

LA RÉALISATION D'UN JUSTE ÉQUILIBRE : UN QUART DE SIÈCLE D'EXAMENS DE FUSIONS AU CANADA

Paul Collins et Michael Laskey

*Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., S.r.l.*¹

I. Introduction

L'année 1986 a constitué un tournant dans l'histoire de la politique canadienne en matière de fusions. Avant l'adoption de la *Loi sur la concurrence*², les fusions au Canada avaient été assujetties à de strictes interdictions criminelles, ainsi qu'à un vague test d'intérêt public qui – ayant été conçu pour répondre à des situations de congolérats et d'ententes sur les prix – était tout à fait mal adapté à l'examen de fusions. En dépit de l'opposition farouche qui avait été manifestée à son encontre à l'époque par l'industrie canadienne, la Loi a établi un processus d'examen au civil mieux adapté, qui s'est avéré beaucoup plus efficace en apportant à l'application du droit des fusionnements la précision et la certitude requises.

Cela fait longtemps que l'on reconnaît que le Canada, dont l'économie est beaucoup plus restreinte que celle des États-Unis, ne peut fonder son régime des fusions uniquement sur des facteurs structurels. D'une part, les marchés canadiens pourraient avoir besoin d'entreprises dont le ratio de concentration est plus élevé afin de réussir à atteindre de plus importantes économies d'échelle. D'autre part, si l'on permettait à des entreprises de procéder à une fusion inefficace, les conséquences pourraient être plus graves dans le contexte d'une économie restreinte comme celle du Canada qu'elles ne le seraient dans le cadre d'une économie plus vaste, comme celle des États-Unis³. L'examen de fusions au Canada doit être un processus adaptatif, qui est minutieusement ajusté aux particularités de l'économie canadienne.

Ainsi, depuis 1986, un thème clé de l'évolution de la politique canadienne en matière de fusionnements a été la recherche d'un équilibre entre les droits et les pouvoirs du secteur public et ceux du secteur privé. Les entreprises ont besoin d'un vaste pouvoir d'appréciation discrétionnaire afin d'entreprendre des fusions qui sont économiquement efficaces et, par-dessus tout, elles ont besoin de certitude par rapport aux normes qui s'appliqueront lors de l'examen de leurs fusions. Le secteur public a simultanément besoin des outils et du temps nécessaire pour procéder à un examen approfondi des fusions afin de pouvoir les interdire ou de les restreindre si celles-ci s'avèrent préjudiciables et inefficaces. Aujourd'hui, plus d'un quart de siècle après l'adoption de la Loi, il

est utile de se livrer à une réflexion sur les grandes avancées du droit canadien des fusionnements et les effets de ces avancées sur cet important équilibre.

II. La Loi de 1986 et la transition de loi criminelle à loi civile

Même si cela fait depuis 1889 que le Canada est doté d'un texte législatif en matière de concurrence⁴, ce n'a été qu'avec l'adoption par Mackenzie King en 1910 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (« *Combines Investigation Act* »)⁵ que la définition de « coalition » a été élargie de manière à y incorporer les fusions (et les monopoles). À cette époque, les fusions étaient définies comme étant des acquisitions [TRADUCTION] « dont l'effet est de diminuer ou de risquer de diminuer la concurrence, au détriment ou à l'encontre des intérêts du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de fabricants ou d'autres parties »⁶. Comme l'ont fait remarquer M. Dunlop et ses collaborateurs, cette approche visait à interdire des fusions présentant des [TRADUCTION] « caractéristiques préjudiciables », mais assignait aux tribunaux la tâche de déterminer ce que comporteraient ces caractéristiques⁷. Les lois sur les fusions étaient également des lois criminelles : si une commission d'enquête jugeait qu'une fusion était en violation de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, la coalition avait l'obligation de cesser ses activités illicites dans un délai de dix jours, sans quoi elle était passible d'une amende maximale de 1 000 \$ par jour⁸.

Les fusions sont demeurées assujetties au droit pénal jusqu'à l'adoption de la Loi en 1986. En outre, de 1910 à 1986, les tribunaux ont donné au test nébuleux d'intérêt public une interprétation très restreinte. Par exemple, dans l'affaire *BC Sugar*, une cour manitobaine a jugé que l'acquisition d'une entreprise dans le but [TRADUCTION] « d'anéantir un concurrent » ne constituait pas en soi un crime⁹. Dans la cause *K.C. Irving*, la Cour suprême a statué que le fait qu'une société détenait une part de marché de 100 % ne tendait pas, en soi, à indiquer l'existence d'une coalition illicite¹⁰. Des affaires telles que celles-ci soulignent le scepticisme des tribunaux face à l'usage d'un test imprécis d'intérêt public dans le contexte d'une loi pénale.

Faisant face à des décisions des tribunaux qui limitaient la portée de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, et s'étant rendu compte que le droit pénal n'était pas le contexte approprié pour l'examen de fusionnements proposés, le gouvernement a chargé le Conseil économique du Canada, nouvellement constitué, de recommander des modifications¹¹. En 1969, le Conseil a publié son rapport provisoire de 244 pages, dans lequel il prônait un nouveau régime civil d'examen des fusions¹². Les tentatives du gouvernement de mettre en œuvre les changements proposés ont suscité une critique vigoureuse de la part de la communauté d'affaires, qui faisait valoir que ces changements auraient

pour effet de retirer les pouvoirs décisionnels des entreprises et de les centraliser [TRADUCTION] « entre les mains d'un groupe de technocrates qui ne sont liés que par les plus floues des règles »¹³. Si la mise en œuvre des changements les plus importants et les moins controversés a eu lieu en novembre 1973, lors de ce qui avait été nommé l'« Étape I des modifications », il a fallu une décennie de plus avant de voir la concrétisation du reste des changements. L'Étape II des modifications, qui comprenait l'adoption de la *Loi sur la concurrence*, a mis en place, pour la première fois, un régime civil d'examen des fusions et un tribunal quasi judiciaire spécialisé chargé de statuer sur les contestations de fusionnements.

La Loi a produit de très importants changements au régime d'examen des fusions au Canada. Elle a mis en place un ensemble de règles de préavis de fusionnements principalement fondées sur celles prévues dans la loi américaine connue sous le nom de *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*¹⁴, qui exigent une divulgation proactive de fusions lorsque la taille de la transaction excède les seuils établis, puis une période d'attente pendant laquelle les parties ne peuvent conclure la fusion. À l'époque, les périodes d'attente prescrites étaient de sept ou de 21 jours, selon que les parties déposaient un préavis abrégé ou détaillé. L'expérience acquise avec le nouveau régime a mené à un ajustement plus précis entre les responsabilités et les droits publics et privés, et les périodes d'attente ont ainsi été ultérieurement prolongées jusqu'à 14 et 42 jours respectivement¹⁵. En dépit des modifications apportées aux divers frais et seuils associés aux préavis et de l'élimination de la distinction entre les préavis abrégés et détaillés, ce mécanisme de préavis subsiste encore aujourd'hui.

De manière à permettre l'évaluation des effets d'une fusion, la Loi a également établi le critère « de vraisemblance que la fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence » (« **critère EDSC** »). Compte tenu des préoccupations suscitées par le manque de précision de l'ancien test d'intérêt public, la Loi prévoit aussi une liste non limitative de facteurs judiciaires qui requièrent des compétences en économie, et qui doivent être utilisés dans l'évaluation de la vraisemblance qu'une fusion répond à ce qu'il est convenu d'appeler le critère EDSC¹⁶. Ces « facteurs de l'article 93 » (dont l'importance de la concurrence étrangère, la probabilité de la déconfiture d'une partie à la fusion, la disponibilité de produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties à la fusion, les entraves à l'accès au marché, la nature et la portée des changements et des innovations qui affecteront le marché concerné) demeurent également en grande partie inchangés. Afin de répondre aux inquiétudes alimentées par l'économie canadienne relativement restreinte et, tel que

mentionné ci-dessus, par le caractère inapproprié, au Canada, du seul usage de facteurs structurels, le paragraphe 92(2) de la Loi prévoit que le Tribunal de la concurrence ne peut, pour empêcher un fusionnement, se fonder uniquement sur des éléments de preuve qui font état de la concentration du marché ou de parts de marché.

Enfin, et contrairement à son équivalent américain, la Loi reconnaît expressément les gains en efficience économique qui contrebalancent les effets anticoncurrentiels d'une fusion, et exige du Tribunal qu'il examine les gains en efficience séparément des effets anticoncurrentiels. Ce « moyen de défense des gains en efficience », qui est souvent cité comme étant la preuve que l'application de la Loi exige des compétences en économie, est également devenu une partie intégrante du processus d'examen des fusions au Canada, en dépit de tentatives éphémères de l'abroger au milieu des années 1990. Toutefois, la commissaire de la concurrence a récemment suggéré qu'une analyse dissociée des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels pourrait ne pas être la meilleure méthode pour évaluer les retombées de fusions¹⁷. La plus récente édition des *Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions* publiée par le Bureau de la concurrence, omet toute référence à l'affaire *Superior Propane*, où le Tribunal avait appliqué, dans son évaluation des effets des gains en efficience, la méthode des « coefficients pondérateurs »¹⁸.

En somme, bien que la Loi ait évolué et ait été modifiée depuis 1986, alors que les parties prenantes ont mieux compris ses effets et ont minutieusement ajusté l'équilibre entre les droits publics et privés, les principes clés du processus canadien d'examen des fusions demeurent, pour l'essentiel, inchangés. Cependant, quelques-unes des grandes questions d'interprétation qui se posaient en 1986 (comme par exemple comment définir ce que constitue un marché dans le cadre de marchés internationaux) subsistent encore aujourd'hui.

III. Contrastes entre le processus canadien d'examen des fusions et les processus américain et européen

Les similarités et les différences entre les systèmes d'examen des fusions au Canada, aux États-Unis et ceux appliqués par la Commission européenne sont innombrables, et une liste exhaustive n'en sera donc pas dressée dans le présent article. En analysant l'efficacité des dispositions de la Loi qui portent sur les fusions, il est cependant instructif de prendre note des principaux écarts par rapport aux méthodes adoptées aux États-Unis et appliquées par la Commission européenne, ainsi que de la manière dont ces écarts se répercutent sur l'équilibre entre les droits et pouvoirs publics et privés.

i. Examen des fusions aux États-Unis

Ce n'est un secret pour personne que le régime canadien d'examen des fusions – dont le processus de préavis établi en 1986, et le régime en deux étapes de demande de renseignements supplémentaires (le « *second request regime* ») établi en 2009 – s'inspire en grande mesure de son équivalent américain. Le fait que, pour l'essentiel, le Canada et les États-Unis « parlent le même langage » en matière de principes d'examen des fusions est bénéfique, en ce sens que cela permet une communication et une collaboration productives entre le Bureau de la concurrence et les agences américaines d'examen des fusions. Dans les deux pays, l'évaluation des fusions est fondée sur les mêmes grands objectifs économiques et le processus d'examen des questions de fond (par exemple, définition du marché, facteurs structurels, probabilité d'effets anticoncurrentiels, probabilité que le marché connaisse une expansion ou que de nouvelles entreprises y accèdent, et gains en efficience) y est souvent semblable.

Il existe cependant, entre les processus d'examen des fusions au Canada et aux États-Unis, des différences essentielles de procédure et de principe, qui mènent à un équilibre différent entre les droits publics et privés. Par exemple, les seuils applicables aux parties et aux transactions aux États-Unis sont moins élevés que les seuils canadiens correspondants¹⁹. Les seuils canadiens plus élevés exigent que le commissaire de la concurrence soit d'autant plus proactif dans son suivi des informations diffusées par les médias, afin de veiller à ne pas manquer des transactions de moindre envergure qui pourraient s'avérer problématiques; les préoccupations au sujet de « *midnight mergers* » (« fusions de minuit », c'est-à-dire des fusions qui ont lieu sans que les agences concernées en soient préalablement avisées) ont d'ailleurs été une considération majeure dans l'adoption, aux États-Unis, de la *HSR Act*²⁰. Ce faisant, le vaste déploiement de la *HSR Act* pourrait en faire un outil d'autant plus émoussé : il est d'ailleurs établi qu'une grande proportion des transactions qui font l'objet de préavis aux États-Unis ne sont pas assujetties à une enquête approfondie.

Comme pour le régime de préavis, la principale différence entre les « *second requests* » aux États-Unis et la procédure récemment instaurée de demande de renseignements supplémentaires (« **DRS** ») au Canada, est que les demandes américaines sont souvent moins soigneusement adaptées aux spécificités de la transaction concernée que les canadiennes. En ce qui concerne les DRS, la *Federal Trade Commission* (« **FTC** ») aux États-Unis et le ministère de la Justice (« **MDJ** ») au Canada ont traditionnellement adopté une approche « fourre-tout » qui se solde par de vastes et coûteuses procédures d'examen qui obligent souvent les parties à la fusion à avoir recours aux services de tiers pour la gestion et l'étude des documents. Les coûts élevés et les délais importants

qu'entraînent les DRS ont mené à des tentatives de réforme (par exemple, le MDJ et la FTC signent maintenant régulièrement des « accords sur les procédures et les délais », qui ont été conçus pour préciser et limiter la portée des DRS une fois présentées). Même si le régime des DRS n'est entré en vigueur au Canada que depuis un peu plus de trois ans (et que seules 19 DRS ont été présentées jusqu'à aujourd'hui)²¹, le Bureau de la concurrence s'est fixé le but de rédiger des DRS qui sont plus beaucoup plus ciblées que les « *second requests* » aux États-Unis, afin que les parties puissent y répondre relativement rapidement et sans avoir besoin d'engager des tiers prestataires de services. En outre, le Bureau engage régulièrement un dialogue avec les parties à la fusion avant la présentation d'une DRS, ce qui n'est pas une méthode que suivent les agences américaines.

Au Canada, les seuils plus élevés en matière de préavis donnent un avantage relatif aux fusionnements de faible envergure qui peuvent parfois réussir à éviter les systèmes de détection du Bureau de la concurrence et ainsi échapper à un examen détaillé. Par ailleurs, le Bureau a pour pratique de généralement approuver les fusions (en délivrant notamment un certificat de décision préalable ou, plus couramment, une lettre de non-intervention), pratique qui pourrait être plus difficile à maintenir si le Bureau faisait constamment face à une avalanche de préavis portant sur des fusionnements de faible envergure. En outre, l'article 97 de la Loi, qui prévoit qu'une fusion ne peut plus être contestée lorsqu'elle a été pour l'essentiel complétée depuis plus d'un an, limite la capacité du Bureau de s'opposer à des transactions déjà fermées. Les États-Unis, en revanche, ne sont pas dotés d'une telle prescription. L'approche ciblée que le Bureau a adoptée en matière de DRS se traduit par un processus d'examen des fusionnements qui est simplifié et efficace, et qui est en règle générale mené à bonne fin plus rapidement et à moindre coût, autant pour le Bureau que pour les parties à la fusion.

ii. Examen des fusions en Europe

Contrairement à la Commission européenne, le Canada a abandonné la distinction entre les préavis de fusionnement « abrégés » et « détaillés ». Au Canada, le même formulaire de préavis doit être utilisé pour toutes les transactions, indépendamment de leur complexité. Le formulaire de préavis canadien est toutefois bien moins onéreux que le très complet « formulaire CO » européen. En dépit de cette différence, la structure d'ensemble du processus d'examen des fusions est semblable au Canada et au sein de l'Union européenne : la présentation d'une DRS au Canada dans le cas de transactions complexes peut être comparée à une décision de la Commission européenne, en vertu de l'alinéa 6 1.c) du règlement CE sur les concentrations, à l'effet que

« [...] la concentration notifiée [...] soulève des doutes sérieux [...] », ainsi qu'au commencement d'une enquête de phase II sur des concentrations. Contrairement à une DRS, cependant, le délai d'attente dans une enquête de phase II débute immédiatement après la prise de la décision en vertu de l'article 6 du règlement CE sur les concentrations. (Au Canada, dans le cas de fusions amicales, le deuxième délai d'attente prévu par la loi ne débute qu'après que les deux parties ont répondu à toutes les demandes de leur DRS.)

La principale différence entre les régimes d'examen des fusions applicables au Canada et par la Commission européenne est que, contrairement à la Commission européenne, le ou la commissaire de la concurrence ne peut unilatéralement interdire (en totalité ou en partie) ou dissoudre un fusionnement. Il ou elle devra dans chaque cas déposer une demande devant le Tribunal de la concurrence, dont la décision pourra ensuite être portée en appel devant la Cour d'appel fédérale, puis en dernier ressort devant la Cour suprême du Canada. En revanche, en Europe, la Commission européenne peut unilatéralement rendre une ordonnance en vertu des paragraphes 3 ou 4 de l'article 8 du règlement CE (qui prévoient, respectivement, l'interdiction d'un fusionnement envisagé ou la dissolution d'un fusionnement réalisé prématurément); la Commission est toutefois tenue d'émettre un énoncé des objections, et les parties à la fusion jouissent du droit qui en découle, soit d'accéder au dossier et de demander une audition formelle²². Le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes n'interviendront que si une décision défavorable est portée en appel.

En raison de cette différence, le Canada et la Commission européenne ont, en fait, des fardeaux de preuve opposés dans les cas où l'autorité anti-trust concernée souhaiterait interdire (en totalité ou en partie) ou dissoudre un fusionnement. Au Canada, il existe une présomption qu'un fusionnement sera autorisé, et il revient donc au commissaire de convaincre le Tribunal de la concurrence (et peut-être également les tribunaux) qu'il faudrait interdire (en totalité ou en partie) ou dissoudre un fusionnement, avant qu'il ne soit possible d'appliquer de telles mesures correctives. En Europe, une ordonnance en vertu des paragraphes 3 ou 4 de l'article 8 du règlement CE entraîne une présomption d'« incompatibilité avec le marché commun » et les parties à la fusion concernée doivent avoir gain de cause en appel d'une telle ordonnance devant les tribunaux européens avant de pouvoir procéder au fusionnement. Ceci constitue une importante différence de philosophie en ce qui a trait à la répartition des droits et des pouvoirs entre les secteurs public et privé. Une explication de cette différence pourrait être que le droit canadien des fusionnements a été mis en œuvre dans le but de *maintenir* un marché préexistant

présupposé concurrentiel, alors que le traité de la CE cherche à *former* une union économique concurrentielle.

Contrairement à la situation qui existe au Canada, où le ou la commissaire ne porte l'affaire devant le Tribunal de la concurrence que s'il ou si elle décide de contester un fusionnement, la Commission européenne a l'obligation de publier des décisions motivées relativement à chacune des fusions qu'elle analyse. En outre, ce ne sont pas seulement les parties à la fusion elles-mêmes, mais également des tiers qui peuvent porter en appel les décisions de la Commission. Ces différences par rapport au régime canadien ont une incidence sur le temps qui est nécessaire pour permettre à la Commission européenne d'étudier et d'approuver les dossiers de fusions qui ont fait l'objet d'un préavis, car des tiers aux intérêts divers pourraient attendre, dans les coulisses, l'occasion d'examiner et de contester la décision de la Commission.

IV. Causes importantes et avancées clés depuis 1986

Même si la Loi de 1986 a marqué une grande amélioration pour la clarté et l'efficacité du régime canadien d'examen des fusions, un certain nombre d'avancées importantes (sur les plans judiciaire, législatif et politique) ont été réalisées depuis 1986 et ont permis un ajustement plus précis de l'équilibre entre les droits des secteurs public et privé. Cette section du présent article n'abordera qu'un nombre restreint de ces avancées.

i. Transactions inamicales

Sous sa forme adoptée, la Loi suscitait des préoccupations importantes pour les parties qui auraient eu l'intention de présenter des offres d'achat non sollicitées à l'avenir. Même si le délai prévu par la Loi ne commençait pas à courir avant la réception des renseignements réglementaires autant de l'acquéreur éventuel que de l'entreprise ciblée, la Loi n'imposait à cette dernière aucune obligation de présenter ses propres renseignements. Cette lacune législative a permis la création d'une « pilule empoisonnée » antitrust, en donnant à l'entreprise ciblée la possibilité de refuser de présenter ses renseignements et ainsi de frustrer la capacité de l'acquéreur éventuel d'obtenir l'autorisation antitrust nécessaire. Cette incertitude a mené à un déséquilibre entre les fusions inamicales et amicales, alors que la Loi s'est en fait imposée (quoique non intentionnellement) sur le marché pour le contrôle des entreprises.

En 1999, la Loi a été modifiée de manière à y ajouter le paragraphe 3 de l'article 114, qui prévoit que lorsque le Bureau de la concurrence reçoit un préavis de fusion de la part d'un acquéreur dans le cadre d'une transaction non sollicitée, le Bureau doit immédiatement faire part à l'entreprise ciblée de sa réception

de ce préavis (mais non de son contenu). L'entreprise ciblée a ensuite dix jours pour présenter ses propres renseignements réglementaires. En outre, le paragraphe 3 de l'article 123 précise que, dans le cas de transactions non sollicitées, le délai prévu par la Loi commence à courir dès que l'acquéreur éventuel présente ses renseignements réglementaires, et ne mentionne pas le temps que pourrait prendre l'entreprise ciblée pour présenter les siens.

Dans les cas où le Bureau de la concurrence décide de réclamer des renseignements supplémentaires au moyen d'une DRS, le même problème se présente, car la Loi ne comporte aucune disposition qui exige de l'entreprise ciblée qu'elle se conforme à la DRS. Afin d'avoir l'assurance que les renseignements requis de la cible seront reçus en temps opportun, le Bureau a récemment précisé qu'il enverra en règle générale, avec les DRS, des « accords sur les délais » (c'est-à-dire des ententes privées entre les cibles et le commissaire, en vertu desquelles les cibles conviennent des délais à respecter pour la présentation de leurs réponses aux DRS)²³. Si une cible refuse de conclure un accord sur les délais, le Bureau cherchera presque certainement à obtenir une ordonnance des tribunaux en vertu de l'article 11 de la Loi. Le Bureau n'a encore jamais intenté de procédure contre une entreprise ciblée pour le non-respect d'un accord sur les délais, et l'on ne sait donc pas exactement comment le Bureau tenterait de quantifier les dommages qu'entraînerait un tel non-respect.

En ce qui concerne la communication de renseignements à l'entreprise ciblée, la seule exigence dont fait état la Loi est celle à l'effet que la cible soit informée du fait que l'acquéreur éventuel a déposé ses renseignements réglementaires. Le Bureau est cependant allé au-delà de cette exigence élémentaire de la Loi, et a déclaré qu'il fournira en règle générale, autant aux acquéreurs éventuels qu'aux entreprises ciblées, les renseignements suivants : le degré de complexité que le Bureau attribue à la transaction, le moment prévu pour son examen de celle-ci, l'opinion préliminaire et finale du Bureau quant à la définition du marché et quant aux facteurs pertinents aux termes de l'article 93 de la Loi, ainsi que les conclusions préliminaires et finales du Bureau sur la possibilité d'un empêchement ou d'une diminution sensible de la concurrence (c'est-à-dire les informations que les lignes directrices du Bureau appellent collectivement les « renseignements pertinents »)²⁴. Dans les faits, cette initiative politique opportune a réduit l'asymétrie d'information qui survient le plus souvent dans le cadre de transactions inamicales.

Dans l'ensemble, les modifications apportées aux articles 114 et 123 de la Loi ont permis d'équilibrer les droits des acquéreurs éventuels et des entreprises ciblées dans le cadre d'offres d'achat non sollicitées. Elles ont également évité que la Loi ne facilite, par mégarde, les « pilules empoisonnées » qui

permettraient aux entreprises ciblées par une fusion inamicale de retarder unilatéralement l'approbation d'une transaction qui pourrait s'avérer concurrentielle. À l'avenir, de nouvelles modifications devront préciser l'obligation des entreprises ciblées de répondre en temps opportun aux DRS, tout en tenant compte du fait que de répondre à une DRS est en règle générale une tâche beaucoup plus onéreuse que de présenter un préavis de fusion.

ii. Contestations postérieures à la clôture de transactions

Avant le mois de mars 2009, le commissaire bénéficiait d'un délai de trois ans pour contester un fusionnement déjà réalisé, que la transaction ait ou non fait l'objet d'un préavis²⁵. En mars 2009, ce délai a été réduit à une année²⁶. La réduction de ce délai a marqué un changement important dans l'équilibre existant alors entre droits publics et privés, car le (ou la) commissaire doit dorénavant faire preuve de beaucoup plus de vigilance face à des transactions de moindre envergure qui ne dépassent pas les seuils auxquels des préavis sont exigés, et doit se montrer prêt (ou prête) à contester ces fusions très promptement dans les cas qui sont sources de préoccupation. Par ailleurs, ce délai réduit devrait inspirer une plus grande confiance aux parties aux fusions. Comme le Bureau de la concurrence donne le plus souvent une approbation sous la forme de lettre de non-intervention (et non pas de certificat de décision préalable), la réduction du délai devrait également faire bénéficier d'une plus grande certitude les parties à de nombreuses transactions faisant l'objet de préavis, et donnera au Bureau – une fois qu'il aura délivré une lettre de non-intervention – un délai proportionnellement plus court pour la surveillance de transactions complétées.

Ce délai raccourci contraste fortement avec la situation aux États-Unis, où il n'existe, en fait, aucun délai de prescription extinctive applicable à la contestation de transactions déjà complétées. C'est également le cas en Europe, où il n'y a pas de prescription applicable à la contestation de gestes posés par des entreprises qui ne se sont pas conformées aux conditions ou aux obligations prévues dans le cadre de l'approbation de leur transaction. Toutefois, la situation en ce qui concerne les fusions qui ne font pas l'objet de préavis y est légèrement différente, étant donné que la Commission européenne ne peut directement contester ce type de fusion²⁷.

Même si la réduction de ce délai de prescription marque clairement un rééquilibrage des pouvoirs publics et privés, cela ne signifie pas pour autant que les parties à une fusion sont libres de se comporter d'une manière anticoncurrentielle après l'écoulement de 365 jours. Le Bureau de la concurrence sera toujours en mesure de former un recours contre les entreprises en vertu

des dispositions de la Loi qui rendent les pratiques de ces entreprises susceptibles d'examen au civil, même si ces dispositions ne lui permettront pas de « remettre dans leur état initial des œufs déjà brouillés » comme il pourrait le faire s'il avait gain de cause dans une procédure de contestation de fusion. Il convient également de noter que les toutes nouvelles dispositions civiles sur la collaboration entre concurrents (article 90.1 de la Loi) ne comportent pas de délai de prescription précis.

La commissaire a récemment indiqué que le Bureau de la concurrence assumera un rôle plus actif en suivant de près les informations diffusées par les médias sur des transactions dont la déclaration n'est pas obligatoire, mais qui pourraient s'avérer problématiques sur le plan de la concurrence, et que le Bureau contestera ces transactions s'il y a lieu²⁸. En 2011, dans la cause *Commissaire de la concurrence c. CCS Corporation et al.*²⁹, le Bureau a contesté une telle transaction et l'affaire a récemment été résolue lorsque le Tribunal de la concurrence a ordonné, postérieurement à la clôture de la transaction, le désaisissement d'un site d'enfouissement de déchets dangereux.

iii. Ordonnances et ententes de consentement

Comme l'ont fait remarquer par le passé certains commentateurs, le processus canadien de négociation de mesures correctives en matière de fusions et de conclusion d'une entente à ce sujet est, dans les faits, une fonction réglementaire, car très peu nombreuses sont les parties à une fusion qui sont prêtes à assumer les risques, coûts et retards associés à la soumission de leur dossier au Tribunal de la concurrence³⁰. Afin de faciliter la conclusion d'ententes portant sur des mesures correctives, qui seraient acceptables pour toutes les parties prenantes, la Loi envisageait, dans un premier temps, un processus d'ordonnance de consentement. Les parties à la fusion et le directeur (titre que portait autrefois le commissaire) avaient l'obligation de convaincre le Tribunal de la concurrence que l'entente qu'ils proposaient éliminait le risque que la transaction contestée empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Dans le cadre de ce processus, les parties intéressées (ou celles qui pouvaient être concernées) ont été invitées à intervenir, et il en résultait une audience complète devant le Tribunal.

La première tentative du directeur de se prévaloir du processus d'ordonnance de consentement a été rejetée par le Tribunal de la concurrence³¹. Une deuxième tentative en ce sens a entraîné de longues disputes avec le Tribunal et avec plusieurs intervenants avant qu'un projet d'ordonnance de consentement ne soit accepté par les parties³². Le Bureau de la concurrence a ensuite abandonné les ordonnances de consentement pendant une période de six ans. Au

cours de cette période, le Bureau leur a plutôt préféré des engagements conclus après la clôture des transactions, engagements qui étaient en fait des contrats privés entre le commissaire et l'entité fusionnée, pour lesquels la bénédiction du Tribunal de la concurrence n'était pas requise.

Cependant, comme les engagements après conclusion n'avaient pas l'autorité d'une ordonnance de tribunal, leur force exécutoire était en doute. En 1995, le procureur général de la Nouvelle-Écosse a allégué que la société Ultramar Canada inc. avait violé un tel engagement qu'elle avait conclu avec le directeur, et qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du directeur lui-même. Le procureur général a demandé un bref de *mandamus* enjoignant le directeur de contraindre Ultramar à agir conformément à l'interprétation que la Nouvelle-Écosse avait faite des engagements d'origine³³. Même si la demande fut rejetée, l'affaire a suscité, auprès du Bureau de la concurrence, de graves incertitudes au sujet de la fiabilité du processus des engagements après conclusion. Le Bureau était très sceptique à l'idée de dorénavant conclure de tels engagements : entre 1986 et 1995, le commissaire n'a d'ailleurs accepté des engagements après conclusion que dans le cadre de 10 des 1 535 fusions qui ont été examinées par le Bureau³⁴.

En fin de compte, il a été proposé que le processus d'ordonnances de consentement soit simplifié et modifié, afin de céder le pas à un processus plus direct d'enregistrement d'« ententes de consentement ». Cette modification est devenue loi le 4 juin 2002³⁵. Une fois enregistrée, une entente de consentement présente les avantages d'un engagement après conclusion, en ce sens qu'elle ne requiert, dans les faits, aucune approbation du Tribunal, et qu'elle peut être rédigée et enregistrée relativement rapidement. Cependant, tout comme l'ordonnance de consentement, l'entente de consentement a l'autorité d'une ordonnance d'un tribunal et évite ainsi les préoccupations que suscitaient les engagements après conclusion au sujet de leur force exécutoire. Par ailleurs, sous réserve du traitement confidentiel qui est réservé à un éventail très restreint d'informations, les ententes de consentement sont accessibles au public et offrent ainsi davantage de transparence que les engagements après conclusion.

Les principales critiques visant le passage à un processus d'ententes de consentement ont été à l'effet que ce processus ne bénéficiait pas de la surveillance des tribunaux qui aurait été nécessaire pour veiller à ce que les ententes de consentement enregistrées aient effectivement force exécutoire et fussent pour éliminer tout risque que la transaction empêche ou diminue sensiblement la concurrence, et que le processus manquait de transparence parce que seules les ententes de consentement finales étaient rendues publiques (sans être accompagnées de documents justificatifs, de déclarations de motifs ou

de faits matériels)³⁶. Certains considéraient que la rédaction des ententes de consentement se faisait dans l'ombre des coulisses, sans égards suffisants pour les intervenants et autres parties qui pourraient être affectés par les mesures correctives faisant l'objet de l'entente. En outre, le mécanisme permettant à ce qui est en substance un contrat privé de devenir une ordonnance judiciaire n'était pas clair, ce qui a initialement suscité de l'incertitude au sujet de la force exécutoire des ententes de consentement. Toutefois, le processus des ententes de consentement est désormais devenu une pratique courante qui est, en règle générale, bien acceptée.

Le passage à un processus d'ententes de consentement a constitué une étape importante de l'évolution du régime canadien d'examen des fusions. Ce passage a énormément facilité la conclusion, par le commissaire et les parties aux fusions, d'ententes privées sur des mesures correctives, en faisant en sorte que ces ententes avaient une force exécutoire claire et étaient facilement homologuées. Par ailleurs, la récente initiative du Bureau de la concurrence en faveur d'un recours plus fréquent à la publication, après la clôture de transactions, de déclarations de position, devrait largement contribuer à répondre aux préoccupations au sujet du manque de transparence, tout en permettant au Bureau de respecter ses obligations de confidentialité en vertu de l'article 29 de la Loi.

iv. Affaires jugées

En matière de droit des fusionnements, le Canada fait face à une disette d'affaires jugées. Depuis 1986, seules six affaires de fusionnement dûment contestées ont été jugées sur le fond. Cette situation n'est pas inattendue, car il était bien entendu que la Loi incite à procéder au règlement des causes portant sur des fusions, plutôt qu'à des litiges³⁷. La structure incitative de la Loi a été davantage renforcée lorsque le processus des ordonnances de consentement est passé à un processus d'ententes de consentement en 2002. Le désavantage d'un si petit nombre de causes jugées est cependant que le Tribunal de la concurrence et les tribunaux bénéficient de très peu d'éléments d'orientation quant au sens à donner aux dispositions de la Loi qui porte sur les fusionnements. Même si les documents d'orientation publiés par le Bureau de la concurrence n'ont pas force de loi, ils acquièrent un sens concret d'autant plus important parce qu'ils comblent les lacunes créées par l'absence de décisions des tribunaux³⁸.

Une cause en particulier – *Superior Propane* – fait ressortir plusieurs questions intéressantes qui portent sur l'équilibre entre les droits des secteurs privé et public. Nous n'examinerons pas dans son détail tout l'historique judiciaire de l'affaire *Propane*. Pour les besoins du présent chapitre, il est suffisant

de relever que la cause s'intéressait à l'interprétation de ce qui est maintenant l'article 96 de la Loi, sur les gains en efficience. Au départ, le commissaire a adopté une approche qui était conforme à celle prévue dans l'édition 1991 des *Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions*, c'est-à-dire qui appliquait ce qu'il est convenu d'appeler le critère du « surplus total », selon lequel le transfert de revenu des consommateurs vers les producteurs est jugé avoir un effet neutre et non un effet anticoncurrentiel. Alors que dans son jugement dans l'affaire *Hillsdown*³⁹, le Tribunal de la concurrence a mis en doute la neutralité de l'effet de ce type de transfert de revenus, Howard Weston, le directeur de l'époque, a confirmé que le Bureau continuerait à appliquer le critère du surplus total⁴⁰. Plus tard cependant, au cours de l'affaire *Propane*, le commissaire a battu en retraite et a commencé à préconiser une méthode différente, celle des « coefficients pondérateurs », qui attribue aux transferts de revenus un certain effet anticoncurrentiel. Dans la plus récente édition des *Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions*, toute mention de l'affaire *Propane* – ainsi que du critère des coefficients pondérateurs – a été supprimée⁴¹.

Si les éléments d'orientation et les lignes directrices pour l'application de la loi sont certainement utiles alors qu'un très petit nombre de causes en matière de fusionnement ont été entendues par les tribunaux, rien ne peut remplacer les affaires jugées. Ce type de lignes directrices n'a aucune valeur de précédent et ne lie même pas le commissaire. Même si les litiges sont des procédures coûteuses qui s'avèrent souvent inefficaces pour la résolution des préoccupations que suscite un fusionnement donné, il ne faut pas sous-estimer toute la valeur de précédent que présentent les affaires jugées.

v. Régime à deux phases d'examen des fusions

Après le jugement rendu dans l'affaire *Labatt/Lakeport*⁴², le ministre de l'Industrie a chargé Brian Gover d'étudier la manière dont le Bureau de la concurrence exerçait ses pouvoirs d'enquête. Dans son rapport, M^e Gover a fait remarquer que la création d'un pouvoir législatif semblable au régime américain en deux étapes de demande de renseignements supplémentaires, qui aurait pour effet de prolonger automatiquement le délai prévu par les dispositions législatives, serait « une modification salutaire à la Loi »⁴³. Indépendamment de l'étude de M^e Gover, le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, qui avait été chargé d'examiner les politiques canadiennes portant sur la concurrence et l'investissement étranger, avait également recommandé que le (ou la) commissaire détienne le pouvoir de s'engager, à sa discrétion, dans une « deuxième phase » d'examen, qui comporterait une « deuxième demande » de renseignements⁴⁴.

Suite aux recommandations de ces deux rapports, un régime à deux phases d'examen des fusions est entré en vigueur en mars 2009. Le (ou la) commissaire de la concurrence peut désormais, en vertu de ce régime, présenter une « demande de renseignements supplémentaires » s'il (ou si elle) juge que des informations additionnelles sont nécessaires pour l'examen du fusionnement concerné. Une DRS a pour effet de prolonger le délai prévu par la Loi à 30 jours après que toutes les parties aient attesté de l'exhaustivité de leurs réponses à leurs DRS⁴⁵.

Le régime à deux phases d'examen des fusions a servi à harmoniser les droits des parties (qui ont accès à d'importants renseignements concernant leurs entreprises, ainsi que concernant les motifs et les répercussions de la fusion qu'elles proposent) avec les pouvoirs du (ou de la) commissaire (qui a besoin de pouvoir accéder à ces renseignements, ainsi que du temps nécessaire pour les étudier, afin de pouvoir s'acquitter de ses fonctions). Les entreprises ont toutefois exprimé certaines préoccupations raisonnables au sujet du fardeau que leur imposent le respect des obligations de réponse aux DRS et la prolongation du délai d'attente obligatoire, qui pourraient mener à des frais et à des retards importants si le (ou la) commissaire exerce trop souvent son pouvoir de présentation de DRS, et si les DRS ne sont pas bien ciblées et adaptées aux entreprises auxquelles elles sont destinées.

Les répercussions du régime à deux phases d'examen des fusions, ainsi que les défis qu'il faudra relever à l'avenir, seront examinées de manière plus approfondie dans la section VI ci-dessous.

V. Apports des lignes directrices du Bureau de la concurrence

Comme nous en avons fait état ci-dessus, il n'y a eu, depuis 1986, qu'un très petit nombre de causes concernant des fusions qui ont été portées devant les tribunaux, et il y a eu un nombre encore moins important de telles causes qui ont mené à un jugement définitif prononcé par le Tribunal de la concurrence ou par les tribunaux et statuant sur le fond. À cause de cette rareté, ce sont les avis d'interprétation et les lignes directrices en matière d'application de la loi que publie le Bureau de la concurrence qui servent, en grande partie, de base aux principes directeurs de la bonne conduite du processus d'examen des fusions et aux règles de fond pour l'évaluation de fusionnements. Les lignes directrices du Bureau offrent d'ailleurs un aperçu de la substance des méthodologies d'examen qu'il s'est donné.

Ce sont les *Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions* (« LDALF ») qui constituent les plus importants textes d'orientation sur le sujet. Tout comme les *Horizontal Merger Guidelines* aux États-Unis, les LDALF

établisent un cadre pour l'analyse de la définition du marché, des effets anti-concurrentiels et des gains en efficience. Les LDALF traitent également d'autres questions techniques, dont les directions interreliées. En plus des LDALF, le Bureau a publié 11 avis d'interprétation ainsi que les *Lignes directrices concernant le processus d'examen des fusions*, qui apportent des éclaircissements sur l'interprétation que donne le Bureau des différentes dispositions logistiques et administratives de la loi. De telles lignes directrices facilitent la réalisation des objectifs du Bureau qui consistent à formuler des principes directeurs pour les parties prenantes, et à faire preuve de transparence à l'égard de ces dernières.

Si le Bureau offre des orientations générales, il publie également des déclarations de position qui portent sur des transactions particulières, ainsi que des rapports sur le rendement de son examen des fusions. En outre, le Bureau a entrepris une étude sur les mesures correctives en matière de fusions. Même si ces documents ne peuvent se substituer à des jugements définitifs du Tribunal de la concurrence, ils n'en décrivent pas moins les conditions réelles dans lesquelles le Bureau mène ses activités en relation avec certaines causes précises.

Plus récemment, le Bureau a entrepris un nouveau projet, celui de créer un registre des fusions⁴⁶, qui dresse la liste de tous les examens de fusionnements qui ont été menés à terme chaque mois, et pour lesquels un préavis de fusion a été déposé. Ce registre a suscité les critiques de plusieurs entreprises et membres du Barreau, qui ont fait valoir qu'il pouvait constituer une violation des dispositions de confidentialité de la Loi ou qu'il risquait d'ébranler la foi que les parties aux fusions pouvaient avoir en la confidentialité du traitement accordé par le Bureau aux renseignements que lui fournissent ces parties. En dépit de ces critiques, le registre s'inscrit dans la logique de l'engagement du Bureau de faire preuve de la plus grande transparence possible au sujet de ses activités, tout en respectant la loi.

VI. Défis à relever à l'avenir

Depuis l'adoption de la Loi, la manière dont le Bureau a abordé le processus d'examen des fusions a été, dans l'ensemble, raisonnable et équitable. Rares ont été les occasions où l'opposition du Bureau a entraîné l'abandon d'une transaction⁴⁷. À compter de la mise en vigueur, en 2009, des modifications de la Loi, 19 DRS ont été présentées, 8 ententes de consentement ont été enregistrées et le Tribunal de la concurrence est actuellement saisi d'une affaire de contestation de fusion. Le Bureau est d'avis que le régime à deux phases d'examen des fusions lui donne les pouvoirs nécessaires pour continuer à bien exécuter son mandat et évaluer les différentes transactions, et l'aide à éviter que des questions de logistique ou de procédure ne détournent son attention.

Depuis la mise en œuvre du processus des demandes de renseignements supplémentaires, le Bureau réussit maintenant à beaucoup mieux cibler ses demandes, à un point tel que les réponses à plusieurs DRS ont pu être complétées dans un intervalle de quatre semaines. C'est l'équivalent du temps qui avait été nécessaire lorsque des parties répondaient à titre volontaire à des demandes de renseignements présentées avant l'adoption des modifications à la Loi. Au fur et à mesure que le Bureau s'adapte aux exigences du nouveau régime, il réussit à mieux cibler ses DRS de façon à pouvoir accéder avec une extrême précision aux renseignements qui lui sont nécessaires sans avoir à imposer aux parties aux fusions un fardeau injuste de frais et de délais qui auraient autrement pu être évités. Cette approche se démarque du régime contraignant qui s'applique aux États-Unis, où des deuxièmes demandes de renseignements sont présentées bien plus fréquemment et sont souvent beaucoup moins bien ciblées.

Le succès ou l'échec des modifications à la Loi sera en grande partie déterminé par la coopération qui s'établira entre le Bureau et les entreprises (et leurs conseillers juridiques). Le délai d'attente initial que prévoit la Loi n'est que de 30 jours. En outre, il faut un certain temps pour que les services internes du Bureau décident de présenter une DRS et, le cas échéant, pour qu'ils la rédigent. Dans les faits, le Bureau a donc environ 20 à 22 jours après la présentation d'un préavis de transaction pour commencer à rédiger un projet de DRS, si nécessaire. De bonnes relations avec les conseillers juridiques des parties aux transactions permettront de bien cibler les demandes de renseignements (y compris les DRS) et ainsi de réduire le fardeau qui est généralement associé au régime à deux phases d'examen des fusions.

La conséquence ultime des modifications de 2009 a été l'établissement d'un meilleur équilibre entre les droits et les pouvoirs des secteurs public et privé. De surcroît, le régime à deux phases est d'une plus grande intégrité et d'une plus solide légitimité, car il crée des conditions propices à ce qu'une attention prioritaire soit accordée aux faits et aux renseignements présentés par les parties, et à ce que tous les dossiers d'examen de fusions soient traités équitablement. Les politiques en matière de concurrence en sont ainsi mieux servies.

Le Bureau de la concurrence s'est montré très prudent en veillant à ce que ses services internes puissent légitimement justifier toute DRS. Ce processus interne de justification doit se développer et évoluer au fur et à mesure que le Bureau parvient à mieux saisir la pertinence des différentes questions qui se posent, et à mieux cerner les différents types de renseignements demandés et obtenus. Le Bureau a également entrepris des démarches importantes afin de pouvoir – dans les cas où il prévoit présenter une DRS – engager le dialogue

avec les parties aux transactions et leurs conseillers juridiques. Le Bureau devrait poursuivre ce dialogue à plus long terme, afin de veiller à ce que les DRS continuent à bien cibler les particularités de chaque dossier d'examen de fusion et à bien répondre à ces particularités.

Dans l'ensemble, nous sommes d'avis que les modifications adoptées en 2009 représentent une étape importante dans un processus d'ajustement minutieux de l'équilibre entre les droits du secteur public et ceux du secteur privé. Alors que, dans une large mesure, les principes fondamentaux de l'examen des fusions sont demeurés cohérents depuis 1986, ce processus d'ajustement doit se poursuivre à l'avenir, afin de veiller à ce que soit appliqué un régime équilibré d'examen qui facilite des fusions efficaces, tout en permettant au Bureau d'accomplir son mandat de manière équitable et efficace.

NOTES EN FIN DE TEXTE

¹ Paul Collins est un associé – chef de groupe du droit de la concurrence et des investissements étrangers à Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l. Michael Laskey est un avocat salarié – membre du groupe du droit de la concurrence et des investissements étrangers à Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.

² L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée (ci-après, la « Loi »).

³ Voir, par exemple, Lawrence A. Skeoch et Bruce C. McDonald, « Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada » (« *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy* ») (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1976), à la page 37.

⁴ *La Loi à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce* (« *An Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade* »), L.C., 1889, 52 Vic., ch. 41, aussi connue sous le nom de « *Loi Wallace* ».

⁵ L.C., 1910, ch. 9.

⁶ Bruce Dunlop et coll., « *Canadian Competition Policy, a Legal and Economic Analysis* » (Toronto : *Canada Law Book Inc.*, 1987), aux pages 190 à 191.

⁷ *Ibid.*

⁸ Michael Trebilcock et coll., « *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* » (Toronto : *University of Toronto Press*, 2002) [*Law and Economics*], à la page 12.

⁹ *R. c. British Columbia Sugar Refining Co.* (1960), 129 C.C.C. 7 (Man. C.B.R.).

¹⁰ *R. c. K.C. Irving*, [1978] R.C.S. 408.

¹¹ « *Law and Economics* », *supra*, à la page 18.

¹² Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence* (Ottawa : Renseignements Canada, 1969), à la page 113.

¹³ Voir Ian D. Clark, « *Legislative Reform and the Policy Process: The Case of the Competition Act* », dans R.S. Kemani et W.T. Stanbury, éditeurs, « *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy* » (Halifax : *Institute for Research on Public Policy*, 1991), à la page 229.

¹⁴ Source généralement citée comme suit : 15 U.S.C. § 18a (ci-après la « *HSR Act* »).

¹⁵ *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1999, ch. 2, art. 25 à 35 et paragr. 37(z.14) à (z.17), TR/2000-1, Vol. 134, à la page 139.

¹⁶Voir l'article 93 de la Loi.

¹⁷Melanie L. Aitken, commissaire de la concurrence, conférence principale, Conférence du printemps 2012 en droit de la concurrence : « Les pratiques exemplaires à l'heure de la mise en application concrète des mesures » (2 mai 2012). Au sein du Bureau de la concurrence, une telle opinion au sujet des complexités intellectuelles que suscite la séparation entre gains en efficience et effets anticoncurrentiels n'est pas nouvelle. En 2001, après le premier jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Superior Propane*, André Downs, qui était alors sous-commissaire, faisait valoir que « ... ne saurait être valable aucune analyse économique qui dissocie les facteurs efficience et équité ». Voir André Downs, « Observations présentées à la Conférence annuelle d'automne en droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien » (20 septembre 2011), disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01161.html>.

¹⁸Voir les *Lignes directrices pour l'application de la loi en matière de fusions* et l'affaire *Superior Propane*, *infra*.

¹⁹Au Canada, les seuils applicables aux parties et aux transactions sont respectivement de 77 et de 400 millions de dollars canadiens. Aux États-Unis, les seuils applicables aux parties sont un actif total ou un chiffre d'affaires annuel net de 13,6 ou de 136,4 millions de dollars. Le seuil applicable aux transactions est de 68,2 millions de dollars. Lorsque les transactions en jeu comportent des acquisitions d'éléments d'actifs ou de titres avec droit de vote évalués à plus de 272,8 millions de dollars, le seuil applicable aux parties n'est pas employé.

²⁰Voir, par exemple, Brian A. Facey, « *Canada should learn from U.S. experience before adopting new antitrust laws* » ([TRADUCTION] « Le Canada devrait tirer les enseignements de l'expérience américaine avant d'adopter de nouvelles lois antitrust »), article paru dans *The Globe & Mail* (9 avril 2009).

²¹Informations à jour en date du 9 juillet 2012.

²²Voir la version anglaise de la publication de la Commission européenne, « *EU Competition Law – Rules Applicable to Merger Control – Situation as at 1 April 2010* », disponible à l'adresse URL suivante : http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf.

²³Bureau de la concurrence, « Lignes directrices concernant le processus d'examen des fusions » (11 janvier 2012), aux sections 2.4 et 4.2; lignes directrices disponibles à l'adresse URL suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03423.html>.

²⁴Bureau de la concurrence, « Avis d'interprétation n° 1 sur les transactions hostiles : Politique du Bureau sur la communication de renseignements » (21 juillet 2011); avis disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03142.html>.

²⁵Si le commissaire délivre un certificat de décision préalable et si la fusion proposée est – pour l'essentiel – complétée dans l'année suivant la délivrance du certificat, le commissaire ne peut contester cette fusion en se fondant exclusivement sur des renseignements qui sont les mêmes ou en substance les mêmes que ceux sur la base desquels le certificat a été délivré. Voir l'article 103 de la Loi.

²⁶Voir l'article 97 de la Loi.

²⁷ Pour plus amples renseignements, voir Alexandros Papanikolaou et Michael Rosenthal, « *Merger Efficiencies and Remedies* », dans « *Global Competition Review* », « *The European Antitrust Review 2012* », disponible (uniquement en anglais) à l'adresse URL suivante : <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/37/sections/130/chapters/1379/merger-efficiencies-remedies/>.

²⁸ Voir, par exemple, Bureau de la concurrence, « Notes pour une allocution de Melanie L. Aitken, commissaire de la concurrence, Discours prononcé à la Conférence annuelle d'automne en droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien » (6 octobre 2011), disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03424.html>.

²⁹ TC/2011-002.

³⁰ Richard Annan, « Mesures correctives en matière de fusions au Canada », Conférence annuelle en droit de la concurrence (4 novembre 2005) [ci-après, « *Mesures correctives en matière de fusions* »], à la page 2.

³¹ *Directeur des enquêtes et recherches c. Palm Dairies Ltée*, TC/1986-001 (Trib. conc.).

³² *Directeur des enquêtes et recherches c. Imperial Oil Ltée*, TC/1989-003 (Trib. conc.).

³³ *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Ultramar Canada inc.*, [1995] 3 R.C.F. 713.

³⁴ Neil Campbell, « *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act* » (Toronto : Carswell, 1997), à la page 292.

³⁵ Voir *Mesures correctives en matière de fusions*, *supra*, à la page 4.

³⁶ *Ibid.*, aux pages 5 et 6.

³⁷ Voir, par exemple, Lawson A.W. Hunter, « *The New Merger Provisions of the Competition Act – Certainty or a Random Walk* », 8(4) C.C.P.R. 1, à la page 9.

³⁸ Voir *ibid.*

³⁹ Voir *Canada (directeur des enquêtes et des recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltée* (1992) 41 C.P.R. (3d) 289.

⁴⁰ Howard Weston, « *Developments and Emerging Challenges in Canadian Competition Law* », *Fordham Corporate Law Institute* (22 octobre 1992).

⁴¹ Voir Bureau de la concurrence, *Fusions - Lignes directrices pour l'application de la loi* (octobre 2011), lignes directrices disponibles à l'adresse URL suivante : [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-f.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/$FILE/cb-meg-2011-f.pdf).

⁴² *Commissaire de la concurrence c. La brasserie Labatt Ltée*, 2008 R.C.F. 59.

⁴³ Brian Gover, « Analyse de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* » (12 août 2008), rapport disponible à l'adresse URL suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02709.html>.

⁴⁴ Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner* (juin 2008), rapport disponible à l'adresse URL suivante : [http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/\\$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf).

⁴⁵ La situation est légèrement différente dans les cas de transactions inamicales. Voir la discussion *supra*, au paragraphe *i* de la présente section IV.

⁴⁶ Voir <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02435.html>.

⁴⁷ Par exemple, les Rapports annuels du (de la) commissaire de la concurrence pour les exercices se terminant le 31 mars des années 2005 à 2010 (la plus récente année pour laquelle un tel rapport est disponible), indiquent qu'au cours de

chacune de ces années, une seule des transactions examinées par le Bureau a été abandonnée en raison des préoccupations du Bureau en matière de concurrence. Voir Bureau de la concurrence, « Rapports annuels archivés », disponibles à l'adresse URL suivante : http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_02858.html. Veuillez cependant remarquer que ces statistiques ne tiennent pas compte de transactions qui ont été abandonnées avant que le Bureau n'en commence son examen, comme par exemple celles qui ont été abandonnées sur la recommandation d'un conseiller juridique, parce qu'elles présentaient vraisemblablement des aspects anticoncurrentiels.