



mccarthy
tetrauit

GUIDES DE RÉFÉRENCE PERSPECTIVES 2021

Droit de la concurrence/antitrust et de l'investissement étranger

Droit de la concurrence et
de l'investissement étranger

Tendances 2021

mccarthy
tetrauit

Le présent document ne contient que des renseignements généraux et n'est pas destiné à fournir des conseils juridiques. Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec l'une de vos personnes-ressources chez McCarthy Tétrault.

Préparé par le groupe de droit de la concurrence/antitrust et de l'investissement étranger de McCarthy Tétrault.

Droit de la concurrence et de l'investissement étranger – Tendances 2021

La présente publication examine les principaux développements survenus au Canada en 2020, et analyse leur impact pour 2021 et les années à venir.

Premièrement, comme de nombreuses autres autorités dans le monde, le Bureau de la concurrence (le « **Bureau** ») continue d'accorder la priorité à l'économie numérique, sans toutefois qu'il ne soit prévu de réforme de son cadre législatif. Face aux pressions croissantes pour que les volumes importants de données collectées soient gérés plus efficacement, le Bureau continue d'investir dans ses outils de collecte de renseignements dans tous les domaines d'application de la loi et renforce les ressources allouées à l'examen de fusions, de complots et de pratiques unilatérales. Deuxièmement, compte tenu du ralentissement du nombre d'enquêtes internationales, la priorité du côté des enquêtes criminelles est mise sur les cartels domestiques (principalement des dossiers de truquages d'offres), et le Bureau ne montre aucun signe de ralentissement dans son activité d'enquêtes en matière de pratiques commerciales trompeuses et de publicité trompeuse.

Comme de nombreuses autres autorités dans le monde, le Bureau de la concurrence continue d'accorder la priorité à l'économie numérique, sans toutefois qu'il ne soit prévu de réforme de son cadre législatif.

Enfin, la pandémie de COVID-19 aura non seulement entraîné des complications procédurales pour les parties faisant l'objet d'un examen de leur projet de transaction, mais elle aura également mené le Bureau à fournir des directives sur les collaborations entre concurrents visant spécifiquement à contrer les effets perturbateurs de la pandémie. La pandémie aura par ailleurs eu un impact important sur le processus d'examen relatif à la sécurité nationale prévu à la *Loi sur Investissement Canada*. Cette dernière tendance pourrait constituer un durcissement de l'application de la loi qui risque de continuer même lorsque le pire de la pandémie sera derrière nous. Il est essentiel pour les entreprises canadiennes, les investisseurs étrangers et leurs conseillers de bien saisir ces développements et de comprendre leurs répercussions.

Loi sur Investissement Canada – Risque accru d'examen relatif à la sécurité nationale

INCIDENCE DE LA COVID-19

La pandémie a déclenché une vague de réformes à travers le monde en ce qui concerne les investissements étrangers directs, alors que les gouvernements tentaient de stabiliser leurs économies des répercussions sans précédent causées par la crise sanitaire et de protéger leurs industries face au risque d'« acquisitions opportunistes ». Au Canada, le gouvernement a adopté des mesures visant à soumettre les investissements étrangers à un examen plus approfondi en vertu de la *Loi sur Investissement Canada* (" **LIC** "), plus précisément en vertu du régime de sécurité nationale.

Contrairement à d'autres pays, le gouvernement canadien n'a pas abaissé, en réponse à la pandémie, les seuils financiers lui permettant d'examiner les acquisitions d'entreprises



canadiennes par des investisseurs étrangers afin de déterminer si ces investissements sont à l'« avantage net » du Canada. Cependant, le printemps dernier, **le gouvernement a adopté une politique sur la COVID-19 qui prévoit un examen approfondi de tous les investissements effectués par des entreprises d'État, ainsi que les investissements de tout investisseur étranger dans des entreprises canadiennes liées à la santé publique ou à la fourniture de « biens et services essentiels » aux Canadiens ou au gouvernement.** Bien que cette politique réaffirme que les investissements étrangers sont « essentiels pour que les entreprises canadiennes puissent investir dans l'innovation et affronter la concurrence au sein de l'économie mondiale », nous avons observé une augmentation substantielle du nombre de transactions assujetties à des mesures d'examen relatif à la sécurité nationale depuis le début de la pandémie. À titre d'exemple, à la fin de décembre, le gouvernement canadien a bloqué l'acquisition proposée de la société aurifère canadienne TMAC Resources par Shandong Gold pour des raisons de sécurité nationale.

En plus de cette nouvelle politique, un arrêté ministériel a été émis l'été dernier en vertu de la *Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19)* afin de prolonger temporairement certaines périodes liées au processus d'examen relatif à la sécurité nationale prévu à la LIC. En vertu de cet arrêté, le gouvernement avait, jusqu'à la fin 2020, plus de temps pour exercer ses pouvoirs d'examen relatif à la sécurité nationale. L'arrêté ministériel n'a cependant pas été renouvelé pour 2021, et les délais habituels, et plus courts, en matière de sécurité nationale prévus à la LIC s'appliqueront donc à l'avenir aux transactions qui doivent faire l'objet d'une demande d'examen ou d'un avis.

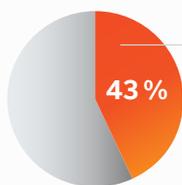
PRINCIPALES TENDANCES À SURVEILLER

Les tendances suivantes en 2020 en matière d'examen des investissements étrangers devraient se poursuivre en 2021 :

- **Nombre limité d'examens de l'« avantage net » :** Le nombre de transactions assujetties à un examen de l'« avantage net » pour le Canada a fortement diminué depuis 2015, année où la LIC a été modifiée pour introduire des seuils plus élevés en fonction de la valeur d'entreprise de la cible canadienne. Bien que les seuils d'examen pour 2021 (actuellement de 1,565 milliard de dollars canadiens en valeur d'entreprise pour les investisseurs privés aux termes d'accords commerciaux, et de 1,043 milliard de dollars canadiens en valeur d'entreprise pour les investisseurs privés OMC) aient légèrement diminué par rapport à 2020, le nombre d'examens de l'« avantage net » continuera d'être limité.
- **Augmentation du nombre d'examens relatifs à la sécurité nationale :** Tandis que le nombre de transactions assujetties à un examen de l'avantage net a diminué, l'utilisation des pouvoirs d'examen relatif à la sécurité nationale a augmenté. **Les sept examens relatifs à la sécurité nationale ordonnés au cours du dernier exercice pour lequel des statistiques sont disponibles représentent près d'un tiers des examens ordonnés depuis que les dispositions de sécurité nationale ont été ajoutées à la LIC en 2009.** Bien que les données pour 2019-2020 ne soient pas encore disponibles, cette tendance devrait se poursuivre. Par conséquent, le risque potentiel d'un examen relatif à la sécurité nationale devrait être évalué pour chaque transaction, en particulier pour les investisseurs se qualifiant comme entreprise d'État selon les critères de la LIC, considérant que ces derniers sont directement visés par la politique sur la COVID-19 du gouvernement canadien.
- **Incidences sur les structures et les ententes commerciales :** Le risque accru d'un examen approfondi en vertu de la politique sur la COVID-19



Loi sur Investissement Canada



13 conventions sur 30 (43 %) comprenaient une déclaration selon laquelle l'acheteur se qualifie comme canadien en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*



5 des 17 conventions conclues avec un acheteur non canadien prévoyaient une condition de clôture spécifique à la LIC

Des 5 conventions prévoyant une condition de clôture LIC:



3 définissaient les paramètres de toute mesure corrective à offrir



5 imposaient à l'acheteur une obligation de déployer des « efforts commercialement raisonnables »

soulève un certain nombre de considérations stratégiques et d'échéancier pour les transactions commerciales, comme l'utilisation de structures qui ne peuvent pas être visées par un examen (p. ex., les placements en titres de créance) et, lorsqu'un examen est prévu, les protections contractuelles (p. ex., par l'entremise de clauses restrictives ou de frais de résiliation inversés).

FUSIONS ET ACQUISITIONS VISANT DES CIBLES CANADIENNES COTÉES EN BOURSE

Parmi les 30 transactions les plus importantes concernant des cibles canadiennes cotées en bourse entre janvier et novembre 2020, 13 comprenaient une déclaration selon laquelle l'acheteur était « canadien » aux fins de la LIC, ce qui signifie qu'au plus 17 transactions concernaient un acheteur non canadien. Sur ces 17 transactions, **cinq comportaient une condition de clôture LIC, dont plusieurs exigeaient l'expiration du délai statutaire à l'intérieur duquel un examen de sécurité nationale peut être initié.** Dans le cadre de ces cinq transactions, il était également courant pour les parties d'établir les paramètres de toute mesure corrective à offrir pour obtenir l'approbation (3 des 5 conventions) et, dans tous les cas, l'acheteur avait l'obligation de déployer des « efforts commercialement raisonnables » afin de satisfaire à la condition reliée à la LIC.

Politique sur la concurrence : Orientation stratégique vers l'économie numérique

La communauté internationale du droit de la concurrence continue de débattre sur les objectifs sous-jacents du droit de la concurrence, avec la possibilité d'élargir ces objectifs au-delà des critères stricts relatifs au bien-être des consommateurs. Le débat porte également sur les modifications législatives qui, le cas échéant, devraient être

apportées afin de donner aux autorités de concurrence des moyens efficaces afin d'identifier les comportements anticoncurrentiels dans l'économie numérique et y mettre fin. Dans ce contexte, le Bureau tend principalement à appliquer la loi en utilisant les outils qui sont déjà à sa disposition.

Il ne fait aucun doute que **l'économie numérique demeure une priorité stratégique pour le Bureau.** En février 2020, le Bureau a publié sa *Vision stratégique pour 2020-2024*, mettant l'accent sur la protection des consommateurs, qui participent plus que jamais aux marchés numériques. La clé de cette stratégie est une application plus stricte et plus rapide de la loi – en utilisant les moyens d'enquête existants et en élaborant de nouvelles méthodes de collecte de renseignements – afin d'identifier et de corriger les comportements problématiques. Comme d'autres autorités de concurrence, le Bureau a reconnu que les dossiers d'enquêtes prennent du temps, mais a indiqué qu'il n'hésiterait pas à s'adresser au Tribunal de la concurrence (« **Tribunal** ») afin d'obtenir des injonctions provisoires dans le cadre d'enquêtes en cours.



L'économie numérique demeure une priorité stratégique pour le Bureau.

Le Bureau cherche également à accroître l'efficacité et la capacité des outils qu'il utilise pour recueillir des renseignements et pour examiner la preuve. Les marchés numériques produisent de vastes quantités de données, et le Bureau cherche à augmenter son utilisation des algorithmes, de l'IA et d'autres technologies pour favoriser un processus d'enquête plus efficace. Après avoir nommé en 2019 un dirigeant principal de l'application numérique de la loi, le Bureau a mis de l'avant plusieurs autres initiatives en 2020, notamment la création d'une unité du renseignement sur les pratiques monopolistiques afin de faciliter la détection de pratiques d'abus de position dominante et d'autres pratiques unilatérales potentiellement problématiques. Il ne fait aucun doute que

cette initiative vise à améliorer les méthodes de détection du Bureau dans l'économie numérique.

L'annonce en août dernier de l'enquête du Bureau pour abus de position dominante à l'encontre d'Amazon, qui reproduit les efforts de certaines autres autorités de concurrence, représente un développement important de la dernière année. **Le début d'une telle enquête n'est généralement pas rendu public au Canada, mais le Bureau a pris une mesure inhabituelle en sollicitant les différents intervenants du marché à lui transmettre des renseignements.** Il reste à voir comment cette nouvelle approche sera mise en œuvre, puisque les intervenants sont invités à transmettre des renseignements sur une base volontaire, alors que la pratique usuelle du Bureau est de s'adresser au Tribunal afin d'obtenir des ordonnances de production de renseignements en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Les parties qui souhaitent transmettre des renseignements sur une base volontaire ont reçu l'assurance d'un traitement confidentiel, et le Bureau a ensuite transmis des questionnaires à différents intervenants du marché. **Cette nouvelle méthode d'application de la loi reflète la volonté du Bureau d'identifier et de corriger rapidement les pratiques potentiellement problématiques, et, si elle est utilisée à nouveau, représenterait un changement important dans ses processus de collecte de renseignements.**

Dans le cadre de ses diverses activités, le Bureau reste en contact étroit avec les différentes autorités de concurrence à travers le monde avec lesquelles il a conclu des partenariats. Le Bureau pourrait donc suivre les orientations et les techniques d'enquête qui seront prioritaires par ses partenaires, par exemple, aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie. **Les entreprises actives sur les marchés numériques, surtout celles dont les services sont directement utilisés par les consommateurs, doivent s'attendre à ce que la priorité sur l'économie numérique s'accroisse au Canada en 2021 et dans les prochaines années.**

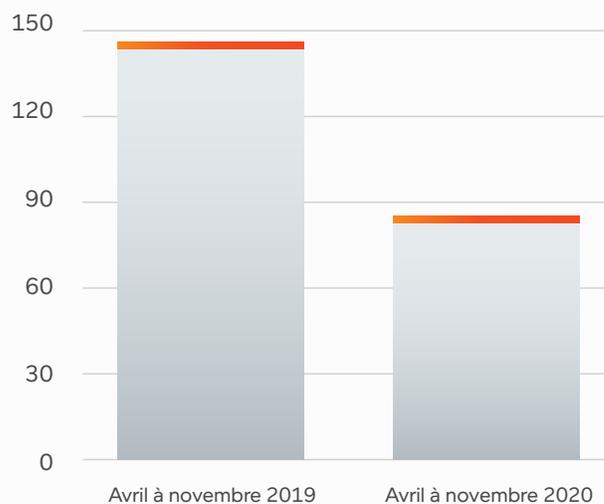


Examen des fusions

DÉLAIS PROLONGÉS; RENFORCEMENT DE LA COOPÉRATION ENTRE AUTORITÉS AU NIVEAU DES MESURES CORRECTIVES

L'examen des fusions par le Bureau a sans aucun doute été affecté par la pandémie de COVID-19. Au cours de la période de huit mois du 1er avril 2020 au 30 novembre 2020, seuls 88 examens de fusion ont été effectués, comparativement à 148 examens terminés au cours de la même période en 2019, ce qui représente une baisse de 40 % du nombre de transactions devant faire l'objet d'un avis.

Bureau : examens des fusions terminés



La pandémie a également eu une incidence sur la capacité du Bureau à obtenir les commentaires des clients et des autres intervenants, alors que cette étape constitue l'un des principaux éléments de son processus d'examen. Dans certains cas, ces enjeux ont pu empêcher le Bureau de conclure son examen dans le délai d'attente initial de 30 jours prévu par la loi. Pour les transactions qui soulèvent des questions de fond, ce nouvel enjeu augmente le risque que le Bureau transmette aux parties des demandes de renseignements supplémentaires (« DRS », ou « SIRs » en anglais, l'équivalent d'un « Second Request » aux États-Unis ou de la phase 2 en Europe). **Il sera intéressant de voir si les statistiques annuelles de 2021 du Bureau (qui seront publiées au printemps) confirmeront une hausse de la prévalence des DRS, sans par ailleurs qu'il n'y ait d'augmentation correspondante du nombre de transactions où des mesures correctives sont exigées.**

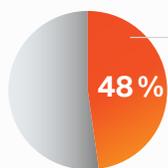
Au cours de l'année civile 2020, **trois transactions ont fait l'objet de mesures de corrections** par le biais de consentements devant le Tribunal, qui ont tous comporté des dessaisissements structurels d'entreprises qui se chevauchaient. Dans *Evonik/Peroxychem*, transaction qui n'était pas assujettie à un avis, les parties ont convenu de se dessaisir d'une installation de production de peroxyde d'hydrogène en Colombie-Britannique, qui constituait la base d'un règlement ultérieur avec la Federal Trade Commission des États-Unis. Dans *Elanco/Bayer Animal Health*, le Bureau a collaboré avec les autorités de concurrence aux États-Unis, en Europe et en Australie pour obtenir un remède structurel dans le secteur de la santé animale. Enfin, dans *WESCO/Anixter*, le Bureau a exigé le dessaisissement des divisions de distribution de services publics et de communications de données de WESCO pour obtenir l'autorisation. Bien que le Bureau n'ait contesté aucune fusion en 2020, sa contestation de l'acquisition par Parrish Heimbecker de l'entreprise d'élévateurs à grains de la société Louis Dreyfus demeure en cours et donne lieu à des directives procédurales du Tribunal.

Ces dossiers démontrent également que le **Bureau continue de collaborer étroitement avec d'autres autorités de concurrence** lorsque les enjeux identifiés ne se limitent pas au Canada. Puisque l'une des priorités stratégiques du Bureau est de solidifier ses principaux partenariats avec d'autres autorités de concurrence, les parties à des transactions multinationales devraient prévoir que le haut niveau de coopération entre autorités se poursuivra pour les années à venir.

FUSIONS ET ACQUISITIONS VISANT DES CIBLES CANADIENNES COTÉES EN BOURSE

L'examen des 30 plus importantes opérations de fusion et acquisition annoncées entre janvier et novembre 2020 et qui comportaient une cible canadienne cotée en bourse démontre qu'une proportion importante (48 %) comprenait une condition de clôture reliée à la *Loi sur la concurrence*. Parmi les transactions avec de telles conditions de clôture, **75 % prévoyaient l'obtention de la décision du Bureau sous forme de certificat de décision préalable ou de lettre de non-intervention**, plutôt que la simple expiration du délai légal d'attente applicable. Les parties à des transactions qui doivent faire l'objet d'un avis semblent donc conscientes du risque lié à la clôture d'une transaction avant de recevoir la réponse écrite du Bureau.

Loi sur la concurrence



12 conventions (sur 25 avec des ententes négociées parmi les 30 plus importantes transactions) (48 %) comprenaient une condition de clôture reliée à la *Loi sur la concurrence*



Parmi les 12 transactions avec de telles conditions de clôture, **9 conventions** (75 %) prévoyaient l'obtention de la décision du Bureau sous forme de certificat de décision préalable ou de lettre de non-intervention



Presque toutes les conventions (11 sur 12) qui prévoyaient une condition de clôture reliée à la *Loi sur la concurrence* comportaient également des clauses restrictives relatives aux mesures correctives (dans l'éventualité où des remèdes sont exigés). Notamment, plusieurs clauses stipulaient que toute mesure corrective proposée ne devrait pas limiter la capacité de l'acheteur de détenir, de contrôler ou d'exploiter l'entreprise visée. Une plus faible proportion des ententes comprenait des clauses relatives à la stratégie réglementaire (3 sur 12) ou l'imposition à l'acheteur de frais de résiliation inversés si la condition de clôture n'était pas rencontrée (2 sur 12). Dans ces cas, les **frais de résiliation se situaient entre 2 et 3,5 % de la valeur de la transaction.**

Loi sur la concurrence



Mesures correctives concernant l'autorisation en vertu de la *Loi sur la concurrence* : 11 des 12 ententes conclues avec une condition reliée à la *Loi sur la concurrence* prévoyaient des **clauses restrictives relatives aux mesures correctives**.



Seulement 3 des 12 conventions comprenait des **clauses restrictives relatives à la stratégie réglementaire**.



Seulement 2 ententes sur 12 ont imposé des **frais de résiliation inversés à l'acheteur** si la condition de clôture reliée à la *Loi sur la concurrence* n'était pas rencontrée

QUEL AVENIR POUR LA DÉFENSE DE L'ENTREPRISE EN DÉCONFITURE ?

Au cours de la dernière année, le Bureau a accepté d'appliquer la « défense de l'entreprise en déconfiture » pour la première fois depuis de nombreuses années, et qui, par coïncidence, pourrait avoir une pertinence accrue en raison de la pandémie de COVID-19. Les deux événements ne sont pas liés, mais la transaction American Iron & Metal Company Inc. (« **AIM** ») / Total Metal Recovery Inc. (« **TMR** ») est un rappel important que l'analyse du Bureau est rigoureuse, et que les parties à la transaction doivent démontrer non seulement que la cible en difficulté financière est effectivement en faillite, mais également qu'il n'existe aucune autre option préférable sur le plan de la concurrence qui aurait permis à l'entreprise en faillite de survivre en tant que concurrent vigoureux.

Bien que la COVID-19 ne devrait pas modifier le cadre d'analyse du Bureau, l'impact économique de la pandémie sur certains secteurs pourrait entraîner un plus grand nombre d'entreprises répondant au premier critère, soit d'être « en déconfiture ». **Les parties qui envisagent des transactions impliquant des cibles en difficulté financière devraient tenir compte de l'analyse du Bureau dans la transaction AIM/TMR pour déterminer si les critères de la défense d'entreprise en déconfiture sont rencontrés, et prendre en considération le fait que le Bureau a mené une enquête de trois mois avant d'accepter la position des parties.**





L'INSISTANCE DU BUREAU SUR DES ACCORDS SUR LES DÉLAIS POUR LES EXAMENS DE FUSIONS COMPORTANT DES GAINS EN EFFICIENCE

En avril 2020, le Bureau a publié les détails de la première **utilisation de son modèle d'accord régissant l'évaluation des gains en efficacité allégués par les parties à une transaction**, dans le cadre de la transaction de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (« **CN** ») / H&R Transport Limited (« **H&R** »). Unique au Canada, le moyen de défense prévu par la loi pour les gains en efficacité, lorsqu'il est établi, sert de défense complète contre une conclusion du Tribunal qu'une transaction serait susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence au Canada. L'analyse des gains en efficacité allégués est complexe, faisant en sorte que le Bureau est soumis à des pressions considérables pour déterminer si les gains en efficacité allégués surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels probables. Le Bureau a élaboré un modèle d'accord sur les délais afin de résoudre cet enjeu.

Le modèle d'accord sur les délais permet aux parties à la transaction d'obtenir à des moments prescrits les commentaires du Bureau sur les effets anticoncurrentiels et les gains en efficacité allégués, ce qui leur permet de mieux évaluer la robustesse de leur stratégie et de gérer le risque d'une contestation du Bureau après la clôture. **Toutefois, la procédure proposée présente également d'importants inconvénients, notamment en prolongeant considérablement le délai d'examen au Canada. Dans CN/H&R, les renseignements publics suggèrent que l'examen du Bureau a pris plus de 100 jours à partir du moment où l'accord sur les délais a été conclu, et l'évaluation peut prendre encore plus de temps dans d'autres dossiers.**

Il est important de noter qu'un accord sur les délais demeure optionnel - les parties demeurent libres de faire valoir la défense des gains en efficacité, peu importe si elles ont

conclu un accord sur les délais avec le Bureau - mais la position actuelle du Bureau est d'exiger un tel accord de la part des parties à une transaction qui souhaitent obtenir la position du Bureau sur les gains en efficacité allégués avant la clôture, peu importe les délais engendrés.

Complots et collaboration entre concurrents

COLLABORATIONS ENTRE CONCURRENTS DANS LE CONTEXTE DE LA PANDÉMIE

En avril 2020, en réponse à la pandémie en cours, le Bureau a publié un énoncé sur son approche d'application de la loi à l'égard des collaborations entre concurrents limitées à la fourniture de produits et de services essentiels aux Canadiens en réponse aux perturbations causées par la COVID-19.

Semblables aux initiatives similaires d'autres autorités de concurrence, le Bureau confirme qu'il s'abstiendra d'appliquer les dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence* interdisant les complots lorsque des concurrents agissent de bonne foi et sont motivés par le désir de contribuer positivement à la crise, que la collaboration est à court terme pour la durée de la crise, et que toute coordination se limite à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre les objectifs de la collaboration. L'énoncé du Bureau établit également une procédure selon laquelle les entreprises peuvent demander l'avis du Bureau avant de mettre en œuvre leur projet de collaboration, afin de se prémunir contre des enquêtes et des poursuites.

Bien que cet énoncé ait certainement été un pas dans la bonne direction dans le cadre de la réponse à la première vague de la pandémie, des doutes ont été soulevés quant à son utilité. D'abord, comme il est indiqué ci-dessus, l'énoncé concerne uniquement des collaborations visant la fourniture de biens et services « essentiels » (vraisemblablement des médicaments et du matériel

médical). Deuxièmement, le Bureau n'est pas assujéti à un échéancier précis à l'intérieur duquel il doit partager son avis aux parties, et la réponse du Bureau n'a aucun effet sur les recours en dommages privés. Il n'est donc pas surprenant qu'**en date d'octobre 2020, le Bureau n'ait reçu aucune demande d'opinion en vertu de son énoncé sur les collaborations liées à la COVID.**

PRISE DE POSITION IMPORTANTE SUR LES ACCORDS ENTRE ACHETEURS — Y COMPRIS LES ACCORDS DE NON-DÉBAUCHAGE ET LES ACCORDS DE FIXATION DES SALAIRES

En novembre, **le Bureau a précisé que les accords entre acheteurs, y compris les accords de non-débauchage et de fixation des salaires entre employeurs, ne sont pas visés par les dispositions criminelles de la Loi sur la concurrence relatives aux complots.** Le nombre croissant d'enquêtes contre des accords de non-débauchage et de fixation des salaires aux États-Unis a clairement incité le Bureau à publier sa déclaration sur l'approche parallèle à ces questions au Canada. La nouvelle position du Bureau est conforme à l'opinion de longue date des avocats en défense selon laquelle les ententes entre acheteurs concurrents ne sont pas visées par l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, car l'infraction criminelle pour complot se limite aux ententes relatives à la production ou à la vente de produits et services, plutôt qu'aux achats. **Toutefois, la nouvelle position du Bureau laisse entrevoir la possibilité que des accords de non-débauchage ou d'autres accords entre acheteurs puissent faire l'objet d'une enquête et être contestés en vertu de l'article 90.1 de la Loi sur la concurrence,**

soit le régime civil interdisant les collaborations entre concurrents qui sont « susceptibles d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence ».

PRIORITÉ AUX DOSSIERS DE CARTELS DOMESTIQUES

En 2020, il n'y a eu aucun procès de cartels ou de truquages d'offres au Canada, que ce soit des dossiers domestiques ou internationaux, et le Bureau n'a obtenu aucun plaidoyer de culpabilité de la part de sociétés ou de particuliers.

Toutefois, le Service des poursuites pénales du Canada (« SPSC ») a conclu quatre autres règlements avec des firmes d'ingénierie relativement à des systèmes de truquage d'offres qui visaient des marchés municipaux. À ce jour, six firmes d'ingénierie ont versé plus de 12 millions de dollars canadiens dans le cadre de ces enquêtes. Ces règlements, qui tiennent compte du fait que les firmes d'ingénierie ont déjà remboursé des sommes payées injustement en vertu d'un programme provincial particulier, ne comportent pas de plaidoyers de culpabilité ou de condamnations criminelles; ils sont plutôt conclus sous forme d'ordonnances d'interdiction en vertu de l'article 34 de la *Loi sur la concurrence*. **Tout comme les résolutions en vertu d'accords de réparation, ces ordonnances d'interdiction permettent aux firmes d'ingénierie d'éviter d'être disqualifiées des marchés publics en vertu des « régimes d'intégrité » des gouvernements fédéral et provincial. Bien qu'un régime permettant des accords de réparation (aussi appelés « ententes de poursuite différée », ou en anglais « deferred prosecution agreements » (« DPAs »)) ait récemment été introduit au Canada, de tels accords ne sont pas disponibles pour les infractions de cartel et de truquage d'offres en vertu de la Loi sur la concurrence.**

Le tableau ci-dessous comprend les statistiques clés publiées par le Bureau sur ses enquêtes et dossiers de cartels pour son plus récent exercice :

	2019-20	2018-19	2017-18
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre de mandats de perquisition émis, y compris plusieurs ordonnances pour une seule enquête	3	12	40
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre de signets d'immunité accordés	4	3	7
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre de signets de clémence accordés	0	0	1
<input checked="" type="checkbox"/> Ouverture de nouvelles enquêtes	21	13	15
<input checked="" type="checkbox"/> Enquêtes en cours	35	40	42
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre de renvois au SPSC	4	1	0

D'une part, ces statistiques tendent à démontrer une baisse des activités d'application de la loi, tant en ce qui concerne les mandats de perquisition que, plus important encore, les nouveaux signets de clémence accordés. Les programmes d'immunité et de clémence, qui étaient auparavant les outils d'enquête les plus importants du Bureau, ont récemment été révisés pour, entre autres, imposer des obligations supplémentaires aux parties qui cherchent à se prévaloir des avantages offerts par ces programmes. **Bien que conforme aux tendances internationales, le fait qu'un seul signet de clémence ait été accordé au cours des trois dernières années pourrait indiquer que les changements récents apportés aux programmes d'immunité et de clémence ont nui à leur efficacité et pourraient avoir une incidence sur la capacité du Bureau à faire progresser ses enquêtes.**

Bien que le régime d'infraction criminelle « per se » interdisant les cartels est en vigueur depuis plus de 10 ans, il n'existe toujours pas de jurisprudence en vertu des dispositions actuelles sur les complots criminels.

Toutefois, le Bureau continue d'être actif avec 35 enquêtes en cours, dont 21 nouvelles enquêtes au cours de son dernier exercice, soit une augmentation par rapport aux années précédentes. Le Bureau a indiqué qu'il continue d'investir dans l'élaboration d'outils d'analyse de données et de dépistage afin de cerner des activités de truquage d'offres dans les processus d'approvisionnement du gouvernement, et qu'il continue également de recevoir de l'information par l'entremise de la ligne antifraude des contrats fédéraux. **Nous croyons que le Bureau va continuer de se concentrer sur les dossiers domestiques de complots et de truquage d'offres. Bien que le régime d'infraction criminelle « per se » interdisant les cartels est en vigueur depuis plus de 10 ans, il n'existe toujours pas de jurisprudence en vertu des dispositions actuelles sur les complots criminels. Avec quatre renvois au SPSC au cours du dernier exercice financier du Bureau, nous pourrions voir en 2021 les premières accusations en vertu du régime adopté il y a 12 ans.**

Pratiques commerciales trompeuses

LA VIE APRÈS FACEBOOK : LE BUREAU S'IMMISCE OFFICIELLEMENT DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Le Bureau a depuis longtemps suggéré qu'il avait un rôle à jouer dans le domaine de la protection des renseignements personnels. Par exemple, le Bureau a publié en mars 2020 des directives soulignant que des représentations peuvent enfreindre les dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière d'indications fausses ou trompeuses si elles « amènent les consommateurs à donner à des entreprises l'accès à des données qu'ils n'auraient pas autrement fournies, ou à faire l'acquisition de produits ou de services numériques qu'ils n'auraient pas autrement choisis ».





Le règlement du Bureau avec Facebook en mai 2020 marque sa première incursion officielle dans ce domaine, à la suite d'une enquête sur des indications prétendument fausses ou trompeuses concernant la divulgation de renseignements personnels et la mesure dans laquelle les utilisateurs pouvaient contrôler l'accès à leurs renseignements personnels. Bien que Facebook ait nié les allégations du Bureau, Facebook a accepté de payer une sanction administrative pécuniaire (« **SAP** ») de 9 millions de dollars canadiens pour régler les préoccupations du Bureau.

Dans son communiqué de presse, le Bureau a déclaré qu'il « n'hésitera pas à sévir contre les entreprises qui donnent aux Canadiens des indications fausses ou trompeuses sur la façon dont elles utilisent leurs données personnelles ». **L'accent mis par le Bureau sur les allégations relatives à la protection des renseignements personnels soulève d'importantes questions quant aux limites du champ de compétence du Bureau face à celui du Commissariat à la protection de la vie privée (« CPVP »). Bien que le Bureau considère son mandat comme « complémentaire » à celui du CPVP, le chevauchement crée de l'incertitude pour les entreprises qui doivent maintenant faire face à deux organismes qui examinent leurs représentations reliées à la protection et l'utilisation des renseignements personnels, ce qui pourrait donner lieu à des résultats d'enquête contradictoires.**

L'intrusion du Bureau dans ce domaine pourrait s'expliquer par l'absence de pénalités, y compris l'imposition de SAP, en vertu de la législation fédérale actuelle sur la protection des renseignements personnels. Cette situation pourrait toutefois changer bientôt, puisque la nouvelle *Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs* envisage d'éventuelles SAP pour les violations de la vie privée dont les montants pourraient aller bien au-delà des SAP disponibles en vertu de la *Loi sur la concurrence*. En effet, la nouvelle loi relative à la protection des renseignements personnels prévoit des SAP allant jusqu'à 10 millions de dollars canadiens ou 3 % des revenus mondiaux bruts de l'organisation si ce montant est plus élevé. **Il sera intéressant de voir si la *Loi sur la protection de la***

***vie privée des consommateurs* pourrait amener des modifications à la *Loi sur la concurrence*, et de voir comment les chevauchements potentiels entre les deux régimes évolueront.**

PUBLICITÉ TROMPEUSE DANS UN MONDE NUMÉRIQUE - LE VIRAGE DU BUREAU VERS LES PRATIQUES DE MARKETING EN LIGNE

La protection des consommateurs sur les marchés numériques demeure une priorité du Bureau. **Compte tenu de l'augmentation rapide du commerce en ligne attribuable à la pandémie de COVID-19, il ne fait aucun doute que le Bureau amplifiera sa surveillance et son application des pratiques de marketing et de publicité en ligne.**

- **Méfiez-vous des représentations reliées à la COVID-19 :** Le Bureau a surveillé activement le marché pour déceler les représentations trompeuses liées à la COVID-19, et il continuera probablement de le faire en 2021. En mai, le Bureau a émis un avertissement aux entreprises les informant de ne pas faire d'allégations fausses ou trompeuses selon lesquelles leurs produits et services peuvent prévenir, traiter ou guérir la COVID-19. Le Bureau a également transmis des mises en garde à un certain nombre d'entreprises, y compris un important détaillant national.
- **En attente d'un premier dossier concernant le marketing des influenceurs :** Suite à la publication d'une mise en garde aux agences de publicité, le Bureau a publié des recommandations à l'intention des influenceurs en janvier 2020. Ces directives soulignent qu'un influenceur doit divulguer tous les liens importants qu'il entretient avec l'entreprise, le produit ou le service faisant l'objet de sa promotion et la façon de les communiquer adéquatement. Un « lien important » est défini comme ayant « le potentiel d'influencer la façon dont les consommateurs évaluent votre indépendance par rapport à une marque »

(p. ex., recevoir des paiements, des produits et services gratuits, des rabais, des voyages gratuits ou une relation personnelle/familiale). **Bien que le Bureau n'ait pas encore initié d'enquête formelle en ce qui concerne les influenceurs, les entreprises et les agences devraient accorder la priorité aux mesures de conformité en matière de marketing des influenceurs.**

- **Votre politique de conformité en matière d'« astroturfing » est-elle à jour ?** : Le Bureau examine également des allégations d'« astroturfing » à l'encontre de Vidéotron, un opérateur de télécommunications, et a obtenu une ordonnance en août dernier pour obliger la société à produire des documents relatifs à la conduite en ligne de ses employés et à la promotion des produits et services de l'entreprise. Le Bureau allègue que des employés ont mis en ligne des commentaires positifs sur les offres de l'entreprise sans divulguer leur affiliation à la société. D'après les documents publics disponibles, **ce dossier pourrait avoir des conséquences sur l'obligation de l'employeur de surveiller le comportement en ligne de ses employés permanents et contractuels.**
- **Demandes d'injonctions plus fréquentes :** Faisant suite au message du commissaire de la concurrence selon lequel il n'hésitera pas à demander des injonctions, le Bureau a réussi à obtenir un consentement relativement à des représentations de perte de poids à la suite d'une demande d'injonction temporaire. **L'utilisation d'injonctions dans les dossiers de publicité trompeuse est une nouvelle tendance qui devrait se poursuivre en 2021.**

Actions collectives en droit de la concurrence

UN NOUVEAU RÉGIME DE RECOURS COLLECTIFS EN ONTARIO

Le 1^{er} octobre 2020, le projet de loi 161, la *Loi pour un système judiciaire plus efficace et plus solide*, est entré en vigueur, modifiant la *Loi sur les recours collectifs de l'Ontario* (la « **LRC** »). Les modifications à la LRC mettent en œuvre un certain nombre de changements de fond et de procédure qui rendent plus difficile pour les demandeurs d'intenter des recours collectifs en matière de concurrence en Ontario.

La modification de fond la plus importante est l'introduction d'un critère plus rigoureux à appliquer à l'étape de l'autorisation, où les demandeurs doivent prouver que l'action serait la procédure préférable pour la résolution des questions communes. **Influencée par le modèle américain, l'analyse des procédures préférables exige maintenant que a) les questions communes prédominent sur les questions individuelles afin qu'une action collective soit considérée comme la procédure préférable; et b) la procédure est supérieure à tous les moyens raisonnablement disponibles pour déterminer le droit des membres du groupe d'obtenir l'ordonnance recherchée ou pour corriger la pratique contestée. Cette approche contraste avec l'ancien critère qui exigeait seulement qu'il y ait des questions communes, dont la résolution ferait avancer le litige.**

Les modifications apportées soulèvent également plusieurs obstacles procéduraux et financiers à l'introduction d'un recours collectif en Ontario. Par exemple, bien que la jurisprudence antérieure ait généralement conclu que les requêtes de la part de la partie défenderesse visant à restreindre la portée du recours ou à le rejeter devraient être retardées au moins jusqu'à l'étape de l'autorisation, les modifications encouragent désormais à entendre de telles requêtes avant la requête en autorisation. Enfin, les modifications imposent des contraintes financières et des obligations de divulgation accrues qui peuvent avoir une incidence sur la capacité d'un demandeur à obtenir du financement de tiers.

Dans l'ensemble, ces modifications font de l'Ontario un forum moins attrayant pour les demandeurs qui cherchent à intenter des recours collectifs en matière de concurrence. Même avant le projet de loi 161, les demandeurs commençaient à intenter davantage



de recours collectifs devant la Cour fédérale. La Cour fédérale, dont la juridiction est statutaire, a une compétence limitée pour entendre des recours complémentaires de common law, mais a l'avantage d'avoir une compétence à l'échelle du Canada. La Loi sur la concurrence prévoit expressément que des recours collectifs peuvent être présentés devant la Cour fédérale ou devant les cours supérieures provinciales. Le projet de loi 161 pourrait accélérer le transfert des demandes devant la Cour fédérale.

INCIDENCES DE LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DANS L'AFFAIRE GODFREY

Au cours des 15 dernières années, le nombre d'actions collectives intentées en vertu des dispositions de la *Loi sur la concurrence* a augmenté de façon constante. Ces affaires portent généralement sur des allégations de truquage d'offres ou de fixation des prix. En 2013, dans l'affaire *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, la Cour suprême du Canada a formulé les critères à appliquer pour évaluer s'il y a lieu d'autoriser une action collective en matière de concurrence. Au cours des années qui ont suivi, un certain nombre de questions se sont posées dans les actions collectives en matière de concurrence, ce qui a mené à des approches incohérentes au stade de l'autorisation. À la fin 2019, la Cour suprême a rendu sa décision très attendue dans l'affaire *Pioneer Corp. c. Godfrey* ("**Godfrey**"), en décidant de quatre questions clés qui avaient été abordées dans bon nombre d'actions collectives :

- **Question 1 - Délai de prescription :** La majorité (8-1) a conclu que la règle de la possibilité de découvrir s'applique au délai de prescription applicable à la cause d'action prévue à l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*.
- **Question 2 - Acheteurs « sous parapluie » :** La majorité a conclu que les principes de l'éloignement ou de la responsabilité indéterminée n'excluent pas

le droit des acheteurs sous parapluie de réclamer des dommages-intérêts dans le cadre d'actions collectives de fixation des prix.

- **Question 3 - Code complet :** La Cour suprême a conclu que l'adoption de la cause d'action prévue à l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* n'a pas pour effet d'écartier les recours en vertu de la common law.
- **Question 4 - Perte en tant que question commune :** La majorité a estimé que pour que les questions relatives à la perte soient autorisées comme des questions communes, la méthodologie de l'expert d'un demandeur « n'a qu'à être suffisamment fiable ou acceptable pour établir que l'acheteur du niveau requis a subi une perte ». La majorité a cependant ajouté qu'au procès, seuls les membres de la classe ayant effectivement subi une perte seraient en mesure d'être compensés.

Les effets de Godfrey sur l'avenir des actions collectives en matière de concurrence restent incertains. Bien que la réponse de la Cour suprême concernant les questions 1 et 3 ait clarifié les types d'arguments ou les causes d'action pouvant être invoqués dans des actions collectives fondées sur des allégations de complots, sa décision sur les questions 2 et 4 reporte au stade du mérite des questions auparavant débattues à l'étape de l'autorisation. Par conséquent, les demandeurs ayant obtenu l'autorisation d'exercer une action collective pourraient se heurter à des obstacles importants au procès.

En 2021, on peut s'attendre à ce que les parties défenderesses (surtout celles qui sont à l'extérieur de l'Ontario) mettent davantage l'accent sur les stratégies de défense qui attaquent le bien-fondé des réclamations des demandeurs, et moins sur les aspects procéduraux à l'étape de l'autorisation.



À propos de nous

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L. est un cabinet d'avocats canadien de premier plan qui a des bureaux dans tous les grands centres d'affaires au Canada, ainsi qu'à New York et à Londres.

Notre groupe de droit de la concurrence/antitrust et de l'investissement étranger est un chef de file canadien en droit de la concurrence. Il couvre tous les aspects du droit canadien de la concurrence et de l'examen des investissements étrangers, y compris les fusions et les acquisitions, les enquêtes criminelles et civiles, les litiges et les recours collectifs, et la publicité trompeuse et les pratiques commerciales trompeuses.

Nous offrons une couverture nationale complète tant dans les régimes de common law et de droit civil, avec de solides équipes bilingues à Toronto et à Montréal. McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L. possède une vaste expérience dans tous les secteurs d'activité et l'un des programmes de groupes d'industrie les plus développés au Canada. Nous tirons parti de cette base pour offrir des solutions utiles et conviviales qui sont adaptées au secteur dans lequel nos clients exercent leurs activités et qui répondent à leurs exigences commerciales.

Notre groupe est reconnu par plusieurs répertoires internationaux de premier plan, dont :

- Bande 1 de *Chambers Canada*
- Niveau 1 par *Legal 500*
- Élite par *Global Competition Review*
– sondage du barreau canadien

POUR OBTENIR DE PLUS AMPLES RENSEIGNEMENTS, VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LE GROUPE DE DROIT DE LA CONCURRENCE/ANTITRUST ET DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER DE MCCARTHY TÉTRAULT :

<https://www.mccarthy.ca/fr/services/secteurs-de-pratique/transactions/droit-de-la-concurrenceantitrust-et-de-linvestissement-etranger>



VANCOUVER

Suite 2400, 745 Thurlow Street
Vancouver (Colombie-Britannique) V6E 0C5

CALGARY

Suite 4000, 421 7th Avenue SW
Calgary (Alberta) T2P 4K9

TORONTO

Suite 5300, TD Bank Tower
Box 48, 66 Wellington Street West
Toronto (Ontario) M5K 1E6

MONTRÉAL

Bureau 2500
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2

QUÉBEC

500, Grande Allée Est, 9e étage
Québec (Québec) G1R 2J7

NEW YORK

55 West 46th Street, Suite 2804
New York, New York 10036
United States

LONDRES

1 Angel Court, 18th Floor
London EC2R 7HJ
United Kingdom