

Cinq points, cinq minutes : considérations relatives au droit de la concurrence dans les circonstances actuelles (COVID-19)

* M^e Brian A. Facey est Chef du groupe Concurrence, antitrust et investissement étranger du bureau Toronto de Blakes. M^{es} Kevin MacDonald et Cassandra Brown sont respectivement avocat et associée au sein du même cabinet. Le présent texte a été publié sur le site du cabinet le 23 mars 2020.

Résumé

L'auteur fournit divers conseils applicables en matière de concurrence en cette période de pandémie.

INTRODUCTION

Alors que les entreprises prennent des mesures pour gérer les répercussions de la crise sanitaire et économique qui sévit à l'échelle mondiale, la législation canadienne en matière de concurrence et d'investissement étranger continue de s'appliquer. Le Bureau de la concurrence (le « Bureau »), qui veille à l'application de la *Loi sur la concurrence* du Canada, et la Division de l'examen des investissements (la « Division »), qui veille à l'application de la *Loi sur Investissement Canada*, continueront de réaliser leurs mandats respectifs à distance. L'anticipation et la gestion des risques dans ces domaines demeurent des questions essentielles, même en période d'incertitude.

CINQ POINTS CLÉS DONT IL FAUT TENIR COMPTE

Dans le cadre de cette « nouvelle réalité », voici cinq points clés à prendre en compte :

1. **Gérez avec soin toute communication ou coordination avec les concurrents.** Bien que les défis auxquels sont confrontées les entreprises d'un secteur donné puissent justifier une coordination entre concurrents, les accords visant à fixer ou à contrôler les prix ou la production, à répartir les ventes et les marchés, ou à se concerter sur les soumissions sont, en général, illégaux en vertu de la *Loi sur la concurrence*. De tels accords peuvent donner lieu à d'importantes amendes pour les entreprises, ainsi qu'à des peines de prison pour les particuliers. Dans sa communication datée du 20 mars 2020, le commissaire de la concurrence du Canada (le « commissaire ») a souligné l'importance qu'accorde le Bureau aux efforts visant à enrayer la collusion entre concurrents, tout en reconnaissant qu'il est possible de mettre en oeuvre des collaborations favorables à la concurrence pour répondre aux besoins des Canadiens. Il est entendu que les communications entre concurrents peuvent créer des risques juridiques. Cependant, la *Loi sur la concurrence* permet aux concurrents de communiquer entre eux et même de se coordonner lorsqu'il est raisonnablement nécessaire de le faire, et dans des circonstances directement liées à un accord par ailleurs légal (p. ex., pour améliorer la production, traiter de questions d'approvisionnement ou de distribution, relever des défis sanitaires ou autres, ou réaliser des gains d'efficacité). D'autres exceptions s'appliquent également, notamment en ce qui a trait aux activités réglementées.

2. **Planification des opérations et examens menés par le Bureau et la Division.** Bien que la volatilité du marché génère une incertitude importante, elle peut créer également des occasions pour des opérations telles que les coentreprises et les fusions. En particulier, le Bureau doit prendre en compte non seulement de tout effet anticoncurrentiel, mais aussi de la viabilité d'une partie à une opération et de la défense fondée sur l'efficacité prévue à la *Loi sur la concurrence*. Dans certains pays, les organismes responsables de l'application de la législation en matière de concurrence ont apporté ou demandé des modifications aux délais et aux échéances applicables aux demandes de fusions. Certaines d'entre elles ont même exempté des secteurs entiers de l'application des lois sur la concurrence. Or, pour le moment, ni le Bureau ni la Division n'a demandé que les parties à une opération repoussent la production d'avis ou acceptent de prolonger les périodes d'examen. Dans une communication destinée aux avocats canadiens se spécialisant en droit de la concurrence, le commissaire a toutefois indiqué que le rythme des examens de fusions pourrait être ralenti en raison du travail à distance de son personnel et des difficultés à établir des communications sur le marché. La Division sera aussi confrontée à des retards inévitables pour traiter ses dossiers. Pour atténuer le risque de retards, il est essentiel d'entamer dès que possible tout processus de production d'avis et d'examen auprès du Bureau ou de la Division, et de communiquer fréquemment avec ces organisations. De plus, il importe de revoir les modalités des accords liés à une opération envisagée pour s'assurer qu'elles offrent des protections adéquates à la lumière des circonstances actuelles.
3. **Les entreprises sont libres de fixer leurs propres prix, mais des limites s'imposent.** Bien que chaque entreprise dispose généralement de la liberté de fixer ses propres prix, la législation sur des mesures d'urgence peut autoriser le gouvernement à interdire les prix exorbitants ou même à fixer les prix. En outre, les entreprises doivent être conscientes des risques d'atteinte à leur réputation et des plaintes possibles auprès du Bureau s'il y a une augmentation importante des prix.
4. **Documentez le raisonnement à l'appui de tout refus de fournir un produit ou de toute modification de modalités contractuelles.** Les leaders du marché qui envisagent un refus de fournir un produit ou d'autres modalités commerciales restrictives devraient obtenir des conseils en matière de droit de la concurrence, notamment si le client est également un concurrent. Il sera important qu'une telle décision soit fondée sur une justification commerciale favorable à la concurrence pour éviter un examen du Bureau ou une mesure d'application de la loi imposée par ce dernier.
5. **Faites preuve de prudence si vous faites des allégations concernant les effets sur la santé.** Il est interdit aux entreprises de faire des allégations fausses ou trompeuses. Plus spécifiquement, les entreprises sont tenues de procéder à des essais scientifiques de tout produit avant donner des indications relatives au rendement d'un produit. Le commissaire a d'ailleurs souligné dans une déclaration que le Bureau portera attention aux indications fausses ou trompeuses au sujet de la capacité d'un produit à prévenir, à traiter ou à soigner les virus.

Le Bureau, qui surveille activement les sites Web des entreprises du secteur de la santé, a récemment pris des mesures d'application de la loi en ce qui concerne des allégations concernant les effets sur la santé. De telles mesures peuvent donner lieu à des sanctions criminelles et à des sanctions pécuniaires. Elles peuvent aussi exiger que les clients soient remboursés, et ce, même si les allégations se révèlent vraies ultérieurement.

Vous avez plus de 5 minutes? Communiquez avec un membre de notre groupe [Concurrence, antitrust et investissement étranger](#) pour en apprendre davantage.