

Commentaires de l'International Center for Law & Economics

« Le projet de loi C-59 et l'utilisation de présomptions structurelles applicables aux fusions au Canada »

15 mars 2024

Comité sénatorial permanent des finances nationales

Comité permanent des finances de la Chambre des communes

[ctm@sen.parl.gc.ca](mailto:ctm@sen.parl.gc.ca); [nffn@sen.parl.gc.ca](mailto:nffn@sen.parl.gc.ca)

[FINA@parl.gc.ca](mailto:FINA@parl.gc.ca)

Chers présidents et distingués membres des comités des finances du Sénat et de la Chambre des communes,

Nous, les soussignés, sommes des chercheurs de l'International Center for Law & Economics (ICLE) qui avons de l'expérience dans la théorie, les organismes d'application de la loi et la pratique privée du droit de la concurrence. Nous vous écrivons pour vous parler d'un aspect clé des modifications proposées à la loi canadienne sur la concurrence. Plus précisément, nous nous concentrons sur les articles du projet de loi C-59 qui portent sur les fusions et les acquisitions et, en particulier, sur la recommandation du Bureau de la concurrence selon laquelle le projet de loi devrait :

Modifier les articles 249 et 250 afin d'adopter des présomptions réfutables pour les fusions conformes à celles énoncées dans les lignes directrices américaines<sup>1</sup>.

La recommandation du Bureau vise à codifier dans le droit canadien de la concurrence les présomptions structurelles décrites dans les lignes directrices sur les fusions de 2023 de la Federal Trade Commission (FTC) et du ministère de la Justice des États-Unis. Dans l'ensemble, cependant, l'adoption de cette recommandation compromettrait plutôt que de favoriser la concurrence équitable et le bien-être des consommateurs canadiens.

La pierre angulaire du changement proposé repose sur l'introduction de présomptions réfutables d'illégalité pour les fusions qui dépassent des seuils précis de parts de marché ou de concentration. Bien que cette approche puisse sembler intuitive, la littérature économique et l'expérience des États-Unis en matière d'application de la loi s'opposent à son adoption dans le droit canadien.

Il ne faut pas confondre l'objectif d'améliorer, voire de renforcer, le droit canadien de la concurrence avec l'adoption de lignes directrices réglementaires étrangères. Les plus récentes lignes directrices américaines sur les fusions établissent de nouveaux seuils structurels, fondés principalement sur l'indice Herfindahl-Hirschman (HHI) et la part de marché, afin d'établir des présomptions d'effets anticoncurrentiels et d'illégalité. Ces présomptions structurelles,

---

<sup>1</sup> Matthew Boswell, Lettre au président et aux membres du Comité sénatorial permanent des finances nationales de la Chambre des communes, Bureau de la concurrence Canada (1<sup>er</sup> mars 2024), disponible à l'adresse [https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/NFFN/briefs/SM-C-59\\_CompetitionBureauofCND\\_f.pdf](https://sencanada.ca/Content/Sen/Committee/441/NFFN/briefs/SM-C-59_CompetitionBureauofCND_f.pdf).

adoptées il y a quelques mois à peine, ne sont pas cohérentes avec les études économiques et n'ont pas été mises à l'épreuve par les tribunaux américains. Ces **lignes directrices** américaines ne devraient pas être codifiées dans le droit canadien sans qu'il y ait de solides délibérations pour assurer leur harmonisation avec les principes juridiques canadiens, d'une part, et avec les réalités et les preuves économiques, d'autre part.

Trois points sont particulièrement importants. Premièrement, les mesures de concentration sont généralement considérées comme un mauvais indicateur du niveau de concurrence qui prévaut dans un marché donné. Deuxièmement, des seuils de fusion plus bas peuvent entraîner des erreurs d'application qui découragent l'investissement et l'activité entrepreneuriale et qui affectent des ressources d'application aux mauvais cas. Enfin, ces risques sont particulièrement élevés lorsque les seuils de concentration sont utilisés non pas comme des indicateurs utiles, mais plutôt comme des présomptions légales réelles (bien que réfutables). Nous examinons chacun de ces points plus en profondeur ci-dessous.

### **Ce que les mesures de concentration peuvent et ne peuvent pas nous dire au sujet de la concurrence**

Bien que le recours à des mesures et à des seuils de concentration puisse constituer un mécanisme d'examen préalable utile pour repérer les fusions potentiellement problématiques, il est déconseillé, pour plusieurs raisons, d'abaisser considérablement les seuils pour établir une présomption d'illégalité.

Premièrement, une dépendance trop forte à l'égard des mesures de concentration manque de fondement économique et est probablement sujette à de fréquentes erreurs. Les économistes étudient la relation entre la concentration et divers **indices** potentiels d'effets anticoncurrentiels — prix, majoration, profits, taux de rendement, etc. — depuis des décennies<sup>2</sup>. Des centaines d'études empiriques portent sur ce sujet<sup>3</sup>.

L'hypothèse selon laquelle « trop » de concentration est nuisible suppose à la fois que la structure d'un marché est ce qui détermine les résultats économiques et qu'il est possible de déterminer quelle est la « bonne » concentration. Mais comme les économistes l'ont compris depuis au moins les années 1970 (et malgré des efforts extrêmement vigoureux, mais futiles, de démontrer le contraire), la structure du marché ne détermine pas les résultats<sup>4</sup>.

Ce scepticisme à l'égard des mesures de concentration en tant que guide pour les politiques

---

<sup>2</sup> Pour quelques exemples tirés d'un très grand corpus de documentation, voir, p. ex., Steven Berry, Martin Gaynor et Fiona Scott Morton, « Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 33, p. 44 (2019); Richard Schmalensee, « Inter-Industry Studies of Structure and Performance », *Handbook of Industrial Organization*, p. 951-1009 (Richard Schmalensee et Robert Willig, éd., 1989); William N. Evans, Luke M. Froeb et Gregory J. Werden, « Endogeneity in the Concentration-Price Relationship: Causes, Consequences, and Cures », *Journal of Industrial Economics*, vol. 41, p. 431 (1993); Steven Berry, « Market Structure and Competition, Redux », au FTC Microeconomics Conference (nov. 2017), disponible à [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_events/1208143/22\\_-\\_steven\\_berry\\_keynote.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/1208143/22_-_steven_berry_keynote.pdf); Nathan Miller, et coll., « On the misuse of regressions of price on the HHI in merger review », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 10, p. 248 (2022).

<sup>3</sup> *Id.*

<sup>4</sup> Voir Harold Demsetz, « Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy », *Journal of Law and Economics*, vol. 4, n° 1, 1973.

est bien appuyé et soutenu par des universitaires de tous les horizons politiques. Pour prendre un exemple important et récent, les professeurs Fiona Scott Morton (sous-procureure générale adjointe pour l'économie à la division antitrust du ministère de la Justice sous le président Obama, qui est maintenant à l'Université Yale); Martin Gaynor (ancien directeur du bureau de l'économie de la FTC sous le président Obama, qui est maintenant conseiller spécial du procureur général adjoint des États-Unis, Jonathan Kanter, en congé de l'Université Carnegie Mellon); et Steven Berry (économiste de l'organisation industrielle à l'Université Yale) ont consulté les études sur l'organisation industrielle et constaté que les présomptions fondées sur des mesures de concentration sont peu susceptibles de fournir une orientation solide pour les politiques publiques :

En bref, il n'y a pas d'« effet causal de la concentration sur les prix » bien défini, mais plutôt un ensemble d'hypothèses qui peuvent expliquer les corrélations observées des résultats conjoints des prix, des marges bénéficiaires mesurées, de la part de marché et de la concentration...

Notre opinion, fondée sur la sagesse bien établie dans le domaine de l'organisation industrielle depuis plusieurs décennies, est que les régressions des résultats du marché sur des mesures de la structure de l'industrie comme l'indice Herfindahl-Hirschman devraient avoir peu de poids dans les débats de politique<sup>5</sup>. [Traduction]

Comme l'a récemment résumé Chad Syverson :

Peut-être que le problème conceptuel le plus profond de la concentration comme mesure du pouvoir de marché est qu'il s'agit d'un résultat, et non d'un déterminant fondamental immuable de la compétitivité d'une industrie ou d'un marché... Par conséquent, la concentration est pire qu'un baromètre bruyant du pouvoir du marché. Au lieu de cela, nous ne pouvons même pas savoir vers quelle direction générale le baromètre est orienté<sup>6</sup>. [Traduction]

Cela ne veut pas dire que les mesures de concentration n'ont aucune utilité dans l'évaluation des fusions. La concentration du marché n'est souvent pas liée aux objectifs d'application des lois antitrust parce qu'elle est dictée par des facteurs endogènes à chaque industrie. Les responsables de l'application de la loi ne devraient pas trop s'appuyer sur des présomptions structurelles fondées sur des mesures de concentration, car il peut s'agir de mauvais indicateurs des cas où l'application des lois antitrust est la plus avantageuse pour la concurrence et les consommateurs.

### **À quel niveau les seuils devraient-ils être fixés?**

Deuxièmement, si les mesures de concentration doivent être utilisées d'une façon ou d'une autre, comment en établir le niveau?

Les lignes directrices américaines de 2010 sur les fusions horizontales étaient « fondées sur des seuils de l'indice HHI mis à jour qui reflètent plus fidèlement les pratiques réelles d'application

---

<sup>5</sup> Berry, Gaynor et Scott Morton, *op. cit.*

<sup>6</sup> Chad Syverson, « Macroeconomics and Market Power: Context, Implications, and Open Questions », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 33, p. 23 (2019), à 26.

de la loi<sup>7</sup> » [traduction]. Ces chiffres ont été mis à jour en 2023, mais sans justification claire. Bien que les autorités américaines d'application de la loi citent plusieurs anciens cas (qui impliquaient un niveau de concentration considérablement plus élevé que celui des lignes directrices de 2023), nous sommes d'accord avec les commentaires soumis en 2022 par Aviv Nevo, directeur du bureau de l'économie de la FTC, et ses collègues, qui se sont opposés à un tel changement. Ils ont écrit ce qui suit :

À notre avis, ce ne serait pas la voie la plus productive que les organisations pourraient emprunter pour réussir à bloquer les fusions nuisibles, et cela pourrait se retourner contre elles en mettant encore plus l'accent sur la définition du marché et les présomptions structurelles.

Si les organisations modifient substantiellement les seuils de présomption, elles devront également persuader les tribunaux que les nouveaux seuils sont au bon niveau. **Y a-t-il des preuves de cela? Le corpus de recherche existant sur cette question est aujourd'hui mince et repose principalement sur des études de cas individuelles dans une poignée d'industries. Selon notre interprétation des études, les preuves ne sont pas suffisamment claires et convaincantes, à ce stade-ci, pour appuyer un seuil considérablement différent qui sera appliqué à toutes les industries et à toutes les conditions du marché<sup>8</sup>** (caractères gras ajoutés).

Des seuils de fusion plus bas créent plusieurs risques. Le premier est que de tels seuils mèneront à des « faux positifs » excessifs, c'est-à-dire à trop de présomptions contre des fusions qui pourraient être procompétitives ou bénignes. Cela est particulièrement probable si les responsables de l'application de la loi font en sorte qu'il est plus difficile pour les parties de réfuter les présomptions, p. ex., en exigeant des preuves plus solides en fonction du niveau de dépassement du seuil (maintenant abaissé). L'augmentation des obstacles à l'établissement d'économies et d'autres facteurs compensatoires rend plus probable que les fusions procompétitives seront bloquées. Cela risque non seulement de priver les consommateurs de prix plus bas et d'une plus grande innovation dans des cas précis, mais aussi de ralentir de façon plus générale les activités bénéfiques de fusion et d'acquisition. La perspective d'un régime d'application trop strict décourage l'investissement et l'activité entrepreneuriale. Elle affecte également des ressources limitées à l'application de la loi aux mauvais cas.

### **Changement du caractère des présomptions structurelles**

Enfin, les risques décrits ci-dessus sont particulièrement importants, compte tenu du changement de nature des présomptions structurelles décrites dans les lignes directrices américaines sur les fusions. Les lignes directrices sur les fusions de 2023 — et seulement elles — indiquent que certaines caractéristiques structurelles des fusions soulèveront une « présomption d'illégalité<sup>9</sup> ».

---

<sup>7</sup> Joseph Farrell et Carl Shapiro, « The 2010 Horizontal Merger Guidelines After 10 Years », *Review of Industrial Organization*, vol. 58 (2021). <https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-020-09807-6>.

<sup>8</sup> John Asker et coll., Comments on the January 2022 DOJ and FTC RFI on Merger Enforcement (20 avril 2022), disponible à l'adresse <https://www.regulations.gov/comment/FTC-2022-0003-1847> à 15-6.

<sup>9</sup> U.S. Department Justice & Federal Trade Commission, *Merger Guidelines* (Guideline One) (18 décembre 2023), disponible à l'adresse [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/2023\\_merger\\_guidelines\\_final\\_12.18.2023.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf).

Les lignes directrices américaines sur les fusions publiées en 1982<sup>10</sup>, 1992 (révisées en 1997)<sup>11</sup> et 2010<sup>12</sup> décrivent toutes des seuils structurels que les organismes considèrent comme pertinents pour l'évaluation des fusions. Aucune d'entre elles ne mentionne une « présomption d'illégalité ». En fait, comme les agences américaines l'ont indiqué dans les *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 :

Le but de ces seuils n'est pas de fournir un filtre rigide pour séparer les fusions sans danger sur le plan de la concurrence des fusions anticoncurrentielles, bien qu'un niveau élevé de concentration soulève des préoccupations. Ils offrent plutôt un moyen de repérer certaines fusions qui sont peu susceptibles de soulever des préoccupations en matière de concurrence et d'autres pour lesquelles il est particulièrement important d'examiner si d'autres facteurs concurrentiels confirment, renforcent ou contrebalancent les effets potentiellement nocifs d'une concentration accrue<sup>13</sup>. [Traduction]

La catégorie de fusions la plus inquiétante mentionnée dans les lignes directrices américaines de 1992 était considérée comme étant « susceptible de créer ou d'accroître une puissance commerciale ou de faciliter son exercice ». Les lignes directrices de 1982 ne décrivaient pas les « présomptions », mais plutôt certaines fusions qui pouvaient générer des « préoccupations importantes en matière de concurrence » et « susceptibles » d'être contestées.

Par conséquent, les éditions précédentes des lignes directrices américaines sur les fusions décrivent la façon dont les caractéristiques structurelles des fusions pourraient influencer, mais non déterminer, l'analyse interne de ces fusions par les organismes. C'était de l'information utile pour l'industrie, le barreau et les tribunaux. Tout aussi utiles étaient les descriptions des fusions qui étaient « peu susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence et qui n'exigent habituellement pas une analyse plus poussée<sup>14</sup> », ainsi que les types intermédiaires de fusions qui « pourraient soulever des préoccupations importantes sur le plan de la concurrence et qui méritent souvent un examen minutieux<sup>15</sup> ».

De même, les lignes directrices américaines de 1992 sur les fusions faisaient état d'une catégorie de fusions jugées « peu susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence et qui n'exigent habituellement aucune analyse plus poussée », ainsi que de catégories intermédiaires de fusions qui sont soit peu susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels,

---

<sup>10</sup> U.S. Department of Justice, *1982 Merger Guidelines* (1982), <https://www.justice.gov/archives/atr/1982-merger-guidelines>.

<sup>11</sup> U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *1992 Merger Guidelines* (1992), <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines>; U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *1997 Merger Guidelines* (1997), <https://www.justice.gov/archives/atr/1997-merger-guidelines>.

<sup>12</sup> U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines* (19 août 2010), <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>; Les organismes antitrust américains ont aussi publié des lignes directrices sur les fusions verticales en 2020. Bien qu'elles aient été officiellement retirées en 2021 par la FTC, mais pas par le ministère de la Justice, elles sont elles aussi supplantées par les lignes directrices sur les fusions de 2023. Voir U.S. Department of Justice et Federal Trade Commission, *Vertical Merger Guidelines* (30 juin 2020), disponible à l'adresse [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1580003/vertical\\_merger\\_guidelines\\_6-30-20.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1580003/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf).

<sup>13</sup> *2010 Horizontal Merger Guidelines*.

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Id.*

soit **potentiellement** susceptibles de soulever des préoccupations importantes en matière de concurrence, selon divers facteurs décrits ailleurs dans les guides<sup>16</sup>.

À titre de comparaison, les nouvelles lignes directrices des États-Unis ne contiennent aucune description des fusions qui sont peu susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence. Et bien que les nouvelles lignes directrices sur les fusions stipulent que la « présomption d'illégalité peut être réfutée », elles offrent des moyens très limités pour ce faire.

Cela va à l'encontre des pratiques antérieures des organismes et des lois établies aux États-Unis. Jusqu'à tout récemment, le personnel de l'organisme américain cherchait à comprendre les fusions proposées dans leur contexte large, un peu comme les tribunaux américains l'ont fait. Les caractéristiques structurelles des fusions (entre autres) peuvent soulever des préoccupations à des degrés plus ou moins élevés. Cela pourrait mener à des questions supplémentaires dans certains cas; à des enquêtes plus approfondies dans le cadre d'une « deuxième demande » dans une minorité de cas; ou, éventuellement, à une plainte contre une très petite minorité de fusions proposées. Cela pourrait aussi aider le personnel à éviter de gaspiller des ressources limitées pour des fusions « peu susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels ».

Avant une audience ou un procès sur le fond, il peut y avoir des évaluations solides, faibles ou non appréciables de la responsabilité probable, mais il n'y a pas de détermination *prima facie* de l'illégalité.

Et bien que les procès de fusion aux États-Unis aient eu tendance à suivre un cadre de transfert du fardeau pour la **production** du demandeur et du défendeur, ils ont également examiné « l'ensemble des circonstances<sup>17</sup> » et « l'effet probable d'une transaction sur la concurrence future<sup>18</sup> » pour déterminer la responsabilité, et ils ont tourné le dos aux fortes présomptions structurelles. Comme l'a fait observer le juge américain Clarence Thomas dans l'affaire Baker-Hughes :

La décision portant sur General Dynamics a lancé une série de décisions qui s'éloignaient considérablement de celles prises dans les affaires antitrust des années 1960. Au lieu d'accepter la part de marché d'une entreprise comme preuve quasi concluante de son pouvoir de marché, la cour a soigneusement analysé la preuve de réfutation des défendeurs<sup>19</sup>. [Traduction]

Un élément central de l'arrêt Baker Hughes — et contraire aux lignes directrices de 2023 sur les fusions aux États-Unis — était que, parce que le fardeau de production *prima facie* du gouvernement était faible, le fardeau de réfutation du défendeur ne devrait pas être indûment lourd<sup>20</sup>. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis, les défendeurs ne seraient pas tenus de réfuter clairement les effets anticoncurrentiels, mais simplement de « montrer que le ratio de concentration, qui peut être un indicateur peu fiable du comportement réel du marché [...] ne

---

<sup>16</sup> 1992 Merger Guidelines.

<sup>17</sup> United States c. Baker-Hughes Inc., 908 F.2d 981, 984 (D.C. Cir. 1990).

<sup>18</sup> *Id.* à 991.

<sup>19</sup> *Id.* à 990 (citant Hospital Corp. of Am. c. FTC, 807 F.2d 1381, 1386 [7<sup>th</sup> Cir.1986]), cert. refusé, 481 U.S. 1038, 107 S.Ct. 1975, 95 L.Ed.2d 815 (1987).

<sup>20</sup> *Id.* à 987, 992.

dépeint pas avec exactitude les caractéristiques économiques du marché [pertinent]<sup>21</sup> ».

Cela ne réglerait pas le problème. Plutôt, « le fardeau de produire des preuves supplémentaires des effets anticoncurrentiels est transféré au gouvernement et se confond avec le fardeau ultime de la persuasion, qui incombe au gouvernement en tout temps<sup>22</sup> ».

Comme le souligne la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Marine Bancorporation*, même en 1974, on comprenait bien que le ratio de concentration « peut être un indicateur non fiable » du comportement du marché et des effets de la concurrence.

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, la recherche et l'application de la loi au cours des décennies qui ont suivi ont miné encore davantage le recours aux présomptions structurelles. Par conséquent, le paradigme de la structure, de la conduite et du rendement a été abandonné, parce qu'il est largement reconnu que la structure du marché n'est pas déterminante des résultats.

Cela ne veut pas dire qu'une forte concentration n'a aucune valeur d'indication dans l'examen préliminaire des fusions par l'agence. Mais les mesures de concentration qui se sont révélées être des indicateurs peu fiables du comportement des entreprises et des effets de la concurrence ne devraient pas être enchâssées dans la loi canadienne. Ce serait un pas en arrière, et non un pas en avant, pour l'application de la loi sur les fusions.

Signé

Brian Albrecht, économiste en chef, International Center for Law & Economics

Dirk Auer, directeur de la politique de la concurrence, International Center for Law & Economics

Daniel J. Gilman, chercheur principal, International Center for Law & Economics

Geoffrey A. Manne, président et fondateur, International Center for Law & Economics

---

<sup>21</sup> *United States c. Marine Bancorporation Inc.*, 418 U.S. 602, 631 (1974) (citations internes omises).

<sup>22</sup> *Baker-Hughes*, 908 F.2d à 983.