

Droit canadien de la concurrence et investissements étrangers :

Les 5 choses à surveiller en 2019



1 **Nouvelle direction au Bureau de la concurrence**

Un nouveau commissaire de la concurrence (le « commissaire ») devrait être nommé au cours du premier semestre de 2019. Le commissaire dispose d'un pouvoir discrétionnaire important lui permettant d'enquêter sur des fusions, des complots criminels, des allégations d'abus de position dominante, de la publicité trompeuse et d'autres questions, de même que de prendre des mesures d'application de la loi au Canada. Le commissaire est généralement nommé tous les cinq ans, et il établit annuellement les priorités du Bureau de la concurrence du Canada (le « Bureau »). Il sera intéressant de voir de quelle façon le nouveau commissaire entend s'attaquer aux grandes questions d'actualité en matière de concurrence (notamment l'utilisation des mégadonnées, la protection des consommateurs à l'ère du numérique et la vigilance accrue montrée à l'égard des fusions) et si cela entraînera d'autres modifications aux politiques du Bureau en matière d'application de la loi.



2 **Les fusions continueront d'être scrutées à la loupe**

Nous nous attendons à ce que le Bureau continue de passer au peigne fin les fusions durant l'année en cours en tirant parti des exigences en matière de préavis de fusion imposées aux parties ainsi que d'autres moyens à la disposition du commissaire lui permettant d'enquêter sur des opérations ne devant pas faire l'objet d'un avis. En 2018, le Bureau a examiné minutieusement un certain nombre de fusions, même si les parties à celles-ci n'étaient pas des concurrents directs, en se fondant sur des hypothèses de préjudices verticaux ou sur la possibilité que l'opération empêche la concurrence future qui aurait existé n'eût été l'opération. Nous prévoyons que cette vigilance accrue à l'égard des fusions et la formulation de nouvelles hypothèses de préjudices se poursuivront. De plus, alors que les organismes antitrust à l'échelle mondiale se montrent de plus en plus méfiants à l'égard des fusions de grande envergure, le Bureau continuera de chercher à coordonner ses efforts avec ceux des organismes étrangers, tels que le Department of Justice et la Federal Trade Commission (la « FTC ») des États-Unis, de même que la Commission européenne, dans le cadre des examens de fusions de sociétés multinationales, tout en gardant un œil attentif sur les questions propres au Canada.

Le Bureau devrait également régler les derniers détails d'un bulletin d'information sur l'utilisation de la « défense fondée sur les gains en efficacité », soit une disposition législative proprement canadienne qui permet au Bureau d'autoriser les fusions qui entraînent des gains en efficacité surpassant les effets anticoncurrentiels possibles de ces opérations. Le bulletin d'information devrait fournir des indications aux parties à une fusion sur le point de vue et l'approche du Bureau à l'égard de l'évaluation des gains en efficacité dans le cadre des examens de fusions; toutefois, ces parties doivent garder à l'esprit que l'approche proposée par le Bureau en matière d'efficacité est, à bien



3

L'économie numérique et l'innovation demeureront prioritaires

Dans son dernier *Plan annuel*, le Bureau souligne que l'économie numérique demeure une priorité du point de vue des politiques et de la mise en application de la loi. Nous estimons que cette tendance se poursuivra en 2019, voire au-delà. Par ailleurs, le Bureau devrait procéder à la nomination (prévue au début de 2019) d'un nouvel agent en chef responsable des lois relatives à l'économie numérique, qui aura vraisemblablement le mandat de superviser et de coordonner les activités d'application de la loi dans ce domaine. Le Bureau a également publié un rapport portant sur les conséquences des mégadonnées et de l'innovation sur les politiques en matière de concurrence, et il a réalisé une étude de marché sur les fintech. Nous nous attendons à ce que cette réflexion se traduise par de nouvelles enquêtes et possiblement par des activités de mise en application durant l'année en cours. En effet, le Bureau a déclaré publiquement qu'il comptait entreprendre au moins 10 nouvelles enquêtes sur le secteur de l'économie numérique, et il a commencé à présenter des statistiques relatives à ses activités dans ce secteur. Selon les données publiées récemment, le Bureau a conclu 10 dossiers liés à l'économie numérique du 1^{er} avril au 30 septembre 2018, et 27 dossiers étaient en cours au 30 septembre 2018.

En outre, d'autres facteurs nous poussent à croire que le Bureau mettra davantage l'accent sur l'innovation et l'économie numérique en 2019. Plus particulièrement, nous notons que des organismes antitrust à l'échelle mondiale, notamment la FTC des États-Unis et la Commission européenne, ont centré leurs récentes initiatives en matière de politiques et de mise en application de la loi sur la protection du consommateur et la technologie. L'accent mis par le Bureau sur l'économie numérique et l'innovation est en phase avec les initiatives plus larges du gouvernement fédéral telles que la *Supergrappe des technologies numériques*, qui vise à recadrer la politique gouvernementale de façon à accroître l'innovation et la compétitivité au Canada, de même que les consultations du gouvernement fédéral sur un éventuel système bancaire ouvert. Les efforts accrus en matière d'application de la loi devraient notamment viser la publicité trompeuse dans les médias sociaux et en ligne, les fusions comportant l'acquisition d'entreprises technologiques en démarrage et les problèmes possibles liés aux mégadonnées. Pour ces raisons, nous ne voyons pas pourquoi le Bureau opérerait un changement de cap. Les incidences des mégadonnées, de la protection de la vie privée, de l'économie numérique et de l'innovation sur les politiques en matière de concurrence devraient en effet continuer de faire partie de ses priorités durant l'année en cours.



4

Investissements étrangers : les examens relatifs à la sécurité nationale devraient être plus fréquents

La *Loi sur l'investissement Canada* prévoit deux régimes distincts pour l'examen des acquisitions d'entreprises canadiennes par des investisseurs étrangers, soit le régime relatif à l'« avantage net du Canada » et le régime relatif à la sécurité nationale. En 2019, nous entrevoyons une hausse marquée du recours au régime d'examen relatif à la sécurité nationale au Canada compte tenu, entre autres, des examens de plus en plus rigoureux des investissements étrangers, plus particulièrement dans le secteur des technologies, par les organismes américains, dont le Committee on Foreign Investment in the United States.

Les investissements provenant de la Chine ont constitué le point de mire d'un certain nombre de dossiers liés aux investissements étrangers et à la sécurité nationale, et cela devrait se poursuivre en 2019. Néanmoins, le gouvernement fédéral conserve un large pouvoir discrétionnaire

d'entreprendre des examens relatifs à la sécurité nationale à l'égard d'investissements étrangers provenant de tout pays et dans un éventail de secteurs possiblement importants pour l'économie canadienne, notamment le secteur de la technologie, mais aussi des infrastructures essentielles, de l'énergie et de la santé.

Quant aux dossiers d'investissement étranger non liés à la sécurité nationale, les règles et les seuils particuliers régissant les investissements continuent de s'appliquer aux investisseurs qui sont des sociétés d'État (les « SE ») et aux investissements dans des entreprises culturelles. Des seuils plus élevés ont été établis pour les investisseurs qui ne sont pas des SE et qui proviennent de pays membres de l'Organisation mondiale du commerce et de pays ayant conclu un accord commercial avec le Canada, qui seront touchés par les événements récents et en cours, dont la conclusion de l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste* et l'issue des pourparlers actuels sur le Brexit. Pour en savoir davantage à ce sujet, consultez notre *Bulletin Blakes* de janvier 2019 intitulé *PTPGP et Brexit : les répercussions sur l'investissement étranger au Canada*.



5

Nouveautés jurisprudentielles importantes en matière d'abus de position dominante et d'actions collectives

Plusieurs affaires importantes en droit de la concurrence devraient faire l'objet de décisions en 2019. En matière d'abus de position dominante, le Tribunal de la concurrence devrait statuer sur la demande déposée par le commissaire contre l'Administration de l'aéroport de Vancouver (l'« AAV »). Il est allégué que l'AAV a abusé de sa position dominante relativement aux services de restauration à l'aéroport international de Vancouver en refusant d'accorder des permis à des fournisseurs de services de restauration. L'issue de cette affaire devrait avoir des répercussions importantes sur les secteurs qui exigent que leurs participants détiennent un permis d'exploitation de leur entreprise dans un lieu désigné, ou soient autorisés à y exercer leurs activités, et elle pourrait faire en sorte d'élargir l'étendue des activités d'application de la loi en matière d'abus de position dominante, en général. Nous attendons également un autre dénouement jurisprudentiel important en matière d'actions collectives. La Cour suprême du Canada (la « CSC ») a récemment entendu les plaidoiries des parties dans le cadre de l'appel interjeté dans l'affaire *Godfrey c. Sony Corporation*, et la décision de la CSC devrait trancher un certain nombre de questions importantes, à savoir si les consommateurs ayant acheté des produits auprès de fournisseurs n'étant pas impliqués dans un complot peuvent invoquer le fait d'avoir payé un montant excessif en raison d'un complot de fixation des prix touchant l'ensemble du marché; les exigences relatives à l'autorisation d'une action collective; et le lien entre la disposition relative à la fixation des prix de la *Loi sur la concurrence* et les causes d'action en common law. Selon l'issue de ces affaires, il est possible que la portée de la responsabilité en droit de la concurrence soit élargie en 2019, ce qui met de nouveau en évidence l'importance de mettre en place de solides politiques de conformité au droit de la concurrence.

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.