

LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE CONFIRME L'APPROCHE DU TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE QUANT À LA DÉFENSE FONDÉE SUR LES GAINS EN EFFICIENCE

Publié le 12 septembre, 2023

Catégories: [Perspectives](#), [Publications](#)

Le 1^{er} août 2023, la Cour d'appel fédérale a publié sa décision dans l'affaire *Secure c. Tribunal de la concurrence* [1]. Elle confirme l'ordonnance du Tribunal de la concurrence qui oblige Secure Energy Inc. à se dessaisir de 29 installations pour remédier aux effets anticoncurrentiels qu'a eus, dans 136 marchés de l'Ouest canadien, son acquisition de Tervita Corporation en juillet 2021 [2]. Cette décision fournit des orientations importantes sur les exigences à remplir pour établir une défense fondée sur les gains en efficacité en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

La défense fondée les gains en efficacité

La *Loi sur la concurrence* permet au Tribunal de la concurrence de bloquer un fusionnement proposé, de dissoudre un fusionnement réalisé ou d'ordonner à une personne de se départir d'éléments d'actif s'il juge qu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. La défense fondée sur les gains en efficacité veut que le Tribunal ne soit pas autorisé à rendre ce type d'ordonnance si les parties fusionnantes peuvent démontrer que la fusion entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui surpasseront ou neutraliseront les effets anticoncurrentiels qui résulteront vraisemblablement de l'accord et que ces gains en efficacité ne seraient vraisemblablement pas atteints si une ordonnance corrective était rendue.

Cette analyse d'arbitrage entre le préjudice à la concurrence et les gains en efficacité issus d'une fusion tient compte des bienfaits des gains en efficacité pour l'économie et s'aligne sur l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, selon lequel celle-ci a notamment pour objet de stimuler l'efficacité et de préserver la concurrence.

Les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels dans l'affaire Secure-Tervita

Secure et Tervita étaient des fournisseurs concurrents de services d'élimination de déchets pétroliers dans le bassin sédimentaire de l'Ouest canadien. Il est apparu d'emblée que leur projet de fusion soulèverait

d'importantes préoccupations liées à la concurrence dans de nombreux marchés de la région. Le commissaire de la concurrence en était venu à cette conclusion dès son examen initial de la transaction proposée. Il avait alors informé les parties qu'il la contesterait.

Malgré ces préoccupations, immédiatement après le rejet par le Tribunal de la demande d'ordonnance provisoire du commissaire, les parties ont conclu la transaction en juillet 2021.

Les parties semblent avoir considéré que les gains en efficacité considérables pour Secure, que celle-ci estimait à 138,5 millions de dollars, dépasseraient largement les effets anticoncurrentiels de la fusion, et qu'une défense fondée sur les gains en efficacité empêcherait que soit rendue une ordonnance de dissolution ou de dessaisissement.

En mars 2023, le Tribunal a établi que la fusion réduisait fortement la concurrence dans 136 des 143 marchés que le commissaire avait jugés problématiques. Secure et Tervita sont de proches concurrents dans le domaine de l'élimination de déchets pétroliers; ils sont deux des quelques rares fournisseurs, sinon les seuls, à offrir ces services dans de nombreux marchés locaux, et il existe d'importantes barrières à l'entrée dans ces marchés.

Malgré ce que faisait valoir Secure au sujet des gains en efficacité, le Tribunal a ordonné le dessaisissement de 29 installations. Son traitement de la défense fondée sur les gains en efficacité et son appréciation des arguments de Secure, que la Cour d'appel fédérale a maintenant confirmés, clarifient l'interprétation, la démarche et les informations qui seront requis pour invoquer cette défense dans les fusions à venir.

L'approche fondée sur l'ordonnance pour l'évaluation des gains en efficacité

La décision de la Cour d'appel fédérale repose beaucoup sur sa confirmation et son interprétation de « l'approche fondée sur l'ordonnance » dans l'analyse des gains en efficacité, qui est l'un des cinq filtres établis dans la jurisprudence^[3]. Selon cette approche, (i) il est tenu compte uniquement des gains en efficacité qui ne seraient vraisemblablement pas atteints si une ordonnance corrective était rendue (les « gains en efficacité perdus »), et (ii) ces gains sont soupesés en regard de tous les effets anticoncurrentiels qui découleraient de la fusion.

En appliquant l'approche fondée sur l'ordonnance et les quatre autres filtres de la jurisprudence, le Tribunal a déterminé que les gains en efficacité perdus, mesurés sur la période de 10 ans suivant l'ordonnance de dessaisissement du Tribunal, n'étaient que de 32,2 millions de dollars – et non de 138,5 millions comme l'avait initialement soutenu Secure (toujours d'après la valeur actualisée sur 10 ans).

En appliquant l'approche fondée sur l'ordonnance, le Tribunal excluait aussi certaines économies liées à l'abolition de postes redondants, parce qu'il acceptait les arguments du commissaire voulant que les

acquéreurs potentiels des installations dont l'entreprise devrait se départir n'auraient vraisemblablement pas besoin de ces postes, et qu'il « n'y avait pas lieu de tenir compte des gains en efficacité que réaliserait vraisemblablement tout autre acquéreur acceptable [traduction][4] ». Cette conclusion est étonnante, puisqu'aucun des acquéreurs potentiels provisoirement recensés n'avait déposé de plan d'intégration traitant de ces postes, et que les acquéreurs potentiels n'étaient pas tous connus à la date de l'audience.

Le Tribunal a ensuite mis en balance les gains en efficacité perdus et la valeur estimée du total des effets anticoncurrentiels qui découleraient vraisemblablement de la fusion, qu'il estimait représenter entre 30,2 et 39,4 millions de dollars. Fait à noter, il incluait dans le calcul les effets anticoncurrentiels des deux années écoulées depuis la conclusion de la fusion en juillet 2021, en plus des 10 années suivant l'ordonnance.

L'estimation de 32,2 millions de dollars (pour la période de 10 ans suivant l'ordonnance) dépassait la valeur estimée la plus faible des effets anticoncurrentiels (pour la période de 12 ans suivant la fusion). Le Tribunal a cependant décidé que Secure n'avait pas su établir une défense fondée sur les gains en efficacité parce qu'une partie « doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les gains en efficacité perdus susceptibles d'être reconnus surpasseront ou neutraliseront des effets anticoncurrentiels vraisemblables pour l'entièreté de la fourchette que le Tribunal a déterminée, d'après les élasticités qu'il a mesurées [traduction][5]. »

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument de Secure selon lequel l'approche fondée sur l'ordonnance menait à un résultat absurde qui devait être évité. Elle a conclu que cette approche, telle que l'appliquait le Tribunal pour analyser les gains en efficacité, était justifiée par les dispositions et l'objet de la *Loi sur la concurrence*.

L'approche fondée sur l'ordonnance, aujourd'hui confirmée par la Cour d'appel fédérale, entraîne un traitement asymétrique des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels :

Cadre temporel. Les gains en efficacité perdus se limitent aux gains issus de la fusion qui surviennent après la date de l'ordonnance corrective du Tribunal. Les gains qui surviennent après la conclusion de la fusion, mais avant la date de l'ordonnance ne sont pas pris en compte, parce que la loi ne vise que les gains qui ne seraient vraisemblablement pas atteints si une ordonnance corrective était rendue. Par contraste, tous les effets anticoncurrentiels de la fusion sont pris en compte, y compris ceux qui surviennent avant l'ordonnance. Dans l'affaire Secure-Tervita, cette approche a entraîné la mise en balance de 10 ans de gains en efficacité perdus contre 12 ans d'effets anticoncurrentiels.

Portée. Les gains en efficacité perdus se limitent à un sous-ensemble des gains venant des actifs et des marchés touchés par l'ordonnance corrective du Tribunal. Par contraste, tous les effets anticoncurrentiels, dans tous les marchés, sont pris en compte. Dans Secure-Tervita, cette approche a fait en sorte que les gains en efficacité liés aux 136 marchés qui auraient été touchés par l'ordonnance de dessaisissement du Tribunal ont été comparés avec la totalité des effets anticoncurrentiels dans les 271 secteurs géographiques où Secure et

Tervita étaient concurrentes avant la fusion.

Quand l'approche fondée sur l'ordonnance est appliquée, le cadre temporel et la portée de l'ordonnance du Tribunal influent à la fois sur la quantification des gains en efficacité et sur celle des effets anticoncurrentiels. En conséquence, en cas de défense fondée sur les gains en efficacité, le résultat de l'analyse d'arbitrage peut être incertain jusqu'à ce que le Tribunal rende son ordonnance après avoir entendu l'affaire.

La Cour d'appel fédérale reconnaît que cette approche peut limiter la prévisibilité, mais conclut que cette incertitude est voulue par la législation : « l'intention exprimée de la disposition est bien de limiter les gains en efficacité applicables (à ceux qui ne seraient vraisemblablement pas atteints si une ordonnance corrective était rendue) [traduction][\[6\]](#) ». Cette incertitude peut cependant être réduite (pour toutes les parties) : le Tribunal rappelle au commissaire que les *Règles du Tribunal de la concurrence* obligent ce dernier à indiquer « les détails de l'ordonnance demandée » lorsqu'il présente une demande pour contester une fusion[\[7\]](#). Si le commissaire conteste une fusion déjà réalisée, le moment où l'ordonnance sera rendue restera incertain en partie à cause du cadre temporel du Tribunal lui-même (audience et étapes qui la précèdent et la suivent).

L'approche du Tribunal consistant à ne pas tenir compte des gains en efficacité qui seraient vraisemblablement réalisés par un autre acquéreur acceptable, en l'absence d'informations claires sur l'identité d'un tel acquéreur et sur ses besoins et ses intentions, ajoute à l'incertitude et à la difficulté de quantifier les gains en efficacité perdus. Elle semble nécessiter de conjecturer sur l'identité d'éventuels autres acquéreurs, leurs capacités et leurs projets.

Ces difficultés pourraient être particulièrement prononcées durant l'examen d'une fusion par le Bureau de la concurrence, avant toute demande d'ordonnance corrective du commissaire. Le commissaire et les parties fusionnantes pourraient alors devoir tenir compte d'un éventail d'ordonnances et d'acquéreurs possibles – en plus des considérations temporelles – dans leur évaluation de l'ampleur relative des gains en efficacité perdus.

Gains en efficacité réalisés à l'extérieur du Canada

Le Tribunal a aussi indiqué que l'un des cinq filtres excluait tous gains en efficacité qui profitent à des actionnaires étrangers des parties fusionnantes, parce que la défense fondée sur les gains en efficacité ne tient compte que des gains bénéficiant à l'économie canadienne. Cela n'a pas été fait dans l'affaire Secure-Tervita, mais le Tribunal a indiqué qu'à l'avenir, dans les affaires de contestation de fusion, la partie invoquant la défense fondée sur les gains en efficacité devra fournir des informations sur l'emplacement de ses actionnaires aux fins de l'analyse des gains[\[8\]](#). Cette approche restrictive semble supposer que tous les gains en efficacité profitent aux actionnaires sous forme d'accroissement des dividendes.

Ce critère additionnel réduira encore davantage les gains en efficacité que pourront faire valoir des acquéreurs

dont les actionnaires sont situés en grande partie à l'extérieur du Canada. Cette exigence soulève des questions pour les sociétés cotées, dont les actionnaires véritables, souvent, ne sont pas connus. Comme les actions des sociétés cotées s'échangent continuellement, des orientations additionnelles devront être données quant aux paramètres et au cadre temporel des recherches à faire pour estimer l'étendue de l'actionnariat véritable hors Canada. Il sera aussi important que les parties se demandent si cette présomption pourrait être renversée par des preuves qu'une partie des gains en efficience pourrait être transférée aux consommateurs ou réinvestie dans les activités canadiennes.

En conclusion

Le Bureau de la concurrence considère depuis longtemps que la défense fondée sur les gains en efficience est préjudiciable parce qu'elle permet que des fusions anticoncurrentielles aillent de l'avant. Il réclame son abolition dans le mémoire qu'il a présenté dans le cadre de la consultation menée par le gouvernement fédéral sur l'avenir de la politique de la concurrence au Canada^[9].

Les décisions du Tribunal et de Cour d'appel fédérale dans l'affaire Secure-Tervita montrent qu'il est possible d'empêcher des fusions anticoncurrentielles tout en maintenant la défense fondée sur les gains en efficience. La décision du Tribunal, confirmée par la Cour d'appel fédérale, encadre de plusieurs manières les cas où la défense fondée sur les gains en efficience peut être invoquée pour sauver une fusion anticoncurrentielle :

- en acceptant, pour la quantification des gains perdus, une portée et un cadre temporel plus étroits que ceux acceptés pour la quantification des effets anticoncurrentiels, selon l'approche fondée sur l'ordonnance;
- en exigeant que les parties fusionnantes présentent des « informations claires et convaincantes » pour étayer les gains en efficience qu'elles allèguent;
- en ne tenant pas compte des gains en efficience qui seraient vraisemblablement réalisés par tout autre acquéreur acceptable de la cible ou des actifs vendus;
- en ne tenant pas compte des gains en efficience qui profiteraient à des actionnaires étrangers, y compris ceux de l'entité fusionnée;
- en exigeant que les gains en efficience perdus surpassent ou neutralisent l'entièreté de la fourchette des effets anticoncurrentiels vraisemblables.

L'intention déclarée du commissaire de renforcer les mesures d'application entourant les fusions anticoncurrentielles de même que l'examen resserré par le Tribunal des gains allégués encourageront sans doute les parties à conclure des accords sur les délais et à négocier des consentements avec le commissaire, dans bien des cas. Il sera très risqué de conclure une transaction en présumant que les gains en efficience l'emporteront sur les effets anticoncurrentiels prédits par le commissaire.

Ces faits nouveaux montrent aussi que les parties qui envisagent des fusions pouvant soulever des préoccupations relatives à la concurrence ont tout intérêt à se faire conseiller par des avocats spécialisés dès le début de leurs démarches, afin que soient évaluées les probabilités de contestation fructueuse du commissaire ainsi que le temps et les ressources qui pourraient devoir être investis pour répondre à une contestation.

[1] [Secure Energy Services Inc. v. Canada \(Commissioner of Competition\)](#), 2023 FCA 172.

[2] [Canada \(Commissioner of Competition\) v Secure Energy Services Inc, 2023 Comp Trib 02](#).

[3] Les cinq filtres consistent à évaluer les gains en efficacité pour (i) s'assurer que le type de gains allégué peut être pris en considération, (ii) évaluer la probabilité que les gains allégués soient réalisés, (iii) exclure les gains qu'on ferait valoir, ou qu'on a déjà fait valoir, uniquement sur la base d'une redistribution des revenus entre deux personnes ou plus; (iv) exclure les gains qui seraient réalisés à l'extérieur du Canada et qui ne profiteraient pas à des actionnaires au Canada, ou qui seraient réalisés au Canada, mais profiteraient à terme à des actionnaires situés à l'extérieur du Canada; (v) exclure les gains qui seraient vraisemblablement réalisés même si le Tribunal rendait l'ordonnance qu'il juge nécessaire pour que la fusion n'empêche pas ou ne réduise pas fortement la concurrence.

[4] 2023 Comp Trib 02, par. 604.

[5] *Id.*, par. 713.

[6] 2023 FCA 172, par. 32.

[7] 2023 Comp Trib 02, par. 33. Voir aussi le paragraphe 36(2) des *Règles du Tribunal de la concurrence*.

[8] 2023 Comp Trib 02, par. 496.

[9] Voir le [mémoire du commissaire dans le cadre de la consultation du gouvernement fédéral](#) et l'allocation du commissaire « [Saisir le moment pour bâtir un Canada plus concurrentiel](#) », octobre 2020.

par [Neil Campbell](#), [Beth Riley](#) et [William Wu](#)

Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt obtenir des conseils juridiques précis.