



Le 1 mars 2024

**Monsieur le président et membres du
Comité permanent des finances de la
Chambre des communes,**

**Monsieur le président et membres du
Comité sénatorial permanent des finances
nationales,**

En tant que commissaire de la concurrence, je vous écris simultanément dans le cadre de vos études respectives sur la teneur du projet de loi C-59. J'aimerais exprimer mon appui aux modifications à la *Loi sur la concurrence* (Loi) proposées dans le projet de loi C-59 et formuler quelques recommandations visant à renforcer davantage le projet de loi.

Je crois que nous pouvons tous nous entendre quant aux éléments fondamentaux : Le Canada a besoin d'une concurrence accrue. La concurrence est essentielle pour relever nos défis en matière d'abordabilité, améliorer le choix offert aux consommateurs et favoriser une croissance plus forte et plus inclusive à long terme. De plus, même si la Loi n'est qu'un outil visant à protéger et à promouvoir une concurrence accrue au Canada, elle est fondamentale et doit être modernisée depuis un certain temps.

Heureusement, les modifications proposées dans le projet de loi C-59, ainsi que les réformes récentes effectuées dans les projets de loi C-19 et C-56, représentent une mise à niveau générationnelle de notre cadre juridique de concurrence. Je félicite le gouvernement, les parlementaires et les citoyens de partout au pays des efforts qu'ils ont déployés pour façonner ce processus de modernisation. Il est le fruit d'années de dialogue public et d'experts et de débats parlementaires. Ces changements répondent à un grand nombre de recommandations du Bureau de la concurrence et contribueront à harmoniser notre régime de concurrence avec les pratiques exemplaires internationales¹.

¹ Voir notre mémoire de [février 2022](#) à l'ancien sénateur Howard Wetston sur la consultation sur la *Loi sur la concurrence* et notre mémoire de [mars 2023](#) à la consultation du gouvernement du Canada sur l'avenir de la politique de la concurrence.



Comme pour toute réforme, elle peut toujours être améliorée. Nous avons indiqué un certain nombre de modifications au projet de loi C-59 qui, à notre avis, renforceront ce qui est déjà une mesure législative importante. Ces recommandations sont éclairées par notre expérience relative à l'administration et à l'application de la Loi, ainsi que par les défis auxquels nous sommes confrontés quotidiennement. Elles sont énumérées ci-dessous et décrites en plus de détails à l'annexe jointe à la présente lettre. Nous serions heureux de vous fournir des renseignements supplémentaires pour contribuer à votre examen de ces recommandations.

En fin de compte, nous sommes résolus à appliquer la Loi de façon transparente, fondée sur des principes et fondée sur des données probantes afin que toute la population canadienne puisse en profiter. Depuis l'adoption des projets de loi C-19 et C-56, nous avons été inébranlables dans nos efforts pour mettre en œuvre les outils nouveaux et améliorés qui nous ont été donnés. Cela comprend de nouvelles lignes directrices reconnues à l'échelle internationale sur les accords de fixation des salaires et de non-débauchage entre employeurs, une affaire actuellement devant notre Tribunal de la concurrence en vertu de notre nouvelle disposition sur l'indication de prix partiel et un grand nombre d'enquêtes actives dans les secteurs prioritaires pour les Canadiens. Si le projet de loi C-59 est adopté, nous adopterons la même approche.

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de vous faire part de nos commentaires et nous saluons le travail accompli par vos comités respectifs et leurs membres pour promouvoir la concurrence au Canada.

Veuillez agréer mes salutations distinguées.

Matthew Boswell
Commissaire de la concurrence



Liste de recommandations aux fins d'examen

- 1. Indication de prix partiel :** Modifier les articles 234 à 237 pour éliminer une échappatoire potentielle dans la disposition relative à l'« indication de prix partiel » et prévenir la prolifération involontaire des frais indésirables.
- 2. Écoblanchiment :** Étudier si l'approche adoptée au paragraphe 236(1) concernant l'écoblanchiment pourrait être élargie pour englober toutes les déclarations environnementales faites pour promouvoir un produit ou un intérêt commercial.
- 3. Prix habituel :** Modifier le paragraphe 236(2) afin que les vendeurs aient le fardeau de prouver que les rabais sont authentiques.
- 4. Présomptions structurelles applicables aux fusions :** Modifier les articles 249 et 250 afin d'adopter des présomptions réfutables pour les fusions conformes à celles énoncées dans les lignes directrices américaines sur les fusions.
- 5. Norme de redressement applicable aux fusions :** Modifier l'article 249 pour préciser qu'une ordonnance rendue contre une fusion anticoncurrentielle a pour objet de préserver ou de rétablir le niveau de concurrence qui aurait prévalu n'eût été du fusionnement.
- 6. Certificats environnementaux :** Supprimer l'article 265 du projet de loi C-59 pour qu'il soit examiné de manière approfondie, compte tenu des conséquences imprévues potentiellement importantes.



Annexe : Recommandations du Bureau de la concurrence concernant le projet de loi C-59

Recommandation 1 (indication de prix partiel) : Modifier les articles 234 à 237 pour éliminer une échappatoire potentielle dans la disposition relative à l'« indication de prix partiel » et prévenir la prolifération involontaire des frais indésirables.

L'« indication de prix partiel » est une pratique trompeuse consistant à ne pas inclure les frais obligatoires dans les prix annoncés, donnant ainsi une fausse indication du coût total des produits et services. Elle a lieu lorsqu'un vendeur annonce un prix « bas » pour attirer des clients et qu'il ajoute ensuite des frais obligatoires avant le moment de payer. L'indication de prix partiel profite des préjugés comportementaux des consommateurs et limite la prise de décisions éclairées, minant ainsi les forces du marché.

En juin 2022, de nouveaux paragraphes ont été ajoutés aux dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses de la Loi afin de reconnaître expressément l'indication de prix partiel comme une pratique trompeuse. Les paragraphes pertinents (par. 52(1.3) et 74.01(1.1)) disposent actuellement ce qui suit :

Il est entendu que l'indication d'un prix qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent constitue une indication fautive ou trompeuse, sauf si les frais obligatoires ne représentent que le montant imposé sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale. (Non souligné dans l'original)

L'exception (soulignée ci-dessus) relative aux frais imposés par le gouvernement a été mise en place afin que les entreprises puissent omettre les taxes de vente ou les frais supplémentaires gouvernementaux semblables des prix annoncés sans que cela soit considéré comme trompeur. Toutefois, le Bureau a appris qu'un certain nombre d'entreprises interprètent l'exception de façon plus large, la considérant comme une autorisation de transmettre aux consommateurs des coûts réglementaires généraux ou des taxes d'affaires sous forme d'indication de prix partiel. Une entreprise pourrait, par exemple, prélever un frais général de l'industrie qu'elle engage et le transmettre aux consommateurs sous la forme de « frais de transaction » obligatoires, créés pour éviter de le divulguer dans le prix annoncé, et faire valoir qu'ils cadrent avec la portée de l'exception.

Il est possible que le Tribunal de la concurrence et les tribunaux interprètent l'exception de manière à protéger les consommateurs contre ces frais imprévus, qui violent l'esprit de la disposition. Il est également possible que de telles pratiques contreviennent à nos dispositions générales en matière de pratiques commerciales trompeuses même si elles ne respectent pas la lettre de notre disposition relative à l'indication de prix partiel. Néanmoins, nous estimons que notre disposition relative à l'indication de prix partiel pourrait être clarifiée afin de prévenir la prolifération de ces frais indésirables et d'éviter des litiges inutiles.

Les articles 234 et 237 ajoutent une référence à l'indication de prix partiel prévue dans les dispositions pénales et civiles anti-pourriel de la Loi, corrigeant un oubli des modifications de 2022. Même si le Bureau accepte ce changement, nous recommandons de le renforcer en éliminant l'échappatoire potentielle en matière d'interprétation énoncée ci-dessus. Une option consisterait à apporter des modifications mineures à l'ensemble des articles 234 à 237 de manière à ce que la disposition relative à l'indication de prix partiel soit libellée comme suit (dans tous les articles de la Loi où elle se trouve) :



Il est entendu que l'indication d'un prix qui n'est pas atteignable en raison de frais obligatoires fixes qui s'y ajoutent constitue une indication fautive ou trompeuse, sauf si les frais obligatoires ne représentent que le montant imposé **à un acheteur du produit visé au paragraphe (1)** sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale.

Cela cadrerait avec l'approche des « frais imposés par le gouvernement » [proposée](#) par la Federal Trade Commission des États-Unis, qui « ne visent que les frais imposés par le gouvernement aux consommateurs et n'englobent pas les frais que le gouvernement impose à une entreprise et que celle-ci choisit de transmettre aux consommateurs » [Traduction].

Recommandation 2 (écoblanchiment) : Étudier si l'approche adoptée au paragraphe 236(1) concernant l'écoblanchiment pourrait être élargie pour englober toutes les déclarations environnementales faites pour promouvoir un produit ou un intérêt commercial.

Lorsque des entreprises font des déclarations environnementales pour promouvoir un produit ou un intérêt commercial, elles devraient être en mesure de les étayer. Les déclarations fictives sont fausses ou trompeuses et minent la concurrence sur le fond.

Le paragraphe 236(1) ajoute une nouvelle disposition aux dispositions de la Loi relative aux pratiques commerciales trompeuses en vue de lutter contre certains types de déclarations environnementales fausses ou trompeuses. Il précise que les déclarations relatives aux « avantages d'un produit pour la protection de l'environnement ou l'atténuation des effets environnementaux et écologiques des changements climatiques » doivent « se fonde[r] [...] sur une épreuve suffisante et appropriée ». Fait important, le fardeau de la preuve incomberait à la personne qui fait la déclaration, ce qui en ferait une sorte de disposition de renversement du fardeau de la preuve.

Même si nous acceptons ce nouvel outil permettant de lutter contre certaines formes d'« écoblanchiment », nous sommes d'avis qu'il pourrait s'avérer un changement limité qui vise davantage à clarifier la loi qu'à l'élargir. Ce point de vue est conforme aux points de vue exprimés par divers commentateurs, y compris les groupes de défense des droits environnementaux (voir ci-dessous). Notamment, il existe déjà une disposition semblable de la Loi relative aux indications visant le rendement d'un produit (al. 74.01 (1)b)). Cette disposition interdit de donner des indications visant « le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit, [...] qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée » et viserait vraisemblablement un certain nombre des mêmes indications visées par la nouvelle disposition.

La réalité est qu'une partie importante des plaintes reçues par le Bureau au sujet de l'écoblanchiment ne concernent pas les déclarations concernant des produits, mais portent plutôt sur des déclarations environnementales plus générales ou prospectives concernant une entreprise ou une marque dans son ensemble (p. ex. des indications concernant le fait d'être « net zéro » ou la « carboneutralité d'ici 2030 »). Ces déclarations plus générales visant à promouvoir un intérêt commercial peuvent également être fausses ou trompeuses, et peuvent être visées par nos dispositions générales relatives aux pratiques commerciales trompeuses. Toutefois, ces déclarations ne constituent pas un renversement du fardeau de la preuve, et il peut être difficile pour le Bureau de prouver qu'elles sont fausses ou trompeuses sur un point important. Même si ces déclarations plus générales peuvent ne pas se prêter à une « preuve » semblable à une indication visant le rendement, l'entreprise devrait être au moins en mesure de la *prouver* si elle est contestée.



Par conséquent, même si nous appuyons les premières mesures prévues au paragraphe 236(1), nous recommandons d'étudier la possibilité d'élargir l'application du renversement du fardeau de la preuve aux déclarations d'éco-blanchiment afin d'exiger que toutes les déclarations environnementales visant à promouvoir un produit ou un intérêt commercial reposent sur une épreuve suffisante et appropriée.

Commentaires publics pertinents

- [Traduction] « Notamment, cette disposition ne semble s'appliquer qu'aux déclarations environnementales concernant un produit. Il ne semble pas, à la simple lecture, s'appliquer aux déclarations environnementales plus générales (c'est-à-dire celles qui se rapportent aux objectifs environnementaux d'une entreprise ou à la nature durable de ses activités). » ([Fasken](#), le 1^{er} déc. 2023)
- [Traduction] « La disposition devrait [...] être élargie aux états financiers non liés aux produits, comme les engagements et les plans nets zéro d'une société. Ces types d'engagements et de plans devraient être appuyés par une modélisation [...] » ([Ecojustice et Association canadienne des médecins pour l'environnement](#), le 1^{er} déc. 2023)
- [Traduction] « Même s'il n'y avait aucune incertitude quant à savoir si une déclaration relative aux avantages environnementaux était déjà visée par les dispositions législatives (puisque le Bureau a déjà intenté un certain nombre de poursuites en vertu des dispositions civiles relatives aux pratiques commerciales trompeuses), les modifications proposées précisent pour les annonceurs que les déclarations relatives aux avantages environnementaux d'un produit seront généralement évaluées de la même façon que les indications de rendement [...] » ([McCarthy Tétrault](#), le 29 janvier 2024)

Recommandation 3 (prix habituel) : Modifier le paragraphe 236(2) afin que les vendeurs aient le fardeau de prouver que les rabais sont authentiques.

Les faux rabais constituent une autre pratique commerciale trompeuse courante. Les entreprises peuvent promouvoir un prix en tant que rabais, alors que le prix annoncé constitue, en fait, simplement le prix ordinaire du produit. Cette conduite est interdite en vertu des dispositions de la Loi relatives au prix habituel (par. 74.01(2) et 74.01(3)).

À l'heure actuelle, il incombe au Bureau de prouver que les indications de rabais sont fausses ou trompeuses. Cela signifie que si un vendeur fait une indication comme « 50 \$ de rabais, prix régulier de 100 \$ », nous devons obtenir les données et compiler les chiffres pour vérifier si l'indication est véridique ou non, et être prêts à la prouver devant le tribunal, ce qui peut être un lourd fardeau. À notre avis, il ne s'agit pas de l'approche la plus efficace, étant donné que c'est la société qui présente l'indication d'épargne fondée sur ses propres antécédents de vente et qui est la mieux placée pour la justifier si elle est contestée.

Le paragraphe 236(2) apporte quelques modifications mineures à la version anglaise du paragraphe 74.01(3) pour corriger une incompatibilité avec la version française et clarifier l'interprétation. Même si le Bureau accepte ce changement, nous recommandons que d'autres modifications soient apportées afin d'inverser le fardeau de la preuve en vertu des dispositions relatives



au prix habituel, conformément à nos mémoires de [février 2022](#) et de [mars 2023](#). Il y a différentes façons de formuler cela, mais une idée serait de modifier le paragraphe 74.01(3) comme suit :

(3) Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, des indications au public relativement au prix auquel elle a fourni, fournit ou fournira habituellement un produit ou des produits similaires, **si à moins que**, compte tenu de la nature du produit et du marché géographique pertinent, cette personne ~~n'a pas~~, à la fois **et dont le fardeau de la preuve incombe à cette personne** :

a) vendu une quantité importante du produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période raisonnable antérieure ou postérieure à la communication des indications;

b) offert de bonne foi le produit à ce prix ou à un prix plus élevé pendant une période importante précédant de peu ou suivant de peu la communication des indications.

Recommandation 4 (présomptions structurelles applicables aux fusions) : Modifier les articles 249 et 250 afin d'adopter des présomptions réfutables pour les fusions conformes à celles énoncées dans les lignes directrices américaines sur les fusions.

Les fusions concernant des intervenants importants dans des marchés fortement concentrés présentent un plus grand risque pour la concurrence que les fusions concernant des intervenants moins importants dans des marchés fragmentés. N'importe qui peut comprendre que passer de trois à deux options est pire que passer de dix à neuf du point de vue de la concurrence.

Nos homologues américains tirent parti de ces connaissances de base sous la forme de « présomptions structurelles » réfutables pour les fusions². Lorsque les agences américaines peuvent prouver qu'une fusion augmentera la part de marché ou la concentration au-delà de certains seuils (décrits ci-après), la fusion est présumée être anticoncurrentielle et il incombe aux parties à la fusion de réfuter cette présomption. Les parties peuvent réfuter la présomption en démontrant, par exemple, que les obstacles à l'entrée sur le marché sont faibles ou qu'il existe d'autres facteurs compensatoires qui empêcheront les préjudices anticoncurrentiels. Plus les parties dépassent le seuil, plus la preuve doit être solide pour réfuter la présomption, de sorte qu'elle fonctionne comme une « échelle variable ».

Les présomptions structurelles sont logiques pour une analyse fondée sur le risque comme l'examen d'une fusion. Elles servent de balises à l'analyse et permettent une répartition plus efficace du fardeau de la preuve tout en permettant une évaluation complète des facteurs pertinents. Elles peuvent également fournir un signal utile aux entreprises et à leurs conseillers au sujet des opérations susceptibles de soulever des préoccupations importantes et qui ne valent peut-être pas la peine d'être poursuivies, ce qui permet d'économiser du temps et des ressources pour tout le monde.

² [L'Allemagne](#) utilise également des présomptions structurelles réfutables dans les affaires de fusions et de comportement unilatéral, et ces présomptions sont directement inscrites dans ses lois. Le gouvernement australien [consulte](#) sur une approche encore plus stricte qui imposerait aux parties à la fusion, **dans tous les cas**, le fardeau de convaincre leur autorité de la concurrence ou leur tribunal que la fusion n'est pas anticoncurrentielle (c'est-à-dire pas seulement dans les cas où une présomption structurelle est déclenchée).



À l'heure actuelle, le paragraphe 92(2) de la Loi empêche expressément le Tribunal de présumer qu'une fusion est anticoncurrentielle en se fondant uniquement sur la preuve de la part de marché ou de la concentration. Cependant, même si le Bureau peut établir qu'une fusion éliminerait totalement la concurrence en créant un monopole, le Tribunal aurait besoin d'un plus grand nombre d'éléments de preuve pour conclure qu'il réduit ou empêche sensiblement la concurrence.

Les articles 249 et 250 abrogeraient le paragraphe 92(2) et ajouteraient la part de marché ou la concentration à la liste des facteurs discrétionnaires dont le Tribunal peut tenir compte dans l'évaluation d'une fusion. En fin de compte, il s'agit d'un changement accepté, mais il est relativement modeste. Il n'établit aucune présomption de transfert du fardeau de la preuve dans le cas des fusions. Il ne fait qu'ouvrir la porte au Tribunal pour qu'il accorde plus d'importance aux éléments de preuve concernant la part de marché qu'il ne l'a fait jusqu'à maintenant. Même s'il est possible que des présomptions structurelles semblables à celles des États-Unis surviennent de la jurisprudence, rien ne garantit que ce sera le cas.

Même si nous acceptons ces mesures, nos mémoires de [février 2022](#) et de [mars 2023](#) demandaient une réforme plus définitive dans ce domaine. Nous recommandons que les articles 249 et 250 soient modifiés afin d'établir des présomptions précises et réfutables pour les fusions qui correspondent aux seuils établis dans les [lignes directrices américaines de 2023](#) [en anglais uniquement]. Les lignes directrices américaines établissent deux seuils structurels différents, l'un fondé sur les niveaux et les changements de concentration mesurés par l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH)³ et l'autre fondé sur la part de marché de la société fusionnée. Le tableau ci-dessous, tiré directement de la page 7 des lignes directrices américaines, les résume comme suit :

[Traduction]

Indicateur	Seuil de présomption structurelle
IHH après la fusion	IHH du marché supérieur à 1 800 ET Variation de l'IHH supérieure à 100
Part de marché de la société fusionnée	Part supérieure à 30 % ET Variation de l'IHH supérieure à 100

Ces seuils tiennent compte de la jurisprudence américaine et du risque de préjudice concurrentiel proposé par la structure du marché. Le déclenchement de l'une ou l'autre de ces conditions suffit à rendre une fusion présumée illégale selon le cadre américain. La Federal Trade Commission des

³ L'IHH est un indice commun utilisé dans les organisations industrielles. Il est calculé à l'aide de la somme des carrés des parts de marché sur le marché. L'IHH varie de près de 0 (dans le cas d'un très grand nombre de petites entreprises) à 10 000 (dans le cas d'un monopole). Par exemple, sur un marché où huit concurrents de taille égale sont présents, l'IHH est de 1 250 ($8 \times 12,5^2 = 1 250$). Si le même marché comptait trois entreprises détenant 30 % des parts et cinq entreprises détenant 2 % des parts, l'IHH serait de 2 720 ($3 \times 30^2 + 5 \times 2^2 = 2 720$). Même si les deux marchés comptent huit entreprises, l'IHH tient compte du fait que le deuxième marché est beaucoup plus concentré et que, par conséquent, toutes choses étant égales par ailleurs, il présenterait un plus grand risque en matière de concurrence.



États-Unis les a invoqués récemment dans sa [contestation](#) [en anglais uniquement] d'une fusion très médiatisée du secteur de l'alimentation.

Afin d'illustrer la façon dont cela fonctionnerait dans un cas particulier au Canada, considérons les parts de marché avancées par l'expert de Rogers et acceptées par le Tribunal dans l'affaire Rogers-Shaw, tel que cela est indiqué dans le tableau ci-dessous (tiré du paragraphe 222 de la [décision](#) du Tribunal) :

Province	Rogers	Shaw Mobile	Freedom	Bell	Telus
Alberta	19,4 %	6,8 %	7,0 %	19,7 %	47,1 %
Colombie-Britannique	33,6 %	6,5 %	6,7 %	15,0 %	38,2 %

Avant la fusion, Shaw Mobile et Freedom appartenaient à Shaw. Sans dessaisissement, Rogers aurait acquis les deux marques. Comme il est indiqué dans le tableau ci-dessous, les IHH après la fusion auraient été bien supérieurs à 1 800, et les variations des IHH auraient été bien supérieures à 100, tant en Alberta qu'en Colombie-Britannique. Par conséquent, l'opération aurait été (fortement) présumée illégale selon le cadre américain⁴. Les parties à la fusion auraient été incitées à offrir des mesures correctives importantes dès le début de l'examen ou à ne pas procéder à l'opération. Ce n'est pas ainsi que les choses se sont déroulées au Canada.

Province	IHH avant la fusion	IHH après la fusion	Variation des IHH
Alberta	3 173	3 709	535
Colombie-Britannique	2 987	3 874	887

En fait, même en tenant compte du dessaisissement de Freedom à Vidéotron, officialisé par Rogers après la contestation de l'opération, les IHH après la fusion et les variations des IHH auraient été supérieurs aux seuils américains, comme l'indique le tableau ci-dessous. Autrement dit, même avec la mesure corrective proposée en fin de compte par Rogers, l'entente aurait été présumée illégale selon le cadre américain. Le fardeau de présenter des éléments de preuve pour réfuter la présomption incomberait aux parties. Ce n'est pas ainsi que les choses se sont déroulées au Canada.

Province	IHH avant la fusion	IHH après la fusion (avec dessaisissement)	Variation des IHH (avec dessaisissement)
Alberta	3 173	3 342	169
Colombie-Britannique	2 987	3 337	350

À notre avis, l'adoption d'une présomption structurelle renforcerait l'examen des fusions au Canada. Nous faisons remarquer que [le projet de loi C-352](#) propose une réforme en ce sens. Toutefois, nous

⁴ L'opération aurait également déclenché la présomption fondée sur la part de marché de la société fusionnée, puisque la part de marché de Rogers après le fusionnement aurait dépassé 30 % dans les deux provinces, avec une variation des IHH bien au-delà de 100.



craignons que le projet de loi C-352, tel qu'il est rédigé, ne soit pas suffisamment souple et risque de ne pas permettre de saisir les fusions qui ne posent pas problème du point de vue de la concurrence⁵. De notre point de vue, l'approche idéale serait un juste milieu entre les projets de loi C-59 et C-352.

L'harmonisation avec l'approche américaine éprouvée, conformément à nos recommandations, augmenterait la prévisibilité tout en facilitant la collaboration et la convergence entre nos organismes d'application de la loi respectifs dans les examens des fusions transfrontalières⁶.

Pour ce qui est de la façon dont cela pourrait être mis en œuvre par voie législative, nous proposons d'ajouter une définition de l'IHH à l'article 91 de la Loi, de préserver la définition actuelle de fusionnement prévue à cet article, de réviser le paragraphe 92(2) et d'ajouter un nouveau paragraphe 92(2.1), comme suit :

91 Définitions – Pour l'application des articles 92 à 100,

IHH désigne, dans tout marché pertinent, la somme des carrés des parts de marché des fournisseurs ou des clients;

fusionnement désigne l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise.

92 (2) Un fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou est susceptible d'entraîner une augmentation importante de la concentration si, sur un marché pertinent, à la suite du fusionnement réalisé ou proposé :

- a) l'IHH augmente ou augmenterait vraisemblablement de plus de 100;
- b) le cas échéant :
 - i) soit, l'IHH est ou serait vraisemblablement supérieur à 1 800;
 - ii) soit, la part de marché des parties au fusionnement réalisé ou proposé dépasse ou dépasserait vraisemblablement 30 %.

⁵ Par exemple, le projet de loi C-352 interdirait toute fusion qui entraînerait une part de marché combinée supérieure à 60 %. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un chevauchement concurrentiel entre les parties à la fusion ou une augmentation de la part de marché attribuable à la fusion. Cela signifie qu'une entreprise qui détient 60 % du marché d'un petit marché local pourrait être totalement empêchée de faire quelque acquisition que ce soit dans n'importe quel secteur d'activité ou dans n'importe quelle région du Canada, ou d'être acquise par n'importe qui, peu importe les circonstances. Tel que libellé, il pourrait théoriquement interdire à un monopole de céder jusqu'à 60 % de sa part. En revanche, les présomptions de type américain que nous recommandons pourraient, dans tous les cas, être réfutées par les parties à la fusion, ce qui permettrait une évaluation complète des facteurs pertinents. Il tiendrait compte non seulement du niveau de concentration, mais aussi de l'augmentation découlant de la fusion.

⁶ Les seuils fixés par les États-Unis tiennent également compte des fusions potentiellement problématiques que le projet de loi C-352 ne prévoit pas. Par exemple, aux termes du projet de loi C-352, une fusion est présumée anticoncurrentielle si elle donne lieu à une part de marché combinée entre 30 % et 60 %; alors que les seuils d'IHH aux États-Unis peuvent être déclenchés même si la part combinée des parties à la fusion est inférieure à 30 %, mais que le marché est par ailleurs très concentré.



(2.1) Une augmentation importante de la concentration est une preuve *prima facie* qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet.

De plus, nous recommandons de modifier l'article 250 afin que le nouveau facteur discrétionnaire de part de marché et de concentration prévue à l'article 93 de la Loi soit ainsi libellé :

g.4) ~~les effets de~~ la variation de la concentration ou des parts de marché entraînées ou vraisemblablement entraînées par le fusionnement réalisé ou proposé;

Cela préciserait qu'une augmentation de la concentration ou de la part de marché découlant d'un fusionnement constitue *en soi* un élément de preuve pertinent dont le Tribunal peut tenir compte pour déterminer si un fusionnement est anticoncurrentiel.

Recommandation 5 (norme de redressement applicable aux fusions) : Modifier l'article 249 pour préciser qu'une ordonnance rendue contre une fusion anticoncurrentielle a pour objet de préserver ou de rétablir le niveau de concurrence qui aurait prévalu n'eût été du fusionnement.

Le projet de loi C-59 ne traite pas de la norme relative aux recours en matière de fusion en vertu de la Loi, qui demeure faible par rapport aux normes internationales. Plus particulièrement, la Cour suprême du Canada a [statué](#) que les mesures de redressement relatives aux fusionnements anticoncurrentiels n'ont qu'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 » et que nous devons en outre favoriser la mesure de redressement la « moins attentatoire » qui satisfait à cette norme. L'accent est donc mis sur la recherche d'une mesure de redressement qui rend le préjudice causé par les fusionnements anticoncurrentiels moins néfaste ou plus tolérable, plutôt que sur la préservation de l'état de la concurrence. Et même là, le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire de n'ordonner aucune mesure de redressement du tout – l'article 92 énonce seulement que le Tribunal « peut » rendre diverses ordonnances s'il conclut qu'un fusionnement est anticoncurrentiel.

Tel qu'il est expliqué dans les mémoires du Bureau de [février 2022](#) et de [mars 2023](#) la plupart des administrations cherchent à obtenir des mesures de redressement qui préviennent pleinement le préjudice causé par les fusions anticoncurrentielles. C'est logique. Les fusions anticoncurrentielles se produisent généralement dans des marchés concentrés où la concurrence est limitée et où il y a peu de perspectives d'une nouvelle entrée à l'avenir, de sorte qu'il est peu probable que les marchés touchés se corrigent. Le contrôle des fusions devrait viser à préserver autant que possible le niveau de concurrence sur ces marchés, plutôt que de permettre son érosion par une consolidation anticoncurrentielle qui n'est que partiellement corrigée.

Par conséquent, nous recommandons que l'article 249 soit modifié pour prévoir que les mesures de redressement relatives aux fusions ordonnées en vertu de l'article 92 visent à préserver ou à rétablir le niveau de concurrence qui aurait existé n'eût été du fusionnement, conformément aux pratiques exemplaires internationales. Pour ce faire, le texte suivant pourrait être ajouté aux parties pertinentes des alinéas 92(1)e) et f) de la Loi :

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, **afin de rétablir le niveau de concurrence qui aurait prévalu n'eût été du fusionnement,** rendre une ordonnance enjoignant à toute personne [...]



f) dans le cas d'un fusionnement proposé, **afin de rétablir le niveau de concurrence qui aurait prévalu n'eût été du fusionnement**, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant :

[...]

(A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue **sensiblement** la concurrence [...]

Recommandation 6 (certificats environnementaux) : Supprimer l'article 265 du projet de loi C-59 pour qu'il soit examiné de manière approfondie, compte tenu des conséquences imprévues potentiellement importantes.

L'article 265 crée un nouveau mécanisme de « certificat » qui permettrait, entre autres, au commissaire d'immuniser les ententes potentiellement illégales en vertu de la Loi, à condition qu'elles visent à protéger l'environnement et qu'elles n'auront vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

Nous estimons que cette disposition comporte un bon objectif. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que cela soit nécessaire et nous craignons des conséquences imprévues potentiellement importantes. Nous préférierions que l'article 265 soit supprimé du projet de loi afin qu'il puisse être analysé davantage.

En premier lieu, en ce qui concerne la nécessité, nous croyons comprendre que cette disposition s'adresse aux entreprises qui souhaitent collaborer de bonne foi à des fins environnementales, mais qui craignent de contrevenir à la Loi, notamment aux dispositions de la Loi relatives aux cartels criminels. Nous ne savons pas combien d'entreprises se trouvent dans cette situation ni quelles sortes de collaborations sont susceptibles d'être contrecarrées⁷. Quoi qu'il en soit, les entreprises peuvent collaborer de nombreuses façons à des fins environnementales ou autres, conformément à la Loi, et le Bureau a publié des lignes directrices exhaustives afin d'offrir une certitude aux entreprises et à leurs conseillers. Les dispositions relatives aux complots, notamment, prévoient déjà un moyen de défense pour « [certaines collaborations ou transactions commerciales désirables \[qui\] exigent des restrictions explicites à la concurrence pour qu'elles soient efficaces, voire possibles](#) » (la défense fondée sur les restrictions accessoires). Il existe également un programme d'avis écrit en vertu de la Loi que les entreprises peuvent utiliser pour demander des éclaircissements sur la question de savoir si la Loi s'appliquerait au comportement proposé. Même si la protection de l'environnement constitue une priorité mondiale importante, nous ne savons pas si d'autres pays ont adopté un mécanisme de

⁷ D'après l'expérience du Bureau, il y a souvent des demandes d'exclusion de l'intérêt public ou d'exceptions à la Loi qui ne sont pas nécessaires dans la pratique. Par exemple, en réponse à la crainte que les dispositions de la Loi sur le complot ne nuisent aux *véritables* collaborations commerciales nécessaires pour répondre à la pandémie de COVID-19, le Bureau a volontairement [proposé](#) de fournir rapidement des lignes directrices informelles sur les propositions; toutefois, il n'a reçu aucune demande dans le cadre de ce programme.



certificats environnementaux en vertu de leurs lois sur la concurrence, ce qui donne une autre indication selon laquelle il n'est probablement pas nécessaire.

En deuxième lieu, et plus fondamental, les dispositions de la Loi relatives aux cartels criminels sont axées sur les violations les plus flagrantes du droit de la concurrence. Elles s'appliquent à des comportements essentiels comme la fixation des prix, qui sont si susceptibles de nuire à la concurrence et qui n'ont aucun avantage concurrentiel qu'ils méritent d'être poursuivis sans qu'on ait procédé à un examen détaillé de leurs effets concurrentiels réels. Les dispositions relatives au complot ont été modifiées en 2010 pour tenir compte de ce fait. Notamment, la [Cour fédérale](#) a décrit le comportement d'un cartel comme « analogues à la fraude et au vol » et « rien de moins qu'une agression contre notre économie de marché ouverte ». Il semble très peu probable que les entreprises aient à recourir à un tel comportement pour protéger l'environnement. Néanmoins, dans le cadre du processus de délivrance de certificats, le commissaire pourrait autoriser un tel comportement à la suite du type d'enquête économique détaillée que les modifications de 2010 ont éliminé. Cela communique un signal confus quant à la gravité du comportement d'un cartel sur le marché et pourrait miner la façon dont les tribunaux perçoivent ce comportement au Canada.

En troisième lieu, même si nous espérons que la plupart des entreprises utiliseront ce mécanisme de bonne foi, il y a un risque que certains tentent d'abuser de ce nouveau processus pour obtenir l'immunité pour un comportement problématique. Par exemple, les entreprises pourraient fournir des renseignements inexacts ou retenir des faits importants, ou déformer la nature de l'entente ou de l'arrangement qu'elles proposent conclure pour le rendre plus inoffensif qu'il ne l'est en réalité. Ils pourraient aussi obtenir un certificat et ne pas respecter les conditions que nous leur imposons en espérant de passer sous le radar.

En quatrième lieu, même s'il n'y a pas d'abus dans le processus, les circonstances peuvent changer et les conditions du marché peuvent évoluer. Afin de faire modifier ou révoquer un certificat en vue de tenir compte de changements importants, le commissaire devrait présenter une demande au Tribunal et satisfaire à la norme élevée consistant à prouver que l'entente diminue ou empêche sensiblement la concurrence. En revanche, les avis écrits en vertu de la Loi ne « lie[nt] le commissaire [...] tant que [...] les faits eux-mêmes [les faits importants à l'appui] [...] ne font l'objet d'un changement important » (par. 124.1(2)), ce qui signifie qu'ils sont automatiquement nuls en cas de changements importants.

Compte tenu de ce qui précède, nous préfererions nettement supprimer l'article 265 du projet de loi afin qu'il puisse être étudié plus attentivement. Nous serions heureux d'avoir l'occasion d'en discuter davantage au besoin.