mccarthy tétrault

# Perspectives pour 2025

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

mccarthy tétrault

Voici une analyse des principaux développements survenus au Canada en 2024 et de ce qu'ils signifient pour 2025 et les années à venir.

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

# TABLE DES MATIÈRES


Introduction : transformation générationnelle en droit canadien de la concurrence et de l'investissement étranger 01

Loi *sur Investissement Canada* — Quel usage le gouvernement va-t-il faire de ses nouveaux pouvoirs? 03

Examen des fusions : un changement dans la boîte à outils et un changement de cap? 07

Cartels et collaborations anticoncurrentielles : le Bureau entre à nouveau dans la mêlée 11

Un nouveau chapitre pour les comportements pouvant faire l'objet d'un examen ou juste des pages tirées du manuel d'un autre régulateur? 14

Pratiques commerciales trompeuses : le Bureau stimulé par la réforme législative et une victoire devant le Tribunal 18

Litige en droit de la concurrence : de l'action tous azimuts 21

Conclusion : Une année de transition à venir 25

## INTRODUCTION : TRANSFORMATION GÉNÉRATIONNELLE EN DROIT CANADIEN DE LA CONCURRENCE ET DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

2024 a été une année charnière pour la réforme du droit canadien de la concurrence et de l'investissement étranger. Après des modifications législatives et réglementaires progressives à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur Investissement Canada* en 2022 et en 2023, c'est en 2024 que les modifications les plus importantes ont été apportées à ces deux lois en plus d'une décennie. Aujourd'hui, en 2025, le moment est venu de passer à l'action. Alors que nous passons de la réforme législative à l'application de la loi, le temps dira si nous entrons dans une nouvelle ère d'application renforcée de la loi ou si les modifications se révéleront n'être qu'un village Potemkine. L'année à venir servira de repère important à mesure que les conséquences pratiques du nouvel environnement législatif commenceront à se préciser.

Matthew Boswell, le commissaire de la concurrence (le « Commissaire »), a plaidé avec passion en faveur de la réforme du droit de la concurrence et peut revendiquer un bon nombre de victoires importantes. La *Loi sur la concurrence* a été modifiée afin d'offrir de nouveaux outils puissants d'application de la loi (souvent sur recommandation expresse du Commissaire), notamment l'adoption d'une infraction *per se* de complot de fixation des salaires, une présomption structurelle pour les fusions, un critère moins exigeant pour l'abus de position dominante et des pénalités importantes pour les accords anticoncurrentiels civils. Pour mettre en œuvre ces outils, le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») a été doté d'un budget plus important et la voie a été largement ouverte aux recours par des parties privées. Dans la foulée de ces modifications, le Commissaire a annoncé une nouvelle ère d'application de la loi, et a promis une application plus stricte, des actions plus rapides et des mesures correctives plus fortes.

Toutefois, une nouvelle législation sur la concurrence ne se traduit pas nécessairement par une application de la loi plus

vigoureuse. Lors de la dernière modification significative de la *Loi sur la concurrence* qui remonte à 2009, laquelle faisait suite à des recommandations antérieures du Bureau, de nouvelles dispositions civiles sur la collaboration entre concurrents ont été ajoutées pour servir de complément souple à l'infraction criminelle en matière de cartels; durant les quelque 15 années qui ont suivi l'adoption de ces dispositions, celles-ci sont demeurées largement inutilisées. Jusqu'à présent, du moins, l'histoire se répète. La première année de criminalisation des accords de fixation des salaires et de non-débauchage s'est écoulée sans qu'aucune affaire ait vu le jour, et l'abrogation de la défense fondée sur les gains en efficience en matière de fusions (peut-être la modification législative qui fut la plus difficile à obtenir par le Bureau) n'a pas entraîné une augmentation des mesures correctives en matière de fusions. Toutefois, le Bureau a a largement mis à profit son nouveau pouvoir de contraindre à fournir des informations au moyen d'études de marché et a annoncé des enquêtes qui sont prêtes à tirer parti des modifications récentes apportées aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière d'abus de position dominante et d'accords anticoncurrentiels civils. Ces mesures ont ouvert la voie à une application plus vigoureuse de la loi au cours de l'année à venir.

En ce qui concerne l'investissement étranger, la position du gouvernement canadien en matière de sécurité nationale s'est considérablement durcie ces dernières années. Au cours des 10 premières années qui ont suivi l'introduction du régime d'examen relatif à la sécurité nationale prévu à la *Loi sur Investissement Canada* en 2009, les dispositions n'ont été invoquées que 28 fois; au cours des cinq dernières années, le processus d'examen relatif à la sécurité nationale a été initié 115 fois (dont 26 au cours de la dernière année seulement). L'année 2025 devrait être marquée par un renforcement des obligations de conformité pour les investisseurs étrangers, avec l'entrée en vigueur de nouveaux régimes de notification obligatoire, incluant pour les investissements minoritaires. Le gouvernement canadien a déjà manifesté sa volonté et sa capacité d'intervenir dans les investissements minoritaires qu'il considère comme préjudiciables à la sécurité nationale du Canada. Il reste à voir si les nouvelles obligations de notification mèneront à une politique d'application de la loi encore plus stricte.

Nos *Perspectives pour 2025* visent à atténuer l'incertitude entourant les nouveaux contextes d'application de la loi en matière de concurrence et d'investissement étranger au Canada. Alors que la poussière retombe après des années de frénésie législative, nous nous sommes demandé si les objectifs de la réforme sont susceptibles d'être atteints, et quels sont les risques et les occasions créés par ces nouveaux paradigmes d'application de la loi.

# *Loi sur Investissement Canada* — Quel usage le gouvernement va-t-il faire de ses nouveaux pouvoirs?

## LES NOUVEAUX POUVOIRS MINISTÉRIELS SONT DÉSORMAIS EN VIGUEUR

L'année écoulée a été marquée par des changements considérables dans le paysage législatif canadien en matière d'investissement étranger, notamment l'adoption du projet de loi C-34, *Loi modifiant la Loi sur Investissement Canada* (le « projet de loi C-34 »), qui constitue la réforme la plus importante de la *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC ») depuis 2009.

Certaines des modifications introduites par le projet de loi C-34 sont entrées en vigueur le 3 septembre 2024. Elles renferment une série de nouveaux pouvoirs ministériels, notamment, dans le cadre des examens relatifs à la sécurité nationale, le pouvoir du ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie (le « Ministre ») d'imposer des conditions provisoires, de prolonger l'examen relatif à la sécurité nationale d'un investissement sans décret du cabinet, d'accepter des engagements visant à atténuer les risques pour la sécurité nationale, et de communiquer aux pays alliés des renseignements protégés sur des cas précis. Les modifications en vigueur comprennent aussi des modifications aux règles de procédure de dépôt à huis clos de renseignements de nature délicate appliquées dans le cadre de recours en contrôle judiciaire, des précisions concernant la prise en compte des droits de propriété intellectuelle dans l'examen de l'« avantage net » (un régime de la LIC distinct du processus d'examen relatif à la sécurité nationale) et une obligation pour le Ministre de déclarer les engagements de sécurité nationale acceptés et les décrets du cabinet à d'autres organismes canadiens.

Ces modifications ont été accompagnées de deux notes administratives fournissant des indications sur les nouveaux pouvoirs du Ministre d'imposer des conditions provisoires et d'accepter des engagements, y compris des procédures détaillées sur l'exercice de ces nouveaux pouvoirs du Ministre, ainsi qu'une liste non exhaustive des types de conditions provisoires qui peuvent être imposées et des catégories d'engagements qui peuvent être acceptés.

Les autres modifications prévues dans le projet de loi C-34 devraient entrer en vigueur en 2025, la plus notable étant la nouvelle exigence de notification obligatoire préalable à la clôture pour les acquisitions de contrôle et les investissements minoritaires dans des secteurs sensibles. Prises ensemble, les modifications actuellement en vigueur et en cours apportées à la LIC devraient avoir une incidence importante sur les normes procédurales et les stratégies de fond suivies par les investisseurs étrangers qui pourraient être assujettis au régime d'examen relatif à la sécurité nationale de la LIC au cours de la prochaine année. Les investisseurs et leurs conseillers juridiques devront, dans le cadre de l'élaboration de leur stratégie, tenir compte à la fois de la nouvelle exigence de notification obligatoire préalable à la clôture, et du nouveau pouvoir du Ministre d'obtenir des concessions de la part des investisseurs pour l'obtention de l'autorisation réglementaire et d'intervenir dans l'intégration postérieure à la clôture.

**Prises ensemble, les modifications actuellement en vigueur et en cours apportées à la LIC devraient avoir une incidence importante sur les normes procédurales et les stratégies de fond suivies par les investisseurs étrangers qui pourraient être assujettis au régime d'examen relatif à la sécurité nationale de la LIC au cours de la prochaine année**

## UNE LOI DE PLUS EN PLUS POLITIQUE

La LIC est une créature politique, comme on a eu l'occasion de le constater encore plus clairement l'année dernière. En 2024, nous avons vu des secteurs particuliers se retrouver sur le devant de la scène politique, la LIC étant positionnée comme un outil gouvernemental essentiel pour répondre aux préoccupations croissantes. Cela a été particulièrement manifeste lors des consultations gouvernementales sur les véhicules électriques, la sécurité économique et les pratiques commerciales chinoises déloyales qui ont débuté en 2024, chacune sollicitant des contributions sur l'utilisation de la réglementation sur l'investissement étranger pour traiter ces questions. Cependant, ces consultations ont aussi favorisé la transparence en mettant en évidence les principaux domaines de préoccupation du gouvernement fédéral, notamment les véhicules électriques, les batteries, les pièces de batterie, les semi-conducteurs, les produits solaires, les minéraux critiques et les médias numériques interactifs. Ce niveau de transparence devrait se maintenir jusqu'en 2025 dans le cadre des efforts du gouvernement fédéral, en partie par voie de consultation publique, de recenser les secteurs critiques qui seront assujettis à son nouveau régime de notification pré-clôture obligatoire.

**La LIC est une créature politique, comme on a eu l'occasion de le constater encore plus clairement l'année dernière**

L'incidence d'une élection fédérale, qui doit avoir lieu au plus tard en octobre 2025, souligne encore davantage la nature politique de la LIC. Les examens des investissements étrangers sont susceptibles d'être prolongés lorsqu'ils soulèvent des questions délicates sur le plan politique, et les approbations sont susceptibles d'être « suspendues » entre la date de délivrance du décret électoral et la date à laquelle le nouveau cabinet est formé, conformément à la « convention de transition » traditionnelle. En outre, un changement au sein du gouvernement fédéral aurait probablement une incidence importante sur les priorités en matière d'application de la LIC, en particulier s'agissant de sécurité nationale, bien qu'il est probable que l'attention particulière portée aux investissements chinois et aux investissements dans des secteurs de ressources clés tels que les minéraux critiques sera maintenue.

Ces dernières années, l'application de la LIC a été fortement influencée par les priorités politiques aux États-Unis, une étroite collaboration ayant été observée entre les agences de sécurité de part et d'autre de la frontière. L'élection du président Donald Trump et les changements connexes sur les plans de la sécurité nationale et de l'investissement étranger aux États-Unis auront également une incidence directe sur les types de transactions qui feront l'objet d'un examen aux termes des dispositions législatives relatives à la sécurité nationale du Canada.

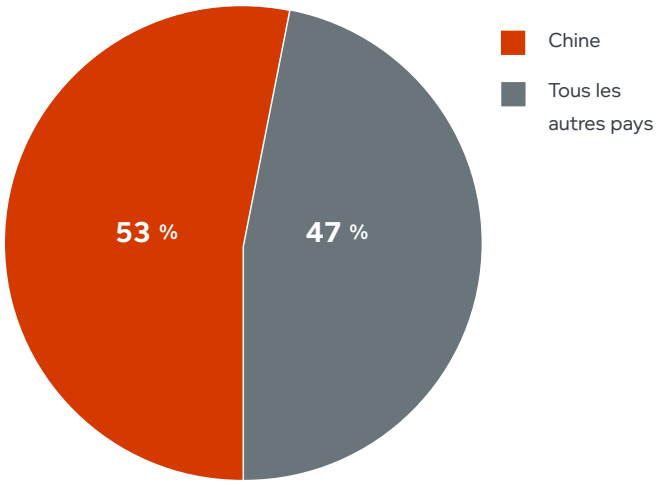
## MAINTIEN DE LA PRIORITÉ ACCORDÉE À L'APPLICATION DE LA LOI EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ NATIONALE

**L'activité importante en matière d'application du régime relatif à la sécurité nationale de la Direction générale de l'examen des investissements étrangers et de la sécurité économique s'est poursuivie en 2024, une tendance qui devrait se maintenir en 2025**

L'activité importante en matière d'application du régime relatif à la sécurité nationale de la Direction générale de l'examen des investissements étrangers et de la sécurité économique s'est poursuivie en 2024, une tendance qui devrait se maintenir en 2025. Pour l'exercice clos le 31 mars 2024, 26 investissements ont fait l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale, soit à peu près autant que le nombre record de 32 en 2022-2023. Sur ces 26 examens, 15 ont fait l'objet d'une ordonnance d'examen complet, soit sept de moins que l'an dernier. Sur ces 15 examens complets, six investisseurs ont retiré leur demande et abandonné leur investissement, deux ont reçu l'ordre de se départir de la totalité de leurs investissements (c'est-à-dire, une cession ou une ordonnance d'interdiction), et sept examens se sont conclus par une autorisation du gouvernement (officiellement, sans condition). Il est probable qu'au moins certains des examens qui se sont conclus par une autorisation sans condition ont fait l'objet d'un processus informel d'atténuation des risques. Nous nous attendons à ce que le nombre d'examens conclus par une autorisation sans condition (officiellement) diminue en 2025, car le Ministre pourra exercer son nouveau pouvoir d'autorisation des engagements conféré par la loi, ce qui donnera lieu à davantage d'investissements autorisés sous condition. En outre, trois des 11 examens qui se sont terminés sans nécessiter d'examen complet impliquaient des investisseurs qui ont abandonné leurs investissement, ce qui laisse croire que le gouvernement avait identifié des enjeux de sécurité nationale dans ces cas également.

En dépit de l'accent mis sur les examens relatifs à la sécurité nationale, seuls 26 des 1 201 investissements (soit environ 2 %) ayant fait l'objet de préavis et de demandes ont subi un examen relatif à la sécurité nationale. À cet égard, les investisseurs peuvent trouver un certain réconfort dans le fait que très peu d'investissements étrangers au Canada font l'objet d'examens relatifs à la sécurité nationale, et moins encore sont bloqués. Toutefois, compte tenu de la mise en œuvre probable du nouveau régime de notification obligatoire pour certains investissements en 2025, ce nombre devrait augmenter (potentiellement dans une large mesure).

### Examens détaillés de sécurité nationale selon l'origine de l'investisseur



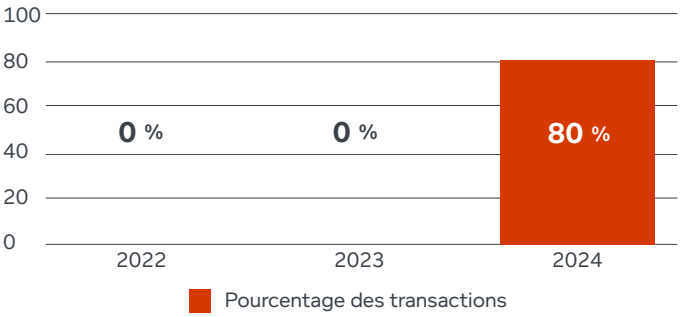

*Ce graphique compare le nombre d'ordonnances d'examen complet relatif à la sécurité nationale selon le pays d'origine de l'investisseur.*

L'origine de l'investisseur demeure un facteur clé en matière de sécurité nationale. Comme ce fut le cas les années précédentes, les investissements réalisés par des investisseurs chinois ont fait l'objet d'un nombre disproportionné d'examens. Sur les 15 examens complets ordonnés, huit avaient trait à des investissements par des acquéreurs sous contrôle chinois et tous, à l'exception d'un, ont été abandonnés et retirés ou ont fait l'objet d'une ordonnance d'interdiction. Néanmoins, la majorité des investissements provenant de la Chine (plus de 79 % en 2023-2024) n'ont fait l'objet d'aucune intervention relative à la sécurité nationale. Par conséquent, même si les investisseurs chinois continuent d'être plus susceptibles d'attirer l'attention que les investisseurs d'autres pays, le Canada est toujours ouvert à l'investissement chinois et il est impératif d'effectuer une évaluation des risques en matière de sécurité nationale au stade de la planification de la transaction en fonction des circonstances particulières de celle-ci. Par ailleurs, les interventions relatives à des investissements provenant d'autres pays – dont les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Allemagne – montrent que des enjeux de sécurité nationale peuvent se poser même lorsqu'un investisseur est ultimement contrôlé dans un pays allié. Il convient toutefois de noter que six de ces sept investissements non chinois ont été officiellement autorisés sans condition.

## LES CONVENTIONS DE TRANSACTIONS PRÉVOIENT UNE MEILLEURE RÉPARTITION DES RISQUES EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ NATIONALE

Selon notre étude annuelle des 30 plus importantes transactions de fusions et acquisitions (F&A) négociées visant des entreprises canadiennes cotées en bourse entre le 1er janvier et le 1er décembre 2024 (l'« étude sur les F&A au Canada »), la manière dont la LIC est intégrée aux conventions de transactions évolue de manière subtile. Alors qu'il y a eu une diminution du nombre de conventions de transactions comportant une représentation selon laquelle l'acheteur est un investisseur OMC (Organisation mondiale du commerce) ou un investisseur sous le contrôle d'un pays avec lequel le Canada a conclu un accord de libre-échange (désignations qui dictent le seuil d'examen applicable selon la LIC), le nombre de transactions dont les conventions comportaient une représentation selon laquelle l'acheteur n'était pas une entreprise d'État aux fins de la LIC a augmenté, pour passer à 35 % en 2024, comparativement à 27 % et 23 % en 2023 et en 2022, respectivement. Il s'agit là d'une réponse claire du marché au risque supplémentaire lié à l'application de la loi associé aux acheteurs qui constituent des entreprises d'État aux termes de la LIC.

**Pourcentage des transactions comprenant un engagement relatifs aux délais de dépôt des demandes d'examen relatif à l'avantage net qui exigeaient également que l'acheteur dépose des engagements.**




Toutefois, la LIC n'a pas seulement une incidence sur les représentations et les garanties figurant dans les conventions de transactions — elle demeure pertinente pour la planification de l'échéancier des transactions. Parmi les **six** transactions en 2024 dont les conventions comprenaient un engagement concernant les délais de dépôt des demandes d'examen relatif à l'avantage net, cinq exigeaient que l'acheteur étranger dépose des engagements Ce qui montre une fois de plus que les parties aux transactions sont beaucoup plus précises quant à la manière dont elles s'engagent à l'égard du processus d'examen prévu à la LIC. De plus, parmi les 26 transactions conclues avec un acheteur sous contrôle étranger, 19 % incluaient l'autorisation relative à la sécurité nationale selon la partie IV.1 de la LIC comme condition de clôture (qui comprend habituellement soit l'expiration du délai suivant le dépôt d'un avis au cours duquel un examen relatif à la sécurité nationale peut être entrepris par le Ministre, soit l'autorisation si un examen est entrepris), comparativement à 27 % et à 5 % au cours des deux dernières années, respectivement. Des conditions plus strictes concernant les délais de dépôt, les recours et les indemnités de rupture liées à la sécurité nationale demeurent relativement inhabituelles, mais devraient devenir plus courantes à mesure que le paysage de la sécurité nationale continue d'évoluer. En particulier, comme le régime de notification obligatoire entre en vigueur en 2025, il est probable qu'en ce qui concerne les transactions relevant de la définition à venir d'« activité commerciale réglementaire », des conditions plus strictes pourraient être envisagées concernant l'autorisation des investissements étrangers, notamment des délais de clôture prolongés pour les transactions d'envergure ou politiquement sensibles afin d'assurer une répartition suffisante entre les parties des risques liés aux nouvelles exigences de notification préalable à la clôture.

**Comme le régime de notification obligatoire entre en vigueur en 2025, il est probable qu'en ce qui concerne les transactions relevant de la définition à venir d'« activité commerciale réglementaire », des conditions plus strictes pourraient être envisagées concernant l'autorisation des investissements étrangers**

# Examen des fusions : un changement dans la boîte à outils et un changement de cap?

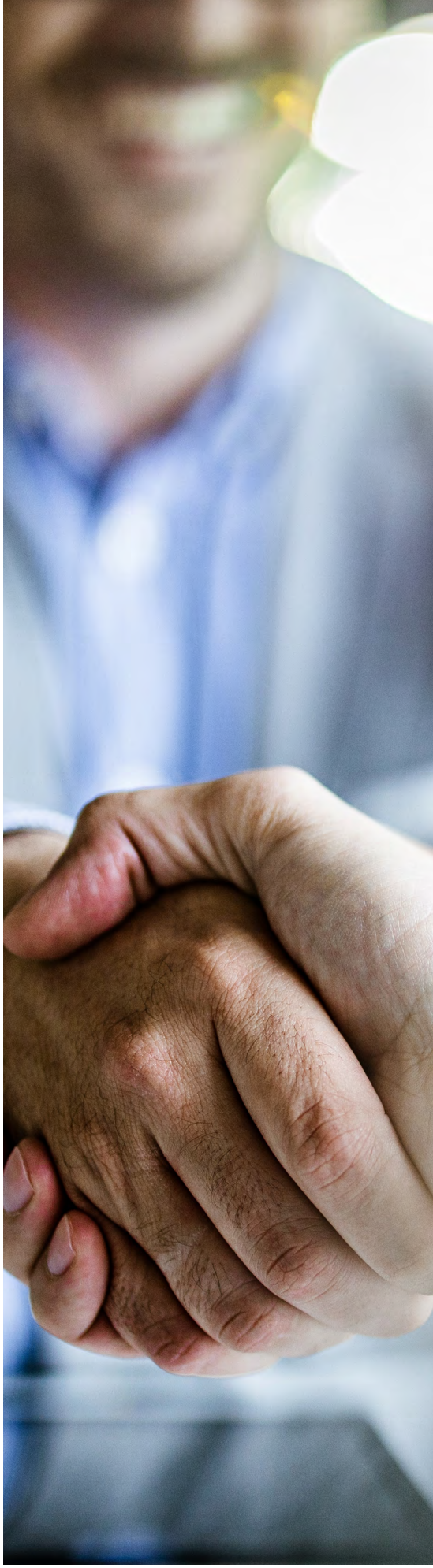
Après une série de changements progressifs au cours des 15 dernières années, des modifications complètes au régime d'examen des fusions prévu à la *Loi sur la concurrence* sont entrées en vigueur en 2024 avec l'adoption du projet de loi C-59. Ces modifications ont facilité un changement de cap dans l'approche du Bureau en matière d'application de la loi, ce qui laisse entrevoir quelques tendances clés pour l'examen des fusions au Canada en 2025 et au-delà.

## LES TRANSACTIONS VISANT UNE CIBLE AYANT D'IMPORTANTES IMPORTATIONS SONT DÉSORMAIS DAVANTAGE SUSCEPTIBLES DE FAIRE L'OBJET D'UN PRÉAVIS

Pour la première fois depuis 2019, plus de 50 % des transactions passées en revue dans le cadre de notre étude sur les F&A au Canada étaient assorties d'une condition de clôture selon la *Loi sur la concurrence*[1]. Bien que l'étude sur les F&A au Canada soit axée sur des transactions visant des entreprises canadiennes cotées en bourse, nous prévoyons une augmentation du nombre de transactions visant des entreprises non canadiennes qui devront être autorisées conformément à la *Loi sur la concurrence* en raison d'un changement clé apporté au seuil relatif à la taille des transactions devant faire l'objet d'un préavis de fusion aux termes de la *Loi sur la concurrence*.

Les transactions visant l'acquisition d'une entreprise en exploitation[2] au Canada sont assujetties au dépôt obligatoire d'un avis préalable à la fusion lorsque deux seuils monétaires sont dépassés (des critères supplémentaires et des exceptions peuvent s'appliquer). Le seuil relatif à la taille des parties, qui exige que les parties à une transaction (ainsi que leurs affiliées) aient au Canada des actifs dont la valeur comptable totale combinée dépasse 400 millions $ CA, ou qu'elles aient réalisé des revenus bruts annuels combinés provenant de ventes au Canada, en provenance et en direction du Canada, dépassant 400 millions $ CA, demeure inchangé.

Toutefois, le seuil relatif à la taille des transactions, qui ne tenait auparavant compte que des actifs de la cible au Canada et des revenus qu'ils dégagent (c.-à-d. les ventes au Canada et en provenance du Canada), exige maintenant que les actifs de la cible au Canada ou ses revenus provenant de ventes au Canada, en provenance ou en direction du Canada, et réalisés à partir de la totalité des éléments d'actif acquis, dépasse 93 millions $ CA (la valeur monétaire de ce seuil peut être rajustée chaque année en fonction de la croissance du produit intérieur brut national). Par conséquent, l'analyse des avis de fusion exige maintenant la prise en compte des ventes provenant d'actifs



1 Comme il est décrit dans le chapitre précédent, l'étude sur les F&A au Canada comporte un examen annuel des 30 plus importantes transactions négociées visant des entreprises canadiennes cotées en bourse entre le 1er janvier et le 1er décembre 2024. Sur les 30 conventions liées aux transactions qui ont été examinées, 17 comprenaient une condition de clôture aux termes de la *Loi sur la concurrence*.

2 Une entreprise en exploitation est définie dans la *Loi sur la concurrence* comme une « entreprise au Canada à laquelle des employés affectés à son exploitation se rendent ordinairement pour les fins de leur travail ».

canadiens à l'intérieur comme à l'extérieur du Canada, ainsi que les ventes provenant d'actifs non canadiens en direction du Canada.

L'inclusion des ventes à l'importation dans le seuil de la taille de la transaction signifie que les transactions visant une cible ayant des activités transfrontalières sont plus susceptibles de devoir faire l'objet d'un préavis au Bureau. Par exemple, l'acquisition d'un fabricant ayant un centre de distribution au Canada (c.-à-d. une entreprise en exploitation) qui a réalisé des ventes importantes (soit plus de 93 millions $ CA) à des clients canadiens exclusivement et directement à partir d'installations de fabrication non canadiennes ne devait auparavant pas faire l'objet d'un préavis, car ces ventes transfrontalières n'étaient pas prises en compte dans le calcul du seuil relatif à taille des transactions. Selon le seuil révisé, ces ventes transfrontalières seraient considérées comme des ventes « en direction du Canada » et, dans l'hypothèse où le seuil relatif à la taille des parties est également dépassé, la transaction devrait faire l'objet d'un préavis au Bureau. Les entreprises qui envisagent acquérir une société domiciliée à l'étranger qui n'a pas de présence importante dans la fabrication ou la vente au Canada devront néanmoins se demander si, en raison des ventes de la société réalisées « en direction » du Canada, la transaction doit faire l'objet d'un préavis de fusion.

> **L'inclusion des ventes à l'importation dans le seuil de la taille de la transaction signifie que les transactions visant une cible ayant des activités transfrontalières sont plus susceptibles de devoir faire l'objet d'un préavis au Bureau**

## LES PARTIES À DES TRANSACTIONS COMPLEXES PEUVENT S'ATTENDRE À DES EXAMENS PLUS LONGS

La modification la plus importante apportée à la *Loi sur la concurrence* est sans doute l'introduction d'une présomption structurelle, selon laquelle une transaction qui entraîne ou entraînera vraisemblablement une augmentation de la part du marché supérieure à 30 % ou une augmentation de la concentration au-delà des seuils prescrits, ainsi que dans l'un ou l'autre cas, une augmentation supplémentaire de la concentration au-delà d'un seuil prescrit, est présumée anticoncurrentielle, sauf preuve contraire des parties à la transaction selon la prépondérance des probabilités. Bien que la nouvelle présomption structurelle reflète de près la présomption structurelle énoncée dans les **lignes directrices sur les fusions de 2023 du département de la Justice des États-Unis**, les lignes directrices américaines peuvent être abrogées ou modifiées à tout moment et appliquées de façon discrétionnaire, alors que cette nouvelle présomption structurelle est inscrite dans la loi, devenant un élément beaucoup plus permanent avec, selon toute vraisemblance, une marge de pouvoir discrétionnaire plus limitée en matière d'application de la loi.

Au cours des dernières années, le Bureau a plaidé en faveur d'une présomption structurelle, qui devrait être au cœur de son approche d'application de la loi en matière de fusions à l'avenir. Bien qu'il soit trop tôt pour prédire si la présomption structurelle est susceptible d'entraîner une augmentation importante du nombre de fusions bloquées, elle risque de se traduire par un processus d'examen plus long et plus complexe pour un plus grand nombre de transactions, et pourrait avoir un effet dissuasif sur les transactions dont la

valeur dépasse les seuils présumés. En particulier, les parties à une transaction qui entraînerait une part de marché ou une concentration supérieure aux seuils prescrits sur un marché donné sont désormais plus susceptibles de recevoir une demande de renseignements supplémentaires (semblable à un « second request » dans le cadre du processus Hart-Scott-Rodino aux États-Unis). Cela permettra au Bureau d'obtenir les documents et les données nécessaires pour évaluer de près les arguments avancés par les parties pour réfuter la présomption structurelle, mais augmentera nécessairement les coûts et les délais associés à l'autorisation réglementaire.

**Au cours des dernières années, le Bureau a plaidé en faveur d'une présomption structurelle, qui devrait être au cœur de son approche d'application de la loi en matière de fusions à l'avenir**

## DES MESURES CORRECTIVES IMPORTANTES PEUVENT ÊTRE EXIGÉES POUR L'AUTORISATION DES TRANSACTIONS

Le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») peut désormais ordonner des mesures correctives qui rétabliront la concurrence au niveau qui aurait existé s'il n'y avait pas eu de fusion. Cela élargit la portée des pouvoirs du Tribunal, qui étaient auparavant limités aux ordonnances de mesures correctives visant à rétablir la concurrence à un point où l'on ne peut plus dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant la fusion.

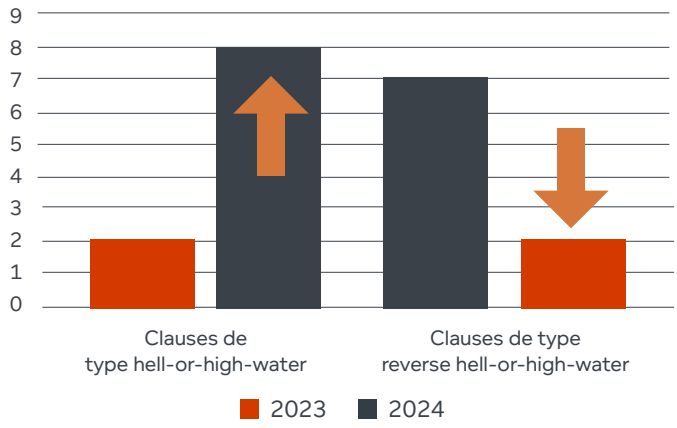
En conséquence, les parties peuvent s'attendre à ce que des négociations plus onéreuses et potentiellement contentieuses soient engagées avec le Bureau en matière de mesures correctives. D'autres éléments ajoutés à la boîte à outils du Bureau, dont l'interdiction automatique de clôturer une transaction dans l'attente d'une décision du Tribunal sur une demande d'ordonnance provisoire du Bureau visant l'interdiction de la clôture, inciteront également le Bureau à adopter une attitude plus agressive lorsque les parties tentent de réaliser leur transaction en dépit des objections du Bureau.

**Outre ce changement réglementaire en matière d'application de la loi, nous nous attendons à un changement dans les tactiques de négociation entre les parties aux transactions, puisque les acquéreurs vont tenter de tenir compte de ce niveau de mesures correctives plus élevé lorsqu'ils négocient des engagements liés à la réglementation (*regulatory efforts covenants* en anglais) dans le cadre des conventions de transactions**

Outre ce changement réglementaire en matière d'application de la loi, nous nous attendons à un changement dans les tactiques de négociation entre les parties aux transactions, puisque les acquéreurs vont tenter de tenir compte de ce niveau de mesures correctives plus élevé lorsqu'ils négocient des engagements liés à la réglementation (*regulatory efforts covenants* en anglais) dans le cadre des conventions de transactions. Les acheteurs devront être à l'aise avec le fait qu'à l'avenir, une clause dite *hell-or-high water* en anglais, c.-à-d. un engagement à accepter toute mesure corrective nécessaire pour obtenir l'autorisation de fusionner, peut contraindre l'acheteur à offrir ou à accepter un plan de dessaisissement plus important que par le passé. D'après notre étude sur les F&A au Canada, nous constatons déjà un recours accru aux clauses *hell-or-high water* (soit huit en 2024 comparativement à seulement deux en 2023) et une baisse marquée de l'utilisation de clauses *reverse hell-or-high water covenant* (soit deux en 2024, comparativement à sept en 2023), soit des clauses prévoyant que l'acquéreur n'est pas tenu d'accepter quelque mesure corrective que ce soit pour obtenir l'autorisation de fusionner. Sur les huit clauses *hell-or-high water*, cinq d'entre elles prévoyaient des exclusions expresses, aux termes desquelles l'acheteur avait imposé une certaine limite à son obligation de désinvestissement, prévoyant qu'il n'avait pas à accepter un dessaisissement qui constituerait un « effet défavorable important ». À l'avenir, nous nous attendons à ce que les acheteurs plaident de plus en plus en faveur de l'inclusion de telles clauses *hell-or-high water* de portée limitée afin de disposer d'une plus grande marge de manœuvre si les seuils d'examen sont plus élevés. De plus, les parties à des transactions complexes, particulièrement celles qui dépassent les seuils de présomption structurelle,

devront tenir compte des délais supplémentaires nécessaires aux examens approfondis et aux négociations prolongées sur les mesures correctives en prolongeant les délais de clôture ou en prévoyant des prolongations particulières pour les approbations réglementaires. D'après notre étude sur les F&A au Canada, les parties prévoient déjà des délais de clôture prolongés, 59 % des conventions comprenant en effet une condition de clôture aux termes de la *Loi sur la concurrence* prévoyant un délai de clôture d'au moins six mois.

### Ententes prévoyant d'importantes mesures correctives




## « UN BON SCEPTICISME » — LA NOUVELLE APPROCHE DU BUREAU EN MATIÈRE D'EXAMEN DES FUSIONS

> **Le Bureau a clairement indiqué que ces modifications marquaient le début d'un changement vers une application plus stricte de la loi en matière de fusions au Canada**

Le Bureau a clairement indiqué que ces modifications marquaient le début d'un changement vers une application plus stricte de la loi en matière de fusions au Canada. Dans son récent discours intitulé ***La nouvelle ère de l'application de la loi en matière de concurrence au Canada***, le Commissaire a déclaré : « [O]n peut s'attendre à une plus grande dose de bon scepticisme à l'égard des projets de fusion dans les secteurs concentrés […] Cela met fin à ce qui était — à mon avis — une approche trop permissive des fusions ou, comme l'a décrit l'un de mes prédécesseurs, 'la législation sur les fusions la plus faible de tous nos pays pairs' ».

Le Bureau est également d'avis que ces modifications permettront « une mise en application plus rapide et beaucoup moins technocratique ». Les récentes modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* — telles que l'abrogation de la défense des gains en efficience, la prolongation du délai dont dispose le Bureau pour contester une fusion d'un an à trois ans après la clôture pour les transactions qui n'ont pas fait l'objet d'un préavis, et l'introduction d'une suspension automatique de la clôture dans l'attente d'une décision sur une demande d'ordonnance provisoire du Bureau — ont simplifié le fardeau que le Bureau doit assumer pour contester une transaction. Toutefois, la présomption structurelle n'a fait que déplacer (plutôt que simplifier) le fardeau d'analyse du Bureau vers les parties, car pour délivrer une autorisation, le Bureau devra toujours conclure que la transaction n'empêche pas ou ne diminue pas sensiblement la concurrence, peu importe que les seuils présumés soient dépassés. Compte tenu de la complexité de l'analyse en matière antitrust, y compris le recours à des preuves économétriques d'experts, le Bureau voudra probablement vérifier toute analyse présentée par les parties, ce qui pourrait retarder l'obtention de l'autorisation de fusionner.

Les lignes directrices du Bureau, *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*, qui font actuellement l'objet d'une révision exhaustive, devraient être publiées plus tard en 2025. Ces lignes directrices et l'année à venir seront révélatrices de la manière dont le Bureau prévoit d'utiliser sa boîte à outils renforcée pour administrer le régime d'examen des fusions selon la *Loi sur la concurrence*.

# Cartels et collaborations anticoncurrentielles : le Bureau entre à nouveau dans la mêlée

Le commissaire Matthew Boswell a conclu son intervention lors de la Conférence d'automne sur la concurrence de l'Association du Barreau canadien en trois mots : « attachez votre ceinture »[3]. La « nouvelle ère de l'application de la loi en matière de concurrence au Canada » du Commissaire s'appuie sur des engagements antérieurs visant à ce que le Bureau soit prêt à faire face à un environnement plus propice aux litiges. À l'avenir, nous nous attendons à ce que le Bureau tienne sa promesse d'une application vigoureuse de la loi en ce qui a trait aux cartels et aux collaborations anticoncurrentielles. Les statistiques du rapport du Bureau pour la période 2023-2024 font état d'une hausse soutenue des mesures d'application de la loi en matière criminelle, ce qui, selon nous, demeurera la norme. Le Bureau continue de prendre diverses initiatives en matière d'application de la loi, notamment la surveillance d'activités en l'absence de demandes d'immunité ou de clémence, et il a mis à jour ses Programmes d'immunité et de clémence pour tenir compte des nouvelles infractions criminelles de fixation des salaires et de non-débauchage. En outre, le Bureau mène des enquêtes civiles dans le secteur de pointe de l'intelligence artificielle (l'« IA »).

## APPLICATION DE LA LOI EN MATIÈRE DE CARTELS : UN RETOUR À L'ACTION

### Reprise de l'activité d'application de la loi

En 2025, nous nous attendons à ce que la promesse récente du Commissaire se traduise par une plus grande activité d'application de la loi à l'égard des cartels et des collaborations anticoncurrentielles. Les statistiques du rapport du Bureau pour la période 2023-2024 (du 1er avril 2023 au 31 mars 2024) indiquent une augmentation soutenue des activités d'application de la loi en matière de cartels :

| Indicateur de l'application de la loi | 2023–2024 | 2022–2023 | 2021–2022 | 2020–2021 |
|---|---|---|---|---|
| Personnes accusées | 6 | 5 | 2 | 3 |
| Total des amendes imposées aux entreprises | 51 960 000 $ CA | 0 $ CA | 761 967 $ CA | 0 $ CA |
| Mandats de perquisition délivrés[4] | 1 | 0 | 2 | 0 |
| Nouvelles enquêtes (lutte contre les cartels) | 22 | 30 | 14 | 14 |
| Enquêtes en cours (lutte contre les cartels) | 34 | 47 | 39 | 36 |
| Signets d'immunité accordés | 3 | 1 | 2 | 4 |

3 Bureau de la concurrence Canada, allocution de M. Matthew Boswell, commissaire de la concurrence, à la Conférence d'automne sur la concurrence de l'Association du Barreau canadien, « La nouvelle ère de l'application de la loi en matière de concurrence au Canada » (26 septembre 2024), en ligne : https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2024/09/la-nouvelle-ere-de-lapplication-de-la-loi-en-matiere-de-concurrence-au-canada.html.

4 Comprend plusieurs mandats pour une seule enquête.

Ces statistiques montrent que le Bureau a repris du service, ouvrant un grand nombre de nouvelles enquêtes en matière de lutte contre les cartels (22 ajouts en 2023-2024 seulement, soutenus par trois nouveaux signets d'immunité). Au cours de cette même période, le Bureau a également effectué une perquisition (*dawn raid* en anglais) et, depuis lors, nous savons que le Bureau a exécuté des mandats de perquisition dans le cadre d'une autre enquête à la fin du printemps 2024, laquelle n'a pas été prise en compte dans les statistiques résumées ci-dessus.

> **Toutefois, les résultats les plus notables du Bureau sont les amendes imposées et les accusations portées. Le Bureau a obtenu sa plus grande amende jamais imposée pour fixation de prix (50 millions $ CA) dans l'affaire du cartel du pain, et a inculpé six personnes pour des infractions pénales au cours de la période de référence 2023-2024**

Toutefois, les résultats les plus notables du Bureau sont les amendes imposées et les accusations portées. Le Bureau a obtenu sa plus grande amende jamais imposée pour fixation de prix (50 millions $ CA) dans l'affaire du cartel du pain, et a inculpé six personnes pour des infractions pénales au cours de la période de référence 2023-2024. Depuis la fin de la période de référence, le Bureau a également imposé des sanctions non pécuniaires importantes contre des personnes condamnées, les règlements imposant deux peines avec sursis distinctes (une pour 14 mois et une autre pour 12 mois).

### Priorité à l'application « d'office » de la loi

À l'instar des agences chargées de l'application de la loi dans d'autres pays, le Bureau s'est donné pour priorité de renforcer son pouvoir d'office en matière d'application de la loi, c.-à-d. l'application de sa propre initiative, en l'absence de demandes d'immunité ou de clémence. Grâce à des ressources supplémentaires et à un budget accru, le Bureau a intensifié la surveillance proactive d'activités dont il soupçonne qu'elles constituent un cartel. En 2024, le Bureau a fait deux annonces publiques au sujet d'enquêtes dans le secteur des carburants de détail à l'échelle régionale. À l'avenir, les acteurs du marché peuvent s'attendre à une direction dynamique et proactive en matière de lutte contre les cartels.

Le Bureau a également tiré parti des tendances plus générales en matière d'application de la loi à l'échelle internationale en coordonnant l'activité transfrontalière d'application de la loi. En particulier, en partenariat avec le département de la justice des États-Unis et la Commission Fédérale de Concurrence Économique du Mexique, le Bureau a lancé un service de dénonciation destiné à dénoncer des activités des collusions relatives à la Coupe du monde de la FIFA 2026 (qui se déroulera dans différentes villes au Canada, au Mexique et aux États-Unis) afin de protéger l'intégrité des processus d'appels d'offres. Nous prévoyons qu'une surveillance proactive, en partenariat avec les organismes internationaux, qui sont eux aussi de plus en plus axés sur l'application *ex officio* de la loi, sera une tendance marquée en 2025.

### Le Bureau prépare ses *Programmes d'immunité et de clémence à de nouveaux types d'enquêtes*

Le Bureau a revu ses *Programmes d'immunité et de clémence* (les « Programmes ») afin de guider les éventuels demandeurs d'immunité relativement à des accords de fixation des salaires ou de non-débauchage de leurs employés, et de tenir compte des derniers développements sur la pratique en matière d'enquête visant des cartels.

Les Programmes révisés contiennent des mises à jour sur le fond, donnant aux participants du marché l'information dont ils ont besoin pour examiner et demander l'immunité ou la clémence à l'égard d'accords criminels de fixation des salaires ou de non-débauchage, qui sont des nouvelles infractions criminelles *per se* au Canada depuis le mois de juin 2023. Même si nous n'avons connaissance d'aucune affaire publique de fixation des salaires ou de non-débauchage à ce jour, l'ajout de lignes directrices détaillées sur la façon dont le Bureau examinera ces affaires, y compris l'information que le demandeur d'immunité doit fournir au Bureau et la façon dont la réduction des amendes et les avantages liés à une demande de clémence seront évalués, devrait faciliter la coopération pour les enquêtes futures du Bureau concernant ces nouvelles infractions criminelles liées à l'emploi.

Sur le plan de la procédure, les Programmes ont également été mis à jour afin de refléter la pratique récente du Bureau de demander un affidavit aux termes de la *Loi sur la preuve au Canada* pour démontrer l'authentification des documents fournis au Bureau (concernant leur origine ou leur manipulation antérieure). L'exigence de ces affidavits, qui servent à authentifier les documents produits au procès, témoigne de l'engagement renforcé du Bureau de veiller à ce que les enquêtes soient menées jusqu'au procès.

## ENQUÊTES CIVILES DE POINTE DANS LE SECTEUR DE L'IA

La position de plus en plus active du Bureau à l'égard des cartels s'accompagne d'un travail de pointe en matière d'application des dispositions civiles de la loi traitant de la collaboration entre concurrents.

En mars 2024, le Bureau avait prédit que l'accent serait mis sur l'IA et la « collusion algorithmique » dans son document de travail intitulé *Intelligence artificielle et concurrence*. Dans ce document, il notait que des préoccupations pourraient survenir « si plusieurs concurrents achètent ou utilisent la même technologie d'IA auprès d'un tiers fournisseur », car un « fournisseur d'IA peut tirer parti de la technologie pour faciliter la conclusion d'un accord de cartel entre des concurrents latéraux auxquels il fournit des services »[5].

> **À peine quelques mois plus tard, le Bureau s'est adressé aux tribunaux pour demander la communication de renseignements en se fondant sur la théorie du préjudice énoncée dans son document de travail précédent, démontrant l'engagement du Bureau à respecter ses priorités déclarées en matière d'application de la loi dans le secteur de l'IA**

À peine quelques mois plus tard, le Bureau s'est adressé aux tribunaux pour demander la communication de renseignements en se fondant sur la théorie du préjudice énoncée dans son document de travail précédent, démontrant l'engagement du Bureau à respecter ses priorités déclarées en matière d'application de la loi dans le secteur de l'IA. En juillet 2024, le Bureau a demandé, par voie judiciaire, à un fournisseur de services de données et de tarification aux détaillants de carburant de lui fournir de l'information. L'enquête du Bureau vise à déterminer si « [traduction] les accords conclus avec des stations-service sont, en fait, des accords ou des arrangements conclus entre [...] concurrents qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence, ou auront vraisemblablement cet effet, dans des marchés partout au Canada »[6]. Même si l'on ne voit pas bien comment l'adoption indépendante par plusieurs concurrents de la même technologie d'IA peut, à elle seule, constituer un « accord ou un arrangement », l'enquête du Bureau démontre son engagement à se tenir au courant des dernières évolutions technologiques et à examiner comment les cadres juridiques existants peuvent être appliqués aux affaires mettant en jeu l'IA générative. Cette affaire souligne également le risque de chevauchement, sur le plan de l'application de la loi en matière d'IA, entre plusieurs dispositions de la *Loi sur la concurrence*. Même si dans cette affaire, le Bureau a visé une conduite suggérant une coordination entre différentes entreprises, il a également fait valoir une nouvelle théorie relative à l'abus de position dominante, laquelle est analysée plus en détail dans la rubrique ci-après intitulée *Un nouveau chapitre sur les comportements devant faire l'objet d'un examen ou juste quelques pages extraites du guide d'une autre autorité de réglementation?*

De plus, les modifications apportées aux dispositions civiles relatives aux collaborations (qui sont entrées en vigueur le 15 décembre 2024) étendent la portée de ces dispositions aux accords ou arrangement entre non-concurrents (à condition que l'un des « objets importants » de cet accord ou arrangement est d'empêcher ou de diminuer la concurrence). Nous nous attendons à ce que des affaires, comme celle de la tarification du carburant de détail au moyen de l'IA — qui suppose des relations verticales clés — deviennent plus courantes à l'avenir. Les priorités du Bureau à cet égard ont également été confortées par le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie du Canada, qui a demandé des enquêtes portant sur d'autres plateformes technologiques de tarification.

5 Bureau de la concurrence, Intelligence artificielle et concurrence (20 mars 2024), en ligne : **https://bureau-concurrence.canada.ca/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/intelligence-artificielle-concurrence**.

6 Commissaire de la concurrence, Dossier de demande, Affidavit de Alexander Jokic, Dossier T-1778-24 (11 juillet 2024), au para 37.

# Un nouveau chapitre pour les comportements pouvant faire l'objet d'un examen ou juste des pages tirées du manuel d'un autre régulateur?

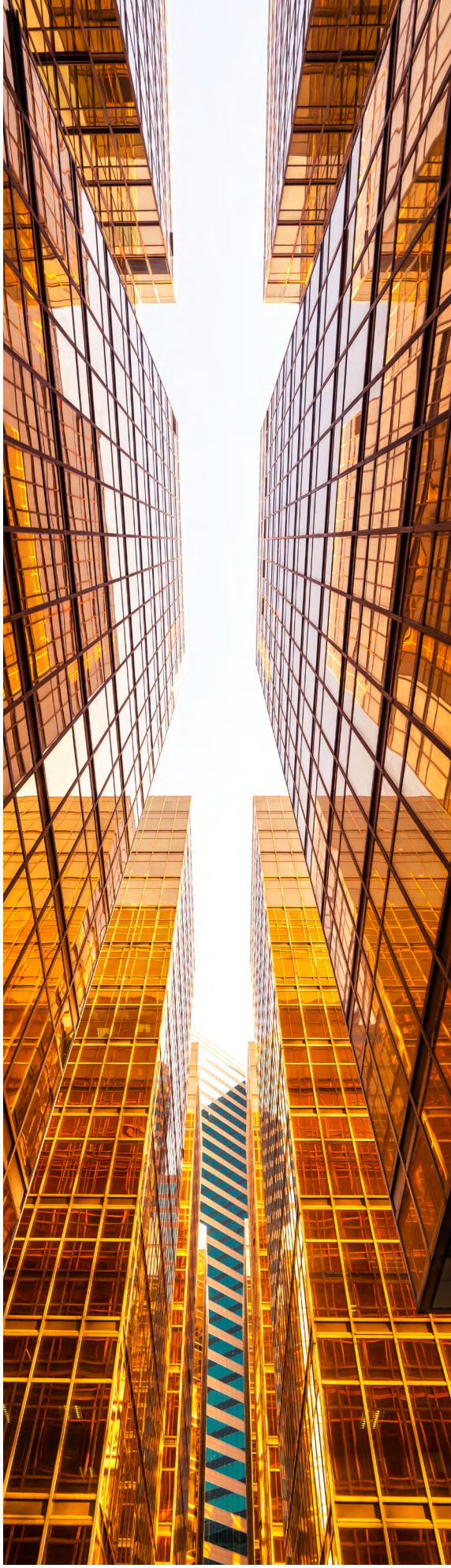
Au cours des dernières années, les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives à l'abus de position dominante ont fait l'objet d'une révision importante. Avec au moins six enquêtes sur des pratiques abusives annoncées publiquement et amorcées en 2024[7], en plus d'une poursuite importante contre Google en lien avec ses outils de technologie publicitaire, il est probable que les mesures d'application de la loi ne feront que s'intensifier dans ce domaine en 2025 et au-delà. Par conséquent, le Bureau pourrait fort bien se tourner vers le sud de la frontière ainsi que vers l'Union européenne (l'« UE ») et d'autres territoires pour chercher de l'inspiration lui permettant de déterminer quels secteurs il devrait cibler, lesquels pourraient inclure les secteurs de l'épicerie, de l'immobilier, de la technologie et, pour les parties privées, des produits pharmaceutiques.

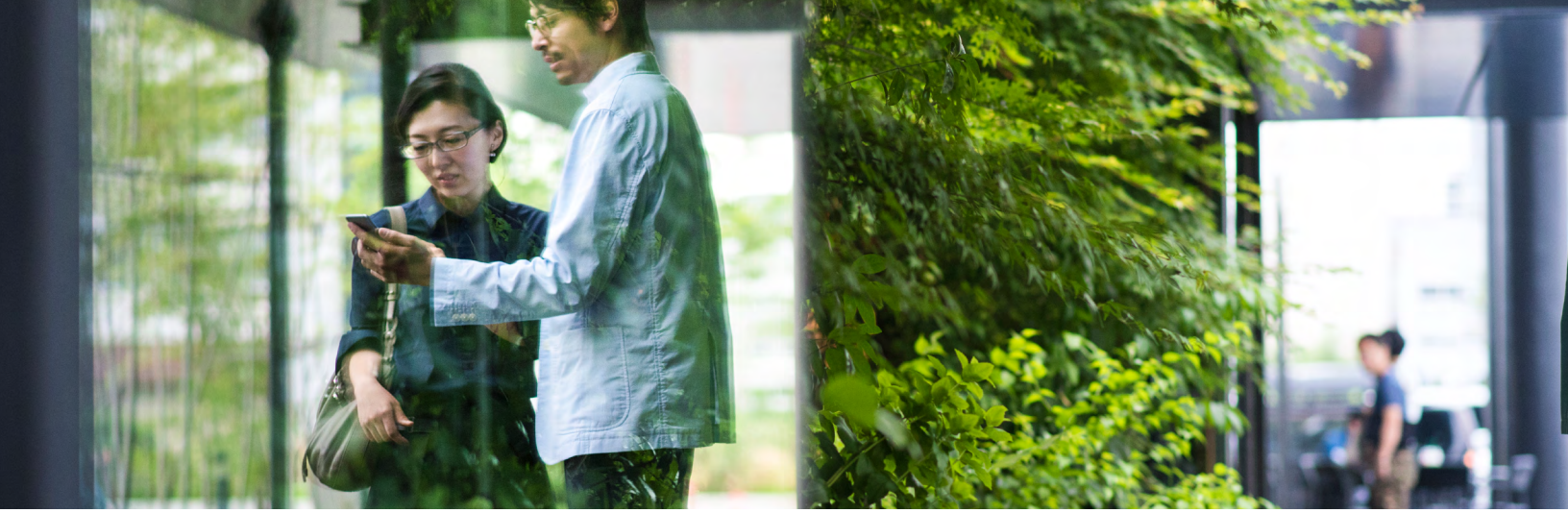
**Avec au moins six enquêtes sur des pratiques abusives annoncées publiquement et amorcées en 2024[7], en plus d'une poursuite importante contre Google en lien avec ses outils de technologie publicitaire, il est probable que les mesures d'application de la loi ne feront que s'intensifier dans ce domaine en 2025 et au-delà**

## UN NOUVEAU SOUFFLE : ATTENTION ACCRUE PORTÉE AUX CONTRÔLES DE PROPRIÉTÉ DANS LE SECTEUR DE L'ÉPICERIE

À la suite de la publication par le Bureau de son *Étude de marché sur le secteur de l'épicerie de détail*, la fin de l'année 2023 a été marquée par une plus grande attention portée à la lutte contre la hausse du coût de la vie et, en particulier, aux prix dans les épiceries. L'une des principales préoccupations du Bureau dans ce secteur concerne les contrôles de propriété anticoncurrentiels présumés (aussi appelés clauses restrictives), une pratique qui a déjà fait l'objet d'une enquête au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande. En août 2024, le Bureau a publié un projet de lignes directrices à des fins de commentaires sur l'utilisation des contrôles de propriété dans l'immobilier commercial, dans lequel il souligne que les situations dans lesquelles les contrôles de propriété peuvent être justifiés parce qu'ils augmentent globalement la concurrence et peuvent ainsi échapper aux mesures éventuelles d'application de la loi, sont très limitées. Le projet de lignes directrices du Bureau prévoit aussi que les

7 Ces enquêtes comprennent la conduite présumée de Dye & Durham, de L'Association canadienne de l'immobilier, du Ottawa Real Estate Board, de Kalibrate, de la Yukon Real Estate Association et de la Northwest Territories Association of Realtors.





contrôles de propriété tombent sous le coup du nouvel article 90.1, en plus de l'abus de position dominante.

> **Il souligne que les situations dans lesquelles les contrôles de propriété peuvent être justifiés parce qu'ils augmentent globalement la concurrence et peuvent ainsi échapper aux mesures éventuelles d'application de la loi, sont très limitées**

La période de consultation pour ce projet de lignes directrices s'est récemment terminée et les orientations définitives devraient être arrêtées au début 2025. Une fois en place, étant donné que le Bureau a accordé une grande importance à cette conduite alléguée au cours de l'année écoulée, il est anticipé que les contrôles de propriété pourraient constituer une priorité majeure pour le Bureau en 2025, et elle pourrait s'étendre à d'autres secteurs que celui de l'épicerie.

## PORTES OUVERTES SUR LES COMPORTEMENTS POUVANT FAIRE L'OBJET D'UN EXAMEN DANS LE SECTEUR IMMOBILIER

À l'instar des autorités américaines dans des affaires similaires, le Bureau a non seulement fait des contrôles de propriété sur le marché de l'immobilier commercial une priorité en matière d'application de la loi, mais aussi, de manière plus générale, des comportements anticoncurrentiels présumés de la part d'entreprises immobilières. En mars 2024, la National Association of REALTORS® aux États-Unis a annoncé qu'elle avait convenu de payer 418 millions $ US pour régler une poursuite intentée pour le compte de vendeurs résidentiels relativement à des commissions fixes de courtage de longue date. Grâce à ce règlement, les acheteurs et vendeurs résidentiels aux États-Unis peuvent maintenant négocier des commissions avec leurs agents à l'avance au lieu de payer une commission fixe.

Dans le même ordre d'idée, en octobre 2024, le Bureau a ouvert une enquête sur les pratiques anticoncurrentielles présumées de l'Association canadienne de l'immobilier (l'« ACI ») quant à ses règles relatives aux commissions. L'enquête visera notamment à déterminer si les règles relatives aux commissions de l'ACI découragent les courtiers immobiliers des acheteurs de se livrer concurrence pour offrir des commissions moins élevées, ce qui pourrait entraîner une baisse de la concurrence et une augmentation des coûts tant pour les acheteurs que pour les vendeurs. Une enquête a également été ouverte récemment en ce qui concerne l'Ottawa Real Estate Board pour des conduites semblables. Le Bureau semble aussi faire progresser de façon active son enquête en cours concernant le marché de l'immobilier au Québec. À mesure que ces enquêtes continuent à progresser, il est probable que le marché de l'immobilier continue d'être surveillé en 2025. Il se peut aussi que les priorités du Bureau en matière d'application de la loi s'orientent vers l'utilisation de l'IA dans le secteur immobilier, notamment dans le cadre de formes de collusion alléguée, comme le logiciel d'IA utilisé par RealPage Inc., lequel fait l'objet d'une poursuite aux États-Unis[8] et d'une large attention médiatique au Canada, et le Bureau pourrait effectuer une grande étude de marché sur la question. Au fil de l'évolution de ces enquêtes, il sera intéressant de voir comment le Bureau utilise à la fois les dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière d'abus de position dominante et les dispositions civiles relatives aux ententes anticoncurrentielles pour faire progresser ses efforts d'application de la loi.

8 En août 2024, le département de la Justice des États-Unis et plusieurs avocats de l'État ont intenté une action en violation de la législation antitrust contre RealPage Inc., alléguant que la société de logiciels immobiliers s'était engagée dans un système de collusion complexe avec des propriétaires, ayant entraîné une hausse des prix pour les locataires dans tout le pays.

## IA : LES NOUVELLES LETTRES PRÉFÉRÉES DU BUREAU?

Le Bureau a constamment souligné l'importance de s'attaquer aux enjeux de concurrence dans le secteur numérique et, en 2022, il a entrepris d'affûter ses outils par des modifications législatives qui ont élargi la liste des facteurs utilisés pour déterminer si un comportement empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Ces facteurs supplémentaires comprennent la prise en compte des effets de réseau dans le marché, des effets sur la concurrence par les prix et la concurrence non liée au prix (c.-à-d., la protection des renseignements personnels et le choix des consommateurs), ainsi que la nature et l'ampleur de l'innovation sur le marché. Jusqu'à très récemment, le Bureau a hésité à s'en prendre aux géants de la technologie en se fondant sur les dispositions concernant un comportement unilatéral de la *Loi sur la concurrence*, attendant souvent des signaux des États-Unis et de l'Europe quant à la probabilité d'une application de la loi couronnée de succès.

**Jusqu'à très récemment, le Bureau a hésité à s'en prendre aux géants de la technologie en se fondant sur les dispositions concernant un comportement unilatéral de la *Loi sur la concurrence*, attendant souvent des signaux des États-Unis et de l'Europe quant à la probabilité d'une application de la loi couronnée de succès**

Dans un autre signe de l'affirmation croissante du Bureau, cette tendance s'est effondrée en décembre 2024 lorsque le Bureau a engagé un litige pour démanteler la position dominante alléguée de Google dans les services de technologies publicitaires (par des cessions forcées de certains outils logiciels propriétaires utilisés par les éditeurs et les annonceurs). Bien que la théorie du préjudice sous-jacente à ce litige reflète de près les mesures d'application prises par les régulateurs antitrust aux États-Unis et de l'Union européenne, le Bureau a demandé la cession de deux des principaux outils de technologies publicitaires de Google, ce qui pourrait constituer des remèdes plus contraignants que ceux imposés dans d'autres juridictions si le Bureau l'emporte devant le Tribunal. D'autres affaires contre Google en dehors du Canada, telles que celle du ministère américain de la Justice qui cherche à obtenir une ordonnance forçant la vente de son navigateur Chrome, pourraient ouvrir la voie à de nouvelles mesures d'application du Bureau dans un avenir proche.

Le Bureau a également indiqué qu'il avait l'intention d'intenter des actions pour comportement anticoncurrentiel présumé dans le secteur de l'IA, pour étoffer ses travaux sur l'utilisation éventuelle de l'IA pour faciliter la collusion algorithmique, qui est décrite dans la rubrique *Cartels et collaborations anticoncurrentielles : le Bureau entre à nouveau dans la mêlée*. Après avoir publié en mars 2024 un document de travail qui examinait les théories préjudice liées à un comportement unilatéral, la première incursion significative du Bureau dans le secteur de l'IA fut d'envisager une enquête fondée sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives à la collaboration entre concurrents

et les comportements unilatéraux. En juillet 2024, le Bureau a obtenu une ordonnance judiciaire pour faire avancer son enquête en cours sur un comportement anticoncurrentiel présumé de Kalibrate, alléguant que cette société recueille de l'information sur les prix, les coûts et la production auprès des stations-service au Canada et qu'elle utilise ensuite l'IA, l'apprentissage automatique et des algorithmes pour offrir aux exploitants des « conseils en tarification » afin, selon ce qui est allégué, d'augmenter les prix. En conséquence, le marché numérique, et en particulier l'IA, semble être un domaine où de nombreux aspects du régime s'entrecroisent au fur et à mesure que le Bureau intensifie son activité dans cette sphère en évolution.

## SANTÉ PUBLIQUE, INSTANCES PRIVÉES : REGARD SUR LE SECTEUR DE LA SANTÉ

> **Avec l'élargissement en 2022 du régime des recours par des parties privées en matière d'abus de position dominante, le Bureau n'est plus la seule source de risque de litige pour les acteurs dominants**

Avec l'élargissement en 2022 du régime des recours par des parties privées en matière d'abus de position dominante, le Bureau n'est plus la seule source de risque de litige pour les acteurs dominants. En effet, les deux dernières années ont vu les premiers recours par des parties privées en matière d'abus de position dominante dans le secteur pharmaceutique et celui des soins à domicile. En septembre 2023, Apotex Inc. a présenté au Tribunal une demande alléguant un comportement abusif de la part de Paladin Labs Inc. pour avoir refusé de fournir un échantillon du médicament à base de ponatinib déjà approuvé de Paladin, empêchant Apotex d'obtenir rapidement l'approbation réglementaire de son médicament générique. La demande a été abandonnée seulement deux semaines après le dépôt de la demande, Apotex ayant obtenu un échantillon après le début du litige.

Deux nouvelles demandes ont également été introduites au second semestre de 2024. Dans la première, JAMP Pharma alléguait que Janssen Inc. s'était livrée à de nombreux actes anticoncurrentiels pour empêcher des concurrents de mettre au point des produits biosimilaires à son médicament ustekinumab, de sorte qu'aucun médicament biosimilaire n'a pu être lancé de 2021 à 2024. En novembre 2024, le Tribunal a rejeté la demande d'autorisation, concluant que la preuve de JAMP Pharma ne lui donnait pas de raisons de croire que JAMP Pharma était directement et sensiblement gênée dans son entreprise du fait du comportement reproché. Dans la seconde affaire, Goshen Professional Care Inc. avait allégué que la Saskatchewan Health Authority avait abusé de sa position dominante en résiliant de manière prématurée le contrat qu'elle avait conclu avec Goshen visant la fourniture de contrats de soins en maison de santé et de résidents en retirant de sa liste d'attente publique l'établissement de soins Emmanuel Villa de Goshen.

Ces demandes témoignent du rôle croissant que joue la *Loi sur la concurrence* dans les différends en matière de droit commercial et de propriété intellectuelle. Avec l'entrée en vigueur en 2025 des modifications relatives à l'assouplissement du critère d'autorisation et aux recours en restitution de dommages (voir la rubrique ci-après *Litige en droit de la concurrence : de l'action tous azimuts*), et étant donné l'attention accrue portée à *Loi sur la concurrence* en conséquence de ces modifications hautement politisées, nous prévoyons une augmentation importante du nombre de demandes initiées par des parties privées en 2025. De plus, comme le Bureau a indiqué qu'il n'avait pas l'intention de faire des nouvelles dispositions sur les prix excessifs une priorité en matière d'application de la loi, il pourrait s'agir d'un autre domaine où les demandes privées pourraient prospérer à l'avenir, notamment au sein du secteur pharmaceutique, car c'est dans ce secteur qu'ont été concentrées la majorité des affaires de prix excessifs dans d'autres pays, y compris aux États-Unis et dans l'UE.

# Pratiques commerciales trompeuses : le Bureau stimulé par la réforme législative et une victoire devant le Tribunal

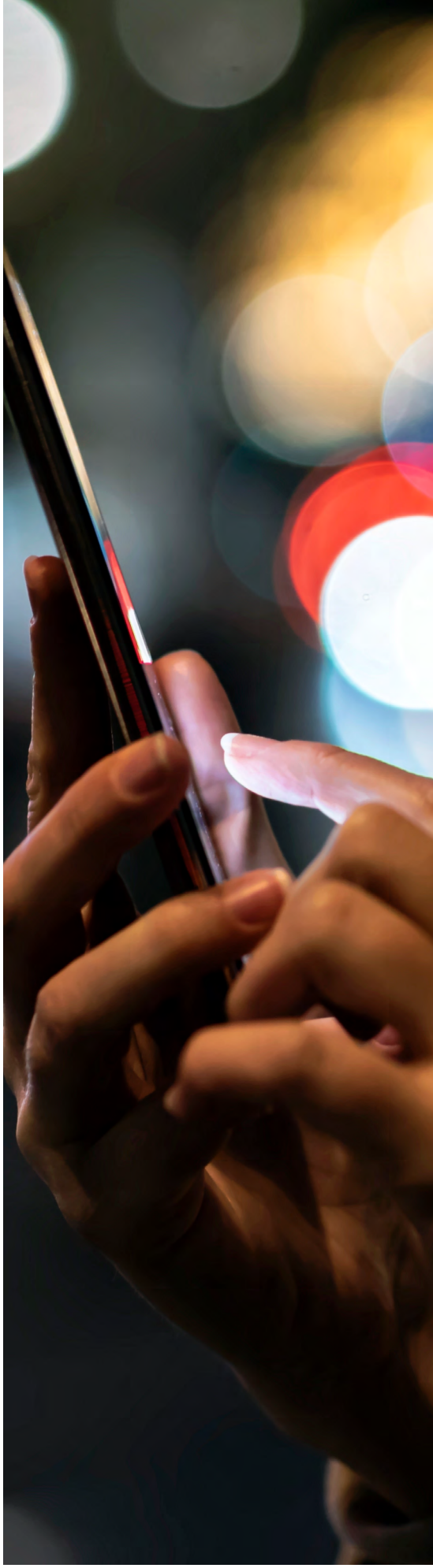
À l'approche de 2025, plusieurs développements en matière de pratiques commerciales trompeuses devraient stimuler les activités d'application de la loi du Bureau et alimenter les plaintes potentielles de la part des consommateurs et des groupes d'intérêt public. En particulier, les modifications apportées cette année à la *Loi sur la concurrence* par le projet de loi C-59, qui s'appuient sur celles introduites en 2022, ont renforcé le pouvoir du Bureau de traiter certaines pratiques commerciales trompeuses, comme les représentations trompeuses en matière d'environnement, les indications de prix partiel et les représentations relatives au prix de vente habituel.

> **Plusieurs développements en matière de pratiques commerciales trompeuses devraient stimuler les activités d'application de la loi du Bureau et alimenter les plaintes potentielles de la part des consommateurs et des groupes d'intérêt public.**

Les modifications créent également de nouvelles voies de recours pour les parties privées et les groupes d'intérêt public (examinées plus en détail dans la rubrique *Litige en droit de la concurrence : de l'action tous azimuts)*. Le Bureau ayant annoncé son intention de protéger les consommateurs contre les pratiques commerciales trompeuses dans des secteurs clés de l'économie, notamment le marketing en ligne, et compte tenu de la sensibilisation croissante du public aux questions de durabilité, les entreprises devraient se préparer à un contrôle plus strict et ainsi revoir leurs politiques de conformité afin d'éviter des sanctions et des litiges éventuels.

## FOCUS (VERT) : LES TRÈS ATTENDUES ORIENTATIONS RELATIVES À L'ÉCOBLANCHIMENT

Les modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* ont ciblé l'écoblanchiment et imposé aux entreprises, lorsqu'elles font des déclarations relatives aux avantages environnementaux d'une entreprise — et pas seulement à propos d'un produit ou d'un service en particulier — de justifier ces déclarations conformément à des « méthodes reconnues à l'échelle internationale », que le projet de directives du Bureau a indiqué signifier une méthodologie « reconnue dans deux ou plusieurs pays », bien que pas nécessairement par les gouvernements de ces pays. Bien que le Bureau ait cherché à accélérer la publication des directives sur la manière dont les entreprises devraient appliquer les amendements à leurs activités, le projet de lignes directrices publiées en décembre 2024 suggèrent que le Bureau ne fournira pas de feuille de route détaillée pour permettre aux entreprises d'autoévaluer leurs déclarations environnementales. C'est pourquoi ces modifications ont créé une incertitude et accru le risque de plaintes, de



mesures d'application de la loi et de conséquences éventuelles sur les plans de la réputation et financier (notamment des sanctions pécuniaires pouvant atteindre 3 % des revenus mondiaux). Suite aux orientations finales du Bureau sur les nouvelles dispositions relatives aux déclarations environnementales de la *Loi sur la concurrence* en 2025, nous prévoyons que le Bureau va consacrer des ressources importantes aux enquêtes liées à l'environnement, dont un certain nombre sont déjà en cours, pour tirer parti de ces nouveaux outils. Heureusement, le projet de directives du Bureau confirme que les allégations environnementales faites avant l'entrée en vigueur des amendements en juin 2024 ne seront pas ciblées par des enquêtes.

> **Orientations finales du Bureau sur les nouvelles dispositions relatives aux déclarations environnementales de la *Loi sur la concurrence* en 2025**

Cependant, les groupes de défense de l'environnement et de la justice sociale sont susceptibles de continuer à déposer des plaintes de six résidents — un mécanisme prévu par la *Loi sur la concurrence* qui permet à six personnes résidant au Canada de déposer une demande pour obliger le Bureau à ouvrir une enquête — relativement à des questions environnementales. En effet, des enquêtes récentes, toujours en cours, ont été ouvertes via ce mécanisme dans les secteurs du commerce de détail, de la finance, de l'énergie et de la foresterie. En outre, à compter de juin 2025, les groupes environnementaux et d'autres parties privées pourront saisir le Tribunal à titre de parties privées pour contester des pratiques commerciales trompeuses en matière environnementale ou autre, si le Tribunal est convaincu qu'il est dans l'intérêt public de le faire. Même si la portée du critère de l'« intérêt public » est à ce jour inconnue, le Tribunal devra trouver un juste équilibre en veillant à ce que le seuil d'admissibilité soit suffisamment bas pour élargir le champ des parties potentielles, mais pas au point d'ouvrir les vannes.

## SOUS-PRESSION : LES INDICATIONS DE PRIX PARTIEL DEMEURENT UNE PRIORITÉ EN MATIÈRE D'APPLICATION DE LA LOI

Les indications de prix partiel (*drip pricing* en anglais) demeureront pour le Bureau une priorité en matière d'application de la loi en 2025. On s'attend en effet à ce que le Bureau s'appuie sur les modifications législatives qui ont introduit une interdiction expresse des indications de prix partiel, ainsi que sur la victoire notable qu'il a remportée en 2024 contre Cineplex, un important exploitant de salles de cinéma. L'« indication de prix partiel » consiste à faire de la publicité sur un produit ou un service à un prix indiqué, et à ajouter par la suite des frais fixes obligatoires à ce prix initial, de sorte que le consommateur doit payer plus que le montant initialement annoncé pour acheter le produit ou le service. En septembre 2024, le Tribunal a statué en faveur du Bureau et imposé une sanction pécuniaire de près de 39 millions $ CA — la plus élevée à ce jour ordonnée sous le régime de la *Loi sur la concurrence* — soit le montant des frais de réservation en ligne que Cineplex avait perçus auprès des consommateurs depuis l'introduction de ces frais *« cachés » ou « indésirables »*. Il s'agissait de la première affaire contestée à appliquer la nouvelle disposition expresse visant une « indication de prix partiel ». Le Tribunal a conclu que les prix des billets annoncés par Cineplex sur son site Web et sur son application mobile n'étaient pas atteignables en raison de l'obligation de payer des frais de réservation en ligne, et a confirmé qu'il s'agissait là d'un exemple d'indication de prix partiel. Cineplex a interjeté appel de la décision du Tribunal devant la Cour d'appel fédérale. Les entreprises doivent aussi savoir qu'à compter de juin 2025, les parties privées seront autorisées à saisir directement le Tribunal sur le fondement des dispositions civiles liées aux pratiques commerciales trompeuses, y compris en matière d'indication de prix partiel.

> **Le Tribunal imposé une sanction pécuniaire de près de 39 millions $ CA — la plus élevée à ce jour ordonnée sous le régime de la *Loi sur la concurrence* — soit le montant des frais de réservation en ligne que Cineplex avait perçus auprès des consommateurs depuis l'introduction de ces frais *« cachés » ou « indésirables »***

## RABAIS OU ARNAQUE ? LE FARDEAU DE LA PREUVE EST RENVERSÉ

> **Nous nous attendons à ce que le renversement du fardeau de preuve nouvellement introduit à l'égard des indications relatives au prix de vente habituel incite le Bureau à enquêter sur d'autres cas tombant sous le coup des dispositions visant ces pratiques, et à intenter éventuellement des poursuites à cet égard**

Nous nous attendons à ce que le renversement du fardeau de preuve nouvellement introduit à l'égard des indications relatives au prix de vente habituel incite le Bureau à enquêter sur d'autres cas tombant sous le coup des dispositions visant ces pratiques, et à intenter éventuellement des poursuites à cet égard. La disposition interdit à quiconque de promouvoir un escompte lorsque, en fait, le « prix habituel » annoncé au soutien de rabais est gonflé. Avant la présentation du projet de loi C-59, le Bureau avait le fardeau d'établir qu'une indication contrevenait à la disposition sur le prix habituel de la *Loi sur* la *concurrence*. Le Bureau avait fait valoir que ce fardeau était trop « lourd », car il exigeait d'obtenir toutes les données de l'entreprise qui faisait l'indication, puis de faire les calculs pour vérifier si l'indication était véridique. Le Bureau a fait valoir que les entreprises étaient les mieux placées pour s'acquitter de ce fardeau, étant donné que ce sont elles qui font valoir l'escompte sur la base de leur propre historique des ventes. Les commentaires du Bureau ont été intégrés dans les modifications et, depuis juin 2024, il incombe maintenant à l'entreprise de justifier un escompte annoncé en établissant ce qui suit : i) soit qu'elle a vendu une quantité importante du produit au prix de vente habituel annoncé, ou à un prix plus élevé, pendant une période raisonnable antérieure ou postérieure à la communication des indications; ii) soit qu'elle a offert de bonne foi le produit au prix de vente habituel annoncé ou à un prix plus élevé pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu la communication des indications d'escompte. À l'avenir, les sociétés devraient donc s'assurer, lorsqu'elles font une indication d'escompte, qu'elles disposent de données qui étayent leur indication.

> **Les sociétés devraient s'assurer, lorsqu'elles font une indication d'escompte, qu'elles disposent de données qui étayent leur indication**

## LA BATAILLE PERMANENTE DU BUREAU CONTRE LA DÉSINFORMATION POPULAIRE PLANIFIÉE

Le Bureau a déclaré à plusieurs reprises son engagement à lutter contre la « désinformation populaire planifiée » (*astroturfing* en anglais), soit la pratique consistant à créer des indications commerciales déguisées en expériences authentiques ou en véritables opinions de consommateurs impartiaux, comme de faux témoignages ou de fausses critiques de consommateurs.

Bien que le Bureau s'inquiète de ces pratiques depuis un certain temps, une mesure d'application récente souligne sa détermination à lutter contre ces pratiques à l'avenir. En décembre 2023, le Bureau a conclu une entente avec une société offrant des appareils de synchronisation d'applications mobiles servant à amplifier le son de la musique. L'entente de consentement répondait aux préoccupations du Bureau à l'égard de l'achat de critiques positives auprès de tiers, ce qui, selon le Bureau, a eu une incidence sur le classement et la note globale de l'application sur l'App Store d'Apple. De même, en janvier 2024, le Bureau a mis en garde les entreprises sur les avis en ligne publiés par les employés, notant que « Nous n'hésiterons pas à prendre des mesures vigoureuses pour faire respecter la loi et sévir contre les avis problématiques ». Le Bureau a insisté sur le fait que tout lien avec l'entreprise (y compris une relation d'emploi, ou le fait que l'entreprise a versé une rémunération, que ce soit sous forme de paiement, de produit gratuit ou autrement) devait être divulgué. En juin 2024, le Bureau a annoncé qu'il avait entrepris une enquête sur des indications d'Amazon qui pourraient être influencées par les avis et les notes. Le Bureau était d'avis que ces indications pouvaient influer sur le classement et l'affichage des produits sur le site Web et sur l'application mobile, et il a obtenu une ordonnance du Tribunal pour recueillir des renseignements auprès d'Amazon.

> **Le Bureau a mis en garde les entreprises que « Nous n'hésiterons pas à prendre des mesures vigoureuses pour faire respecter la loi et sévir contre les avis problématiques »**

En août 2024, la Federal Trade Commission des États-Unis (la « FTC ») a également annoncé l'adoption d'une règle définitive pour lutter contre les « [traduction] faux avis et témoignages » — y compris les avis générés par l'IA — en interdisant leur vente ou achat, et en permettant à la FTC de demander des sanctions civiles. Comme c'est souvent le cas, nous pouvons nous attendre à ce que le Bureau adhère à l'approche de la FTC et intensifie ses efforts pour lutter contre ces pratiques.

# Litige en droit de la concurrence : de l'action tous azimuts

Dans les *Perspectives* de l'an dernier, nous avons rendu compte de plusieurs décisions dans lesquelles les tribunaux canadiens avaient continué d'examiner attentivement des demandes de parties privées qui n'avaient pas plaidé de façon adéquate des allégations de comportements anticoncurrentiels sous le régime de la *Loi sur la concurrence*. En 2024, nous avons accueilli avec satisfaction les modifications importantes apportées à la *Loi sur la concurrence*, lesquelles ont une incidence sur tous les domaines de pratique du droit en matière de concurrence, y compris les actions collectives et les recours privés devant le Tribunal.

## PROJET DE LOI C-59 : ACCROÎTRE LES MESURES D'EXÉCUTION DE NATURE PRIVÉE

Par le passé, en raison des droits d'accès limités pour les parties privées sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, c'est principalement le Commissaire qui a assuré l'application du droit de la concurrence au Canada. L'adoption du projet de loi C-59 est un tournant important dans le modèle d'application de la *Loi sur la concurrence*, car les recours privés devraient désormais jouer un rôle plus important. Avant l'adoption des modifications apportées par le projet de loi C-59, même si les parties privées pouvaient demander des dommages-intérêts pour violation des dispositions pénales de la *Loi sur la concurrence* (y compris au moyen d'une action collective), en ce qui concerne les demandes d'ordonnance présentées par les parties privées pour conduite contraire aux dispositions civiles — refus de vendre (article 75), maintien des prix (article 76), exclusivité, ventes liées et limitation du marché (article 77) et abus de position dominante (article 79) – celles-ci se limitaient à des ordonnances de comportement correctif et ne permettaient pas aux parties privés d'obtenir une réparation financière. Le projet de loi C-59 a étendu les droits d'accès privé aux dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence* relatives aux collaborations (article 90.1) et aux pratiques commerciales trompeuses (article 74.01), a assoupli le critère d'autorisation pour les demandeurs et introduit un recours en restitution pour les parties privées.

> **L'adoption du projet de loi C- 59 est un tournant important dans le modèle d'application de la *Loi sur la concurrence*, car les recours privés devraient désormais jouer un rôle plus important**

Parmi les principales modifications apportées à la *Loi sur* la *concurrence* en matière de recours privés figurent celles qui suivent :

— **Nouveaux droits d'action :** Aux termes du projet de loi C-59, les parties privées peuvent maintenant demander la permission de présenter une demande devant le Tribunal pour des accords ou arrangements qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence (article 90.1) et des pratiques commerciales trompeuses (article 74.01). La seule disposition civile importante pour laquelle l'accès privé demeure inaccessible est l'examen des fusions. À l'heure actuelle, le Commissaire a le pouvoir exclusif d'examiner et de contester les fusions aux termes de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*. (Quoique, les fusions pourraient techniquement tomber sous

le coup des dispositions civiles sur les collaborations de l'article 90.1 dans la mesure où une fusion constitue un « accord ou arrangement »).

**Les demandes d'ordonnances par des parties privées auprès du Tribunal sont assujetties à un critère de permission. Bien que le projet de loi C-59 n'élimine pas l'obligation de demander une permission, il assouplit considérablement le fardeau dont les demandeurs doivent s'acquitter pour l'obtenir**

— **Critère de permission assoupli :** Les demandes d'ordonnances par des parties privées auprès du Tribunal sont assujetties à un critère de permission. Bien que le projet de loi C-59 n'élimine pas l'obligation de demander une permission, il assouplit considérablement le fardeau dont les demandeurs doivent s'acquitter pour l'obtenir. Auparavant, la permission ne pouvait être accordée que si le Tribunal concluait qu'un demandeur était directement et sensiblement gêné dans *toute* son entreprise par la conduite en cause. En conséquence du projet de loi C-59 – pour les dispositions relatives au refus de vendre, au maintien des prix, à l'exclusivité, aux ventes liées et à la limitation du marché, à l'abus de position dominante ainsi que les dispositions civiles sur les collaborations – dès l'entrée en vigueur de ces amendements en juin 2025, la permission peut maintenant être accordée même si une *partie* seulement de l'entreprise du demandeur est directement et sensiblement gênée par la conduite en cause ou, si le Tribunal estime qu'il est dans l'« intérêt public » d'accorder la permission. S'agissant des pratiques commerciales trompeuses, la permission peut être accordée si le Tribunal est convaincu qu'il en va de l'intérêt public.

La manière dont la norme de l'intérêt public sera appliquée en pratique n'est pas claire. D'une part, le Commissaire a un mandat d'intérêt public et, par conséquent, s'il décide de ne pas donner suite à une demande, cela pourrait être considéré comme une preuve suffisante qu'une action privée n'est pas dans l'intérêt public. D'autre part, on peut soutenir à l'inverse que l'élargissement des types de justiciables qui peuvent présenter des demandes aux termes de la *Loi sur la concurrence* protège l'intérêt public, élargit le champ d'application de la loi et allège une partie du fardeau administratif et financier du Bureau. La question de savoir si la nouvelle norme d'intérêt public assouplira réellement le critère de permission dépendra en fin de compte de l'interprétation qu'en fera le Tribunal.

**La question de savoir si la nouvelle norme d'intérêt public assouplira réellement le critère de permission dépendra en fin de compte de l'interprétation qu'en fera le Tribunal**

— **Recours en restitution :** Auparavant, une demande privée présentée aux termes du régime civil de la *Loi sur la concurrence* ne pouvait donner lieu qu'à une ordonnance de comportement (pour abus de position dominante) ou à une ordonnance de paiement de sanctions administratives pécuniaires, lesquelles sont payées au gouvernement. En conséquence de l'adoption du projet de loi C-59, les parties privés peuvent maintenant demander une restitution de la valeur du bénéfice tiré du comportement anticoncurrentiel visé aux articles 75, 76, 77, 79 ou 90.1. Le projet de loi C-59 prévoit que les indemnités accordées comme mesures de restitution sont réparties entre le demandeur et toute autre personne touchée par le comportement. Parallèlement, le Tribunal sera autorisé (entre autres) à préciser la façon dont le paiement est administré, à nommer un administrateur pour faciliter le paiement, à ordonner à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de payer les frais administratifs et les honoraires de l'administrateur, à fixer les conditions d'admissibilité des demandeurs et à établir un processus pour les montants non réclamés.

Compte tenu de la possibilité d'une indemnité de restitution, de l'assouplissement du critère de permission et de l'élargissement du comportement visé par les dispositions civiles relatives à la collaboration et à l'abus de position dominante, les modifications apportées par le projet de loi C-59 risquent d'accroître les risques liés aux litiges et aux mesures d'exécution privées de la loi en matière de lutte antitrust pour les entreprises de l'ensemble du Canada.

**Compte tenu de la possibilité d'une indemnité de restitution, de l'assouplissement du critère de permission et de l'élargissement du comportement visé par les dispositions civiles relatives à la collaboration et à l'abus de position dominante, les modifications apportées par le projet de loi C-59 risquent d'accroître les risques liés aux litiges et aux mesures d'exécution privées de la loi en matière de lutte antitrust pour les entreprises de l'ensemble du Canada**

## MODIFICATIONS EN COURS

### Les cas d'abus de position dominante présentés par des parties privées : un nouvel outil pour les négociations commerciales?

Le nouveau régime d'accès privé permettra non seulement aux parties privées de récupérer les pertes découlant d'un comportement anticoncurrentiel, mais comme en témoignent les cas d'abus de position dominante soulevés depuis les modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* permettant à des parties privées de présenter des demandes en matière d'*abus de position dominante* (voir la rubrique *Un nouveau chapitre sur les comportements devant faire l'objet d'un examen ou juste quelques pages extraites du guide d'une autre autorité de réglementation?*), il pourrait aussi servir de levier pour obtenir des concessions commerciales. Les demandes présentées par Apotex et par JAMP Pharma, bien qu'elles aient toutes deux été réglées ou rejetées, donnent à penser que les parties pourraient de plus en plus s'en remettre au nouveau régime privé d'application de la *Loi sur la concurrence* pour influencer les négociations commerciales. Le risque potentiel d'une indemnité de restitution est une source supplémentaire d'influence pour les demandeurs et favorisera probablement des règlements en dehors du contexte procédural du Tribunal.

**Le risque potentiel d'une indemnité de restitution est une source supplémentaire d'influence pour les demandeurs et favorisera probablement des règlements en dehors du contexte procédural du Tribunal**

### Quoi de neuf dans *Qualcomm*

Dans les *Perspectives* de l'an dernier, nous avons évoqué l'affaire *Barroqueiro c. Qualcomm Incorporated*[9], une décision de « *certification* » d'une action collective dans laquelle le juge des requêtes avait estimé que les allégations des demandeurs n'étaient pas assez vagues pour empêcher la certification du recours. L'approche du juge se démarque nettement de celle adoptée par les tribunaux canadiens au cours des trois dernières années (à savoir l'examen minutieux des recours collectifs putatifs alléguant des comportements atypiques de cartel). Cette décision a eu peu d'application depuis sa publication et semble demeurer une exception. Récemment, dans l'arrêt *Latifi c. The TDL Group Corp.*[10], la Cour suprême de la Colombie-Britannique a examiné *Qualcomm*, mais uniquement en raison de l'affirmation générale selon laquelle le demandeur avait le fardeau de prouver l'existence d'un « accord » réel entre les conspirateurs, et pas simplement la connaissance

9 2023 BCSC 1662 [« *Qualcomm* »].
10 2024 BCSC 832 [« *Latifi* »].

ou l'approbation de la conduite contestée. La Cour a rendu un jugement sommaire et rejeté la demande du demandeur. Même si *Latifi* a été décidée à la suite d'actions parallèles dans d'autres provinces ou territoires canadiens — lesquelles ont toutes également rejeté les réclamations des demandeurs — il est rassurant que *Qualcomm* ne représente pas encore un écart important par rapport à l'approche des tribunaux. La réclamation d'un demandeur fera toujours en grande partie l'objet d'une analyse fondée sur les allégations de la demande qui fera l'objet d'un examen approprié par les tribunaux.

> **il est rassurant que *Qualcomm* ne représente pas encore un écart important par rapport à l'approche des tribunaux. La réclamation d'un demandeur fera toujours en grande partie l'objet d'une analyse fondée sur les allégations de la demande qui fera l'objet d'un examen approprié par les tribunaux**

### Mise à jour sur la procédure en matière d'action collective : rejet de demandes de financement par des tiers

En février 2024, la Cour fédérale a rejeté deux requêtes distinctes dans le cadre desquelles les avocats du groupe avaient demandé l'approbation de la Cour relativement à des accords de financement de litige pour le compte des membres éventuels du groupe qu'ils représentaient. Dans la première affaire, *Breckon c. Cermaq Canada Ltd.*[11], les avocats avaient demandé l'approbation d'accords de financement par des tiers en même temps que l'approbation du règlement[12]. Dans la deuxième affaire, *Ingarra c. Dye & Durham Limited*[13], les avocats avaient demandé l'approbation de leur accord de financement par des tiers avant la « *certification* ».

Dans les deux cas, le juge des requêtes a conclu que le taux de rendement du bailleur de fonds était « déraisonnable et exorbitant » compte tenu du niveau de risque financier et des chances de succès du recours, concluant dans les deux cas à des caractéristiques de « prêt usuraire ». Cette situation s'explique principalement par l'ampleur du produit éventuel et son incidence sur la part du recouvrement revenant au bailleur de fonds. Le juge des requêtes a conclu que l'accord de financement prévoyait un recouvrement beaucoup moins élevé pour les membres du groupe comparativement aux frais d'un accord de financement de litige régi par d'autres options de financement, principalement le Fonds d'aide aux recours collectifs de l'Ontario.

Ces deux affaires s'appuient sur la décision *Difédérico c. Amazon.Com Inc.*[14], qui a établi une « fourchette de validité présumée » de 30 à 35 % du produit de la réclamation pour un rendement combiné revenant au bailleur de fonds et aux avocats du groupe. Si les avocats du groupe et le tiers bailleur de fonds recouvrent des montants bien inférieurs à leurs meilleurs résultats, des accords de financement prévoyant une échelle mobile de cette nature atteindraient un rendement du bailleur de fonds égal à 61 %, ce qui donnerait lieu à une champartie.

À l'avenir, nous pouvons nous attendre à ce que les accords de financement par des tiers continuent de faire l'objet d'un examen minutieux, consistant à analyser les véritables avantages qu'ils procurent aux membres éventuels d'un groupe partout au Canada.

> **À l'avenir, nous pouvons nous attendre à ce que les accords de financement par des tiers continuent de faire l'objet d'un examen minutieux, consistant à analyser les véritables avantages qu'ils procurent aux membres éventuels d'un groupe partout au Canada**

11 2024 CF 225 (le juge Gascon), décision rendue le 9 février 2024.
12 En particulier, la requête d'approbation du règlement a été accueillie, tandis que la requête d'approbation de l'accord de financement par des tiers a été rejetée.
13 2024 CF 152 (le juge Gascon), décision rendue le 7 février 2024.
14 2021 CF 311 (le juge en chef Crampton), décision rendue le 15 avril 2021.

# Conclusion : Une année de transition à venir

La réforme législative de 2023 et de 2024 ayant remodelé de nombreux piliers de l'architecture du droit canadien de la concurrence et de l'investissement étranger, les 12 prochains mois devraient être une période de changements potentiellement importants sur le plan des normes et priorités en matière d'application de la loi, mais également une période de transition à mesure que le Bureau et la Direction générale de l'examen des investissements étrangers et de la sécurité économique apprivoisent leurs nouveaux pouvoirs, révisent leurs documents d'orientation et élaborent une stratégie sur la meilleure façon de donner effet à la volonté du Parlement, et ce, dans le cadre de leurs ressources existantes. Cette période de transition sera source d'incertitude pour les sociétés, les investisseurs et les autres parties prenantes qui sont assujettis à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur Investissement Canada*. Avec le temps, cependant, nous prévoyons l'émergence de nouveaux paradigmes d'application de la loi. Les premières indications laissent à penser que ces processus réglementaires canadiens, et les considérations stratégiques connexes, gagneront en complexité à mesure que le gouvernement canadien adoptera une position plus ferme en matière d'application de la loi.

## 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 :

# 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 par *Chambers Global* et *Chambers Canada*

— Niveau 1 par *Legal 500*

— Élite par *Global Competition* Review sondage du barreau canadien

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 MZ400
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
Londres,  EC2R 7HJ
Royaume-Uni