



Le 5 juin 2024

[TRADUCTION]

Par courriel : nffn@sen.parl.gc.ca

L'honorable sénateur Claude Carignan
Président, Comité sénatorial permanent des finances nationales
Le Sénat du Canada
Ottawa (Ontario) K1A 0A4

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

Monsieur le Sénateur,

Je vous écris au nom de la Section nationale du droit de la concurrence et de l'investissement étranger (la section) de l'Association du Barreau canadien (l'ABC) pour commenter les modifications apportées au projet de loi C-59 par le Comité permanent des finances de la Chambre des communes (le FINA) et adoptées par la Chambre des communes depuis que le Comité sénatorial permanent des finances nationales a conclu son étude préliminaire du projet de loi en avril 2024.

Dans le rapport du Comité au Sénat, l'honorable Percy Mockler indique que le Comité sénatorial a eu peu de temps pour étudier la série de modifications à apporter à la *Loi sur la concurrence* prévues dans le projet de loi C-56. Il s'est dit frustré de « [ne pas avoir] pu étudier soigneusement le projet de loi et remplir ses devoirs correctement »¹. Malgré l'étude préliminaire du projet de loi C-59, ce comité s'est trouvé dans une situation similaire avec la modification du projet de loi C-59. Nous avons aussi constaté que la Chambre avait adopté des modifications à apporter au projet de loi C-59 en réponse à des demandes du commissaire de la concurrence (le commissaire) qui n'avaient pas été recommandées par les spécialistes des politiques d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada (ISDE). La section demande au Comité d'exercer son rôle constitutionnel de Chambre de second examen objectif et d'étudier avec attention les modifications proposées aux dispositions du projet de loi C-59 concernant la réforme de la *Loi sur la concurrence*, principalement l'examen des fusionnements.

La *Loi sur la concurrence* est un texte important du cadre législatif touchant tous les secteurs de l'économie ainsi que les entreprises, toutes tailles confondues. La modification de l'article 249 pose particulièrement problème.

¹ Rapport du Comité sénatorial permanent des finances nationales sur le projet de loi C-56, [en ligne](#).

Sommaire des recommandations

La section de l'ABC recommande d'apporter les modifications suivantes au projet de loi C-59 :

1. Si la définition du terme « indice de concentration » au paragraphe 249(4) est retenue, il y aurait lieu de la réviser, car le sens donné n'a pas de réelle application pratique et s'éloigne de l'optique adoptée par les États-Unis, contrairement à l'intention du FINA.
2. Si les paragraphes 249(3) et (5) sont adoptés, il y aurait lieu de les modifier en retirant les mentions de l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH) et de la part du marché au paragraphe 249(3). Les valeurs devraient être établies par règlement, comme il est prévu au paragraphe 249(5), afin de permettre une considération et une évaluation adéquates.
3. Si l'article 249 (1.1), (1.2), (2), (3), (4) et (5) est adopté, la disposition transitoire prévue à l'article 268 devrait être révisée de façon à inclure les paragraphes 249(1.1), (1.2) et (2). La section approuve le retrait de l'article 249 (1.1), (1.2), (2), (3), (4) and (5).
4. Il faudrait revoir l'article 254 afin de préciser qu'il n'est pas permis de présenter une demande en vertu de l'article 90.1 pour une fusion au sens de l'article 91.
5. Il faudrait modifier l'article 236 en supprimant la mention d'une « méthode reconnue à l'échelle internationale », car une telle méthodologie n'existe pas, ce qui rend la conformité à l'article 74.01(1)(b.2) incertaine pour les entreprises.

Réserves au sujet de l'introduction de présomptions structurelles

Le paragraphe 249(2), dans sa version initialement présentée par le gouvernement en première lecture, aurait pour effet d'abroger le paragraphe 92(2) de la *Loi sur la concurrence*, qui n'autorise pas le Tribunal de la concurrence à conclure qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, « en raison seulement de la concentration ou de la part du marché ». De plus, le projet de loi C-59, au paragraphe 250(2), ajoute un facteur discrétionnaire à l'article 93. Cette modification aurait pour effet de permettre expressément au Tribunal de la concurrence de tenir compte des effets des changements dans la concentration ou la part du marché découlant directement ou indirectement du fusionnement réalisé ou proposé. Ces modifications habiliteront le commissaire à modifier le document « Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi » du Bureau de la concurrence pour introduire des présomptions structurelles cadrant avec celles des États-Unis.

La section soutient toujours que la meilleure façon d'introduire des seuils de concentration, selon ce qui se fait ailleurs, c'est par l'entremise du document « Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi »² du Bureau de la concurrence. Adopter des présomptions structurelles fondées sur les valeurs de concentration et de part du marché prévues dans la *Loi sur la concurrence* elle-même, comme il est actuellement proposé au paragraphe 249(2), ne fera rien pour harmoniser la loi canadienne à celle américaine ni pour simplifier le processus d'examen des fusionnements.

Le 19 mars 2024, les spécialistes des politiques gouvernementales d'ISDE ont fait la déclaration suivante aux représentants du Comité :

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

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* (29 avril 2024), [en ligne](#).

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. [Gras ajouté]

La nature flexible des Lignes directrices pour l'application de la loi est préférable à la nature rigide d'une loi³, selon le 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).

La section ne recommande pas l'introduction de présomptions structurelles dans la *Loi sur la concurrence*, mais si cette formule est retenue, elle recommande d'apporter trois modifications à l'article 249 pour en garantir l'application pratique :

Recommandation 1

Le paragraphe 249(4), s'il est adopté, devrait être révisé parce que la définition donnée au terme « indice de concentration » n'est pas applicable dans la pratique et s'éloigne de la pratique américaine, contrairement à l'intention du FINA. La section recommande de modifier la définition comme suit :

Définition de ndice de concentration

(4) Au paragraphe (3), l'indice de concentration correspond, dans tout marché pertinent, à la somme des carrés des parts du marché des fournisseurs ou des clients se calcule en élevant au carré la part du marché de chaque société concurrente sur le marché pertinent, puis en additionnant les chiffres obtenus.

Dans son mémoire présenté au Comité, le commissaire recommandait d'apporter des modifications qui auraient pour effet « d'établir des présomptions précises et réfutables pour les fusions qui correspondent aux seuils établis dans les lignes directrices américaines de 2023 ». Toutefois, le libellé proposé par le commissaire et repris dans le projet de loi C-59 (dans sa version modifiée) n'emploie pas la même définition que les lignes directrices américaines de 2023, ce qui peut être source de confusion, car le paragraphe 249(4) fait mention de fournisseurs et de clients dans tout marché pertinent plutôt que de sociétés se concurrençant sur le marché. Les termes « fournisseurs » et « clients » revêtent un sens incertain.

En revanche, dans les lignes directrices américaines, il est simplement énoncé que [TRADUCTION] « [les organismes américains] calculent habituellement les valeurs de concentration en appliquant l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH) ». De plus, le département de la Justice des États-Unis décrit l'IHH comme une mesure [TRADUCTION] « communément admise » de la concentration du marché, calculée [TRADUCTION] « en élevant au carré la part du marché de chaque société se concurrençant sur le marché, puis en additionnant les chiffres obtenus ».

Pour résoudre les écarts potentiels et rapprocher la *Loi sur la concurrence* des lignes directrices américaines, nous recommandons une simple modification du libellé en vue d'adopter la formule du département de la Justice des États-Unis relativement à l'IHH dans la définition d'« indice de concentration ».

³ Les organismes antitrust des États-Unis ont publié des lignes directrices révisées sur les fusionnements en 1968, 1982, 1984, 1992, 1997, 2010, 2020 et 2023. L'édition de 2023 a été critiquée pour être [TRADUCTION] « un repli marqué vers des méthodes abandonnées depuis longtemps et des positions législatives que les tribunaux ont rejetées au fil des ans ». Voir par exemple Keith Robert Fisher, [en ligne](#) (en anglais seulement).

Recommandation 2

Les paragraphes 249(3) et (5) devraient être modifiés pour retirer les mentions expresses de l'IHH et des valeurs de parts du marché au paragraphe 249(3), et les valeurs devraient être établies par règlement, comme il est prévu au paragraphe 249(5). La section recommande ce qui suit :

Augmentation importante — concentration ou part du marché

(3) Le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou entraînera vraisemblablement une augmentation importante de la concentration ou de la part du marché si, dans tout marché pertinent, en raison du fusionnement réalisé ou proposé, à la fois :

a) l'indice de concentration augmente ou augmentera vraisemblablement de plus ~~de 100~~ qu'une valeur préétablie;

b) l'indice de concentration est ou sera vraisemblablement supérieur à ~~1-800~~ une valeur préétablie, ou la part du marché des parties au fusionnement réalisé ou proposé est ou sera vraisemblablement supérieure à ~~30%~~ une valeur préétablie.

Règlements — valeurs différentes

(5) Le gouverneur en conseil ~~établit~~ peut, par règlement, des valeurs ~~différentes de celles que prévoit~~ pour le paragraphe (3).

Recommandation 3

Si l'article 249 (1.1), (1.2), (2), (3), (4) et (5) est adopté, la disposition transitoire énoncée à l'article 268 devrait être modifiée de façon à inclure les paragraphes 249(1.1), (1.2) et (2). La section approuve le retrait du paragraphe 249(1).

Le paragraphe 249(1) du projet de loi C-59 a pour effet de modifier la norme de fond applicable aux mesures correctives en matière de fusion, ce qui crée une coupure fondamentale entre la norme juridique applicable à la question de savoir si un fusionnement donne matière à des réserves, et la norme juridique applicable aux mesures correctives correspondantes. En 1997, la Cour suprême du Canada était d'avis que la norme logique d'évaluation des mesures correctives devrait aussi traiter de la prévention ou de la diminution « sensible » de la concurrence :

Le mal auquel les rédacteurs de la Loi sur la concurrence s'attaquaient est la diminution sensible de la concurrence. Voir la Loi sur la concurrence, par. 92(1). Il n'est guère besoin de démontrer que la mesure de redressement appropriée en cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement.

Si le Parlement juge néanmoins souhaitable de modifier la norme, il devrait alors introduire une disposition transitoire. Le défaut d'inclure une telle disposition pour les paragraphes 249(1.1) et (1.2), alors qu'il y en a une au paragraphe 249(2), crée des problèmes d'équité fondamentale pour les parties au fusionnement ayant conclu des ententes avant l'adoption du projet de loi C-59.

Comme il a été dit plus haut, l'article 268 crée une disposition transitoire pour les nouveaux seuils de concentration proposés au paragraphe 249(2). Toutefois, aucune disposition semblable n'a été appliquée à la norme concernant les mesures correctives en matière de fusion créée au paragraphe 249 (1.1) and (1.2). Il s'agit peut-être d'une omission, puisque le FINA a peu discuté et débattu de ces questions. Il n'y a pas de principe de base permettant de distinguer ces deux

modifications, car l'une et l'autre pourraient entraîner des conséquences non négligeables sur les opérations récemment conclues ou en instance d'examen par le Bureau de la concurrence.

La section recommande une simple modification de la disposition transitoire à l'article 268 :

268 ~~Le paragraphe~~ L'article 92(2) de la Loi sur la concurrence, dans sa version antérieure à la date d'entrée en vigueur ~~du paragraphe~~ de l'article 249(2), continue de s'appliquer après cette date à l'égard des transactions proposées pour lesquelles l'avis visé à l'article 114 de cette loi a été donné avant cette date, ainsi qu'à l'égard des fusionnements en substance réalisés avant cette date

Les sanctions et les droits d'action privés ne devraient pas s'appliquer aux fusions

Recommandation 4

Il faudrait revoir l'article 254 afin de préciser qu'il n'est pas permis de présenter une demande en vertu de l'article 90.1 pour une fusion au sens de l'article 91.

Dans son rapport de consultation de septembre 2023, ISDE a expressément déclaré que « [l]e gouvernement envisage d'autoriser les parties privées à demander une indemnisation pour les dommages subis du fait d'un comportement susceptible de faire l'objet d'un examen civil (non lié à une fusion) en vertu de la Loi ». Dès le début du processus gouvernemental d'examen des modifications potentielles à apporter à la *Loi sur la concurrence*, la section a compris que les pénalités ou les litiges privés ne seraient pas possibles pour les fusionnements. Cependant, le texte du projet de loi C-59 amène de l'incertitude quant à savoir si les modifications introduisant des sanctions administratives pécuniaires et des recours pour le reversement de bénéfices indus à une partie privée dans le cas des ententes assujetties à l'article 90.1 s'appliqueraient aux fusionnements (pourvu que le commissaire n'ait pas d'enquête en cours ou réglée concernant le fusionnement en question au moment où une partie privée présente sa demande).

Cette dernière approche serait incohérente avec le régime réglementaire distinct et global des fusions sous l'administration exclusive du commissaire. Ce régime englobe les exigences légales de dépôt et les frais, les processus d'information, la production de documents, des périodes d'attente pour les opérations non conclues, et un processus formel de règlement pour les fusionnements pouvant ou non faire l'objet d'un avis.

Les fusionnements sont des opérations commerciales courantes qui contribuent de façon importante à l'efficacité des marchés financiers et à la productivité de l'économie canadienne. Comme dans la plupart des pays, l'examen des fusionnements a pour but de repérer les opérations anticoncurrentielles et d'y remédier, et non de pénaliser les parties en litige ou d'encourager les litiges pouvant être motivés par des intérêts stratégiques privés et visant à nuire aux opérations sur les marchés financiers.

Éléments corroboratifs suffisants et appropriés

Recommandation 5

Il faudrait modifier l'article 236 en supprimant la mention d'une « méthode reconnue à l'échelle internationale », car une telle méthodologie n'existe pas, ce qui rend la conformité à l'article 74.01(1)(b.2) incertaine pour les entreprises.

Nous souhaitons attirer l'attention du Comité sur une autre modification du projet de loi C-59 apportée par le FINA, modification que les spécialistes des politiques d'ISDE ne recommandaient pas. L'article 236 a pour effet de modifier les dispositions d'« écoblanchissement » proposées, afin de cerner

les actions environnementales ayant trait aux « avantages d'une entreprise ou de l'activité d'une entreprise », position exigeant que ces actions soient fondées « sur des éléments corroboratifs suffisants et appropriés obtenus au moyen d'une méthode reconnue à l'échelle internationale ».

La section ne croit pas qu'il existe une « méthode reconnue à l'échelle internationale » pour les déclarations ou actions relatives aux facteurs ESG, car les positions des directives ou règlements diffèrent d'un pays à l'autre. La norme actuelle relative aux « éléments corroboratifs suffisants et appropriés » dans la *Loi sur la concurrence* est bien connue et permet d'évoluer avec les méthodes émergentes sur la scène internationale.

La section recommande une simple modification de l'article 236 :

236 (1) Le paragraphe 74.01(1) de la même loi est modifié par adjonction, après l'alinéa b), de ce qui suit :

[...]

b.2) ou bien des indications sur les avantages d'une entreprise ou de l'activité d'une entreprise pour la protection ou la restauration de l'environnement ou l'atténuation des causes ou des effets environnementaux et écologiques des changements climatiques si les indications ne se fondent pas sur des éléments corroboratifs suffisants et appropriés ~~obtenus au moyen d'une méthode reconnue à l'échelle internationale~~, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications;

Nous demeurons à la disponibilité de ce comité pour répondre à ses questions.

Veuillez agréer, Monsieur le Sénateur, nos salutations distinguées.

(Lettre originale signée par Yves Faguy au nom d'Elisa Kathlena Kearney)

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

L'Association du Barreau canadien 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 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.