

Le secteur agricole

et le droit de la concurrence au Canada



Blakes

Des entreprises canadiennes participent à tous les volets du secteur agricole,

notamment à titre de fournisseurs d'intrants agricoles et de services, de producteurs agricoles primaires et de distributeurs. Ces entreprises sont essentielles à la réussite continue de l'agriculture canadienne.

Le secteur agricole canadien constitue un élément important de l'économie du pays. En effet, les recettes des marchés agricoles ont atteint des niveaux records au cours des dernières années et le Canada se classe parmi les principaux exportateurs de produits agricoles au monde. Plus généralement, le secteur agricole et agroalimentaire canadien représente environ 7 % du PIB canadien et emploie au-delà de deux millions de personnes. En outre, la pandémie de COVID-19 a non seulement mis en évidence la nécessité d'un secteur agricole florissant, elle a aussi renforcé le rôle crucial que joue ce secteur pour les Canadiens et a fait en sorte que l'agriculture demeure une priorité des autorités gouvernementales.

Reconnaissant le secteur agricole comme une composante essentielle de l'économie canadienne, le Bureau de la concurrence du Canada (le « Bureau ») a fait de ce secteur une cible importante de ses activités d'application de la loi. La présente publication fournit des renseignements clés au sujet des répercussions de la législation canadienne en matière de concurrence sur les entreprises du secteur agricole.

5

Ce qu'il faut savoir au sujet du secteur agricole et du droit de la concurrence au Canada



- 1** Le Bureau a porté **une attention particulière aux fusions** ces dernières années, y compris les opérations de détail et, plus récemment, la contestation de l'acquisition d'une entreprise de silos à grain dans l'Ouest canadien.
- 2** Le Bureau a assuré une **coordination étroite avec des organismes** antitrust étrangers dans le cadre de l'examen des fusions entre des entreprises multinationales dans le secteur agricole.
- 3** Le Bureau **reconnaît que l'innovation joue un rôle important** dans le secteur agricole et a pris des mesures d'application pour en assurer la protection
- 4** Le Bureau peut agir à l'égard d'un **vaste éventail d'agissements concurrentiels** d'entreprises du secteur agricole, y compris les cartels anticoncurrentiels ou autres collaborations entre concurrents, l'abus de position dominante et les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix.
- 5** Le Bureau **enquête actuellement sur des allégations selon lesquelles l'approvisionnement à un détaillant aurait été limité ou refusé de manière anticoncurrentielle** par certains fabricants et grossistes de semences et de produits de protection des cultures.

Cadre d'application du droit de la concurrence

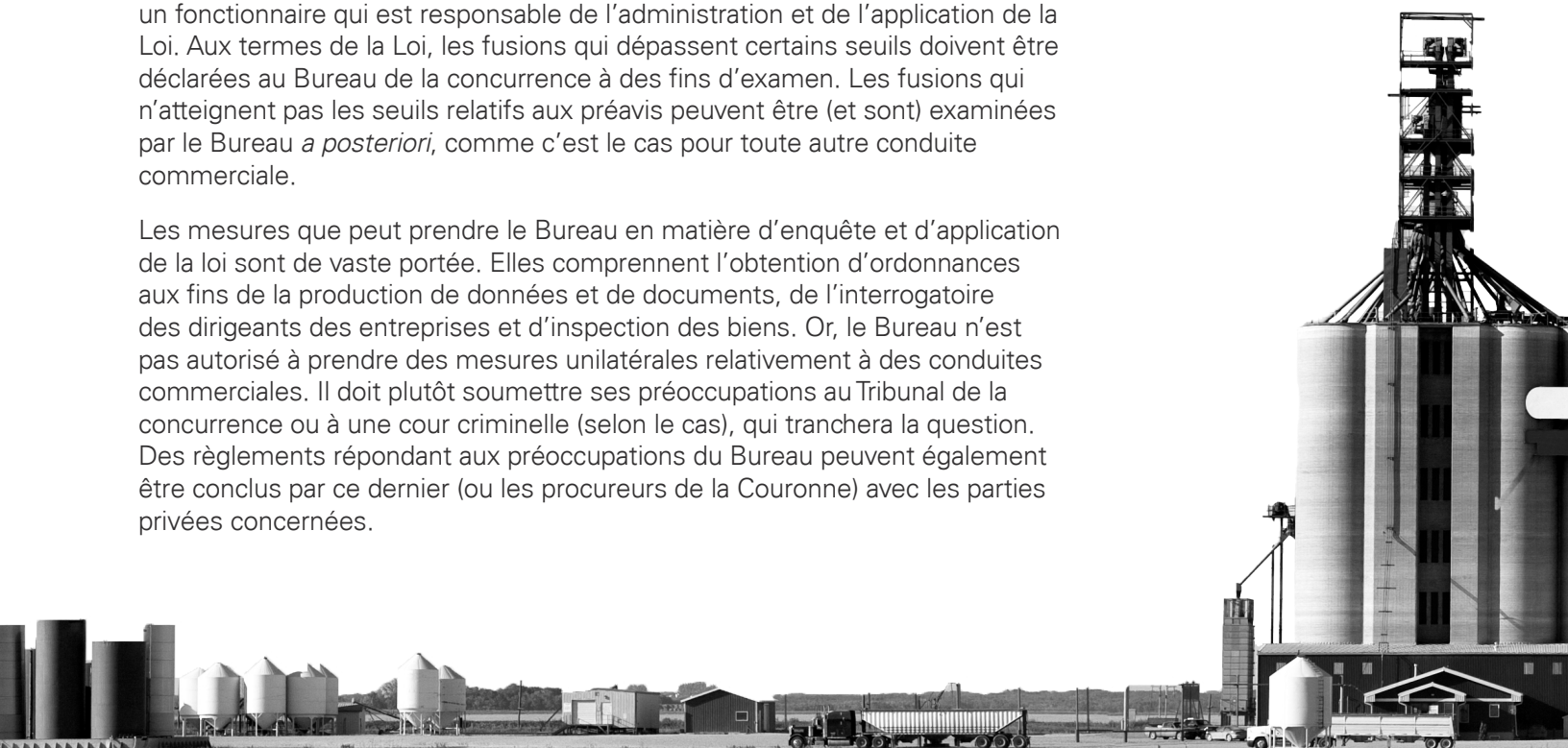
Comme la plupart des pays développés, le Canada a une loi d'application générale sur la concurrence, intitulée *Loi sur la concurrence* (la « Loi »). La Loi a pour objet, entre autres, « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne [...] de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits ».

Bon nombre de dispositions de la Loi peuvent être pertinentes pour les participants du secteur agricole canadien, notamment les dispositions relatives aux interdictions criminelles visant certains types d'ententes entre concurrents, ainsi que les dispositions en matière de responsabilité civile ayant trait aux fusions et aux pratiques commerciales qui risquent vraisemblablement d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

La Loi comprend également d'importantes dispositions qui permettent la conclusion d'accords ayant des objectifs favorables à la concurrence (même lorsque ces accords comportent un élément qui, autrement, pourrait contrevenir à la Loi) et qui reconnaissent les comportements visant à réaliser des gains en efficacité.

Le Bureau de la concurrence est dirigé par le commissaire de la concurrence, un fonctionnaire qui est responsable de l'administration et de l'application de la Loi. Aux termes de la Loi, les fusions qui dépassent certains seuils doivent être déclarées au Bureau de la concurrence à des fins d'examen. Les fusions qui n'atteignent pas les seuils relatifs aux préavis peuvent être (et sont) examinées par le Bureau *a posteriori*, comme c'est le cas pour toute autre conduite commerciale.

Les mesures que peut prendre le Bureau en matière d'enquête et d'application de la loi sont de vaste portée. Elles comprennent l'obtention d'ordonnances aux fins de la production de données et de documents, de l'interrogatoire des dirigeants des entreprises et d'inspection des biens. Or, le Bureau n'est pas autorisé à prendre des mesures unilatérales relativement à des conduites commerciales. Il doit plutôt soumettre ses préoccupations au Tribunal de la concurrence ou à une cour criminelle (selon le cas), qui tranchera la question. Des règlements répondant aux préoccupations du Bureau peuvent également être conclus par ce dernier (ou les procureurs de la Couronne) avec les parties privées concernées.



Examen de fusion

Le cadre canadien de l'examen de fusions, qui est comparable à ceux d'autres territoires, comporte les éléments importants qui suivent :

Avis

La Loi prévoit divers seuils au-dessus desquels les parties à une fusion doivent aviser le Bureau de leur transaction. Les seuils financiers reposent sur les valeurs comptables des actifs et des produits des parties à la fusion au Canada. Les fusions d'envergure dans le secteur agricole (p. ex., entre fabricants d'intrants agricoles) dépassent habituellement ces seuils. Le Bureau a toutefois le pouvoir d'examiner toutes les fusions, y compris celles qui ne dépassent pas les seuils de préavis. Par ailleurs, le Bureau a récemment pris des mesures pour améliorer sa collecte de renseignements à l'égard des transactions n'atteignant pas les seuils de préavis.

Délais

Avant la clôture d'une fusion, le Bureau doit en être avisé si la transaction en question dépasse les seuils financiers établis. Il est interdit de procéder à la clôture d'une fusion dans les 30 jours suivant la remise du préavis. De plus, le Bureau peut prolonger ce délai en émettant une demande de renseignements supplémentaires (une « DRS »), qui est semblable à une deuxième demande en vertu de la loi américaine intitulée *Hart-Scott-Rodino Act*. L'émission d'une DRS prolonge le délai jusqu'à 30 jours après que les parties à la fusion ont soumis les renseignements requis dans la DRS. Lorsque des DRS sont émises, les examens de fusion prennent souvent entre quatre et six mois, et même plus si des mesures correctives sont nécessaires.

Examen approfondi

Le Bureau évaluera si une fusion pourrait vraisemblablement empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, que la transaction soit assujettie aux seuils d'obligation de préavis ou non. Cela se produit lorsqu'une fusion a vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter la capacité de l'entreprise fusionnée d'exercer, unilatéralement ou en coordination avec d'autres entreprises, un plus grand pouvoir de marché. Le pouvoir de marché est la capacité d'agir indépendamment du marché pour déterminer le prix, la qualité ou d'autres éléments relatifs à la concurrence.

Pour déterminer si l'entreprise fusionnée aura un pouvoir de marché, le Bureau examinera les parts de marché combinées des parties, la concentration du marché, les entraves à l'accès/l'expansion (y compris les dynamiques en matière d'innovation et de recherche et développement dans le secteur), les considérations du point de vue de la demande (notamment le pouvoir de l'acheteur) et la surveillance réglementaire, parmi d'autres facteurs.



Gains en efficience

La Loi prévoit une défense explicite fondée sur les gains en efficience qui permet que des fusions se produisent, même si celles-ci risquent vraisemblablement d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, pour autant que les gains en efficience découlant de la fusion neutralisent les effets anticoncurrentiels prévus. Bien que cette défense ne couvre pas toutes les synergies, elle tient compte des économies de coûts fixes et de coûts variables, ainsi que des gains touchant l'efficience dynamique, y compris les gains découlant d'un lancement optimal de nouveaux produits, de l'élaboration de procédés de production plus efficaces et de l'amélioration de la qualité des produits et du service. Ce type de défense n'est pas prévu dans les cadres législatifs en matière de concurrence des autres grands pays.

Résolution

Par suite d'un examen approfondi, le Bureau peut émettre une lettre confirmant qu'il ne fera « aucune intervention » à l'égard d'une fusion (et ainsi procurer une certaine assurance aux parties). Par contre, si le Bureau est d'avis qu'une fusion pourrait vraisemblablement empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, il peut chercher à négocier des changements aux modalités de la fusion (p. ex., un dessaisissement ou un engagement de type comportemental) qui tiendraient compte de ses préoccupations. Il peut aussi demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance interdisant la fusion en tout ou en partie, entre autres. Les changements demandés par le Bureau à l'égard de fusions dans le secteur agricole ont notamment compris la cession de sites de vente au détail, de gammes de produits ou d'autres actifs à des acheteurs tiers.

Le Bureau peut également recourir à diverses mesures provisoires. Par exemple, il peut autoriser les parties à la fusion à clore la transaction pourvu que l'entreprise ou l'activité faisant l'objet des préoccupations du Bureau soit visée par un accord de « détention indépendante » en attendant une résolution par règlement entre les parties ou par décision rendue par un tribunal.



Examen des fusions : tendances récentes

Le Bureau s'est penché activement sur l'application de la loi au chapitre des fusions dans le secteur agricole, y compris les fusions de toutes tailles et à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement. Par ailleurs, le Bureau a récemment engagé une procédure de contestation de fusion relativement à l'acquisition d'une entreprise de silos à grains. Il est attendu que le Bureau continue de surveiller attentivement les fusions dans le secteur agricole à l'avenir.

Les tendances récentes au chapitre de l'examen des fusions dans le secteur agricole canadien comprennent les suivantes :

Définition du marché de produits

Dans tous les cas, le Bureau vise à identifier l'ensemble des produits qui sont des substituts les uns des autres du point de vue de la demande, et à appliquer le critère du « monopoleur hypothétique ».

Voici quelques exemples d'analyses du marché des produits effectuées par le Bureau dans le cadre d'enquêtes sur des fusions dans le secteur agricole :

- établir si la réglementation fédérale et certaines caractéristiques des pesticides (p. ex., l'efficacité, le moment de l'application, le spectre de couverture, le soutien offert par le fabricant, les considérations relatives à la résistance, les programmes de marque et de fidélité, et le prix) peuvent déterminer la possibilité de substitution des pesticides;
- examiner des marchés de produits plus délimités que celui de l'ensemble des engrais, notamment en séparant les engrais par nutriment et par état (c.-à-d. liquide ou solide), pour des fusions visant le regroupement de fabricants d'engrais;
- définir plus étroitement les marchés de produits, par exemple en analysant la concurrence au chapitre de l'approvisionnement de certaines formes d'engrais azotés dans le cas de détaillants d'intrants agricoles.

Définition du marché géographique

L'approche du Bureau pour définir les marchés géographiques dans le secteur agricole dépend souvent de la définition du marché particulier dans lequel les parties à la fusion se livrent concurrence. Pour les fusions concernant des détaillants d'intrants agricoles, le Bureau a effectué une analyse du marché géographique sur une échelle locale. Pour les fusions concernant des fabricants d'intrants agricoles, le marché géographique a généralement été beaucoup plus vaste. Par exemple, le Bureau a établi que le marché des pesticides serait de portée nationale, tandis que le marché de certains engrais serait d'envergure nord-américaine.

Coordination des processus

Dans le secteur agricole, les fusions qui concernent des entreprises de portée mondiale (notamment des entreprises liées à la fabrication d'intrants agricoles) sont assujetties à des exigences de préavis au Canada. Habituellement, de telles fusions sont également assujetties à un examen dans d'autres territoires, notamment les États-Unis et l'Union européenne. Dans de tels cas, le Bureau coordonnera ses activités avec ces organismes et demandera souvent que des renonciations leur soient fournies afin de permettre l'échange des renseignements confidentiels des parties à la fusion (le Bureau est d'avis qu'il n'a pas à exiger de renonciation en vertu du droit canadien). En outre, le Bureau, en collaboration avec les organismes antitrust américains, a publié des directives décrivant les pratiques exemplaires en matière de coopération dans le cadre des examens de fusions transfrontalières. Ces directives préconisent notamment la coordination du calendrier et des résultats des fusions transfrontalières examinées par ces agences.

Quantification

Le Bureau a souvent recours à des analyses quantitatives pour déterminer si une transaction donnera lieu à un préjudice concurrentiel. Dans le cadre de l'examen d'une importante fusion entre deux fournisseurs de graines de canola, le Bureau s'est fortement appuyé sur des techniques analytiques avancées, y compris des modèles de simulation de fusion, pour mesurer les effets concurrentiels de la transaction et concevoir une mesure corrective appropriée. Le modèle économique du Bureau tenait compte des caractéristiques clés du marché, notamment les différences de qualité entre les variétés de canola et les herbicides utilisés dans la culture du canola, la complémentarité entre les graines de canola et les herbicides pour le canola, l'entrée possible de fabricants d'herbicides génériques dans le marché, ainsi que d'autres facteurs. Dans le cadre d'une récente fusion qui comportait le regroupement de deux entreprises de vente au détail d'intrants agricoles, le Bureau a effectué des analyses de pressions à la hausse des prix et de simulations de fusion afin de quantifier les préjudices probables que subiraient les producteurs.



Pratiques commerciales non liées aux fusions

La Loi comporte plusieurs dispositions concernant les pratiques commerciales non liées aux fusions qui peuvent être pertinentes pour les intervenants du secteur agricole. Ces dispositions comprennent les suivantes :

Infractions criminelles pour la fixation de prix et le truquage d'offres

La conclusion d'ententes entre concurrents réels ou potentiels relativement à la fixation ou au contrôle des prix, de la production ou de la capacité de production, ou à l'attribution des ventes, des marchés ou de la clientèle, constitue une infraction criminelle, tout comme le fait de présenter (ou de ne pas présenter), en réponse à un appel d'offres, une offre qui est le fruit d'un accord conclu avec une autre personne. Ces infractions sont passibles d'amendes considérables. Les particuliers reconnus coupables de telles infractions sont également passibles de peines d'emprisonnement. Le Bureau a publié des directives aux termes desquelles il réserve le recours aux infractions criminelles aux « restrictions pures et simples » à la concurrence, telles que les restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime ou d'une coentreprise. Des parties privées peuvent également intenter une action, pour dommages-intérêts et restitution, à l'égard d'infractions relatives aux interdictions criminelles. Ces actions peuvent être intentées sous forme d'actions collectives. Par suite de la jurisprudence récente au Canada, les critères d'autorisation des actions collectives se sont assouplis considérablement.

Interdictions civiles de l'abus de position dominante

Les pratiques commerciales qui constituent un abus de position dominante peuvent être interdites par le Tribunal de la concurrence et passibles d'une sanction administrative pécuniaire. Une pratique commerciale peut constituer un abus de position dominante si elle est exercée par une entreprise possédant une puissance commerciale, si l'objectif de cette pratique est de nature anticoncurrentielle (c'est-à-dire qu'il n'existe aucune justification commerciale objective de cette pratique) et si cette pratique empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Les parties privées ne peuvent intenter une action en dommages-intérêts pour des pratiques commerciales qui sont présumées constituer un abus de position dominante en vertu de la Loi.

Dans le secteur agricole, les dispositions relatives à l'abus de position dominante peuvent s'appliquer lorsqu'un détaillant d'intrants agricoles se prête à des pratiques de prix d'éviction en fixant le prix d'un engrais à un niveau inférieur à son coût afin d'éliminer ou de mettre au pas un concurrent, ou encore de dissuader un concurrent à entrer sur le marché ou à prendre de l'expansion, et ce, en prévoyant récupérer ses pertes par la suite en imposant des prix supérieurs à ceux qui auraient prévalu en l'absence des agissements contestés. D'autres exemples comprennent la

compression par un fournisseur d'intrants agricoles intégré verticalement de la marge bénéficiaire d'un concurrent en aval, ainsi que le fait pour un fabricant d'intrants agricoles en position dominante d'exiger qu'un client établisse avec lui une relation d'exclusivité. Au moment de la publication de la présente brochure, le Bureau mène une enquête sur des allégations selon lesquelles des fabricants et des grossistes de produits de protection des semences et des cultures auraient, de manière anticoncurrentielle, refusé ou limité la fourniture de produits à un détaillant d'intrants agricoles.

Interdiction civile des ententes illégales

Le Tribunal de la concurrence peut interdire les ententes conclues entre concurrents réels ou potentiels qui auraient pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Aucune autre sanction (telle qu'une amende) ne s'applique à de telles ententes. Selon les directives publiées par le Bureau à cet égard, le Bureau s'appuiera sur cette disposition pour enquêter sur les ententes qui ne répondent pas au critère de « restrictions pures et simples », mais qui entraînent tout de même un effet anticoncurrentiel. Tout accord entraînant des gains en efficience qui surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels ne peut être interdit. De plus, des parties privées ne peuvent tenter d'actions en dommages-intérêts en vertu de la Loi à l'égard d'accords qui ne sont pas de nature criminelle.

Distribution

Des questions en matière de concurrence peuvent se présenter lorsque les fournisseurs agricoles souhaitent contrôler les conditions dans lesquelles les distributeurs et les détaillants acquièrent ou revendent leurs produits, y compris les prix de revente des produits (ventes liées, clauses d'exclusivité; maintien des prix de revente). La Loi comporte diverses dispositions permettant d'interdire différentes pratiques commerciales relatives à la distribution de produits lorsque ces pratiques entraînent des effets anticoncurrentiels. Les parties privées peuvent, avec l'autorisation du Tribunal de la concurrence, tenter d'obtenir des ordonnances d'interdiction. Cependant, aucune sanction (telle qu'une amende) ne peut s'appliquer à de telles pratiques de distribution, et les parties privées ne peuvent pas tenter une action en dommages-intérêts en vertu de la Loi.

Allégations trompeuses

La Loi prévoit des restrictions relativement à la publicité trompeuse et aux pratiques commerciales trompeuses. Elle comporte notamment une interdiction de donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important dans le but de promouvoir un produit ou des intérêts commerciaux. Des sanctions administratives pécuniaires peuvent être imposées aux parties qui adoptent de telles conduites. Si les déclarations fausses ou trompeuses ont été faites sciemment ou négligemment, elles peuvent contrevenir aux dispositions criminelles de la Loi. Il pourrait s'ensuivre des sanctions criminelles ainsi que des actions privées en dommages-intérêts.



Tendances récentes en matière d'application de la Loi

Jusqu'à récemment, les pratiques commerciales dans le secteur agricole ne constituaient pas un domaine auquel le Bureau accordait une attention particulière.

Bien que, depuis toujours, les régies des marchés agricoles peuvent se prévaloir de la défense fondée sur la conduite réglementée pour adopter des comportements qui pourraient contrevenir autrement aux dispositions criminelles de la Loi, le Bureau peut utiliser en tout temps ses pouvoirs à l'égard d'autres participants du secteur afin de préserver les avantages de la concurrence et de l'innovation qui découlent de l'agriculture canadienne.

Les tendances récentes au chapitre de l'application de la Loi dans le secteur agricole au Canada comprennent les suivantes :

Immunité et clémence

Le Bureau de la concurrence a récemment publié une mise à jour de ses Programmes d'immunité et de clémence, lesquels prévoient les processus par lesquels les participants à des cartels criminels peuvent demander une protection contre la totalité ou une partie des sanctions applicables en vertu de la Loi à l'égard des comportements visés. Les programmes mis à jour comportent un ensemble de règles plus exhaustif visant à améliorer les programmes précédents, lesquels ont été des outils efficaces pour le Bureau dans le cadre de ses activités d'application de la Loi visant les agissements criminels de cartels. Les entreprises du secteur agricole devraient envisager de se prévaloir de ces programmes si elles ont participé à des activités criminelles de cartel.

Conformité d'entreprise

Au cours des dernières années, le Bureau a mis l'accent sur les programmes de conformité et le rôle qu'ils jouent pour assurer le respect de la Loi par les entreprises. En effet, aux termes des Programmes d'immunité et de clémence mis à jour, si un participant à un cartel a mis en place un programme de conformité d'entreprise, le Bureau peut recommander une réduction allant jusqu'à 20 % de toute amende applicable. Les entreprises du secteur agricole qui n'ont pas mis en place un programme de conformité devraient le faire dans les plus brefs délais afin de prévenir et de détecter les conduites illégales, ainsi que de tirer le meilleur parti des Programmes d'immunité et de clémence du Bureau.

Collaborations entre concurrents étrangers

Selon la jurisprudence récente, le Bureau peut prendre des mesures d'application de la loi contre tout agissement de nature commerciale ayant pour effet de nuire à la concurrence au Canada. Ceci s'applique aux collaborations entre concurrents, y compris celles ayant été formées à l'extérieur du Canada. Les concurrents du secteur agricole canadien doivent tenir compte du fait que l'origine étrangère d'une telle collaboration ne peut conférer à cette dernière une protection contre l'application de la loi.

Conclusion

Les participants du secteur agricole au Canada sont régulièrement confrontés à une multitude de défis commerciaux de nature juridique et réglementaire.

La *Loi sur la concurrence* du Canada, une loi d'application générale, fait partie intégrante de cet environnement. Elle doit être prise en compte dans le cadre des décisions stratégiques à prendre à l'égard de pratiques commerciales unilatérales, de fusions ou de tout type de collaboration.

Une planification minutieuse et une gestion rigoureuse peuvent aider à réduire au minimum le fardeau associé à la conformité à cette loi et aider les participants du secteur agricole au Canada à prospérer.



Blakes

PERSONNES-RESSOURCES



Brian A. Facey

Chef du groupe et associé
brian.facey@blakes.com
416-863-4262



Cathy Beagan Flood

Associée
cathy.beaganflood@blakes.com
416-863-2269



Cassandra Brown

Associée
cassandra.brown@blakes.com
416-863-2295



Iris Fischer

Associée
iris.fischer@blakes.com
416-863-2408



Anne Glover

Associée
anne.glover@blakes.com
416-863-3266



Nicole Henderson

Associée
nicole.henderson@blakes.com
416-863-2399



Randall Hofley

Associé
randall.hofley@blakes.com
416-863-2387



Navin Joneja

Associé
navin.joneja@blakes.com
416-863-2352



Robert E. Kwinter

Associé
robert.kwinter@blakes.com
416-863-3283



Andrea Laing

Associée
andrea.laing@blakes.com
416-863-4159



Kevin MacDonald

Associé
kevin.macdonald@blakes.com
416-863-4023



Wendy Mee

Associée
wendy.mee@blakes.com
416-863-3161



Julie Soloway

Associée

julie.soloway@blakes.com

416-863-3327



Micah Wood

Associé

micah.wood@blakes.com

416-863-4164



Elder Marques

Expert-conseil senior

elder.marques@blakes.com

613-788-2238 | 416-863-3850



Psalm Cheung

Avocate

psalm.cheung@blakes.com

416-863-2239



Emma Costante

Avocate

emma.costante@blakes.com

604-631-3332



Chris Dickinson

Avocat

chris.dickinson@blakes.com

416-863-3254



David Dueck

Avocat

david.dueck@blakes.com

416-863-2959



Fraser Malcolm

Avocat

fraser.malcolm@blakes.com

416-863-4233



Joe McGrade

Avocat

joe.mcgrade@blakes.com

416-863-4182



Julia Potter

Avocate

julia.potter@blakes.com

416-863-4349



Gillian Singer

Avocate

gillian.singer@blakes.com

416-863-2673



Tori Skot

Avocate

tori.skot@blakes.com

416-863-2913

Blakes