

# TENIR PROMESSE : PROPOSITIONS EN VUE D'UN MÉCANISME D'EXAMEN DES FUSIONNEMENTS PLUS EFFICACE AU CANADA

George Addy  
gaddy@dwpv.com

John Bodrug  
jbodrug@dwpv.com

Charles Tingley  
ctingley@dwpv.com

Septembre 2017

## Tenir promesse :

### Propositions en vue d'un mécanisme d'examen des fusionnements plus efficace au Canada

Les ressources du Bureau de la concurrence sont affectées inutilement à l'analyse de fusionnements non problématiques et l'examen des opérations plus complexes prend trop de temps. Ces deux situations suggèrent que des modifications législatives doivent être apportées afin d'assurer une meilleure utilisation des fonds publics et d'éviter de freiner les investissements et la croissance.

Les modifications importantes apportées à la *Loi sur la concurrence* du Canada en 2009 comprenaient une révision en profondeur du mécanisme d'examen des fusionnements. Les modifications ont considérablement allongé les délais d'attente potentiels pendant lesquels les parties ne peuvent pas réaliser une opération proposée et fait en sorte que le Bureau peut obliger les parties fusionnantes à lui communiquer plus de renseignements sans ordonnance du tribunal. Les décisions discrétionnaires du Bureau, notamment à cet égard, peuvent exposer les entreprises canadiennes à des frais et à des retards importants.

À l'époque des modifications de 2009, des hauts représentants du Bureau ont assuré au Parlement que le nouveau mécanisme serait efficace et prévisible pour les entreprises et que le Bureau rendrait sa décision quant à savoir s'il conteste un fusionnement au plus tard à la fin du délai d'attente. Le Bureau a également promis de mieux coopérer, disant qu'il était prêt à « s'asseoir avec les parties » afin de cerner les problèmes et d'écartier certains enjeux<sup>1</sup>. Toutefois, selon ce que nous avons pu constater, le régime d'examen des fusionnements au Canada est, à certains égards importants, devenu moins efficace et prévisible, et fait l'objet de retards systémiques qui excèdent les délais prévus par les modifications de 2009 pour rendre une décision :

- a) ***Les ressources continuent d'être affectées inutilement à des opérations présentant un faible risque :*** La grande majorité des fusionnements continuent d'être approuvés par le Bureau dans un délai de quelques semaines. En effet, environ 30 à 40 % des préavis portent sur les secteurs des ressources pétrolières et gazières en amont et de l'immobilier, qui n'ont, par le passé, soulevé aucun problème important et ne sont pas susceptibles d'en soulever à l'avenir. Comme nous le mentionnons ci-après, une quantité importante des ressources du Bureau et du secteur privé sont affectées à du temps d'enquête, à des droits de dépôt et aux honoraires de conseillers pour des dossiers qui ne soulèvent aucun problème lié à la concurrence, ce qui porte à croire que les seuils applicables aux fins du dépôt d'un préavis et les exceptions devraient être rajustés afin de recentrer les travaux effectués par le Bureau et de mieux les orienter.
  
- b) ***Les retards sont rendus monnaie courante pour les opérations complexes :*** Lorsque le Bureau a des préoccupations potentielles importantes au sujet d'un fusionnement, son examen peut s'avérer long et se prolonger bien au-delà du délai

---

<sup>1</sup> Voir l'annexe A du présent document pour des extraits des témoignages de représentants du Bureau devant le Parlement.

d'attente. Les statistiques sur le rendement du Bureau en matière de fusionnements suggèrent une augmentation radicale, au cours des trois dernières années, du délai requis pour l'examen des opérations complexes, et une baisse tout aussi marquée du respect des normes de service du Bureau en matière de communication aux parties des décisions rendues à l'égard de telles opérations complexes<sup>2</sup>. Dans deux affaires récentes, par exemple, l'autorisation a été obtenue uniquement après des périodes d'examen d'environ 10 mois<sup>3</sup>. De plus, si les parties ne sont pas d'accord avec les conclusions du commissaire à la fin de cette longue période et qu'elles souhaitent les contester devant le Tribunal de la concurrence, elles s'exposent à un autre délai, beaucoup plus long qu'un an, avant que le Tribunal ne rende une décision sur le fond concernant les préoccupations du commissaire. En outre, le Tribunal a, jusqu'à présent, posé des exigences relativement peu élevées pour rendre des injonctions interdisant la réalisation d'une opération dans l'attente d'une décision de sa part sur le fond.

- c) ***L'hésitation du Bureau à faire part de ses préoccupations contribue à l'inefficacité*** : Selon ce que nous avons pu constater, le Bureau refuse souvent de fournir aux parties des explications concernant ses préoccupations réelles ou potentielles avec suffisamment de détails et suffisamment rapidement pour leur permettre de comprendre les questions soulevées et d'y répondre valablement. Bien que le Bureau mentionne souvent des préoccupations en matière de confidentialité pour justifier la communication limitée de renseignements, si le commissaire décidait de déposer une demande contestée, le Bureau devrait communiquer beaucoup plus de renseignements aux parties. Il est devenu évident qu'aucune mesure appropriée n'incite le Bureau à en arriver à une décision et à communiquer valablement avec les parties en temps opportun dans le cadre du mécanisme d'examen des fusionnements.
- d) ***Les fusionnements qui favorisent la concurrence sont freinés*** : Au fur et à mesure que les périodes d'examen se rallongent et que le commissaire continue de demander des mesures correctives en vue de régler des enjeux anticoncurrentiels

---

<sup>2</sup> Voir le *Rapport trimestriel sur les statistiques du Bureau de la concurrence pour la période se terminant le 31 mars 2017*, à l'adresse suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04129.html> (tableau 3.4). Ces statistiques montrent une augmentation d'environ 50 %, au cours des trois derniers exercices, du nombre moyen de jours requis pour terminer les examens des opérations devant faire l'objet d'un avis que le Bureau désigne comme étant « complexes ». Le taux de réussite du Bureau en matière de respect de ses normes de service non contraignantes pour la réalisation de ces examens a également diminué, passant de 91 % à 74 %. Il importe de noter que, bien que le délai prévu dans les normes de service du Bureau coïncide avec la fin du délai d'attente dans les dossiers où le Bureau émet une DRS, celui-ci dépasse actuellement de 15 jours le délai d'attente initial de 30 jours lorsqu'aucune DRS n'est émise. À cet égard, les normes de service du Bureau (qui ne sont pas en soi contraignantes) prévoient expressément un délai plus long que celui qui est prévu par la loi.

<sup>3</sup> Par exemple, Alimentation Couche-Tard Inc. a annoncé l'acquisition de CST Brands, Inc. le 22 août 2016. Le Bureau avait des préoccupations au sujet de l'incidence du fusionnement sur la vente au détail d'essence dans certains marchés locaux. Le Bureau a autorisé l'opération seulement au moment de la conclusion par les parties d'un consentement avec le commissaire le 27 juin 2017, soit plus de 10 mois plus tard. Le 13 décembre 2016, le commissaire a annoncé qu'il était parvenu à un consentement permettant au grossiste McKesson Canada Corporation d'acquérir la chaîne de pharmacies Rexall, soit plus de neuf mois après l'annonce de l'opération le 2 mars 2016.

théoriques que les parties n'ont pas l'occasion valable de comprendre ou de contester, le mécanisme d'examen des fusionnements décourage de plus en plus la réalisation de fusionnements qui favorisent la concurrence. Un grand nombre d'entreprises ne peuvent endurer une aussi longue période d'incertitude réglementaire, compte tenu du risque de perdre des employés clés, des clients et des occasions d'affaires auquel elles s'exposent pendant que le mécanisme d'examen s'étire. L'abandon d'un projet de fusionnement qui favorise la concurrence pourrait avoir des incidences défavorables sur la compétitivité et la croissance non seulement des entreprises canadiennes visées, mais également de leurs clients et de leurs fournisseurs. Un mécanisme d'examen des fusionnements inutilement lourd, qui se prolonge dans le temps et qui est mal balisé pourrait également contribuer à créer un climat d'affaires qui décourage l'investissement.

La mise en œuvre actuelle du mécanisme d'examen des fusionnements canadien n'atteint pas son objectif déclaré, soit celui d'harmoniser les délais avec ceux qui sont prévus dans le cadre du mécanisme américain, ni ne respecte les garanties offertes au Parlement. À notre avis, certains aspects du mécanisme d'examen des fusionnements canadien devraient être révisés afin d'établir des critères et des mesures incitatives appropriés pour que le Bureau puisse tenir la promesse qu'il a faite initialement dans le cadre des modifications de 2009. Dans le présent document, nous faisons un résumé du mécanisme actuel d'examen des fusionnements au Canada, nous indiquons les aspects du mécanisme qui entraînent des retards et nous présentons les modifications que nous proposons.

## **1. Le mécanisme d'examen des fusionnements canadien**

Le commissaire doit être informé de toutes les opérations qui dépassent certains seuils financiers avant leur réalisation<sup>4</sup>. Le Bureau examine ces opérations afin d'établir si elles empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence, ou auront vraisemblablement cet effet. Le commissaire peut contester un fusionnement (que celui-ci ait fait l'objet d'un avis ou non) qui est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels en demandant au Tribunal de la concurrence, qui est un organisme quasi-judiciaire formé de juges de la Cour fédérale et de membres non juges, de rendre une ordonnance d'injonction ou de dessaisissement, ou certains autres types d'ordonnances correctives.

Les obligations en matière de préavis prévues par la Loi sont distinctes de celles qui sont prévues par les dispositions de fond relatives à l'examen des fusionnements. Par conséquent, même si un fusionnement proposé n'est pas assujéti au préavis de fusionnement obligatoire, le commissaire peut quand même l'examiner et le contester aux termes des dispositions de fond de la Loi portant sur l'examen des fusionnements dans l'année suivant le moment où celui-ci est essentiellement réalisé.

---

<sup>4</sup> Pour un exposé plus détaillé sur les seuils applicables dans le cadre du mécanisme d'examen des fusionnements, voir le texte de John Bodrug et d'Adam Fanaki intitulé *International Merger Enforcement – A Canadian Context*, 1<sup>er</sup> et 2 juin 2017, ABA Antitrust in the Americas Conference, dont la version anglaise est disponible à l'adresse suivante : [https://www.dwpv.com/-/media/Files/PDF\\_EN/2017/2017-06-01-International-Merger-Enforcement-A-Canadian-Context.ashx?la=fr](https://www.dwpv.com/-/media/Files/PDF_EN/2017/2017-06-01-International-Merger-Enforcement-A-Canadian-Context.ashx?la=fr).

a) *Seuils de préavis*

En général, les fusionnements et les acquisitions visant une entreprise en exploitation au Canada doivent faire l'objet d'un préavis si les seuils suivants sont dépassés : i) le seuil de la « taille des parties »; ii) le seuil de la « taille de l'opération »; et iii) selon le cas, le seuil de la « propriété minimale ».

i) *Seuil de la taille des parties*

Aucun préavis ne devra être donné pour quelque type d'opération que ce soit à moins que les parties à l'opération et leurs sociétés affiliées : 1) ne détiennent des actifs au Canada dont la valeur totale dépasse la somme de 400 millions de dollars, ou 2) n'aient des revenus bruts annuels provenant de ventes au Canada, en direction du Canada ou en provenance du Canada dont la valeur totale dépasse la somme de 400 millions de dollars<sup>5</sup>.

ii) *Seuil de la taille de l'opération*

De même, une opération sera assujettie au préavis obligatoire seulement si le seuil de la « taille de l'opération » est dépassé. L'application du seuil de la « taille de l'opération » varie selon le type d'opération, mais, de façon générale, ce seuil est dépassé, dans le cas des opérations réalisées en 2017, si l'entreprise devant être acquise a : 1) des éléments d'actif au Canada dont la valeur totale dépasse la somme de 88 millions de dollars; ou 2) des revenus bruts annuels provenant de ventes, au Canada ou en provenance du Canada, dont la valeur dépasse la somme de 88 millions de dollars.

iii) *Seuil relatif à la propriété*

Dans certains contextes, les dispositions relatives aux préavis exigent également qu'un seuil de propriété minimale soit dépassé. Dans le cas d'acquisitions d'actions, par exemple, le nombre d'actions comportant droit de vote de l'entité acquise que l'acquéreur détient à la suite de l'opération doit dépasser 20 % (si les actions de la société cible sont négociées publiquement) ou 35 % (si la société cible n'a pas d'actions qui sont négociées publiquement), ou, si l'un ou l'autre de ces seuils est déjà dépassé avant la réalisation de l'opération, 50 %<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> En règle générale, les données relatives aux éléments d'actif et aux revenus bruts qui sont utilisées dans les calculs des seuils doivent être tirées des derniers états financiers audités de la partie visée, bien que le Bureau ait comme politique de tenir compte des ventes et des prêts inter-compagnies dans certaines circonstances. Voir l'*Avis d'interprétation n° 14 sur les préavis de fusion : Montant comptabilisé en double à la suite de transactions entre affiliées* du Bureau de la concurrence, 25 avril 2014, à l'adresse suivante <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03717.html>.

<sup>6</sup> De même, si l'opération vise l'acquisition de titres de participation dans une association d'intérêts, sauf par l'intermédiaire d'une personne morale, l'acquéreur doit, en conséquence de l'acquisition, détenir des titres de participation dans l'association d'intérêts qui, si on leur ajoutait ceux dont ses affiliées sont propriétaires, lui confèreraient le droit de recevoir plus de 35 % des bénéfices de l'association d'intérêts, ou plus de 35 % de ses éléments d'actif au moment de la dissolution ou, dans le cas où l'acquéreur a déjà ce droit, celui de recevoir plus de 50 % de ces bénéfices ou éléments d'actif.

b) *Exigences relatives à la présentation des préavis*

Lorsqu'une opération fait l'objet d'un préavis de fusionnement obligatoire aux termes de la Loi, chacune des parties à l'opération doit présenter séparément un préavis au commissaire dans lesquels figurent notamment : i) les coordonnées des principaux clients et fournisseurs de la partie et de ses affiliés ainsi que les ventes et les achats effectués auprès de ces clients et de ces fournisseurs; et ii) la totalité des rapports, des études, des enquêtes et des analyses qu'un dirigeant ou un administrateur de la société a préparés ou reçus dans le but d'évaluer ou d'analyser les incidences de l'opération proposée sur la concurrence. Les parties doivent non seulement acquitter les honoraires des conseillers externes dont ils retiennent les services ainsi que les frais liés à l'évaluation des dispositions applicables en matière de préavis et à la préparation d'un préavis ou d'une demande de dispense, mais également joindre à leurs préavis des droits de dépôt de 50 000 dollars, et ce, même s'il est évident que l'opération ne soulève aucune question de fond sur le plan de la concurrence.

c) *Délais d'attente*

Les parties à une opération devant faire l'objet d'un avis ne peuvent réaliser l'opération avant l'expiration d'un délai d'attente prévu par la loi, inspiré de celui qui est prévu dans le mécanisme d'examen des fusionnements américain :

- un délai d'attente initial qui expire 30 jours après la présentation du préavis par chacune des parties;
- les parties peuvent réaliser leur opération à l'expiration du délai d'attente initial de 30 jours à moins que, avant la fin de ce délai, le commissaire ne présente aux parties une demande de renseignements supplémentaires (une « DRS ») dans laquelle il leur demande de fournir des documents, des données ou des réponses écrites à ses questions<sup>7</sup>;
- si une DRS est présentée, un nouveau délai d'attente débute et expire 30 jours après que les deux parties se soient conformées à la DRS<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En pratique, ces délais initiaux prévus par la loi sont « gérés » au moyen de diverses stratégies adoptées par les parties fusionnantes, bien souvent en consultation avec le Bureau. Par exemple, sauf dans les affaires non complexes, les parties fusionnantes communiquent souvent au Bureau des renseignements relatifs à une analyse des effets de leur opération sur la concurrence, mais sans confirmer leurs préavis immédiatement, afin de ne pas mettre une pression indue sur le Bureau pendant le délai d'attente initial de 30 jours et ainsi réduire le risque qu'une DRS soit présentée. Dans certaines affaires plus exceptionnelles, les parties ont également envisagé une stratégie de « retrait puis de nouvelle présentation », dans le cadre de laquelle des préavis sont officiellement retirés puis à nouveau présentés afin de repartir à zéro le délai de 30 jours dans l'espoir que le Bureau réalisera son évaluation et donnera son autorisation dans le nouveau délai d'attente initial (et sans présenter de DRS).

<sup>8</sup> Le commissaire peut demander une injonction provisoire aux termes de l'article 100 de la Loi interdisant la clôture de l'opération pendant une durée maximale supplémentaire de 60 jours après l'expiration du délai d'attente prévu par la Loi afin d'allouer au Bureau un délai supplémentaire pour effectuer son examen. Pour obtenir une telle injonction, le commissaire doit convaincre le Tribunal 1) de la nécessité d'un délai supplémentaire pour achever son enquête en cours et 2) du fait que, en l'absence d'une telle ordonnance, une personne posera vraisemblablement des gestes qui, parce qu'ils seraient alors difficiles à contrer, auraient pour effet de réduire l'aptitude du Tribunal à remédier à l'influence du fusionnement proposé sur la concurrence.

Le commissaire peut mettre fin au délai d'attente ou y renoncer en tout temps en donnant son autorisation soit sous la forme d'un certificat de décision préalable soit sous la forme d'une lettre de non-intervention.

Dans les dossiers relativement plus complexes, toutefois, le commissaire n'arrive souvent pas à rendre une décision avant la fin du délai d'attente, ou du moins ne communique pas son point de vue aux parties avant la fin de ce délai. Dans un tel cas, les parties se trouvent dans une situation où elles peuvent réaliser l'opération, mais demeurent exposées au risque que le commissaire conteste l'opération dans l'année qui suit la clôture<sup>9</sup>. Aux É.-U., à l'inverse, si les organismes antitrust n'émettent pas une « deuxième demande » (l'équivalent d'une DRS) au plus tard à la fin du délai d'attente initial, il est entendu que les autorités n'ont pas l'intention de contester l'opération proposée<sup>10</sup>.

En pratique, l'enquête du Bureau repose habituellement sur les acteurs du marché, soit les clients et les fournisseurs que les parties ont indiqués dans leurs avis, ainsi que l'examen des documents et des données des parties et d'autres intervenants du marché. Le Bureau peut communiquer aux parties certains commentaires sur ses questions et ses conclusions dans le cadre du mécanisme d'examen des fusions, mais le niveau de détail n'est pas constant, et ce, en grande partie parce que le Bureau ne souhaite pas être tenu à une position<sup>11</sup>. Par conséquent, la Loi n'oblige pas ni n'incite actuellement le Bureau à faire preuve de transparence à cette étape. L'approche de prédilection du Bureau consiste à négocier des concessions de la part des parties fusionnantes sans s'engager lui-même envers une théorie en particulier, ni à communiquer des preuves reposant sur des faits venant étayer la nécessité de mesures correctives. Si le Bureau a des préoccupations importantes au sujet d'un fusionnement, tant et aussi longtemps que le commissaire n'aura pas présenté une demande auprès du Tribunal dans laquelle il conteste la totalité ou une partie de l'opération, les parties n'auront souvent pas une vision claire des préoccupations du commissaire ni de ses théories concernant les effets anticoncurrentiels.

Il résulte de ce manque de communication que les parties ne sont pas tenues informées et doivent présenter des propositions correctives sans savoir ce que l'analyse du Bureau révèle. La marge de manœuvre du Bureau dans les circonstances est accentuée par l'absence de moyens procéduraux offerts aux parties pour enjoindre le Bureau à communiquer de l'information sur son enquête dans le cadre de l'examen.

---

<sup>9</sup> En pratique, les parties fusionnantes concluent parfois des « accords sur les délais » avec le commissaire (souvent à la demande pressante du commissaire) suivant lesquels elles s'engagent à ne pas réaliser leur opération avant une certaine date ou sans la remise d'un préavis minimal, afin d'allouer au commissaire plus de temps pour effectuer son examen dans l'espoir d'obtenir l'autorisation de celui-ci et d'éviter un litige.

<sup>10</sup> Bien que les organismes antitrust américains puissent contester des opérations après l'expiration du délai d'attente, étant donné le fait que ces organismes n'ont jamais contesté des fusionnements dont ils ont été avisés et à l'égard desquels ils ont laissé le délai d'attente expirer sans contestation, les parties fusionnantes réalisent habituellement leur opération en se fondant sur l'expiration du délai d'attente sans toutefois avoir de garantie à cet égard, telles que l'équivalent d'un certificat de décision préalable ou d'une lettre de non-intervention.

<sup>11</sup> Bien que le Bureau ait des préoccupations légitimes concernant la protection de l'identité des plaignants et des renseignements confidentiels de tiers, celles-ci ne devraient pas l'empêcher de donner des explications plus complètes sur les questions qu'il se pose ainsi que sur ses analyses et ses conclusions à l'égard d'un fusionnement proposé.

## 2. Contestations sur le fond

Si le commissaire conclut qu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, l'acheteur et le commissaire conviennent souvent de mesures correctives visant à dissiper les préoccupations du commissaire et ainsi éviter une contestation litigieuse. Ces règlements prennent habituellement la forme d'un consentement enregistré auprès du Tribunal et prévoient souvent le dessaisissement d'éléments d'actif en particulier.

Si aucun règlement n'est conclu, le commissaire peut demander au Tribunal de rendre une ordonnance aux termes de l'article 92 de la Loi pour contester l'opération. Pour obtenir une ordonnance aux termes de l'article 92, le commissaire doit convaincre le Tribunal que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Le commissaire peut demander des ordonnances enjoignant de ne pas procéder au fusionnement, d'effectuer des dessaisissements ou (après la clôture) de dissoudre l'opération. Dans certains cas, des dispositions provisoires prévoyant la « séparation des éléments d'actif » peuvent être imposées moyennant le consentement du commissaire ou par ordonnance du Tribunal afin de protéger certains éléments d'actif et certaines activités et de maintenir la concurrence, ce qui permet de réaliser l'opération avant que le Bureau termine son examen ou que le Tribunal rende sa décision finale en cas de contestation.

### a) *Ordonnances provisoires*

Si le commissaire a contesté l'opération aux termes de l'article 92, il peut également tenter d'obtenir une ordonnance provisoire aux termes de l'article 104 de la Loi afin d'empêcher la clôture de l'opération dans l'attente de la décision sur le fond du Tribunal. L'article 104 confère au Tribunal le pouvoir de rendre toute ordonnance provisoire qu'il considère comme justifiée conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction. Lorsqu'il évalue s'il y a lieu de rendre une telle ordonnance, le Tribunal déterminera 1) si une question sérieuse doit être jugée dans le cadre de l'action principale, 2) si le requérant subira un dommage irréparable si l'ordonnance demandée est refusée, et 3) laquelle des parties subira le plus grand dommage selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond<sup>12</sup>.

L'affaire *Parkland*<sup>13</sup> représente la première contestation devant le Tribunal d'une procédure introduite par le commissaire aux termes de l'article 104. En avril 2015, le commissaire a contesté l'acquisition proposée par Parkland de Pioneer Energy, alléguant que l'opération aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans l'approvisionnement au détail en essence dans 14 marchés locaux (qui représentaient environ 10 % des activités acquises). Au même moment, le commissaire a présenté une demande au Tribunal en vue d'obtenir une ordonnance aux termes de l'article 104 interdisant aux parties de réaliser l'opération dans ces 14 marchés tant qu'une décision ne serait pas rendue dans le cadre

<sup>12</sup> Ces trois critères, qui s'appliquent aux demandes interlocutoires ou d'injonction en général (et non seulement aux affaires liées à la *Loi sur la concurrence*), ont été énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR – MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

<sup>13</sup> *Commissioner of Competition v. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Tribunal de la concurrence 4 [*Parkland*].

de la contestation du fusionnement par le commissaire et enjoignant la séparation des éléments d'actif dans ces 14 marchés, mais tout en permettant que l'acquisition, dans son ensemble, puisse aller de l'avant à l'égard du reste des activités de Pioneer. En mai 2015, le Tribunal a accordé une ordonnance provisoire enjoignant à Parkland et à Pioneer Energy de protéger et de tenir séparées les stations de vente d'essence au détail et les ententes d'approvisionnement connexe, mais seulement dans 6 de ces 14 marchés.

Le Tribunal mentionne que le premier critère qui doit être rempli pour qu'il puisse rendre une ordonnance en vertu de l'article 104 (c'est-à-dire, si « une question sérieuse doit être jugée ») établit un seuil peu élevé et, que s'il juge que la contestation du fusionnement sous-jacente n'est ni vexatoire ni frivole, il devrait déterminer qu'une question sérieuse doit être jugée.

Dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Parkland*, le Tribunal s'est attardé au deuxième critère, à savoir si le commissaire avait démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'il en résulterait un dommage irréparable si l'ordonnance provisoire demandée n'était pas accordée. À cet égard, le Tribunal a déclaré que le commissaire devait fournir une preuve « claire et non spéculative » [traduction] permettant au Tribunal de faire des inférences raisonnables et logiques quant à la façon dont le dommage irréparable allégué serait subi avant que le Tribunal ne rende l'ordonnance provisoire en vertu de l'article 104. Pour ce faire, le commissaire devait fournir certains éléments de preuve concernant les marchés pertinents et la satisfaction de certains critères qualitatifs<sup>14</sup>. Cependant, le Tribunal ajoute qu'il ne se penchera pas trop sur le fond de l'affaire à l'étape de l'injonction provisoire. Il ne requiert que la présentation d'une preuve « minimale » lui permettant de faire des inférences raisonnables et logiques quant aux dommages allégués<sup>15</sup>.

Dans le cas du troisième critère (parfois appelé la « balance des inconvénients »), le Tribunal a présumé que les mesures prises par le commissaire conformément à la Loi étaient dans l'intérêt public. Le Tribunal a accordé une importance considérable et déterminante à ce rôle de défenseur de l'intérêt public, sans toutefois tenter de quantifier le dommage qui serait vraisemblablement causé à la concurrence si aucune ordonnance de séparation des éléments d'actif n'était rendue en attendant l'issue du procès.

Il reste à voir si et comment certains aspects de l'approche adoptée dans l'affaire *Parkland* évolueront dans le contexte d'autres procédures soumises au Tribunal à l'avenir. Le débat est ouvert quant à savoir si le Tribunal s'est trop rangé à l'avis du commissaire et n'a pas fait suffisamment preuve de rigueur lorsqu'il a tenu compte des critères qui devaient être remplis pour qu'une ordonnance d'injonction puisse être rendue. Au nombre des questions qui restent à résoudre figurent notamment 1) l'importance relative qui devrait être accordée au rôle de défenseur de l'intérêt public qui est attribué au commissaire lorsque les parties peuvent

---

<sup>14</sup> *Parkland* au par. 93.

<sup>15</sup> *Parkland* aux par. 50 et 74. Le commissaire a soutenu que, sans ordonnance de séparation des actifs dans l'attente de la décision sur le fond, Parkland acquerrait une emprise sur le marché qui lui permettrait d'augmenter les prix de façon coordonnée et unilatérale dans 14 marchés locaux. Le Tribunal a rendu une ordonnance de séparation des actifs à l'égard de seulement 6 des 14 marchés, jugeant que le commissaire n'avait pas présenté des éléments de preuve suffisants pour établir les marchés ou la concentration de marché en question dans les 8 autres régions.

démontrer que l'ordonnance provisoire demandée entraînera vraisemblablement un dommage important (par exemple, l'échec de l'opération, des pertes sur le plan de l'efficacité et des pertes pour les actionnaires membres du public), et 2) la mesure suivant laquelle le Tribunal est disposé à évaluer les effets anticoncurrentiels allégués par le commissaire en particulier puisque les tribunaux d'instance supérieure au Canada ont tendance à imposer un fardeau plus lourd à la partie qui demande une mesure corrective extraordinaire telle qu'une injonction provisoire<sup>16</sup>. Lorsque des procédures telles que celles-ci sont entreprises par le commissaire, habituellement après avoir examiné une opération pendant des mois, il semble inéquitable et contraire à l'esprit de la Loi que le commissaire se voie imposer un fardeau aussi minimal lorsqu'il cherche à empêcher une opération. Comme l'illustre l'affaire *Parkland*, le Tribunal a, jusqu'à présent, assujéti le commissaire à des normes beaucoup moins élevées que celles qui s'appliqueraient devant les tribunaux d'instance supérieure.

De plus, bien que le commissaire soit tenu à un certain niveau de preuve dans le cadre d'une demande présentée en vertu de l'article 104, ce niveau, tel qu'il est établi dans l'affaire *Parkland*, est beaucoup moins élevé que la norme à laquelle les organismes antitrust américains sont tenus dans le cadre d'une demande d'injonction provisoire. Dans le fusionnement proposé de Staples et Office Depot, par exemple, le tribunal a décrit la norme applicable dans le cadre d'une demande d'injonction provisoire aux termes du paragraphe 13(b) de la loi des États-Unis intitulée *Federal Trade Commission Act* comme enjoignant au gouvernement de démontrer : 1) la probabilité que le requérant obtienne gain de cause sur le fond, et 2) que la balance des inconvénients penche en faveur d'une ordonnance d'injonction<sup>17</sup>. Même une lecture rapide de décisions récentes montre clairement que les tribunaux américains accordent beaucoup d'importance au bien-fondé d'une affaire et tiennent compte des éléments de preuve à l'étape de l'injonction interlocutoire. En pratique, le refus d'accorder une injonction provisoire dans les affaires introduites par le ministère de la Justice a habituellement mis fin au litige. Bien que la FTC ait comme politique d'évaluer chaque affaire au cas par cas quant à savoir s'il y a lieu de poursuivre le litige après s'être vu refuser une injonction provisoire, elle l'a rarement fait, et ne l'a certes pas fait au cours des dernières années<sup>18</sup>. De même, l'octroi d'une injonction provisoire a habituellement comme

<sup>16</sup> Voir, par exemple, *Kanda Tsushin Kogyo Co. Ltd. v. Coveley*, [1997] O.J. n° 56 (Cour div.) au par. 4.

<sup>17</sup> *Federal Trade Commission, Commonwealth of Pennsylvania, and the District of Columbia v. Staples, Inc. and Office Depot, Inc.*, 110 FTC (DDC 2016) à la page 14, citant *FTC v. Cardinal Health*, 12 F Supp (2d) 34 à la page 44 (DDC 1998) (voir [https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show\\_public\\_doc?2015cv2115-455](https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2015cv2115-455)) (disponible en anglais seulement). De même, le manuel de la division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis indique que les règles fédérales américaines ne prescrivent aucune norme aux fins de l'octroi ou du refus d'une injonction provisoire, mais un tribunal examinera : i) la probabilité que l'affaire soit jugée sur le fond en faveur du requérant, ii) la possibilité d'un dommage irréparable, iii) comment les dommages et les préjudices peuvent être répartis entre les parties, et iv) l'intérêt public. Voir le manuel de la division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis à la page IV-14 (<https://www.justice.gov/atr/file/761146/download>) (disponible en anglais seulement).

<sup>18</sup> Voir la déclaration de la FTC concernant la poursuite du litige après s'être vu refuser une injonction provisoire <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/950803administrativelitigation.pdf> (disponible en anglais seulement) et les décisions de la FTC de ne pas contester le fusionnement de Steris et de Synergy Health après s'être vu refuser une injonction provisoire : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/847203/151030sterissynergycommstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/847203/151030sterissynergycommstmt.pdf) (disponible en anglais seulement) et de ne pas contester le fusionnement de Arch Coal et de Triton Coal après s'être vu refuser une injonction provisoire : <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2005/06/ftc-closes-its-investigation-arch-coals-acquisition-triton-coal> (disponible en anglais seulement).

conséquence que les parties fusionnantes abandonnent l'opération<sup>19</sup>.

b) *Décision sur le fond – délais*

Les parties fusionnantes peuvent obtenir une décision sur le fond beaucoup plus rapidement aux É.-U. qu'au Canada, comme nous pouvons le constater notamment en comparant l'affaire *Parkland* à la contestation, sensiblement à la même époque, du fusionnement de Steris et Synergy Health par la FTC. La FTC avait des préoccupations concernant la possibilité que ce fusionnement empêche l'introduction de nouvelle concurrence aux É.-U. par Synergy eu égard à certains services de stérilisation par rayons X. La FTC a déposé sa plainte le 29 mai 2015 et le tribunal fédéral des É.-U. a rendu sa décision (refusant la requête en injonction provisoire) le 25 septembre 2015, après trois jours d'audience<sup>20</sup>. Par conséquent, les parties ont obtenu une décision sur le fond environ quatre mois après le dépôt de la plainte et ont été en mesure de réaliser leur opération peu de temps après que le tribunal eût refusé d'accorder l'injonction provisoire demandée<sup>21</sup>.

Le commissaire a déposé son avis de demande dans l'affaire *Parkland*, relative aux 14 marchés de vente au détail d'essence à l'égard desquels il contestait le fusionnement, le 30 avril 2015. Après un jour d'audience sur l'ordonnance provisoire, le Tribunal a rendu une ordonnance concernant le calendrier d'une audience sur le fond devant se tenir du 30 mai 2016 au 21 juin 2016 (15 jours d'audience), soit plus d'un an après le dépôt de l'avis. De plus, le Tribunal n'est assujéti à aucun délai précis pour rendre une décision à la suite d'une audience et, dans certains cas, des décisions ont été rendues plusieurs mois après l'audience. Par conséquent, la décision sur le fond dans l'affaire *Parkland* n'aurait sans doute pas été rendue avant l'écoulement d'une période allant bien au-delà d'un an après le dépôt de l'avis de demande si le litige avait suivi son cours<sup>22</sup>.

Le fusionnement de Staples et Office Depot nous fournit un autre exemple. Le même jour, soit le 7 décembre 2015, la FTC a déposé une plainte administrative aux États-Unis et le commissaire a déposé un avis de demande auprès du Tribunal de la concurrence. Aux É.-U., l'audience devant le tribunal fédéral sur l'injonction provisoire s'est déroulée sur une période de deux semaines et demie, soit du 21 mars au 5 avril 2016, et le tribunal a rendu sa décision le 10 mai 2016, soit

---

<sup>19</sup> Voir *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments* (8th ed. 2017) aux para 422 et 423. Par exemple, dans les affaires récentes Staples/Office Depot et Sysco/US Foods, les parties fusionnantes n'ont pas réalisé leurs opérations proposées à la suite de l'ordonnance d'injonction provisoire.

<sup>20</sup> Voir *Federal Trade Commission v. Steris Corporation*, Case No. 1:15CV1080 (Cour de district des É.-U., district nord-est de l'Ohio, division de l'Est).

<sup>21</sup> Voir <http://ir.steris.com/phoenix.zhtml?c=68786&p=irol-newsArticle&ID=2105140> (disponible en anglais seulement).

<sup>22</sup> Peu de temps avant l'audience prévue sur le fond, et à la suite d'un mécanisme de médiation mené par un membre judiciaire du Tribunal, Parkland et le commissaire ont réglé l'affaire en concluant le 29 mars 2016 un consentement qui prévoyait des mesures correctives dans huit marchés locaux, notamment le dessaisissement de certaines stations qui n'étaient pas visées par l'ordonnance de séparation des actifs rendue aux termes de l'article 104. Voir <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2016/03/le-bureau-de-la-concurrence-et-parkland-parviennent-a-une-entente-par-mediation-qui-se-traduit-par-la-vente-de-stations-d-essence-et-la-vente-d-actifs-en-ontario-et-au-manitoba.html>.

environ cinq mois après que la FTC a déposé sa plainte. Bien qu'une injonction provisoire ait été accordée et que l'opération ait été bloquée en raison de la procédure intentée aux É.-U., il était prévu que l'audience sur le fond devant le Tribunal se déroulerait sur une période de plus de six semaines, soit du 6 février au 23 mars 2017, également après l'écoulement d'une période allant bien au-delà d'un an après le dépôt par le commissaire de son avis de demande. Au Canada, compte tenu de l'approche actuelle adoptée dans l'affaire *Parkland*, non seulement cela prendra plus de temps pour obtenir une décision qui se penche en profondeur sur le fond d'une contestation par un organisme, mais l'audience comme telle est également susceptible de prendre vraisemblablement plus de temps qu'une audience sur une ordonnance d'injonction provisoire aux É.-U.<sup>23</sup>

Aux É.-U., les demandes d'injonction provisoire présentées par le ministère de la Justice sont traitées avec célérité par des tribunaux étatiques. Au Canada, le Tribunal a été créé en tant que tribunal spécialisé afin qu'une institution formée d'experts ne tranche que des questions liées à la concurrence dans les meilleurs délais. L'expérience nous suggère que cet objectif n'a pas été atteint.

### **3. Croisement avec l'examen aux termes de la *Loi sur Investissement Canada***

La *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC ») est la principale loi prévoyant l'examen des investissements étrangers au Canada. Une opération visant l'acquisition directe du contrôle d'une entité constituée au Canada qui exploite une entreprise canadienne et qui dépasse certains seuils financiers<sup>24</sup> ne peut être réalisée que si le ministre de l'Innovation, Sciences et Développement économique ou le ministre du Patrimoine canadien (le « ministre ») est d'avis que l'opération sera vraisemblablement à « l'avantage net du Canada ». Bien que le ministre tienne habituellement compte, dans le cadre de son évaluation selon le critère de l'avantage net du Canada, de facteurs tels que l'incidence de l'acquisition sur l'emploi au Canada, la participation de Canadiens à la gestion de l'entreprise et les plans en matière de dépenses en immobilisations et de recherche et développement au Canada, il est également obligé, aux termes de la LIC, de tenir compte de l'effet de l'opération sur la concurrence.

En pratique, le ministre consulte le commissaire au sujet de l'incidence de l'opération proposée sur la concurrence et s'abstient de déclarer que l'opération est à l'avantage net du Canada tant que le commissaire ne lui a pas donné son avis final quant à l'effet de l'opération sur la concurrence au Canada. Jusqu'à présent, les ministres n'ont pas été disposés à déclarer qu'une opération est à l'avantage net du Canada tant que les parties n'avaient pas entièrement réglé les questions liées à la concurrence avec le commissaire. Cette position confère dans les faits au commissaire le pouvoir unilatéral d'empêcher la réalisation d'une opération qui doit également être approuvée aux termes de la LIC tant que les parties n'ont pas réglé les questions liées à la

---

<sup>23</sup> Voir l'annexe B du présent document pour obtenir les principales dates des procédures relativement aux fusionnements dont il est question dans la présente partie.

<sup>24</sup> À l'heure actuelle, le seuil déclencheur d'un examen selon le critère de l'avantage net du Canada aux termes de la LIC est de 1 milliard de dollars canadiens ou de 1,5 milliard de dollars canadiens au titre de la valeur d'affaires pour bon nombre d'acquisitions, mais des seuils moins élevés s'appliquent dans le cas de certains autres types d'acquisitions, y compris des acquisitions par des entreprises d'État ou des acquisitions d'entreprises culturelles canadiennes.

concurrence à sa satisfaction, et ce, sans avoir à présenter une demande d'injonction au Tribunal, ni à respecter aucune des normes prévues par la *Loi sur la concurrence* pour la délivrance d'injonctions provisoires.

#### **4. Modifications proposées**

Afin d'harmoniser les mesures incitatives et la structure du mécanisme d'examen des fusionnements avec l'intention initiale de la législation de 2009, nous proposons les modifications suivantes au mécanisme d'examen des fusionnements canadien.

- a) *Approbation réputée si le commissaire ne rend pas de décision à la fin du délai d'attente*

Afin d'assurer que le commissaire communique réellement aux parties son point de vue dans le délai prévu par la législation de 2009, la Loi devrait être modifiée et prévoir que le commissaire est réputé avoir donné son approbation à la fin du délai d'attente<sup>25</sup> si, au plus tard à ce moment-là, 1) il n'a pas remis aux parties une lettre de non-intervention ou un certificat de décision préalable, 2) il n'a pas déposé un avis de demande auprès du Tribunal contestant l'opération, ou 3) il n'a pas obtenu le consentement des parties à une prorogation du délai pendant lequel le Bureau peut rendre une décision à l'égard des mesures prévues à l'alinéa 1) ou 2) ci-dessus. Un précédent utile de ce concept existe déjà dans la LIC, le ministre étant réputé approuver l'opération s'il ne donne pas aux parties son avis quant à savoir si l'opération est à l'avantage net du Canada avant la fin de la période d'examen prévue par la loi. Ce délai peut être prorogé par consentement des parties, mais les parties peuvent enjoindre le ministre à respecter le délai prévu par la loi si elles décident d'en faire ainsi<sup>26</sup>.

- b) *Clarifier la norme applicable pour que le Tribunal puisse rendre une ordonnance d'injonction provisoire*

À notre avis, si, après avoir passé plusieurs mois à examiner et à recevoir les nombreux renseignements qui lui sont communiqués, dont ceux qui lui sont fournis à la suite de la présentation d'une DRS de sa part, le commissaire souhaite contester un fusionnement, il devrait, à la fin du délai d'attente (sous réserve d'une prorogation possible maximale de 60 jours aux termes de l'article 100), être tenu de démontrer que l'opération aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence en étant assujéti à une norme plus élevée que celle que le Tribunal a adoptée dans l'affaire *Parkland*. En effet, aux termes du régime américain dont le mécanisme canadien actuel est censé s'inspirer, les autorités antitrust américaines sont tenues de démontrer, dans les plus brefs délais, la probabilité qu'elles obtiennent gain de cause dans le cadre de la décision rendue sur le fond.

Le Tribunal devrait également être tenu de quantifier le dommage qui devrait vraisemblablement

---

<sup>25</sup> Ou, selon le cas, à la fin de l'ordonnance d'injonction provisoire rendue aux termes de l'article 100. Voir la note 9 ci-dessus.

<sup>26</sup> Conformément à cette recommandation, les normes de service non contraignantes du Bureau pour l'examen d'opérations « complexes » devant faire l'objet d'un avis devraient être entièrement harmonisées avec les délais d'attente prévus par la loi (c'est-à-dire, 30 jours si aucune DRS n'est émise, plutôt que les 45 jours actuellement prévus si aucune DRS n'est émise).

s'ensuivre s'il ne rend pas l'ordonnance provisoire qui lui est demandée par le commissaire, plutôt que de nécessairement accorder une importance déterminante au rôle de protecteur de l'intérêt public général du commissaire. Quoi qu'il en soit, si aucune modification législative n'est apportée, le Tribunal pourrait toujours accorder une plus grande importance, dans les affaires qui lui seront soumises à l'avenir, aux dommages précis qui seront vraisemblablement causés s'il rend l'ordonnance. Par exemple, si le commissaire tente de bloquer une opération dans son entièreté, les parties pourraient être en mesure de démontrer des « inconvénients » importants et quantifiables pour les parties fusionnantes (et leurs actionnaires) si le Tribunal devait accorder l'injonction demandée et qu'une ordonnance plus restreinte était suffisante.

c) *Obliger le commissaire à respecter les délais prévus par la Loi sur Investissement Canada*

Le commissaire devrait être obligé de donner son point de vue sur l'effet de l'opération proposée sur la concurrence dans le délai suivant lequel le ministre est tenu de donner son avis quant à savoir si l'opération est à l'avantage net du Canada aux termes de la LIC<sup>27</sup>. En effet, à l'heure actuelle, le commissaire peut retarder tout le mécanisme en s'abstenant de donner son point de vue, laissant ainsi le ministre dans l'incertitude concernant l'un des éléments expressément mentionnés dans la LIC comme devant être évalués dans le cadre de son examen selon le critère de l'avantage net. Même si le commissaire soulève certaines préoccupations réelles ou potentielles, le ministre pourrait alors les prendre en considération et mesurer l'importance de l'effet sur la concurrence par rapport à d'autres facteurs pris en compte dans le cadre de son analyse selon le critère de l'avantage net. Dans certains cas, le ministre pourrait conclure que l'opération est vraisemblablement à l'avantage net du Canada malgré les préoccupations réelles ou potentielles soulevées par le commissaire. Par exemple, le commissaire pourrait avoir des préoccupations à l'égard d'un ou de plusieurs marchés relativement restreints. Le ministre pourrait également conclure que, étant donné que le commissaire est entièrement engagé dans l'affaire, il peut régler ses préoccupations au moyen du mécanisme prévu par la *Loi sur la concurrence*, notamment en demandant au Tribunal de rendre des ordonnances d'injonction, au besoin. Ainsi, toute préoccupation légitime concernant l'effet sur la concurrence serait réglée dans le cours normal par le commissaire aux termes de la *Loi sur la concurrence* et l'investisseur obtiendrait sans délai l'approbation aux termes de la LIC. Une telle approche serait conforme à l'échéancier précis dans le cadre duquel le commissaire serait tenu de donner son point de vue à l'égard d'un fusionnement devant faire l'objet d'un examen afin d'établir si elle soulève des questions d'intérêt public aux termes de la *Loi sur les transports au Canada*<sup>28</sup>.

d) *Plus grande portée des renvois soumis au Tribunal*

À l'heure actuelle, l'article 124.2 de la *Loi sur la concurrence* permet au commissaire de

---

<sup>27</sup> Il n'est pas nécessaire que le point de vue du commissaire soit communiqué de manière formelle, notamment au moyen d'un certificat de décision préalable ou d'une lettre de non-intervention, ou par l'introduction d'un litige. Par exemple, si les délais prévus par la LIC sont écoulés avant l'expiration du délai d'attente prévu par la *Loi sur la concurrence*, le commissaire pourrait simplement communiquer son point de vue au moment en question.

<sup>28</sup> Voir l'article 53.2 de la *Loi sur les transports au Canada* qui oblige le commissaire à faire rapport des questions relatives à la concurrence que soulève une opération dans un délai de 150 jours, ou dans le délai plus long que le ministre peut lui accorder.

soumettre en tout temps au Tribunal toute question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure. Une personne visée par une enquête (ce qui comprend les parties à un fusionnement qui est contesté par le commissaire) peut soumettre toute question de cet ordre (de même que toute question mixte de droit et de fait), mais seulement avec le consentement du commissaire. Afin de pouvoir évaluer certains éléments clés à l'égard desquels elles estiment que le commissaire agit de manière déraisonnable ou refuse de communiquer des renseignements, les parties fusionnantes devraient être autorisées à soumettre au Tribunal une question (y compris une question mixte de droit et de fait) sans la permission du commissaire.

Les décisions rendues dans le cadre de ces renvois pourraient régler ou viser des questions permettant au Bureau de poursuivre son examen de manière plus efficace. Le Tribunal pourrait régler tout abus de cette procédure de renvoi si une des parties décidait de l'utiliser de manière excessive ou inappropriée.

Bien que, jusqu'à présent, les DRS transmises par le Bureau aient eu tendance à être moins exigeantes que leur équivalent aux É.-U., soit les « deuxièmes demandes » présentées par les autorités antitrust des É.-U., le fait de conférer au Tribunal le pouvoir d'examiner des DRS et d'éliminer les exigences inutiles et revêtant peu d'importance permettrait également de baliser de façon appropriée le pouvoir autrement illimité du Bureau d'imposer aux parties fusionnantes des exigences extrêmement lourdes en matière de production de renseignements<sup>29</sup>. Étant donné que les parties qui ont reçu une DRS ne peuvent réaliser l'opération proposée tant qu'elles ne se sont pas conformées à la DRS, ou à moins que le commissaire ne renonce au délai d'attente, l'octroi de ce pouvoir d'examen supplémentaire n'aurait pas pour effet d'empêcher le Bureau d'effectuer son examen.

*e) Rajuster les seuils de préavis et les exceptions*

Le très grand pourcentage d'examens de fusionnements conclus sans problème (soit environ 97 % des examens de fusionnements effectués par le Bureau depuis 2009) est représentatif des coûts importants et inutiles qui sont imposés aux entreprises (en sus des droits de dépôt de 50 000 dollars) et aux contribuables. Le commissaire mentionne également des limites sur le plan des ressources comme principal défi. À l'évidence, les statistiques montrent qu'une grande part des ressources du Bureau sont présentement affectées à des dossiers qui ne soulèvent aucune préoccupation aux termes de la Loi. Ces deux constatations suggèrent que quelque chose doit être fait sur le plan des seuils de préavis et de la portée des exceptions relatives au préavis obligatoire. D'abord, il faudrait envisager la possibilité d'augmenter les seuils applicables en matière de préavis. À tout le moins, le seuil relatif à la taille des parties, qui est actuellement de 400 millions de dollars, devrait être indexé annuellement en fonction de l'inflation, à l'instar des révisions annuelles du seuil relatif à la taille de l'opération. (Le seuil de 400 millions de dollars n'a pas été modifié depuis son introduction en 1987.) Puis, la création d'exceptions pour les fusionnements qui ne soulèvent aucun problème, tels que les fusionnements dans les secteurs des

<sup>29</sup> De même, les demandes d'ordonnances du tribunal exigeant la production de renseignements ou de documents aux termes de l'article 11 de la Loi devraient également faire l'objet d'un avis aux intimés (c'est-à-dire, les personnes auxquelles il est ordonné de produire les renseignements ou les documents) afin de permettre à ceux-ci de soumettre leurs préoccupations au tribunal avant que l'ordonnance soit rendue. Le commissaire devrait être tenu de démontrer la nécessité d'une demande *ex parte*, contrairement au mécanisme actuel qui prévoit que toutes les demandes d'ordonnances de ce type doivent être *ex parte*.

ressources pétrolières et gazières en amont et de l'immobilier, viendrait immédiatement réduire considérablement le nombre de préavis, ce qui permettrait au Bureau de se concentrer sur d'autres questions qui sont davantage susceptibles de soulever des préoccupations sur le fond<sup>30</sup>. Compte tenu du pouvoir du Bureau de contester une opération jusqu'à un an après la clôture de celle-ci, même dans les cas extrêmement rares où une préoccupation de fond pourrait être soulevée dans ces secteurs, le fait que ces opérations visent principalement des biens durables qui ne peuvent être « mêlés » avec d'autres biens signifie que le Bureau pourrait vraisemblablement encore exercer un recours même si l'opération n'est pas assujettie à l'obligation de préavis et que les parties réalisent celle-ci avant que le Bureau ait procédé à un examen.

## **5. Conclusion**

L'incertitude et le ralentissement possible des investissements découlant du régime d'examen des fusionnements actuel font augmenter les coûts des opérations, retardent les retombées économiques pouvant découler de telles opérations et laissent les parties aux fusionnements qui posent problème sans moyen réaliste pour enjoindre au commissaire et au Bureau de faire preuve de transparence et d'efficacité dans le cadre de leur analyse et pour leur imposer une obligation de reddition de comptes.

Près de 10 ans se sont écoulés depuis les dernières modifications législatives apportées à la *Loi sur la concurrence* et plus de 30 ans depuis l'introduction du régime d'examen des fusionnements. L'expérience ancienne et récente suggère que, de toute évidence, il est rendu nécessaire d'examiner de plus près le cadre d'examen des fusionnements et les organismes qui en sont chargés au Canada ainsi que les éléments connexes de la *Loi sur la concurrence* afin de rétablir l'équilibre et d'améliorer l'efficacité de cette loi, tout en assurant la transparence du régime d'application et des organismes qui en sont chargés ainsi qu'une meilleure reddition de compte de la part de ces derniers.

---

<sup>30</sup> Il ne serait pas nécessaire d'apporter des modifications législatives pour prévoir de nouvelles exceptions; celles-ci pourraient être prévues par règlement, comme ce fut le cas pour l'exception relative à certains types d'acquisitions d'actifs entreprises en vue de donner effet à des titrisations d'actifs.

## ANNEXE A

### **Déclarations du Bureau de la concurrence devant le Parlement en 2009 dans le cadre du projet de la loi C-10 (adoptant le mécanisme d'examen des fusions actuel)**

*Collette Downie, directrice générale, Direction générale des politiques-cadres du marché, Industrie Canada*

- « Le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence a recommandé des changements à la *Loi sur la concurrence*, que le gouvernement a adoptés, pour faire en sorte que le processus d'examen des fusions au Canada permette au Bureau de la concurrence d'obtenir l'information requise de la part des parties à la fusion pour évaluer correctement les effets d'une fusion et prendre la bonne décision, soit contester, soit approuver la fusion, et ce, en temps opportun.

Il a aussi recommandé, et ceci a été mis de l'avant par le groupe d'étude, que les entreprises doivent avoir le plus de certitude possible quant au processus et au calendrier de leurs transactions. C'est ainsi que le Canada maintient sa réputation de pays de choix pour l'investissement. En vertu des anciennes dispositions, les parties pouvaient conclure un projet de fusion après 42 jours, même si elles n'avaient pas transmis au Bureau de la concurrence l'information dont il avait besoin pour déterminer si la fusion pouvait nuire à l'économie. Plus encore, le Bureau de la concurrence devait avoir recours aux tribunaux pour faire face à la non-coopération des parties, un processus qui était rigide et qui ne laissait pas au Bureau de la concurrence suffisamment de temps pour examiner adéquatement des fusions complexes d'une manière informée et rapide. Dans le cadre du nouveau régime, les entreprises qui fusionnent apprennent en moins de 30 jours si leur projet de transaction soulève de graves préoccupations. La vaste majorité des transactions devraient être autorisées au cours de la période initiale de 30 jours, et souvent plus rapidement. Quant au petit nombre de fusions pouvant être nuisibles, soit entre quatre et six par année environ, les entreprises seront informées des renseignements supplémentaires qu'elles devront fournir pour nous permettre d'effectuer une analyse plus approfondie. Lorsque l'information supplémentaire est communiquée, le Bureau de la concurrence disposera de 30 jours pour décider de contester ou non la fusion.

...

En ce qui concerne les fusions, l'idée était d'harmoniser les deux processus de sorte que le nouveau processus soit très semblable, sur le plan de la structure à tout le moins, à celui des États-Unis, et que les calendriers se ressemblent aussi. S'il y a des transactions transfrontalières, les entreprises recevront, espérons-le, des demandes de renseignements semblables à des moments semblables, et les deux organismes de la concurrence devront travailler relativement en parallèle.» (C'est nous qui soulignons.) (Le 13 mai 2009 : témoignage devant le comité sénatorial des Banques et du commerce.)

- Le Sénateur Callbeck : « Le fait est que cette procédure à deux étapes pourrait être plus

lourde, plus longue et plus coûteuse. »

Collette Downie: « Je ne le crois pas. La disposition a été conçue de façon à réduire le fardeau actuel des entreprises obligées de donner suite aux assignations, à cause de la rigidité de ce mécanisme et des contraintes de temps ... Les modifications [apportées au projet de loi C-10] ne permettent plus aux parties [de faire traîner les choses] ... [le Bureau] aura maintenant le temps et il aura des raisons de s'asseoir avec les parties ... pour écarter certains enjeux de la table et cerner exactement quels renseignements sont requis et quels renseignements existent ... À l'heure actuelle, le système ne laisse que peu de flexibilité à cet égard. » (Le 11 mars 2009, témoignage devant le comité sénatorial des Finances nationales.)

*Adam Fanaki, sous-commissaire principal intérimaire de la concurrence, Bureau de la concurrence – Direction générale des fusions, Industrie Canada*

- « Si je puis ajouter un mot, nous focalisons sur un aspect du mécanisme d'examen des fusions qui ne s'applique que dans les cas relativement rares où il se pose des questions de fond. Le mécanisme proposé sera plus flexible et plus collaboratif, car nous le sortons du monde du contentieux, où il faut demander une ordonnance judiciaire pour obtenir l'information, et l'intégrons au monde de la coopération. Outre ce réaménagement du mécanisme, le projet de loi C-10 va réduire le nombre des fusions devant être déclarées au Bureau de la concurrence en majorant les seuils déclenchant l'obligation de notification; il réduira de trois à un an le délai pendant lequel le Bureau peut contester une fusion après clôture; et inscrit en droit [l']obligation [du Bureau] d'aviser les parties dans un délai de 30 jours après réception de l'information pertinente si une fusion va être contestée. » (C'est nous qui soulignons.) (Le 11 mars 2009, témoignage devant le comité sénatorial des Finances nationales.)

### **Autres déclarations relatives aux modifications de 2009**

*Melanie Aitken, commissaire de la concurrence, Bureau de la concurrence*

- [Traduction] « En apportant les modifications de 2009 au mécanisme d'examen des fusionnements, le Parlement a délaissé la notion d'« équilibre », qui a été mal comprise, et adopté plutôt une approche qui privilégie de façon non équivoque l'intérêt public, mais tout en imposant certaines restrictions à l'organisme d'enquête (par exemple, les parties peuvent réaliser leurs fusionnements proposés 30 jours après s'être conformées à une demande de renseignements supplémentaires). À mon avis, la nouvelle version du modèle d'enquête, qui harmonise davantage les motivations des parties fusionnantes avec celles du Bureau dans le cadre d'examens de fusionnements suffisamment approfondis, met l'accent au bon endroit. Le Bureau se voit maintenant accorder un accès considérable aux renseignements importants en temps opportun, alors que le mécanisme prévoit certaines mesures plus strictes afin de s'assurer que le Bureau soit fortement encouragé à procéder à son examen de manière expéditive, tout en étant bien conscient de l'importance, s'il veut maintenir sa crédibilité, de ne pas imposer un fardeau plus lourd que nécessaire sur les épaules de ceux qui sont visés par

ses travaux<sup>31</sup>. » (C'est nous qui soulignons.)

*Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, Foncer pour gagner, Rapport final : juin 2008*

- « À la lumière de ces enjeux et en raison de l'importance d'un meilleur alignement du processus canadien d'examen des fusions avec celui des États-Unis, le Groupe d'étude estime qu'il serait avantageux pour le Canada de revoir son processus d'examen afin d'y intégrer deux étapes qui permettraient d'en arriver à une meilleure concordance entre ses procédures et celles des États-Unis. Cette modification répartirait les cas de fusion en deux catégories : celles qui mènent à une conclusion (sont approuvées) dans les 30 jours du dépôt initial, et celles de « deuxième étape » qui soulèvent des enjeux complexes de concurrence. Cette seconde étape serait sujette à une période d'examen additionnelle qui prendrait fin 30 jours après la conformité complète à une deuxième demande de renseignements<sup>32</sup>. » (C'est nous qui soulignons.)

---

<sup>31</sup> Melanie Aitken, « The 2009 Amendments to the Competition Act: Reflecting on their Implementation and Enforcement, and Looking Toward the Future », *Revue canadienne du droit de la concurrence*, 2012 vol. 25 n° 2, pp. 653 à 663 (les « Réflexions sur les modifications de 2009 »). M<sup>me</sup> Aitken était la commissaire au moment où les modifications de 2009 ont été examinées et adoptées.

<sup>32</sup> À la p. 65. Voir [https://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer\\_pour\\_gagner.pdf/\\$FILE/Foncer\\_pour\\_gagner.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf). L'ancienne commissaire Aitken a décrit le rapport et les recommandations du Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence comme étant la « source immédiate » (*immediate source*) des modifications de 2009 (voir les « Réflexions sur les modifications de 2009 », note 29 ci-dessus, à la p. 660); ce rapport et ces recommandations ont également été mentionnés dans les témoignages devant le Parlement portant sur ces modifications, notamment par la directrice générale, Direction générale des politiques-cadres du marché, Industrie Canada, qui chapeautait le Bureau de la concurrence à ce moment-là.

**ANNEXE B**

**Exemples d'échéanciers dans le cadre de contestations de fusions anticoncurrentiels au Canada et aux É.-U.**

<b>Fusionnement</b>	<b>Début de la contestation</b>	<b>Audience de l'ordonnance provisoire</b>	<b>Décision sur l'ordonnance provisoire</b>	<b>Audience sur le fond</b>	<b>Clôture</b>	<b>Temps écoulé jusqu'à la décision sur le fond</b>
Steris et Synergy (FTC)	29 mai 2015	Du 17 au 19 août 2015	24 septembre 2015	s.o.	2 novembre 2015	4 mois après le dépôt de la plainte
Parkland (Canada)	30 avril 2015	7 mai 2015	29 mai 2015	Un consentement a réglé le dossier, mais il était prévu que l'audience se tiendrait du 30 mai au 21 juin 2016	25 juin 2015	Il était prévu que l'audience devant le Tribunal débiterait <u>13 mois</u> après le dépôt de l'avis de demande du commissaire
Staples et Office Depot (É.-U.)	7 décembre 2015	Du 21 mars au 5 avril 2016	10 mai 2016	s.o.	s.o.	5 mois après le dépôt de la plainte
Staples et Office Depot (Canada)	7 décembre 2015	s.o.	s.o.	L'opération a été abandonnée à la suite de la décision rendue aux É.-U., mais il était prévu que l'audience se tiendrait du 6 février au 23 mars 2017	s.o.	Il était prévu que l'audience devant le Tribunal débiterait environ <u>14 mois</u> après le dépôt de l'avis de demande du commissaire

## **Montréal**

1501, avenue McGill College  
26<sup>e</sup> étage  
Montréal (Québec) H3A 3N9  
TÉL 514.841.6400

## **Toronto**

155 Wellington Street West  
Toronto, ON M5V 3J7  
TÉL 416.863.0900

## **New York**

900 Third Avenue  
24th Floor  
New York, NY USA 10022  
TÉL 212.588.5500