

Capsule

Bref commentaire sur l'affaire *Tervita* de 2015

Mistrale Goudreau et Jennifer Quaid*

En février 2015, la Cour suprême a rendu son jugement dans l'affaire *Canada c Tervita Corp*¹. Cette affaire portait sur une transaction d'acquisition par Tervita d'un site d'enfouissement sécuritaire des déchets dangereux produits par des exploitations pétrolières et gazières. La Commissaire s'est opposée à la transaction en raison de ses effets anticoncurrentiels. Puisque nous avons déjà commenté les faits à l'origine de ce litige dans le cadre d'un commentaire portant sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans cette affaire², nous voulons offrir à nos lecteurs une mise à jour analysant sommairement la décision de la Cour suprême. Rappelons brièvement les faits.

Cette affaire commence avec l'acquisition par Tervita (à l'époque connue sous le nom de CCS Corp) d'une filiale propriétaire du site Babkirk. Ce site était un parmi quatre sites d'enfouissement sécuritaire des déchets dangereux dans le nord-est de la Colombie britannique pour lesquels un permis d'exploitation a été octroyé. Au moment de la transaction, Tervita était la détentrice de deux des trois autres sites ; le troisième site, détenu par une communauté autochtone, n'était pas encore en état d'exploitation. La transaction

© Mistrale Goudreau et Jennifer Quaid, 2016.

* Mistrale Goudreau, professeure, section de droit civil, Université d'Ottawa ; Jennifer Quaid, professeure, section de droit civil, Université d'Ottawa.

[Note de la rédaction: cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

1. *Canada (Commissaire de la concurrence) c Tervita Corp*, 2015 CSC 3 [*Tervita*].
2. Jennifer Quaid et Mistrale Goudreau, « Cinq décisions en droit de la concurrence en 2013 » (2014) 26:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 523, aux pp 544 à 548 [Goudreau et Quaid (2014)].

de vente à l'origine du litige est intervenue entre Tervita et les cinq investisseurs qui contrôlaient indirectement³ l'entreprise détenant le site Babkirk. Cette vente a été conclue après que Tervita eut poursuivi sans succès des négociations avec quelques autres acheteurs. Les vendeurs ont signé une entente de principe avec Tervita en juillet 2010 ; la transaction a clôturé le 7 janvier 2011. Avant cette date, la Commissaire de la concurrence avait informé les parties qu'elle s'opposait à la transaction en raison de l'empêchement sensible de la concurrence qu'elle entraînerait. La Commissaire avait donc indiqué qu'elle entreprendrait des procédures en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*⁴. À la suite de la conclusion de la transaction, la Commissaire a demandé au Tribunal de la concurrence d'annuler la transaction ou, dans l'alternative, d'ordonner à Tervita de se départir du site Babkirk.

Le Tribunal de la concurrence a conclu que la transaction avait pour effet de prévenir sensiblement la concurrence dans le marché pertinent. Quant à la défense des gains en efficience prévue à l'article 96 de la Loi, le Tribunal a conclu que les parties n'avaient pas réussi à démontrer que les gains en efficience attribuables à la transaction auraient pour effet de surpasser et de neutraliser ses effets anticoncurrentiels. Le Tribunal est arrivé à cette conclusion en dépit du fait qu'il a conclu que la Commissaire ne s'était pas déchargée de son fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels de la transaction qui étaient susceptibles de quantification, notamment la « perte sèche », c'est-à-dire la perte nette de ressources à l'économie⁵. Le Tribunal était d'avis que, malgré ce défaut de la part de la Commissaire, il était néanmoins possible de conclure qu'il existait un certain seuil minimal d'effets anticoncurrentiels quantifiés ainsi que des effets qualitatifs, de sorte que la défense de l'article 96 n'était pas établie⁶.

La décision du Tribunal a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale. Sur le fond, la Cour d'appel fédérale a confirmé les

3. Les investisseurs contrôlaient Complete Environmental Inc, la société mère de Babkirk Land Services, cette dernière détenant le site Babkirk. Voir *Tervita*, *supra* note 1, au para 4.

4. La Commissaire ne pouvait pas empêcher la conclusion de la transaction par l'entremise de la procédure de préavis de fusions parce que la transaction n'atteignait pas les seuils minimaux de préavis de fusions.

5. Sur ce concept, voir notre résumé dans le texte accompagnant les notes 18 à 20.

6. Il y a lieu de souligner que le Tribunal a rejeté la majorité des gains en efficience plaidés par Tervita. Le montant des efficiences retenu pour les fins de la défense n'a pas été publié pour des raisons de confidentialité, mais le juge Mainville laisse entendre qu'il est peu élevé – inférieur à la « rémunération annuelle d'un employé subalterne à temps partiel », *Tervita Corp c Canada (Commissaire de la concurrence)* 28, au para 172 [*Tervita (CAF)*].

conclusions finales du Tribunal⁷. Or, en ce qui concernait la défense des gains en efficience, la Cour est arrivée à sa décision par un raisonnement différent et a fait une appréciation différente de la preuve. Nous vous référons à notre analyse détaillée de cette décision dans un numéro antérieur de cette publication⁸.

Tervita a fait appel de la décision de la Cour d'appel fédérale devant la Cour suprême. En tranchant le pourvoi, la Cour s'est penchée sur trois questions. Quant à la première, la majorité de la Cour a confirmé que la norme de révision applicable à une décision du Tribunal de la concurrence est celle de la décision correcte⁹. Il faut ici souligner que le Tribunal de la concurrence possède des caractéristiques particulières qui le distinguent des autres tribunaux administratifs canadiens, ce qui fait en sorte qu'il est difficile, à première vue, de dire si ses décisions portant sur l'interprétation de sa loi habilitante (en l'occurrence la *Loi sur la concurrence*) méritent plus ou moins de déférence de la part de tribunaux judiciaires appelés à les réviser¹⁰. Nous ne commenterons pas plus en détail cet aspect de la décision pour deux raisons. D'abord, la Cour ne fait que confirmer l'opinion dominante quant à la norme applicable aux décisions du Tribunal de la concurrence ; de fait, les parties, dans leurs plaidoiries, ont toutes les deux exprimé leur accord avec cette conclusion. Ensuite, la question de la norme applicable à la décision d'un tribunal administratif relève surtout des règles issues des principes généraux du droit administratif, ce qui dépasse largement une discussion axée sur le droit de la concurrence¹¹.

7. La Cour était saisie d'un certain nombre de questions préliminaires qui relevaient plus généralement de la preuve et de la conduite d'un litige qui ne nous concernent pas ici.

8. Goudreau et Quaid (2014), *supra* note 2, aux pp 544 à 548.

9. *Tervita*, *supra* note 1, aux para 34 à 40. La juge Abella ne partageait pas l'avis de la majorité quant à la norme applicable (elle était d'avis que la norme de la décision raisonnable s'applique lorsque le Tribunal de la concurrence interprète sa loi habilitante. Elle est toutefois arrivée au même dispositif – qu'il y avait lieu d'intervenir pour réviser la décision du Tribunal en l'espèce : *Tervita*, *supra* note 1, aux para 169 à 180.

10. D'une part, il a les attributs d'un tribunal spécialisé (par exemple, la majorité des membres sont des non-juristes), ce qui peut donner lieu de conclure à plus de retenue à l'égard de ses décisions. D'autre part, ses décisions sont assujetties à un droit d'appel, ce qui appelle moins de déférence.

11. Pour un bref commentaire du point de vue du droit administratif, voir Paul Daly, « Categories v Rebuttable Presumptions: *Tervita Corp v Canada* (Commissioner of Competition) 2015, SCC 3. 2015 », blogue publié le 24 janvier 2015, en ligne : <<http://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/01/24/categories-versus-rebuttable-presumptions-tervita-corp-v-canada-commissioner-of-competition-2015-scc-3/>>.

La deuxième question devant la Cour touchait à l'analyse d'un empêchement sensible de la concurrence. De fait, il s'agit de l'un des aspects intéressants de l'affaire *Tervita* : le Commissaire avait contesté la transaction en invoquant, non une diminution de la concurrence, mais bien un *empêchement* sensible de la concurrence qui aurait pu exister, n'eût été la fusion. La décision mettait ainsi en relief un aspect du contrôle des fusions prévu à l'article 92, n'ayant jamais fait l'objet d'une analyse judiciaire détaillée¹². Nous résumons ici les grandes lignes de la décision de la Cour suprême, qui reprend pour l'essentiel l'analyse du Tribunal (confirmée en appel), analyse qui fut par ailleurs largement approuvée par les praticiens œuvrant dans le domaine qui ont suivi de près cette affaire.

Dans le cadre l'article 92, tant le volet de la diminution que celui de l'empêchement de la concurrence exigent une preuve que les effets sur la concurrence dans le marché pertinent sont suffisamment importants pour être considérés *sensibles*. Dans les deux cas, la preuve des effets anticoncurrentiels attribuables à la fusion se fait en comparant les conditions de marché en l'absence de la fusion avec celles qui sont susceptibles de développer si la fusion est réalisée – un cadre analytique qu'on appelle « l'absence hypothétique » (en anglais, « *but for* » *test*)¹³. Il y a toutefois une différence importante entre l'application de ce cadre à l'analyse d'une diminution de la concurrence et celle de l'empêchement. Dans le cas d'une diminution, la question qui se pose est de savoir si les parties à la fusion sont en mesure d'acquérir ou d'accroître davantage une puissance commerciale. L'appréciation du caractère sensible de la diminution prend alors comme point de départ des conditions de marché existantes et les compare à des prévisions économiques quant aux conditions de marché qui risquent de survenir après la fusion. Sans nier la difficulté de faire la preuve économique de ce qui est le niveau de concurrence réel dans un marché existant,

12. *Tervita*, *supra* note 1, au para 56. Avant *Tervita*, les fusions contestées au fond devant les tribunaux invoquaient principalement le volet diminution de la concurrence, les arguments sous le volet empêchement ayant un caractère subsidiaire. Outre le cas de *Superior Propane*, dont nous discuterons plus loin, voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c Canadian Waste Services*, 2001 Trib conc 3, confirmé par 2003 CAF 131, autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada refusée [2004] 1 RCS vii [*Canada (Commissaire de la concurrence) c Canadian Waste Services*], *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Southam Inc* [1997] 1 RCS 748 [*Southam*], *Canada (Directeur des enquêtes et de la recherche) v Hillsdown Holdings (Canada) Ltd*, [1992] DTCC 4 [*Hillsdown*].
13. Ce cadre analytique fut élaborée dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] RCF 3 [*Tuyauteries Canada*], une décision portant un cas d'abus de position dominante. Dans *Tervita*, *supra* note 1, aux para 51 et 52, la majorité de la Cour suprême confirme l'opinion de la doctrine à l'effet qu'il convient d'appliquer ce cadre au contrôle au fond des fusions en vertu de l'article 92 de la Loi tout en soulignant qu'il revêt un caractère prospectif.

il demeure que l'analyse d'une diminution de la concurrence se fait toujours à partir d'une situation factuelle existante.

La situation est tout autre dans le cas d'un empêchement de concurrence où la question est plutôt de déterminer si la fusion permettrait aux parties de maintenir une puissance commerciale existante en empêchant, par le biais de la fusion, une érosion de cette dernière par des conditions de marché qui seraient autrement survenues. À la différence de l'analyse de la diminution de la concurrence, dont l'appréciation des effets anticoncurrentiels se fait en comparant une situation *réelle* de concurrence à une situation *hypothétique* post-fusion, l'analyse de l'empêchement compare *deux situations hypothétiques* – celle de la concurrence qui serait vraisemblablement survenue en l'absence de la fusion et celle du maintien ou de l'accroissement de la puissance commerciale qui risque de se produire si la fusion est réalisée. C'est par rapport aux critères encadrant la détermination de cette première situation hypothétique que la décision de la Cour offre certains éclaircissements.

La Cour divise en deux étapes l'analyse de l'absence hypothétique¹⁴. D'abord, il faut identifier un concurrent éventuel qui serait vraisemblablement entré dans le marché dans un avenir rapproché, n'eût été la fusion. Normalement, ce concurrent est une des parties à la fusion, quoique ceci n'exclue pas la possibilité que le concurrent soit un tiers. Ensuite, il faut que l'entrée de ce concurrent ait vraisemblablement un effet sensible, c'est-à-dire qu'elle ait vraisemblablement pour effet de diminuer la puissance commerciale qu'exerce l'une ou l'autre des parties à la transaction. Or, comme le souligne la Cour, le défi principal est de cerner autant que possible la période ou l'horizon temporel dans lequel l'analyse se fait. À cet égard, la Cour approuve l'essentiel des propos du juge Mainville de la Cour d'appel fédérale, qui estimait qu'il n'est pas souhaitable de fixer une limite de temps précise, applicable dans toutes les circonstances, parce que le délai de pénétration d'un nouveau concurrent peut varier considérablement selon la nature de l'industrie et des obstacles à l'entrée¹⁵. Ceci étant

14. La Cour les résume en deux questions : i) Une partie au fusionnement serait-elle vraisemblablement entrée dans le marché ? ii) Y aurait-il vraisemblablement un effet sensible sur le marché ? : *Tervita*, *supra* note 1, aux para 67 à 79.

15. *Tervita*, *supra* note 1, au para 59. Dans ses lignes directrices applicables aux fusions, le Bureau de la concurrence ne fixe pas non plus de période précise pour faire l'appréciation des effets de la fusion préférant employer la notion de « temps opportun » qu'elle définit comme suit : « En temps opportun » signifie que cette implantation aurait eu lieu dans un délai raisonnable, étant donné les caractéristiques et la dynamique du marché visé : *Fusions – lignes directrices pour l'application de la loi* (6 octobre 2011) Bureau de la concurrence, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html>> (consulté le

dit, la Cour souligne que plus la période s'avance dans l'avenir, plus l'exercice prospectif de prévoir les conditions de marché qui seraient susceptibles d'émerger dans le marché pertinent risque de devenir de la spéculation. Il est donc possible que le délai de pénétration dans un cas donné soit trop long pour pouvoir conclure qu'une partie à la fusion (ou une tierce partie) serait « vraisemblablement » entrée dans le marché, de sorte qu'on ne peut dire qu'il est probable que c'est la fusion qui aurait empêché ce concurrent de pénétrer dans le marché. Il importe de souligner que le défaut de franchir cette étape met fin à l'analyse de l'empêchement. Comme nous le rappelle la Cour, il faut que les deux étapes soient franchies ; c'est-à-dire qu'il faut arriver à la conclusion que l'empêchement de cette entrée *probable* d'un concurrent aurait vraisemblablement un effet *sensible* sur la concurrence.

Quant à l'application aux faits, la Cour, sans beaucoup élaborer, confirme la conclusion du Tribunal et de la Cour d'appel fédérale, selon laquelle la transaction empêcherait sensiblement la concurrence.

La troisième question en litige portait sur la défense dite « des gains en efficience », prévue à l'article 96 de la Loi. Les motifs de la majorité de la Cour sur cette question (la juge Karakatsanis étant dissidente) revêtent une importance particulière puisqu'il s'agit de la première fois¹⁶ où elle a été appelée à statuer sur la nature et l'étendue de la défense depuis la décision de la Cour d'appel fédérale rendue dans l'affaire *Superior Propane*¹⁷.

L'affaire *Superior Propane* a marqué un point tournant pour la défense des gains en efficience. Avant de contester la fusion entre Superior Propane et ICG Propane, le Bureau de la concurrence avait préconisé¹⁸ une interprétation particulière de l'article 96 à l'effet que

18 février 2016) [*Fusions*], para 2.11 (conditions générales applicable à l'appréciation des effets d'une fusion) para 7.3 (appréciation des conditions d'accès à un marché).

16. Et très probablement la dernière !

17. L'affaire *Superior Propane* a fait l'objet de quatre décisions – deux par le Tribunal de la concurrence et deux par la Cour d'appel fédérale : *Commissaire de la concurrence c Supérieur Propane inc*, 2000 Trib Conc 15 [*Superior Propane 1*] ; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Supérieur Propane inc*, 2001 CAF 104 [*Superior Propane 2*] ; *Commissaire de la concurrence c Supérieur Propane inc*, 2000 Trib Conc 16 [*Superior Propane 3*] ; *Canada (Commissaire de la concurrence) c Supérieur Propane inc*, 2003 CAF 53 [*Superior Propane 4*]. C'est dans *Superior Propane 2* que la Cour d'appel fédérale a interprété l'article 96 de la Loi, qui enchâsse la défense dite « des gains en efficience » et a élaboré les principes applicables à l'application de cette disposition.

18. Le Bureau avait élaboré sa position dans la version de ses Lignes directrices en matière de fusion, applicables à l'époque (La version courante des lignes directrices a été publiée en 2011. Voir *Fusions*, *supra* note 15. Bien qu'un document élaborant une politique administrative n'ait pas force de loi en droit canadien, le Bureau de

l'appréciation des gains en efficience se faisait en appliquant une approche économique connue sous le nom de « surplus total » qui met l'accent sur la perte sèche¹⁹. Les auteurs Mackaay et Rousseau expliquent ainsi le phénomène de la perte sèche en cas de monopole. Lorsqu'un monopoleur réduit sa production et monte les prix, une partie des consommateurs paient plus cher pour le produit – c'est le « transfert de richesses des consommateurs vers le monopoleur²⁰ ». Par contre, une autre partie des consommateurs n'a plus les moyens de s'offrir le produit. Cette quantité, qui n'est donc « jamais offerte en vente et [que] personne ne [...] consomme²¹ », constitue la perte sèche²². Sans décrire en détail l'approche du surplus total, on peut dire qu'elle mesure le bénéfice total pour l'économie sans considérer comment ce bénéfice est réparti entre différents groupes de bénéficiaires, tels les producteurs et les consommateurs, donc sans tenir compte du transfert de richesses des consommateurs vers les parties à la fusion, transfert étant considéré comme neutre au regard de la

la concurrence prépare et publie ses diverses lignes directrices dans un objectif de transparence et d'éducation – pour communiquer au public comment le Bureau entend analyser et appliquer la *Loi sur la concurrence*. Vu le nombre relativement restreint de décisions rendues en matière de concurrence, les lignes directrices, en dépit de leur caractère non-contraignant, revêtent une importance considérable dans les milieux de la concurrence.

19. Par exemple, plus la demande pour un produit est inélastique (invariable au prix demandé), moins la perte sèche est grande et plus la redistribution de richesse des mains des consommateurs à celles des producteurs est grande. Une telle conclusion a tendance à heurter le bon sens – comment dire qu'il n'y a pas de puissance commerciale minant la concurrence lorsque le producteur peut augmenter le prix de son produit sans subir une perte de demande. Certains auteurs rejettent cette conclusion, qui, à leur avis, découle d'une application erronée des concepts économiques sous-jacents. Or, on reconnaît que l'intégration des nuances sophistiquées de leur analyse dans des balises nécessairement simplifiées que la CAF a élaborées dans *Superior Propane* serait plutôt difficile. Voir Michael Trebilcock, Ralph A. Winter, Paul Collins et Edward M. Iacobucci, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (Toronto, University of Toronto Press, 2002) aux pp 151-159 [Trebilcock].
20. Stéphane Rousseau et Ejan Mackaay, *L'analyse économique du droit*, 2^e éd (Montréal, Thémis, 2008) à la p 100.
21. *Ibid.*
22. Dans la décision *Tervita*, la Cour fédérale d'appel avait défini ainsi la perte sèche : « [36] On appelle communément « perte sèche » la perte d'efficience économique totale qui résulte d'un monopole : (Trebilcock, *supra* note 19 à la p 53). Selon *Fusions*, *supra* note 15, une telle perte « consiste en une réduction de la somme des surplus du producteur et du consommateur au Canada » : Bureau de la concurrence, *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* (octobre 2011), paragraphe 12.25, le Tribunal de la concurrence a défini la « perte sèche » comme suit : [traduction] « la perte que subit l'ensemble de l'économie par suite de la répartition inefficace des ressources qui risque de se produire lorsque : i) les consommateurs cessent d'acheter un produit dont le prix augmente, pour le remplacer par d'autres produits auxquels ils accordent moins de valeur ; ii) les fournisseurs réduisent la fabrication de ce produit. » (motifs, paragraphe 244).

concurrence. En conséquence, dans le contexte de l'appréciation des effets anticoncurrentiels d'une fusion selon un critère de surplus total, seule la perte sèche, un chiffre représentant la valeur des ressources productives perdues pour l'économie dans son ensemble, constitue un effet anticoncurrentiel.

Pendant le déroulement de l'enquête sur la fusion dans l'affaire *Superior Propane*, le Bureau avait progressivement nuancé sa position pour arriver à une vision assez différente de celle du surplus total. La Commissaire a plaidé cette nouvelle vision, celle de « coefficients pondérateurs²³ », tant devant le Tribunal de la concurrence que devant la Cour d'appel fédérale²⁴. Dans cette approche, le transfert de richesses des consommateurs vers les parties à la fusion, sera placé parmi les coefficients dont on peut tenir compte. En rendant sa décision sur l'interprétation de l'article 96 dans l'affaire *Superior Propane*, la Cour d'appel fédérale a reconnu cette nouvelle approche, tout en affirmant que l'article 96 ne dictait pas un seul moyen de déterminer la nature et l'étendue des effets anticoncurrentiels à être pris en considération dans le cadre de la pondération prévue à l'article 96²⁵. Ceci dit, la Cour d'appel fédérale était d'avis que, peu importe la méthodologie utilisée, le libellé de l'article 96 prévoyait un processus de pondération à deux volets. Le premier volet (en lien avec le terme « surpasser » qui apparaît dans le libellé de l'article 96 consiste à évaluer si les gains en efficience attribuables à la fusion avaient une plus grande ampleur – numérique – que les effets anticoncurrentiels de la fusion susceptibles de quantification. Le deuxième volet (lié au terme « neutraliser » qui apparaît dans le libellé de l'article 96 exige que les gains ont pour effet de *contrebalancer* (un concept qui englobe plus que la simple supériorité numérique pour rejoindre l'idée de remédier aux conséquences) les effets anti-compétitifs. Quant aux moyens de preuve des effets anticoncurrentiels, bien que la Cour d'appel fédérale ait indiqué clairement que ces derniers devraient normalement être établis par des preuves objectives (preuves dites « quantitatives »), la Cour d'appel fédérale a reconnu la possibilité d'avoir recours à des preuves plus à caractère subjectif (preuves dites « qualitatives ») lorsque ces effets n'étaient pas susceptibles de quantification.

23. En anglais « balancing weights approach ».

24. Comme l'explique le Comité consultatif sur les gains en efficience, « S'il adopte la méthode des coefficients pondérateurs, le Tribunal de la concurrence doit, dans le cadre de l'analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels, prendre en considération la redistribution des richesses et, en particulier, des effets néfastes de cette redistribution sur le plan social. » Rapport du Comité consultatif sur les gains en efficience, 5 novembre 2015, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01954.html>>.

25. *Superior Propane 2*, *supra* note 17, aux para 139-142.

Dans le cadre de l'affaire *Tervita*, l'essentiel de l'interprétation de l'article 96 élaborée dans *Superior Propane* n'a pas été remis en question directement devant la Cour suprême. Or, la manière dont la Cour a traité la défense des gains en efficience dans le cas particulier de *Tervita* pourrait avoir pour effet d'avantager les parties invoquant cette défense beaucoup plus que les décisions *Superior Propane* ne le laissaient entendre.

D'abord, sur la question de l'approche à appliquer, la Cour confirme la conclusion de la CAF que l'article 96 n'exige pas une approche particulière pour faire la pondération entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels²⁶. Néanmoins, dans le même paragraphe, la Cour prend la peine de souligner que « certains arguments économiques militent en faveur du critère de surplus total²⁷ ». La Cour ne nous indique pas clairement si elle fait un simple constat ou si elle cherche à communiquer une préférence pour le critère du surplus total du moins par rapport à celui des coefficients pondérateurs. Peu importe, le fait d'attirer l'attention sur le critère que le Commissaire a cherché activement à faire écarter dans l'affaire *Superior Propane* et de passer sous silence le critère ultimement retenu est étrange, d'autant plus que le Bureau de la concurrence préconise dans ses Lignes directrices en matière de fusion une analyse de la défense des gains en efficience qui rejette la prémisse centrale du critère de surplus total²⁸. Il est d'avis qu'on ne doit pas accepter que seul le bénéfice total pour l'économie importe, ce qui semble indiquer qu'il est plutôt en faveur d'une approche qui, sans la nommer directement, ressemble à celle des coefficients pondérateurs :

*Les effets à examiner ne se limitent pas aux effets sur la répartition des ressources ; ils englobent tous les effets anticoncurrentiels qui résulteront vraisemblablement de la fusion, compte tenu de l'ensemble des objets de la Loi. La détermination des effets anticoncurrentiels pertinents dépend des circonstances propres à la fusion en question et des marchés qu'elle touche.*²⁹
(Les italiques sont nôtres)

Aucune modification aux lignes directrices n'a été effectuée depuis l'arrêt *Tervita* ; il est donc possible que le Bureau continue à appliquer son approche de pondération lorsqu'il évalue des dossiers

26. *Tervita*, supra note 1, au para 99.

27. *Ibid.*

28. *Fusions*, supra note 15 aux para 12.21 à 12.35.

29. Lignes directrices en matière de fusion (version du 6 mars 2011), au para 12.21. En ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html>> (consulté le 16 mars 2016).

sans que les parties s'y objectent. Or, nous nous demandons si à l'avenir, les parties à une fusion contestée pourraient faire valoir l'argument qu'*a priori* le critère de surplus total devrait être retenu, à moins que le Commissaire ne puisse démontrer la nécessité d'appliquer un critère différent.

En plus de traiter du critère à appliquer pour juger de la défense des gains en efficience, la Cour a porté un regard critique sur la pondération de la preuve que la Cour d'appel fédérale a faite dans le cadre du litige dans *Tervita*. Même si l'appréciation de la preuve est tributaire des faits particuliers du cas dont il est question, nous sommes d'avis qu'en infirmant les conclusions de la Cour d'appel fédérale, la Cour a établi des balises d'application générale qui auront pour effet d'alourdir la tâche du Commissaire et faire pencher la balance en faveur de ceux qui cherchent à invoquer la défense des gains en efficience. Une impression que la défense serait plus facile à faire valoir risque d'avoir une influence générale sur l'évolution du droit de la concurrence, bien au-delà des quelques cas qui font l'objet de contestations devant le Tribunal. En fait, c'est dans le cadre du processus de négociation qui a lieu au cours de l'évaluation des dossiers de fusion faisant l'objet d'un préavis que les effets les plus importants pourraient être ressentis. Une évaluation différente des chances de succès d'une défense des gains en efficience pourrait affaiblir la volonté des parties à une fusion d'arriver à une entente avec le Commissaire lorsque la question des gains en efficience fait l'objet d'un désaccord.

Comme nous avons souligné dans notre résumé de la décision de la Cour d'appel fédérale, le débat sur la défense sur les gains en efficience dans *Tervita* tournait autour de la décision stratégique de la Commissaire de ne pas présenter une preuve des effets anticoncurrentiels, dès le départ, c'est-à-dire avant que les parties à la fusion ne présentent leur preuve des gains en efficience attribuables à la fusion. Cette décision, fortement critiquée, tant par le Tribunal que par la Cour d'appel fédérale, n'a pourtant pas empêché les instances inférieures de conclure, selon des raisonnements différents, que la défense invoquée par les parties n'avait pas été établie.

En renversant cette conclusion quant à l'application de la défense, la majorité de la Cour suprême a rejeté l'ensemble des justifications que la Cour d'appel fédérale a invoqué au soutien de son rejet de la défense de l'article 96. Plusieurs de ces justifications relevaient du droit de la preuve et du rôle des juges dans la gestion des litiges. Or, en lien avec les questions de fond, il y a lieu de souligner deux aspects-clés dans la décision de la Cour d'appel fédérale dont le rejet

catégorique par la Cour suprême risque d'avoir des incidences sur le contrôle des fusions à l'avenir. Premièrement, la Cour d'appel fédérale avait jugé que le fait ne pas connaître l'ampleur d'un effet anticoncurrentiel ne voulait pas dire qu'il fallait attribuer une valeur de zéro à cet effet. Deuxièmement, la Cour d'appel fédérale avait considéré que le montant objectivement minime des gains en efficacité était un facteur à retenir lorsqu'on évaluait le deuxième volet de la pondération prévue à l'article 96. Selon elle, les gains en efficacité relativement modestes de *Tervita*³⁰ n'avaient pas pour effet de neutraliser les effets du monopole détenu par *Tervita* dans le marché pertinent.

Quant à la première conclusion de la Cour d'appel fédérale, il est assez clair que l'attribution d'une valeur indéterminée aux effets anticoncurrentiels que le Commissaire n'avait pas quantifiés était un moyen pour la Cour d'appel fédérale d'admettre en partie la conclusion du Tribunal que la transaction empêcherait sensiblement la concurrence au sens de l'article 92. Pour la Cour suprême, cette approche ne peut se justifier pour deux raisons. D'abord, permettre que la pondération à l'article 96 soit dictée par une appréciation subjective des effets anticoncurrentiels alors que ces effets étaient susceptibles de quantification est incompatible avec l'approche adoptée par la jurisprudence. Cette approche, qui se veut « objectivement raisonnable » privilégie la quantification dans le but de réduire le plus possible la gamme de facteurs « qualitatifs », dont l'appréciation comporte une dimension de jugement subjectif susceptibles d'intervenir dans la pondération³¹. Ensuite, la Cour est d'avis que l'approche de la Cour d'appel fédérale est contraire à l'équité procédurale en mettant les parties à la fusion dans une position impossible – soit celle de convaincre le Tribunal que les gains en efficacité surpasseront et neutraliseront des effets anticoncurrentiels dont la valeur est « indéterminée »³².

Plus loin dans ses motifs, la Cour ajoute à cet argument d'équité procédurale, un argument lié au caractère distinct de l'analyse, d'une part en vertu de l'article 92, et d'autre part en vertu de l'article 96. L'article 92 permet expressément l'examen des facteurs prévus à l'article 93 sans pour autant exiger la quantification de ceux-ci. Il est donc possible que le Tribunal conclue qu'une transaction entraînerait une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence en l'absence notamment d'une quantification de la perte sèche attribuable à celle-ci. Cette absence de quantification serait par contre fatale pour le Commissaire dans les analyses effectuées en vertu de

30. Voir notre explication à la note 6.

31. *Tervita*, *supra* note 1, aux para 124, 125 129, 130.

32. *Tervita*, *supra* note 1, aux para 131, 132.

l'article 96, en raison de la nature même de la pondération à faire entre les effets anticoncurrentiels et les gains en efficience. Comme l'explique la Cour :

[L]e régime législatif ne fait pas obstacle à une conclusion qu'il y aura vraisemblablement un empêchement sensible de la concurrence dans les cas où la perte sèche n'a pas été quantifiée. Ainsi cette omission de la part de la commissaire dans la présente affaire n'a pas été fatale à la conclusion rendue en application de l'art. 92. En revanche, l'analyse de pondération visée à l'art. 96 exige bel et bien que les effets anticoncurrentiels quantifiables soient quantifiés pour être pris en considération. *Pour cette raison, la non-quantification de la perte sèche en l'espèce a fait obstacle à la prise en compte, dans l'analyse qu'appelle l'art. 96, des effets quantifiables étayant la conclusion que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens où il faut entendre l'expression pour l'application de l'art. 92.* Si les effets quantifiables avaient effectivement été quantifiés, après avoir conclu, à l'issue de l'analyse qu'exige l'art. 92, que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, on procéderait à l'examen des effets anticoncurrentiels quantifiés dans le cadre de l'analyse qu'appelle l'art. 96.³³ (Les italiques sont nôtres)

La deuxième conclusion de la Cour d'appel fédérale infirmée par la Cour suprême était motivée par la même préoccupation que la première. En concluant que le montant objectivement minimale³⁴ des gains en efficience était pertinent à l'analyse en vertu de l'article 96, la Cour d'appel fédérale tentait, à notre avis, d'accorder un certain poids à la conclusion à laquelle le Tribunal était arrivé en vertu de l'article 92. En d'autres mots, selon la Cour d'appel fédérale, des gains en efficience négligeables dans le grand ordre des choses, opposés à des effets anti-compétitifs existants mais non quantifiés, ne sauraient répondre aux exigences de l'article 96. La Cour suprême rejette l'idée que l'article 96 exige un seuil minimal de gains en efficience pour donner ouverture à la défense. Selon elle, non seulement le libellé de l'article 96 ne soutient pas une telle interprétation, mais la notion même de ce qui constitue des gains « négligeables » est tributaire du contexte de l'affaire dont il est question et donc non susceptible d'être fixée dans l'abstrait³⁵. De l'avis de la majorité, il n'y rien de

33. *Tervita*, supra note 1, au para 166.

34. Voir la note 6.

35. *Ibid* aux para 151-153.

surprenant à ce que la défense trouve application lorsque les gains en efficience n'excèdent que de peu les effets anticoncurrentiels. Il s'agit tout simplement de l'aboutissement logique de l'application de la méthode objective où les « considérations quantitatives revêtent, dans la plupart des cas, une plus grande importance que les considérations qualitatives³⁶ » et où « les effets qualitatifs joueront un rôle modeste dans la plupart des cas³⁷ ». La Cour reconnaît toutefois que, dans les cas où l'écart entre gains en efficience et les effets anti-compétitifs est faible, il a lieu d'être attentif aux hypothèses sur lesquelles repose l'analyse quantitative et ce, en raison de l'incertitude intrinsèque des estimations qui sont au cœur de la preuve économique³⁸. Selon la Cour, il serait donc possible pour le Tribunal de ne pas donner droit à la défense « même si la décision est contraire au résultat strict que l'analyse quantitative indiquerait par ailleurs » en autant que cette décision se justifie rationnellement³⁹.

Quel est le bilan de l'arrêt *Tervita* pour le droit applicable aux fusions ?

Voici notre résumé :

- Norme de contrôle : le Tribunal de la concurrence est assujéti à la norme de la décision correcte, même en interprétant sa loi constitutive. Pourtant, normalement, il y a une présomption en faveur de la norme de la décision raisonnable lorsque le tribunal administratif aborde une question de droit relevant directement de son champ d'expertise ou liée à l'interprétation de sa loi habilitante⁴⁰, présomption qui est confirmée par la pratique actuelle de la Cour suprême⁴¹. Il y a lieu de se demander si cette conclusion encouragera le législateur à s'interroger sur l'opportunité de créer un tribunal expert dont les décisions sont pourtant assujétiées à une norme de révision analogue à celle des décisions d'un tribunal ordinaire.

36. *Ibid* au para 150.

37. *Ibid* au para 151.

38. *Ibid* au para 154.

39. *Ibid*.

40. Qui fut établie dans l'arrêt *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190, 2008 CSC 9, au para 146. La majorité dans la décision *Tervita* concède d'ailleurs le fait au para 35, en citant d'autres décisions dans le même sens.

41. Marie-Claire Perrault, « Rôle et pouvoirs des organismes et intervenants », dans *JurisClasseur Québec – Droit de la consommation et de la concurrence, Fascicule 30* – (Montréal, LexisNexis, 2015) au para 38. D'ailleurs, la juge Abella dans sa dissidence se prononce en faveur de la norme de la décision raisonnable en raison de l'expertise du tribunal : *Tervita*, *supra* note 1 aux para 169-180.

- Empêchement sensible à la concurrence : L'analyse de l'absence hypothétique⁴² en deux volets est maintenant l'approche à retenir. Les cas impliquant uniquement un empêchement à la concurrence seront plutôt rares, mais le cadre analytique est maintenant clairement établi et ce fait devrait faciliter l'analyse des dossiers. Reste à voir dans quelle mesure la limite de temps imposée par la Cour dans l'analyse de l'absence hypothétique aura pour effet de diminuer le nombre de cas où l'on peut conclure à un empêchement sensible à la concurrence. Il est même possible que, dans certains cas, lorsque l'entrée d'un concurrent ne serait prévisible qu'à longue échéance, la preuve d'un empêchement à la concurrence devienne impossible, donnant toute liberté aux parties de conclure une fusion.
- Gains en efficacité : il semble clair que les parties à une transaction pourront plus aisément invoquer la défense des gains en efficacité. D'abord, la Cour semble privilégier l'application du critère de surplus total, critère plus facile à satisfaire puisque les effets anticoncurrentiels pris en considération sont limités à la perte sèche. Ensuite, la Cour renforce l'obligation de quantifier tout effet susceptible de quantification. *A priori*, dit-elle, la pondération à l'article 96 devrait être aussi objective que possible – et, dans la plupart des cas, elle pourrait se faire par la comparaison du montant chiffré des gains et le montant chiffré des effets. On prend pour acquis que la vaste majorité des effets sont susceptibles de quantification ; par conséquent, des effets anticoncurrentiels *per se* ne sont pas pris en considération, sauf s'ils sont quantifiés. Aussi, dans la plupart des cas, les effets qui ne peuvent pas être quantifiés n'auront que peu ou même aucun effet sur la comparaison quantitative⁴³. Même dans les cas où l'écart numérique entre les gains et les effets est faible, la défense peut trouver application, quoiqu'il existe la possibilité d'arriver à une conclusion contraire si cela se justifie rationnellement, en raison des incertitudes inhérentes à la preuve économique. Par contre, la Cour ne fournit aucun exemple de ce que serait une « justification rationnelle ». Finalement, selon

42. Voir notre texte accompagnant la note 13.

43. C'est d'ailleurs un des motifs qui incitent la juge Karakatsanis à s'inscrire en dissidence [*Tervita*, *supra* note 1], car selon elle, il n'y a aucun « intérêt à accorder plus de valeur aux gains en efficacité quantitatifs qu'aux gains en efficacité qualitatifs... Le libellé de la loi n'établit aucune distinction de cette nature. De plus, bon nombre des objets prévus à l'article 1.1 de la Loi peuvent ne pas être quantifiables... ».

la Cour, aucun montant de gains n'est trop petit pour l'article 96, il n'y a pas de seuil minimal pour donner ouverture à la défense⁴⁴.

Il ressort clairement de la décision de la majorité qu'elle privilégie la quantification des éléments à pondérer dans le cadre de la défense des gains en efficience. Bien que ceci semble suivre l'essentiel de l'interprétation de l'article 96 établie dans la foulée des décisions *Superior Propane*, à notre avis, les motifs de la majorité de la Cour semblent circonscrire davantage le volet qualitatif de la pondération, de sorte qu'on peut se demander s'il n'a pas été à toute fin pratique éliminé.

Le message « quantifier à tout prix » s'applique bien sûr tant aux parties à la fusion (concernant les gains en efficience) qu'au Commissaire (concernant les effets anticoncurrentiels). Or, le Commissaire se voit imposer un fardeau bien plus lourd, en raison de l'absence notoire (outre quelques exceptions⁴⁵) de sources de données brutes permettant d'estimer la courbe de la demande pour un produit dans un marché donné. Sans une telle estimation, il est impossible de calculer la perte sèche. C'est bien différent pour les parties à la fusion quant à la preuve des gains en efficience, dont les éléments pertinents sont normalement déjà quantifiés et calculés dans le cadre d'une transaction commerciale afin de justifier son opportunité (dans le but de faire approuver la transaction par les investisseurs et les autorités des marchés financiers). À notre avis, la décision de la Cour aura comme conséquence inévitable (et coûteuse) d'accroître le recours aux services d'experts « économiques », généralement des cabinets d'économistes professionnels dont la principale activité est d'agir à titre d'expert dans le cadre de dossiers de fusions (ou autres litiges en matière de concurrence). Le milieu des spécialistes de la concurrence fait déjà appel à leurs services de façon courante et nous n'avons aucun doute que c'est à eux que la tâche de quantification à

44. Cette opinion de la Cour va à l'opposé de l'interprétation du Bureau de la concurrence, comme on la voit exprimée dans *Fusions*, *supra* note 15 au para 12.31 :

Le mot « surpasser » signifie que les gains en efficience doivent être plus étendus ou d'une plus grande ampleur que les effets anticoncurrentiels. Quant au mot « neutraliser », il signifie que les gains en efficience doivent contrebalancer les effets anticoncurrentiels. L'exigence supplémentaire relative au terme « neutraliser » met en évidence qu'il n'est pas suffisant pour les parties de montrer que les gains en efficience *dépassent simplement, de façon marginale ou numérique* les effets anticoncurrentiels pour respecter les exigences de l'article 96. L'importance de cette exigence supplémentaire pourrait toutefois devoir être étudiée par le Tribunal et les tribunaux. (Nos italiques)

45. Dans certains cas, il est possible d'obtenir des données à partir de banques de données gouvernementales ou privées, mais généralement elles se limitent aux produits de ressources naturelles ou premières (sources d'énergie, produits forestiers, produits alimentaires) à l'échelle nationale ou provinciale.

tout prix sera confiée, augmentant d'autant les coûts des transactions de fusion et de leur examen.

Au terme de sa décision, la Cour fait la remarque suivante (dans un paragraphe à part portant le titre « Postscriptum »), qui laisse entendre que la Cour est consciente que l'affaire *Tervita* ne constitue pas le cas idéal pour traiter de la défense des gains en efficience dans le cadre du contrôle des fusions :

[167] *Si la défense fondée sur les gains en efficience s'applique en l'espèce selon le libellé de l'art. 96, la présente affaire ne soulève pas selon moi les considérations que le législateur avait probablement en tête lorsqu'il a conçu cette exception à l'interdiction générale des fusionnements anticoncurrentiels. Comme nous l'avons vu au par. 84 dans le cadre de l'examen de l'historique de l'art. 96, la preuve permet de penser que cette défense avait été créée en raison de la taille du marché intérieur du Canada et pour favoriser l'efficience de la production et les économies d'échelle, surtout par rapport à la concurrence internationale. Or, il s'agit en l'espèce d'une affaire de concurrence locale, où les gains en efficience liés à l'exploitation réalisés ne paraissent pas avoir été essentiels aux économies d'échelle destinées à favoriser la compétitivité de la partie acquérante dans le marché en cause. Bien que je tende à penser que la présente affaire ne correspond peut-être pas à la situation que le législateur avait en tête lorsqu'il a créé la défense fondée sur les gains en efficience, je suis d'avis que la loi dans sa version actuelle permet de conclure que le moyen de défense s'applique dans la présente affaire. (Les italiques sont nôtres)*

Ce paragraphe équivoque montre une certaine ambivalence de la part des juges majoritaires, qui refusent en quelque sorte de remettre en question la vision néoclassique du droit de la concurrence et son rôle plutôt passif dans le contrôle des fusions – vision qui considère que l'efficacité économique est le moyen optimal d'assurer le bien-être économique collectif d'une société. En fait, nous sommes d'avis que la Cour n'a pas saisi l'occasion qu'elle avait d'approuver l'approche plus équilibrée et nuancée du Tribunal et de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Superior Propane*, approche plus en ligne avec les quatre objectifs énumérés à l'article 1 de la Loi, et qui cherche, non seulement à promouvoir l'efficacité économique, mais aussi à prendre en considération, un tant soit peu, les effets des fusions sur la redistribution de la richesse. Sur cette question de la distribution

inégale de la richesse, dans la foulée du mouvement « Occupy Now⁴⁶ » et dans la conjoncture économique actuelle, la décision de la Cour semble aller à contre-courant. Comme l'a constaté l'OCDE dans son rapport publié en 2015 et intitulé *Tous concernés : Pourquoi moins d'inégalité profite à tous* :

L'écart continue de se creuser entre riches et pauvres. Au cours des décennies ayant précédé la Grande récession, la croissance économique bénéficiait déjà de manière disproportionnée aux catégories à haut revenu, tandis que les ménages à bas revenu étaient laissés pour compte. Depuis la crise, les disparités se sont aggravées, et dans de nombreux pays de l'OCDE, les inégalités atteignent désormais leur plus haut niveau depuis que des données sont recueillies. Ce creusement de long terme des inégalités de revenu suscite non seulement des inquiétudes de nature sociale et politique, mais il engendre également des préoccupations d'ordre économique : les inégalités de revenu ont tendance à peser sur la croissance du PIB, sous l'effet de la distance toujours plus grande entre les 40 % les moins riches et le reste de la société.⁴⁷

À la lumière de cette dissonance entre les prémisses sous-jacentes de la décision de la Cour suprême (libéralisme économique et poursuite de l'efficacité économique) et la remise en question de ces mêmes prémisses par les mouvements sociaux (qui estiment que le maintien d'un système qui renforce la distribution largement inégale du pouvoir économique menace les fondements mêmes de nos institutions démocratiques), le gouvernement actuel sera-il plus enclin à intervenir en proposant des modifications à la défense des gains en efficacité ? À notre humble avis, le moment est peut-être opportun, mais si l'historique des modifications de la *Loi sur la concurrence* est un indice⁴⁸, il est peu probable qu'une modification au droit de la concurrence soulève suffisamment l'opinion publique pour devenir une priorité susceptible de percer un agenda législatif déjà très ambitieux.

46. Sur ce mouvement, voir la collection d'articles et de commentaires du New York Times en ligne : <<http://www.nytimes.com/topic/organization/occupy-movement-occupy-wall-street>>.

47. OECD (2015), *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*, OECD Publishing, Paris. En ligne : <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264235120-en>>, p 3 ; Texte français *Tous concernés : Pourquoi moins d'inégalité profite à tous*, publié le 13 novembre 2015, en ligne : <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264235519-fr>> (consulté le 19 mai 2016).

48. Les dernières modifications à la Loi ont fait l'objet de plusieurs tentatives de réforme au cours d'une période de dix ans, avant d'être adoptées en 2009.

Des modifications législatives étant peu vraisemblables à court terme, il semble que la ré-articulation de la défense par la Cour suprême sera le dernier mot sur la question pour bien des années à venir. Reste à voir quelles seront les retombées pratiques de la décision sur le processus de préavis et de contrôle des fusions, compte tenu du fardeau considérable qui incombe maintenant au Commissaire au niveau de la quantification des effets anticoncurrentiels. Une chose est certaine toutefois, les experts économiques ne manqueront pas de travail dans les années à venir !