24 JUIN 2022

Le gouvernement fédéral adopte d'importantes modifications à la *Loi sur la concurrence* du Canada

Auteurs : Anita Banicevic, Mark Katz, Charles Tingley et Joshua Hollenberg

D'importantes modifications à la *Loi sur la concurrence* du Canada (la « Loi ») sont entrées en vigueur le 23 juin 2022 lors de l'adoption de la *Loi d'exécution du budget de 2022* du gouvernement fédéral.

Les modifications laissent présager une application plus rigoureuse de la Loi par le Bureau de la concurrence (le « Bureau »), surtout en ce qui concerne les dispositions relatives à l'abus de position dominante et particulièrement à l'égard des sociétés des secteurs numérique et de haute technologie. De plus, il est possible que les modifications entraînent une hausse des demandes de parties privées en vertu de la Loi, qu'il s'agisse de demandes auprès du Tribunal de la concurrence pour faire valoir des allégations d'abus de position dominante ou intenter des actions civiles en dommages-intérêts pour une participation supposée à un accord de fixation des salaires ou de non-débauchage ou pour une prétendue indication de prix partiel (conduites qui deviendront toutes des infractions criminelles potentielles). Vous trouverez davantage de précisions sur ces modifications dans notre bulletin antérieur.

La responsabilité des sociétés étant ainsi élargie et les sanctions connexes potentielles accrues, les sociétés exerçant des activités au Canada devront tenir compte de nouveaux éléments importants pour s'assurer d'agir en conformité avec la législation en matière de concurrence.

Principaux éléments des modifications

Accroissement de la portée des dispositions concernant l'abus de position dominante

Les modifications proposées auront les incidences suivantes :

i. **élargir le type d'agissement visé** par les dispositions concernant l'abus de position dominante, pour y inclure la pratique destinée « à nuire à la concurrence » et la « réponse sélective ou discriminatoire à un concurrent actuel ou potentiel », ainsi que la conduite qui a un effet défavorable sur la concurrence hors prix, comme la qualité, le choix ou la vie privée des consommateurs;

ii. **accroître substantiellement les sanctions pécuniaires potentielles** pour les faire passer du maximum actuel de 10 millions de dollars (pour une première violation) jusqu'à trois fois la valeur du bénéfice tiré du comportement ou, si cette valeur ne peut être déterminée raisonnablement, jusqu'à 3 % des recettes globales brutes annuelles de la société;

iii. **permettre aux parties privées de présenter une demande directement au Tribunal de la concurrence pour obtenir réparation** pour des allégations d'abus de position dominante (à l'heure actuelle, seul le commissaire de la concurrence peut intenter une action pour abus de position dominante).

Accroissement de la portée des dispositions concernant les cartels criminels

Un an suivant l'obtention de la sanction royale à l'égard des modifications législatives, soit vers le 23 juin 2023, les incidences suivantes de celles-ci prendront effet :

i. **étendre la portée des dispositions concernant les complots criminels pour interdire a) les « accords de fixation des salaires »** visant à « fixer, maintenir, réduire ou contrôler les salaires, les traitements ou les conditions d'emploi »; **et b) les «**

accords de non-débauchage » visant à interdire de « solliciter ou embaucher [des] employés », à moins qu'il ne soit démontré que de tels accords sont raisonnablement nécessaires pour donner effet à un accord plus vaste ou distinct qui est licite;

ii. **accroître substantiellement les amendes potentielles** en cas de violation des dispositions concernant les complots criminels, en supprimant le plafond actuel de 25 millions de dollars et en stipulant plutôt que le montant de l'amende « est fixé par le tribunal », sans plafond explicite.

Accroissement de la portée des dispositions concernant la publicité trompeuse

Les modifications proposées auront les incidences suivantes :

i. **interdire explicitement l'indication de prix partiel (tant aux termes des dispositions civiles que criminelles)**, c'est-à-dire « l'indication d'un prix qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent » et qui sont exigés par le vendeur;

ii. **accroître substantiellement les amendes potentielles** en cas d'indication fausse ou trompeuse interdite par les dispositions civiles, c'est-à-dire une augmentation similaire à celle prévue en cas d'abus de position dominante, soit en les faisant passer de leur maximum actuel à jusqu'à trois fois la valeur du bénéfice tiré du comportement ou, si cette valeur ne peut être déterminée raisonnablement, jusqu'à 3 % des recettes globales brutes annuelles de la société.

Examen des fusionnements

Les modifications proposées auront les incidences suivantes :

i. **ajouter une nouvelle disposition anti-évitement** précisant que les exigences quant aux avis préalables aux fusionnements s'appliqueront à toute transaction proposée non assujettie à l'exigence d'avis préalable, mais qui a été « conçue dans le but d'éviter l'application » du régime d'avis préalable aux fusionnements;

ii. **élargir la liste des facteurs déterminant l'incidence sur la concurrence** de transactions, pour y inclure des facteurs hors prix, comme les effets de réseau, la qualité, le choix ou la vie privée des consommateurs (facteurs semblables à ceux qui sont pris en compte pour l'abus de position dominante).

Conséquences : incertitudes et défis supplémentaires

Les modifications créent de nouvelles zones d'incertitude et de nouveaux défis de conformité pour les sociétés au Canada. En voici quelques exemples :

i. Les modifications apportées aux dispositions relatives à l'abus de position dominante bouleversent la jurisprudence existante et réduisent l'utilité d'un outil d'analyse juridique essentiel, et pourraient ainsi rendre plus difficile pour les sociétés de distinguer un comportement audacieux favorable à la concurrence d'un abus de position dominante nuisant à la concurrence.

ii. L'ajout des accords de fixation des salaires et des accords de non-débauchage comme infractions pourrait avoir une incidence sur les accords légitimes relatifs aux employés dressés par les parties à un accord de fusion ou d'acquisition conclu en toute légalité, notamment sur les dispositions concernant la non-sollicitation et les restrictions provisoires sur les changements touchant les salaires, les traitements ou les conditions d'emploi.

iii. Il reste à voir comment le Bureau procédera pour déterminer si une opération a été structurée dans le but d'éviter les exigences d'avis préalable au fusionnement et, le cas échéant, comment il assurera le respect de ces exigences.

iv. L'ajout de nouveaux facteurs à prendre en considération aux fins de l'examen des fusionnements et des comportements dominants de la part de sociétés (comme l'incidence sur la vie privée des consommateurs) pourrait réduire la prévisibilité de l'issue d'un tel examen et pourrait être « la pointe de l'iceberg » qui laisse présager la prise en compte d'autres facteurs non liés à la concurrence, comme les incidences sur le personnel et l'inégalité économique.

Conseils en matière de conformité

Nous présentons ci-dessous quelques suggestions qui vous aideront à composer et à agir en conformité avec les changements et les incertitudes découlant des modifications apportées à la Loi.

1. En raison du risque accru d'allégations d'abus de position dominante, les parties détenant une part de marché importante (50 % ou plus, voire une part moindre, selon la structure du marché) devraient évaluer soigneusement les effets probables de leurs stratégies commerciales sur leurs concurrents ainsi que sur les marchés en amont et en aval, surtout si les stratégies adoptées peuvent être considérées comme une « réponse sélective ou discriminatoire » à un concurrent. Il est utile que les sociétés se posent de prime abord la question : « Pourquoi avons-nous choisi cette stratégie? ».

2. Les parties à une opération de fusion devraient éviter d'intégrer dans l'accord relatif à l'opération de fusion une clause de non-sollicitation ou d'autres dispositions provisoires concernant les employés dont la portée s'étendrait au-delà de ce qui serait considéré comme habituel (en termes de durée et de champ d'application); celles qui y intègrent une telle clause devraient se préparer à expliquer les raisons pour lesquelles la clause inhabituelle est raisonnable et nécessaire à l'atteinte des objectifs de l'accord de fusion.

3. Même s'il est peu probable que le problème se pose fréquemment, les parties à une fusion devraient être conscientes de la nouvelle disposition anti-évitement concernant les avis préalables aux fusionnements au moment de structurer leur transaction. Elles pourraient, par exemple, à l'égard d'une transaction n'ayant pas à faire l'objet d'un tel avis, s'assurer de réunir des renseignements clairs, crédibles et non contredits sur les motifs commerciaux justifiant la structure de la transaction proposée, afin de réduire le risque d'être l'objet d'allégations d'évitement.

4. Les sociétés devraient passer en revue leurs pratiques en matière de ressources humaines (les « RH ») pour vérifier si elles sont parties à des accords de fixation des salaires ou de non-débauchage avec d'autres employeurs, ou si elles ont participé à des discussions ou à des échanges de renseignements sur de tels sujets. À cette fin, les sociétés peuvent notamment vérifier si des organisations sectorielles dont elles sont membres communiquent des renseignements en matière d'emploi aux fins d'exercices de comparaison. De plus, les sociétés devraient s'assurer que leurs documents et formations internes en matière de conformité comprennent un examen des risques associés aux RH, et que le personnel des RH suive une formation en matière de conformité.

5. Il importe que les sociétés s'assurent que leurs prix publiés (y compris par des tiers ou des entreprises de leur groupe) comprennent tous les frais obligatoires, afin d'éviter d'être l'objet d'allégations d'indication de prix partiel.

6. Comme toujours, les sociétés devraient veiller à ce que les documents internes établis dans le cours normal de leurs activités ne suscitent pas l'impression erronée d'une intention ou d'un comportement anticoncurrentiel, et devraient mettre en évidence le fait que leurs décisions et initiatives commerciales sont favorables à la concurrence.

Dernières réflexions

Les modifications récemment apportées à la Loi ne représentent que la première série des changements prévus. Le gouvernement du Canada a déclaré qu'il s'engageait à procéder à un autre « examen exhaustif » de la législation sur la concurrence, qui se traduira probablement par une réforme encore plus vaste. Nous vous tiendrons au courant de l'évolution de cette deuxième étape et demeurons à votre entière disposition pour toute question concernant les nouvelles modifications ou un autre aspect du droit de la concurrence au Canada.

Personnes-ressources : Anita Banicevic, John Bodrug, Jim Dinning, Mark Katz, Elisa K. Kearney, Alysha Manji-Knight et Charles Tingley

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

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