



18 mai 2022

[TRADUCTION]

Par courriel : banc@sen.parl.gc.ca

L'honorable Pamela Wallin, O.C., O.M.S.
Présidente, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce
Sénat du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0A4

Madame la Sénatrice Wallin,

Objet : Projet de loi C-19, Partie 5, Section 15 : *Loi d'exécution du budget, modifications à la Loi sur la concurrence*

La Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger et la Section du droit du travail et de l'emploi de l'Association du Barreau canadien (les Sections de l'ABC) sont heureuses d'avoir l'occasion de présenter leurs observations sur les modifications à la *Loi sur la concurrence* que renferme le projet de loi C-19, *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2022 (la Loi d'exécution)*.

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui regroupe plus de 36 000 membres, dont des juristes, des notaires, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit de partout au pays. Nous faisons la promotion de la primauté du droit, de l'accès à la justice et d'une réforme efficace du droit et offrons notre expertise sur l'incidence du droit sur la vie des Canadiens et Canadiennes au quotidien. La Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger regroupe autour de 1 000 juristes qui souhaitent promouvoir une prise de conscience accrue et une meilleure compréhension des questions juridiques et politiques se rapportant au droit de la concurrence et de l'investissement étranger. La Section du travail et de l'emploi examine les relations de travail, syndicats, commissions et tribunaux, normes d'emploi, conventions collectives et l'arbitrage des conflits de travail sous tous les angles - patronal, syndical et neutre. La Section du travail et de l'emploi ne commente que la nouvelle infraction criminelle visant les employeurs.

Une loi d'exécution du budget n'est pas une façon appropriée d'apporter des modifications à la *Loi sur la concurrence*

D'entrée de jeu, la Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger est d'avis que les modifications proposées à la *Loi sur la concurrence* ne devraient pas faire l'objet de la *Loi d'exécution*. Il n'y a aucune urgence et les modifications proposées ne sont liées ni au budget du gouvernement ni à son exécution. Considérant le rôle crucial joué par la *Loi sur la concurrence* dans l'économie du Canada, des consultations sérieuses et approfondies auprès de l'ensemble des parties prenantes s'avèrent

nécessaires. L'étude de la *Loi d'exécution* au Parlement ne laisse pas assez de temps aux parties prenantes pour faire part de leurs observations et pour s'assurer que les modifications conviennent à l'atteinte des objectifs stratégiques sous-jacents.

Par exemple, les modifications ci-dessous, proposées dans la *Loi d'exécution*, sont loin de faire l'unanimité et soulèvent de vives inquiétudes qui exigent une analyse minutieuse :

- (i) l'ajout de nouvelles infractions criminelles comportant des peines allant jusqu'à 14 ans d'emprisonnement pour des activités commerciales dont la définition n'est pas claire et la portée trop vaste;
- (ii) une augmentation substantielle de l'amende maximale pouvant être imposée en cas d'abus de position dominante et de publicité trompeuse qui va bien au-delà du concept de « sanction administrative pécuniaire »;
- (iii) le fait d'inciter les concurrents à devenir des shérifs privés en leur permettant de demander que ces sanctions soient infligées à des entreprises qui occupent une position plus forte sur le marché et qui livrent une concurrence féroce;
- (iv) des dispositions sur l'indication de prix partiel qui manquent de clarté;
- (v) des modifications aux règles de notification en matière de fusions qui créeront de l'incertitude pour les parties se livrant à des transactions, sans avoir procédé à une analyse de la nécessité d'apporter ces modifications ou de leurs avantages et de leurs coûts.

Nous comprenons que le gouvernement a prévu de tenir d'autres consultations sur les modifications qui pourraient être apportées à la *Loi sur la concurrence* afin de garantir qu'elles répondent aux objectifs dans un environnement économique complexe et en constante évolution. Nous sommes d'avis que les modifications proposées à la *Loi sur la concurrence* qui figurent dans la *Loi d'exécution* devraient être reportées et incluses dans une consultation plus vaste afin de pouvoir être adéquatement examinées et raffinées.

À titre subsidiaire, nous recommandons ce qui suit :

- les modifications n'entrent pas en vigueur avant une période d'un an (comme c'est le cas pour la nouvelle infraction criminelle en matière de fixation des salaires prévu dans la *Loi d'exécution*);
- advenant l'adoption des modifications, le Comité sénatorial demande au gouvernement d'inclure ces modifications dans la prochaine consultation afin qu'elles puissent faire l'objet de révisions et d'améliorations.

Observations sur les modifications proposées à la *Loi sur la concurrence*

Tout en réaffirmant nos préoccupations, à savoir que les modifications proposées à la *Loi sur la concurrence* ne devraient pas faire l'objet de la *Loi d'exécution*, nous formulons les observations suivantes.

Nouvelle infraction criminelle visant les employeurs

Les Sections de l'ABC ont plusieurs réserves à l'égard du par. 45(1.1) qui propose d'ériger en infraction criminelle les accords de fixation des salaires et de non-sollicitation entre employeurs.

Premièrement, l'infraction proposée ne se limite pas aux employeurs qui sont des concurrents réels ou potentiels au sein d'un même marché du travail. Sans restreindre la portée de l'infraction aux employeurs qui sont bel et bien des concurrents, celle-ci va à l'encontre de l'objet même de la *Loi sur la concurrence*, qui est de protéger contre les agissements susceptibles d'empêcher ou de diminuer la concurrence. L'infraction pourrait trouver application dans des situations où la concurrence n'est

aucunement touchée – ce qui ne peut pas avoir été l'intention derrière l'ajout de cette infraction à la *Loi sur la concurrence*.

Deuxièmement, l'infraction proposée nous semble à la fois trop inclusive et trop limitative.

- L'infraction de fixation des salaires qui est proposée s'appliquera aux accords portant sur les « conditions d'emploi ». Cette expression est extrêmement générale et ambiguë. Les employeurs ont régulièrement des discussions sur les conditions d'emploi qui sont inoffensives au chapitre de la concurrence, ou même avantageuses pour les employés. Par exemple, des discussions peuvent avoir lieu au sujet des protocoles de santé et de sécurité appropriés pour gérer les risques liés à la Covid. Les accords conclus sur ces questions pourraient constituer des infractions criminelles selon la modification proposée, puisqu'ils touchent les « conditions d'emploi ».
- Par ailleurs, la modification semble trop limitative en ce qu'elle ne s'applique qu'aux « employés », et non aux entrepreneurs ou aux travailleurs autonomes.

Troisièmement, il n'est pas évident que la modification proposée permettra d'atteindre l'objectif apparent d'harmoniser le droit de la concurrence canadien avec le droit antitrust américain, qui est instable et ne cesse d'évoluer. Dans la récente décision *United States v. Davita Inc.*, le tribunal a conclu que seuls les accords de non-sollicitation ou de non-embauchage « flagrants » qui répartissent le marché devraient être systématiquement interdits¹. À sa face même, la nouvelle infraction proposée au Canada serait en décalage avec la démarche américaine et plus sévère encore.

Ériger en infraction criminelle les accords de fixation des salaires et de non-sollicitation aux termes de l'art. 45 entraînerait en outre des conséquences considérables. Notamment, la possibilité de recours collectifs en application de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* et le risque que des entreprises ne puissent plus se voir octroyer de contrats publics (c.-à-d. « radiées ») au titre du régime d'intégrité fédéral et du régime québécois. Incorporer ces modifications dans la *Loi d'exécution* ne laisse pas assez de temps pour bien analyser ces conséquences collatérales et trouver le meilleur moyen de s'attaquer aux ententes de fixation des salaires et de non-sollicitation.

De façon plus générale, l'art. 90.1 de la *Loi sur la concurrence* s'applique déjà aux accords entre employeurs relatifs aux salaires, à l'interdiction de sollicitation ou à d'autres éléments de la concurrence. Les Sections de l'ABC n'ont pas connaissance que le Bureau de la concurrence cherche à prendre des mesures d'application en vertu de ces pouvoirs existants, ni d'aucun obstacle qui l'empêcherait de le faire. Nous estimons que la possibilité de réprimer les ententes entre employeurs sans passer par la voie criminelle est une option qui se doit d'être envisagée et à l'égard de laquelle les parties prenantes devraient avoir leur mot à dire.

Sanctions administratives pécuniaires

La *Loi d'exécution* propose d'augmenter les sanctions administratives pécuniaires (SAP) en cas de pratiques publicitaires trompeuses et d'abus de position dominante. À l'heure actuelle, la SAP la plus élevée pour une première infraction est de 10 millions de dollars et elle s'élève à 15 millions de dollars pour les infractions subséquentes. La *Loi d'exécution* prévoit que les entreprises pourront se voir imposer des SAP allant jusqu'à (i) trois fois la valeur du bénéfice sur lequel la pratique a eu une incidence ou, (ii) si ce montant ne peut pas être déterminé raisonnablement, trois pour cent des recettes globales brutes annuelles (ce qui risque d'être plus élevé que le calcul fondé sur les bénéfices).

La Section de la concurrence et de l'investissement étranger estime que toute tentative d'établir un lien entre des agissements commerciaux trompeurs ou un abus de position dominante et le bénéfice en

¹ *United States v. Davita Inc.*, CRIMINAL 1:21-cr-00229-RBJ (D. Colo. 28 janv. 2022).

découlant ou les recettes totales touchées, devrait se limiter aux bénéfiques et aux revenus touchés au Canada. Il n'a aucune raison ni aucun fondement politique pour tenir compte des bénéfiques provenant de ventes faites à l'extérieur du Canada pour déterminer une sanction appropriée pour des agissements qui ont eu lieu au Canada.

La mention d'un « plafond » fondé sur les recettes globales est en outre discriminatoire envers les entreprises étrangères. Cette absence apparente de « traitement national » accordé aux entreprises étrangères pourrait aller à l'encontre des obligations qui incombent au Canada aux termes d'accords commerciaux internationaux.

Abus de position dominante

Les modifications proposées autoriseraient le Tribunal de la concurrence à ordonner le paiement de SAP pour abus de position dominante, et ce peu importe si le demandeur est le commissaire de la concurrence ou une partie privée.

Nous sommes d'avis que le paiement de SAP ne devrait être ordonné que dans les affaires d'abus de position dominante intentées par le commissaire, le fonctionnaire chargé de l'application de la loi dans l'intérêt public. Nous n'avons connaissance d'aucun cadre réglementaire où des sanctions publiques sont mises à exécution par des parties privées².

Dans les faits, la menace d'une SAP confèrera aux demandeurs privés (qui seront généralement les concurrents d'une entreprise livrant une forte concurrence) un avantage considérable pour négocier des règlements avant ou pendant le litige. Ce nouveau modèle de SAP avive la crainte que des concurrents se servent de la menace de poursuites et de sanctions pécuniaires importantes pour décourager leurs concurrents d'agir d'une manière qui pourrait favoriser la concurrence et être bénéfique pour les consommateurs canadiens.

Nous craignons en outre que les modifications de fond proposées aux dispositions sur l'abus de position dominante soient trop générales et entraînent des conséquences non désirées. Selon ces modifications, les agissements destinés à nuire à la concurrence peuvent constituer un abus de position dominante. Ces agissements pourraient inclure une réaction concurrentielle vis-à-vis un rival qui élargit son marché, et ce même si cette réaction pourrait s'avérer avantageuse pour les consommateurs. Ces modifications pourraient avoir la conséquence non désirée de ralentir la concurrence fondée sur le mérite. Par exemple, des entreprises qui ont une grande part de marché pourraient être empêchées d'introduire de nouveaux produits innovants – ce qui est à l'avantage des consommateurs – si elles le font en réaction à la concurrence d'entreprises rivales plus petites.

Nous comprenons que les prochaines consultations pourraient comprendre certains aspects de l'abus de position dominante. À ce titre, pour assurer une approche intégrée (plutôt que fragmentaire) de cette partie fondamentale de la *Loi sur la concurrence*, nous réitérons notre demande de reporter ces changements et de les étudier plus attentivement.

Indication de prix partiel

La *Loi d'exécution* cherche à intégrer l'« indication de prix partiel » dans les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques commerciales trompeuses. Cette proposition visant à interdire les indications de prix qui ne sont « pas atteignables » en raison de « frais obligatoires fixes » laisse planer

² Cette possibilité existe dans le contexte de la réglementation des valeurs mobilières, où des parties privées peuvent en théorie solliciter une ordonnance exigeant le paiement d'une SAP en application de l'al. 127(1)9. de la *Loi sur les valeurs mobilières* (Ontario). Cependant, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario n'a pas encore spécifiquement envisagé la possibilité d'infliger une SAP.

beaucoup d'incertitude quant à ce qui sera réellement considéré comme une indication trompeuse. À titre d'exemple :

- Comment présenter le prix « atteignable » de façon acceptable? Est-ce que ce sera acceptable d'avoir recours à des avertissements indiquant que des frais supplémentaires s'appliqueront, et est-ce que le fait d'indiquer à combien s'élèveront ces frais fera une différence?
- Qu'entend-on par « fixes »? De nombreux produits vendus comportent des frais obligatoires, comme des frais de livraison, mais ceux-ci varient et ne sont pas fixes.

Nous craignons que ces nouveaux articles aient l'effet d'interdire, et même de criminaliser, des comportements qui n'ont rien de trompeurs. Ici aussi, une consultation en bonne et due forme permettrait de concevoir des dispositions mieux adaptées à la réalité.

Fusions

La Section de la concurrence et de l'investissement étranger est préoccupée par les propositions visant à s'attaquer à l'anti-évitement et aux acquisitions hostiles.

En ce qui concerne la disposition sur l'anti-évitement (le nouvel art. 113.1 de la *Loi sur la concurrence*), on ignore comment le commissaire sera en mesure d'établir qu'une transaction a été « conçue » dans le but d'éviter l'application de la loi. D'un point de vue pratique, les transactions sont généralement conçues pour réaliser de multiples objectifs. Par exemple, si la structure d'une transaction est conçue dans le but de réaliser des économies d'impôt et d'éviter une obligation de notification, la nouvelle loi exigera-t-elle d'opter pour une structure fiscale sous-optimale?

Si la préoccupation sous-jacente est de s'assurer que le commissaire est informé de certains types de transactions, on devrait exiger la notification pour ces transactions. Certaines de ces révisions techniques ont été relevées par des juristes spécialisés dans le droit de la concurrence et par le Bureau de la concurrence, et pourraient servir de point de départ à l'élaboration de mesures bien conçues et exemptes de toute ambiguïté.

Nous nous inquiétons en outre du fait que les nouvelles dispositions sur les transactions hostiles pourraient rendre l'examen et la réalisation des fusions plus difficiles, voire impossibles dans certains cas. Plus précisément, à l'heure actuelle, la *Loi sur la concurrence* exige aux parties refusant de collaborer qu'elles fournissent des renseignements pertinents dans toutes sortes de situations; cela permet au Commissaire de faire son travail et aux acheteurs de réaliser des transactions. Le nouveau par. 114(3) viendrait restreindre l'application de ces dispositions aux seules situations où la partie tenue de transmettre ces renseignements a déposé une « offre d'achat visant à la mainmise non sollicitée ou hostile ». Or, il ne s'agit pas de la seule situation pour laquelle ces règles doivent exiger la collaboration. Selon les nouvelles règles, une société pourrait par exemple refuser de déposer les documents relatifs à sa demande si l'un de ses actionnaires minoritaires souhaite vendre ses actions. Il n'existe aucune raison de principe valable pour laquelle une partie qui ne collabore pas devrait avoir la possibilité d'utiliser une faille dans la loi pour bloquer une transaction commerciale ni aucune raison pour laquelle le commissaire ne devrait pas être en mesure d'obtenir les renseignements nécessaires pour entreprendre un examen.

Dernières observations

Nous accueillons favorablement le débat en cours sur la modernisation de la *Loi sur la concurrence*. Cependant, les modifications proposées à la *Loi sur la concurrence* ne devraient pas se retrouver dans la *Loi d'exécution*. Considérant leur nature, ces modifications méritent des consultations sérieuses et approfondies auprès de l'ensemble des parties prenantes. Les modifications proposées à la *Loi sur la*

concurrence qui font l'objet de la *Loi d'exécution* devraient être reportées et incluses dans une consultation plus vaste afin de pouvoir être adéquatement examinées et raffinées.

Veillez agréer, Madame la sénatrice, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

(Lettre originale signée par Marc-André O'Rourke au nom de Omar Wakil et Valerie Dixon)

Omar Wakil,
Président, Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger de l'ABC

Valerie Dixon,
Présidente, Section du droit du travail et de l'emploi de l'ABC

c.,c. : L'honorable Percy P. Mockler, sénateur, Président, Comité sénatorial permanent des finances nationales
L'honorable François-Philippe Champagne, C.P., député, Ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie
L'honorable Howard Wetston, sénateur, CM, c.r., LL.D
Matthew Boswell, commissaire de la concurrence
Simon Kennedy, sous-ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique
Jennifer Miller, Directrice général, Direction générale des politiques-cadres du marché, Innovation, Sciences et Développement économique
Anson Duran, Conseiller principal en politiques, Cabinet du ministre de l'Innovation, de la Science et de l'Industrie