

Droit canadien de la concurrence et investissements étrangers :

À quoi s'attendre en 2020 et comment rester en haut de la vague

Tout porte à croire qu'au Canada, le droit de la concurrence et l'encadrement des investissements étrangers évolueront rapidement au cours de la prochaine année. Les sociétés qui exercent des activités au Canada devront être capables de s'adapter rapidement afin de rester en haut de la vague lorsque les organismes d'application de la loi s'attaqueront à de nouveaux défis, qu'il s'agisse notamment de l'élaboration d'un cadre antitrust cohérent pour l'économie numérique, de l'examen de fusions de toute envergure, et du recours de plus en plus fréquent aux pouvoirs d'examen relatif à la sécurité nationale.

La présente publication fait état des principales tendances en matière de droit de la concurrence et d'investissements étrangers au Canada pour 2020 ainsi que, sur le plan pratique, d'importants points que les entreprises devraient garder à l'esprit tout au long de l'année.

1

L'ère du numérique remplace l'ère industrielle

Priorité continue à l'application de la loi dans le domaine de l'économie numérique

L'économie numérique a grimpé au sommet de la liste de priorités des organismes chargés de l'application des lois antitrust partout dans le monde, et le Canada ne fait pas exception. Le Bureau de la concurrence du Canada (le « Bureau ») a pris un certain nombre d'initiatives axées sur l'économie numérique, dont la publication d'énoncés de position, l'élaboration de stratégies pour l'application de la loi, l'embauche de spécialistes (notamment la nomination du premier agent en chef responsable des lois relatives à l'économie numérique du Bureau) et la prise de mesures d'application de la loi à l'encontre de sociétés technologiques.

En septembre 2019, le Bureau lançait un appel aux entreprises pour qu'elles lui signalent des conduites potentiellement anticoncurrentielles au sein de l'économie numérique. En 2020, cette initiative devrait se traduire par une hausse des enquêtes liées à l'application de la loi. Les pouvoirs du Bureau en matière d'application de la loi lui permettent notamment de contester les fusions ayant des effets anticoncurrentiels, comme il l'a fait en 2019 à l'égard d'une fusion entre deux sociétés de logiciels. Il ne fait aucun doute que le Bureau continuera de prendre des mesures à l'égard de la publicité numérique trompeuse, comme il le fait actuellement à l'égard de la vente en ligne de billets d'avion et des pratiques de marketing en ligne connexes. Le Bureau peut également prendre de telles mesures d'application de la loi



contre de grandes sociétés technologiques s'il croit que celles-ci ont recours à des pratiques liées aux données pour bloquer l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché.

Le Bureau continuera de mettre l'accent sur l'économie numérique en 2020. Il est d'ailleurs indiqué dans le *Plan annuel 2019-2020 : Sauvegarder l'avenir de la concurrence* que le rehaussement de la confiance des consommateurs et la promotion de la concurrence au sein de l'économie numérique font partie des grandes priorités du Bureau. Ce n'est pas une mince tâche qui attend le Bureau dans ce domaine. En effet, dans le cadre d'un exposé en janvier 2020, un haut responsable du Bureau précisait que d'avril à septembre 2019, le Bureau a ouvert 16 cas et continue à travailler sur 37 cas actifs, tous liés à l'économie numérique.

Principaux points à retenir :

- Le Bureau scrutera vraisemblablement à la loupe les fusions entre sociétés technologiques qui soulèvent des questions en matière de concurrence.
- Les entreprises qui adoptent des pratiques trompeuses relativement aux prix affichés en ligne pourront faire l'objet de sanctions civiles ou pénales.
- Les sociétés qui détiennent une part de marché importante peuvent faire l'objet d'enquêtes et de mesures d'application de la loi si elles tentent de nuire à leurs concurrents, notamment en empêchant ceux-ci d'avoir accès à des ressources clés comme les données.

Protection des données et droit de la concurrence : ça se corse

Le Bureau pourrait être de plus en plus enclin à tenir compte de la protection des données pour décider de prendre des mesures d'application de la loi à l'égard d'entreprises exerçant des activités au sein de l'économie numérique. Jusqu'à maintenant, la protection de la vie privée ne représentait pas un grand sujet de préoccupation pour le Bureau. Toutefois, de récentes déclarations et publications laissent entendre que le Bureau considère qu'il s'agit d'un aspect important de la concurrence hors prix. L'importance que le Bureau accorde à la protection des données des utilisateurs va de pair avec les grandes initiatives du gouvernement du Canada, comme la Charte canadienne du numérique, dont les principes fondamentaux comprennent l'importance de protéger les renseignements personnels numériques.

Sur le plan pratique, l'importance accrue de la protection des données pourrait avoir des effets considérables sur l'application de la *Loi sur la concurrence* au Canada. Par exemple, dans son document de travail sur les mégadonnées de septembre 2018, le Bureau indiquait qu'une fusion qui donne à l'entité acquéreuse la capacité d'exercer un pouvoir de marché par la limitation des garanties relatives au respect de la vie privée pourrait être anticoncurrentielle. Le Bureau a également précisé que son mandat de faire appliquer la loi à l'égard des pratiques commerciales trompeuses pourrait l'amener à poursuivre les entreprises qui induisent les consommateurs en erreur quant à la collecte ou à l'utilisation des données des consommateurs. Ainsi, répondant à une plainte, le Bureau a entrepris une enquête sur la façon dont les partis politiques canadiens utilisent les données et en assurent la protection. Il s'agissait de déterminer si les Canadiens ont été induits en erreur quant à la façon dont leurs renseignements personnels seraient protégés, utilisés et partagés.

Principaux points à retenir :

- Les entreprises dotées d'une politique sur la protection de la vie privée peuvent quand même faire l'objet de mesures relatives à l'application de la loi sur la concurrence pour ce qui est de leur utilisation et stockage des données personnelles.
- Les entreprises qui collectent et utilisent des données de consommateurs doivent s'assurer d'informer clairement les consommateurs de la façon dont leurs données seront utilisées et transmises. De plus, si elles indiquent que l'utilisateur peut contrôler les données le concernant, ces entreprises doivent les informer de la façon de contrôler leurs données.
- Les parties à une fusion qui utilisent des données de consommateurs doivent savoir que le Bureau pourrait examiner leurs politiques et pratiques relatives aux données afin de déterminer si la protection de la vie privée constitue un aspect de la concurrence qui pourrait être réduit en raison de la fusion.

Sous la loupe du Bureau : marketing numérique et pratiques de tarification*Marketing d'influence*

Le marketing interactif, qui fait appel de façon innovante aux médias sociaux, aux avis de clients et aux témoignages, fait également l'objet d'une surveillance accrue par le Bureau. D'ailleurs, en 2019, celui-ci publiait, dans son *Recueil des pratiques commerciales douteuses*, des lignes directrices sur le marketing d'influence indiquant notamment que les consommateurs ont le droit de connaître les « liens importants » qu'un influenceur peut avoir avec une marque qu'il a appuyée.

Comme d'autres organismes l'ont fait un peu partout dans le monde, le Bureau a envoyé, en décembre 2019, des lettres à près d'une centaine de marques et d'agences de marketing actives dans le domaine du marketing d'influence au Canada pour les aviser d'examiner leurs pratiques commerciales et de s'assurer qu'elles respectent la *Loi sur la concurrence* (la « Loi »). Les influenceurs doivent divulguer les relations qu'ils entretiennent avec les marques dont ils font la promotion et s'assurer que les témoignages sont fondés sur des expériences honnêtes. Les agences et les influenceurs pourraient éventuellement être eux-mêmes tenus responsables des violations. Au cours de la prochaine année, le Bureau devrait surveiller la conduite des destinataires de ses lettres et prendre des mesures d'application de la loi contre ceux qui n'auront pas respecté la loi. Il reste à voir si le Bureau ira jusqu'à prendre des mesures contre les influenceurs, étant donné que les lettres n'ont été envoyées qu'aux marques et aux agences.

Tarification en ligne

Les pratiques de tarification en ligne ont été l'un des principaux sujets de préoccupation du Bureau en 2019, et devraient continuer de l'être en 2020. Dans le cadre d'un récent exposé, le commissaire de la concurrence du Canada (le « commissaire ») a annoncé son intention d'enquêter en priorité sur les déclarations trompeuses en matière de tarification faites en ligne. Le Bureau a déjà obtenu des règlements importants avec des sociétés dont les pratiques de tarification étaient trompeuses. En juillet 2019, par exemple, un règlement de 4,5 M\$ CA

a été conclu avec Ticketmaster au sujet d'allégations selon lesquelles la société se livrait à une pratique d'affichage de prix partiels puisqu'elle ajoutait des frais obligatoires à la fin du processus d'achat. Le Bureau a indiqué son intention de fournir des directives additionnelles sur l'affichage de prix partiels et prévoit continuer de surveiller cette pratique de près. Le Bureau se penche également sur les frais cachés imposés dans le cadre de la vente en ligne de billets d'avion.

Cette année, le Bureau assumera la présidence du Réseau international de contrôle et de protection des consommateurs (le « RICPC »). À ce titre, il prévoit de se concentrer sur la promotion de la véracité dans les publicités en ligne et le renforcement de la confiance du public envers l'économie numérique.

Désinformation populaire planifiée et autopréférence

Le Bureau a déclaré que d'autres formes de publicité en ligne peuvent contrevenir à la Loi, notamment ce qu'on appelle la « désinformation populaire planifiée » et l'« autopréférence ».

La désinformation populaire planifiée consiste, pour une entreprise, à créer des indications commerciales sur ses produits qui sont déguisées en véritables opinions, comme de fausses critiques de consommateurs. Le Bureau a déjà imposé une amende considérable à au moins une société qui avait mis en ligne des avis d'employés anonymes. Cette pratique devrait continuer d'être sous la loupe du Bureau.

L'autopréférence est une pratique par laquelle une plateforme en ligne accorde un traitement préférentiel à ses propres produits, lesquels rivalisent avec des produits de tiers également offerts sur la plateforme. Des organismes étrangers chargés de l'application de la loi, comme la Commission européenne, ont déclaré qu'une telle conduite peut être considérée comme anticoncurrentielle lorsqu'elle se produit sur une plateforme numérique dominante.

Même si l'autopréférence n'a pas encore fait l'objet de mesures d'application de la loi par le Bureau, les entreprises de technologie doivent garder à l'esprit que la Loi renferme des dispositions sur l'abus de position dominante qui pourraient servir de fondement juridique pour la contestation de ce type de conduite. On peut s'attendre à ce que le Bureau déploie des efforts pour repérer des pratiques comme la désinformation populaire planifiée et l'autopréférence en 2020.

Principaux points à retenir :

- Les entreprises peuvent être tenues responsables des déclarations trompeuses d'influenceurs auxquels elles ont versé un paiement ou d'autres avantages, mais qui n'ont pas divulgué leurs liens importants avec elles. Afin de réduire leur risque lié à la concurrence, les entreprises devraient exercer une surveillance continue sur les influenceurs et se doter de la capacité de modifier les déclarations de ceux-ci qui ne sont pas conformes à la loi.
- Les entreprises devraient se pencher sur leurs pratiques en ligne (minuterie, pages Recherche, bannières publicitaires, etc.) afin de s'assurer que les frais obligatoires sont divulgués dès le début du processus d'achat. Les promotions et les soldes ne doivent pas non plus exagérer le potentiel des économies réalisables.

- Les entreprises doivent informer les employés que si ceux-ci donnent leur avis sur des produits de l'entreprise, ils doivent signaler le fait qu'ils sont à l'emploi de celle-ci.

Coordination mondiale et partage d'information avec les organismes chargés de l'application de la loi

Le Bureau a déclaré que la présence de géants du numérique exige une approche coordonnée à l'échelle mondiale en ce qui a trait à l'application de la loi. Le 18 juillet 2019, les autorités de la concurrence des pays du G7 et la Commission européenne ont publié un accord qui détaille leur compréhension commune des occasions et des défis qu'amène l'économie numérique. Étant donné que l'économie numérique ne connaît pas de frontières, les autorités de la concurrence doivent accentuer leur coopération avec leurs homologues à l'échelle internationale.

Le Bureau dispose actuellement d'instruments de coopération en matière d'application des lois sur la concurrence et la protection du consommateur avec 15 pays étrangers, soit les États-Unis, l'Union européenne, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, l'Australie, la République populaire de Chine, le Brésil, le Chili, la Colombie, Hong Kong, l'Inde, le Japon, le Pérou, la Corée et Taïwan. Le Bureau a déjà pris des mesures afin d'accroître sa coordination avec des autorités étrangères, notamment en s'engageant à assumer la présidence du RICPC du 1^{er} juillet 2020 au 30 juin 2021. Comme nous l'avons mentionné, le mandat du Bureau sera axé sur la promotion de la véracité dans les publicités en ligne et le renforcement de la confiance du public envers l'économie numérique.

Les entreprises doivent savoir que tout ceci pourrait entraîner une augmentation des activités liées à l'application de la loi au Canada et à l'étranger. Les entreprises canadiennes qui font de la publicité en ligne doivent particulièrement garder à l'esprit que le Bureau collabore avec des organismes internationaux afin de promouvoir la conformité dans ce domaine.

Principaux points à retenir :

- Le Bureau et les organismes internationaux chargés de l'application des lois antitrust partagent de l'information dans le but de favoriser l'efficacité de leurs enquêtes respectives, tout particulièrement dans l'espace numérique.
- Les sociétés doivent réaliser que le Bureau n'a pas cherché à obtenir une renonciation à l'égard de la protection de la confidentialité auprès des parties concernées avant de partager de l'information avec d'autres autorités de la concurrence.

2

Les fusions (de toute taille) feront l'objet d'examens plus rigoureux

Mesures d'application de la loi accrues, même pour les acquisitions de petite envergure

Le régime d'examen des fusions et d'application de la loi du Bureau continue d'être très sollicité. Le Bureau a récemment engagé des procédures en vue de défaire une fusion



réalisée entre deux sociétés de logiciels, Thoma Bravo et Aucerna, qui ont donné lieu à une entente aux termes de laquelle Thoma Bravo a consenti à certains dessaisissements. Il s'agissait de la première contestation par le Bureau d'une fusion réalisée au cours des quatre dernières années. En décembre 2019, le Bureau s'est attaqué à un autre défi : la contestation de l'acquisition par Parrish & Heimbecker's d'un silo-élévateur primaire au Manitoba auprès de Louis Dreyfus Company. Les deux mesures d'application de la loi laissent entendre que le Bureau veut renforcer ses efforts au chapitre de la collecte de renseignements et de l'application de la loi aux fusions.

En ce qui concerne les acquisitions de petite envergure, en septembre 2019, le Bureau a publié un communiqué annonçant que son Unité du renseignement et des avis de fusion allait accroître ses activités de surveillance du marché afin de repérer les fusions qui n'ont pas à faire l'objet d'un avis, mais qui peuvent soulever des préoccupations en matière de concurrence. Bien que les parties soient tenues d'aviser le Bureau uniquement à l'égard des opérations qui atteignent certains seuils financiers ou autres au Canada, le Bureau peut examiner des fusions de toute taille dans le but de déterminer si celles-ci soulèvent des préoccupations importantes en matière de concurrence. Le Bureau peut également contester une fusion jusqu'à un an après la conclusion de celle-ci.

L'importance que le Bureau accorde à la collecte de renseignements signale son intention de redoubler ses efforts en matière d'application de la loi à l'égard des fusions qui n'atteignent pas les seuils relatifs à la taille des opérations devant faire l'objet d'un avis au Canada, mais qui pourraient néanmoins soulever des préoccupations en matière de concurrence. Cette initiative est le reflet d'une tendance croissante dans le monde voulant que les autorités de la concurrence scrutent de plus en plus les opérations de plus petite envergure. Cette tendance vise particulièrement le secteur des technologies puisque les seuils financiers d'obligation de préavis (qui sont fondés sur les actifs et les revenus à court terme par opposition à la croissance future) ne reflètent pas nécessairement l'importance concurrentielle d'un participant émergent de ce secteur. Cette tendance touche également les acquisitions potentielles d'entités naissantes ou en démarrage où l'importance concurrentielle de l'acquisition est moins évidente ou prévisible. Habituellement, l'examen d'une fusion cherche à savoir si l'acquisition pourrait empêcher sensiblement la concurrence au sein d'un marché, mais dans le cas de l'acquisition d'une entreprise naissante ou en démarrage, cet exercice peut être plus difficile.

Principal point à retenir :

- Les parties à une fusion de sociétés exerçant des activités au Canada devraient examiner soigneusement le risque que le Bureau prenne des mesures d'application de la loi, même si la transaction ne requiert pas la remise d'un préavis de fusionnement au Bureau.

Gains en efficience : la meilleure défense repose sur une préparation solide

La Loi prévoit une défense explicite fondée sur l'efficience grâce à laquelle des fusions peuvent avoir lieu même si celles-ci risquent vraisemblablement d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, pour autant que les gains en efficience pour l'économie canadienne soient plus importants que les effets anticoncurrentiels prévus, ou qu'ils neutralisent ces derniers. L'examen des fusions canadiennes tient compte non seulement des

économies de coûts variables, mais également des économies de coûts fixes et des gains en efficacité dynamiques. Par conséquent, la défense fondée sur l'efficacité prévue à l'article 96 de la Loi peut faire en sorte que des fusions soient autorisées au Canada, sans l'imposition de mesures correctrices, ou avec des mesures limitées, alors que dans d'autres pays où une telle défense n'existe pas, elles ne l'auraient pas été.

Le Bureau a autorisé plusieurs fusions pour lesquelles la défense fondée sur les gains en efficacité était invoquée, sans que les parties aient eu à en débattre devant le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal »), le premier cas étant la fusion *Superior Plus/Canexus* en 2016. Toutefois, le Bureau a récemment indiqué être moins enclin à accepter automatiquement toutes les allégations de gains en efficacité. En 2018, le Bureau a publié un projet de lignes directrices sur les gains en efficacité qui pourrait avoir limité la portée de ce moyen de défense dans certaines circonstances. Cependant, après une consultation publique, le projet de lignes directrices n'a jamais été finalisé. En 2019, le Bureau a publié un modèle d'accord sur les délais en matière de fusion établissant le processus proposé par le Bureau pour l'évaluation des allégations de gains en efficacité. À l'heure actuelle, ce projet n'a pas non plus été finalisé.

Par conséquent, la défense fondée sur les gains en efficacité demeure un moyen valable de faire autoriser des fusions hautement stratégiques au Canada. Afin d'invoquer ce moyen de défense, les parties à une fusion retiennent habituellement les services d'experts en efficacité, qui sont chargés de préparer un rapport d'expertise à l'intention du Bureau, dans lequel ils déterminent quelles synergies prévues constituent des gains en efficacité quantifiables reconnus dans la Loi.

Principaux points à retenir :

- La défense fondée sur les gains en efficacité peut être un bon moyen de faire autoriser une transaction lorsque les critères applicables sont remplis.
- Les parties à une fusion doivent analyser soigneusement les gains en efficacité associés à la transaction afin d'établir si ce moyen de défense tiendrait le coup dans le cadre d'un examen de la fusion par le Bureau.

Les fusions verticales sur la sellette

Au cours de la prochaine année, les autorités de la concurrence à travers le monde se pencheront sérieusement sur la façon dont elles analyseront les fusions verticales à l'avenir. Cette initiative fait suite à l'échec subi par le département de la justice des États-Unis (le « département de la justice ») dans le cadre de la contestation par celui-ci de la fusion *AT&T/Time Warner* en 2019. La contestation était motivée par des préoccupations concernant les relations verticales entre les parties à la fusion et d'autres concurrents. Le 10 janvier 2020, la Federal Trade Commission des États-Unis et le département de la justice ont publié un [projet de lignes directrices sur les fusions verticales](#) aux fins de commentaires. Une fois finalisées, les lignes directrices pourraient avoir des répercussions importantes sur l'examen de fusions visant des entreprises canadiennes verticalement intégrées aux États-Unis. Elles pourraient également influencer sur la façon dont le Bureau évalue les fusions verticales. L'approche que le Bureau privilégie actuellement à l'égard des fusions verticales est énoncée dans le document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*. Toutefois, la publication du projet américain de lignes directrices susmentionné pourrait amener le Bureau à revoir cette approche.

Les fusions verticales sont un regroupement d'entreprises exerçant des activités ou d'actifs exploités à différentes étapes de la chaîne d'approvisionnement. Il peut notamment s'agir de l'acquisition par un fabricant en amont d'un détaillant en aval qui revend les produits du fabricant. Par conséquent, les fusions verticales soulèvent des questions liées au droit de la concurrence qui sont uniques en leur genre. Par exemple :

- Les fusions verticales peuvent créer une occasion de nuire aux concurrents en amont et en aval en provoquant une augmentation des coûts de ceux-ci ou en bloquant leur accès à des intrants nécessaires ou à des clients.
- Les fusions verticales peuvent également favoriser la concurrence. Elles peuvent inciter à offrir des prix plus bas aux consommateurs et créer des gains en efficacité particuliers résultant de la combinaison d'activités commerciales complémentaires et de l'élimination d'irritants d'ordre contractuel.

Principal point à retenir :

- En planifiant une fusion, les parties doivent documenter soigneusement les économies de coûts et autres avantages favorisant la concurrence qui découleraient de celle-ci afin que les effets bénéfiques de la fusion soient adéquatement pris en compte.

Coopération accrue en matière de fusion entre organismes canadiens

La dernière année a été le théâtre d'une importante coopération entre le Bureau et d'autres organismes gouvernementaux dans le cadre des examens de fusions. Cette tendance devrait se maintenir à l'égard des fusions dans des secteurs sous la loupe de multiples autorités de réglementation. Les examens de fusion dans les secteurs des télécommunications et du transport aérien ont tout particulièrement donné lieu à une importante coopération entre organismes en raison des chevauchements entre les compétences du Bureau et celles d'organismes sectoriels comme Transports Canada et le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « CRTC »).

Par exemple, le 26 février 2019, le Bureau a remis au ministre des Transports un rapport dans le cadre de l'examen par Transports Canada de la fusion *First Air/Canadian North*. Le rapport du Bureau faisait état de préoccupations quant aux répercussions de la fusion sur la concurrence. Toutefois, le gouvernement du Canada a approuvé la transaction en se fondant sur l'intérêt public en général, notamment le besoin d'assurer l'efficacité et la viabilité financière des transporteurs aériens du Nord.

Principal point à retenir :

- Les entreprises devraient soigneusement coordonner leur stratégie lorsqu'elles envisagent une fusion sujette à l'examen de plusieurs organismes gouvernementaux.

3



Du nouveau au sujet de l'abus de position dominante

Élargissement de l'éventail de pratiques visées par les dispositions sur l'abus de position dominante

En octobre 2019, le Tribunal a rejeté une demande fondée sur une allégation d'abus de position dominante présentée par le commissaire à l'encontre de l'Administration aéroportuaire de Vancouver (l'« AAV ») relativement aux services de restauration en vol et aux services de manutention liés aux cuisines à l'aéroport international de Vancouver (l'« aéroport »). Le commissaire avait initialement présenté sa demande en septembre 2016.

Le commissaire a fait valoir que l'AAV restreignait la concurrence en limitant le nombre de fournisseurs de services de manutention liés aux cuisines à l'aéroport et en empêchant l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché. En outre, il était allégué que l'AAV liait l'accès physique à l'aéroport (soit la partie d'un aéroport qui se trouve à l'intérieur du périmètre de sécurité) à la location d'un terrain aéroportuaire auprès de l'AAV aux fins de l'exploitation d'une installation de préparation de repas, en contravention des dispositions sur l'abus de position dominante de l'article 79 de la Loi.

Le Tribunal a conclu que la pratique de l'AAV ne constitue pas de l'abus de position dominante puisque l'AAV a démontré qu'elle avait une justification commerciale valable pour agir ainsi. Le Tribunal a rejeté la demande du commissaire et accordé des dépens de plus de 1,3 M\$ CA à l'AAV. La décision du Tribunal a pour effet d'élargir la portée des mesures d'application de la loi potentielles du Bureau. D'abord, le Tribunal a conclu que même si l'AAV ne fournit pas elle-même des services de restauration ou de manutention liés aux cuisines, elle n'en occupe pas moins une position dominante du fait de son contrôle sur l'accès à l'aéroport. Ensuite, le Tribunal a conclu qu'en l'espèce, la doctrine de la conduite réglementée (la « doctrine ») ne s'applique pas aux dispositions sur l'abus de position dominante de la Loi. Cette doctrine peut servir à soustraire certaines pratiques requises ou autorisées en vertu d'une loi ou d'un règlement fédéral ou provincial valide, expressément ou par déduction, à l'application de la loi.

Principaux points à retenir :

- La décision du Tribunal fournit des indications importantes sur l'application de la doctrine aux dispositions sur l'abus de position dominante de la Loi et laisse entendre que celle-ci ne s'applique pas aux dispositions civiles de la Loi en général. Voilà qui élargit vraisemblablement l'éventail des pratiques assujetties aux dispositions sur l'abus de position dominante.
- En outre, la décision précise le test relatif à l'application des dispositions sur l'abus de position dominante aux acteurs autres que des participants au marché et la notion de l'« intérêt concurrentiel valable » (développée dans la récente décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence*) pourraient avoir des répercussions sur d'autres domaines où un acteur autre qu'un participant au marché contrôle l'accès à des intrants ou à des ressources clés nécessaires pour livrer concurrence sur les marchés en aval.

- Enfin, la décision relative à l'AAV illustre la réceptivité du Tribunal à l'égard de preuves de justification commerciale valable d'une pratique d'exclusion potentielle, de même que l'importance de documenter une telle justification commerciale dans le cadre des prises de décisions d'une société.

4

Les actions collectives en droit de la concurrence vont ratisser plus large



La Cour suprême du Canada (la « CSC ») a tranché d'importantes questions touchant les actions collectives en matière de concurrence dans l'affaire *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42 (l'« arrêt *Godfrey* »), jugée en septembre 2019, en appel d'une décision autorisant une action collective intentée par des acheteurs britanno-colombiens de lecteurs de disques optiques (des « LDO ») et de produits contenant des LDO, notamment des ordinateurs et des consoles de jeu vidéo.

La CSC a statué que :

1. le principe de la « possibilité de découvrir » s'applique au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)(a)(i) de la Loi;
2. les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action aux termes de l'alinéa 36(1)(a) de la Loi;
3. le paragraphe 36(1) de la Loi n'empêche pas les demandeurs d'intenter d'autres recours en common law ou en equity qui visent des infractions à la Loi (c.-à-d. que la Loi n'est pas un « code complet »);
4. les questions communes liées à la perte subie par les acheteurs indirects peuvent être autorisées sur le fondement d'une méthode d'un expert crédible permettant d'établir que la majoration a été transférée aux acheteurs indirects. Toutefois, la méthode n'a pas à permettre d'établir la perte subie par chacun des membres du groupe ou de faire la distinction entre les membres du groupe qui ont subi une perte et ceux qui n'en ont pas subi.

Principaux points à retenir :

- Vraisemblablement, les actions collectives fondées sur des allégations de complot comprendront désormais plus souvent des allégations visant les acheteurs sous parapluie. La portée de la responsabilité potentielle des sociétés aux prises avec une action collective fondée sur des allégations de complot devrait donc s'élargir.
- L'arrêt *Godfrey* place la barre assez bas lorsqu'il s'agit de prouver le préjudice subi par les acheteurs indirects à l'étape de l'autorisation.
- Les membres du groupe continuent d'être tenus de démontrer leur perte individuelle avant que des dommages-intérêts globaux puissent être octroyés. L'examen des arguments portant sur les pertes individuelles devrait vraisemblablement être repoussé aux étapes d'une action collective qui suivent celle de l'autorisation.

5



Les programmes de conformité à la *Loi sur la concurrence* sont toujours aussi importants

Dans le contexte actuel axé sur l'application de la loi, les sociétés peuvent limiter leur risque en matière d'antitrust en se dotant d'un programme de conformité efficace. En outre, le Bureau peut, aux termes de ses programmes d'immunité et de clémence récemment mis à jour, tenir compte, et recommander aux tribunaux de tenir compte, de l'existence d'un programme de conformité crédible et efficace déjà en place comme facteur atténuant aux fins du calcul d'une sanction imposée à une entreprise accusée d'une infraction de cartel.

Le Bureau a publié un cadre pour le programme de conformité d'entreprise pouvant servir de point de départ pour l'élaboration d'un programme adapté aux besoins d'une entreprise. Les principaux éléments d'un programme de conformité au droit de la concurrence crédible et efficace comprennent :

1. Engagement et soutien de la direction
2. Évaluation des risques en matière de conformité d'entreprise
3. Politiques et procédures de conformité d'entreprise
4. Formation et sensibilisation
5. Mécanismes de contrôle, de vérification et de signalement
6. Mesures disciplinaires systématiques et mesures incitatives en matière de conformité
7. Évaluation du programme de conformité

Principaux points à retenir :

- Les programmes de conformité doivent être clairs, faciles à comprendre et adaptés aux activités, à la taille et au rayon d'action de l'entreprise.
- Un moyen efficace d'éviter les contraventions à la Loi est de veiller à ce que le personnel clé reçoive une formation initiale et de façon continue.
- Le Bureau considère qu'un programme de conformité crédible et efficace constitue un facteur atténuant lorsqu'il évalue des mesures correctrices et formule des recommandations à la Couronne.



6

Les examens relatifs à la sécurité nationale devraient être plus fréquents et moins prévisibles

Le gouvernement du Canada a récemment montré qu'il accordait de plus en plus d'importance aux examens relatifs à la sécurité nationale à l'égard d'investissements étrangers. Cette tendance devrait d'ailleurs se poursuivre en 2020. Même si ces examens sont encore peu courants, la possibilité qu'ils deviennent plus fréquents doit alerter les investisseurs étrangers, car ce type d'examen peut entraîner des retards et même faire avorter une opération.

La volonté accrue du gouvernement du Canada de scruter les investissements à la loupe pour des motifs liés à la sécurité nationale est manifeste dans son récent *Rapport annuel* sur les examens relatifs à la sécurité nationale en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*. Le rapport indique que l'an dernier, le gouvernement canadien a envoyé environ le même nombre d'avis relatifs à la sécurité nationale (soit l'étape préliminaire du processus d'examen relatif à la sécurité nationale) et entrepris environ le même nombre d'examens relatifs à la sécurité nationale qu'au cours des trois années précédentes combinées.

Outre l'augmentation du nombre d'examens relatifs à la sécurité nationale, il devient de plus en plus difficile d'écarter la possibilité d'un examen relatif à la sécurité nationale en fonction du secteur dans lequel l'entreprise canadienne qui bénéficie de l'investissement exerce ses activités. Le secteur de la défense et celui des technologies, qui font partie des secteurs des entreprises particulièrement visées par des examens relatifs à la sécurité nationale, devraient continuer d'être exposés à cette possibilité. Toutefois, les secteurs habituellement épargnés par ce type d'examen, comme le transport en commun urbain, la fabrication d'équipement en métal et l'intermédiation financière, ont également fait l'objet d'examens relatifs à la sécurité nationale l'an dernier.

Principaux points à retenir :

- Le gouvernement du Canada manifeste une volonté accrue d'entreprendre des examens relatifs à la sécurité nationale. Lorsqu'il s'agit de vérifier si des investissements potentiels représentent un risque en matière de sécurité nationale, il est important d'obtenir l'avis de conseillers juridiques au sujet de l'investissement étranger dès qu'une opération est envisagée.

Pour toute question à ce sujet, n'hésitez pas à vous adresser à l'avocat de Blakes avec lequel vous communiquez habituellement ou à un membre des groupes [Concurrence et antitrust](#) et [Investissement étranger](#) de Blakes.

PRINCIPAUX ASSOCIÉS



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



Catherine Beagan Flood
Associée
cathy.beaganflood@blakes.com
416-863-2269



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



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



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



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



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



Joshua Krane
Associé
joshua.krane@blakes.com
416-863-4187



Robert E. Kwinter
Associé
robert.kwinter@blakes.com
416-863-3283



Julie Soloway
Associée
julie.soloway@blakes.com
416-863-3327



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



Micah Wood
Associé
micah.wood@blakes.com
416-863-4164