



mccarthy
tetrault

Perspectives pour 2022

En droit de la concurrence/antitrust
et de l'investissement étranger

mccarthy
tetrault

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 2022

Cette publication revient sur les principaux développements survenus au Canada en 2021, et de ce qu'ils signifient pour 2022 et les années à venir.

Premièrement, la perspective d'un véritable débat sur la réforme de la *Loi sur la concurrence* se concrétise graduellement. En raison de la divergence entre l'approche du Canada et celle d'autres juridictions en ce qui concerne l'application des accords entre acheteurs concurrents (comme les accords de non-débauchage), et de l'expérience récente du Bureau de la concurrence (le « **Bureau** ») dans le cadre de litiges concernant des fusions prétendument anticoncurrentielles où des parties ont invoqué la défense fondée sur les gains en efficacité propre au Canada, le Bureau s'est joint à d'autres parties prenantes canadiennes pour réclamer une réforme législative. Deuxièmement, entre-temps, les parties peuvent s'attendre à ce que le Bureau raffermisse sa position en ce qui concerne l'application de la loi à l'égard des fusions, particulièrement lorsque les parties cherchent à conclure leur transaction avant que le Bureau ait terminé son examen. De même, l'examen relatif à la sécurité nationale d'une transaction en vertu de la *Loi sur l'investissement Canada* a été resserré en 2021, le gouvernement ayant codifié via des lignes directrices révisées une approche plus étendue de sa politique d'intervention qu'il avait déjà préconisée pendant la pandémie de COVID-19.

Des intervenants clés au sein du Parlement fédéral et le Commissaire de la concurrence, Matthew Boswell, ont recommandé un examen en profondeur de la *Loi sur la concurrence*, particulièrement concernant les moyens dont dispose le Bureau pour remplir sa mission alors que l'économie moderne se tourne de plus en plus vers le numérique.

Dernièrement, grâce à l'augmentation significative de son budget et à la création imminente d'une direction générale spécialisée en économie numérique, le Bureau continue de sévir dans ce domaine, tant contre les cas d'abus de position dominante que contre la publicité et les pratiques commerciales trompeuses. Signe que le Bureau vise à emboîter le pas à d'autres autorités en matière de concurrence, des enquêtes visant bon nombre de grandes entreprises de technologies ont été ouvertes. Alors que l'application des dispositions criminelles interdisant les cartels continue de cibler les entreprises canadiennes, l'on s'attend à ce que le Bureau examine attentivement les accords entre acheteurs en vertu du régime civil sur les ententes anticoncurrentielles entre concurrents; le Bureau suggère d'ailleurs que ce type d'ententes entre concurrents redeviennent de nature criminelle.

Un parfum de réforme : la *Loi sur la concurrence* est-elle adaptée au 21^e siècle?

Treize ans après que le dernier grand débat sur la politique canadienne en matière de concurrence ait mené à une refonte importante de la *Loi sur la concurrence*,





plusieurs développement en 2021 ont permis de faire avancer la conversation au-delà des priorités précises en matière d'application de la loi et d'engager une discussion plus large sur l'ensemble du cadre législatif régissant le droit de la concurrence au Canada. Des intervenants clés au sein du Parlement fédéral et le Commissaire de la concurrence, Matthew Boswell, ont recommandé un examen en profondeur de la *Loi sur la concurrence*, particulièrement concernant les moyens dont dispose le Bureau pour remplir sa mission alors que l'économie moderne se tourne de plus en plus vers le numérique.

Ce vent de réforme, qui s'est accéléré en 2021, s'est produit en plusieurs étapes.

VOLONTÉ POLITIQUE DE PROCÉDER À UNE RÉFORME

En février 2021, le *Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie* de la Chambre des communes (« INDU ») a décidé d'entreprendre une étude sur la compétitivité au Canada. Dans le cadre d'une série de rencontres, et à la lumière des mémoires et des témoignages des principales parties prenantes, dont l'Association du Barreau canadien (« ABC »), des entreprises et des experts, INDU a cherché à déterminer dans quelle mesure la *Loi sur la concurrence* demeure adaptée à ses objectifs. INDU a surtout axé le débat sur la mesure dans laquelle les accords de fixation des salaires (et les accords entre acheteurs concurrents en général) devraient faire l'objet de poursuites de nature criminelle plutôt que civile. Les préoccupations d'INDU remontent à juin 2020, lorsque le comité avait convoqué des membres de la direction d'importants détaillants canadiens en alimentation pour répondre à des questions sur leurs décisions quasi simultanées de mettre un terme aux primes liées à la COVID-19 que recevaient les employés.

Bien que les travaux d'INDU aient examiné tous les aspects du régime canadien, son rapport de juin 2021 portait essentiellement sur la fixation des salaires et recommandait la modification de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* de manière à interdire (à nouveau)

les pratiques qui s'apparentent à celles d'un cartel entre concurrents relatives à l'achat de biens et de services, y compris les accords de fixation des salaires. INDU a également fait valoir que le Bureau devrait être pourvu de ressources additionnelles pour assurer une application plus efficace de la loi.

LE COMMISSAIRE DONNE DU POIDS AU DÉBAT

Le Commissaire de la concurrence, Matthew Boswell, a évoqué plus longuement ce thème lors de son allocution à la Conférence d'automne de l'ABC sur le droit de la concurrence en octobre 2021, appuyant les demandes pour une réforme en profondeur, en plus du rétablissement de la nature criminelle des accords entre acheteurs concurrents.



Le Bureau souhaiterait voir la défense fondée sur les gains en efficacité entièrement abolie, ou du moins limitée d'une certaine manière en vertu de la Loi.

Cette allocution cristallise la position du Bureau sur un éventail de sujets. Le Commissaire a mis en relief plusieurs domaines où une réforme législative serait, selon lui, justifiée et s'est demandé « si le Bureau dispose des bons outils en vertu de la *Loi sur la concurrence* pour prendre des mesures d'application de la loi nécessaires et pertinentes ».

- Le Commissaire a d'abord mentionné la faiblesse des sanctions et des amendes maximales pouvant être actuellement imposées (les sanctions administratives pécuniaires maximales atteignent 10 millions de dollars canadiens pour certaines infractions civiles, et les amendes criminelles jusqu'à 25 millions de dollars canadiens pour des cartels), ainsi que l'absence d'outils privés d'application de la loi quant à certaines dispositions telles que l'abus de position dominante.

- Après la récente expérience du Bureau dans le cadre de sa demande d'injonctions à l'égard de la transaction *Secure/Tervita*, le Commissaire a également mentionné « des tests juridiques excessivement stricts et peu pratiques » qui empêchent le Bureau de lutter contre les fusions anticoncurrentielles. Au cœur de la critique du Commissaire du régime d'examen des fusions se trouve la défense sur les gains en efficacité, dont la portée a été définie par la jurisprudence au fil du temps, et qui, de l'avis du Commissaire, établit des critères (trop) exigeants pour permettre au Bureau de s'opposer avec succès à une fusion anticoncurrentielle. Sans contredit, le Bureau souhaiterait voir la défense fondée sur les gains en efficacité entièrement abolie, ou du moins limitée d'une certaine manière en vertu de la Loi.

LE GOUVERNEMENT CANADIEN OUVRE LA PORTE À UNE RÉFORME EN PROFONDEUR DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE ET LA LOI SUR INVESTISSEMENT CANADA

Bien que le nouveau gouvernement libéral n'ait pas mentionné la réforme de la *Loi sur la concurrence* comme objectif législatif important lors du discours du Trône de la gouverneure générale à l'ouverture de la session parlementaire en novembre 2021, la lettre de mandat remise au Ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie en décembre 2021 a dévoilé un ton plus affirmatif que les mandats des dernières années, en particulier en ce qui concerne le droit de la concurrence et la réglementation des investissements étrangers. Dans l'ensemble, les instructions du Premier ministre sont conformes aux messages récents du Commissaire et de l'INDU et constituent l'appui le plus ferme du gouvernement en ce qui concerne la réforme en droit de la concurrence et le recours accru aux examens de sécurité nationale en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*. Le Premier ministre a demandé au Ministre d'entreprendre un vaste examen de la *Loi sur la concurrence* afin de

déterminer les aspects du régime qui devraient être modernisés, ce qui impliquera probablement d'évaluer dans quelle mesure le Bureau dispose des outils appropriés pour examiner et traiter les comportements anticoncurrentiels dans une économie de plus en plus numérisée.

En ce qui concerne la *Loi sur Investissement Canada*, la lettre de mandat adopte un ton résolument protectionniste, demandant la révision de la *Loi sur Investissement Canada* afin de renforcer le processus d'examen de la sécurité nationale et de mieux identifier et atténuer les menaces à la sécurité économique que représentent les investissements étrangers.

Le Premier ministre a demandé au Ministre d'entreprendre un vaste examen de la *Loi sur la concurrence* afin de déterminer les aspects du régime qui devraient être modernisés, ce qui impliquera probablement d'évaluer dans quelle mesure le Bureau dispose des outils appropriés pour examiner et traiter les comportements anticoncurrentiels dans une économie de plus en plus numérisée.

Par conséquent, la motivation et le soutien politique sont croissants au Canada pour – à tout le moins – entreprendre une révision en profondeur de la *Loi sur la concurrence*. Bon nombre de parties prenantes et de commentateurs discutent de la possibilité d'une réforme en faisant des comparaisons entre le régime canadien de droit de la concurrence et celui d'autres juridictions, en particulier les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Union européenne. Bien que la comparaison entre pays soit inévitable, toute réforme fondamentale du régime canadien doit être réalisée avec soin afin d'éviter des conséquences imprévues et de s'assurer que les modifications servent à l'avancement des objectifs politiques et des intérêts économiques du Canada.

De plus, le Bureau affectera des ressources financières importantes au cours des cinq prochaines années à l'application de la *Loi sur la concurrence* et au soutien de ses priorités en la matière. Il reste à déterminer si le Bureau a uniquement été sous-financé jusqu'à maintenant mais dispose de moyens législatifs suffisants dans son arsenal pour remplir sa mission, ou bien si la *Loi sur la concurrence* comporte de réelles lacunes fondamentales qui méritent d'être corrigées.



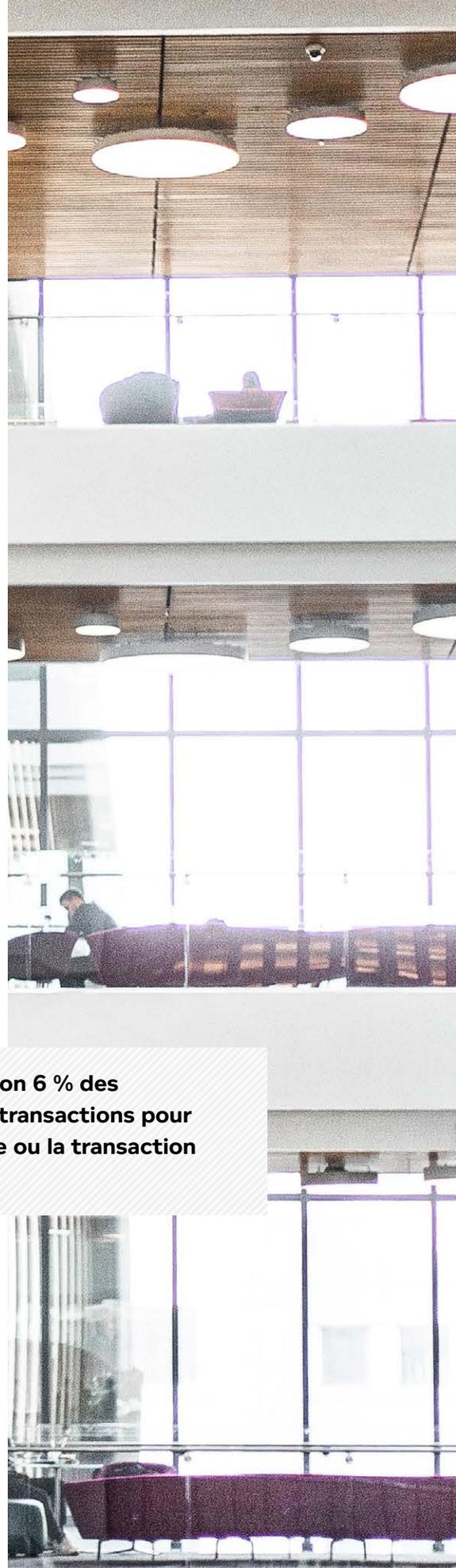
Examen des fusions : le Bureau durcit l'application de la loi

L'activité d'examen des fusions par le Bureau s'est accrue de façon importante l'année dernière. Alors qu'en 2020 le nombre d'examen des fusions avait considérablement diminué, sans doute en raison de la pandémie de COVID-19, 2021 a connu un retour à la normale. Au cours de la période de six mois terminée le 31 mars 2021 (date de fin de l'exercice financier du Bureau), le Bureau a reçu 120 projets de fusion, une hausse de plus de 200 % par rapport à la période de six mois précédente (avril à septembre 2020). Parallèlement, on remarque une hausse spectaculaire du nombre d'examen des fusions ne devant pas faire l'objet d'un avis par le Bureau au cours de la même période, avec douze examens initiés par le Bureau au cours du deuxième semestre, comparativement à deux seulement au premier semestre.

Bien que le nombre de dépôts d'avis de fusion ait été moindre en 2021, le niveau général d'activité d'application de la loi à l'égard des fusions s'est maintenu au cours de cet exercice par rapport à ceux antérieurs; le Bureau a présenté 11 demandes de renseignements supplémentaires (« DRS » – l'équivalent d'une *Second Request* aux États-Unis et de la Phase 2 en Europe), enregistrant deux consentements ainsi que trois transactions abandonnées en raison de préoccupations en matière de concurrence. Proportionnellement, le Bureau a envoyé des DRS à l'égard d'environ 6 % des transactions ayant fait l'objet d'un avis; et pour environ 45 % des transactions pour lesquelles une DRS a été reçue, une mesure corrective a été exigée ou la transaction a été abandonnée. Ces données correspondent au niveau d'activité d'application de la loi des six années antérieures, au cours desquelles le Bureau a envoyé des DRS à l'égard d'environ 6 % des projets de fusion enregistrés et une mesure corrective a été effectuée ou la transaction a été abandonnée dans environ 38 % des transactions à l'égard desquelles une DRS a été émise.

Proportionnellement, le Bureau a envoyé des DRS à l'égard d'environ 6 % des transactions ayant fait l'objet d'un avis; et pour environ 45 % des transactions pour lesquelles une DRS a été reçue, une mesure corrective a été exigée ou la transaction a été abandonnée.

Au cours de l'année civile 2021, trois transactions ont été visées par des mesures correctives par l'enregistrement de consentements, qui impliquaient toutes des dessaisissements structurels. Dans l'affaire *MacEwen/Quickie Convenience* concernant l'acquisition de 55 stations-service, les parties ont convenu de se départir d'une station dans une zone locale. Dans l'affaire *Paper Excellence/Domtara* concernant la fusion de fabricants de pâte et de papier, les parties ont convenu de se départir d'une usine de pâte à papier. Enfin, dans l'affaire *FCL/Blair* concernant la vente au détail d'intrants agricoles, les parties et le Bureau ont accepté un dessaisissement structurel avant même s'être conformées à la DRS, ce qui est inhabituel au Canada, car les discussions sur les mesures correctives



commencent habituellement uniquement après s'être conformé à la DRS.

En 2021, le Bureau s'est également livré à des mesures inhabituelles d'application de la loi, en poursuivant trois contestations de fusion devant le Tribunal de la concurrence (engageant des procédures dans les dossiers *Secure/Tervita* et *GFL/Terrapure* et poursuivant les procédures dans l'affaire *Parrish Heimbecker/Louis Dreyfus Company*), et en procédant à deux examens de fusion fort médiatisés, parallèlement à des processus d'approbation par des autorités règlementaires spécialisées au Canada.

INJONCTION VISANT À EMPÊCHER LA CLÔTURE D'UNE TRANSACTION

Au Canada, les parties à une fusion devant faire l'objet d'un avis prévoient habituellement l'obtention de l'autorisation du Bureau comme condition de clôture de la transaction, en plus de l'expiration du délai prévu par la loi. Toutefois, depuis quelques années, un certain nombre de fusions ont été conclues alors que le Bureau n'avait pas terminé son examen du projet de fusion. À l'été 2021, le Bureau a tenté sans succès d'empêcher la clôture d'une opération qu'il jugeait préoccupante. La défaite du Bureau devant le Tribunal de la concurrence a provoqué une forte réaction de la part du Bureau, ce qui laisse présager l'adoption d'une approche plus litigieuse pour l'examen des fusions.

Dans l'affaire *Secure/Tervita*, le Bureau a déposé une demande auprès du Tribunal de la concurrence pour contester la fusion et obtenir une injonction provisoire afin d'empêcher sa clôture tant que l'approbation du Tribunal n'aura pas été obtenue. La décision du Tribunal de la concurrence, rejetant la demande d'injonction du Bureau, permet d'orienter les parties à une fusion, particulièrement si elles envisagent de procéder à la clôture de leur transaction sans attendre l'autorisation du Bureau :

- **La conduite des parties avant la clôture aura une influence sur le fardeau imposé au Bureau.** La jurisprudence canadienne impose un fardeau plus

lourd à l'égard d'une demande d'injonction de nature « mandatoire » qu'à l'égard d'une demande d'injonction « restrictive ». Une demande d'injonction déposée après la clôture sera généralement considérée comme une injonction « mandatoire ». Toutefois, le Tribunal a jugé qu'une conduite « cavalière » de la part des parties à la fusion permettait au Bureau de se prévaloir du fardeau de la preuve moins lourd applicable aux demandes d'injonction « restrictive », même s'il s'agissait d'une demande d'injonction « mandatoire » en l'espèce.

- **Les effets concurrentiels pendant la période provisoire sont admissibles comme preuve d'un préjudice irréparable.** Le Tribunal a réitéré que la preuve d'effets anticoncurrentiels pendant la période qui précède la décision définitive à l'égard de la contestation du projet de fusion est suffisante pour établir l'existence d'un préjudice irréparable. Il n'est pas nécessaire que le Bureau établisse qu'en l'absence d'une injonction, aucune mesure corrective efficace ne pourrait être prise à l'issue de la contestation.



La défaite du Bureau devant le Tribunal de la concurrence a provoqué une forte réaction de la part du Bureau, ce qui laisse présager l'adoption d'une approche plus litigieuse pour l'examen des fusions.

- **Le Bureau doit quantifier le préjudice afin de démontrer qu'il l'emporte sur les gains en efficacité mis en preuve par les parties.** Lorsque les parties à la fusion produisent des preuves du préjudice (y compris la perte d'efficacités) qu'elles subiront si l'injonction est accordée, le Bureau doit présenter au moins une estimation « grossière » des effets anticoncurrentiels allégués à défaut de quoi, le préjudice subi par les parties pourra constituer un fondement pour le Tribunal pour rejeter la demande d'injonction du Bureau.





Le Bureau a déclaré que l'obligation de quantifier les effets anticoncurrentiels au stade de l'injonction constitue une exigence élevée et que cela aura une incidence importante sur l'approche qu'il adoptera dans le cadre de son examen des projets de fusion. Dans son allocution donnée à l'automne 2021, le Commissaire a déclaré que le Bureau devra adopter une approche axée sur la contestation judiciaire, donc moins transparente ou favorable aux échanges avec les parties. Les incidences d'ordre pratique de cette nouvelle approche se préciseront au cours de l'année à venir; toutefois, on peut s'attendre à ce que le Bureau soit plus prompt à exiger des accords sur les délais de la part des parties et plus susceptible de demander une injonction à un stade précoce du processus d'examen en l'absence d'un engagement des parties satisfaisant concernant les délais.

CONTESTATIONS DE FUSIONS POST-CLÔTURE

Le 30 novembre 2021, le Bureau s'est opposé à l'acquisition déjà complétée de Terrapure Environmental Inc. par GFL Environmental Inc., plus de trois mois après la clôture, en raison de préoccupations relatives aux services de collecte de déchets industriels et de services de recyclage de produits pétroliers dans l'Ouest canadien. GFL a déclaré qu'elle avait clôturé l'acquisition après l'expiration du délai prévu par la loi. Cette affaire démontre, d'une part, que les parties sont parfois prêtes à procéder à la transaction malgré l'examen en cours et, d'autre part, qu'en pareil cas le Bureau n'hésitera pas à prendre des mesures après la clôture.

CONFIDENTIALITÉ DES CONTESTATIONS DE FUSION

En janvier 2021, le Bureau a demandé une ordonnance de confidentialité auprès du Tribunal de la concurrence afin d'empêcher l'identification de cinq témoins dans le cadre de sa contestation de l'acquisition proposée d'un silo-élévateur à grain de Louis Dreyfus Company par Parrish & Heimbecker. Le Tribunal a rejeté la requête du Bureau, confirmant que le préjudice économique ou commercial propre à une partie appelée à témoigner est insuffisant et ne justifie pas l'obtention d'une ordonnance de confidentialité. Le Bureau doit plutôt démontrer de façon non équivoque que le préjudice allégué a une dimension publique.



Le Tribunal a rejeté la requête du Bureau, confirmant que le préjudice économique ou commercial propre à une partie appelée à témoigner est insuffisant et ne justifie pas l'obtention d'une ordonnance de confidentialité.

Cette décision du Tribunal constitue un rappel pour les parties à la fusion et les opposants à celle-ci. Pour les parties à la fusion, elle confirme l'engagement du Tribunal envers le caractère équitable et la transparence du processus.

Cependant, elle souligne que les opposants pourraient devoir s'identifier et assumer le risque commercial qui en découle.

EXAMENS EN PARALLÈLE

L'an dernier, deux fusions très médiatisées ont fait l'objet d'examen menés en parallèle, en vertu de la *Loi sur la concurrence* et de régimes réglementaires spécialisés. .

L'acquisition proposée de Transat par Air Canada a fait l'objet d'un examen de l'intérêt public en vertu de la *Loi sur les transports au Canada* (la « LTC »), laquelle s'applique à toute fusion devant faire l'objet d'un avis en vertu de la *Loi sur la concurrence* et qui concerne les entreprises de transport. Si le Ministre des Transports du Canada établit qu'une telle fusion soulève des questions d'intérêt public, le Bureau n'a plus compétence pour s'y opposer et adopte le rôle de conseiller auprès du Ministre des Transports, le pouvoir d'approbation d'une telle transaction revenant au Cabinet fédéral.

La proposition d'acquisition de Shaw Communications par Rogers Communications est assujettie à un examen en vertu de la *Loi sur la concurrence* ainsi qu'aux processus d'examen applicables aux télécommunications du Ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie du Canada et du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC »).

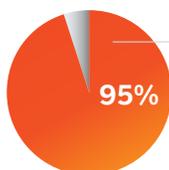
Les processus d'examen réglementaires parallèles soulèvent des préoccupations stratégiques particulières devant être évaluées de façon proactive. Par exemple, les examens en vertu de la LTC et ceux du CRTC sont susceptibles d'entraîner une plus grande participation du public (y compris des audiences publiques) par rapport à un examen mené par le Bureau, et peuvent influencer de façon importante les délais d'autorisation réglementaire. Les examens parallèles peuvent présenter aussi bien des occasions précieuses que des défis particuliers, qui devraient être soigneusement pondérés au moment de l'élaboration d'une stratégie réglementaire coordonnée.

ANALYSE DES FUSIONS ET DES ACQUISITIONS METTANT EN CAUSE DES CIBLES CANADIENNES COTÉES EN BOURSE

Un examen des 50 principales transactions de fusion et d'acquisition négociées et annoncées entre le 1er janvier et le 1er décembre 2021 (dont l'une pour laquelle aucun contrat relatif à la transaction n'avait été publié en date du présent document) concernant une cible canadienne cotée en bourse montre qu'une proportion significative (39 %) d'entre elles contenait une condition de clôture en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

- De ces transactions comportant une condition de clôture en vertu de la *Loi sur la concurrence*, 95 % (18 sur 19) exigeaient la prise de mesures concrètes sous forme d'un certificat de décision préalable (CDP) ou d'une lettre de non-intervention, plutôt que la simple expiration du délai applicable. Cela laisse croire que les parties connaissent le risque que représente la clôture d'une transaction avant l'obtention de l'autorisation formelle du Bureau.
- Environ la moitié (10 sur 19) des ententes assorties d'une condition de clôture en vertu de la *Loi sur la concurrence* contenaient également des engagements relatifs aux mesures correctives, dont deux ententes (11 %) obligeant l'acquéreur à exécuter des mesures correctives, au besoin, et huit ententes (42 %) n'obligeant pas l'acquéreur à fournir des mesures correctives afin d'obtenir l'autorisation en vertu de la *Loi sur la concurrence*.
- Une proportion importante des ententes stipulait quelle partie était responsable de la mise en œuvre de la stratégie réglementaire (9 sur 19). Un faible nombre d'ententes exigeait une indemnité de rupture inversée payable par l'acquéreur si la condition de clôture imposée en vertu de la *Loi sur la concurrence* n'était pas remplie (2 sur 19). Ces indemnités de rupture inversées représentaient de 4 à 5 % de la valeur de la transaction.

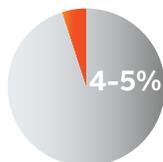
Analyse des fusions et acquisitions



18 sur 19 (95%) exigeaient la prise de mesures concrètes sous forme d'un certificat de décision préalable (CDP) ou d'une lettre de non-intervention.



(10 sur 19) des ententes étaient assorties d'une condition de clôture en vertu de la *Loi sur la concurrence* contenaient également des engagements relatifs aux mesures correctives.



Un faible nombre d'ententes exigeait une indemnité de rupture inversée payable par l'acquéreur si la condition de clôture imposée en vertu de la *Loi sur la concurrence* n'était pas remplie (**2 sur 19**). Ces indemnités de rupture inversées représentaient de **4 à 5 %** de la valeur de la transaction" Avec italiques et bold selon le texte dans le para. en haut du graphique.

Loi sur Investissement Canada – élargissement de la portée de l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements

LA SÉCURITÉ NATIONALE CONTINUE D'ÊTRE AU CENTRE DES PRÉOCCUPATIONS PENDANT LA PANDÉMIE DE COVID-19

L'examen des investissements étrangers au Canada continue d'être marqué par la pandémie de COVID-19, en particulier en raison du recours continu aux dispositions sur l'examen relatif à la sécurité nationale prévues à la *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC ») servant à assujettir un large éventail de transactions à un examen approfondi. Bien que certaines mesures liées à la COVID-19 prises en 2020 – notamment la prolongation de délais pour ordonner l'examen relatif à la sécurité nationale de certains investissements – aient expiré en 2021, d'autres subsistent. Par exemple, l'*Énoncé de politique sur l'examen des investissements étrangers et le COVID-19* publié en avril 2020 qui prévoit un « examen approfondi » des investissements étrangers touchant la santé publique ou l'approvisionnement en biens et services essentiels aux Canadiens ou au gouvernement, et des investissements étrangers mettant en cause des entreprises d'État, est toujours en vigueur.

La mise à jour des lignes directrices indique explicitement que les investissements par des entreprises d'État, ou par des investisseurs privés considérés comme étroitement liés à des gouvernements étrangers ou soumis à leurs directives, feront l'objet d'un examen approfondi en vertu des dispositions sur la sécurité nationale de la LIC.

En mars 2021, le gouvernement du Canada a publié une révision de ses *Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements*. Si la version antérieure des lignes directrices ne faisait pas expressément mention des entreprises d'État (ou « SOEs »), la mise à jour des lignes directrices indique explicitement que les investissements par des entreprises d'État, ou par des investisseurs privés considérés comme étroitement liés à des gouvernements étrangers ou soumis à leurs directives, feront l'objet d'un examen approfondi en vertu des dispositions sur la sécurité nationale de la LIC. Cette modification codifie de façon permanente l'*Énoncé de politique* d'avril 2020, assurant le maintien de l'examen approfondi après la pandémie. D'autres modifications notables comprennent l'ajout des « minéraux critiques et les chaînes d'approvisionnement en minéraux critiques » ainsi que les « données personnelles sensibles » à la liste non exhaustive de facteurs qui seront pris en considération par le gouvernement dans son évaluation d'un investissement sous le régime de la LIC, et l'ajout de précisions sur des facteurs pertinents déjà énoncés, comme ceux liés à la défense, aux domaines technologiques sensibles et aux infrastructures essentielles. En règle générale, grâce à ces modifications, les lignes directrices s'apparentent davantage à celles des principaux partenaires commerciaux du Canada, en particulier les États-Unis.





PRINCIPALES TENDANCES À SURVEILLER

Voici les principales tendances qui se dégagent relativement à l'examen des investissements étrangers, et devraient se poursuivre en 2022 :

- *Maintien du faible nombre d'examens de l'« avantage net »* : Le nombre de transactions assujetties à un « examen de l'avantage net » et soumises à une autorisation est resté constant au cours de l'exercice 2019-2020 par rapport à celui de 2018-2019, ce qui signifie que les seuils élevés font en sorte qu'un grand nombre de transactions ne sont pas assujetties à un examen de l'« avantage net » préalable à la clôture, une tendance qui devrait se poursuivre en 2022.
- *Augmentation du nombre d'« avis » relatif à la sécurité nationale, et hausse possible du nombre des examens relatifs à la sécurité nationale* : Les données publiées en 2021 portant sur les examens menés au cours de l'exercice 2019-2020 du gouvernement affichent une légère progression du nombre d'« avis » relatif à la sécurité nationale (un outil dont se sert le gouvernement pour prolonger la période accordée pour décider s'il y a lieu de procéder à un examen exhaustif de sécurité nationale), mais le nombre de transactions (sept) visées par un examen est demeuré le même. Il y a lieu de mentionner que la période couverte par ces données a pris fin juste après la déclaration de la pandémie de COVID-19 en mars 2020, et que les données pour l'exercice 2020-2021 ne sont pas encore disponibles. Nous nous attendons à ce que les données pour 2020-2021 montrent une hausse significative du recours aux avis relatifs à la sécurité nationale. Par conséquent, le risque d'un examen relatif à la sécurité nationale devrait être évalué pour chaque transaction, particulièrement en ce qui concerne les entreprises d'État assujetties à un examen approfondi aux termes des *lignes directrices* révisées. Dans le cas des transactions mettant en cause des investisseurs ou des cibles qui sont des entreprises d'État, qui déclenchent ainsi les facteurs d'évaluation énoncés dans les *lignes directrices*, il pourrait être souhaitable d'inclure des mesures de protection dans la transaction, telle une condition de clôture exigeant l'expiration du délai prévu par la loi aux fins de l'examen relatif à la sécurité nationale.
- *Complexité accrue des examens des investissements étrangers à l'échelle mondiale* : Au cours des dernières années, un nombre croissant de pays ont mis en œuvre ou renforcé leur régime de sécurité nationale, mouvement qui s'est accéléré avec l'arrivée de la pandémie de COVID-19 et la crainte des investissements étrangers opportunistes. En 2022, nous nous attendons à ce que cette tendance se maintienne, ce qui rendra plus complexe le choix du moment pour procéder à une transaction et la coordination entre gouvernements.

- *Examen législatif de la LIC* : En mars 2021, un Comité permanent du Parlement a publié son rapport d'évaluation sur la LIC, selon lequel la LIC est toujours solide à de nombreux égards, mais qu'elle « [Traduction] tirerait parti d'une approche plus prudente, réactive et transparente en matière de réglementation des investissements étrangers ».

À cette fin, le rapport du Comité permanent comprenait plusieurs recommandations visant à améliorer la LIC, y compris abaisser le seuil déclencheur de l'examen relatif à l'avantage net applicable aux entreprises d'État; accroître les protections pour les secteurs stratégiques, dont la santé, l'industrie pharmaceutique, l'innovation et la propriété intellectuelle; exiger du Ministre de donner les motifs sous-jacents à une détermination de l'avantage net et de publier les conditions imposées à l'investisseur; et combler la lacune dispensant de l'obligation de donner un avis relatif à l'acquisition d'un actif qui ne met pas en péril une entreprise canadienne. En date du présent document, le gouvernement Trudeau récemment réélu n'a pas précisé son approche à l'égard de la politique sur les investissements étrangers, mais l'on s'attend à ce que l'examen politique approfondi de la LIC se poursuive en 2022.

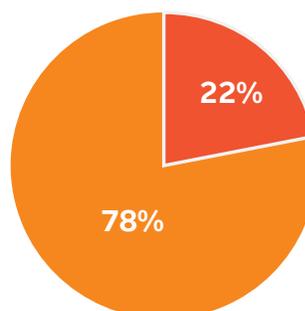
Un examen des 50 principales transactions de fusion et d'acquisition annoncées entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} décembre 2021 concernant une cible canadienne cotée



en bourse révèle que les parties continuent d'inclure des mesures relatives au risque lié à la LIC dans leurs ententes. Des 49 ententes publiées, 11 (22 %) contenaient une déclaration selon laquelle l'acquéreur n'était pas un « non-Canadien » (et, par conséquent, la LIC ne s'applique pas). Des 38 transactions susceptibles d'être assujetties à une autorisation en vertu de la LIC :

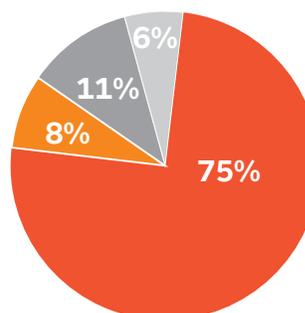
- Trois transactions (8 %) contenaient une condition de clôture selon laquelle une autorisation relative à l'« avantage net » devait être obtenue en vertu de la LIC.
- Quatre transactions (11 %) contenaient une condition de clôture liée à un examen relatif à la sécurité nationale, en plus d'exiger le dépôt d'un avis en vertu de la partie III avant la clôture.
- Deux autres transactions (6 %) contenaient un engagement relatif au dépôt d'un avis en vertu de la partie III; l'une interdisant le dépôt avant la clôture et l'autre, exigeant le dépôt avant la clôture.

Transactions de fusion et d'acquisition mettant en cause des sociétés ouvertes canadiennes assujetties à la LIC



- L'investisseur déclare être Canadien – La LIC ne s'applique pas
- La LIC est présumée s'appliquer

Transactions de fusion et d'acquisition mettant en cause des sociétés ouvertes canadiennes visées par les dispositions de la LIC



- Aucune disposition relative à la LIC
- Condition de clôture relative à un avantage net
- Condition de clôture relative à la sécurité nationale
- Autres dispositions de la LIC

Sanctions criminelles contre les cartels : acheteurs, vendeurs, c'est le Bureau qui décide

CONFIRMATION QUE LES DISPOSITIONS CRIMINELLES SUR LES CARTELS NE S'APPLIQUENT PAS AUX ENTENTES ENTRE ACHETEURS... DU MOINS PAS ENCORE

En mai 2021, le Bureau a réitéré qu'une entente entre acheteurs concurrents (c'est-à-dire des accords relatifs à l'achat d'un produit ou d'un service, y compris les accords de non-débauchage (ou « no poach ») et de fixation des salaires entre employeurs) n'est pas assujetti aux dispositions criminelles sur les cartels de la *Loi sur la concurrence*, car il ne constitue pas un accord entre concurrents pour fixer les prix des produits ou des services, attribuer des marchés ou réduire la production ou la fourniture d'un produit. Toutefois, un tel accord est toujours susceptible de faire l'objet d'un examen en vertu des dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence* interdisant les autres types d'ententes anticoncurrentielles entre concurrents. Cet énoncé confirme la position adoptée par le Bureau en décembre 2020 à la suite d'une application renforcée des régimes de droit de la concurrence contre de tels accords, en particulier aux États-Unis.

Cependant, lors de son allocution devant l'ABC en octobre 2021, le Commissaire Boswell a exprimé son soutien à l'élargissement de la portée de l'infraction de cartel afin qu'elle englobe les accords entre acheteurs concurrents, laissant entendre que cet enjeu devrait faire l'objet d'un débat lors de la prochaine réforme de la législation sur la concurrence au Canada.

Le Bureau a réitéré qu'une entente entre acheteurs concurrents (c'est-à-dire des accords relatifs à l'achat d'un produit ou d'un service, y compris les accords de non-débauchage (ou « no poach ») et de fixation des salaires entre employeurs) n'est pas assujetti aux dispositions criminelles sur les cartels de la *Loi sur la concurrence*.

MISE À JOUR DES LIGNES DIRECTRICES SUR LA COLLABORATION ENTRE CONCURRENTS

En mai 2021, le Bureau a publié une version révisée de ses *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, publiées pour la première fois en 2009, afin de donner des précisions sur la façon de repérer et d'empêcher les types de collaborations susceptibles de nuire à la concurrence. Les modifications visent à refléter les décisions du Tribunal de la concurrence et d'autres tribunaux rendues depuis 2009, certains commentaires recueillis dans le cadre d'une consultation publique tenue en juillet 2020 ainsi que l'expérience du Bureau en ce qui concerne l'examen des collaborations entre concurrents.



Les principales modifications comprennent :

- la confirmation qu'un accord entre acheteurs ne sera pas considéré comme une activité de cartel criminel, pour l'instant;
- dans de rares cas, une clause de non-concurrence peut contrevenir aux dispositions criminelles sur les cartels de la *Loi sur la concurrence* (si l'entente de non-concurrence équivaut à une restriction pure et simple, comme un accord sur l'attribution des marchés);
- la confirmation qu'une offre par un consortium qui a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence fera l'objet d'un examen aux termes des dispositions de nature civile du régime;
- l'élargissement de la notion de « concurrent » en prévoyant qu'un accord entre des parties qui sont des concurrents à l'égard d'un produit ou d'un service peut faire l'objet d'un examen, même si le produit ou le service concurrent n'est pas l'objet de l'accord;
- la réitération qu'un accord qui prévoit l'utilisation d'algorithmes de prix pourrait constituer le fondement d'une infraction de cartel.

STATISTIQUES SUR L'APPLICATION DE LA LOI AUX CARTELS

Principales statistiques sur l'application de la législation sur les cartels, publiées par le Bureau pour son dernier exercice :

	2020-21	2019-20	2018-19	2017-18
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre de mandats de perquisition délivrés, y compris les ordonnances multiples pour une même enquête	0	3	12	40
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre de signets d'immunité accordés	4	4	3	7
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre de signets de clémence accordés	0	0	0	1
<input checked="" type="checkbox"/> Nouvelles enquêtes relatives à des cartels ouvertes	14	21	13	15
<input checked="" type="checkbox"/> Enquêtes relatives à des cartels en cours	37	35	40	42
<input checked="" type="checkbox"/> Nombre d'enquêtes référées au SPPC	0	4	1	0

Ces statistiques illustrent la diminution constante des activités d'application de la loi du Bureau à l'endroit des cartels. Comme ce fut le cas ces trois derniers exercices, aucun signet de clémence n'a été accordé au cours du dernier exercice. Même si aucun mandat de perquisition n'a été délivré au cours du dernier exercice, nous nous attendons à ce que les perquisitions au lieu de résidence des employés deviennent la norme avec la hausse du travail à la maison en raison de la pandémie.

Le Bureau continue néanmoins de traiter 37 enquêtes relatives à des cartels, dont 14 ouvertes en 2021, mais n'a fait aucun référé au SPPC au cours de cet exercice. En mars 2021, le Bureau a déposé des accusations en vertu du *Code criminel* et de la *Loi sur la concurrence* relativement à un présumé complot de fraude et de truquage d'offres dans le cadre de la rénovation d'immeubles en copropriété dans la région du Grand Toronto et réitéré que les enquêtes sur les cartels constituaient une priorité absolue.



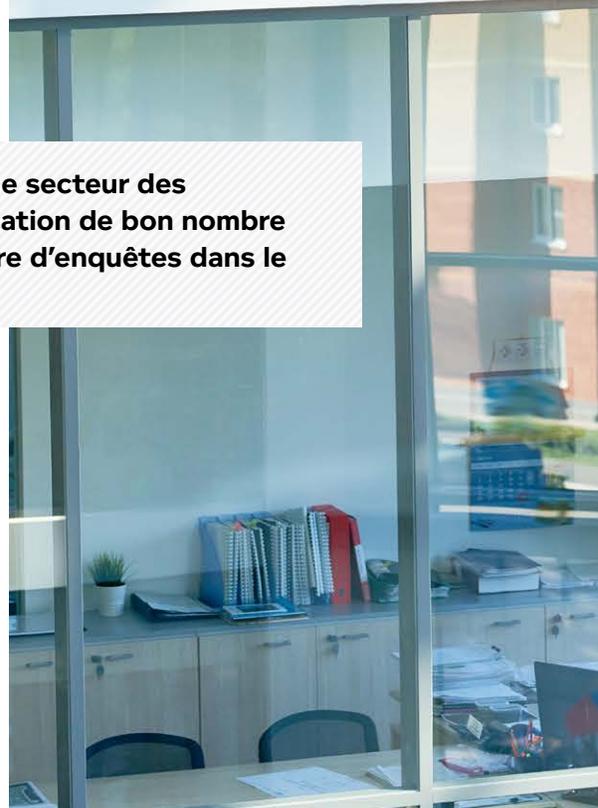
Des pouvoirs accrus et plus de moyens : le Bureau de la concurrence s'attaque aux géants de la technologie

Le changement de gouvernement aux États-Unis a marqué l'arrivée d'une ère nouvelle d'activisme antitrust. Le président Biden a indiqué que l'application de la loi à l'égard des « FAANGs » (Facebook, Amazon, Apple, Netflix, Google et autres entreprises analogues) sera une priorité de son administration, nommant des critiques connus des géants de la technologie, comme Lina Khan et Jonathan Kanter, pour diriger la politique antitrust et veiller à son application. Vu les liens économiques serrés entre les deux pays et la sphère d'influence des États-Unis sur l'économie canadienne, la stratégie du Canada en matière d'application des lois sur la concurrence sera nécessairement informée, voire influencée, par ces développements. À l'instar de ses pairs d'autres juridictions, le Bureau a durci sa position en matière d'application de la loi à l'égard des activités numériques.

Ces dernières années, les examens approfondis du Bureau dans le secteur des technologies et des données ont pris de l'ampleur, avec la publication de bon nombre d'études de marché et d'énoncés de position ainsi que l'ouverture d'enquêtes dans le domaine numérique. Par exemple, en mai 2020, le Bureau a conclu un règlement avec Facebook concernant les indications trompeuses quant à la confidentialité. Par suite d'une enquête sur les pratiques de protection des renseignements personnels de ce géant des médias sociaux, le Bureau a établi que Facebook donnait à ses utilisateurs la fausse impression qu'ils pouvaient contrôler l'accès à leurs renseignements personnels sur la plateforme, alors que Facebook partageait les données des utilisateurs avec des développeurs tiers, une pratique incompatible avec ses énoncés relatifs à la confidentialité. Par conséquent, Facebook a convenu de verser une pénalité de neuf millions de dollars canadiens et d'assumer les frais de l'enquête.

Ces dernières années, les examens approfondis du Bureau dans le secteur des technologies et des données ont pris de l'ampleur, avec la publication de bon nombre d'études de marché et d'énoncés de position ainsi que l'ouverture d'enquêtes dans le domaine numérique.

Plus tard la même année, le Bureau a annoncé publiquement qu'il menait une enquête sur le comportement d'Amazon, cherchant à déterminer si Amazon avait recours à des pratiques commerciales restrictives dans son secteur du marché canadien, ce qui équivaut à un abus de position dominante. En particulier, l'enquête du Bureau vise les pratiques d'Amazon qui sont susceptibles de porter atteinte à la capacité des vendeurs tiers d'offrir leurs produits sur d'autres canaux, à la capacité de vendeurs tiers de réussir dans le secteur de marché d'Amazon sans utiliser son service « Expédié par Amazon » ou la publicité destinée au marché, et tout effort déployé par Amazon afin d'influencer les consommateurs à acheter ses produits plutôt que ceux de vendeurs tiers (une pratique appelée « autoréférentielle »). Cette enquête est toujours en cours et se poursuivra en 2022.



Le Bureau se penche également sur l'application de la loi au monde numérique en dehors des géants de la technologie. Dans la foulée de la pandémie, les services de santé numériques demeurent une priorité du Bureau, celui-ci ayant lancé une consultation publique en 2020 afin d'évaluer les obstacles à l'accès, à la concurrence et à l'innovation dans ce secteur. Les commentaires initiaux des intervenants clés, comme les réseaux de soins de santé, les organismes de réglementation, les ordres professionnels et les fournisseurs de soins de santé numériques, ont été publiés en 2021. Les intervenants ont signalé le manque d'interopérabilité entre les fournisseurs (soulevant des préoccupations quant à la confidentialité), les défis relatifs à la rémunération et les problèmes liés aux processus d'approvisionnement et de commercialisation des technologies du domaine de la santé au Canada.

 **La stratégie du Bureau, en ce qui concerne l'application de la loi au monde numérique, va vraisemblablement prendre de l'essor.**

La stratégie du Bureau, en ce qui concerne l'application de la loi au monde numérique, va vraisemblablement prendre de l'essor. Le 22 octobre 2021, le Bureau a obtenu une ordonnance de la Cour fédérale pour faire avancer son enquête civile sur la conduite de Google relativement à ses activités de publicité en ligne. La demande du Bureau a été accordée, obligeant Google à déposer des documents et de l'information par écrit se rapportant à ses activités d'affichage publicitaire en ligne au Canada. Peu d'information a été rendue publique, mais l'on peut affirmer que le Bureau tente de déterminer si les pratiques de Google ont entravé la réussite des activités d'affichage publicitaire en ligne de ses concurrents et si une telle conduite a entraîné une hausse des prix, réduit l'offre ou nuit à l'innovation dans le secteur des services de technologies publicitaires. L'enquête du Bureau est toujours en cours.

Le même mois, le Commissaire Boswell a fourni des précisions sur le plan du Bureau en ce qui concerne la concentration et les conduites anticoncurrentielles dans le secteur numérique. Intitulée « *Le Canada a besoin de plus de concurrence* », l'allocution du Commissaire à l'ABC soulignait l'urgence pour le Canada d'élargir la portée de la *Loi sur la concurrence* afin de favoriser la reprise économique postpandémique et d'emboîter le pas au changement de direction amorcé par d'autres pays, vers un élargissement de la portée des lois antitrust. Les principales mesures avancées consistent à

accroître l'application numérique de la loi et à promouvoir la conformité dans le marché numérique, où – selon le Commissaire – contrevenir aux lois antitrust est simplement le « coût de faire des affaires ».



Le gouvernement fédéral a prévu des fonds additionnels de **96 millions** de dollars canadiens pour le Bureau au cours des cinq prochaines années et de **27,5 millions** de dollars canadiens chaque année par la suite.

Un budget bonifié aidera grandement le Bureau à réaliser ses objectifs. Le gouvernement fédéral a prévu des fonds additionnels de 96 millions de dollars canadiens pour le Bureau au cours des cinq prochaines années et de 27,5 millions de dollars canadiens chaque année par la suite. En plus d'augmenter ses capacités en matière de litiges et d'avoir accès à des experts externes dans le domaine, un investissement prioritaire consistera à accroître la capacité du Bureau à prendre en charge de nouveaux dossiers et des dossiers complexes portant sur les marchés numériques. Le Bureau créera une nouvelle Direction générale de l'application numérique de la loi et du renseignement qui sera dirigée par la sous-commissaire, Leila Wright. On prévoit que cette Direction générale grandira pour devenir un centre d'expertise sur les technologies et les données qui servira de système d'avertissement précoce à l'égard d'enjeux potentiels liés à la concurrence dans les économies traditionnelles et numériques. Bien qu'elle ne traitera pas ses propres dossiers, elle apportera son expertise sur les renseignements et son soutien aux directions du Bureau chargées de l'application de la loi en matière de fusions, de comportement unilatéral et coordonné. La nouvelle Direction générale contribuera également aux travaux de promotion et d'élaboration de politiques favorisant la concurrence, lesquelles seront utiles considérant l'accent mis par les autorités de concurrence à l'échelle mondiale dans le contexte des marchés numériques. Par exemple, le 30 novembre 2021, le Bureau s'est joint à ses homologues du G7 et de nations invitées dans le cadre d'un sommet des organismes d'application de la loi afin de discuter des possibilités de coopération internationale en vue d'améliorer la concurrence dans les marchés numériques.

Bien que l'incidence des stratégies d'application de la loi du Bureau à l'égard des marchés numériques reste à voir, il appert que celui-ci – à l'instar de ses homologues internationaux – sera déterminé à discipliner les intervenants des marchés numériques au cours des prochaines années.

Publicité et pratiques commerciales trompeuses

En raison de l'expansion rapide de l'économie numérique, de la pandémie ainsi que de l'importance croissante de l'environnementalisme, les entreprises doivent continuer à faire preuve de vigilance concernant les pratiques commerciales trompeuses. À cet égard, nous prévoyons que l'an prochain, le Bureau aura comme priorité d'accroître la confiance des consommateurs et de le protéger contre les incidences des fraudes liées à la santé et de l'« écoblanchiment ».

LES INCIDENCES DE LA COVID-19 ET DES FRAUDES LIÉES À LA SANTÉ

La pandémie a eu une incidence sur tous les aspects de la société canadienne. Il n'est pas surprenant que les fraudes liées à la santé aient proliféré et qu'elles demeurent une préoccupation au cours des prochains mois. Comme les Canadiens sont plus que jamais actifs dans le marché numérique, nous nous attendons à ce que le Bureau axe ses efforts sur la protection des Canadiens contre les arnaques liées aux achats en ligne, y compris les abonnements involontaires, la non-livraison de biens et les fausses évaluations en ligne de produits et de services. Le Bureau continue de démontrer sa volonté de cibler les entreprises qui profitent de la pandémie pour exploiter les acheteurs vulnérables et nous nous attendons à ce qu'il applique la *Loi sur la concurrence* avec diligence dans l'avenir.

- **L'équipe d'intervention de la COVID-19 du Bureau** : Au début de 2020, le Bureau a mis sur pied une équipe d'intervention de la COVID-19 afin de surveiller activement le marché pour déceler les pratiques commerciales trompeuses liées à la pandémie. Depuis septembre 2021, le Bureau a remis environ 40 avertissements de conformité à des entreprises partout au Canada pour qu'elles retirent des indications potentiellement trompeuses sur la capacité de produits ou services à freiner le virus ou à offrir une protection contre celui-ci. Le Bureau a indiqué que la majorité des entreprises ont pris des mesures correctives, dont cesser complètement la vente de tels produits ou retirer de telles indications. Les indications de rendement sur l'efficacité de la protection contre le virus ou sur d'autres effets bénéfiques pour la santé attireront vraisemblablement l'attention du Bureau pendant que le monde traverse la pandémie.

Revive You Media a écopé d'une amende de 15 millions de dollars canadiens et a été frappée d'une interdiction de faire la promotion directe ou indirecte d'offres d'essai pendant 10 ans.

- **Abonnements involontaires sous la loupe** : La pandémie a renouvelé l'intérêt pour les produits qui sont censés améliorer la santé. Le Bureau a ouvert une enquête relative à des allégations de publicité mensongère de la part de Revive You Media dans le cadre de la promotion d'essais gratuits de compléments alimentaires et de suppléments de santé qui piégeaient les consommateurs dans un abonnement mensuel. Le Bureau a déterminé que le site Web de l'entreprise canadienne donnait à tort l'impression que





les consommateurs commandaient des essais gratuits sans autre obligation. En fait, l'entreprise inscrivait les acheteurs à un abonnement qui coûtait plus de 100 \$ par mois. Revive You Media a écopé d'une amende de 15 millions de dollars canadiens et a été frappée d'une interdiction de faire la promotion directe ou indirecte d'offres d'essai pendant 10 ans.

- **Fraudes liées à la non-livraison de biens :** Les consommateurs sont victimes de fraudes liées à la non-livraison de produits commandés en ligne. Bien qu'à ce jour, le Bureau n'ait pas annoncé de mesure d'application à cet égard, il a recommandé aux consommateurs de vérifier les coordonnées du vendeur, de payer par carte de crédit, de conserver des relevés précis de leur achat et de consulter les évaluations publiées par les autres clients. Ces recommandations soulignent l'importance pour les entreprises de promouvoir leurs produits et services de façon exacte et véridique.
- **La désinformation populaire planifiée (ou « astroturfing ») reste sous surveillance :** La désinformation populaire planifiée est la pratique qui consiste à publier en ligne de fausses critiques qui semblent provenir des consommateurs. En février 2021, le Bureau a annoncé qu'il avait conclu un consentement avec FlightHub et deux de ses administrateurs à la suite d'allégations selon lesquelles l'entreprise de réservation de voyage en ligne aurait publié de fausses évaluations en ligne sur ses services, en plus de tromper les consommateurs sur les prix et les services et tiré un bénéfice de plusieurs millions de dollars en frais cachés. Nous prévoyons que le Bureau déploie des efforts continus pour surveiller les pratiques de désinformation populaire planifiée et de commercialisation par l'intermédiaire d'influenceurs et inciter les entreprises à revoir leurs politiques sur les évaluations en ligne.
- **Problème inattendu découlant de la COVID-19 :** En juillet 2021, le Bureau a ouvert une enquête à l'égard du cabinet comptable Canada Tax Reviews concernant des indications potentiellement fausses ou trompeuses données sur les programmes gouvernementaux mis sur

le pied durant la pandémie. La Cour fédérale du Canada a ordonné au cabinet comptable canadien de produire des documents et de l'information se rapportant à la promotion de ses services auprès des consommateurs qui souhaitent s'inscrire à des programmes gouvernementaux, comme la Prestation canadienne d'urgence et la Prestation canadienne de la relance économique. Aucune faute n'a été établie à ce jour, mais l'ouverture de cette enquête démontre que le Bureau a la capacité de s'adapter à des activités nouvelles et inattendues ayant pour cibles les Canadiens vulnérables.

L'ÉCOBLANCHIMENT

Les consommateurs sont plus que jamais préoccupés par les changements climatiques. Ils recherchent des produits et des services écologiques afin d'atténuer les effets de leur style de vie et d'éviter les répercussions nocives sur l'environnement. En réaction, les publicités contiennent de plus en plus d'affirmations selon lesquelles leurs produits et services sont biodégradables, écologiques ou sans danger pour l'environnement. Advenant que ces indications soient déclarées fausses ou trompeuses, les entreprises risqueraient de se livrer à une pratique illégale appelée « écoblanchiment ».



Nous nous attendons à ce que les activités d'application de la loi augmentent alors que des entreprises pourraient être tentées de faire des affirmations invérifiables relatives à la carboneutralité dans le but d'attirer les consommateurs soucieux de l'environnement.

Le Bureau a déjà interpellé des détaillants au motif qu'ils trompaient les consommateurs en affirmant que leurs produits étaient certifiés *Energy Star* et a mené plusieurs enquêtes sur des allégations de performance environnementale. Vu toute l'attention récente portée à la COP26 et au réchauffement climatique, nous nous attendons à ce que les activités d'application de la loi augmentent alors que des entreprises pourraient être tentées de faire des affirmations invérifiables relatives à la carboneutralité dans le but d'attirer les consommateurs soucieux de l'environnement. Des groupes et des organismes écologiques ont déposé auprès du Bureau bon nombre de plaintes d'écoblanchiment ces dernières années, dont certaines ont donné lieu à des sanctions; nous nous attendons à ce que cette tendance se maintienne.

Actions collectives en droit de la concurrence : un parcours parsemé d'embûches pour les demandeurs

MODIFICATION DU RÉGIME DE RECOURS COLLECTIF DE L'ONTARIO

Dans nos *Perspectives pour 2021*, nous avons abordé le nouveau régime de recours collectif de l'Ontario découlant des modifications apportées en 2020 à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* (la « LRC »). Ces modifications représentent des défis de fond et de procédure pour les demandeurs qui voudraient intenter un recours collectif en Ontario. Ainsi, les critères de fond applicables au stade de la certification sont plus rigoureux, entre autres obstacles procéduraux et financiers. Bien que l'on ne connaisse pas encore toutes les incidences de ces modifications (applicables aux demandes déposées après le 1er octobre 2020), nous commençons à observer un changement dans le choix de territoire que font les demandeurs pour les nouveaux recours collectifs au Canada.

Comparatif annuel

(données tirées de la base de données sur les recours collectifs de l'Association du Barreau canadien)

1 ^{er} octobre 2019 au 1 ^{er} octobre 2020		1 ^{er} octobre 2020 à ce jour	
Ontario	3	Ontario	7
Colombie-Britannique	4	Colombie-Britannique	12
Alberta	3	Alberta	0
Saskatchewan	1	Saskatchewan	1
Québec	2	Québec	4
Cour fédérale	0	Cour fédérale	3
TOTAL	13	TOTAL	27

Les modifications érigent également plusieurs barrières procédurales et financières à la présentation de réclamations en Ontario. Par exemple, alors que la jurisprudence antérieure soutenait généralement que les requêtes de la défense visant à restreindre ou à entraîner le rejet de l'instance devaient être retardées au moins jusqu'à l'étape de la certification, les modifications encouragent maintenant les requêtes dispositives avant la requête en certification. 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 un financement par des tiers.



Avant les modifications, les actions collectives étaient assez bien réparties parmi les principales provinces de common law, et aucune action collective n'avait été déposée auprès de la Cour fédérale au cours de l'année ayant précédé les modifications. Depuis les modifications apportées à la LRC, bien que le volume de recours collectifs exprimé en dollars ait augmenté de façon générale, nous constatons également une hausse du volume en Colombie-Britannique et du nombre de recours collectifs à la Cour fédérale. Comme il est mentionné ci-dessous, les demandeurs ont toutefois subi quelques revers précoces devant la Cour fédérale.

FAVORISER LES REQUÊTES PRÉLIMINAIRES PRÉALABLES À LA CERTIFICATION

La première décision ayant interprété le nouvel article 4.1 de la LRC (qui codifie la présomption selon laquelle les requêtes dispositives doivent être entendues avant la certification) a été rendue le 24 septembre 2021. Dans l'affaire *Dufault*, TD a présenté une requête d'ordonnancement afin que sa requête en jugement sommaire à l'égard de la demande introductive soit entendue avant la certification. TD a fait valoir que les motifs au soutien de la requête en jugement sommaire pourraient entraîner le règlement de l'instance en totalité et, le cas échéant, sauver beaucoup de temps et de ressources. Les demandeurs ont pour leur part fait valoir qu'il serait plus efficace d'entendre la requête en même temps que la certification (ce qui était la façon habituelle de procéder avant les modifications législatives).

Dans sa décision, le juge Belobaba a conclu que les défendeurs disposaient du « droit présomptif » de faire entendre leurs requêtes dispositives, ou des requêtes susceptibles de limiter les questions en litige, avant la certification, qui ne peut être renversé que si le demandeur

établit qu'il existe un motif valable justifiant d'entendre une telle requête en même temps que la certification.

« [Traduction] D'autres juges, ainsi que moi-même, considéreront les 58 premiers mots de la disposition relative à l'ordonnancement comme une forte indication législative que les requêtes préalables du défendeur sont susceptibles de limiter les questions en litige ou d'en permettre le règlement avant la certification et qu'en vertu de cette présomption, de telles requêtes devraient être entendues en premier. »

Ce précédent pourra servir de fondement aux défendeurs qui choisiraient de présenter des requêtes dispositives avant la certification.

RECOURS COLLECTIFS PRÉSENTÉS DEVANT LA COUR FÉDÉRALE

La Cour envoie le recours collectif en matière d'antitrust au banc des pénalités

Le 27 mai 2021, le juge en chef Crampton de la Cour fédérale a accordé une requête en radiation à l'égard d'une demande de recours collectif et refusé la requête en modification du demandeur.

Dans la décision *Mohr c. Ligue nationale de hockey*, le demandeur alléguait l'existence d'un vaste complot entre toutes les grandes ligues de hockey d'Amérique du Nord et l'Association canadienne de hockey pour priver les joueurs de hockey junior de possibilités de carrière et de la rémunération s'y rapportant. La poursuite se chiffrait à 825 millions de dollars en dommages-intérêts et a été largement médiatisée. Les défendeurs ont présenté une requête en radiation de la demande dans son ensemble aux motifs que (1) le demandeur a invoqué à tort une violation de l'article 48 de la *Loi sur la concurrence*, car la disposition s'applique uniquement aux accords conclus



entre les équipes et les clubs faisant partie d'une même ligue et non à un complot entre ligues comme l'affirme le demandeur et (2) l'infraction de complot général prévue à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ne s'applique pas à la conduite reprochée, car les défendeurs ne sont pas des « concurrents » en ce qui concerne le produit ou le service en cause et, dans tous les cas, l'article 45 ne s'applique pas aux accords entre acheteurs à l'égard d'un produit ou d'un service. La Cour a accueilli ces deux arguments, reconnaissant qu'ils constituent un « obstacle insurmontable pour le demandeur ». Soulignons que la décision *Mohr* contient la première analyse de fond de l'article 48 de la *Loi sur la concurrence* par un tribunal canadien. Elle confirme par ailleurs que l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* ne s'applique pas aux accords entre acheteurs d'un produit ou d'un service.

Autorisation refusée dans l'affaire des mémoires vives dynamiques

En novembre 2021, dans *Jensen et al. c. Samsung et al.*, la Cour fédérale a rejeté une requête pour autoriser un recours collectif proposé alléguant que trois principaux fabricants de puces de mémoire vive dynamique (« DRAM ») avaient comploté pour limiter l'approvisionnement mondial et pour faire monter les prix de la DRAM d'une façon contrevenant à la *Loi sur la concurrence*.

Les demandeurs alléguaient dans ce recours collectif que les défenderesses avaient comploté afin « d'éliminer l'approvisionnement en DRAM et d'augmenter les prix de la DRAM » en contravention des articles 45 et 46 de la *Loi sur la concurrence*. Le juge Gascon a rejeté la requête des demandeurs, affirmant que les demandeurs avaient omis de plaider une cause d'action raisonnable ou de soumettre des éléments de preuve suffisants au soutien de l'existence du complot allégué. En particulier, la Cour a conclu que (1) la demande renfermait « [traduction] seulement des allégations vagues et générales qui relèvent de simples spéculations et conjectures portant sur un accord allégué entre les défenderesses » et n'étaient pas suffisamment spécifiques et précises; et (2) les allégations s'apparentaient à du « parallélisme conscient », auquel cas, à défaut d'un accord en vue de limiter la concurrence, les concurrents adoptent unilatéralement des pratiques d'affaires ou d'établissement des prix similaires ou identiques, ce qui en soi n'est pas une pratique illégale.

Il faudra voir si les décisions précitées seront considérées comme des cas d'espèce ou si elles soulèveront réellement des difficultés à l'avenir pour les demandeurs qui souhaiteront intenter un recours collectif en Cour fédérale.

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.

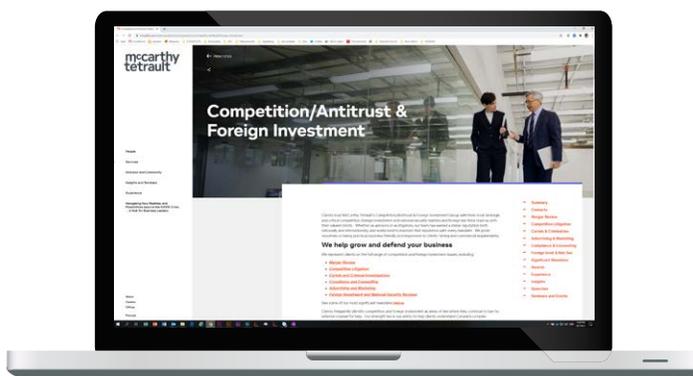
Notre groupe de droit de la concurrence/antitrust et de l'investissement étranger est un chef de file canadien en droit de la concurrence. Il couvre tous les aspects du droit canadien de la concurrence et de l'examen des investissements étrangers, y compris les fusions et les acquisitions, les enquêtes 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 :



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
États-Unis

LONDRES

1 Angel Court, 18th Floor
London EC2R 7HJ
Royaume-Uni