

# LES CARTELS À L'HEURE DE LA COVID

Publié le 6 avril, 2020

**Catégories:** [Centre de ressources liées à la COVID-19](#), [Publications sur la COVID-19](#), [Perspectives](#), [Publications](#)

La crise actuelle de la COVID-19 a de profondes répercussions sur les entreprises partout au Canada. Les périodes difficiles appellent souvent des solutions créatives, et parfois ces solutions créatives peuvent impliquer une collaboration avec vos concurrents. Cependant, la collaboration créative d'une personne peut être assimilée à une conspiration par une autre personne. La pression des circonstances changeantes et des difficultés financières peut parfois conduire à des décisions rapides et agressives. Cependant, les lois sur la concurrence continuent de s'appliquer en temps de crise.

Le Bureau canadien de la concurrence, ainsi que les organismes d'application de la loi du monde entier, l'ont rappelé au monde des affaires lors de la récession de 2008/2009. Similairement, le commissaire de la concurrence a publié une déclaration le 20 mars 2020, réitérant que le Bureau de la concurrence « demeure vigilant à l'égard des comportements anticoncurrentiels et nuisibles des personnes qui chercheraient à exploiter ces circonstances exceptionnelles pour profiter des consommateurs et des entreprises », y compris la collusion entre entreprises concurrentes.

La *Loi sur la concurrence* rend criminels trois types d'accords avec les concurrents, et donc également susceptibles d'être visés par des recours collectifs en dommages et intérêts. Ces trois types d'accords, tels que définis au paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence*, sont des accords entre concurrents visant à a) fixer les prix, b) attribuer les marchés, ou c) réduire la fourniture ou la production d'un produit.

Par ailleurs, d'autres types d'accords ou arrangements entre concurrents peuvent être interdits si le Tribunal de la concurrence, sur demande du Commissaire de la concurrence, constate qu'un accord existant ou proposé entre concurrents empêche ou réduit, ou est de nature à empêcher ou à diminuer, sensiblement la concurrence sur un marché. Le recours est ici une ordonnance de s'abstenir, sans dommages-intérêts ni condamnation pénale.

Compte tenu des conséquences découlant d'une éventuelle poursuite au criminel et de recours collectifs, le risque principal se trouve dans le paragraphe 45(1), et en particulier l'interdiction des accords ou arrangements visant à réduire la fourniture d'un produit. Les intervenants du marché savent que le fait de s'entendre sur les prix ou la répartition des marchés est généralement clairement répréhensible. La légalité des restrictions de production peut cependant être plus complexe et les préoccupations moins évidentes. Par exemple, diverses

formes de collaboration, y compris celles mises en place pour faire face à des situations d'urgence, peuvent nécessiter une restriction de la fourniture d'un produit, au moyen d'un accord de spécialisation dans la fourniture de produits convenus, par exemple, afin de fonctionner efficacement.

Heureusement, la *Loi sur la concurrence* contient une défense de restriction « accessoire » au paragraphe 45(4). Le moyen de défense de la restriction « accessoire » prévoit qu'un accord entre concurrents pour fixer les prix, attribuer les marchés ou réduire la fourniture d'un produit n'est pas une infraction pénale si les parties à l'accord peuvent établir que a) l'accord est accessoire à un accord plus large ou distinct qui inclut les mêmes parties et qui lui-même ne contrevient pas au paragraphe 45(1), et b) l'accord est directement lié à l'objectif de l'accord plus large ou distinct et est raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif.

Malheureusement, cette défense de restriction « accessoire », qui n'a été adoptée qu'il y a dix ans, n'a pas encore fait l'objet d'une interprétation judiciaire significative. Alors, que faire si vous envisagez une collaboration qui semble viser l'un des types d'accord interdits au paragraphe 45(1) (en particulier la disposition relative à la limitation de la production), mais qui peut faire partie d'un accord légitime plus large – peut-être dans le cadre de la lutte contre la crise économique – qui pourrait s'inscrire dans le cadre de la défense visée au paragraphe 45(4)? Une chose que vous pouvez faire est d'obtenir des conseils juridiques. Mais bien sûr, compte tenu des risques, vous souhaitez parfois obtenir plus que l'avis de votre avocat préféré.

Compte tenu de la nécessité pour les entreprises, en particulier dans le contexte actuel, de proposer des solutions créatives en temps utile, le ministère américain de la Justice et la Commission fédérale du commerce des États-Unis ont publié la semaine dernière une [déclaration commune](#) selon laquelle ils fourniraient une réponse rapide à toutes les demandes d'avis consultatif liées à la COVID-19 concernant la conduite proposée et s'efforceraient de résoudre les demandes portant sur la santé et la sécurité publiques dans les sept jours suivant la réception de tous les renseignements nécessaires. De même, la Commission européenne a mis en place un [canal dédié](#) que les entreprises peuvent utiliser pour demander des conseils en matière de concurrence et d'antitrust sur des initiatives particulières.

Au Canada, l'article 124.1 de la *Loi sur la concurrence* prévoit que le Commissaire de la concurrence peut, sur demande et moyennant des frais de 15 000 dollars canadiens<sup>[1]</sup>, donner un avis écrit contraignant sur l'applicabilité d'une disposition de la *Loi sur la concurrence* à un comportement ou à une pratique envisagé. Toutefois, alors que par le passé, le Bureau de la concurrence fournissait des conseils sur le fond, la politique plus récente du Bureau de la concurrence est de ne pas fournir une évaluation des effets sur la concurrence de la conduite ou de la pratique envisagée par une partie ni une évaluation des moyens de défense que pourrait faire valoir une partie qui pourrait faire l'objet de mesures par le Bureau, y compris en ce qui concerne l'applicabilité du paragraphe 45(4)<sup>[2]</sup>.

Étant donné l'intention annoncée des autorités antitrust américaines et européennes d'aider les entreprises en leur fournissant des conseils opportuns sur les lois antitrust dans les circonstances de la situation économique actuelle, il est à espérer que le Commissaire à la concurrence pourra réexaminer la politique actuelle du Bureau. Des avis consultatifs opportuns du Bureau de la concurrence concernant les collaborations et les coentreprises en période de crise nationale et internationale peuvent constituer un moyen supplémentaire pour le gouvernement canadien d'apporter son aide.

Naturellement, si vous avez des questions concernant les collaborations proposées entre concurrents, découlant de la situation économique actuelle ou autre, les membres du groupe Concurrence et antitrust de McMillan seront heureux de vous aider.

par James B. Musgrove et William Wu

[1][ps2id id='1' target=''] Les frais pour les opinions écrites sont de 15 000 \$ (plus taxes) pour les comportements de collaboration des concurrents et les abus de position dominante, de 1 000 \$ (plus taxes) pour les pratiques commerciales trompeuses et de 5 000 \$ (plus taxes) pour les autres dispositions de la *Loi sur la concurrence*.

[2][ps2id id='2' target=''] Guide du Bureau de la concurrence sur la tarification et les normes de service relatives aux avis écrits, 31 août 2017.

### **Mise en garde**

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder entièrement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt consulter ses propres conseillers juridiques.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2020