expression utilisée à l'article 79, c'est-à-dire celui d'une « catégorie ou espèce d'entreprises ». Selon elle, cette approche permettrait d'analyser la concurrence plus en profondeur lorsqu'il faut déterminer si un demandeur a qualité pour introduire une demande fondée sur l'article 79. À titre subsidiaire, JAMP a fait valoir qu'elle avait été directement et sensiblement gênée dans ses activités relatives aux biosimilaires, ce qui nécessiterait l'enquête factuelle envisagée au paragraphe 103.1(7), enquête visant à établir si le comportement de Janssen a gêné l'entreprise de JAMP dans le secteur des biosimilaires et, le cas échéant, de quelle manière. JAMP n'a pas affirmé qu'elle était directement et sensiblement gênée par la pratique dans l'ensemble de son entreprise.

[163] Selon le paragraphe 103.1(7), l'auteur de la demande doit démontrer qu'il est directement et sensiblement gêné dans « son entreprise » en raison de l'existence de la pratique susceptible d'examen. La disposition ne fait pas référence à une « catégorie ou espèce d'entreprises », c'est-à-dire à un marché de produits particulier, ni à une incidence sur la participation ou la tentative de participation du demandeur à un marché de produits particulier, mais bien à un effet direct et sensible sur « son entreprise ». Les termes « entreprise » et « catégorie ou espèce d'entreprises » ne sont pas synonymes, et il n'est pas nécessaire dans la présente affaire de savoir s'ils sont nécessairement équivalents dans le contexte de la Loi. En outre, la demande en l'espèce peut déjà susciter une analyse de la concurrence : le paragraphe 103.1(7) exige en effet que le demandeur soit directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l'existence de la pratique susceptible d'examen en question et oblige le Tribunal à évaluer si une ordonnance pourrait être rendue au titre de l'article 79. Enfin, l'interprétation donnée plus haut dans les présents motifs quant à l'expression « dans son entreprise » a seulement permis de conclure que, dans le cas de la poursuite proposée en application de l'article 79, le terme « entreprise » ne désigne pas nécessairement l'« ensemble de l'entreprise ». Il ne découle pas de cette analyse que le critère déterminant la qualité pour agir implique que l'« entreprise » s'entende uniquement d'une « catégorie ou espèce d'entreprises ».

[164] Pour nos besoins en l'espèce, il n'est pas nécessaire de définir les termes « son entreprise » ou de préciser le libellé du paragraphe 103.1(7). Le Tribunal doit répondre à la question suivante : le demandeur est-il directement et sensiblement gêné dans son entreprise par une pratique visée à l'article 79?

[165] Il est entendu qu'aux fins de notre analyse, il n'est pas nécessaire de décider si l'« entreprise » pertinente est la division en exploitation de JAMP, BioJAMP, ou s'il suffit de démontrer que la participation de JAMP à un marché a été directement et sensiblement gênée par la pratique susceptible d'examen qui est reprochée à Janssen.

[166] JAMP a cherché à quantifier l'effet prétendument sensible de la pratique visée à l'article 79 sur son activité. Elle a indiqué qu'elle prend la décision de lancer et de commercialiser ou non un nouveau médicament sur ordonnance en fonction du médicament en question. Pour chaque médicament qu'elle évalue et qu'elle décide finalement de mettre en marché, JAMP prépare et tient à jour des prévisions concernant la demande ainsi qu'un état

des résultats distincts. C'est ce qu'elle a fait lorsqu'elle a évalué l'opportunité de lancer ou non un médicament à base d'ustekinumab. JAMP a expliqué ces deux états prévisionnels dans la preuve par affidavit qu'elle a présentée, et à laquelle ces documents sont annexés, afin de prouver que le comportement de Janssen avait sensiblement gêné les activités liées au Jamteki ou, subsidiairement, les activités de sa division BioJAMP. [Voir l'affidavit d'Amélie Faubert, en particulier les paragraphes 21, 22, 36–40; pièces F6, F8].

[167] La position de JAMP était la suivante.

- (a) Le Jamteki n'a pas généré les revenus escomptés dans ses prévisions de demande au cours du premier trimestre suivant le lancement (avril à juin 2024, sans tenir compte du mois de lancement). Son chiffre d'affaires inférieur à [REDACTED] provenant des ordonnances réelles des médecins était bien en deçà des prévisions d'environ [REDACTED], ce qui représente un rendement inférieur de [REDACTED]. JAMP compare ces chiffres aux ventes initiales de son autre biosimilaire, le Simlandi, sur une période semblable. BioJAMP ne vend que deux produits biosimilaires : le Simlandi et le Jamteki.
- (b) JAMP avait prévu qu'une fois que le Jamteki ait eu pénétré le marché de l'ustekinumab, en capitalisant sur son l'avantage d'être la première sur le marché il générerait environ [REDACTED].
- (c) JAMP prévoyait dans son état des résultats qu'elle [REDACTED] après le lancement et qu'elle générerait [REDACTED] au cours des exercices suivants.
- (d) JAMP craint que l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché de la vente de l'ustekinumab ne nuise à la capacité de BioJAMP d'étendre sa part de marché et ne lui fasse perdre son avantage d'être la première sur le marché [REDACTED].
- (e) si le comportement de Janssen se poursuit et que les résultats réels du Jamteki restent sur leur trajectoire actuelle,
 - i. les ventes du Jamteki seront [REDACTED] et BioJAMP réévaluera s'il est [REDACTED];
 - ii. [REDACTED].

[168] Certains de ces arguments, selon lesquels JAMP ait été « sensiblement gênée » dans son entreprise, peuvent être analysés sommairement. Les prétentions figurant aux points c), d) et e) sont trop hypothétiques pour amener à conclure que l'entreprise de JAMP ait été gênée de manière directe et sensible. De même, en ce qui concerne l'argument b) ci-dessus, l'incidence de la pratique visée à l'article 79 sur l'avantage de JAMP d'être la première sur le marché est vague et est appuyée par peu d'éléments de preuve liés à la concurrence, hormis le

fait évident que le produit de JAMP ait été lancé le 1^{er} mars 2024. JAMP était en fait un des deux nouveaux venus sur le marché de la fourniture d'ustekinumab le 1^{er} mars 2024. L'entreprise n'a pas non plus décrit ce qu'elle considère comme le point à partir duquel le Jamteki avait pénétré le marché. Je comprends que le fait d'être le premier à entrer sur le marché et à y prendre de l'expansion peut avoir des résultats positifs pour le nouvel entrant, mais compte tenu de la preuve en l'espèce, la position énoncée par JAMP au point b) n'apporte rien de solide à son argument quant à un effet sensible sur son entreprise.

[169] JAMP n'a pas fourni de renseignements financiers sur sa division BioJAMP qui pourraient permettre au Tribunal de constater que cette perte de ventes escomptées constituait un effet sensible sur les activités trimestrielles ou annuelles de BioJAMP.

[170] Dans ses observations, Janssen a relevé un problème notable relativement au lien de causalité – pour ce qui est de savoir si la demanderesse a été directement et sensiblement gênée dans son entreprise par le comportement susceptible d'examen.

[171] La question du lien de causalité a été soulevée dans des demandes de permission antérieures au titre du paragraphe 103.7(1) : voir p ex *CarGurus TC – II*, aux para 118 et ss. Certaines affaires ont aussi mentionné l'analyse du facteur déterminant (monde hypothétique) ou l'analyse relative de l'effet direct et sensible : *CarGurus CAF*, aux para 31–35.

[172] Dans la présente affaire, JAMP a identifié un certain nombre d'agissements anticoncurrentiels présumés, différents mais interreliés, sur une longue période, et qui constitueraient globalement une « pratique » d'agissements anticoncurrentiels au sens de l'alinéa 79(1)a) et un « comportement » visé à l'alinéa 79(1)b). La question est de savoir si cette pratique ou ce comportement a gêné directement et sensiblement l'entreprise de JAMP – en nuisant plus précisément à sa capacité de réaliser les ventes prévues de Jamteki entre avril et juin 2024.

[173] De façon plus détaillée, il faut savoir si la pratique reprochée – soit la poursuite « de mauvaise foi » ou la manipulation du système réglementaire, l'utilisation du FINLIUS comme une prétendue « marque de combat » et sa fourniture à des prix d'éviction ainsi que les communications avec les médecins prescripteurs, les assureurs des régimes public et privé et les patients – a gêné sensiblement l'entreprise de JAMP, entraînant notamment pour celle-ci des ventes du Jamteki inférieures à ses prévisions pour la période d'avril à juin 2024 parce que les médecins, à cause du comportement de Janssen, n'ont pas transféré leurs patients existants du STELARA au Jamteki ou n'ont pas prescrit le Jamteki à leurs nouveaux patients.

[174] Il ressort de l'évaluation exposée dans les présents motifs, en particulier dans les parties IV.B. et IV.C. ci-dessus, que la pratique d'agissements anticoncurrentiels reprochée et le comportement qui aurait pour effet d'empêcher ou de faire diminuer sensiblement la concurrence ne sont pas suffisamment étayés par les éléments de preuve qui ont été présentés pour que le Tribunal soit amené à croire de bonne foi que la pratique contestée pourrait faire l'objet d'une ordonnance visée à l'article 79. JAMP n'est pas parvenue à établir, comme elle y était tenue, qu'elle est directement et sensiblement gênée dans son entreprise (quelle qu'en soit la définition) en raison de l'existence d'une pratique qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance visée à l'article 79.

[175] En outre, il est évident que JAMP n'a pas pu être sensiblement gênée dans son entreprise en raison de certains des comportements qu'elle reproche à Janssen, car ils se sont produits à une date ultérieure à l'effet présumé subi. En effet, le FINLIUS n'a été lancé sur le marché qu'au début de juillet 2024 – après le premier trimestre de ventes du Jamteki. Les ordonnances de FINLIUS postérieures au 2 juillet 2024 remplies pour de nouveaux patients ou pour des patients existants traités au STELARA n'auraient pas pu avoir d'incidence sur les résultats de JAMP relativement aux ordonnances entre avril et juin. Le prix établi en juillet 2024 n'aurait pas pu provoquer non plus les effets allégués au cours des mois précédents.

V. **POUR CES RAISONS, JE CONCLUS QUE LA PREUVE PRÉSENTÉE PAR JAMP NE M'AMÈNE PAS À CROIRE DE BONNE FOI QUE CETTE DERNIÈRE A ÉTÉ DIRECTEMENT ET SENSIBLEMENT GÊNÉE DANS SON ENTREPRISE EN RAISON DE L'EXISTENCE DE LA PRATIQUE SUSCEPTIBLE D'EXAMEN DONT IL EST QUESTION À L'ARTICLE 79.**

V. **CONCLUSION**

[176] JAMP n'a pas satisfait au critère énoncé au paragraphe 103.1(7). La demande de permission est rejetée.

[177] Les parties n'ont pas abordé la question des dépens dans leurs observations, sauf pour demander le remboursement de leurs frais et débours si elles ont gain de cause. Le Tribunal serait enclin à adjuger des dépens, le cas échéant, sous forme d'un montant forfaitaire global. Les parties disposeront d'un délai de dix (10) jours à compter de la publication de la présente ordonnance et des motifs afférents pour déposer simultanément des observations d'au plus trois (3) pages sur leur droit aux dépens et sur le montant qui devrait être adjugé.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[178] La demande de permission visée à l'article 103.1 en vue d'engager une instance fondée sur l'article 79 est rejetée.

[179] Une ordonnance sur les dépens sera rendue après réception des observations des parties.

[180] La demande de Janssen visant à déposer des observations en contre-réplique est rejetée, à l'exception du paragraphe 15. Il n'est pas nécessaire pour Janssen de déposer des observations contenant uniquement le paragraphe 15. La contre-réplique de JAMP n'est pas acceptée pour dépôt.

FAIT à Ottawa le 20^e jour de novembre 2024

SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Andrew D. Little

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Pour la demanderesse :

JAMP Pharma Corporation

Andrew Brodtkin

David Rosner

Jordan Scopa

Jonathan Wall

Arash Rouhi

Pour la défenderesse :

Janssen Inc.

Robert Kwinter

Nicole Henderson

Cathy Beagan Flood

Jonathan Bitran

Brian Facey

Joe McGrade

ANNEXE A

Loi sur la concurrence, LRC 1985, c C-34

Abus de position dominante

Abuse of Dominant Position

Définition de *agissement anti-concurrentiel*

Definition of *anti-competitive act*

78 (1) Pour l'application de l'article 79, agissement anti-concurrentiel s'entend de tout agissement destiné à avoir un effet négatif visant l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas d'un concurrent, ou à nuire à la concurrence, notamment les agissements suivants :

78 (1) For the purposes of section 79, ***anti-competitive act*** means any act intended to have a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor, or to have an adverse effect on competition, and includes any of the following acts:

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer's entry into, or expansion in, a market;

b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette

(b) acquisition by a supplier of a customer who would otherwise be available to a competitor of the supplier, or acquisition by a customer of a supplier who would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;

entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

(c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

(d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

(e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;

(f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;

(g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;

(h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin

(c) freight equalization on the plant of a competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(d) use of fighting brands introduced selectively on a temporary basis to discipline or eliminate a competitor;

(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market;

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels;

(g) adoption of product specifications that are incompatible with products produced by any other person and are designed to prevent his entry into, or to eliminate him from, a market;

(h) requiring or inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor, with the object of preventing a competitor's entry into, or expansion in, a market;

d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent;

j) la réponse sélective ou discriminatoire à un concurrent actuel ou potentiel, visant à entraver ou à empêcher l'entrée ou l'expansion d'un concurrent sur un marché ou à l'éliminer du marché.

k) imposer directement ou indirectement des prix de vente excessifs et déloyaux.

Ordonnance d'interdiction : abus de position dominante

79 (1) Sur demande du commissaire ou d'une personne autorisée en vertu de l'article 103.1, le Tribunal peut, s'il constate qu'une ou plusieurs personnes contrôlent entièrement ou en grande partie une catégorie ou une espèce d'entreprises au Canada ou dans une région du Canada, rendre une ordonnance interdisant à cette ou ces personnes de se livrer à une pratique ou à une conduite s'il constate que cette ou ces personnes se sont livrées ou se livrent à ce qui suit

a) une pratique d'agissements anticoncurrentiels ; ou

(i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor;

(j) a selective or discriminatory response to an actual or potential competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor's entry into, or expansion in, a market or eliminating the competitor from a market; and

(k) directly or indirectly imposing excessive and unfair selling prices.

Prohibition if abuse of dominant position

79 (1) On application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, if the Tribunal finds that one or more persons substantially or completely control a class or species of business throughout Canada or any area of Canada, it may make an order prohibiting the person or persons from engaging in a practice or conduct if it finds that the person or persons have engaged in or are engaging in

(a) a practice of anti-competitive acts; or

b) conduite

(i) qui a eu, a ou est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché dans lequel la ou les personnes ont un intérêt concurrentiel plausible, et

(ii) l'effet n'est pas le résultat d'une performance concurrentielle supérieure.

...

(b) conduct

(i) that had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market in which the person or persons have a plausible competitive interest, and

(ii) the effect is not a result of superior competitive performance.

[...]