29 AVRIL 2022

Le Canada propose d'apporter d'importantes modifications à la *Loi sur la concurrence*

Auteurs : Jim Dinning et Joshua Hollenberg

Plus tôt cette semaine, le gouvernement du Canada a présenté la *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022* (le « projet de loi ») afin de donner effet aux mesures annoncées dans son budget du 7 avril 2022 (le « budget »). Le budget signalait que le projet de loi renfermerait des modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »), qui sont décrites comme étant une « étape préliminaire de la modernisation du régime de concurrence » avec l'objectif d'« éliminer les échappatoires, de s'attaquer aux pratiques préjudiciables aux travailleurs et aux consommateurs, de moderniser l'accès à la justice et aux sanctions, ainsi que d'adapter la loi à la réalité numérique d'aujourd'hui ». Cet objectif est également en phase avec l'annonce faite en février par le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie selon laquelle le gouvernement était en train d'évaluer les mesures susceptibles d'améliorer l'application de la Loi, ce dont nous avons fait état dans un bulletin antérieur.

Présentées comme une simple « étape préliminaire » visant à modifier la Loi, les modifications proposées par le gouvernement vont bien au-delà de cet objectif. Certaines d'entre elles semblent destinées à accroître la portée de la Loi afin de cibler plus facilement les pratiques des grandes sociétés technologiques (bien qu'elles soient susceptibles d'avoir des répercussions plus vastes), et à augmenter le montant des sanctions éventuelles applicables selon le type de conduite. Plus précisément, si elles sont adoptées, les modifications proposées auront les répercussions suivantes :

i. accroître la portée des dispositions de fond de la Loi portant sur l'abus de position dominante et conférer à des parties privées (y compris les concurrents) qui allèguent avoir été lésées par une telle conduite le droit de présenter une demande au Tribunal de la concurrence (le « Tribunal »);

ii. étendre la notion d'infraction criminelle de complot prévue par la Loi en criminalisant les ententes de fixation des salaires et de non-débauchage entre les employeurs et en supprimant le plafond (déjà élevé) des amendes découlant d'une déclaration de culpabilité à un chef de complot;

iii. renforcer les dispositions de la Loi relatives à la publicité trompeuse, en matière civile et criminelle, en ajoutant l'« indication de prix partiel » aux types de comportements explicitement interdits;

iv. augmenter de façon importante le montant des sanctions pour les abus de position dominante et les indications trompeuses au public;

v. inclure une nouvelle disposition « anti-évitement » dans le régime d'avis préalable au fusionnement de la Loi;

vi. vi. clarifier la compétence du Bureau de la concurrence (le « Bureau ») en ce qui a trait aux ordonnances de production de documents visant des entités étrangères.

Malgré l'importance des modifications proposées et les choix politiques délibérés qu'ils comportent, il convient de noter que ces propositions n'ont pas été élaborées dans le cadre de consultations publiques auprès des parties prenantes; de telles consultations ont eu lieu par le passé et ont été demandées de nouveau par les membres de la Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien. Le recours à la législation budgétaire pour modifier la Loi sans période de consultation n'est pas sans rappeler l'approche utilisée en 2009, soit la dernière année où des modifications importantes ont été apportées à la Loi.

Les modifications proposées et leurs répercussions éventuelles sont examinées attentivement ci-dessous.

Abus de position dominante

Le projet de loi propose d'importantes modifications visant à étendre la portée des dispositions sur l'abus de position dominante prévues par la Loi.

Ces dispositions servent à interdire les agissements anticoncurrentiels des entreprises dominantes qui ont pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. La jurisprudence a établi qu'un « agissement anticoncurrentiel » a pour but d'avoir un effet négatif visant l'éviction, l'exclusion ou la mise au pas d'un concurrent dans un marché que l'entreprise dominante contrôle essentiellement ou entièrement, bien que le concurrent et l'entité dominante n'aient pas nécessairement besoin d'exercer leurs activités au sein du même marché.

Le projet de loi attribue un sens plus général à la définition du terme « agissement anticoncurrentiel » de manière à ce qu'il désigne « 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* [nous soulignons]. »

Cette modification, qui réduit l'utilité d'un outil d'analyse essentiel permettant de distinguer un comportement audacieux favorable à la concurrence et un abus de position dominante, bouleversera la jurisprudence existante et pourrait élargir de façon importante la portée de la disposition en plus de générer une incertitude considérable relativement à l'une des dispositions fondamentales de la Loi.

De plus, le projet de loi repousse les limites de la notion d'« abus de position dominante » en prévoyant que le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») pourra également tenir compte des facteurs suivants dans le cadre de son évaluation des répercussions qu'ont les comportements reprochés sur la concurrence :

i. les effets de la pratique sur les barrières à l'accès au marché, notamment les effets de réseau;

ii. les effets de la pratique sur la concurrence relative au prix et à d'autres aspects, tels que la qualité, l'éventail des choix ou la protection de la vie privée des consommateurs;

iii. la nature et la portée des changements et de l'innovation dans un marché donné;

iv. tout autre facteur pertinent relativement à la concurrence au sein du marché qui est ou serait touché par la pratique.

Ces modifications auront pour effet d'inclure de façon explicite dans les considérations pertinentes des facteurs qui sont liés à d'autres aspects que le prix (tels que la qualité et l'éventail des choix) et de fournir également un fondement législatif aux efforts du Bureau visant à élargir son mandat aux préoccupations relatives à la protection de la vie privée. Ces modifications sont probablement proposées en réaction aux critiques formulées actuellement par le Commissaire de la concurrence (le « Commissaire ») et d'autres observateurs à l'égard de la position dominante qu'occupent certaines grandes sociétés technologiques dans le marché. En effet, le projet de loi propose d'ajouter les mêmes facteurs à titre de considérations pour l'évaluation des accords de nature non pénale entre des concurrents (article 90.1) et des fusionnements (articles 92 et 93). Cet ensemble de facteurs supplémentaires génère beaucoup d'incertitude en ce qui a trait aux pratiques d'entreprises qui pourraient éventuellement être considérées comme dominantes (ou conjointement dominantes) au Canada.

Le projet de loi comporte également le droit, pour des parties privées, de présenter au Tribunal une demande relative à un abus de position dominante. À l'heure actuelle, seul le Commissaire peut saisir le Tribunal; les demandes émanant de parties privées sont permises exclusivement pour certains autres types de conduites que la Loi interdit. S'il est adopté, le projet de loi permettra également au Tribunal d'autoriser les demandes de parties privées alléguant un tort causé par une conduite qui constitue un abus de position dominante (à noter que le Tribunal n'est pas habilité à ordonner le paiement de dommages-intérêts à un demandeur qui est une partie privée). Cette situation pourrait entraîner une hausse importante des activités du Tribunal, car le Bureau reçoit de nombreuses plaintes en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante (soit un total de 341 plaintes en 2020 et en 2021 seulement), mais un faible nombre de ces plaintes font ultimement l'objet d'une poursuite intentée devant le Tribunal.

Ententes de fixation des salaires

Le fait que les dispositions criminelles relatives aux complots prévues à l'article 45 de la Loi ne s'appliquent pas aux accords entre acheteurs, tels que « les accords de non-débauchage, de fixation des salaires et les autres types d'accords entre acheteurs », est devenu une question d'intérêt public et politique après le dévoilement d'allégations selon lesquelles certains épiciers d'envergure au Canada avaient cessé de verser à leurs employés les hausses salariales temporaires qui découlaient de la pandémie de COVID-19. Par conséquent, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes a par la suite publié un rapport en juin 2021 militant en faveur de l'ajout de ces accords dans les dispositions criminelles relatives aux complots prévues par la Loi.

Le projet de loi comprend une nouvelle disposition prévoyant que toute personne qui est un employeur commet une infraction criminelle si elle tente de « fixer, maintenir, réduire ou contrôler les salaires, les traitements ou les conditions d'emploi » ou de « solliciter ou embaucher les employés [d'un] autre employeur ». Bien que la proposition ne s'applique pas hors d'un contexte d'emploi et ne vise donc pas tous les accords de prestations, le nouvel article ne semble pas être limité aux accords entre des concurrents ou aux accords entre des employeurs qui se font concurrence en matière de recrutement d'employés qui relèvent de la catégorie visée par l'accord. A priori, la nouvelle disposition pourrait également avoir une incidence sur les conventions de non-concurrence dans un contexte d'acquisition d'entreprises, sous réserve de l'application de la défense fondée sur les restrictions accessoires. Cette défense autorise l'ajout de restrictions normalement illicites, pourvu que celles-ci soient complémentaires à un accord licite plus large et raisonnablement nécessaire à sa réalisation. Les membres du milieu des affaires au Canada presseront probablement le Bureau de fournir des lignes directrices à cet égard ou chercheront à obtenir des clarifications sur le plan législatif.

Le projet de loi viendrait également supprimer le plafond, fixé à 25 millions de dollars, des amendes imposées en raison d'une infraction criminelle de complot, y compris la nouvelle infraction proposée visant les ententes de fixation des salaires, et autoriserait plutôt les amendes « dont le montant est fixé par le tribunal », sans aucune limite explicite.

Les modifications apportées aux dispositions sur les complots entreront en vigueur un an après que le projet de loi aura reçu la sanction royale, ce qui est comparable au délai de un an qui avait été établi en 2009 pour l'entrée en vigueur des modifications alors apportées à l'article 45 de la Loi et vise à donner aux entreprises le temps de s'adapter aux nouvelles règles. Les modifications de 2009 avaient incité le Bureau à publier des lignes directrices afin d'aider les entreprises qui devaient se conformer aux nouvelles dispositions criminelles sur les complots. Il reste à voir si les modifications actuelles donneront lieu à la mise à jour ou à l'ajout de nouvelles directives par le Bureau et si le Bureau permettra aux entreprises de demander son avis relativement au respect des accords existants, ainsi qu'elles avaient pu le faire en 2009.

Indication de prix partiel et pénalités accrues pour la publicité trompeuse

L'indication de prix partiel est une pratique de commercialisation qui consiste, pour les entreprises, à faire la promotion de prix attrayants qui ne seront en fait pas réellement atteignables en raison de l'ajout ultérieur de frais supplémentaires obligatoires pendant le processus d'achat. Le Commissaire a, par le passé, soumis des dossiers pour contester des pratiques d'indication de prix partiel en vertu des dispositions civiles de la Loi portant sur les indications fausses ou trompeuses. Cependant, l'indication de prix partiel n'est pas explicitement interdite par la Loi, et le Bureau a indiqué qu'il doit consacrer des « ressources importantes pour prouver au tribunal, dans tous les cas, pourquoi l'affichage de prix partiels est trompeur ».

S'il est adopté, le projet de loi mentionnera qu'une indication de prix partiel ou une « indication d'un prix qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes » constitue une indication fausse ou trompeuse en vertu des dispositions criminelles et civiles sur la publicité trompeuse de la Loi, sauf si les charges ou frais en question sont exigés par le gouvernement (par exemple, des taxes). Le type de frais que l'emploi du mot « fixes » dans la disposition proposée cherche à couvrir demeure incertain, tout comme l'est la question de savoir si l'indication de prix partiel pourra faire l'objet de poursuites criminelles par le Bureau. La publication de lignes directrices par le Bureau pourrait aider à clarifier ces deux questions. Il importe toutefois de noter que même avec l'encadrement du Bureau, l'ajout de la modification relative à l'indication de prix partiel dans les dispositions criminelles sur les indications trompeuses pourrait légitimer des actions collectives de particuliers fondées sur des allégations d'indication de prix partiel.

Sanctions accrues

L'adoption du projet de loi signifierait une hausse des sanctions administratives pécuniaires maximales pouvant être imposées en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante et des dispositions civiles sur la publicité trompeuse de la Loi. À l'heure actuelle, la sanction administrative pécuniaire maximale pouvant être imposée à une société est de 10 millions de dollars pour une première contravention. Le Bureau a indiqué que les sanctions applicables actuellement « peuvent permettre d'assurer la conformité pour de nombreuses petites et moyennes entreprises, mais pour les plus grandes entreprises du monde, qui gagnent des milliards de dollars en recettes, ces sanctions pourraient souvent représenter une somme dérisoire ».

Les modifications proposées permettraient d'augmenter la sanction administrative pécuniaire maximale pouvant être imposée à une société selon la plus élevée des valeurs suivantes : (i) 10 millions de dollars (pour une première contravention); ou (ii) un montant correspondant à trois fois la valeur du gain découlant de la conduite adoptée, ou encore, si le montant du gain ne peut être raisonnablement établi, jusqu'à 3 % des revenus annuels bruts mondiaux de la société. Des augmentations comparables des sanctions administratives pécuniaires maximales pouvant être imposées aux particuliers sont également proposées.

L'augmentation du montant des sanctions, en particulier pour les situations d'abus de position dominante, était un élément important de la liste des moyens dont le Bureau souhaitait être doté pour freiner certaines pratiques des grandes sociétés technologiques. S'il est adopté, le projet de loi pourrait entraîner une hausse importante des sanctions maximales imposées aux grandes sociétés pour des situations d'abus de position dominante ou des indications trompeuses. Compte tenu du fait que la perspective de sanctions administratives pécuniaires considérables a par le passé fait l'objet de contestations constitutionnelles, il est possible qu'une hausse d'une telle ampleur soulève de nouveau un questionnement sur la constitutionnalité de ces dispositions.

Opérations à déclarer : anti-évitement

Dans le cadre de ses recommandations de modification de la Loi, le Bureau a notamment déclaré que des « échappatoires » techniques permettant aux parties à une fusion de ne pas respecter les dispositions en matière d'avis préalable au fusionnement prévues par la Loi devaient être comblées. Plutôt que de combler directement les échappatoires perçues, le projet de loi propose qu'une disposition générale anti-évitement soit intégrée au régime d'avis préalable au fusionnement de la Loi. Cette disposition signifierait que les exigences en matière d'avis préalable au fusionnement (notamment l'exigence relative aux dépôts, dont l'omission sans motif valable constitue une infraction criminelle) s'appliqueraient malgré tout à l'essence de chaque opération ayant pour but d'éviter leur application. Il faudra voir de quelle façon, en pratique, le Commissaire pourra vérifier si la structure d'une opération a été établie avec l'intention d'éviter la remise d'un avis et de quelle façon une telle conduite pourrait faire l'objet d'une poursuite criminelle.

Ordonnances rendues en vertu de l'article 11 : sociétés étrangères affiliées

L'article 11 de la Loi autorise le Commissaire à demander au Tribunal de rendre des ordonnances de communication de documents et de renseignements pertinents dans le cadre des enquêtes en cours. Le paragraphe 11(2) autorise le Commissaire à demander une ordonnance de production visant des documents d'une société canadienne qui sont en la possession d'une société étrangère affiliée. Cet article a suscité certaines controverses, car les entités affiliées étrangères avaient, dans certains cas, refusé de fournir à leurs sociétés canadiennes affiliées les renseignements demandés, ce qui avait incité le Commissaire à mettre en doute les allégations des sociétés canadiennes selon lesquelles elles n'étaient pas en mesure de fournir les renseignements demandés.

Le projet de loi élargirait la portée l'article 11 afin d'autoriser explicitement le Tribunal à rendre des ordonnances contre des personnes situées à l'extérieur du Canada qui exercent des activités ou qui vendent des produits au Canada. Cette disposition élargie autoriserait également le Tribunal à rendre des ordonnances visant la production de documents pertinents « susceptibles » de se trouver en possession d'une société étrangère affiliée et autoriserait le Commissaire à déposer des demandes d'ordonnances visant à forcer des sociétés étrangères affiliées à produire des déclarations de renseignements écrites en plus des documents demandés. Bien que ces modifications clarifieraient la compétence du Commissaire relativement à de telles ordonnances, des questions de compétence territoriale demeurent quant à la possibilité de forcer une entité étrangère à produire de tels renseignements, car le Bureau pourrait devoir déposer une requête d'ordonnance auprès d'un tribunal étranger pour faire exécuter contre une entité étrangère une ordonnance rendue conformément à l'article 11 si les documents qui doivent être fournis conformément à cette ordonnance sont situés à l'extérieur du Canada. Il est également difficile de prévoir la façon dont l'article modifié pourra s'harmoniser avec les lois d'autres territoires qui

restreignent ou interdisent la communication de certains renseignements par les entités visées sans mandat de perquisition obtenu dans le territoire en question, tel que le prévoit la loi des États-Unis intitulée *Stored Communications Act*.

Prochaines étapes

La première lecture du projet de loi a eu lieu au Parlement. La procédure législative standard suivra son cours, soit la tenue d'un vote à la deuxième et à la troisième lectures, l'examen du projet de loi par un comité permanent de la Chambre des communes, les trois lectures et l'examen du Sénat, et ultimement l'obtention de la sanction royale et l'adoption du projet à titre de loi. Cependant, il est peu probable que le projet de loi, et plus précisément les modifications qu'il propose d'apporter à la Loi (lesquelles ne représentent qu'une petite partie du projet de loi complet visant l'exécution des dispositions du budget), fasse l'objet de contestations ou de modifications considérables dans le cadre de la procédure législative, car le Parti libéral au pouvoir et le Nouveau Parti démocratique (le « NPD ») ont conclu une entente de soutien et de confiance aux termes de laquelle le NPD a accepté de soutenir le programme législatif du gouvernement libéral. Les deux parties auront les votes nécessaires pour adopter le projet de loi, et le Parti conservateur de l'opposition ne pourra tenter de ralentir la procédure que dans une proportion limitée.

Le projet de loi d'exécution du budget de 2021 a reçu la sanction royale 60 jours après sa présentation et première lecture. Les délais pourraient différer pour le projet de loi actuel en raison de différents facteurs, dont le calendrier; toutefois, le projet de loi sera la priorité du gouvernement en matière de législation et franchira rapidement les différentes étapes du processus législatif. Toutes les dispositions du projet de loi qui se rapportent à la Loi entreront en vigueur lorsque le projet de loi recevra la sanction royale, à l'exception des modifications apportées à l'article 45 de la Loi, dont il est question ci-dessus.

Compte tenu de l'ampleur limitée des modifications apportées à la Loi dans le contexte du projet de loi, il est probable que les parties intéressées auront peu de temps pour soumettre leurs commentaires et leurs observations, car l'on s'efforcera de part et d'autre de réduire au minimum le nombre de témoins du comité permanent afin d'accélérer le processus.

Finalement, le projet de loi n'aborde pas plusieurs questions importantes qui ont auparavant été soulevées par le Commissaire et d'autres commentateurs, en particulier la défense fondée sur les gains en efficience relative aux dispositions sur les fusionnements de la Loi et la nécessité pour le Bureau d'avoir un pouvoir en matière d'études de marché. Ces questions, et d'autres encore, seront probablement abordées dans des propositions législatives ultérieures qui porteront principalement sur la modification de la Loi, ce qui donnera éventuellement la possibilité aux parties prenantes de se faire entendre davantage.

Personnes-ressources : Anita Banicevic, John Bodrug, Jim Dinning, Mark Katz, Elisa K. Kearney 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.

© 2025 DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG S.E.N.C.R.L., s.r.l.