

28 SEPTEMBRE 2023

## Les réformes de la *Loi sur la concurrence* du Canada prévoient un pouvoir élargi de contestation des accords anticoncurrentiels

Auteurs : [John Bodrug](#), [Anita Banicevic](#) et [Charles Tingley](#)

La ministre des Finances a récemment présenté le projet de loi C-56 visant à mettre en œuvre certaines propositions récemment annoncées par le premier ministre et destinées à faire baisser les prix et à « rendre la vie plus abordable » pour les Canadiens. Le projet de loi énonce en détail les propositions de modifications à apporter à la *Loi sur la concurrence* (la « Loi ») dont il est question dans notre [bulletin](#) du 19 septembre 2023. Ces modifications concernent les nouveaux pouvoirs associés aux études de marché, l'élimination de la défense fondée sur les gains en efficacité dans le cadre de fusionnements (communément appelés « fusions ») et les pouvoirs supplémentaires visant à traiter un ensemble plus large d'accords qui nuisent à la concurrence.

### Principaux points à retenir

- Le projet de loi C-56 prévoit l'élimination de la défense fondée sur les gains en efficacité dans le cadre de fusionnements, ce qui laisse planer le doute sur la façon dont seront traités les gains en efficacité dans l'analyse des fusionnements à l'avenir; toutefois, la défense fondée sur les gains en efficacité pourrait toujours être invoquée en vertu des dispositions civiles existantes en matière d'accords entre concurrents.
- Le projet de loi C-56 aurait pour effet d'élargir les dispositions civiles applicables aux accords qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence pour qu'elles couvrent les accords conclus entre au moins deux personnes, que ces personnes soient ou non des concurrents, lorsqu'il peut également être démontré que l'un des objets importants de l'accord (ou d'une partie de celui-ci) est d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché donné.
- Le projet de loi C-56 introduirait un nouveau régime applicable aux études de marché menées par le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie. Dans le cadre de ce régime, le Bureau de la concurrence pourrait demander des ordonnances judiciaires pour contraindre les acteurs du marché à produire des renseignements et des documents ou à témoigner. Outre un certain niveau de contrôle judiciaire, le régime applicable aux études de marché prévoit un contrôle ministériel sur la portée des études en plus d'imposer certaines obligations procédurales au Bureau.
- Le Nouveau Parti démocratique a proposé ses propres modifications à apporter à la Loi, qui vont plus loin que le projet de loi C-56 sur des points importants. Cependant, l'effet de ces propositions ou d'éventuelles propositions sur ce projet de loi, qui en est à sa deuxième lecture, demeure incertain. Le gouvernement continue également d'étudier un éventail de possibilités de modifications importantes à apporter à la Loi, qui pourraient faire l'objet d'éventuels projets de loi.

### Pouvoirs élargis de contestation des accords anticoncurrentiels

L'annonce initiale du gouvernement indiquait que le Bureau de la concurrence serait habilité à prendre des mesures contre les collaborations qui étouffent la concurrence et limitent le choix des consommateurs, en particulier dans les situations où de grands épiciers empêchent des concurrents plus petits de s'installer près d'eux.

Cependant, le projet de loi C-56 ne se limite pas au secteur de l'épicerie ou aux clauses restrictives relatives aux biens immobiliers. Le projet de loi propose plutôt d'élargir les dispositions civiles relatives aux accords entre concurrents prévues à l'article 90.1 de la *Loi sur la concurrence* afin de permettre au commissaire de la concurrence de contester les accords conclus entre *non-concurrents* lorsque i) « l'un des objets importants de l'accord ou de l'arrangement – ou d'une partie de celui-ci – est d'empêcher ou de diminuer la concurrence

dans un marché » et ii) l'accord ou l'arrangement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché.

Actuellement, l'article 90.1 ne s'applique qu'aux accords ou arrangements visant au moins deux concurrents.

En théorie, la disposition modifiée s'appliquerait à tout accord (ou toute partie d'un accord) dont l'un des objets importants est de restreindre la concurrence sur un marché. Toutefois, l'interprétation que le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence adopteront de la portée de cette exigence d'« objet important » reste à confirmer, notamment, par exemple, lorsqu'il existe une justification commerciale valable et favorable à la concurrence qui s'avérerait pertinente aux fins de l'analyse. À cette fin, la jurisprudence actuelle concernant les dispositions relatives à l'abus de position dominante, qui est utilisée pour évaluer si certains comportements sont « anticoncurrentiels » ou s'ils ont une justification commerciale valable, peut également être pertinente dans le cadre de l'application de cette disposition.

Il convient également de noter que le commissaire devra toujours démontrer que l'accord contesté aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence sur un marché donné par rapport à l'état vraisemblable de la concurrence en l'absence de cet accord. Prenons l'exemple d'une clause restrictive dans un bail entre un épicier et un locateur (type d'accord mentionné comme étant potentiellement préoccupant dans le récent rapport de l'étude de marché sur le secteur de l'épicerie de détail du Bureau) : dans le cas d'un épicier qui ne serait pas disposé à investir dans l'établissement d'un magasin à un endroit particulier sans l'assurance que certaines catégories d'autres détaillants alimentaires ne s'établiront pas au même endroit, une clause restrictive de ce type pourrait avoir un effet global favorable à la concurrence et potentiellement constituer une justification commerciale légitime. En outre, une clause restrictive qui limite le nombre d'épiciers dans un lieu donné peut avoir une incidence limitée sur la concurrence lorsque la rivalité entre épiciers s'étend sur un marché géographique plus large.

L'article 90.1 modifié pourrait également s'appliquer à un éventail de types d'accords « verticaux » entre fournisseurs et distributeurs, ce qui crée des chevauchements potentiels en ce qui concerne les comportements verticaux qui sont visés par les dispositions civiles relatives à l'abus de position dominante de la Loi, au refus de vendre, au maintien des prix de revente, à l'exclusivité, à la limitation du marché et aux ventes liées. Cela dit, le projet de loi C-56 clarifie la proposition du gouvernement à plusieurs égards :

- Le commissaire demeure le seul à pouvoir contester un accord en vertu de l'article 90.1 élargi, et le seul recours dont dispose le Tribunal de la concurrence (en l'absence de consentement du défendeur) consiste en une ordonnance interdisant à une personne de faire quoi que ce soit qui est prévu dans l'accord ou l'arrangement.
- La modification de l'article 90.1 n'entrerait en vigueur qu'un an après son adoption par le Parlement et sa sanction royale, ce qui laissera aux entreprises le temps d'en évaluer les implications et d'apporter les changements nécessaires à leurs pratiques.
- Le projet de loi C-56 ne modifie aucun des moyens de défense prévus à l'article 90.1, y compris la défense fondée sur les gains en efficacité découlant de l'accord ou de l'arrangement (comme nous le verrons plus loin, le projet de loi éliminerait seulement la défense fondée sur les gains en efficacité des dispositions de la Loi relatives aux fusionnements). Le projet de loi ne modifie pas non plus les exceptions prévues à l'article 90.1 pour les accords entre affiliées, les accords d'exportation et certains accords approuvés par le ministre des Finances ou le ministre des Transports.

Bien que l'entrée en vigueur des modifications à l'article 90.1 soit possiblement retardée selon le projet de loi, des orientations du Bureau de la concurrence données promptement sur l'approche qu'il entend adopter en matière d'application de la nouvelle disposition permettraient de réduire l'incertitude entourant les accords commerciaux légitimes entre non-concurrents et le risque de dissuader la conclusion de tels accords.

### **Élimination de la défense fondée sur les gains en efficacité dans le cadre de fusionnements**

Le projet de loi C-56 donne suite à la déclaration du gouvernement de son intention d'éliminer la défense fondée sur les gains en efficacité, mais uniquement dans le contexte de l'examen des fusionnements prévu dans la *Loi sur la concurrence*. Le projet de loi ne prévoit pas de directives supplémentaires sur la manière dont les gains en efficacité doivent être pris en compte par le Tribunal de la concurrence dans les fusionnements à l'avenir, par exemple en les ajoutant comme facteur exprès qui peut être considéré dans l'analyse

des effets sur la concurrence. Cependant, les facteurs relatifs aux gains en efficience semblent faire implicitement partie de certains des facteurs légaux existants que le Tribunal de la concurrence peut prendre en compte dans l'examen des fusionnements. De plus, la Loi permet aux parties au fusionnement de faire valoir, au cas par cas, que « tout autre facteur » (y compris, selon toute vraisemblance, les gains en efficience) est pertinent à l'égard de la concurrence dans les marchés qui sont touchés par une opération proposée. Le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie (le « ministre ») l'a souligné à la Chambre des communes dans son discours sur le projet de loi C-56 lorsqu'il a dit : « si un projet de fusionnement entraîne des gains en efficience qui renforcent la concurrence dans un secteur, le tribunal pourrait en tenir compte dans ses délibérations ». Néanmoins, compte tenu de l'élimination de la défense fondée sur les gains en efficience, les dispositions de la Loi relatives aux fusionnements gagneraient en clarté si les gains en efficience étaient ajoutés aux facteurs exprès pouvant être pris en compte dans le cadre de l'analyse des effets sur la concurrence. Une telle approche a été proposée par le Nouveau Parti démocratique dans ses propres modifications législatives présentées dans le projet de loi C-352 (dont il est question ci-après).

Après l'adoption du projet de loi, la défense fondée sur les gains en efficience dans le cadre des fusionnements ne pourra être invoquée qu'à l'égard des opérations proposées dont le Bureau de la concurrence a été avisé avant le jour de l'entrée en vigueur de la législation de mise en œuvre ou qui ont été réalisées avant ce jour. Le projet de loi ne prévoit pas de délai d'un an pour permettre aux entreprises de s'adapter à cette modification.

### Nouveaux pouvoirs associés aux études de marché

Le projet de loi C-56 mettrait également en œuvre la promesse du gouvernement d'attribuer des pouvoirs contraignants de collecte de renseignements dans le cadre des études de marché menées par le Bureau de la concurrence. Ces pouvoirs permettraient d'imposer la production de renseignements et de documents en réponse aux études de marché ordonnées par le ministre en l'absence de motifs probables justifiant des mesures correctives selon la *Loi sur la concurrence*. Nous avons déjà mentionné nos préoccupations quant au coût, à la portée et au contrôle de ces pouvoirs contraignants de production. En effet, dans son discours à la Chambre des communes sur le projet de loi C-56, le ministre a tenu compte des commentaires des parties prenantes sur « la nécessité d'un garde-fou afin d'éviter les enquêtes à l'aveuglette » et a décrit le cadre de l'étude de marché proposé par le projet de loi comme étant « conforme aux meilleures pratiques internationales » pour « faire en sorte que tous les fardeaux imposés aux entreprises se limitent à ce qui est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt public ».

Le projet de loi clarifie l'approche proposée par le gouvernement en matière d'études de marché sur un certain nombre de points importants :

- Le commissaire peut demander des ordonnances contraignantes de production dans le cadre d'une étude de marché uniquement lorsque l'étude de marché est ordonnée par le ministre, après consultation entre le ministre et le commissaire pour évaluer si l'étude proposée est réalisable, y compris sur le plan des coûts. En pratique, le ministre a déjà ordonné au commissaire de se pencher sur certains secteurs d'activités, y compris, récemment, le secteur de l'épicerie de détail, et il a déjà le pouvoir d'ordonner au commissaire d'entreprendre une enquête en vertu de la Loi. Toutefois, les modifications proposées auraient pour effet de créer un régime qui prévoit spécifiquement des études de marché ordonnées par le ministre, soumises à des exigences particulières et à un certain contrôle plus amplement détaillés ci-dessous.
- Sur instruction du ministre d'entreprendre une étude de marché, le commissaire doit préparer et publier un projet de mandat à l'égard de l'enquête et tenir compte des observations du public pour établir le mandat final. Ce mandat doit être approuvé par le ministre et publié sur un site Web accessible au public. Outre le fait que les études de marché formelles sont entreprises par un représentant élu, la disposition permettant au public de soumettre ses observations sur le projet de mandat pourrait, dans certains cas, avoir pour effet d'élargir la portée de ces études par rapport à ce qu'il en aurait été autrement ou donner lieu à une pression politique accrue quant à cette portée.
- Le commissaire doit ensuite rédiger et publier un rapport avant l'expiration d'un délai fixé par le ministre, qui ne peut excéder 18 mois, mais que le ministre peut prolonger par la suite.

- Les pouvoirs contraignants du commissaire seront mis en œuvre au moyen des mêmes procédures, décrites ci-après, que celles actuellement en place à l'égard des enquêtes dans le cadre desquelles le commissaire a des raisons de croire qu'il y a des motifs probables justifiant des mesures correctives en vertu de la Loi.
  - Le commissaire peut formuler une demande *ex parte* à un juge pour obtenir une ordonnance exigeant la production de renseignements ou de documents.
  - Le commissaire aurait également le pouvoir de demander des ordonnances rendues *ex parte* obligeant des particuliers à faire des dépositions sous serment.
  - Les renseignements fournis conformément à une ordonnance obtenue dans le cadre d'une étude de marché sont soumis à la protection de la confidentialité prévue à l'article 29 de la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, cet article comporte une exception importante qui permet au commissaire de communiquer les renseignements « dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application » de la *Loi sur la concurrence*. Par conséquent, il n'y aurait pas de limitation expresse prévue dans la Loi quant à l'utilisation par le commissaire des renseignements obtenus dans le cadre d'une étude de marché lorsqu'il cherche à faire appliquer la Loi. Le commissaire est également d'avis que cette exception à la confidentialité permet au Bureau de la concurrence de partager des renseignements avec des organismes de réglementation de la concurrence étrangers.
- Le projet de loi C-56 prévoit également l'obligation pour le commissaire d'envoyer une ébauche complète ou partielle du rapport sur l'étude de marché à toute personne visée par une ordonnance contraignante de production ou de comparution relativement à l'étude de marché. Le commissaire doit accorder à cette personne un délai de trois jours ouvrables pour lui faire part de toute préoccupation concernant des inexactitudes factuelles ou des renseignements confidentiels qui ne devraient pas être divulgués dans le rapport final. Si le droit d'examiner l'ébauche du rapport pour les personnes visées par des ordonnances contraignantes est essentiel pour protéger des intérêts légitimes, le délai de trois jours ouvrables pour ce faire risque d'être insuffisant dans de nombreux cas, et l'adoption d'un délai plus raisonnable dans les versions ultérieures du projet de loi est pour l'instant incertaine.

Nonobstant le nouveau régime applicable aux études de marché formelles prévu dans le projet de loi, il convient de noter que rien dans les propositions législatives n'empêcherait le commissaire de continuer à mener des études de marché informelles de la manière dont elles étaient faites par le passé (c'est-à-dire en se fondant sur la production volontaire de renseignements).

### Projet de loi C-352 émanant d'un député du NPD

Le 18 septembre 2023, après l'annonce du premier ministre, mais avant le dépôt du projet de loi C-56, le chef du Nouveau Parti démocratique (le « NPD ») du Canada a déposé le projet de loi C-352 visant à modifier la *Loi sur la concurrence*. Rien ne garantit qu'un projet de loi émanant d'un député sera examiné par le Parlement, mais le projet de loi C-352 pourrait mériter une certaine attention étant donné que le Parti libéral au pouvoir détient une minorité de sièges au Parlement et compte sur le soutien du NPD conformément à une entente de soutien et de confiance qui devrait être en vigueur jusqu'en juin 2025.

Le projet de loi C-352 comprend des propositions essentiellement similaires à celles du projet de loi C-56 en ce qui concerne les études de marché, mais il prévoit l'élimination de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue dans les dispositions relatives aux accords civils entre concurrents à l'article 90.1 en plus de celle prévue dans les dispositions relatives aux fusionnements à l'article 92.

De plus, le projet de loi du NPD irait beaucoup plus loin et modifierait substantiellement les dispositions de la Loi relatives aux fusionnements et aux abus de position dominante de la façon suivante :

- en obligeant le Tribunal de la concurrence à empêcher tout fusionnement qui donnerait lieu à une part de marché vraisemblablement supérieure à 60 % et en exigeant que tout fusionnement qui donnerait lieu à une part de marché de 30 à 60 % soit empêché, à moins que les parties ne puissent démontrer que l'opération entraînera vraisemblablement un renforcement sensible de la concurrence, notamment une réduction des prix, une augmentation des salaires et une amélioration de la qualité des produits ou des services; et

- en permettant au Tribunal de la concurrence d'interdire à une entreprise dominante d'adopter tout comportement défini par la loi comme étant un agissement anticoncurrentiel (y compris une nouvelle catégorie d'agissement anticoncurrentiel englobant les « prix de vente excessifs et injustes ») sans que le commissaire (ou un demandeur particulier) ait à démontrer que le comportement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Il faudra toutefois démontrer un tel effet anticoncurrentiel pour obtenir une sanction pécuniaire ou une ordonnance de prise de mesures afin de rétablir la concurrence.

Le chef du NPD a indiqué que le projet de loi C-352 constituait sa priorité dans le cadre de la session parlementaire en cours, mais rien ne garantit que ce projet franchira les prochaines étapes de la procédure parlementaire ou que le gouvernement sera disposé à adopter des parties de ce projet de loi dans une prochaine version du projet de loi C-56.

### Consultation globale en cours concernant une prochaine réforme de la *Loi sur la concurrence*

Les récentes annonces du gouvernement démontrent clairement qu'il poursuit sa consultation sur la nécessité d'une nouvelle réforme de la *Loi sur la concurrence* et qu'il prévoit apporter d'autres modifications à cette loi. Le 20 septembre, le gouvernement a publié un rapport sur les commentaires qu'il a reçus des parties prenantes et du grand public. Dans le cadre de ce rapport, le gouvernement a déclaré qu'il évaluait la possibilité d'apporter un certain nombre de modifications à la Loi, notamment les suivantes :

- **Fusions** : réviser le critère juridique de fond applicable aux recours en cas de fusions afin d'assurer une meilleure protection contre les risques d'atteinte à la concurrence et de mieux prendre en compte les effets sur les marchés du travail; réviser les règles entourant les préavis de fusion pour mieux déceler les fusions qu'il convient d'examiner; assouplir les conditions pour l'obtention de mesures provisoires lorsque le Bureau conteste une fusion et demande une injonction; et prolonger (de un à trois ans) le délai de prescription pour les fusions non soumises à l'obligation de déclaration, ou créer un lien conditionnel entre ce délai et une déclaration volontaire.
- **Abus de position dominante** : mieux définir la position dominante ou la position dominante conjointe pour traiter les situations de comportement dominant de facto, dont les actions d'entreprises qui ne sont pas clairement dominantes par elles-mêmes, mais qui exercent avec d'autres une influence anticoncurrentielle substantielle sur le marché; créer des règles ou des présomptions claires pour les entreprises ou les plateformes dominantes en ce qui concerne le comportement ou les acquisitions; et élaborer un critère plus simple pour l'adoption d'une ordonnance corrective, notamment en réexaminant la pertinence de l'intention ou des effets concurrentiels.
- **Collaborations** : présumer ou déduire des accords plus facilement pour certaines formes de comportement pouvant faire l'objet d'un examen civil, comme l'activité algorithmique; introduire des sanctions pécuniaires à l'article 90.1 en ce qui concerne les accords entre concurrents (et, selon le projet de loi C-56, potentiellement d'autres personnes) qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence; et réintroduire la portée élargie de l'interdiction de collusion entre acheteurs dans l'infraction de conspiration criminelle prévue dans la Loi.
- **Préavis de certains accords** : introduire une obligation de préavis ou une procédure d'autorisation volontaire pour certains types d'accords potentiellement problématiques, tels que les règlements de litiges en matière de brevets pharmaceutiques.
- **Recours privés et dommages-intérêts** : autoriser les parties privées à demander une indemnisation pour les dommages subis du fait d'un comportement susceptible de faire l'objet d'un examen civil (non lié à une fusion) en vertu de la Loi (ce qui est déjà possible en ce qui concerne les comportements qui constituent des infractions criminelles prévues par la Loi).
- **Élargissement des pouvoirs du Bureau de la concurrence** : donner au Bureau une plus grande marge de manœuvre pour agir en tant que décideur, par exemple par l'entremise d'une collecte d'informations simplifiée, ou d'une capacité de première instance à autoriser ou à empêcher certaines formes de comportements.

Le rapport se termine sur une note à l'effet que le gouvernement doit maintenant « réfléchir à la meilleure façon de rééquilibrer le régime pour mieux limiter la concentration et dissuader les pratiques anticoncurrentielles, tout en évitant les corrections excessives et en préservant des règles pouvant être respectées avec certitude ». Le rapport indique également que le gouvernement est bien outillé pour élaborer des « propositions bien calibrées » à soumettre à l'examen du Parlement, ce qui suggère que la prochaine phase de l'examen par

le gouvernement d'une nouvelle réforme de la *Loi sur la concurrence* pourrait bientôt prendre la forme d'un nouveau projet de loi présenté au Parlement. Cependant, les propositions à l'étude qui deviendront des propositions législatives ne sont actuellement pas connues.

Personnes-ressources : [John Bodrug](#), [Anita Banicevic](#) 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.