

31 JANVIER 2018

Concurrence et examen de l'investissement étranger au Canada : grandes tendances et questions à suivre en 2018

Auteurs : [John Bodrug](#), [Charles Tingley](#), [Jim Dinning](#), George N. Addy, Adam F. Fanaki et David Feldman

Dans nos prévisions concernant l'année à venir en matière de droit canadien de la concurrence et de l'examen de l'investissement étranger, nous évaluons comment les événements de 2017 influenceront ces domaines de droit en 2018. Nous décrivons ci-après les grandes tendances et questions à suivre de près au cours de l'année à venir.

Nouvelle direction au Bureau et année de transition

Année de transition pour le Bureau de la concurrence (le « Bureau »), l'année 2018 sera marquée par la fin du mandat de 5 ans du commissaire John Pecman, le 5 juin 2018, et par la nomination d'un nouveau commissaire. Comme le processus de recherche de candidat n'a pas encore été lancé, il n'est pas encore possible de savoir si, à cette date, le poste sera comblé de manière permanente ou intérimaire.

La personne choisie pour remplacer le commissaire Pecman orientera les politiques et priorités du Bureau dans l'avenir. Le commissaire Pecman avait mis l'économie numérique et l'innovation au cœur de son mandat et avait de nouveau souligné récemment l'importance cruciale d'appuyer la concurrence pour créer les conditions propices à l'innovation au Canada. Toutefois, un nouveau commissaire pourrait choisir de concentrer ses efforts, par exemple, sur l'application de la loi, tant en matière criminelle que civile, ou sur d'autres secteurs de l'économie.

Bien que le commissaire Pecman soit un économiste, le poste a habituellement été confié à un avocat par le passé. Le choix d'un deuxième économiste pourrait signaler un changement de vision du gouvernement découlant possiblement d'une prise de conscience du rôle toujours plus technique et quantitatif qu'a à jouer le Bureau en matière d'application de la loi. Il sera également intéressant de voir si le nouveau commissaire sera issu des rangs du Bureau ou recruté à l'externe.

Nous surveillerons de près la transition et nous attendons à ce que le choix du prochain commissaire ait une incidence importante sur bon nombre des tendances dont il est question ci-après.

L'économie numérique devrait demeurer une priorité

Le Bureau a beaucoup réfléchi et a consacré des ressources considérables aux enjeux soulevés par l'économie numérique en 2017, ce qui a donné lieu à la publication de la version préliminaire du document de travail sur les mégadonnées en novembre et de son rapport sur l'innovation dans le secteur des services financiers (les « technologies financières ») en décembre. (Pour obtenir plus d'information sur l'étude du Bureau sur les technologies financières, voir notre [bulletin de décembre 2017](#).) Le Bureau a également rapporté une augmentation de 80 % du nombre de dossiers d'application de la loi dans le secteur de l'économie numérique au cours de l'exercice 2016-2017 par rapport aux années précédentes et le [Plan annuel 2017-2018](#) du Bureau laisse entendre que des douzaines d'autres dossiers dans ce domaine pourraient faire l'objet d'enquêtes.

En 2018, nous nous attendons à ce que le Bureau continue d'accorder la priorité aux enjeux de l'économie numérique, dans ses activités tant de sensibilisation que d'application de la loi, et à ce qu'il accorde une attention particulière aux questions touchant les mégadonnées. Jusqu'à présent, le Bureau a adopté une approche relativement nuancée à l'égard des mégadonnées par rapport à certains organismes de réglementation d'autres territoires, notamment l'Union européenne. Nous attendrons aussi avec intérêt de voir si le gouvernement

fédéral sera tenté d'intervenir plus directement à l'égard des mégadonnées ou s'il préférera laisser ce domaine entre les mains d'organismes de réglementation comme le Bureau et le Commissariat à la protection de la vie privée.

Le Bureau continue de s'intéresser de près aux pratiques commerciales trompeuses en ligne. Le Plan annuel 2017-2018 du Bureau cite les « cas d'application de la loi à grande incidence par rapport aux pratiques commerciales trompeuses » dans le domaine de l'économie numérique comme son principal objectif, et mentionne précisément les pratiques en ligne impliquant la « désinformation populaire planifiée » (c'est-à-dire, les employés qui se font passer pour des consommateurs afin d'évaluer les produits de leur employeur), les « frais occultes » (c'est-à-dire, les frais supplémentaires qui sont affichés dans les étapes subséquentes du processus d'achat) et les modalités et conditions cachées, notamment les « abonnements piégés ». Par exemple, le 25 janvier 2018, le commissaire a intenté des procédures contre Ticketmaster et sa société mère, Live Nation, dans lesquelles il est allégué que celles-ci font des déclarations trompeuses aux consommateurs lorsqu'elles annoncent le prix de billets pour des événements sportifs ou culturels. Selon l'enquête du Bureau, les prix annoncés par Ticketmaster étaient trompeurs parce que les consommateurs devaient payer des frais supplémentaires qui s'ajoutaient plus tard au cours du processus d'achat. Nous nous attendons à ce que le Bureau continue d'intervenir à cet égard en 2018 et qu'il intervienne également dans les domaines comme les commandites payées sur les médias sociaux lesquelles ne sont pas toujours clairement indiquées. D'autres organismes de réglementation s'intéressent à cette question depuis un moment déjà, dont la Federal Trade Commission des États-Unis.

Possibles clarifications attendues à la *Loi canadienne anti-pourriel*

Nous suivons également de près le sort que connaîtront les changements à la *Loi canadienne anti-pourriel* (la « LCAP ») en 2018, celui-ci étant devenu incertain en juin dernier alors que la mise en œuvre prévue d'un droit d'action privé a été abruptement suspendue pour permettre un examen par un comité parlementaire. (Pour obtenir plus d'information concernant cette décision, consultez notre [bulletin de juin 2017](#).) Cet examen a été effectué suivant une procédure accélérée par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, lequel a présenté son [rapport](#) au parlement le 13 décembre 2017. Les 13 recommandations qui figurent dans le rapport invitent le gouvernement à fournir des lignes directrices claires quant à la portée et à l'application du cadre de la LCAP et à clarifier certains de ses concepts clés, dont les expressions « message électronique commercial », « consentement tacite » et « adresse électronique ». Le rapport recommande également de reporter la mise en œuvre du droit d'action privé jusqu'à l'adoption de clarifications et de modifications.

La vitesse à laquelle l'examen a été réalisé indique que la LCAP demeure une priorité pour le gouvernement et laisse présager que 2018 pourrait apporter des améliorations bienvenues sous forme de lignes directrices claires quant à la portée et à l'application du régime de la LCAP, et peut-être même des modifications législatives. Nous suivons attentivement cette importante question de conformité.

Probable augmentation des frais liés à l'examen des fusions et autres changements procéduraux possibles

Le mécanisme d'examen des fusions du Bureau est demeuré sous les feux de la rampe au cours de 2017. Les statistiques figurant dans le [rapport trimestriel](#) du Bureau publié à la fin de septembre 2017 laissent entendre que 2017 ne fera pas exception à la tendance des dernières années voulant qu'un nombre toujours plus grand d'examen soient considérés « complexes », alors que la proportion de dossiers complexes dans lesquels le Bureau respecte ses normes en matière de service ne cesse de chuter ou, au mieux, demeure constante. Les demandes de renseignements supplémentaires sont également toujours plus courantes, même dans les dossiers de fusionnement relativement simples.

Le groupe Droit de la concurrence de Davies, ainsi que plusieurs autres acteurs du domaine, dont les Barreaux, ont beaucoup écrit à ce sujet et ont proposé diverses mesures pour corriger la situation, dont un ajustement des seuils d'avis et de nouvelles exceptions aux mécanismes d'avis obligatoires pour certains types d'opérations (reportez-vous, par exemple, aux articles publiés en [septembre](#) et en [novembre 2017](#) (en anglais)). La frustration généralisée à l'égard du mécanisme d'examen entraînera peut-être cette année des changements concrets.

Une attention particulière devrait être accordée aux frais relatifs au dépôt d'avis de fusionnement et aux demandes de certificats de décision préalable (les « CDP ») du Bureau. Au cours d'une [consultation publique](#) à la fin de 2017, le Bureau a indiqué que ces frais de dépôt n'avaient pas augmenté depuis qu'ils avaient été fixés à 50 000 \$ en 2003, alors que les coûts et la complexité des examens des

fusionnements n'avaient cessé de s'accroître en raison du volume toujours plus important de documents devant être examinés et du fardeau de la preuve que le Tribunal de concurrence et les tribunaux imposent au Bureau. En conséquence, le Bureau cherche à obtenir l'approbation du ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique pour faire passer les frais fixes pour les avis de fusionnement et les demandes de CDP à 72 000 \$. Le Bureau prévoit que les frais majorés permettront de financer la totalité des activités de la Direction des fusions (notamment les frais liés aux litiges, à l'examen des fusions n'ayant pas à faire l'objet d'un avis et à la préparation de documents d'orientation générale) et de retenir plus fréquemment les services d'experts des domaines du droit, de l'économie et de l'industrie, ce qui laisse supposer que les examens pourraient être encore plus approfondis à l'avenir. Le Bureau signale aussi que les frais majorés lui permettront de continuer à améliorer sa gestion des documents et ses mécanismes d'examen, ce qui pourrait contribuer à rendre les examens plus efficaces et rapides. La consultation publique concernant les frais relatifs au dépôt d'avis de fusionnement pourrait être l'occasion d'engager un dialogue constructif quant aux améliorations qui pourraient potentiellement accroître l'efficacité et la transparence du mécanisme d'examen des fusionnements du Bureau.

Directives concernant la défense fondée sur les gains en efficience

Le cadre régissant les fusionnements du Canada a cette caractéristique propre qu'il prévoit expressément une défense positive fondée sur les gains en efficience découlant du fusionnement. Dans certains cas, cela peut vouloir dire qu'un fusionnement qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence est néanmoins permis parce qu'il entraîne des gains en efficience plus grands que ses effets anticoncurrentiels ou qui compensent de tels effets. Les questions de nature juridiques et pratiques qui se posent relativement à l'application de cette défense soulèvent encore la controverse, mais la Cour suprême du Canada a offert certaines indications à cet égard dans la décision *Tervita* qu'elle a rendue en 2015, indications dont les lignes directrices publiées par le Bureau ne tiennent toujours pas compte, notamment les *Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusion* qui n'ont pas été mises à jour depuis 2011. (Pour obtenir plus d'information concernant la décision *Tervita*, reportez-vous à notre [bulletin de janvier 2015](#).)

Dans une [allocution](#) prononcée en septembre 2017, le sous-commissaire principal de la Direction générale des fusions et des pratiques monopolistiques, Matthew Boswell, a indiqué que le Bureau publierait sous peu de nouveaux documents qui clarifieront l'approche adoptée par le Bureau dans le cadre de l'analyse portant sur les gains en efficience. Plus particulièrement, les lignes directrices devraient clarifier la façon dont le Bureau aborde les questions comme l'évaluation quantitative des possibles effets anticoncurrentiels relatifs aux prix et aux aspects autres que les prix, et l'évaluation de l'incidence des fusions sur l'efficience dynamique et l'innovation. Les lignes directrices devraient également indiquer les différents types de renseignements et de preuves à l'appui que le Bureau s'attend à recevoir d'une partie à un fusionnement qui fait valoir une défense fondée sur les gains en efficience dans le cadre d'un mécanisme d'examen de fusionnement. Les conseils pratiques du Bureau à l'égard de ces questions seront les bienvenus.

Adoption probable des modifications techniques de la *Loi sur la concurrence* concernant les « affiliées »

Pour des raisons évidentes, un certain nombre de dispositions de la *Loi sur la concurrence* ne s'appliquent pas aux conventions et aux opérations qui interviennent entre des « affiliées » sous contrôle commun, dont les dispositions concernant le complot, le maintien des prix et les avis de fusionnement. Il est généralement admis que les conventions et opérations conclues par des entités sous contrôle commun ne devraient pas être assujetties aux interdictions prévues dans la *Loi sur la concurrence* puisqu'on ne s'attend pas à ce que ces entités se livrent concurrence. On s'attend plutôt à ce qu'elles coordonnent leurs activités le plus efficacement possible.

Toutefois, bien que la définition actuelle d'« affiliée » figurant dans la *Loi sur la concurrence* vise les sociétés par actions sous contrôle commun, elle ne vise, par exemple, aucunement les fiducies et pas entièrement les sociétés de personnes. Même si les lignes directrices du Bureau prévoient que celui-ci se demandera si d'autres types d'entités sont sous contrôle commun au moment de décider si une convention devrait faire l'objet de poursuites aux termes des dispositions relatives aux cartels, les lignes directrices ne sont ni contraignantes pour le Bureau ni pour un tribunal. En outre, ces lignes directrices ne s'appliquent pas lorsqu'il s'agit d'établir si un avis de fusionnement est requis aux termes de la *Loi sur la concurrence*.

Attendu de longue date, un ensemble de modifications techniques à la *Loi sur la concurrence* devrait être adopté en 2018. Ces modifications visent à élargir les règles s'appliquant aux entités affiliées de la *Loi sur la concurrence* de sorte qu'elles s'appliquent, peu importe le type d'entité, qu'il s'agisse de sociétés par actions, de sociétés de personnes ou de fiducies.

Changements possibles au Programme d'immunité

Le Bureau a publié une nouvelle mouture de son Programme d'immunité aux fins de consultation publique le 26 octobre 2017. Les modifications proposées visent à permettre au Bureau et à la Couronne de monter des dossiers « mieux préparés pour les poursuites », ce qui paraît-il se fait en imposant des obligations de coopération et de divulgation plus rigoureuses aux demandeurs d'immunité. Aux termes des modifications proposées, le programme permettrait au Bureau d'enregistrer les présentations de l'information et les entrevues des témoins, comporterait une nouvelle étape « intermédiaire » au cours de laquelle le demandeur ne recevrait qu'une immunité conditionnelle (l'immunité totale ne serait accordée qu'une fois que le Service des poursuites pénales du Canada serait convaincu que la coopération du demandeur n'est plus requise) et imposerait des obligations de divulgation accrues.

Comme nous l'expliquions dans notre [bulletin de novembre 2017](#), les modifications que le Bureau propose d'apporter au Programme d'immunité pourraient avoir un effet dissuasif qui nuirait à l'efficacité du programme, rendant du même coup la tâche de repérage des complots du Bureau plus difficile. Nous resterons attentifs aux ajustements que le Bureau pourrait apporter avant la refonte finale du programme.

Faits nouveaux dans les dossiers d'abus de position dominante en cours

Dans nos prévisions annuelles pour 2017, nous prédisions que la décision de la Cour d'appel fédérale (la « CAF ») dans le cadre du litige opposant le commissaire et le Toronto Real Estate Board (le « TREB ») mettrait fin à une saga de quatre ans qui s'est retrouvée devant la CAF à deux reprises. La CAF a rendu sa seconde décision dans le cadre des procédures le 1^{er} décembre 2017 et a maintenu la conclusion du Tribunal selon laquelle le TREB avait abusé de sa position dominante dans le marché des services de courtage immobilier résidentiels en adoptant des règles qui limitaient la façon dont ses courtiers membres pouvaient utiliser et fournir des renseignements aux consommateurs par l'intermédiaire d'Internet. Le TREB a déposé une demande d'autorisation d'en appeler de la décision de la CAF devant la Cour suprême du Canada le 30 janvier 2018. Il pourrait donc y avoir de nouveaux développements — ou un troisième acte — avant que la poussière ne retombe enfin sur ce dossier important qui a considérablement élargi la portée des dispositions concernant l'abus de position dominante du Canada. (Voir notre analyse de l'affaire après les décisions de la [Cour d'appel fédérale](#) et de la [Cour suprême](#).)

Au même moment, l'audience du Tribunal dans l'affaire opposant le commissaire et la Vancouver Airport Authority (la « VAA »), qui repose sur les principes établis dans l'affaire TREB, devrait commencer en 2018, suivant l'importante défaite portant sur des questions procédurales subie par le commissaire devant la CAF dont il est question ci-après. Comme nous le mentionnions dans les prévisions de l'année dernière, le commissaire a fait valoir que la VAA abuse de sa position dominante dans le marché des services de traiteur en vol à l'aéroport international de Vancouver. Le Bureau plaide que la VAA, société à but non lucratif chargée de la gestion et de l'exploitation de l'aéroport de Vancouver, empêche, sans justification suffisante, de nouveaux fournisseurs de services de traiteur en vol de livrer concurrence à l'aéroport, malgré le fait que la VAA ne livre pas elle-même directement concurrence dans ce domaine. L'évolution du litige impliquant la VAA ainsi que le dénouement dans l'affaire TREB devraient venir clarifier la portée des règles sur l'abus de position dominante au Canada.

Évolution des obligations de divulgation du Bureau et nature de son privilège de l'intérêt public

L'affaire VAA est également intéressante parce qu'elle soulève des questions quant à la nature des obligations de divulgation qui incombent au commissaire dans le cadre d'un litige et quant à la nature et à la portée du droit du commissaire de protéger des documents contre toute divulgation en faisant valoir le privilège de l'intérêt public. La CAF s'est prononcée à l'égard de cette question à la fin janvier. Elle a conclu que le commissaire n'avait pas démontré qu'une « catégorie » de documents étaient visés par une présomption voulant qu'ils soient protégés par le privilège de l'intérêt public. De fait, la décision de la CAF a établi qu'un tel privilège pour une catégorie de documents ne peut exister sans l'intervention du législateur.

Dans des affaires antérieures, le commissaire avait refusé de fournir des documents potentiellement pertinents tombant dans des catégories larges à l'égard desquels il faisait valoir le privilège de l'intérêt public, comme des documents fournis par des plaignants ou des notes d'entrevues menées avec des tiers par le Bureau. La décision de la CAF fait en sorte que le commissaire ne peut plus invoquer le

privilège à l'égard de catégories entières de documents et doit maintenant plutôt démontrer que chaque document satisfait aux critères donnant ouverture au privilège de l'intérêt public.

Le commissaire a confirmé qu'il ne porterait pas la décision en appel. Cette décision pourrait faire augmenter considérablement le volume de documents, particulièrement de documents créés en cours d'enquête, que le commissaire sera tenu de communiquer aux parties dont la conduite donne lieu à un litige aux termes des dispositions en matière civile de la *Loi sur la concurrence*, dont celles portant sur l'abus de position dominante et les fusionnements. Elle est aussi susceptible d'accroître le fardeau du commissaire lorsqu'il s'agit de faire valoir le privilège dans le cadre d'un litige.

Régime de la *Loi sur Investissement Canada* : moins d'examens selon le critère de l'avantage net

Comme nous l'avons mentionné dans un [bulletin de septembre 2017](#), le seuil selon la valeur d'affaires applicable à la plupart des acquisitions de contrôle directes d'entreprises canadiennes auxquelles participent des investisseurs étrangers du secteur privé a connu une hausse considérable en 2017, passant de 600 millions de dollars en avril à 1,5 milliard en septembre. Parce que le seuil rehaussé s'applique maintenant aux investisseurs européens et américains, ainsi qu'aux investisseurs de plusieurs autres pays, nous nous attendons à ce que les examens selon le critère de l'avantage net soient moins fréquents en 2018 qu'ils ne l'ont été par le passé. Des seuils moins élevés continuent de s'appliquer à l'égard des investissements effectués par des entreprises d'État et aux acquisitions d'entreprises du secteur culturel. En outre, les opérations qui ne font pas l'objet d'un examen selon le critère de l'avantage net peuvent toujours être assujetties aux mécanismes d'avis et à un examen pour des motifs de sécurité nationale.

Personnes-ressources : [John Bodrug](#), [Charles Tingley](#) et [Jim Dinning](#)