THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

Le 29 avril 2024 **[TRADUCTION]**

Par courriel : peter.fonseca@parl.gc.ca et FINA@parl.gc.ca

Peter Fonseca, député
Président, Comité permanent des finances
131, rue Queen, 6e étage
Chambre des communes
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

Objet : Projet de loi C-59, *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023*

Monsieur le Député,

Je vous écris au nom de la Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger de l'Association du Barreau canadien (section de l'ABC) pour commenter une recommandation[1] faite par le commissaire de la concurrence le 1er mars 2024 à propos du projet de loi C-59 et des règles d'examen des fusionnements prévues dans la *Loi sur la concurrence*. Même si cette recommandation a fait l'objet d'une soigneuse étude, nous ne croyons pas qu'elle ait été examinée assez minutieusement vu son importance. Nous aimerions expliquer devant votre comité nos préoccupations sur ces points de droit et d'action.

Comme nous l'avons mentionné dans nos précédents mémoires[2], nous nous réjouissons de la révision en cours du régime canadien du droit de la concurrence. Toutefois, nous émettons de sérieuses réserves sur la recommandation du commissaire d'intégrer à la *Loi sur la concurrence* les présomptions structurelles américaines reposant sur des seuils de concentration et de part de marché.

Nous soulignons que ces seuils – récemment revus par les autorités antitrust des États-Unis – sont associés à une approche d'application prévue dans les *directives destinées aux organismes d'exécution*, mais *ne sont pas intégrés à la législation américaine* ni aux lois sur la concurrence d'autres territoires de compétence. L'ajout à la *Loi sur la concurrence* de présomptions structurelles reposant sur des seuils de concentration et de part de marché, comme le recommande le commissaire, ne contribuerait pas à mieux harmoniser les lois canadiennes et américaines; c'est une méprise qu'il faut rectifier.

---

1 Commentaires du commissaire de la concurrence.

2 Mémoire de la Section de l'ABC sur le projet de loi C-59, *Loi d'exécution de l'énoncé économique de l'automne 2023* (12 février 2024); mémoire de la Section de l'ABC sur le projet de loi C-56, *Loi sur le logement et l'épicerie à prix abordable* (23 novembre 2023); mémoire de la Section de l'ABC sur le projet de loi C-352, *Loi sur la réduction des prix pour les Canadiens* (13 février 2024); mémoire de la Section de l'ABC sur le projet de loi C-19, partie 5, section 15, *Loi no 1 d'exécution du budget de 2022* : modifications à la *Loi sur la concurrence* (18 mai 2022).

Comme vous le verrez ci-après : i) trop peu de preuves ont été produites pour justifier une modification si importante des lois sur les fusions au pays, qui ne seraient plus en phase avec celles de nos pairs internationaux; et ii) des présomptions structurelles reposant sur des seuils adéquats de concentration et de part de marché peuvent être établies et appliquées par le commissaire au moyen d'une modification du document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*.

Recommandation

1. Les articles 249 et 250 ne devraient pas être modifiés pour ajouter des seuils de présomptions structurelles aux articles 91 et 92 de la *Loi sur la concurrence*. De telles présomptions peuvent être intégrées au document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* du Bureau de la concurrence, puis reconnues dans la jurisprudence (comme aux États-Unis) plutôt qu'enchâssées dans la loi.

Manque de preuves pour justifier une politique rationnelle

Trop peu de preuves ont été présentées à votre comité pour justifier l'inclusion de présomptions structurelles reposant sur des seuils précis de concentration et de part de marché. L'adoption de la recommandation du commissaire engendrerait un changement majeur dans l'examen des fusions au Canada. Avant d'aller de l'avant, le Parlement doit avoir une preuve suffisante de ce qui suit :

- **Les nouveaux seuils de concentration et de part de marché utilisés dans les lignes *directrices administratives* américaines sont adaptés à l'économie canadienne.**

  Rien ne prouve que l'intégration des seuils prévus dans les directives américaines destinées aux organismes d'exécution serait adaptée à l'économie canadienne. Il faut procéder à une analyse critique de ces seuils plutôt que simplement les adopter (rappel : les États-Unis n'ont donné que des *directives*; les lois sont demeurées inchangées). Plusieurs économistes prééminents ont déjà fait part de leurs inquiétudes quant aux directives américaines sur les fusions, qui semblent considérer certains aspects de la structure de marché comme étant intrinsèquement préjudiciables, sans égard à la portée du risque que l'opération nuise à la concurrence[3].

- **Les seuils proposés reflètent un nombre adéquat d'opérations et indiquent fidèlement les opérations susceptibles d'être anticoncurrentielles.**

  Le Canada devrait éviter d'adopter des seuils qui, en raison de son économie, nécessiteraient qu'un nombre disproportionné de parties aux opérations envisagées aient à réfuter des présomptions arbitraires. Selon les statistiques utilisées par le commissaire, quel pourcentage de fusions ayant fait l'objet d'un préavis nécessiterait, en fonction des seuils de concentration et de part de marché des États-Unis, que les parties réfutent la présomption?

  Actuellement, le Bureau de la concurrence ne conteste généralement pas une fusion si la part de marché de l'association d'intérêts, suivant l'opération, est inférieure à 35 %. Mais d'après la recommandation du commissaire, une fusion où cette part de marché se chiffre à 30 % serait présumée anticoncurrentielle.

  Nous recommandons à votre comité de chercher à savoir pourquoi un seuil de 30 % est plus adéquat qu'un seuil de 35 % (ou que n'importe quel autre seuil, d'ailleurs). Des données doivent démontrer si les seuils proposés reflètent un nombre adéquat d'opérations et indiquent fidèlement les opérations susceptibles d'être anticoncurrentielles. Aucune donnée de la sorte n'a été présentée au Parlement pour le guider dans une prise de décision éclairée.

---

[3] Commentaires d'économistes et de juristes sur la version provisoire des directives sur les fusions, 2023.

- **L'ajout de présomptions structurelles à la *Loi sur la concurrence* simplifiera l'examen des fusionnements.**

  D'après l'expérience de nos membres, cette affirmation est fausse. L'ajout de présomptions structurelles reposant sur des seuils de concentration et de part de marché à la *Loi sur la concurrence* libérera plutôt le commissaire de son mandat d'examen et de contestation des fusions anticoncurrentielles. Ce faisant, les fusions excédant un seuil arbitraire de concentration et de part de marché pourront être soumises au Tribunal de la concurrence, qui devra déterminer si la fusion est anticoncurrentielle.

Nous sommes heureux des discussions sur les présomptions structurelles, mais la recommandation du commissaire soulève des questions nécessitant une analyse adéquate en vue d'une prise de décision éclairée fondée sur des données probantes.

1. **Les présomptions structurelles reposant sur des seuils adéquats de concentration et de part de marché doivent être intégrées au document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*.**

L'article 249 propose d'abroger le paragraphe 92(2), qui prévoit actuellement ceci : « […] le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché. »

Cette modification permettrait au commissaire d'ajouter des présomptions structurelles dans le document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*. Cette réalité a aussi été évoquée dans le témoignage[4] d'un haut fonctionnaire d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada devant votre comité le 19 mars 2024 :

> Par ailleurs, pour ce qui est des fusions, le commissaire suggère de fixer un pourcentage par défaut et de renverser le fardeau de la preuve là aussi. En ce moment, le Tribunal de la concurrence ne peut empêcher une fusion en raison seulement de la part de marché. Dans le projet de loi C-59, le gouvernement retire cette barrière, ce qui permettrait au Tribunal de faire des inférences intuitives si les parts de marché sont devenues très élevées. Encore une fois, le commissaire veut qu'on aille plus loin et qu'on fixe un pourcentage dans la loi. **À notre connaissance, aucun pays ne le fait.** Le projet de loi C-59 s'aligne sur ce que font les États-Unis, qui laissent les tribunaux et la jurisprudence évoluer. **[Notre soulignement.]**

Nous croyons que votre comité devrait chercher à savoir pourquoi l'ajout de présomptions structurelles au document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* n'aurait pas le même effet, tout en offrant la flexibilité de modifier les seuils, si nécessaire. Ces lignes directrices permettraient plus facilement au commissaire de modifier, s'il en décidait ainsi (à l'instar de ce qui a été fait récemment aux États-Unis), les seuils précis de concentration et de part de marché, de même que d'harmoniser le régime de droit associé à l'examen des fusionnements du pays à celui de nos voisins du Sud.

Nous serions heureux de pouvoir présenter nos commentaires en détail devant votre comité.

Veuillez agréer, Monsieur le Député, nos salutations distinguées.

(Lettre originale signée par Marc-Andre O'Rourke au nom d'Elisa Kathlena Kearney)

Elisa Kathlena Kearney
Présidente, Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger

---

[4] Témoignage de Martin Simard, directeur principal, Direction de l'entreprise, de la concurrence et de l'insolvabilité, ministère de l'Industrie.

L'ABC est un organisme national qui représente 38 000 juristes, notaires (au Québec), professeurs et professeures de droit et étudiants et étudiantes en droit. Elle a pour mandat d'améliorer le droit et l'administration de la justice. La section de l'ABC travaille à accroître la sensibilisation et la compréhension au sujet des questions juridiques et politiques liées au droit de la concurrence et de l'investissement étranger. Nous ne préconisons aucune position précise et ne demandons pas un résultat en particulier; nous représentons diverses opinions, et nous comprenons la Loi sur la concurrence *et le régime d'exécution du droit de la concurrence.*