

Commentaire du sénateur Howard Wetston sur la consultation publique concernant l'examen de la *Loi sur la concurrence* du Canada à l'ère numérique

INTRODUCTION

Le droit de la concurrence et son rôle au sein de la société canadienne sont bien acceptés, mais les débats attirent rarement l'attention du public. Récemment, cependant, il semble y avoir eu un appétit croissant pour une application plus rigoureuse de la législation en matière de concurrence au Canada. En octobre 2021, j'ai invité les Canadiens à participer à une consultation pour explorer les voies à suivre pour la loi canadienne sur la concurrence. L'un des principaux objectifs était de déterminer si la *Loi sur la concurrence* (la « *Loi* ») était toujours en mesure de maintenir et d'encourager la concurrence au Canada en présence d'une série de plateformes numériques émergentes. En appui à cette consultation, j'ai chargé un expert dans le domaine du droit de la concurrence, le professeur Edward M. Iacobucci de la faculté de droit de l'Université de Toronto, de préparer un document de travail (le « document de travail ») sur la question de savoir si les marchés numériques comportent des caractéristiques distinctives qui nécessitent des changements importants à notre législation en matière de concurrence.

Cette consultation a été lancée pour les raisons suivantes :

- encourager un dialogue au Canada sur l'évolution du droit de la concurrence;
- cerner les domaines de consensus qui faciliteraient l'examen des modifications visant à régler ce que de nombreux commentateurs considéraient comme des lacunes de la *Loi* actuelle;
- cerner les problèmes liés à l'application de la *Loi sur la concurrence* lorsqu'une consultation plus poussée est nécessaire avant d'envisager des modifications possibles.

Ce raisonnement était appuyé par les mémoires reçus. Je tiens à exprimer ma gratitude aux nombreux Canadiens, et à d'autres, qui ont exprimé leur point de vue en participant à cette consultation. Cet effort de collaboration a servi à améliorer le dialogue sur l'application future de la *Loi* et ses répercussions sur les Canadiens.

Mon commentaire se divise en quatre sections. Premièrement, je vous donne un aperçu des divers points de vue sur la législation canadienne sur la concurrence qui ont été exprimés dans les mémoires. Bien que le document de travail et les mémoires renfermaient des recommandations sur des questions juridiques et politiques particulières, les points de vue fondamentaux des participants ont, sans surprise, clairement influencé leurs recommandations.

Deuxièmement, je passe en revue les domaines où le processus de consultation a permis de dégager un consensus sur des réformes précises du droit de la concurrence. Par exemple, il y avait un consensus sur le fait que l'article 45 devrait être modifié pour traiter la fixation des salaires comme étant une pratique illégale en soi, tout comme la fixation des prix.

Troisièmement, je souligne un certain nombre de domaines qui nécessitent d'autres consultations. Plus important encore, il y avait peu de consensus sur la question fondamentale de savoir quels objectifs la *Loi* devrait viser. Le document de travail a abordé un éventail de possibilités, allant d'un accent sur l'efficacité (vers lequel tend le document sur l'équilibre), à un accent sur l'équité, jusqu'à un accent sur l'efficacité avec un appel au Cabinet. Bien qu'il y ait eu peu d'appui pour l'appel au Cabinet, il y a eu un certain appui pour diverses autres approches. À ce sujet et sur d'autres questions importantes, je recommande d'autres consultations.

La dernière section présente mes recommandations. En ce qui concerne les réformes ciblées qui font consensus, je recommande que le gouvernement modifie la *Loi* en conséquence. Quant aux autres questions, y compris les questions d'importance fondamentale comme les objectifs de la *Loi*, il convient de tenir davantage de consultations. Je recommande que le gouvernement mette sur pied un groupe d'experts en droit de la concurrence et représentant divers points de vue pour mener des consultations et examiner les questions plus en profondeur. Ce groupe d'experts devrait mener de vastes consultations et faire des recommandations au gouvernement le plus tôt possible.

Aperçu des points de vue

1. Le statu quo (« révisions ciblées »)

Les participants qui partagent ce point de vue conviennent généralement que la *Loi* est adaptée à son objectif et suffisamment souple pour être adaptée afin d'atténuer les défis émergents dans les marchés numériques, mais ils insistent sur l'amélioration de la clarté de l'objet de la *Loi*. L'objectif primordial de la *Loi* devrait être de favoriser la concurrence économique et les avantages qui en découlent, et ne devrait pas être élargi pour traiter spécifiquement des questions de protection de la vie privée, d'inégalité ou de changement climatique.

Tout en exposant les avantages des différentes approches, le document de travail tend à favoriser le statu quo avec des révisions ciblées, même s'il fait observer que les marchés numériques peuvent être particulièrement vulnérables à la puissance commerciale. Le document décrit diverses raisons pour lesquelles les marchés numériques peuvent accroître le risque de puissance commerciale, y compris la présence d'économies d'échelle importantes et d'externalités de réseau (qui surviennent lorsque la valeur d'une technologie augmente pour chaque utilisateur, plus il y a d'utilisateurs). Les marchés numériques sont également complexes à analyser pour diverses raisons, notamment la présence de marchés bilatéraux et l'importance et les répercussions de l'innovation. Malgré ces caractéristiques, la *Loi*, dans sa forme actuelle, convient généralement, a conclu le document de travail, parce qu'elle est souple et s'appuie sur des normes, et non des règles précises. Une *loi* qui a été appliquée avec succès aux marchés des édulcorants artificiels, des associations immobilières, des aéroports, de la collecte des déchets, des données de suivi du marché par scanneur et à de nombreux autres marchés est suffisamment souple pour s'appliquer aux marchés numériques.

Plusieurs participants qui considèrent que la *Loi* est essentiellement adaptée aux économies modernes recommandent néanmoins des changements ciblés, comme la modification des

dispositions de la *Loi* sur l'abus de position dominante pour cibler les comportements qui nuisent à la concurrence. Les commentateurs de ce groupe soutiennent que de tels changements ne feraient qu'harmoniser clairement la *Loi* avec ses objectifs actuels. Ils sont plus réfractaires aux changements profonds apportés aux fondements de la *Loi*, exprimant par exemple la crainte que les réformes populistes tendent à protéger les concurrents, mais pas la concurrence, et donc à faire plus de tort que de bien aux consommateurs.

2. Une position populiste (néo-brandésienne)

Les participants qui partagent ce point de vue ont tendance à partager les préoccupations des responsables de l'application des lois antitrust aux États-Unis, comme Lina Khan, et à être d'accord avec les réformes actuellement mises en œuvre par la sénatrice Amy Klobuchar et ses collègues. Ils croient que la position dominante non contrôlée des grandes entreprises de technologie a étouffé l'innovation, limité l'accès à de nouveaux marchés importants et soumis les petites entreprises à des comportements anticoncurrentiels manifestement injustes.

Les partisans de ce point de vue soutiennent que cet abus de position dominante découle de la taille, du pouvoir et de l'intelligence des nouveaux géants de la technologie, et qu'on ne peut pas y remédier efficacement en modifiant les dispositions de la *Loi* sur l'abus de position dominante. La concentration croissante de ces marchés, conjuguée aux inégalités économiques et politiques qui y sont associées, représente une menace fondamentale qui nécessite une refonte complète de la *Loi sur la concurrence*.

L'auteur du document de travail reconnaît qu'une gamme de valeurs entrent en jeu dans la conduite des marchés, mais qu'on hésite à accepter que le droit de la concurrence vise de multiples objectifs. Les marchés et les conditions de concurrence ont un éventail de répercussions sociales qui vont au-delà de l'économie; la protection de la vie privée, la concentration politique, la liberté d'expression, les inégalités économiques et l'environnement ne sont que quelques-unes des diverses considérations liées à la concurrence. La question n'est pas de savoir s'il y a un éventail de valeurs en jeu dans la concurrence, mais plutôt si le *droit de la concurrence* devrait traiter ces valeurs simultanément, ou si le droit de la concurrence devrait mettre l'accent sur les gains économiques et laisser d'autres instruments de politique poursuivre d'autres objectifs. L'auteur du document de travail exprime la crainte que l'inclusion d'objectifs disparates dans une seule loi conduise à l'incohérence et à l'inefficacité des politiques; il y a des avantages à ce que la politique de la concurrence soit axée sur des objectifs économiques tout en laissant d'autres objectifs à d'autres domaines du droit mieux adaptés comme le droit relatif à la protection de la vie privée, le droit environnemental, l'impôt sur le revenu et les dépenses. Cela n'empêcherait pas le Bureau de la concurrence de conclure des protocoles d'entente (PE) avec les ministères et organismes fédéraux.

3. Équilibrer les priorités (« le modèle européen »)

Les promoteurs de cette perspective soulignent que la concurrence est devenue inextricablement liée à un large éventail de problèmes sociaux, politiques et environnementaux importants. Les données et leurs utilisations (qui ont été nécessaires au maintien de la position dominante des grandes entreprises de technologies) sont maintenant liées à des problèmes très graves touchant la vie privée, la santé mentale et la dépendance au téléphone — permettant même à des entités étrangères de s'ingérer dans des élections démocratiques. Les pays européens à l'avant-garde de la politique climatique progressiste ont soutenu que la politique de concurrence peut être utilisée pour encourager l'innovation et le développement de pratiques commerciales durables. Les Canadiens qui partagent ce point de vue soutiennent que le droit de la concurrence a entravé indûment de tels progrès.

Les participants qui partagent ces points de vue reconnaissent également que la mise en œuvre de telles politiques dans l'économie moderne présente des défis importants. La sophistication technique avec laquelle les grandes entreprises modernes recherchent le profit rend presque impossible pour une autorité de la concurrence de prévoir les effets d'une conduite potentiellement anticoncurrentielle. Par conséquent, les promoteurs préconisent un changement fondamental en passant du modèle traditionnel d'application de la loi en matière de concurrence à un modèle de réglementation *ex ante*. Dans le cadre d'un tel régime, les règlements seraient conçus pour encourager des processus favorables à la concurrence ou bénins, plutôt que pour cibler les résultats. Plusieurs pays européens ont mis en œuvre ce qui précède, mais une telle politique nécessiterait une refonte en profondeur du droit canadien de la concurrence.

Dans le document de travail, on fait remarquer que la puissance commerciale sur les marchés numériques est plus susceptible de se manifester que sur d'autres types de marchés. Le droit de la concurrence n'est pas lui-même bien adapté à l'existence d'une puissance commerciale *en soi*, mais il traite plutôt de l'accumulation et de la préservation de cette puissance. Il s'ensuit que la réglementation *ex ante* des marchés numériques est peut-être plus justifiée que celle des autres marchés. Dans le document de travail, on s'inquiète toutefois du fait que les interdictions générales *ex ante* de certains comportements par les plateformes numériques, comme l'autopréférence, pourraient faire plus de tort que de bien; les entreprises numériques dominantes auront souvent des raisons efficaces de poursuivre certains comportements, et traiter ces comportements comme étant absolument indésirables pourrait nuire aux consommateurs, au lieu de les aider. Il y a d'importantes questions empiriques au sujet de la sagesse d'une réglementation *ex ante* fortement interventionniste.

Domaines faisant l'objet d'un consensus substantiel

Les mémoires mettent en lumière les préoccupations que suscite le statu quo à bien des égards. Bon nombre des propositions de réforme des participants entrent en conflit les unes avec les autres. Dans d'autres domaines, cependant, il y a un plus grand consensus, même de la part des participants qui ont des points de vue de départ distincts. Dans cette section, j'énumère quelques-unes des modifications proposées qui sont généralement largement appuyées dans les mémoires.

Révision de l'article 79

Plusieurs participants appuient la révision des dispositions sur l'abus de position dominante pour tenir compte des interprétations de l'article qui en ont limité la portée. En particulier, on a appuyé l'élargissement des dispositions sur l'abus de position dominante afin d'interdire les comportements qui nuisent à la concurrence sur un marché sans nécessairement causer préjudice à un concurrent en particulier. Le document de travail décrivait des interprétations judiciaires problématiques de l'article 79 selon lesquelles un acte anticoncurrentiel doit nuire à un concurrent même s'il ne cause pas préjudice à la concurrence, et un acte qui cause préjudice à la concurrence en facilitant une plus grande coopération entre les entreprises n'est pas un acte anticoncurrentiel. Le document demandait une réforme pour clarifier les dispositions sur l'abus de position dominante dans les actes qui nuisent à la concurrence. Plusieurs auteurs de mémoires ont appuyé cette approche. Une telle modification a été présentée pour atténuer les préoccupations suivantes :

- Les actes qui nuisent à la concurrence sans toutefois causer de préjudice aux concurrents échappent actuellement aux dispositions relatives sur l'abus de position dominante, et une modification rétablirait à juste titre l'accent mis sur la concurrence.
- Il est difficile pour le commissaire de démontrer les effets anticoncurrentiels des fusions selon la prépondérance des probabilités. Ce problème a donné lieu à une attitude sans doute permissive à l'égard de l'acquisition de concurrents naissants par des entreprises dominantes. De plus, les effets dynamiques d'une telle conduite anticoncurrentielle sont extrêmement difficiles à estimer *ex ante*. Dans le document de travail, on a fait observer que la révision de l'abus de position dominante pour se concentrer uniquement sur les préjudices à la concurrence, et non sur les préjudices aux concurrents, permettrait d'aborder une série d'acquisitions de concurrents naissants par une entreprise dominante.
- On peut soutenir que la *Loi* n'interdit pas efficacement bon nombre des abus de position dominante problématiques que nous observons chez les grandes entreprises de technologie. Ces entreprises utilisent des stratégies novatrices et très sophistiquées sur le plan technique pour promouvoir la domination, ce qui va à l'encontre de l'objet de la *Loi*. Dans de nombreux cas, ces politiques d'entreprise sont mises en œuvre par le propriétaire d'un « écosystème » exclusif, comme l'App Store d'Apple, et peuvent être correctement caractérisées pour cibler les conditions concurrentielles de ces marchés. Une disposition sur l'abus de position dominante qui ne met pas l'accent sur l'exclusion d'un concurrent donné, mais plutôt sur les effets néfastes sur la concurrence en général, pourrait être plus efficace pour répondre à ces préoccupations.

Accès privé au Tribunal de la concurrence

De nombreux participants font valoir que l'accès privé au Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») devrait être encouragé en ce qui concerne plusieurs dispositions différentes de la *Loi*, y compris l'abus de position dominante (art. 79) et, de façon plus controversée, le contrôle des fusions (art. 92) et les accords entre concurrents susceptibles d'examen (art. 90.1). De plus, les parties privées devraient pouvoir soumettre une question de droit au Tribunal. Bien que le document de travail ne mette pas l'accent sur la pratique et la procédure, son auteur exprime un certain appui à l'amélioration de l'accès privé. Une telle modification a été proposée pour atténuer les préoccupations suivantes :

- L'accès privé permettrait le traitement d'un plus grand nombre de litiges. En raison de la rareté des litiges, il y a de l'incertitude au sujet de l'application d'aspects importants du droit de la concurrence. Les lignes directrices du Bureau sont utiles, mais elles ne remplacent pas la clarté juridique lorsque les entreprises recherchent un équilibre entre la une vigoureuse compétitivité et leurs obligations, conformément au droit de la concurrence.
- Pour ce qui est de la portée de son mandat, le commissaire dispose de ressources limitées. Les coûts et les exigences techniques associés à la présentation d'affaires civiles sont énormes, et le commissaire est en grande partie responsable de la présentation de telles affaires, où qu'elles se présentent dans l'économie. Par conséquent, le commissaire doit être très sélectif, ce qui semble laisser les comportements problématiques non contrôlés.

Défense des gains d'efficacité dans les cas des fusions

De nombreux participants ont parlé de la défense des gains d'efficacité dans les cas des fusions. Il n'y a pas eu de consensus sur l'approche privilégiée de l'article 96, en grande partie parce qu'il existe un désaccord important au sujet des objectifs du droit de la concurrence; un objectif d'efficacité de la *Loi* impliquerait une approche différente de la défense des gains d'efficacité qu'un objectif d'équité. Je reviens à la question importante des objectifs optimaux de la *Loi* ci-dessous. Toutefois, peu importe les objectifs de la *Loi*, il y avait consensus pour que la défense telle qu'elle est actuellement appliquée soit modifiée. Bien qu'il n'y ait pas eu de consensus sur la modification précise, il y a eu, à quelques exceptions près, désapprobation générale des exigences énoncées dans *Tervita* selon lesquelles le Bureau doit quantifier les effets anticoncurrentiels de la fusion à titre préliminaire avant que les parties à la fusion ne doivent prouver l'existence de gains d'efficacité liés à la fusion. Le document de travail recommandait des modifications législatives qui précisent que le Bureau n'a pas à quantifier les effets anticoncurrentiels avant que les parties n'aient à prouver des gains d'efficacité, mais plutôt qu'il ait le fardeau de prouver une diminution sensible ou un empêchement de la concurrence, et les parties pourraient alors choisir d'invoquer la défense des gains d'efficacité, en ayant le fardeau de démontrer que les avantages de la fusion sur le plan de l'efficacité l'emportent sur les coûts. En d'autres termes, le fardeau de la preuve au titre de l'article 92 de la *Loi* incombe au commissaire, mais le fardeau de la preuve au titre de l'article 96 incombe exclusivement aux intimés. La modification de la défense des gains d'efficacité aurait les avantages suivants :

- L'application de la défense des gains d'efficacité est actuellement incertaine et manque de clarté quant à ce qui constitue précisément un « effet anticoncurrentiel » à soupeser par rapport aux gains d'efficacité.
- La défense des gains d'efficacité suscite une grande controverse, et une consultation visant à déterminer son rôle approprié dans le droit canadien de la concurrence serait la bienvenue.
- Quelle que soit la défense retenue, *Tervita* a créé un environnement d'application de la loi très difficile pour le commissaire et, au minimum, une modification qui rejette l'exigence selon laquelle le Bureau doit quantifier les effets au départ permettrait d'atteindre un équilibre plus approprié.

Criminalisation de la fixation des salaires

Il y a eu consensus pour dire que l'exclusion des accords sur la fixation des salaires de la disposition sur les complots criminels (article 45) est injustifiée. Les questions plus générales concernant les accords d'achats entre concurrents ont dégagé un moins grand consensus, mais une modification visant à traiter la question de la fixation des salaires, en particulier, a suscité un appui généralisé. Le document de travail fait remarquer qu'une modification visant à traiter la fixation des salaires comme la fixation des prix est justifiable d'un point de vue économique, en ce sens que les préjudices économiques de la fixation des salaires sont semblables aux préjudices découlant de la fixation des prix. Il serait avantageux de prévenir les deux types de préjudices. Le document de travail a également souligné que, outre les avantages sur le plan de l'efficacité, beaucoup considèrent qu'il est injuste pour les travailleurs de ne pas criminaliser la fixation des salaires, tout comme la *Loi* criminalise la fixation des prix des produits. De façon plus générale, les accords d'achats peuvent également être suspects, mais le désaccord portait sur les détails de l'approche appropriée. Il serait avantageux de tenir davantage de consultations sur des questions comme le rôle approprié des groupes d'acheteurs pour les petites entreprises.

Augmentation des sanctions administratives pécuniaires maximales pour abus de position dominante

À l'heure actuelle, la sanction administrative pécuniaire (« SAP ») maximale pour un abus de position dominante est au départ de 10 millions de dollars. Le document de travail recommandait une augmentation de ce montant, et il y a eu consensus pour dire que ce montant est insuffisant pour dissuader les entreprises dominantes de prendre des mesures qui nuisent à la concurrence. Ce manque de dissuasion peut être particulièrement vrai pour les plateformes numériques dominantes, qui peuvent chercher à protéger des profits qui dépassent largement les 10 millions de dollars.

- L'augmentation de la SAP maximale aurait un effet plus dissuasif.
- La peine maximale optimale ne faisait pas l'objet d'un consensus. Certains commentaires, y compris le document de travail, n'ont pas nécessité la formulation d'une recommandation précise au sujet de la SAP maximale appropriée. Certains observateurs recommandent des SAP maximales semblables à celles en Europe, qui sont fondées sur le chiffre d'affaires de l'entreprise. Bien qu'il y ait consensus pour dire que la SAP devrait être augmentée, une nouvelle SAP maximale pourrait faire l'objet de consultations supplémentaires.

Domaines sans consensus

Un certain nombre de domaines précis ont fait consensus, mais il y a eu d'autres domaines importants où les points de vue divergeaient considérablement. Je donne dans cette section quelques exemples de points de désaccord, avant de suggérer que d'autres consultations plus approfondies portent sur ces domaines.

Les objectifs du droit de la concurrence

Il n'y a pas eu de consensus sur la question fondamentale de savoir ce que la *Loi* devrait viser. Certains participants ont appuyé l'approche économique conventionnelle de la politique de la concurrence, en mettant l'accent sur l'efficacité économique. L'auteur du document de travail, tout en examinant un éventail d'options et leurs avantages et inconvénients, y compris les options d'un objectif général d'« équité » et une option d'appel au Cabinet, tendait à recommander de mettre l'accent sur l'efficacité économique. Le document ne s'est pas attardé à cette recommandation non pas parce qu'elle ne tenait pas compte des autres valeurs, mais plutôt parce que d'autres instruments juridiques sont mieux adaptés à la poursuite des objectifs de non-efficacité. Par exemple, l'impôt sur le revenu et les dépenses gouvernementales visent mieux l'équité économique que le droit de la concurrence, par exemple. De plus, la poursuite d'objectifs multiples ne guide pas les décideurs juridiques et risque de susciter confusion et incohérence.

D'autres ont recommandé le statu quo à l'article 1.1 de la *Loi*, qui comprend un objectif d'efficacité économique, mais aussi des questions de répartition, comme la préoccupation pour des prix concurrentiels qui sont indépendants de l'efficacité, et la préoccupation pour le bien-être des petites et moyennes entreprises (PME). D'autres encore recommanderaient une application beaucoup plus large de la *Loi*, en tenant compte de questions comme la protection de la vie privée, l'environnement, le bien-être des travailleurs, la liberté d'expression et plus encore.

Encore une fois, la définition des objectifs de la *Loi* invite à une évaluation pour déterminer s'il devrait y avoir de multiples objectifs ou si une importance accrue devrait leur être accordée tout en s'en remettant à d'autres instruments de politique pour les promouvoir, comme le droit relatif à la protection de la vie privée, le droit de l'environnement et le droit du travail. Cette question soulève différents points de vue.

Quelle que soit l'approche adoptée, il est essentiel de définir clairement les objectifs de la *Loi*. Il n'est ni surprenant ni inapproprié que les points de vue des participants sur de nombreuses questions particulières aient tourné autour de leurs opinions sur les objectifs appropriés de la *Loi*. Sans affirmer les objectifs de la *Loi*, les réponses aux questions de réforme controversées ne sont pas disponibles, et il serait avantageux de mener d'autres consultations.

Défense des gains d'efficacité

Bien que la défense des gains d'efficacité soit liée aux objectifs de la *Loi*, une question indépendante se pose quant à la façon de l'aborder. Outre la modification de la loi pour renverser le fardeau que *Tervita* impose au Bureau pour quantifier les effets anticoncurrentiels, comme nous l'avons vu ci-dessus, d'autres options sont offertes : modifier la *Loi* pour adopter clairement une norme de bien-être total axée sur l'efficacité; garder essentiellement la même défense que celle de *Supérieur Propane*, en laissant à la discrétion des membres du Tribunal la question de savoir dans quelle mesure il faut soupeser les considérations d'efficacité et d'équité; abolir la défense des gains d'efficacité; exiger que les gains d'efficacité soient suffisamment importants pour faire baisser les prix après la fusion, même s'il y a une augmentation de la puissance commerciale; considérer les gains d'efficacité comme un facteur à prendre en compte dans l'analyse des fusions, mais pas comme une défense.

Bien que le document de travail penche en faveur de l'approche du bien-être total, conformément à sa tendance à la recherche de l'efficacité économique comme objectif du droit de la concurrence, il n'y a aucun consensus sur l'approche appropriée. Un large éventail de possibilités sont apparentes, et d'autres consultations seraient requises.

Protection des concurrents et abus de position dominante

À l'heure actuelle, l'abus de position dominante exige qu'il y ait préjudice aux concurrents ainsi qu'à la concurrence pour justifier une ordonnance. Il y a consensus pour dire que l'accent devrait être mis sur le préjudice à la concurrence, comme on l'a mentionné plus haut, que cela nuise ou non aux concurrents. Il y a toutefois une question distincte concernant la possibilité que les marchés numériques créent des environnements préjudiciables pour les PME et si cela est problématique pour la concurrence. Le point de vue de la position populiste, décrit ci-dessus, est que les plateformes numériques ont utilisé de différentes façons leur dominance, y compris leur accès aux données, pour désavantager les PME concurrentes. Certains considéreraient que ces désavantages seraient suffisants pour une intervention antitrust, tandis que d'autres diraient que ces désavantages sont problématiques parce qu'ils nuisent nécessairement à la concurrence, peut-être à plus long terme. D'autres ne sont pas d'accord, adhérant à l'opinion conventionnelle selon laquelle le droit de la concurrence devrait permettre de protéger la concurrence, et non les concurrents, que la concurrence agressive n'est pas problématique et que seule l'exclusion qui cause préjudice à la concurrence devrait faire l'objet d'une intervention. Le document de travail ne favorisait pas la protection des PME en tant qu'objectif en soi, mais considérait plutôt que le préjudice causé aux PME était pertinent seulement s'il était démontré qu'il y avait également préjudice à la concurrence. Par exemple, une règle prophylactique contre l'autopréférence de ses propres produits par une plateforme numérique dominante serait bien accueillie par certains dans le camp populiste, mais le document de travail et d'autres considéreraient cela comme une protection des concurrents, non de la concurrence, et potentiellement préjudiciable aux consommateurs et à l'efficacité économique. Il s'agit d'une question cruciale suscitant des points de vue divergent, et il serait avantageux de mener d'autres consultations.

Les normes de preuve à l'article 79 devraient être modérées

À l'instar des fusions, le commissaire a le fardeau de prédire un effet anticoncurrentiel avec suffisamment de certitude pour satisfaire à la prépondérance des probabilités. Dans le contexte de nouveaux marchés sophistiqués et dynamiques, certains intervenants font valoir que le fardeau de démontrer l'« empêchement » de la concurrence devrait être modéré afin que le commissaire puisse s'en acquitter. Il y a désaccord sur la modification du fardeau imposé au commissaire. Le risque d'abaisser les exigences est que la conduite proconcurrentielle, en particulier la conduite proconcurrentielle qui est bénéfique pour les consommateurs et pour l'efficacité, mais qui cause préjudice aux concurrents et/ou aux PME, sera évitée.

Examen des fusions et acquisition de concurrents naissants

On ne s'entendait pas sur la façon de régler le problème suivant : une entreprise dominante acquiert un concurrent naissant dans le cadre d'une acquisition qui est plus susceptible d'être favorable à la concurrence, mais si cette acquisition cause préjudice à la concurrence, elle pourrait avoir un effet profond en éliminant un concurrent qui aurait pu évoluer pour défier l'entreprise dominante. Comme on l'indique dans le document de travail, l'abus de position dominante, s'il devait permettre d'aborder la concurrence sans causer de préjudice aux concurrents, pourrait s'appliquer, mais l'application de la loi sur les fusions ne conviendrait probablement pas dans le statu quo étant donné que la fusion, par définition, n'est pas susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Dans certains commentaires, on dit qu'il s'agit d'une erreur à corriger et qu'une loi permettant d'intervenir pour empêcher une fusion à un seuil plus bas serait requise, peut-être lorsqu'une fusion aurait le potentiel de réduire raisonnablement la concurrence. Cette approche s'apparente à l'appel à un fardeau différent ou moins lourd pour le commissaire dans les cas d'abus de position dominante décrits ci-dessus. D'autres rejettent une telle approche parce qu'ils craignent qu'un seuil d'intervention moins élevé empêche les fusions socialement souhaitables et fasse plus de mal que de bien. D'autres consultations seraient également appropriées à ce sujet.

Mémoire du Bureau sur la procédure

Dans son mémoire, le Bureau a formulé plusieurs recommandations importantes concernant la procédure. Le document de travail n'abordait pas en grande partie les questions de pratique et de procédure, mais abordait l'accès privé et l'augmentation des SAP. Les mémoires soumis par les participants n'abordaient pas bon nombre des questions soulevées par le Bureau. Le Bureau, par exemple, réclame une modification à la *Loi* qui exigerait que tout recours à une fusion rétablisse la concurrence à ce qu'elle était avant la fusion, au lieu de simplement éliminer la réduction sensible de la concurrence. Le Bureau recommande également qu'il ne soit pas responsable des dépens en cas d'échec du litige. Enfin, le Bureau demande le réexamen des seuils de préavis pour les fusions. Les recommandations du Bureau, qui auraient une incidence importante sur les pratiques et les procédures en matière de concurrence, n'ont pas fait l'objet de commentaires approfondis au cours des consultations jusqu'à maintenant et bénéficieraient d'un examen.

Conclusion : La nécessité d'un examen indépendant

Comme ce dialogue l'a fait ressortir, il y a de nombreux domaines où d'autres consultations seraient appropriées. Il y a deux raisons pour lesquelles ces consultations seraient bien accueillies. Premièrement, d'autres consultations permettraient de mieux comprendre plusieurs questions complexes. Un groupe d'experts indépendant multipartite, qui solliciterait et étudierait les points de vue de façon générale, serait mieux placés pour formuler des recommandations raisonnables sur un certain nombre de contestations difficiles du droit de la concurrence, qui ont cours actuellement. Deuxièmement, pour faire avancer le processus démocratique en ce qui concerne l'intérêt actuel pour le droit de la concurrence, le groupe aurait avantage à entendre des représentants de divers milieux.

Je recommande que le gouvernement mette sur pied un groupe indépendant multipartite chargé d'entreprendre une vaste consultation en vue d'envisager une réforme de la *Loi*. Je recommande également que le gouvernement donne un mandat précis au groupe, en mettant l'accent sur les domaines controversés de la réforme, y compris ceux qui ont été cernés dans la consultation et qui sont décrits dans le présent commentaire.

En conclusion, je présente mon commentaire comme une contribution à l'amélioration de la performance économique du Canada grâce à une concurrence accrue qui profitera à tous les Canadiens. Nous devons nous positionner pour adopter une loi sur la concurrence digne du XXI^e siècle. Je tiens à exprimer une fois de plus ma gratitude aux auteurs des mémoires présentés dans le cadre de cette consultation.

Annexe

Sommaire des observations

Le document de consultation intitulé Examen de la Loi sur la concurrence au Canada à l'ère numérique a jeté des bases pour l'observation des forces et des lacunes de l'actuel droit de la concurrence dans plusieurs secteurs, sans restreindre la portée du dialogue.

La présente annexe a pour but de rendre compte des différents points de vue des personnes et des organismes ont participé à cette consultation. Ces mémoires ont abordé les questions soulevées dans le document de consultation ainsi que d'autres éléments d'importance liées à l'application efficace du droit de la concurrence du Canada.

La portée de l'examen

Nous avons besoin d'un examen structurel complet de la Loi canadienne sur la concurrence

Plusieurs intervenants soutiennent que nous devons effectuer un examen complet de la Loi dans tous les secteurs de l'économie, ainsi qu'un examen complet des outils et des procédures qui définissent l'application de la loi en termes pratiques.

Le commissaire de la concurrence du Canada a demandé un examen de la Loi. Pour moi, c'est le meilleur indicateur qu'un examen complet serait utile. Je ne vois aucune raison de retarder un tel examen. — Prof. V. Bednar

Sans un effort pangouvernemental pour prendre au sérieux les défis posés par la concentration des marchés, le Canada continuera de perdre sa place dans l'économie mondiale, tandis que ses citoyens sont soumis simultanément à des prix plus élevés, à moins d'innovation et à une économie plus stagnante. — AELP

Ces changements transformateurs exigent un examen approfondi de la Loi sur la concurrence, qui devrait être entrepris en faisant appel à un large éventail d'experts et de membres de la société civile. — CIGI

Les défis que représentent les géants du numérique pour les marchés concurrentiels pourraient entraîner un examen de la Loi sur la concurrence, mais tout examen doit aller au-delà des questions immédiates et examiner de façon plus fondamentale la structure de la Loi sur la concurrence et la place qu'elle occupe pour assurer une concurrence efficace dans l'économie canadienne. — ISCC

Un tel examen est motivé par la crainte que le Canada ait développé une concentration économique et de faibles taux d'entrepreneuriat et d'innovation.

Le Canada est aux prises avec un problème de concentration de longue date dans l'industrie, qui a joué un rôle dans la chute des taux d'entrepreneuriat moyens des pays de l'OCDE, un faible dynamisme des entreprises, un étouffement de l'innovation et des préjudices pour les consommateurs et les travailleurs. La COVID-19 n'a fait que renforcer la concentration, les dettes bon marché des

banques centrales et des sociétés de capital-investissement détenant des liquidités records. — AELP

La pandémie de COVID-19 a contribué à mettre en lumière les faiblesses dues à la concentration à l'étape de la transformation de la chaîne de valeur, notamment dans la transformation de la viande. Presque tout le bœuf vendu dans les épiceries canadiennes et exporté du Canada provient de ces trois usines de transformation de la viande à haut volume et à haut rendement. — M. A. Nixon

De plus, plusieurs intervenants ont fait valoir que tout examen fondamental de la *Loi* doit être le produit d'un processus démocratique à large assise. Il serait contre-productif et antidémocratique de permettre que cet examen soit mené exclusivement par l'*establishment* traditionnel de la *Loi* canadienne sur la concurrence.

Les questions traitées dans le cadre de la politique de concurrence sont essentielles aux intérêts des Canadiens. Elles doivent être traitées d'une manière qui permet aux Canadiens de se faire entendre sur des questions qui touchent leur bien-être et la santé de l'économie canadienne. — ISCC

*En fin de compte, ce que nous aimerions voir dans l'espace politique canadien de la concurrence, c'est une discussion et un engagement plus poussés sur l'objet et la conception de la *Loi* sur la concurrence qui va au-delà des acteurs traditionnels qui ont éclairé la politique de la concurrence au pays au cours des dernières décennies. Cet engagement pourrait comprendre une assemblée de citoyens (nous félicitons Vass Bednar pour cette idée), des non-experts, qui discutent des enjeux et de l'objet de la *Loi*. — Vivic Research*

Par ailleurs, certains intervenants soutiennent que le cadre actuel de la *Loi sur la concurrence* est suffisamment souple pour faire face aux défis qui émergent de l'économie numérique moderne et que toute modification devrait être ciblée avec précision.

*La Section de l'ABC est d'accord avec l'évaluation globale du document Iacobucci selon laquelle la *Loi* est largement adaptée à l'objet. — Section de la concurrence de l'ABC*

*Nous convenons que la *Loi* sur la concurrence est bien adaptée pour promouvoir la compétitivité et l'efficacité de l'économie canadienne dans sa forme actuelle sans qu'il soit nécessaire de procéder à des réformes importantes. — Blake's*

*Le cadre du droit de la concurrence du Canada est en mesure de décourager adéquatement les comportements anticoncurrentiels des plateformes numériques. La *Loi* sur la concurrence est suffisamment souple pour traiter des comportements anticoncurrentiels. — Niblett et Sokol*

Les questions découlant des marchés numériques, comme la protection des renseignements personnels et la domination des données, ou les relations de travail, devraient être traitées d'abord

par les organismes gouvernementaux auxquels ces fonctions ont été déléguées, ou en coordination avec eux.

Dans la mesure où les préoccupations au sujet des accords de non-débauchage et de fixation des salaires sont principalement motivées par le désir de protéger les travailleurs, ces préoccupations liées à la distribution sont probablement mieux traitées par des lois et des règlements sur les normes d'emploi. — Section de la concurrence de l'ABC

Des questions comme la protection des renseignements personnels, la sécurité des données, la protection des travailleurs et le pouvoir politique exigent leurs propres politiques. — M^{me} K. Karvala

Le chevauchement de la nature réglementaire des marchés numériques exige un processus coopératif de la part des organismes de réglementation. Cette mesure contribuera à assurer une approche holistique et uniforme de la réglementation numérique au profit des marchés concurrentiels, du bien-être des consommateurs et de la protection du droit à la vie privée. — CPVP

Disposition de déclaration d'objet (art. 1.1)

La disposition de déclaration d'objet est confuse et imprécise.

Certains intervenants soutiennent que la disposition de déclaration d'objet contient trop d'éléments, ce qui entraîne de l'incertitude et de l'indétermination dans l'application de la loi.

Comme le professeur Iacobucci l'a fait remarquer à juste titre, les objectifs de la Loi sur la concurrence sont extraordinairement confus, au point d'être incohérents sur le plan des politiques. — ISCC

La disposition de déclaration d'objet pourrait être clarifiée

Afin de préciser les choses et d'être conformes aux principes en jeu dans le cadre, certains intervenants soutiennent que la disposition de déclaration d'objet devrait être modifiée pour mettre l'accent sur la concurrence ou l'efficacité économique.

Quel que soit le choix final, l'avènement des marchés numériques et les nouvelles préoccupations économiques et politiques suscitées relativement à la politique de la concurrence ont accru l'importance de modifier la Loi pour en préciser la finalité. — CIGI (Retraitement)

La disposition de déclaration d'objet devrait être préservée

Plusieurs intervenants soutiennent que la disposition de déclaration d'objet devrait être maintenue telle quelle. Ils soutiennent qu'une disposition de déclaration d'objet axée exclusivement sur la concurrence ne sera pas nécessairement définitive et que la flexibilité offerte nous a permis d'appliquer la politique à des situations nouvelles.

Nous estimons que cette tentative de redéfinir le cadre de la concurrence, qui fait de l'efficacité économique son seul objectif, doit être rejetée. — CDIP

La modification de la disposition de déclaration d'objet risque de modifier fondamentalement la Loi, de bouleverser des décennies de jurisprudence établie et de menacer la capacité du Bureau de protéger les consommateurs et les entreprises contre les comportements anticoncurrentiels. La Loi devrait demeurer axée sur le maintien et l'encouragement de la concurrence au Canada dans la poursuite d'un large éventail d'objectifs économiques. — Commissaire de la concurrence

Les intervenants font remarquer que, bien que la disposition de déclaration d'objet comporte plusieurs éléments, elle découle de l'objectif global du maintien et de l'encouragement de la concurrence et est considérée comme telle.

La Loi vise à préserver et à favoriser la concurrence, tout en tenant compte du fait qu'un éventail diversifié d'avantages économiques découlent du processus concurrentiel. — Commissaire de la concurrence

Les divers objectifs dont il parle sont les résultats souhaités de l'environnement concurrentiel que la Loi cherche à préserver et à favoriser. Par conséquent, l'article 1.1 n'exige pas que les membres du Tribunal se prononcent sur les divers objectifs qui y sont énoncés lorsqu'ils rendent leur décision. — M. L. Schwartz

- Supérieur Propane offre une interprétation claire de la disposition de déclaration d'objet qui accorde la priorité à la concurrence.
- La *Loi* vise à préserver et à favoriser la concurrence, tout en tenant compte du fait qu'un éventail diversifié d'avantages économiques découlent du processus concurrentiel.
- Une politique de la concurrence qui tient compte d'un large éventail de valeurs exerce des pressions sur le Bureau pour qu'il possède une expertise sur un large éventail de questions.
- En mettant clairement l'accent sur la concurrence intérieure, on évite le piège de la protection des entreprises nationales contre la concurrence étrangère.
- Par le passé, l'application des lois antitrust visait un ensemble d'objectifs.

Efficacité du Bureau de la concurrence et du Tribunal

Le Bureau devrait être habilité à mener des études de marché

Plusieurs intervenants conviennent que le Bureau devrait être habilité à mener des études de marché. Le mandat du Bureau, qui consiste à favoriser et à faire respecter la concurrence au Canada, dépend de sa capacité de recueillir des renseignements.

Cette lacune empêche le Bureau de surveiller le paysage numérique pour déceler les comportements anticoncurrentiels. Si le Bureau de la concurrence avait le pouvoir d'obtenir de l'information des entreprises en dehors du cadre d'une enquête officielle, comme les autorités américaines, il serait peut-être plus proactif. — Prof. V. Bednar

Il est clair que les autorités de la concurrence sont confrontées à de nombreux défis, d'autant plus que cet environnement exige probablement une analyse plus poussée, ce qui accorde une plus grande importance au besoin de ressources et de

compétences appropriées pour réaliser des études de marché afin de traiter plus facilement les cas d'application de la loi et de l'abus de position dominante. — CIGI

Les études de marché peuvent être d'une grande importance pour l'élaboration de politiques éclairées. Par exemple, l'étude de marché de 2016 du Bureau de la concurrence sur l'innovation technologique dans le secteur canadien des services financiers a donné lieu à d'importantes mesures réglementaires visant à favoriser l'innovation et la concurrence. — Commissaire de la concurrence

De tels pouvoirs permettraient au Bureau d'étudier les nouveaux marchés et d'accéder à l'information nécessaire pour les placer sur un pied d'égalité avec les parties privées.

Au Canada, le Bureau de la concurrence n'a pas ce pouvoir. La seule façon pour le Bureau d'obliger les entreprises à fournir des renseignements est d'entreprendre une enquête officielle. Pour obtenir les données d'une entreprise, le Bureau doit obtenir une ordonnance du Tribunal. Et pour obtenir ce genre d'ordonnance, le Bureau doit fournir des preuves que le comportement sur lequel il veut enquêter s'est déjà produit. — V. Bednar

- Les études de marché sont nécessaires pour remplir le mandat du Bureau et sont utiles pour déterminer les effets de l'application de la loi.
- Les pays pairs ont le pouvoir de mener des études de marché.
- Les études de marché permettent au gouvernement d'étudier les marchés problématiques.
- Les organismes de réglementation ne devraient pas ignorer les résultats des études de marché.

L'accès privé au Tribunal devrait être considérablement élargi

Plusieurs intervenants préconisent d'accorder aux parties privées un droit d'accès élargi au Tribunal dans divers contextes, y compris l'abus de position dominante, l'examen des fusions et les collaborations entre concurrents.

Les poursuites privées pourraient constituer un outil utile et complémentaire dans la Loi sur la concurrence, mais elles ne devraient pas remplacer les efforts d'application de la loi par le Bureau. Au lieu de cela, l'accès privé sera plus efficace comme outil supplémentaire de dissuasion et d'application de la loi seulement s'il est combiné et complété par l'application publique de la Loi. — Prof.V. Bednar

Les défenseurs font valoir que cet accès élargi allégera le fardeau qui pèse sur le Bureau et uniformisera les règles du jeu dans le cadre d'instances à forte intensité de ressources et à caractère urgent.

De plus, plusieurs intervenants ont fait valoir que les parties privées devraient avoir le pouvoir de renvoyer des questions de droit au Tribunal, comme le Bureau peut le faire en vertu du paragraphe 124.2(2).

Si des modifications sont apportées à la Loi sur la concurrence, il faudrait envisager d'accorder également aux parties privées le droit de renvoyer des questions de droit

au Tribunal de la concurrence, particulièrement en ce qui concerne les fusions, compte tenu de leur caractère urgent. — Blake's

Les entreprises canadiennes fonctionnent souvent dans l'ombre de la loi. Compte tenu de la rareté de la jurisprudence, les parties devraient être en mesure d'obtenir des éclaircissements en renvoyant les questions au Tribunal.

Le fait de permettre à des parties privées de présenter des demandes au Tribunal de la concurrence sur des questions de droit relatives contribuerait à corriger ce déséquilibre. Cela donnerait aux parties privées un moyen d'obtenir une plus grande certitude juridique sans risquer de retarder l'atteinte de synergies ou d'autres objectifs opérationnels importants et de soulever des questions juridiques importantes devant le Tribunal de la concurrence qui ne seraient peut-être jamais prises en considération autrement. — Blake's

Fournir un accès privé avec prudence

Bien qu'ils s'intéressent aux avantages potentiels, les intervenants relèvent certains risques d'accès privé au Tribunal.

L'application d'un droit privé d'action à ces dispositions risquerait de favoriser des litiges sans fondement entre concurrents. Les poursuites privées pourraient également avoir un effet paralysant sur les comportements autrement favorables à la concurrence, car les entreprises seraient incitées à intenter ou à menacer d'intenter des poursuites sans fondement contre des concurrents en réaction à une concurrence agressive qui profite en fait aux consommateurs. — Blake's

Le Tribunal de la concurrence a été inefficace

Plusieurs intervenants soutiennent que le Tribunal n'a pas su appliquer efficacement la *Loi sur la concurrence*. Les instances devant les tribunaux sont coûteuses et lentes, et les cours d'appel hésitent peu à intervenir dans leurs décisions.

Le Tribunal s'est avéré un organisme décisionnel inefficace. Il faut un temps démesuré pour arriver à des décisions sur le fond, aussi lentement ou plus lentement que les tribunaux ordinaires. Il est également assujéti à un généreux droit d'appel, ce qui signifie que ses décisions sont peu ou pas respectées en vertu des règles qui régissent le contrôle judiciaire des tribunaux administratifs fédéraux. [...] Tant que le Tribunal conserve sa compétence exclusive sur certaines questions, les modifications visant à améliorer l'application de la loi seront limitées par les inefficacités structurelles du Tribunal. — Prof. J.A. Quaid

Un tribunal spécialisé est-il la solution pour remédier aux préjudices liés à la concurrence? Le Tribunal a-t-il fonctionné comme prévu? Ses processus donnent-ils des résultats opportuns et prévisibles? Le Tribunal a-t-il créé un ensemble d'éléments de jurisprudence cohérents en matière de concurrence? Cela renforce-t-il la politique de concurrence? — ISCC

Les litiges en matière de concurrence au Canada peuvent être un processus long et exigeant en ressources qui peut prendre plusieurs années. Les litiges devraient être simplifiés et accélérés dans la mesure du possible, tout en maintenant l'équité procédurale et l'application régulière de la loi, afin que le commissaire et les entreprises privées puissent obtenir rapidement la certitude nécessaire pour fonctionner dans un monde en rapide évolution. — Commissaire de la concurrence

Le commissaire compose avec les mêmes risques financiers qu'un plaideur privé.

Le commissaire, qui agit dans l'intérêt public, compose avec les mêmes risques financiers qu'un plaideur privé. La Loi devrait explicitement immuniser le commissaire contre les dépens. — Commissaire de la concurrence

- Le Bureau a été critiqué pour avoir présenté des demandes d'information trop exigeantes, et le Tribunal pourrait exercer une surveillance à cet effet.
- L'intervention du Cabinet auprès du Tribunal serait impossible.
- Les exigences procédurales relatives aux pouvoirs actuels du commissaire en matière de collecte de renseignements en vertu de la *Loi* sont devenues disproportionnées et risquent de retarder indûment les enquêtes.
- Le pouvoir du Bureau de rendre des ordonnances contre une personne étrangère et de refuser aux parties le droit d'assister à l'interrogatoire des témoins devrait être élargi afin de permettre une application efficace de la *Loi*.
- À l'heure actuelle, le non-respect d'un consentement ne peut être traité que selon une norme pénale.

Normes de bien-être, analyse quantitative et défense des gains d'efficience

La défense des gains d'efficience devrait être éliminée.

Plusieurs intervenants soutiennent que la défense des gains d'efficience devrait être éliminée de la *Loi*.

Il est donc non seulement nécessaire de retirer la défense des gains d'efficience de la Loi, mais il incombe aux responsables de l'application de la loi et à l'établissement des lois antitrust d'aller au-delà de l'efficience économique en tant que but premier de la loi antitrust. Au lieu de cela, il est de la plus haute importance de mettre l'accent sur l'abus de position dominante par les acteurs en place et de rétablir la loi antitrust comme un véritable défi à la concentration du pouvoir privé. — AELP

Le Canada est le seul pays du G7 à prévoir cette défense dans son cadre de concurrence, qui a continué de permettre une augmentation de la concentration du marché, des hausses de prix et une diminution de la concurrence, tant que la défense des gains d'efficience était respectée. Il est grand temps que cette défense désuète soit retirée de notre cadre concurrentiel. — CDIP

L'exigence selon laquelle le commissaire doit quantifier tout effet anticoncurrentiel lorsque la défense est invoquée place le commissaire dans une position très désavantageuse par rapport au Tribunal.

Bien que [le commissaire de la concurrence] ait parlé d'un certain nombre de dispositions, il a désigné la défense fondée sur les gains d'efficacité, énoncée à l'article 96 de la Loi, comme étant un obstacle clé à l'application, particulièrement à la lumière d'une décision récente du Tribunal refusant au commissaire une injonction provisoire dans l'affaire de fusion de Secure Energy Services-Tervita Corp. — Prof. J.A. Quaid

Même si nous convenons que la situation actuelle dans laquelle les organismes d'application de la loi se trouvent pour prouver la validité de leurs propres revendications et de la défense est absurde, nous ne convenons pas que le fardeau de la preuve repose sur les défendeurs²⁶. Nous croyons que la partie qui fait une demande concernant l'efficacité d'une entreprise — ou son manque d'efficacité — devrait être celle qui doit le prouver. — IEDM

La décision de la Cour suprême dans l'affaire Tervita Corp. c. Canada (commissaire de la concurrence), qui impose des exigences onéreuses comme la quantification des effets anticoncurrentiels pour bloquer les fusions, a fait reculer encore plus la Loi sur la concurrence en compliquant le blocage des fusions et a eu pour effet de permettre une concentration importante du marché. — CDIP

En plus de placer le commissaire dans une position désavantageuse en ce qui concerne l'information requise pour démontrer un tel effet, la modélisation requise pour l'estimer avec une précision *ex ante* exige énormément de ressources.

[B]on nombre des effets bénéfiques d'une fusion sur l'innovation et sur la productivité sont problématiques pour les parties à la fusion, car la nature et le moment précis des produits et des processus nouveaux ou améliorés, et la mesure dans laquelle ils seront avantageux pour les consommateurs ou entraîneront des économies peuvent ne pas être connus ou quantifiables à l'avance. — Blake's

Les tribunaux s'inquiètent du fait que la preuve qualitative des effets est moins fiable que la quantification, dont la rigueur de l'économétrie donne l'allure de l'exactitude et de la vérité mathématique. Il faut résister à ce genre d'association de la quantification et des nombres avec la fiabilité et l'objectivité, car elle obscurcit le fait que le genre de preuve « quantitative » produite dans l'analyse de la concurrence est intrinsèquement incertain. [...] À l'heure actuelle, les fusions contestées sont combattues par des armées d'experts économiques de part et d'autre. Cela ajoute aux dépenses et à la complexité de ces cas sans nécessairement donner de meilleurs résultats. — Prof. J.A. Quaid

Certains intervenants soutiennent que toute analyse quantitative de ce genre ne permettra pas de saisir suffisamment les conséquences dynamiques d'une action. Ce problème se fait surtout sentir dans les industries dynamiques et novatrices, comme celles des technologies.

Malheureusement, cette approche en matière d'application de la loi repose sur un modèle statique d'efficacité économique. Les économies industrielles modernes, y compris le Canada, sont caractérisées par des effets de réseau, l'innovation et des

effets d'échelle, à un point tel que le calcul de l'efficacité statique, bien qu'il ne soit pas non pertinent ou techniquement incorrect, n'est peut-être pas si important.

— Prof. R. Ware

Depuis beaucoup trop longtemps, les concentrations croissantes du pouvoir des entreprises sont permises en raison de prétendus « gains d'efficacité » qui sont notoirement difficiles à prévoir et souvent illusoirs. — AELP

Dans l'économie numérique, l'analyse des gains d'efficacité deviendra de plus en plus problématique. — Commissaire de la concurrence

Plusieurs intervenants soutiennent qu'une approche axée uniquement sur l'efficacité fera naître des comportements qui nuiront aux consommateurs et à la concurrence. L'efficacité devrait plutôt être traitée comme l'un des nombreux facteurs à prendre en considération et ne plus avoir la primauté.

La Loi peut permettre des fusions anticoncurrentielles lorsque les avantages privés de la fusion l'emportent sur le préjudice économique plus général de la fusion.

L'exception relative aux gains d'efficacité devrait être éliminée, et les gains d'efficacité devraient plutôt être considérés comme un facteur dans l'examen des effets des fusions. — Commissaire de la concurrence

Il incombe aux responsables de l'application de la loi et à l'établissement des lois antitrust d'aller au-delà de l'efficacité économique comme objectif suprême de la loi antitrust. Au lieu de cela, il est de la plus haute importance de mettre l'accent sur l'abus de position dominante par les acteurs en place et de rétablir la loi antitrust comme un véritable défi à la concentration du pouvoir privé. — AELP

- La défense des gains d'efficacité va à l'encontre des pratiques exemplaires internationales.
- Elle permet des fusions qui causeraient préjudice aux Canadiens.
- L'intention initiale était erronée.
- Les marchés numériques rendent encore moins réalisable l'analyse quantitative nécessaire.

La défense des gains d'efficacité doit être maintenue

Les intervenants soutiennent que la défense des gains d'efficacité constitue un élément clé de la politique globale du Canada en matière de concurrence, qui a un engagement particulier envers l'analyse quantitative et la norme de bien-être total.

La Loi sur la concurrence a poli un diamant sous la forme du modèle de l'excédent total, qui se rapproche le plus d'une norme fondée sur l'efficacité économique et l'économie du bien-être appliquée. — Prof. R. Ware

Sur le plan économique, peu importe que ce soit le consommateur ou le producteur qui en profite, pourvu qu'il y ait un gain. Toute autre norme nuirait tout simplement à la création de la richesse canadienne à long terme. Comme les lois antitrust visent à assurer un système économique plus juste et plus efficace, il est essentiel de maintenir cette norme. — IEDM

La Loi sur la concurrence du Canada a été décrite comme l'une des lois sur la concurrence les plus sophistiquées sur le plan économique au monde, en grande partie en raison de ses dispositions sur les gains d'efficacité. Ces dispositions font en sorte que les répercussions positives des fusions et d'autres collaborations entre concurrents sur l'économie canadienne sont prises en compte de façon appropriée lors de l'examen des transactions. — Blake's

[L]a défense des gains d'efficacité est appropriée pour l'économie canadienne, qu'elle illustre l'importance de l'efficacité économique comme fondement de la Loi sur la concurrence et qu'elle représente un exemple du leadership canadien dans le domaine du droit de la concurrence. — Section de la concurrence de l'ABC

L'exigence selon laquelle le commissaire doit quantifier les effets anticoncurrentiels allégués favorise l'objectivité et la clarté dans l'application de la loi.

[Éliminer la défense efficace] risque de rendre l'application de la défense des gains d'efficacité moins objective et de créer de l'incertitude pour les parties qui fusionnent au moment de déterminer la preuve qu'elles doivent produire. — Section de la concurrence de l'ABC

[C]omme l'affirme la Cour suprême du Canada, l'évaluation des compromis en matière de gains d'efficacité devrait être aussi objective que possible. Par souci d'équité procédurale, les parties qui fusionnent doivent savoir ce dont elles doivent faire la preuve. Exiger que le commissaire quantifie les effets anticoncurrentiels quantifiables ne fait que fournir une base objective pour comparer les effets positifs et négatifs de toute fusion. — Blake's

Le Canada a une économie unique, et de nombreuses entreprises canadiennes doivent réaliser des économies d'échelle pour être concurrentielles à l'échelle internationale.

[L]es industries canadiennes clés qui sont le fondement de l'économie canadienne, y compris la fabrication aérospatiale et la technologie de l'intelligence artificielle au Québec, la fabrication de pointe en Ontario, le pétrole et le gaz en Alberta et la construction navale au Canada atlantique [...], peuvent se trouver parfois dans l'obligation de conclure des fusions ou d'établir d'autres collaborations afin d'atteindre l'échelle nécessaire pour innover, améliorer la productivité, soutenir la concurrence internationale et s'adapter aux conditions économiques changeantes. — Blake's

Les gains d'efficacité peuvent entraîner des avantages importants pour l'économie canadienne en générant des économies de coûts, des économies d'échelle accrues et de l'innovation. — Section de la concurrence de l'ABC

Il ne serait pas nécessaire d'apporter une modification pour exiger que le Tribunal tienne compte des facteurs qualitatifs, comme cela a été précisé dans *Tervita*. L'inclusion de facteurs objectifs ne devrait pas diminuer l'importance des facteurs qualitatifs.

Dans l'arrêt Tervita, la Cour suprême du Canada a dit qu'il « faut mettre en balance les gains d'efficacité qualitatifs et les effets anticoncurrentiels qualitatifs et décider en dernière analyse si le total des gains d'efficacité neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause¹⁵ ». Cela donne au Tribunal de la concurrence un pouvoir discrétionnaire important pour tenir compte de la preuve qualitative. — Blake's

Conformément à l'affaire Tervita, le critère de pondération prévu à l'article 96 exige que le Tribunal détermine les aspects quantitatifs et qualitatifs de la fusion, puis soupèse et pondère ces aspects. — CDIP

[L]a loi actuelle, telle qu'elle a été exprimée par la Cour suprême dans l'affaire Tervita, prévoit que les effets anticoncurrentiels et les gains d'efficacité doivent être quantifiés lorsqu'il est possible de le faire, et que les effets qualitatifs et les gains d'efficacité doivent également être pris en compte. — Section de la concurrence de l'ABC

La charge de la preuve imposée au commissaire de la concurrence dans l'article 92 de la Loi sur la concurrence diffère de celle spécifiée à l'article 96 de la Loi. L'article 92 de la Loi concerne la question du pouvoir de marché... Toutefois, l'article 96 de la Loi concerne les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et les gains en efficacité qui en découleront.

À notre avis, le fardeau de prouver un empêchement ou une diminution importante de la concurrence (DIC) ainsi que tout autre élément prescrit à l'article 92 incombe comme toujours au commissaire de la concurrence. Toutefois, la charge de la preuve pour une défense fondée sur les gains en efficacité prescrite à l'article 96 de la Loi devrait incomber uniquement aux répondants, par le biais d'un processus en une étape où les efficacités quantitatives et qualitatives sont pesées par rapport aux effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs pour permettre de conclure si la totalité des efficacités surpasse ou neutralise l'ensemble des effets anticoncurrentiels du fusionnement. - Calvin Goldman and Richard Taylor, Le cabinet d'avocats de Calvin Goldman, Q.C., Nicholas Cartel, Cartel & Bui LLP and Larry Schwartz, Economiste conseil.

- Promouvoir les gains d'efficacité ne signifie pas nécessairement se ranger du côté du parti le plus puissant ou exacerber les inégalités économiques.

Exécution de la loi

Les sanctions pécuniaires dont dispose le Tribunal devraient être considérablement élargies.

Plusieurs intervenants conviennent que les sanctions pécuniaires associées aux infractions sont trop faibles pour constituer un moyen de dissuasion efficace et devraient être augmentées.

Les sanctions pécuniaires prévues en vertu de la disposition relative à l'abus de position dominante sont souvent trop faibles pour décourager efficacement les comportements anticoncurrentiels. Ces pénalités devraient être adaptées de manière à ce qu'elles puissent atteindre l'objectif de conformité avec la Loi. — Commissaire de la concurrence

Il est difficile de voir comment le paiement de pénalités, surtout compte tenu des montants maximaux actuels et de la façon dont les tribunaux ont tendance à déterminer les montants des SAP, pourrait avoir un effet dissuasif pour les entreprises dominantes, en particulier les grands exploitants de plateformes numériques. — Prof. J.A. Quaid

Le Canada accuse également un retard par rapport à ses pairs en ce qui concerne la sévérité des recours, les peines maximales étant désespérément faibles. — AELP

Les sanctions pécuniaires sont fondamentalement incapables d'avoir un tel effet dissuasif

Certains intervenants soutiennent que le fait d'augmenter suffisamment les sanctions pécuniaires pour créer une dissuasion efficace imposerait une incertitude commerciale et un coût de conformité trop élevés, ce qui aurait un effet paralysant sur les entreprises au Canada.

Bien que l'augmentation des montants minimums puisse permettre d'imposer des conséquences financières plus importantes aux entreprises qui contreviennent aux dispositions de la Loi, il est peu probable que ces seules conséquences aient une grande incidence. [...] Plutôt que d'augmenter le montant des sanctions, une stratégie plus productive consisterait à utiliser les ententes de consentement et les ordonnances d'interdiction comme mécanisme pour élaborer de nouvelles mesures préventives et des recours comportementaux afin de régler certains des problèmes de conformité particuliers soulevés dans les cas mettant en cause les marchés numériques. — Prof. J.A. Quaid

La Section de l'ABC croit que si les entreprises sont passibles de sanctions financières importantes, la norme juridique qu'on leur demande de respecter doit être claire. Ce ne serait pas le cas si les recommandations du document Iacobucci étaient suivies. Bien qu'il puisse y avoir des façons de modifier la Loi et de maintenir la certitude juridique, par exemple, en introduisant un système de notification ou d'avis consultatifs exécutoires propres à chaque cas, ces solutions de rechange n'ont pas été proposées et comportent de nombreux éléments complexes qu'on devrait également prendre en considération. — Section de la concurrence de l'ABC

Marchés numériques

Le droit de la concurrence doit tenir compte de la protection des renseignements personnels et des données

Certains intervenants soutiennent que, pour mettre en œuvre une politique efficace en matière de concurrence dans une économie moderne, le cadre législatif doit tenir compte de l'utilisation des données et des effets de la concurrence sur la protection des renseignements personnels des consommateurs.

À l'ère numérique, où la confiance du public dans la capacité des autorités de réagir aux comportements anticoncurrentiels ou autrement nuisibles et de les réprimer est faible, la transparence de l'application de la loi quant à la façon dont les effets concurrentiels sont évalués par rapport aux marchés numériques et aux entreprises axées sur les données devrait être augmentée. — Prof. J.A. Quaid

*Compte tenu de la domination croissante des grandes plateformes numériques, envisager d'inclure des protections explicites dans le cadre concurrentiel du Canada afin de protéger les renseignements personnels et les données des utilisateurs.
— CDIP*

Nous devons réglementer la collecte et l'utilisation des données personnelles d'une manière qui respecte la vie privée et ouvre leur utilisation au-delà de l'accumulation actuelle de données par les grandes entreprises de technologie. — Prof. K. Birch

Le chevauchement de la nature réglementaire des marchés numériques exige un processus coopératif de la part des organismes de réglementation. Cette mesure contribuera à assurer une approche globale et uniforme de la réglementation numérique au profit des marchés concurrentiels, du bien-être des consommateurs et de la protection du droit à la vie privée.

Les questions comme l'intersection de la protection des renseignements personnels et de la concurrence devraient être traitées en coordination avec le CPVP, ou l'équivalent. — CPVP

Nous considérons que le recours à d'autres instruments de politique pour protéger des objectifs non économiques, en particulier ceux qui entrent en conflit avec l'efficacité économique, est très problématique. C'est parce que différents organismes et leur cadre juridique et/ou stratégique n'ont pas les mêmes pouvoirs que le commissaire ou le Tribunal en vertu de la Loi sur la concurrence, en particulier les pouvoirs d'exécution, et en l'absence d'un tel régime global avec des pouvoirs uniformes, cette approche ne peut pas fonctionner. — CDIP

L'intersection des données et des renseignements personnels dans les marchés numériques devrait être poursuivie séparément de la principale Loi sur la concurrence

Les intervenants font valoir que les nouveaux problèmes entourant la protection des renseignements personnels et les données dans les marchés numériques devraient être traités au moyen de lois ciblées, appliquées par les ministères du gouvernement qui ont de l'expertise dans ces domaines.

Le Canada n'a pas élaboré d'approche claire et intégrée pour réglementer l'activité économique et les acteurs économiques dans l'ensemble des régimes de réglementation afin de relever les défis de l'économie numérique de façon significative et coordonnée. — Prof. J.A. Quaid

Le Royaume-Uni propose une approche à envisager. Il a créé le Digital Regulation Cooperation Forum [forum de coopération en matière de réglementation numérique]. Il réunit l'Information Commissioner's Office (responsable de la réglementation de la protection de la vie privée), l'Office of Communications (l'organisme de réglementation des télécommunications et des médias responsable de la réglementation du contenu et des préjudices en ligne) et la Competition and Markets Authority (responsable de la politique de la concurrence et des consommateurs). L'objectif est d'assurer la coopération et de solides relations de travail entre les trois organismes indépendants et de refléter la nature interconnectée de leurs mandats. — CIGI

Compte tenu de cette tension, nous croyons qu'il est préférable de traiter les préoccupations relatives à la protection de la vie privée au moyen de lois et de règlements distincts du cadre de la Loi sur la concurrence. — Blake's

Au cours des dernières années, d'importants efforts ont été déployés pour modifier les lois sur la protection des renseignements personnels et la gouvernance des données, et ces efforts devraient se poursuivre.

Par exemple, en novembre 2020, le gouvernement canadien a proposé deux projets de loi portant sur la Loi sur la protection des renseignements personnels et les entreprises de médias sociaux. Le projet de loi C-10, Loi modifiant la Loi sur la radiodiffusion et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois, a été présenté pour élargir la portée de la législation sur la radiodiffusion afin d'exiger que les radiodiffuseurs de médias numériques contribuent au système de radiodiffusion du Canada, en appuyant les producteurs et les créateurs de contenu canadien. Le projet de loi C-11, Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique, a été présenté pour répondre aux préoccupations concernant la collecte, l'utilisation et la diffusion de renseignements personnels et de données par les grandes entreprises de technologie. Plus particulièrement, il promulguerait la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données, établirait un tribunal administratif pour entendre les appels de certaines décisions rendues par le commissaire à la protection de la vie privée du Canada et imposerait des pénalités en cas de contravention à certaines de ses dispositions. — Blake's

Compte tenu de ces multiples exemples de collaboration, je vous encourage à envisager, le cas échéant, des modifications à la Loi sur la concurrence qui permettraient ou renforceraient la coopération avec tous les organismes de réglementation qui partagent la responsabilité de surveiller les marchés numériques. Tout comme j'ai recommandé la modification du projet de loi C-11, la Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique, pour améliorer la capacité du Commissariat à travailler ou à échanger des renseignements avec d'autres autorités

gouvernementales, je crois également que le Bureau de la concurrence devrait conserver ce pouvoir en vertu de l'article 29 de la Loi sur la concurrence, ou le voir renforcé. — CPVP

Le Canada devrait mettre en œuvre une réglementation ex ante pour les grandes entreprises de technologies

Plusieurs intervenants soutiennent que l'application des outils nécessaires pour remédier aux comportements anticoncurrentiels *ex post* dans les grandes entreprises de technologies créerait trop d'incertitude commerciale et de coûts de conformité. Le Canada devrait plutôt adopter une réglementation *ex ante* de ces marchés.

Il se peut que, dans l'économie dynamique actuelle axée sur la technologie, il soit préférable d'évaluer le contexte concurrentiel, les conditions dans lesquelles la concurrence a lieu, plutôt que de se concentrer de façon très légaliste sur les résultats de cas particuliers. — Prof. R. Ware

« [L]a crainte que la dynamique inhérente de ces marchés puisse susciter des préoccupations en matière de concurrence, même en l'absence d'un comportement stratégique anticoncurrentiel, est une raison clé pour justifier une réglementation favorable à la concurrence potentielle de l'UE et du R.-U. qui va au-delà des normes antitrust. » — CIGI (retraitement)

La Loi est suffisamment souple pour traiter des marchés numériques

Plusieurs intervenants soutiennent que le cadre actuel est suffisamment souple pour être appliqué aux nouveaux problèmes des marchés numériques.

Le Canada a l'occasion de prouver que l'application efficace de son cadre de concurrence actuel est suffisamment souple pour répondre aux défis de l'ère numérique. — M^{me} K. Karvala

La Section de l'ABC est d'accord avec l'évaluation globale du document Iacobucci selon laquelle la Loi est largement adaptée à l'objet. Nous souscrivons tout particulièrement aux conclusions suivantes : « [L]a loi telle qu'elle est rédigée est suffisamment souple pour tenir compte des menaces anticoncurrentielles supplémentaires que présentent les marchés numériques [...] » — Section de la concurrence de l'ABC

De même, dans une publication récente pour l'Institut MacDonald-Laurier, Anthony Niblett et Daniel Sokol ont examiné un certain nombre de modifications législatives proposées pour tenir compte de la croissance des plateformes technologiques et ont conclu que des modifications importantes ou une refonte du cadre de la politique canadienne de la concurrence « seraient contre-productives. Le cadre du droit de la concurrence du Canada est en mesure de décourager adéquatement les comportements anticoncurrentiels des plateformes numériques. La Loi sur la concurrence est suffisamment souple pour traiter des comportements anticoncurrentiels. » De plus, les changements qui ne tiennent pas compte de la façon dont les plateformes numériques se font concurrence et innovent risquent de

freiner l'innovation et, au bout du compte, de causer préjudice aux consommateurs.
— Blake's

L'accent devrait être mis sur l'application de la loi existante aux nouveaux modèles d'affaires émergents dans l'espace numérique.

L'approche horizontale de la réglementation des « grandes entreprises de technologies » ne tient pas compte des différents modèles d'affaires et stratégies de monétisation à partir desquels ces entreprises exercent leurs activités ou du marché sur lequel elles offrent leurs services ou leurs produits. — M^{me} K. Karvala

Des modifications pourraient être apportées à l'article 78 de la Loi pour désigner les comportements anticoncurrentiels propres aux marchés numériques.
— Prof. V. Bednar

Nous devons établir des normes différentes face à la concurrence « pour le marché »

Plusieurs intervenants soutiennent que la tendance vers une seule entreprise dominante sur les marchés numériques est associée à une dynamique concurrentielle distincte et devrait être analysée selon une norme distincte.

Je vais mentionner un problème que je considère comme important et qui n'est pas abordé dans le document. Il s'agit de la norme juridique de la prépondérance des probabilités appliquée pour prévenir les cas où il y a concurrence pour le marché. [...] Beaucoup de gens s'entendent pour dire qu'en raison des très grandes économies d'échelle et de gamme ainsi que des effets de réseau, la concurrence sur les marchés numériques est parfois caractérisée comme la concurrence du gagnant qui rafle tout pour le marché. Je crois que des problèmes d'application de la loi se posent dans ces situations. — M. P. Johnson

D'autres observateurs affirment que cette idée est exagérée.

C'est une expression accrocheuse, qui découle de l'ère de la contestation dans la théorie économique de l'organisation industrielle, mais elle est rarement corroborée dans la pratique. Amazon a-t-elle peur de la concurrence « pour » son marché? Je ne le crois pas. Il en va de même pour Google et Facebook. — Prof. R. Ware

Dispositions relatives au contrôle des fusions

Les outils d'examen des fusions sont insuffisants pour atténuer les nouveaux défis

Certains intervenants soutiennent que le cadre actuel d'examen des fusions ne permet pas de prévoir et d'atténuer efficacement les effets dynamiques des fusions. Par conséquent, le processus d'examen des fusions devrait cesser de mettre l'accent sur l'analyse quantitative *ex ante*.

La réévaluation ex post des fusions ne doit pas être perçue comme une annulation des règles du jeu, mais plutôt comme un cadre des règles du jeu dans une économie dynamique où l'impact de la fusion ne peut être ressenti que des années plus tard et où l'impact peut avoir évolué de manière sensiblement différente de ce qui était prévu au moment de la fusion. Il est extrêmement difficile de prévoir et d'estimer ces

changements dynamiques, surtout lorsque de nouvelles structures de marché en découlent. — CIGI

Dans l'économie numérique, l'analyse des gains d'efficacité deviendra de plus en plus problématique. Le Tribunal a reconnu que : « [...] la concurrence dynamique est généralement plus difficile à mesurer et à quantifier. En effet, lorsqu'il est question d'innovation, il arrive que des données statistiques ou empiriques fiables ne soient pas disponibles et que le commissaire doive recourir à des outils et des instruments plus qualitatifs pour démontrer les effets concurrentiels d'une conduite contestée. » — Commissaire de la concurrence

Pour contester une fusion, le commissaire doit satisfaire à la norme de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence (EDSC) selon la prépondérance des probabilités. Cette norme ne convient pas à la gestion de l'acquisition par des entreprises dominantes de concurrents naissants ayant un potentiel d'innovation explosif, et une norme différente devrait être appliquée dans ces circonstances.

À titre d'exemple, supposons que le participant réussit avec une probabilité de seulement 10 %, mais que, sous réserve de ce succès, les avantages pour la concurrence sont de X \$. Ce qui est curieux, c'est que X \$ peut être arbitrairement élevé, mais ne répondra jamais à l'exigence du critère juridique de la prépondérance des probabilités. Les effets anticoncurrentiels ne sont jamais « probables », même si en « valeur prévue » (définie dans l'effet mathématique), l'acte anticoncurrentiel pourrait avoir d'énormes effets anticoncurrentiels (p. ex., fixer X à un billion de dollars). — M. P. Johnson

Pour exercer un recours, le commissaire doit avoir suffisamment de preuves pour prouver ces éléments selon la prépondérance des probabilités. Bien que cela puisse être possible dans une industrie traditionnelle, une telle tâche peut être particulièrement difficile, voire impossible, dans le cas de l'acquisition d'une entreprise qui est encore en train de mettre au point des produits qui feraient concurrence à d'autres concurrents. — Commissaire de la concurrence

Plusieurs articles de la Loi décrivent le critère de fond par lequel un comportement anticoncurrentiel civil est évalué aux fins de l'application de la loi. Plus précisément, la Loi exige que le commissaire détermine que la conduite mène à une « diminution sensible ou à un empêchement de la concurrence ». Nous proposons que le Bureau consulte les dirigeants de la Protection des consommateurs de chacune des provinces pour envisager des changements au critère de fond du Canada afin de l'harmoniser avec une nouvelle norme, soit le « critère de la prépondérance des préjudices ». — Prof. V. Bednar

Par ailleurs, le Bureau devrait adopter une attitude hostile présumée à l'égard des fusions en raison de la concentration du marché.

Par conséquent, on peut supposer une approche hostile aux fusions, comme l'ont suggéré plusieurs commentateurs américains au cours des dernières années.

L'approche préconisée il y a plusieurs décennies par Farrell et Shapiro³, mais qui n'a pas été confirmée par des changements dans l'application de la loi, était une approche présumée hostile, avec seulement des synergies de coûts bien vérifiées découlant d'une fusion comme justification pour autoriser une fusion.

— Prof. R. Ware

La norme de recours établie dans la jurisprudence est trop faible et n'exige pas que la concurrence soit rétablie à son état antérieur. Cela devrait être harmonisé avec les autres dispositions de la Loi.

Des recours peuvent être obtenus chaque fois qu'un fusionnement est susceptible de réduire ou d'empêcher sensiblement la concurrence. Toutefois, les modalités de ce recours doivent être suffisantes pour « rétablir la concurrence au point où on ne peut plus dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant la fusion⁵⁵ ». De plus, la jurisprudence ne permet que le recours le moins intrusif qui répond à la norme⁵⁶. Par conséquent, un recours en matière de fusion peut laisser un marché dans un État où la concurrence est encore réduite ou empêchée jusqu'à un certain point, ce qui ne peut tout simplement pas être considéré comme substantiel.

— Commissaire de la concurrence

De plus, la norme de recours prévue dans d'autres articles de la Loi est plus conforme à ces pratiques exemplaires internationales. Par exemple, les recours prévus aux paragraphes 77(2) et 79(2) de la Loi doivent rétablir la concurrence. Même si chacune de ces dispositions a pour effet de réduire sensiblement la concurrence, un peu comme les dispositions sur les fusions, les normes de recours prévues aux articles 77 et 79 sont plus strictes. — Commissaire de la concurrence

- Le délai de prescription devrait être prolongé, surtout pour les nouveaux marchés dynamiques.
- Le régime de préavis de fusion comporte plusieurs échappatoires, y compris l'anti-évitement et la comptabilisation des ventes étrangères au Canada, qui devraient être éliminées.
- Certaines fusions échappent à la détection.
- La capacité du commissaire de suspendre l'achèvement d'une fusion en attendant une procédure judiciaire devrait être clarifiée et renforcée.

Dispositions relatives à l'abus de position dominante

Les dispositions relatives à l'abus de position dominante prévues à l'article 79 devraient être élargies pour inclure les comportements qui causent préjudice à la concurrence elle-même, sans nécessairement causer préjudice à un concurrent.

Plusieurs intervenants conviennent que l'article 79 permet actuellement aux entreprises de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles et d'échapper à l'examen.

La disposition relative à l'abus de position dominante peut permettre aux entreprises dominantes d'échapper à l'examen, même lorsque leur conduite affaiblit la concurrence. — Commissaire de la concurrence

Nous croyons qu'une réévaluation de l'article 79 de la Loi serait opportune en raison de son importance pour les questions de concurrence dans l'économie numérique, en plus de son rôle et de l'élément central du droit de la concurrence applicable à tous les secteurs. — Section de la concurrence de l'ABC

L'exigence que le commissaire prouve non seulement que la conduite empêche ou diminue la concurrence de façon abstraite, mais qu'elle a un « effet » anticoncurrentiel clair (p. ex., réduction du bien-être social découlant d'une perte de poids mort) ferait en sorte que les dispositions relatives à l'abus de position dominante ne s'appliquent pas par inadvertance aux comportements qui ne causent pas préjudice à la concurrence et ne profitent pas aux consommateurs. — Blake's

De plus, les normes établies pour l'application de cette disposition aux industries plus traditionnelles ne sont pas adaptées au traitement des comportements anticoncurrentiels observés sur les nouveaux marchés numériques.

[L]a Loi exige que le commissaire conclue que la conduite mène à « un empêchement ou à une diminution sensible de la concurrence ». Nous proposons que le Bureau consulte les dirigeants de la Protection des consommateurs de chacune des provinces pour envisager des changements au critère de fond du Canada afin de l'harmoniser avec une nouvelle norme, soit le « critère de la prépondérance des préjudices ». — Prof. V. Bednar

Les commentateurs laissent entendre que l'acquisition en série de concurrents naissants, qui sert à maintenir un « fossé » ou une « zone de destruction » autour du marché, pourrait être considérée comme une pratique anticoncurrentielle et interdite en vertu d'un tel élargissement de l'article 79.

L'approche suggérée par M. Iacobucci pour examiner une série d'acquisitions par une entreprise afin de déterminer si elle se livre à des pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante) mérite également d'être examinée. — CIGI

Le professeur Iacobucci propose une approche novatrice pour composer avec le problème de « l'acquisition de concurrents naissants ». Il propose que celle-ci soit intégrée à l'article 79 en tant qu'agissement anticoncurrentiel. Cette approche semble prometteuse, mais je me demande si son application est réaliste; cela obligerait le Tribunal à examiner rétrospectivement une grande entreprise et à juger des effets concurrentiels de toute une série d'acquisitions. — Prof. R. Ware

Le professeur Iacobucci suggère qu'une façon de relever le défi de l'évaluation des acquisitions de concurrents naissants dans le cadre des dispositions actuelles sur l'examen des fusions, qui exigent une prédiction quant à l'incidence probable sur la concurrence de la perte de la concurrence naissante, est d'utiliser l'article 79 comme moyen de mener une évaluation ex post d'une tendance d'acquisitions de petites entreprises par une entreprise dominante. Cette approche évite la nécessité de modifier les règles actuelles d'examen des fusions et élimine les conjectures dans les cas où le potentiel concurrentiel des entreprises peut être difficile à évaluer, mais elle limite les recours possibles. — Prof. J.A. Quaid

Compte tenu de la nature dynamique et imprévisible des marchés émergents, certains intervenants soutiennent que les autorités ne devraient pas hésiter à imposer des sanctions *ex post*.

Un exemple où il pourrait être nécessaire de changer de perspective concerne l'évaluation ex post des fusions. En raison des économies d'échelle et de gamme associées aux données, les nouvelles données peuvent mener à des innovations, ainsi qu'à des problèmes qui n'ont peut-être pas été prévus dans une décision de fusion initiale. La réévaluation ex post des fusions ne doit pas être perçue comme une annulation des règles du jeu, mais plutôt comme un cadre des règles du jeu dans une économie dynamique où l'impact de la fusion ne peut être ressenti que des années plus tard et où l'impact peut avoir évolué de manière sensiblement différente de ce qui était prévu au moment de la fusion. — CIGI

Si le gouvernement veut élargir l'article 79, il devrait le faire avec prudence. Par exemple, l'effet d'un tel changement sur la certitude des entreprises et les coûts de conformité doit être examiné attentivement.

Il est par nature difficile d'évaluer à l'avance l'incidence concurrentielle d'une gamme de stratégies et de mesures d'affaires. C'est en fait un exercice intense et qui peut s'avérer complexe sur le plan économique et juridique. En pratique, de nombreuses entreprises se conforment à l'article 79 en s'assurant que leur conduite n'est pas prédatrice, d'exclusion ou disciplinaire. Ce faisant, les entreprises et leurs conseillers juridiques s'appuient sur la jurisprudence qui précise la portée de l'exigence relative à l'agissement anticoncurrentiel prévue à l'article 79. L'élimination de cet élément de la disposition relative à l'abus de position dominante, que recommande le Document Iacobucci, rendrait les évaluations de la conformité extrêmement difficiles. L'article 79 deviendrait une disposition autonome qui rendrait toute mesure prise par une entreprise qui occupe une position dominante susceptible de donner lieu à des activités d'application de la loi en cas d'effets anticoncurrentiels probables. — Section de la concurrence de l'ABC

Une différence importante entre l'article 79 et d'autres pratiques susceptibles d'examen qui comportent un critère de diminution sensible de la concurrence est que les entreprises peuvent être assujetties à des pénalités importantes pour des contraventions à l'article 79, pénalités qui, selon le document Iacobucci, devraient être augmentées. La Section de l'ABC croit que si les entreprises sont passibles de sanctions financières importantes, la norme juridique qu'on leur demande de respecter doit être claire. — Section de la concurrence de l'ABC

Ces problèmes peuvent être atténués par la mise en œuvre d'un système de notification ou d'avis consultatifs exécutoires propres à chaque cas.

Bien qu'il puisse y avoir des façons de modifier la Loi et de maintenir la certitude juridique, par exemple, en introduisant un système de notification ou d'avis consultatifs exécutoires propres à chaque cas, ces solutions de rechange n'ont pas été proposées et comportent de nombreux éléments complexes qu'on devrait également prendre en considération. — Section de la concurrence de l'ABC

L'article 79 suffit actuellement pour régler les problèmes de conduite des grandes entreprises.

Plusieurs intervenants soutiennent que la loi actuelle est suffisante pour régler ces problèmes. Selon une interprétation appropriée, la disposition reconnaîtrait la nécessité de démontrer les effets d'un EDSC. Les intervenants soutiennent que cela permettrait d'atteindre les objectifs d'un article 79 élargi.

À notre avis, une interprétation appropriée de l'alinéa 79(1)c) qui reconnaît la nécessité de démontrer les « effets » d'un empêchement ou d'une diminution sensible de la concurrence éviterait la nécessité d'apporter des modifications substantielles aux dispositions relatives à l'abus de position dominante des articles 78 et 79.
— Blake's

Bien que l'intervention réglementaire qui facilite les mécanismes de partage des données comme moyen de conférer de la valeur aux concurrents demeure très controversée, les situations où le refus de fournir l'accès à de telles données accroît les obstacles à l'entrée peuvent être réglées par la Loi sur la concurrence en vertu de l'article 79 (abus de position dominante). — M^{me} K. Karvala

Les normes de preuve en vertu de l'article 79 devraient être modérées.

À l'instar des fusions, le commissaire a le fardeau de prédire un effet anticoncurrentiel avec suffisamment de certitude pour satisfaire à la prépondérance des probabilités. Dans le contexte de nouveaux marchés sophistiqués et dynamiques, certains intervenants font valoir que le fardeau de démontrer l'« empêchement » de la concurrence devrait être modéré afin que le commissaire puisse s'en acquitter.

Les normes établies à partir de l'analyse des industries plus traditionnelles ne conviennent pas à l'évaluation des comportements anticoncurrentiels visant les nouveaux concurrents dans l'économie numérique. Une norme plus pratique offrirait plus de souplesse pour protéger le processus concurrentiel. — Commissaire de la concurrence

Aux États-Unis, une proposition législative permettrait aux autorités de la concurrence d'intervenir chaque fois qu'il y a un « risque appréciable » que la conduite des entreprises puisse « sensiblement » diminuer la concurrence.
— Commissaire de la concurrence

[L]a Loi exige que le commissaire conclue que la conduite mène à « un empêchement ou à une diminution sensible de la concurrence ». Nous proposons que le Bureau consulte les dirigeants de la Protection des consommateurs de chacune des provinces pour envisager des changements au critère de fond du Canada afin de l'harmoniser avec une nouvelle norme, soit le « critère de la prépondérance des préjudices ». — Prof. V. Bednar

- Bien que l'interprétation correcte de l'article 79 atténuerait bon nombre des questions abordées ci-dessus, par souci de clarté, nous devrions envisager une modification.

Accords entre acheteurs

Les complots entre acheteurs préjudiciables devraient être criminalisés

Plusieurs intervenants soutiennent que les dispositions pénales de l'article 45 devraient être étendues aux complots entre acheteurs. En particulier, les intervenants soutiennent que les accords préjudiciables devraient faire l'objet de sanctions pénales.

L'article 45 de la Loi est une disposition criminelle qui a été modifiée en 2009 afin d'interdire les accords entre concurrents pour fixer les prix, attribuer les marchés ou limiter la fourniture d'un produit. Depuis, il est devenu évident que la disposition ne traite pas adéquatement des accords préjudiciables entre concurrents. Bien que cette disposition s'applique directement aux complots entre vendeurs, elle ne vise pas actuellement les complots liés aux acheteurs. — Commissaire de la concurrence

Nos pays pairs ont criminalisé ce genre de comportement.

L'absence de responsabilité criminelle pour ce qu'on appelle les « cartels d'acheteurs » distingue le Canada de bien d'autres pays. Plus particulièrement, les cartels d'acheteurs suscitent un intérêt accru au Canada depuis 2016, année où les organismes de réglementation antitrust des États-Unis ont annoncé que les accords d'achat liés à l'emploi pourraient donner lieu à des poursuites criminelles. Il est nécessaire (mais difficile) de faire la distinction entre de tels accords préjudiciables et des accords susceptibles d'examen qui peuvent favoriser la concurrence ou être bénins. — Prof. V. Bednar

Les partisans admettent qu'il sera difficile de faire la distinction entre les accords bénins ou favorables à la concurrence et les accords criminels.

Il est difficile de tracer une ligne claire entre les complots entre acheteurs qui méritent un examen criminel selon la Loi et les arrangements entre acheteurs qui peuvent être favorables à la concurrence ou bénins. Les accords de non-débauchage et de fixation des salaires sont des exemples de complots entre acheteurs préjudiciables qui devraient être assujettis aux dispositions pénales de la Loi. Cependant, d'autres travaux devraient être effectués pour déterminer si d'autres types d'accords entre acheteurs, comme les grands acheteurs qui s'entendent sur un prix auprès de petits fournisseurs, justifient un traitement semblable. — Commissaire de la concurrence

Les complots entre acheteurs ne devraient pas être criminalisés.

Plusieurs autres intervenants conviennent qu'il serait imprudent d'étendre l'article 45 aux accords entre acheteurs.

Le document Iacobucci cite des cas où les arrangements entre acheteurs pourraient avoir des effets anticoncurrentiels. Nous convenons que de tels accords pourraient être anticoncurrentiels. (Le document soutient la structure actuelle de la Loi en vertu de laquelle les effets concurrentiels des accords entre acheteurs doivent être évalués.) Pour démontrer la criminalité, il faut se demander si un tel comportement

est toujours anticoncurrentiel. Le document Iacobucci ne répond pas à cette question. — Section de la concurrence de l'ABC

Les sanctions pénales sont un instrument trop grossier pour traiter des accords ou des arrangements entre concurrents qui ne tombent pas dans la catégorie des cartels « purs et durs⁴² ». La Loi sur la concurrence ne devrait criminaliser de tels accords ou arrangements que s'ils causent clairement préjudice à la concurrence, ce qui n'est pas le cas des accords entre acheteurs. — Blake's

Un tel changement ne corrigerait pas les accords de non-débauchage et de fixation des salaires qui sont une source importante de préoccupation dans ce domaine ni ne remédierait à la faiblesse des salaires.

L'élargissement de la portée de l'article 45 pour inclure les cartels d'achat peut être défendu en raison des effets anticoncurrentiels, mais il est peu probable qu'une disposition pénale réponde aux préoccupations sous-jacentes au sujet du pouvoir de négociation inégal propre à la fixation des salaires. — Prof. J.A. Quaid

Bon nombre de ces questions sont classées dans des catégories relevant d'organismes de réglementation gouvernementaux spécialisés, comme la main-d'œuvre.

Dans la mesure où les préoccupations au sujet des accords de non-débauchage et de fixation des salaires sont principalement motivées par le désir de protéger les travailleurs, ces préoccupations liées à la distribution sont probablement mieux traitées par des lois et des règlements sur les normes d'emploi. — Section de la concurrence de l'ABC

L'approche des accords susceptibles d'examen devrait être renforcée de plusieurs façons.

Plusieurs intervenants font valoir que l'approche du Bureau à l'égard d'un tel examen peut offrir une application efficace, mais qu'elle pourrait devoir être renforcée.

La Section de l'ABC est d'avis que la disposition sur les pratiques susceptibles d'examen à l'article 90.1 constitue un cadre approprié pour examiner les accords entre acheteurs. Cet article vise expressément à permettre au commissaire de la concurrence de prendre des mesures d'application de la loi et d'obtenir des recours contre les accords entre concurrents qui entraînent un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Cela permet une évaluation nuancée et fondée sur les faits des effets d'accords particuliers, ce qui est préférable à l'instrument grossier d'une infraction criminelle en soi. — Section de la concurrence de l'ABC

Les normes établies à partir de l'analyse des industries plus traditionnelles ne conviennent pas pour évaluer les collaborations entre concurrents qui causent préjudice aux nouveaux concurrents dans l'économie numérique. Une norme plus pratique offrirait plus de souplesse pour protéger le processus concurrentiel. — Commissaire de la concurrence

La primauté des gains d'efficience devrait être abolie.

La disposition sur la collaboration entre concurrents contient une exception relative aux gains d'efficacité, semblable aux dispositions sur les fusions, qui ne convient pas non plus pour maintenir et encourager la concurrence. Cette exception devrait être éliminée, et les gains d'efficacité devraient être dûment considérés comme un facteur lorsqu'on examine les effets d'une collaboration entre concurrents.

— Commissaire de la concurrence

La norme de preuve est trop élevée pour démontrer les effets des accords visant à éliminer les concurrents naissants.

Dans le contexte d'une collaboration entre concurrents qui cause préjudice à une entreprise émergente¹¹⁹, le commissaire doit démontrer que cette collaboration a freiné le développement d'une force concurrentielle importante¹²⁰. Il peut être difficile de prouver qu'une entreprise émergente jouerait un rôle concurrentiel important aux premières étapes de mise au point des produits qui feraient concurrence à d'autres concurrents. Toutefois, même lorsqu'il est incertain ou lorsqu'il n'y a qu'une faible probabilité qu'une entreprise émergente mette au point un produit concurrentiel, un accord entre concurrents qui cause préjudice à cette entreprise peut complètement éliminer cette possibilité¹²¹. Par conséquent, cela signifie qu'une telle collaboration peut échapper à un examen au titre de la Loi non pas parce qu'elle ne réduit pas sensiblement la concurrence, mais plutôt parce que l'ampleur de son impact est difficile à prouver. — Commissaire de la concurrence

- À l'heure actuelle, le Bureau ne peut examiner que les accords actuels ou prévus; il devrait avoir le pouvoir d'évaluer les accords passés et les préjudices passés.
- La défense « connue » du truquage des offres devrait être codifiée.

Politique dans le contexte international

Nous devrions élaborer nos lois sur la concurrence en coordination avec nos pays pairs.

Plusieurs commentateurs soutiennent qu'il est utile d'harmoniser les politiques avec celles d'autres démocraties occidentales.

Bien que nous soyons d'accord, en principe, avec certaines des recommandations réfléchies formulées dans le document, la conclusion générale du maintien du statu quo en matière de législation et de régimes d'application de la loi reflète le fait que le Canada a toujours été à la traîne de ses pairs mondiaux pour ce qui est de prendre au sérieux les questions de concurrence intérieure. — AELP

Le Canada est de plus en plus en retard sur ses pairs internationaux qui vont de l'avant avec des mesures législatives et financières fondées sur des évaluations de l'état de la concurrence sur les marchés numériques et de la capacité de leurs lois de protéger et de promouvoir la concurrence à l'intérieur de ces marchés. — M. K. Bester

De nombreuses entreprises dominantes sont mondiales, et la coordination entre les pays permet une application plus efficace de la *Loi*. La coordination et la collaboration sont l'occasion de résoudre les problèmes de taille que connaissent de nombreux pays.

En pratique, cependant, l'application de la loi par le Canada dans les affaires qui traversent les frontières ou qui impliquent de grandes multinationales non canadiennes se fait en collaboration avec des organismes d'autres pays. Bien que la collaboration internationale dans ces dossiers ne soit pas unique au Canada, le Canada a tendance à dépendre davantage que ses pairs économiques de la force policière des autres pays (habituellement les États-Unis ou l'Europe) pour obtenir des concessions des acteurs internationaux. — Prof. J.A. Quaid

Il est malavisé de protéger la compétitivité du Canada en favorisant les gains d'efficience.

Même lorsque les parties à la fusion participent aux marchés internationaux, la restriction de la concurrence intérieure ne favorise pas la productivité et la compétitivité de l'économie canadienne. Dans son étude sur la compétitivité internationale, Michael Porter a expliqué ceci : « La création d'un concurrent national dominant se traduit rarement par un avantage concurrentiel international. Les entreprises qui n'ont pas à se livrer concurrence chez elles réussissent rarement à l'étranger. » D'autres études économiques ont abouti à des conclusions semblables au sujet de l'importance de la concurrence intérieure. — Commissaire de la concurrence

Le Canada devrait avoir une loi unique sur la concurrence adaptée à sa propre situation

D'autres intervenants soutiennent qu'il y a de bonnes raisons de ne pas simplement harmoniser notre politique avec celle de nos pairs. Premièrement, les modifications à la *Loi* devraient être le produit d'un dialogue démocratique large et inclusif, et l'adoption du droit d'un autre pays sans un débat de fond serait antidémocratique.

Les questions traitées dans le cadre de la politique de concurrence sont essentielles aux intérêts des Canadiens. Elles doivent être traitées d'une manière qui permet aux Canadiens de se faire entendre sur des questions qui touchent leur bien-être et la santé de l'économie canadienne. — ISCC

La politique canadienne en matière de concurrence doit continuer d'être conçue et mise en œuvre en tenant compte des aspects uniques de l'économie canadienne. Il est donc crucial que les décideurs canadiens résistent à la tentation de suivre les propositions de politique antitrust actuellement envisagées dans d'autres pays qui ne sont pas nécessairement pertinentes ni applicables au régime canadien de concurrence. — M^{me} K. Karvala

Le Canada a une économie unique et une position unique dans le contexte mondial. L'économie canadienne a des forces, des faiblesses, des besoins et des ambitions qui lui sont propres, et sa politique devrait être adaptée en conséquence.

La politique canadienne en matière de concurrence doit également être adaptée aux aspects uniques de l'économie canadienne, plutôt que de simplement suivre

l'exemple de la réforme antitrust à l'étranger⁶. Par exemple, de nombreuses industries canadiennes ont une base économique plus petite et exercent leurs activités dans des régions géographiques plus vastes que de nombreuses entreprises aux États-Unis et en Europe. Ces industries doivent demeurer efficaces pour demeurer concurrentielles à l'échelle internationale tout en s'adaptant aux tendances économiques à long terme. — Blake's

L'accent particulier mis par le Canada sur les gains d'efficacité, par exemple, témoigne de la nécessité pour les entreprises canadiennes de prendre de l'expansion afin d'être concurrentielles à l'échelle internationale.

[D]e nombreuses industries canadiennes doivent réaliser des économies d'échelle pour maximiser leur productivité, demeurer concurrentielles à l'échelle internationale, s'adapter aux conditions économiques changeantes et investir dans des technologies novatrices et durables sur le plan environnemental. C'est pourquoi le gouvernement canadien a fait des économies d'échelle, des gains d'efficacité et de l'adaptabilité un objectif stratégique clé. — Blake's

Questions non économiques

La Loi interdit les accords de durabilité qui seraient bénéfiques pour l'environnement.

Les intervenants suggèrent que la Loi ne devrait pas interdire les accords entre concurrents visant à réduire les émissions de carbone.

Les avantages environnementaux comme la réduction des émissions de gaz à effet de serre ou d'autres formes de pollution ont d'importants avantages sur le plan du bien-être économique et social. Étant donné qu'il est peu probable que ces avantages soient pris en compte pleinement ou efficacement en tant que gains d'efficacité productifs ou dynamiques, nous croyons qu'il est important d'établir une défense environnementale distincte qui permettrait de soupeser les avantages environnementaux des collaborations entre concurrents ou avec l'industrie par rapport aux effets anticoncurrentiels qui pourraient découler d'un accord de durabilité. — McMillan

Plusieurs autres pays ont déjà mis en œuvre ce changement.

D'autres pays reconnaissent l'importance d'ajuster les lois sur la concurrence pour éliminer les obstacles à une collaboration légitime entre concurrents sur les questions environnementales. — McMillan

- La DRA ne suffit pas à protéger une telle conduite.
- La défense environnementale supprimée en 2010 devrait être réintroduite.
- Il peut être souhaitable d'autoriser spécifiquement les restrictions d'entrée/sortie.
- Les accords seront interdits s'ils produisent un EDSC selon les normes actuelles.