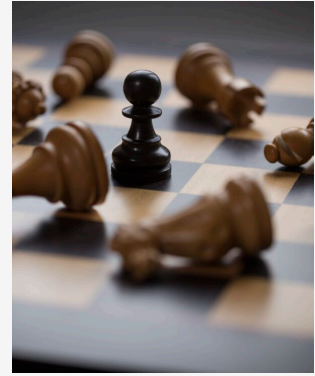


D'importants changements apportés à la Loi sur la concurrence, y compris les dispositions sur l'abus de position dominante, sont désormais en vigueur



18 DÉCEMBRE 2023 18 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Droit de la concurrence](#)
- [Investissement étranger](#)

Auteurs(trice): [Michelle Lally](#), [Shuli Rodal](#), [Chelsea Rubin](#), [Kaeleigh Kuzma](#), [Alysha Pannu](#), [Zach Rudge](#)

Le 15 décembre 2023, le [projet de loi C-56](#), la *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable*, a reçu la sanction royale. Lorsqu'il a déposé le projet de loi C-56 pour la première fois en septembre 2023, le gouvernement proposait de modifier la *Loi sur la concurrence* (la Loi) pour introduire un pouvoir d'enquête formel, élargir la disposition relative aux collaborations civiles (pour y inclure les accords verticaux) et abroger la défense fondée sur les gains en efficacité entraînés par les fusions. (Pour plus de détails sur ces modifications, veuillez consulter notre [bulletin d'actualités Osler](#) paru récemment.) Toutes ces modifications ont été promulguées en grande partie en leur forme proposée à l'origine. Cependant, le projet de loi C-56, tel qu'il a été adopté, élargit également de manière considérable l'étendue du droit canadien sur les monopoles, tel qu'il est prévu dans les dispositions de la Loi sur l'abus de position dominante.

Au cours du processus législatif, le Comité permanent des finances a revu le projet de loi C-56 afin de modifier de manière considérable les dispositions sur l'abus de position dominante figurant aux articles 78 et 79 de la Loi. On avait déjà modifié ces dispositions en 2022 pour élargir la notion d'agissements susceptibles d'être considérés comme anti-concurrentiels aux agissements commis dans l'intention d'empêcher ou de diminuer la concurrence en général (plutôt que dans l'intention de nuire aux concurrents uniquement).

Les nouvelles modifications, qui entrent en vigueur immédiatement, élargissent encore la portée des dispositions sur l'abus de position dominante, en introduisant dans la Loi des concepts juridiques qui ne sont pas définis dans les textes législatifs et qui n'ont pas encore été interprétés par les tribunaux canadiens. Cela crée beaucoup d'incertitude pour les entreprises au Canada. Les entreprises sont désormais exposées à des sanctions majorées et à un risque accru de mesures d'application de la loi, des ordonnances d'interdiction pouvant désormais être rendues même lorsqu'il n'y a pas d'« agissement anti-concurrentiel », et lorsqu'un « agissement anti-concurrentiel » n'a pas réellement ou vraisemblablement d'incidence sur la concurrence dans un marché.

L'article 79 est soumis à un délai de prescription de trois ans, en vertu duquel nul ne peut

présenter une demande relativement à une pratique d'agissements anti-concurrentiels ou un comportement plus de trois ans après la cessation de cette pratique ou de ce comportement.

Pour comprendre les conséquences, pour les entreprises, des changements apportés par le projet de loi C-56, il faut également tenir compte du [projet de loi C-59](#), la *Loi d'exécution de l'énoncé économique d'automne 2023*, qui chemine actuellement à travers le processus législatif. Entre autres choses, le projet de loi C-59 propose d'introduire de nouvelles sanctions ainsi qu'un vaste droit d'action civile privée (avec autorisation) avec la possibilité d'un recouvrement financier. Pour plus de détails sur le projet de loi C-59, veuillez consulter notre [bulletin d'actualités Osler](#) paru dernièrement.

Vous trouverez ci-dessous un aperçu des changements apportés par le projet de loi C-56 aux dispositions sur l'abus de position dominante et de leurs conséquences pour les entreprises au Canada.

1. Qu'est-ce qui constituait un abus de position dominante avant l'adoption du projet de loi C-56?

Avant l'adoption du projet de loi C-56, le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) ne pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire et ordonner une ordonnance corrective en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante que si le commissaire de la concurrence (le commissaire) ou une partie privée (autorisée) établissait, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de la situation suivante :

(i) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions (c.-à-d. s'il établit qu'une entreprise est dominante ou que deux entreprises ou plus sont conjointement dominantes dans un marché)

(ii) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'*agissements anti-concurrentiels*

(iii) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché (qui n'est pas nécessairement le même que celui sur lequel la domination ou la domination conjointe est établie), effet appelé « EDSC »

Pour l'application de l'élément (ii), *agissement anti-concurrentiel*, tel que ce terme était (et est toujours) défini à l'article 78, s'entend de 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 ». L'article 78 dresse une liste non exhaustive d'agissements anti-concurrentiels.

La jurisprudence traitant du sens du terme « agissement anti-concurrentiel » a confirmé que la justification commerciale est le principal facteur à considérer. Le Tribunal a affirmé qu'un comportement ne sera considéré comme anti-concurrentiel que si son « caractère global » ou son « principal objectif » est anti-concurrentiel par nature. L'analyse nécessite une évaluation de l'existence d'une justification commerciale valable pour le comportement (c'est-à-dire une justification crédible fondée sur l'efficience ou de nature pro-concurrentielle non liée à l'effet anti-concurrentiel, telle que l'amélioration de la qualité ou du service, ou l'aide apportée à la personne en question pour qu'elle soit plus concurrentielle sur le marché en question).

2. Quels sont les principaux changements apportés par le projet de loi C-56 aux dispositions sur l'abus de position dominante?

1. *Un abus potentiel de position dominante n'est plus limité aux « agissements anti-concurrentiels » et inclut désormais tout comportement qui a, a eu ou aura vraisemblablement un effet anti-concurrentiel considérable dans un marché dans lequel une personne a un « intérêt concurrentiel valable », lorsque cet effet ne résulte pas d'un « rendement concurrentiel supérieur ».*

Le projet de loi C-56 supprime la nécessité d'établir l'existence d'un agissement anti-concurrentiel pour obtenir une injonction en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante. Tout comportement d'une ou de plusieurs entreprises dominantes qui résulte ou est susceptible de résulter en un EDSC risque d'enfreindre l'article 79, à moins que l'EDSC puisse être attribué à un « rendement concurrentiel supérieur ». Alors qu'avant les modifications, le Tribunal était tenu de prendre en compte le rendement concurrentiel supérieur lorsqu'il évaluait si la concurrence était empêchée ou diminuée sensiblement, il faisait cette évaluation après avoir constaté qu'une entreprise dominante s'était livrée à une pratique d'agissements anti-concurrentiels. Désormais, le rendement concurrentiel supérieur doit justifier le comportement d'une entreprise dominante qui empêche ou réduit sensiblement la concurrence ou a vraisemblablement cet effet, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels.

Il reste à déterminer, probablement par le biais de la jurisprudence, quel type de comportement est ou n'est pas attribuable à un rendement concurrentiel supérieur, y compris le rôle de la justification commerciale valable, tel qu'elle est interprétée dans la jurisprudence existante concernant les agissements anti-concurrentiels, dans l'établissement du rendement concurrentiel supérieur.

Parmi les questions connexes et complémentaires importantes, on peut citer la manière dont le concept de rendement concurrentiel supérieur s'appliquerait à une personne qui n'est pas en concurrence dans un marché où l'effet sur la concurrence se produit, la manière dont le concept pourrait s'appliquer aux entreprises qui sont conjointement dominantes et l'analyse juridique qui s'appliquerait dans le cas des entreprises qui exercent des activités sur des marchés réglementés.

1. *Une ordonnance d'interdiction (une injonction) peut désormais être prononcée pour exiger d'une entreprise qu'elle mette fin à une pratique d'agissements anti-concurrentiels sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement une incidence sur la concurrence.*

Grâce à ces modifications, le commissaire, ou une partie privée autorisée, peut désormais demander une injonction sans avoir à fournir de preuves de l'incidence sur le marché. Il suffit d'établir l'existence d'une position dominante et d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels.

Le Tribunal a désormais le pouvoir discrétionnaire d'émettre une ordonnance d'interdiction lorsque le commissaire ou une partie privée (autorisée) a établi l'existence de la situation suivante :

1. une entreprise est dominante (ou un groupe d'entreprises est conjointement dominant)
2. la ou les entreprises se livrent à un comportement dont l'intention est anti-concurrentielle ou l'effet est anti-concurrentiel (c'est-à-dire un EDSC) et ne résulte pas d'un rendement

concurrentiel supérieur

Pour obtenir une ordonnance corrective autre qu'une ordonnance d'interdiction, le Tribunal doit constater qu'un agissement anti-concurrentiel a eu lieu, que cet agissement a, a eu ou aura vraisemblablement un EDSC dans un marché (dans lequel la ou les entreprises ont un intérêt concurrentiel valable) et qu'une ordonnance d'interdiction ne rétablira pas vraisemblablement la concurrence dans ce marché. De même, le Tribunal ne peut ordonner une sanction administrative pécuniaire (SAP) que s'il est établi qu'un agissement anti-concurrentiel a, a eu ou aura vraisemblablement un EDSC dans un marché (dans lequel la ou les entreprises ont un intérêt concurrentiel valable).

1. Les « prix excessifs » constituent désormais explicitement un « agissement anti-concurrentiel ».

La liste non exhaustive des agissements anti-concurrentiels figurant à l'article 78 a été modifiée par l'ajout (comme nouvel exemple) de « l'imposition directe ou indirecte de prix de vente excessifs et injustes ». Il est intéressant de noter que ce nouvel exemple ne figurait pas parmi les changements que le Bureau de la concurrence (le Bureau) avait recommandé d'apporter à la Loi, probablement pour de nombreuses bonnes raisons (par exemple, il sape/diminue les encouragements à l'investissement, à l'innovation et à la concurrence; l'incapacité des institutions à définir quand un prix est excessif; et les difficultés à élaborer une ordonnance corrective).

Alors que le concept de prix excessif a été appliqué et interprété par les tribunaux en vertu du droit de la concurrence de l'Union européenne, il n'a pas été considéré comme un comportement anti-concurrentiel en vertu du droit de la concurrence au Canada (ou en vertu des lois antitrust américaines). L'ajout de ce nouvel exemple est d'autant plus remarquable que, jusqu'à présent, le cadre de la Loi n'a pas considéré le simple exercice d'un pouvoir de marché comme pouvant faire l'objet d'une action en justice en vertu du droit de la concurrence. Il reste à voir comment le Bureau et les tribunaux interpréteront les « prix excessifs et injustes ».

1. Sanctions majorées

Le montant maximal des SAP a été porté au plus élevé des montants suivants : 25 millions de dollars pour la première ordonnance (et 35 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente) ou trois fois la valeur du bénéfice tiré ou, si ce montant ne peut pas être déterminé raisonnablement, 3 % des recettes globales brutes annuelles de la personne concernée. Comme il est indiqué ci-dessus, pour obtenir une SAP, il faut démontrer qu'une ou plusieurs entreprises dominantes se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels qui a, a eu ou aura vraisemblablement un EDSC dans un marché (dans lequel la ou les entreprises ont un intérêt concurrentiel valable).

3. Quelle est l'incidence du projet de loi C-56 sur les changements apportés à la Loi sur la concurrence l'année dernière?

En juin 2022 sont entrées en vigueur des modifications apportées à la Loi qui, entre autres, ont élargi la portée des dispositions sur l'abus de position dominante de plusieurs manières importantes, y compris les suivantes :

- Le terme « agissement anti-concurrentiel » s'entendait désormais de 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 ». En raison de la jurisprudence, avant les modifications de juin 2022, la définition d'agissement anti-concurrentiel était limitée à tout comportement destiné à avoir un effet visant l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas d'un

concurrent. À la suite de cette modification, tout comportement destiné à nuire à la concurrence ou au processus concurrentiel est désormais pris en compte.

- La liste non exhaustive des agissements anti-concurrentiels potentiels figurant à l'article 78 inclut désormais « la réponse sélective ou discriminatoire à un concurrent actuel ou potentiel, visant à entraver ou à empêcher l'entrée ou l'expansion d'un concurrent sur un marché ou à l'éliminer du marché ».
- Les SAP sont passées de 10 millions de dollars (et de 15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente) au plus élevé des montants suivants : (i) 10 millions de dollars (15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente) ou (ii) trois fois la valeur de l'avantage tiré ou, si ce montant ne peut être déterminé, 3 % des recettes globales brutes annuelles de la personne concernée. En outre, les parties privées ont la possibilité de demander l'autorisation de présenter une demande en vertu de l'article 79.

Le projet de loi C-56 majore encore une fois les sanctions pécuniaires prévues à l'article 79.

L'élargissement de la définition d'agissement anti-concurrentiel par l'inclusion de tout comportement qui a un effet négatif sur la *concurrence* (plutôt que sur les *concurrents*) est potentiellement encore plus important maintenant que le projet de loi C-56 a réduit le fardeau des mesures d'application de la loi lorsqu'un agissement anti-concurrentiel peut être établi (en supprimant l'obligation de prouver l'effet sur le marché). L'étendue des comportements visée par la définition élargie d'agissement anti-concurrentiel n'a pas encore été testée, bien que le Bureau ait clairement indiqué qu'il donnait au concept une vaste étendue, y compris dans le contexte du scénario controversé (et non encore testé) des entreprises conjointement dominantes.

En octobre 2023, le Bureau a publié pour consultation un projet de bulletin sur les modifications apportées à l'article 79 en juin 2022. Le projet de bulletin fournit des orientations sur la façon dont le Bureau interprètera la nouvelle définition d'agissement anti-concurrentiel et évaluera un large éventail de comportements en vertu de l'article 79, y compris les accords entre concurrents, le partage de renseignements, les contrats faisant référence à des rivaux et les acquisitions en série. Le projet de bulletin contient un exposé détaillé de l'application de l'article 79 dans le contexte de la domination conjointe, un domaine notable qui n'a pas encore été pris en compte dans la jurisprudence au Canada. Le projet de bulletin est toujours à l'état de projet, et des mises à jour seront probablement nécessaires à la suite de l'adoption du projet de loi C-56.

4. Quels autres changements a-t-il été proposé d'apporter aux dispositions sur l'abus de position dominante?

Le projet de loi C-59 chemine actuellement à travers le processus législatif. Tel qu'il a été présenté le 28 novembre, le projet de loi C-59 permet aux parties privées (autorisées) de réclamer une forme de dommages-intérêts en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante. (Il est impossible de réclamer des dommages-intérêts à l'heure actuelle.)

En vertu du projet de loi C-59, en ce qui concerne les dommages-intérêts à payer, le Tribunal peut ordonner de payer « une somme — ne pouvant excéder la valeur du bénéfice tiré du comportement visé par l'ordonnance — devant être répartie, de la manière qu'il estime indiquée, entre le demandeur et toute autre personne touchée par le comportement ».

Le projet de loi C-59 propose en outre d'élargir le critère d'autorisation d'intenter une action privée de sorte que le Tribunal puisse accorder à une partie privée l'autorisation de présenter

une telle demande s'il a des raisons de croire que le demandeur est directement et sensiblement gêné dans *tout ou partie* de son entreprise par le comportement en cause *ou s'il est convaincu qu'il est dans l'intérêt public de le faire*. À l'heure actuelle, le Tribunal ne peut accorder l'autorisation de présenter une demande en vertu des dispositions sur l'abus de position dominante que s'il a des raisons de croire que le demandeur serait « directement et sensiblement » gêné dans son entreprise par le comportement en cause, ce que le Tribunal a interprété (en grande partie dans le contexte de l'article 75, qui traite des refus de vendre) comme une gêne touchant toute l'entreprise du demandeur.

Si le projet de loi C-59 est mis en œuvre, le risque financier lié à l'article 79 auquel les entreprises sont exposées sera considérablement accru et les parties privées bénéficieront de vastes voies de recours et de puissants encouragements à présenter des demandes d'autorisation.

5. Quelles mesures les entreprises doivent-elles prendre à la lumière des modifications apportées par le projet de loi C-56 aux dispositions sur l'abus de position dominante de la Loi sur la concurrence?

Dans l'ensemble, les modifications apportées aux dispositions sur l'abus de position dominante sont susceptibles d'accroître considérablement le risque de contestations et de mesures d'application de la loi par des parties privées et publiques concernant le comportement des entreprises dominantes au Canada. Pour le moment, il serait souhaitable que les entreprises canadiennes, en particulier celles qui occupent une position forte sur le marché ou qui exercent des activités sur des marchés où le nombre de concurrents est réduit, examinent attentivement leurs pratiques commerciales.

Bien qu'une évaluation minutieuse des pratiques de marché puisse et doive être effectuée, toutes les conséquences de ces changements sont incertaines, en raison de la superposition à des concepts existants de nouveaux concepts et d'importants changements à des critères juridiques qui n'ont jamais été testés par les tribunaux (y compris l'étendue du concept de « domination conjointe » et le sens d'« agissement destiné à nuire à la concurrence »). Bien que nous nous attendions à ce que le Bureau fournisse des orientations, il est probable qu'on verra mieux ce qui constitue un abus de position dominante au Canada au fil du temps, à mesure que les tribunaux en interpréteront les dispositions.

6. Outre ceux qui touchent les dispositions sur l'abus de position dominante, quels autres changements ont été apportés au projet de loi C-56 depuis son introduction en septembre?

Le projet de loi C-56 prévoyait auparavant que seul le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie (le Ministre) pouvait ordonner au commissaire d'entreprendre une enquête s'il estimait qu'il était dans l'intérêt public de le faire. La compétence en matière d'enquête a depuis été élargie, de sorte que le commissaire, après consultation du Ministre, peut décider unilatéralement de mener une enquête s'il estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire.

Lorsqu'il a été présenté pour la première fois, le projet de loi C-56 n'a fait qu'abroger la défense fondée sur les gains d'efficacité dans les dispositions de la Loi relatives aux fusions; toutefois, les gains d'efficacité dans le contexte des accords non criminels entre concurrents visés à l'article 90.1 ne comptent plus parmi les facteurs à considérer.

7. Quand le projet de loi C-56 entrera-t-il en vigueur?

Bien qu'il y ait quelques dispositions transitoires tenant compte des fusionnements notifiés ou réalisés avant le 15 décembre 2023, presque tous les aspects du projet de loi C-56 sont maintenant en vigueur. La seule exception est la disposition relative aux accords verticaux de l'article 90.1, qui entrera en vigueur un an plus tard, soit le 15 décembre 2024. Ce délai vise à donner aux entreprises le temps de se préparer et au Bureau de publier des orientations concernant l'application de la nouvelle disposition.