

Le respect des règles de concurrence pendant la crise liée à la COVID-19 : gonflement des prix, pratique de commercialisation trompeuse et collusion

MAR 30, 2020 16 MIN READ

Authors: [Kaeleigh Kuzma](#), [Shuli Rodal](#), [Michelle Lally](#), [Christopher Naudie](#)

En réponse à la pandémie de COVID-19, les entreprises canadiennes font face à des défis sans précédent pour obtenir du financement, maintenir leurs chaînes d'approvisionnement, servir leurs clients et assurer la santé et la sécurité de leurs employés. Cependant, alors que les entreprises s'efforcent de maintenir leurs activités commerciales normales, elles doivent rester vigilantes pour assurer le respect des lois canadiennes en matière de concurrence et de protection des consommateurs. Bien que le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») et d'autres organismes de réglementation aient reconnu les circonstances économiques uniques auxquelles les entreprises canadiennes sont confrontées en ce moment, ils ont également indiqué qu'ils continueront à prendre des mesures d'application de la loi contre toute entreprise qui se livre à de la collusion, à des pratiques commerciales trompeuses et à d'autres pratiques anticoncurrentielles – en particulier dans des circonstances qui cherchent à tirer profit de la vulnérabilité des consommateurs canadiens pendant la crise. En outre, dans un développement sans précédent, le 28 mars, le gouvernement de l'Ontario a émis une ordonnance d'urgence qui interdit le « gonflement des prix » pour certains produits de première nécessité.

Dans le présent bulletin d'actualités, nous avons mis en évidence les plus récentes orientations des organismes de réglementation sur les prix et autres pratiques anticoncurrentielles découlant de la crise de la COVID-19 et avons cerné les risques réglementaires les plus pressants auxquels sont confrontées les entreprises canadiennes dans les domaines de la concurrence et de la protection des consommateurs^[1].

Directives du Bureau les plus récentes

Le 18 mars 2020, le Commissaire de la concurrence (le « Commissaire ») a publié une lettre ouverte à la section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien et au public qui cherchait à rassurer les intervenants sur le fait que les activités du Bureau se poursuivaient compte tenu de la crise^[2]. En particulier, le Commissaire a décrit les mesures prises par le Bureau pour mettre en place des opérations à distance et réduire au minimum les réunions en personne, et pour respecter les délais de dépôt des demandes de fusion. Le Commissaire a également souligné que dans le contexte actuel, le Bureau concentrerait ses ressources sur les « problèmes urgents du marché » qui nécessitent « une action immédiate pour protéger les Canadiens », et que les questions non urgentes seraient probablement moins prioritaires.

Deux jours plus tard, le 20 mars, le Commissaire a publié une deuxième déclaration, plus

percutante, pour rappeler aux entreprises le risque de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles pendant la crise sanitaire en cours. Le Commissaire a souligné que « le Bureau de la concurrence demeure vigilant à l'égard des comportements anticoncurrentiels et nuisibles », particulièrement à l'égard des entreprises qui « chercheraient à exploiter ces circonstances exceptionnelles pour profiter des consommateurs et des entreprises ». En particulier, le Commissaire a indiqué que le Bureau enquêtera sur les plaintes et examinera tout élément de preuve indiquant que des entreprises ou des personnes ont enfreint les lois sur la concurrence du Canada, notamment les comportements suivants :

- Les pratiques commerciales trompeuses, comme les indications fausses ou trompeuses au sujet de la capacité d'un produit à prévenir, à traiter ou à soigner le virus;
- La collusion entre entreprises concurrentes, comme les accords illégaux relatifs à l'établissement des prix pour un produit ou un service.

En ce qui concerne ce dernier risque, le Commissaire a cherché à rassurer les entreprises sur le fait que les lois sur la concurrence du Canada autorisent certaines formes de collaboration entre entreprises lorsqu'elle favorise la concurrence en vue de soutenir la fourniture de biens et services nécessaires pour répondre aux besoins des Canadiens^[3].

Dernières directives de la division antitrust et de la FTC

Séparément, le 24 mars, le Département de la justice des États-Unis (division antitrust) et la Federal Trade Commission (les « agences américaines ») ont publié une déclaration commune concernant leurs priorités en matière d'application des règles de concurrence dans le sillage de la crise découlant de la COVID-19^[4]. Contrairement aux directives du Bureau, les agences américaines ont indiqué avec force qu'elles évalueraient et apprécieraient toute conduite potentielle à la lumière des circonstances extraordinaires de la crise et de la nécessité pour le public de répondre rapidement face à la pandémie.

En particulier, les agences américaines ont indiqué qu'elles s'engageaient à fournir [traduction] « des directives d'urgence rapides » aux concurrents qui cherchent à collaborer pour répondre à la crise, et qu'elles [traduction] « tiendront compte des circonstances d'urgence dans l'évaluation des efforts déployés pour faire face à la propagation de la COVID-19 et à ses conséquences ». En outre, les agences américaines ont fourni des conseils précis sur les [traduction] « nombreuses façons » dont les concurrents peuvent s'engager dans une collaboration en faveur de la concurrence, et ont noté que [traduction] « de nombreux types d'activités de collaboration conçues pour améliorer la réponse sanitaire et sécuritaire à la pandémie seraient conformes aux lois antitrust ». En particulier, les agences américaines ont noté ceci :

- Il existe des formes de collaboration en matière de recherche et de développement qui, tout en améliorant l'efficacité, sont favorables à la concurrence.
- Le partage du savoir-faire technique, plutôt que des données propres à l'entreprise sur les prix, les salaires, les produits ou les coûts, peut être [traduction] « nécessaire pour obtenir les avantages favorisant la concurrence de certaines collaborations ».
- Dans le secteur des soins de santé, il est peu probable que les organismes chargés de l'application de la loi remettent en question l'élaboration des paramètres de pratique sanitaire que suggèrent les prestataires de soins de santé. De plus, les accords d'achat

conjoint entre prestataires de soins de santé, tels que ceux qui visent à accroître l'efficacité des achats et à réduire les coûts d'opération, ne soulèveront pas de problèmes d'antitrust.

Les autorités en matière de concurrence de l'Union européenne et du Royaume-Uni, par exemple, ont également indiqué qu'elles resteraient vigilantes à l'égard des comportements anticoncurrentiels pendant la crise.

Risque en matière de conformité particulier : la pratique du gonflement des prix

Alors que les entreprises canadiennes sont confrontées à des pointes de la demande de produits alimentaires, de désinfectants et de produits de santé, associés à des contraintes dans leurs chaînes d'approvisionnement, certaines entreprises pourraient envisager d'augmenter le prix de ces produits essentiels. Dans des circonstances de marché normales, ce type de comportement unilatéral serait considéré comme représentatif d'un fonctionnement normal des forces du marché. Toutefois, la mise en œuvre de telles augmentations de prix à court terme risque d'attirer la colère des consommateurs et l'attention des médias. À ce jour, les médias canadiens ont déjà publié un certain nombre d'articles très médiatisés sur des cas de gonflement de prix. Par exemple, la CBC a publié au début du mois un reportage sur certains revendeurs sur Amazon qui vendaient du désinfectant pour les mains à un prix dix fois supérieur au prix normal du marché^[5]. Plus récemment, la CBC a publié un article sur une augmentation significative du prix des lingettes désinfectantes dans une chaîne d'épicerie bien connue de Toronto, ce qui a incité le premier ministre de l'Ontario à qualifier cette pratique de [traduction] « dégoûtante » et à déclarer qu'il avait une [traduction] « tolérance zéro pour le gonflement des prix »^[6].

Les lois canadiennes sur la concurrence ne prévoient pas d'infraction fédérale en matière de gonflement des prix. En règle générale, un fournisseur ou un détaillant est autorisé, en vertu de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »), à fixer unilatéralement ses prix en réponse aux forces du marché de l'offre et de la demande. La Loi prévoit que dans certaines circonstances, si un fournisseur a une position dominante sur un marché et qu'il se livre à « une pratique d'agissements anticoncurrentiels », il peut faire l'objet d'une action civile en application de la loi pour s'être livré à un « abus de position dominante »^[7]. Toutefois, la jurisprudence exige la preuve d'une pratique de comportement destinée à avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas – et un acte qui consiste à gonfler les prix par les détaillants pour profiter des consommateurs en réponse à une contrainte d'approvisionnement à court terme ne répond pas parfaitement à cette exigence.

Toutefois, en vertu de la législation provinciale d'urgence de l'Ontario, le gouvernement a le pouvoir d'interdire de fixer le prix à payer « pour les denrées, services et ressources nécessaires » et d'interdire de demander à leur égard un prix exorbitant^[8]. Le 28 mars 2020, le gouvernement a émis un décret d'urgence sans précédent qui interdit aux entreprises de détail et aux particuliers de fixer des « prix déraisonnables » pour des « produits de première nécessité »^[9]. La liste des produits de première nécessité est actuellement limitée à ce qui suit :

- les masques et les gants qui servent d'équipement de protection individuelle contre les infections;
- les médicaments en vente libre servant à traiter les symptômes du coronavirus;

- les produits désinfectants utilisés pour le nettoyage et la désinfection des objets ou des personnes;
- les produits d'hygiène personnelle, notamment les produits de savon et de papier.

Les risques liés à de telles pratiques de fixation des prix sont importants. Les particuliers qui contreviennent peuvent être condamnés à une amende initiale de 750 \$ CA ou, s'ils sont convoqués au tribunal et reconnus coupables d'une infraction provinciale, à une amende maximale de 100 000 \$ CA et à un an de prison. Si une entreprise est reconnue coupable d'une telle infraction, un gérant ou un dirigeant s'expose à une amende maximale de 500 000 \$ CA et à un an de prison. Une société est passible d'une amende maximale de 10 000 000 \$ CA.

Les risques de conformité liés à la fixation des prix de ces produits sont énormes. Il n'existe pas de définition légale de « prix déloyal » ou de « prix déraisonnable » dans le décret, et il n'y a pas de définition objective établie de ces termes dans la profession économique. En outre, compte tenu des risques criminels et susceptibles d'entacher une réputation, les entreprises du secteur de la santé et de l'industrie pharmaceutique devront relever d'énormes défis dans l'évaluation de la légitimité d'éventuelles modifications de prix en réponse à une demande accrue et aux contraintes pesant sur leurs chaînes d'approvisionnement.

Risque de non-conformité particulier : pratique de commercialisation trompeuse

Dans sa déclaration à propos de l'application de la loi, le Commissaire a également souligné la nécessité pour les entreprises de s'abstenir de pratiques commerciales trompeuses pendant la crise. En particulier, le Commissaire a donné l'exemple d'une entreprise qui faisait des déclarations fausses ou trompeuses sur la capacité d'un produit à prévenir, traiter ou guérir le virus de la COVID-19. Dans le passé, le Commissaire a collaboré avec Santé Canada pour s'assurer que les consommateurs ne sont pas floués dans la commercialisation des produits de santé. Le Commissaire n'a pas hésité à prendre des mesures d'application de la loi contre les entreprises qui font des déclarations trompeuses ou non fondées sur l'efficacité de produits de santé naturels et de produits amaigrissants. Si une entreprise se livre à des pratiques trompeuses qui profitent de la vulnérabilité des consommateurs et qui aggravent même les risques d'infection, on peut s'attendre à ce que le Bureau réagisse rapidement en prenant des mesures d'application de la loi décisives.

En vertu de la Loi, une entreprise qui fait une déclaration au public pour promouvoir la fourniture ou l'utilisation d'un produit qui est faux ou trompeur sur un point important peut faire l'objet de mesures d'application de la loi. En particulier, le Commissaire peut enquêter sur les allégations et entreprendre des mesures d'application de la loi dans le cadre d'une procédure pénale ou civile. Dans la grande majorité des cas qui n'impliquent pas de comportement flagrant, le Commissaire intente généralement des poursuites aux termes des dispositions civiles de la Loi. Si le Commissaire établit la preuve d'une pratique examinable dans le cadre d'une procédure devant le Tribunal de la concurrence ou un tribunal, le Commissaire peut demander des sanctions allant jusqu'à 750 000 \$ CA à l'encontre d'un individu pour une première infraction. Pour les poursuites intentées contre une entreprise, le Commissaire peut demander des sanctions allant jusqu'à 10 000 000 \$ CA.

Risque en matière de conformité particulier : la collusion

Face à des pointes imprévisibles de l'offre et de la demande et à la nécessité impérieuse de fournir des produits essentiels sur le marché, les entreprises peuvent vouloir explorer la

possibilité de collaborer avec leurs concurrents pour élaborer des réponses efficaces à la crise. Bien que la Loi autorise la collaboration entre concurrents dans certains domaines légitimes, elle prévoit des interdictions pénales très strictes en ce qui concerne les accords anticoncurrentiels portant sur la fixation des prix, la restriction de la production et la répartition des marchés. En outre, il existe des interdictions pénales relatives au truquage d'offres dans le cadre des processus d'appel d'offres publics ou privés. Et contrairement à certains autres ressorts internationaux, il n'existe pas d'exemption légale pour la collusion ou le truquage d'offres dans le contexte d'une crise économique. À ce titre, les communications avec les concurrents sur de telles questions peuvent comporter des risques importants.

Dans sa plus récente déclaration publique sur l'application de la loi, le Commissaire a indiqué qu'il serait vigilant en enquêtant sur les comportements qui enfreignent les dispositions pénales de la Loi^[10]. Une entreprise qui conclut un accord anticoncurrentiel en vertu de la Loi est passible de poursuites pénales. Une partie qui est condamnée pourrait faire face à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à quatorze ans (pour un particulier) et à des amendes pouvant aller jusqu'à 25 000 000 \$ CA par chef d'accusation^[11]. Il existe également des dispositions civiles parallèles dans le cadre de la Loi, aux termes desquelles le Commissaire peut demander une ordonnance interdisant à une partie de mettre en œuvre un tel accord lorsque celui-ci est susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence^[12].

Toutefois, comme aux États-Unis, il existe au Canada des secteurs de collaboration entre concurrents autorisés, comme les coentreprises, les alliances stratégiques et les initiatives de recherche et de développement. En outre, au Canada, les accords d'achat en commun sont généralement autorisés. Et bien que le Bureau n'ait pas explicitement pris en compte les « circonstances urgentes » de la crise de la même manière que les agences américaines, nous pouvons nous attendre à ce que le Bureau prenne en compte les circonstances extraordinaires de la crise pour évaluer si une coentreprise ou une alliance stratégique légitime qui cherche à explorer des initiatives pour atténuer l'impact de la crise sur les Canadiens empêche ou réduit la concurrence ou apporte d'autres avantages en ce qui a trait à l'efficacité. Par ailleurs, la Loi devrait permettre les comportements de collaboration qui sont expressément mandatés ou autorisés par la législation.

Conclusion

Les défis posés par la COVID-19 ne donnent pas aux entreprises le droit de « passer outre » à l'application du droit de la concurrence. Cela étant, les nouvelles réalités, telles que les employés travaillant à domicile pendant de longues périodes avec un minimum de supervision et l'accent mis par la direction sur la survie de l'entreprise, peuvent rendre la conformité plus difficile que jamais. Pour de plus amples renseignements ou pour toute question concernant les risques en matière de prix, de concurrence et d'autres risques commerciaux soulevés par les circonstances extraordinaires de la crise découlant de la COVID-19, veuillez communiquer avec les membres du [groupe de la concurrence et de l'investissement étranger](#) d'Osler.

[1] Le présent bulletin d'actualités souligne les risques auxquels sont confrontées les entreprises nationales et étrangères qui exercent des activités dans la province de l'Ontario. D'autres interdictions peuvent s'appliquer dans d'autres provinces.

[2] Lettre du Commissaire de la concurrence à l'ABC au sujet des effets de la pandémie de Covid-19 datée du 18 mars 2020 ([Lien vers la lettre sur le site du Bureau](#)).

[3] *Déclaration du commissaire de la concurrence à propos de l'application de la loi pendant la situation causée par la COVID-19* datée du 20 mars 2020 ([Lien vers la déclaration sur le site Web du Bureau](#)).

[4] *Joint Antitrust Statement regarding Covid-19* par le Département de la justice des États-Unis (division antitrust) et la Federal Trade Commission datée du 27 mars 2020 ([Lien vers la déclaration sur le site Web de la FTC](#)).

[5] Reportage de la CBC, « Customers complain of price gouging as hand sanitizer sells out in stores » publié le 11 mars 2020 ([Lien vers le site Web de la CBC](#)).

[6] Reportage de la CBC, « Doug Ford calls out Toronto grocer Pusateri's for 'disgusting' price gouging on hand wipes », publié le 26 mars 2020 ([Lien vers le site Web de la CBC](#)).

[7] *Loi sur la concurrence*, LRC (1985), ch. C-34, article 79 (la « *Loi sur la concurrence* » ou la Loi).

[8] En vertu de la législation d'urgence de l'Ontario, le cabinet provincial a le pouvoir d'émettre un décret d'urgence pour « [f]ixer le prix à payer pour les denrées, services et ressources nécessaires et interdire de demander à leur égard un prix exorbitant ». Voir la *Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence*, LRO 1990, ch. E.9, paragraphe 7.0.2(4).

[9] Gouvernement de l'Ontario, communiqué de presse, « L'Ontario protège les consommateurs contre l'augmentation abusive du prix des produits de première nécessité » ([Lien vers le site Web du gouvernement de l'Ontario](#)).

[10] *Ibid.*

[11] *Loi sur la concurrence*, paragraphe 45(2).

[12] *Loi sur la concurrence*, paragraphe 90,1(1).