

Le 18 octobre 2002

Monsieur John K. Barker
Sous-commissaire adjoint de la concurrence
Bureau de la concurrence, Industrie Canada
Place du Portage, Phase 1
50, rue Victoria
Hull (Québec) K1A 0C9

TRADUCTION

Madame Lise Davey
Gestionnaire, Services à la clientèle
Direction de la conformité et des opérations
Bureau de la concurrence
50, rue Victoria, 22^e étage
Hull (Québec) K1A 0C9

Objet : Document de travail du Bureau de la concurrence sur la proposition de majorer la tarification et de modifier sa Politique sur la tarification et les normes de service

Madame et Monsieur,

Au nom de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, je suis heureux de vous faire parvenir ci-joint la réponse au Document de travail du Bureau de la concurrence. L'Exécutif de la Section et les membres du Comité des fusionnements de la Section aimeraient avoir l'occasion de discuter de ces questions avec vous plus en détail à votre convenance.

Veuillez agréer, Madame et Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Le président de la Section nationale du droit de la concurrence,

"original (anglais) signé par Tamra L. Thomson pour Bruce M. Graham"

Bruce M. Graham

p.j.

c.c. Exécutif de la Section nationale du droit de la concurrence
Peter H.G. Franklyn, président, Comité des fusionnements
Oliver J. Borgers, vice-président, Comité des fusionnements

Réponse au

Document de travail du Bureau de la concurrence sur la proposition de majorer la tarification et de modifier sa Politique sur la tarification et les normes de service

Introduction et résumé des recommandations

La Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (la Section) est heureuse de présenter ses commentaires au sujet du *Document de travail du Bureau de la concurrence sur la proposition de majorer la tarification et de modifier sa Politique sur la tarification et les normes de service*, publié en août 2002.

La Section apprécie la proposition du commissaire à la concurrence de relever le seuil relatif au montant des transactions fixé aux termes de l'article 110 de la *Loi sur la concurrence* et recommande de songer à relever le seuil relatif à la valeur des parties et à établir un mécanisme permettant de modifier régulièrement (c.-à-d., chaque année) les seuils financiers prévus par la partie IX.

La Section propose que l'on réexamine l'opportunité d'accroître les frais imposés pour les dépôts de préavis de fusionnement, ainsi que les moyens de déterminer ces frais.

La Section propose que l'on réexamine la pertinence des niveaux de tarification proposés en ce qui concerne les avis consultatifs donnés aux termes de certaines dispositions de la *Loi*.

La Section est en faveur de l'examen des améliorations qui pourraient être apportées au guide sur la tarification et les normes de service et au processus d'examen des fusionnements, et présente un certain nombre de propositions à cette fin.

Seuils de préavis

La Section apprécie la proposition visant à faire passer de 35 à 50 millions de dollars le seuil relatif au montant des transactions fixé aux termes de l'article 110 de la *Loi*.

Bien que l'article 110 envisage une révision périodique des seuils, cette disposition n'a pas été modifiée depuis que la partie IX de la *Loi* est entrée en vigueur en juillet 1987. Comme l'a mentionné le commissaire, l'augmentation proposée correspond à peu près à celle de l'indice des prix à la consommation (IPC) depuis ce temps. (L'IPC s'est accru d'environ 45 %, d'où un seuil corrigé de l'inflation légèrement supérieur à 50 millions de dollars.) Ce seul fait justifierait à notre avis de corriger le seuil relatif au montant des transactions.

D'après l'estimation du commissaire, la révision du seuil réduira de 10 % le nombre de transactions devant faire l'objet d'un préavis¹. Il a indiqué que si la majoration proposée était entrée en vigueur avant l'exercice 2000-2001, tout fusionnement suscitant des craintes du point de vue de la concurrence aurait quand même fait l'objet d'une déclaration obligatoire. La Section souscrit à l'opinion du commissaire selon laquelle le changement ne devrait pas influencer sur la présentation au Bureau de préavis relativement à un nombre important de fusionnements susceptibles d'être anticoncurrentiels. De plus, le Bureau du commissaire continuera, grâce à l'examen des communiqués de presse et des plaintes, de recevoir des renseignements au sujet des transactions dont la valeur est inférieure aux seuils établis et qui pourraient poser problème. La diminution du nombre de transactions devant faire l'objet d'un préavis réduira également le fardeau administratif

¹ On ne sait pas exactement comment on est parvenu à cette estimation, mais le rajustement se soldera certainement par une diminution du nombre d'avis de fusionnement que reçoit le Bureau.

de la Direction des fusionnements et, partant, permettra au Bureau de disposer de ressources accrues pour l'examen des fusionnements qui pourraient poser problème (ce qui devrait également lui permettre d'améliorer le service *sans* avoir à augmenter les frais imposés pour les dépôts). En outre, la mise en place du régime des préavis de fusionnement obligatoires visait à empêcher la conclusion de transactions importantes auxquelles il serait difficile de remédier dans les cas où l'on jugerait qu'elles risquent de réduire considérablement la concurrence. L'histoire a montré que très peu de transactions posent problème, et que les cas où les effets sont irrémédiables sont encore moins nombreux.

La Section recommande que le seuil actuel de 70 millions de dollars fixé par le paragraphe 110(4) de la *Loi* dans le cas des fusions devrait être porté à 100 millions de dollars. S'il est de mise de procéder à un rajustement en fonction de l'inflation pour les acquisitions d'éléments d'actif ou d'actions, les associations d'intérêts et les acquisitions d'intérêts dans de telles associations, nous ne voyons pas pourquoi on ne devrait pas effectuer un rajustement également dans le cas des fusions. Si le commissaire a des raisons de recommander que le seuil ne soit pas modifié pour les fusions, la Section apprécierait d'avoir l'occasion d'examiner et de commenter ces raisons.

En outre, la Section est d'avis qu'il y a lieu de songer à apporter à la *Loi* des modifications qui permettraient de rajuster régulièrement (c.-à-d., chaque année) et automatiquement les seuils financiers prévus par la partie IX. Par exemple, on songe depuis au moins 1995 à modifier le seuil relatif au montant des transactions. L'adoption d'une formule d'autorégulation éviterait l'affectation par le Bureau de ressources chaque fois qu'il envisage une augmentation des seuils, tout en permettant d'éliminer les retards qui caractérisent le système actuel.

Selon le *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, « une indexation automatique des prix [...] ne permettrait toutefois pas au gouvernement de modifier le seuil et d'évaluer l'incidence d'une telle modification ». Bien que la *Loi* prévienne déjà des augmentations périodiques des seuils de préavis, l'expérience montre qu'il y a rarement des modifications et que lorsqu'il y en a, celles-ci sont apportées au terme d'un processus lourd qui absorbe du temps. Toutefois, il n'est pas évident que le commissaire soit actuellement en mesure de prévoir exactement l'impact des changements proposés ou de déterminer pourquoi l'indexation rendrait l'évaluation plus difficile, voire impossible. Les raisons pour lesquelles une telle évaluation est nécessaire ne sont pas évidentes non plus, si l'on admet généralement que le seuil actuel relatif au montant des transactions (50 millions de dollars) serait un niveau approprié pour l'instant et qu'il y a lieu d'effectuer périodiquement un rajustement en fonction de l'inflation.

Le commissaire cite des précédents américains à l'appui de sa proposition de majorer le seuil relatif au montant des transactions, mais les États-Unis se sont dotés récemment d'un mécanisme d'indexation automatique de l'équivalent du seuil relatif au montant des transactions. Au Canada, il existe un précédent utile en matière de rajustement automatique dans la *Loi sur l'investissement Canada*, qui prévoit le relèvement annuel (en fonction de l'inflation) du seuil qui s'applique aux acquisitions directes d'entreprises canadiennes par des « investisseurs OMC », ou aux cas où l'entreprise canadienne est contrôlée par un tel investisseur. Ce modèle pourrait être facilement adapté à la *Loi sur la concurrence*².

La *Loi* envisage également le relèvement périodique du seuil relatif à la valeur des parties fixé par l'article 109. Le commissaire a conclu que ce seuil ne devrait pas être révisé parce qu'il est élevé par rapport aux seuils comparables dans d'autres pays, et plus haut que le seuil américain comparable. Toutefois, on avait envisagé initialement de fixer ce seuil à 500 millions de dollars

² Si ce modèle est adopté, il serait très utile que le Bureau publie les seuils révisés à un endroit bien en vue sur son site Web, comme le fait actuellement la Division de l'examen des investissements.

(voir l'article 81 du projet de loi C-91) plutôt qu'au niveau actuel de 400 millions de dollars. Il convient également de noter que la partie IX devait apparemment exiger un préavis de fusionnement que dans un très petit nombre de cas (cinq à dix par année selon le Directeur de l'époque³). Si une indexation est de mise, il se peut que même le seuil de 500 millions soit trop faible⁴.

Frais imposés pour les dépôts de préavis de fusionnement

Au regard de l'accroissement du coût de l'examen de chaque fusionnement, la Section ne s'oppose pas en principe à une hausse modérée des frais, et ce particulièrement si cette mesure s'accompagne d'une augmentation C depuis longtemps attendue C des seuils de préavis. Toutefois, la Section a certaines inquiétudes au sujet de l'ampleur de l'augmentation qui est proposée. La Section estime, par ailleurs, qu'on songe plus sérieusement à adopter d'autres solutions possibles (p. ex., tarification dégressive fondée sur la valeur des parties ou sur le montant ou la valeur des transactions).

Frais imposés pour les dépôts : augmentation proposée

Selon le document de travail du Bureau, le coût total de l'examen des fusionnements a augmenté, passant d'environ 4,3 millions de dollars en 1995-1996 à 14,2 millions de dollars⁵ en 2000-2001. Cependant, le Bureau n'explique pas en détail pourquoi cette augmentation (ou la réduction des recettes prévues par suite du relèvement des seuils de préavis de fusionnement⁶) justifie le doublement du tarif actuel à 50 000 \$ par préavis ou demande de CDP. En fait, l'examen des rapports annuels révèle que le nombre de fusionnements examinés s'est accru d'environ 50 % si l'on compare les quatre années ayant précédé l'imposition de frais aux quatre dernières années. Nous croyons comprendre que le nombre de fusionnements a diminué durant l'exercice en cours.

De façon générale, la Section apprécierait d'obtenir des explications plus détaillées quant aux raisons de l'augmentation des dépenses du Bureau (y compris des estimations annuelles plutôt que des estimations pour 2000-2001 seulement). D'après le Bureau, les coûts ont augmenté de 74 % depuis 1995-1996 « principalement à cause du recrutement accru... et de l'embauche d'experts venant de l'extérieur ». Le nombre d'équivalents temps plein à la Direction des fusionnements est apparemment passé de 38 à 55, ce qui, selon les estimations de la Section, aurait dû se traduire par une augmentation d'environ 2 millions de dollars ((en dollars de 1996), soit une hausse très inférieure à celle de 10 millions de dollars dont fait état le Bureau dans son document de travail.

³ Voir l'aperçu du projet de loi C-29 que donne Lawson A. W. Hunter dans ses « Notes for an Address to the Continuing Legal Education Seminar », Association du Barreau canadien, Ontario et Barreau du Haut-Canada (9 juin 1984), p. 16.

⁴ Corrigé de l'inflation, le seuil relatif à la valeur des parties s'établirait à environ 580 millions de dollars.

⁵ On ne sait pas exactement si ces estimations excluent le coût de l'examen des fusionnements qui n'ont pas à être obligatoirement déclarés (p. ex., cas où le Bureau a entrepris une enquête après avoir reçu un préavis volontaire des parties ou des plaintes de clients ou de six résidents). Ce coût ne devrait pas être inclus, car des frais ne devraient être imposés qu'à l'égard des transactions pour lesquelles un service est fourni aux parties qui doivent payer la note. Les parties aux fusionnements qui doivent obligatoirement être déclarés ne devraient pas subventionner l'examen des fusionnements qui n'ont pas à être déclarés.

⁶ On ne sait pas exactement si ces estimations excluent le coût de l'examen des fusionnements qui n'ont pas à être obligatoirement déclarés (p. ex., cas où le Bureau a entrepris une enquête après avoir reçu un préavis volontaire des parties ou des plaintes de clients ou de six résidents). Ce coût ne devrait pas être inclus, car des frais ne devraient être imposés qu'à l'égard des transactions pour lesquelles un service est fourni aux parties qui doivent payer la note. Les parties aux fusionnements qui doivent obligatoirement être déclarés ne devraient pas subventionner l'examen des fusionnements qui n'ont pas à être déclarés.

La Section se demande quelle part de cette hausse est attribuable à un petit nombre de transactions qui mobilisent une part disproportionnée des ressources du Bureau (p. ex., l'affaire contestée concernant Superior Propane). De tels cas sont inusités, tellement peu fréquents, en fait, qu'on pourrait les qualifier d'aberrations⁷. La Section s'interroge quant à l'opportunité d'inclure ces cas dans le calcul du coût « moyen » de l'examen des fusionnements aux fins de l'établissement des tarifs relatifs aux dépôts.

De l'avis de la Section, même une augmentation du coût total des fusionnements ne justifie pas une hausse générale des tarifs pour l'ensemble des parties, alors que la très grande majorité des fusionnements ne posent pas de problème de fond du point de vue de la concurrence. Selon le rapport annuel de 2001 du commissaire, 98 % de tous les fusionnements examinés (381 sur 389) ont été considérés comme « ne posant pas de problème en vertu de la *Loi* ». Tel qu'indiqué ci-dessus, un très petit nombre de fusionnements doivent forcément mobiliser une part très disproportionnée des ressources du Bureau. Une augmentation générale des tarifs se traduira donc par un interfinancement encore plus marqué par les parties à des fusionnements qui n'ont pas d'incidence sur la concurrence, en ce sens que ces parties subventionneront l'examen des très rares cas de fusionnement qui suscitent de vives préoccupations. La Section est d'avis que c'est là un problème sur lequel on devrait se pencher de façon proactive. Les propositions actuelles aggravent le problème plutôt que de le corriger. S'il y a lieu d'imposer des frais, il faut, par souci d'équité, s'assurer qu'il existe un lien raisonnable entre le montant à payer et la valeur du service rendu. Une structure tarifaire fixe fondée sur le coût moyen de la totalité des examens de fusionnement entraîne un transfert inéquitable de frais liés à l'examen d'un très petit nombre de fusionnements problématiques à l'ensemble des parties aux transactions devant être obligatoirement déclarées.

Dans son document de consultation sur la mise en œuvre de frais d'utilisation (juin 1993), le Bureau de la concurrence signale que les délais nécessaires pour traiter les dépôts de PF ou les demandes de CDP varient considérablement. Par conséquent, le Bureau jugeait à propos à l'époque d'examiner trois options en matière de tarification : une première fondée sur le délai d'exécution moyen; une deuxième basée sur le délai d'exécution médian, et une troisième qui se situait à mi-chemin entre le délai d'exécution moyen et le délai d'exécution médian⁸. Les différences étaient importantes : le coût moyen de l'examen d'un cas de fusionnements s'élevait à environ 19 600 \$ et le coût médian à 3 900 \$, tandis que le tarif proposé se situant à mi-chemin aurait été de l'ordre de 12 000 \$ à 15 000 \$.

À l'époque, on estimait que l'option du coût médian ne convenait pas parce qu'elle ne permettait pas de transférer le coût de l'examen des fusionnements à l'ensemble des parties en cause; le gouvernement aurait subventionné des fusionnements coûteux. Cependant, le Bureau reconnaît aujourd'hui qu'« étant donné que le grand public profite aussi d'une administration et d'une mise en application efficace de la *Loi sur la concurrence*⁹ », un recouvrement partiel des coûts est satisfaisant¹⁰. La Section souscrit à ce principe tout en faisant observer que les cas où le public bénéficie de l'avantage marginal de l'application de la *Loi* sont ceux qui ne posent pas de problème en vertu de celle-ci. Il convient donc que le coût de l'examen de ces fusionnements soit financé à même les recettes générales, et non grâce aux frais acquittés par les parties à des fusionnements qui ne posent pas problème.

⁷ En outre, le Bureau est autorisé à demander (et, de l'avis de la Section, devrait songer à le faire) des affectations financières spéciales pour les examens qui exigent beaucoup de ressources (comme ce fut le cas pour les fusionnements de banques, d'après ce que croit comprendre la Section).

⁸ Le Bureau semble s'être livré à une analyse similaire lorsqu'il a adopté la tarification actuelle. Voir le document du Bureau de la concurrence intitulé *Proposition de tarification* (1997), p. 7.

⁹ En fait, la Section est d'avis que l'examen des fusionnements profite entièrement au public, mais nous ne souhaitons pas reprendre cet argument dans ce mémoire.

¹⁰ Voir la *Proposition de tarification* du Bureau de la concurrence (p. 3) et Bureau de la concurrence (2002).

Comme la Section l'a indiqué dans sa réponse au document de consultation publié par le Bureau en 1993, il n'est que normal que l'ensemble des contribuables absorbent le coût accru du traitement des fusionnements qui, de l'avis du Bureau, ont des effets anticoncurrentiels, étant donné que c'est à eux que profitera la prévention de ces fusionnements. Par conséquent, s'il faut imposer des frais pour les dépôts de PF, ces frais ne devraient pas dépasser le coût moyen du traitement des transactions qui ne posent pas de problème en vertu de la *Loi*¹¹.

De l'avis de la Section, il serait donc tout à fait à propos de fonder la tarification sur le coût moyen (ou peut-être médian) de l'examen des fusionnements « non complexes » ou de ceux qui « ne posent pas de problème en vertu de la *Loi* ». (Une autre méthode consisterait à faire varier le tarif en fonction du type de transaction ou du montant de celle-ci C scénario que nous analysons ci-dessous C ou à opter pour un tarif mixte (tarif dégressif plus un tarif fondé sur une mesure du coût appropriée). Quoi qu'il en soit, la Section croit que le Bureau doit se livrer à une évaluation plus rigoureuse des niveaux de tarification appropriés et qu'il devrait examiner la possibilité de supprimer toutes les entraves à sa capacité d'avoir accès aux recettes provenant de l'acquittement des frais imposés pour les dépôts avant que les tarifs actuels soient révisés à la hausse¹².

Enfin, la Section fait remarquer que l'imposition de frais pour le « service » d'examen des fusionnements visait, entre autres, à améliorer la qualité du service¹³. Le Bureau, et c'est tout à son honneur, a montré qu'il pouvait traiter rapidement et efficacement la plupart des préavis de fusionnement et des demandes de CDP non complexes. Toutefois, nonobstant les statistiques du Bureau sur son propre rendement, un nombre important de membres de la Section sont d'avis qu'il n'a pas suivi les mêmes normes pour l'examen des cas complexes ou très complexes. En fait, vu la réduction du nombre de dépôts de préavis de fusionnement durant l'exercice en cours, il semble, selon certaines données non scientifiques, que le processus d'examen ait été moins efficace. Le Bureau n'a pas non plus expliqué pourquoi un tarif représentant plus que le double du tarif actuel lui permettrait de respecter ces normes dans les cas difficiles. L'obtention de ressources financières supplémentaires ne constitue pas nécessairement le seul et unique moyen d'améliorer le service. D'autres initiatives, notamment celles évoquées ci-dessous, qui visent à améliorer le processus d'examen des préavis de fusionnement, pourraient contribuer énormément à accélérer et améliorer le processus sans qu'il faille pour autant accroître les ressources financières. La Section félicite le Bureau pour les progrès considérables qu'il a accomplis jusqu'à maintenant en ce qui touche l'amélioration des normes de service, mais elle n'est pas persuadée que le service se soit amélioré autant qu'il aurait pu l'être par suite de l'imposition de frais d'utilisation, ou que le doublement du tarif entraînerait une amélioration correspondante du niveau de service.

Nouvelles méthodes de tarification

La Section est d'avis que l'on devrait examiner plus en profondeur les autres politiques de tarification possibles. Le Bureau semble avoir rejeté la tarification dégressive sans justifier comme il se doit la tarification fixe. La Section est d'avis que lorsqu'il s'agit de faire un choix parmi un ensemble d'options imparfaites, on devrait examiner en détail toutes les options et justifier à l'aide

¹¹ Vu ces motifs, une tarification fondée sur les coûts pour une période se situant entre le délai d'exécution moyen et le délai d'exécution médian ne convient pas non plus.

¹² La Section croit comprendre qu'à l'heure actuelle, le Bureau n'est autorisé à conserver qu'un montant de 9,5 millions de dollars sur les recettes découlant des frais imposés pour les dépôts de préavis de fusionnement, le reste étant versé au Trésor public.

¹³ Dans sa *Proposition de tarification* de 1997, le Bureau de la concurrence disait qu'il utiliserait les recettes découlant de l'imposition de tarifs pour améliorer son exploitation et les niveaux de service.

d'arguments persuasifs la décision prise. Le Bureau a identifié deux solutions de rechange, qui ont chacune été rejetées en faveur de la tarification fixe.

Tarification fondée sur le délai d'exécution ou la complexité des transactions

La Section admet qu'une tarification dégressive fondée sur le délai d'exécution ou sur la complexité des transactions présente d'importantes difficultés. Le Bureau a souligné certaines de ces difficultés tandis que la Section a décrit d'autres difficultés lors de consultations antérieures sur la tarification¹⁴. Le Bureau a indiqué qu'un tel système ferait en sorte que le premier fusionnement au sein d'une industrie subventionnerait les examens subséquents puisqu'il faudrait nécessairement que le Bureau consacre plus de temps à l'examen initial qu'aux examens suivants. Toutefois, ce problème pourrait dans la réalité ne pas être aussi aigu que le Bureau le laisse entendre, étant donné que celui-ci, au cours des 15 années qui ont suivi l'implantation du régime des préavis et des examens obligatoires, a certes acquis une expertise considérable dans la plupart des secteurs de l'économie canadienne. Néanmoins, un tel système pourrait avoir les conséquences suivantes :

- créer initialement beaucoup d'incertitude quant aux frais à acquitter;
- être difficile à appliquer du point de vue administratif (plus de personnel pour tenir des registres détaillés, par exemple);
- exiger une certaine forme d'appréciation *a posteriori* (ce qui n'est pas attirant, car le processus d'examen devrait, dans une très large mesure, être prévisible);
- entraîner, dans certains cas extrêmes, l'imposition de frais considérables, si l'on devait tendre à recouvrer les coûts réels. Une structure tarifaire boiteuse pourrait avoir un impact sur l'aspect économique de certaines petites transactions qui posent de sérieux problèmes.

Par ailleurs, une pareille structure tarifaire pourrait faire naître la perception qu'il existe un « risque moral » en ce sens qu'on pourrait soutenir que le Bureau a financièrement intérêt à retarder les examens. (La Section ne met pas en doute l'intégrité du personnel du Bureau, mais il reste qu'une tarification basée sur le délai d'exécution ou la complexité des transactions pourrait engendrer une telle perception.)

Par conséquent, la Section partage l'avis du Bureau selon lequel ce genre de structure tarifaire ne convient pas. Elle comporte tellement de lacunes graves qu'il ne vaut pas la peine de s'attarder à ses avantages possibles.

Tarification fondée sur la valeur des parties ou des transactions

La Section est d'avis que la tarification dégressive fondée sur la valeur des parties ou des transactions est une méthode à laquelle il convient de s'arrêter davantage, ne serait-ce que parce que c'est celle que les États-Unis et le Royaume-Uni, entre autres, ont retenue. Il serait utile, chose certaine, que le Bureau précise les raisons qui font qu'à son avis, la situation au Canada est suffisamment différente de celle qui prévaut aux États-Unis et au Royaume-Uni pour justifier une approche différente.

¹⁴ Voir, par exemple, la lettre datée du 29 juin 1994 que la Section nationale du droit de la concurrence de l'ABC a adressée à George Addy.

Le Bureau a conclu qu'il y a peu de rapports, voire aucun, entre le montant d'une transaction et le coût du traitement d'un préavis de fusionnement ou d'un certificat de décision préalable. En supposant que ce soit le cas, il existe peut-être également peu de rapports, voire aucun, entre la tarification fixe et le coût du traitement d'un préavis de fusionnement ou d'un CDP. En outre, bien qu'il n'existe peut-être pas de raison doctrinaire qui explique cela, et qu'il puisse, admettons-le, être difficile d'évaluer cet aspect de façon précise, il existe selon les membres de la Section une perception voulant que les transactions très importantes nécessitent généralement un plus long processus d'examen. (Cela semble conforme à l'expérience observée aux États-Unis, où les transactions importantes font l'objet d'une « seconde demande » de renseignements plus souvent que les transactions de moindre envergure¹⁵.) Il serait certes souhaitable de se livrer à plus de travaux empiriques. Cependant, une tarification dégressive bien conçue et dûment appliquée pourrait permettre de remédier dans une large mesure au déséquilibre qu'on observe actuellement entre les tarifs, d'une part, et l'effort réglementaire nécessaire pour examiner la majorité des fusionnements qui doivent obligatoirement être déclarés, d'autre part. Une telle structure tarifaire offrirait également l'avantage d'être simple à administrer (par le Bureau et les parties intéressées), dans la mesure où elle serait fondée sur des éléments faciles à calculer (p. ex., valeur des éléments d'actif, revenu ou valeur de la transaction).

Frais imposés pour les avis consultatifs

La Section est en faveur de l'imposition de frais pour recouvrer une part raisonnable des dépenses engagées pour fournir, dans d'autres cas que ceux qui ont rapport à un fusionnement, des avis consultatifs écrits ayant force obligatoire.

D'après les statistiques du Bureau, le nombre de demandes d'avis consultatifs qui ne portent pas sur des fusionnements est relativement faible et diminue depuis 1998. Il est possible que le nombre de ces demandes augmente du fait que ces avis lieront désormais le commissaire. Cependant, la Section craint que l'imposition d'un tarif trop élevé puisse décourager les parties de demander des avis consultatifs. Il semble d'ailleurs que l'imposition de tarifs en 1998 ait déjà eu cet effet. En l'absence de plus amples renseignements quant aux coûts historiques de la prestation d'avis en vertu des dispositions de la *Loi* qui ne traitent pas des fusionnements, il est difficile de déterminer si les tarifs proposés sont appropriés. Cependant, des frais de l'ordre de 10 000 \$ à 15 000 \$ semblent plutôt élevés, compte tenu du fait que le Bureau a plusieurs années d'expérience dans l'application de ces dispositions, qu'il existe dans la plupart des cas une jurisprudence importante, et que le Bureau a publié des lignes directrices détaillées sur un grand nombre des dispositions en question (discrimination par les prix, prix abusifs/abusivement bas, abus de position dominante, etc.)

Le Bureau a proposé de ne pas émettre d'avis ayant force obligatoire à propos des fusions et des acquisitions. Afin de favoriser la conformité à la *Loi* et le recours au paragraphe 124.1, la Section recommande de réexaminer cette position et de réduire le tarif prévu (à 1 000 ou 2 000 \$ peut-être) pour les avis sur les fusionnements (c.-à-d., les avis portant sur l'application de la partie IX de la *Loi sur la concurrence* à un ensemble particulier de faits). Il se peut que le Bureau doive de temps à autre se pencher sur l'application des dispositions relatives aux préavis à des situations de fait qu'il n'a pas déjà rencontrées; cependant, on peut penser que ces cas-là seront de plus en plus rares, étant donné que le Bureau justifie de plus de 15 années d'expérience dans ces

¹⁵ Voir le tableau IV du document de la Federal Trade Commission et du département de la justice intitulé *Annual Report to Congress Fiscal Year 2000 Pursuant to Subsection (j) of Section 7A of the Clayton Act Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976* (Twenty-Third Report).

domaines. De l'avis de la Section, il ne serait nécessaire dans la très grande majorité des cas de se renseigner auprès de tiers ou d'effectuer de vastes analyses.

La Section appuie fermement l'engagement du Bureau à continuer de fournir à titre gracieux des avis oraux ou d'autres avis préliminaires. Il serait malheureux que la politique de tarification du Bureau décourage la consultation et les efforts pour se conformer volontairement à la *Loi sur la concurrence*.

La Section recommande également que le Bureau publie sur son site Web ses avis consultatifs écrits, après y avoir supprimé les renseignements confidentiels. Cette pratique accroîtrait le degré de transparence et favoriserait une interprétation plus cohérente de la *Loi sur la concurrence*. Il pourrait en résulter un allègement du fardeau du Bureau, dans la mesure où des personnes choisiraient de s'en remettre aux avis concernant des situations similaires plutôt que de demander un avis ayant force obligatoire.

Normes de service d'examen des fusionnements

Nous croyons comprendre que le Bureau a l'intention de diffuser le projet de guide révisé sur la tarification et les normes de service (le « guide ») avant les consultations qui se tiendront plus tard cette année, et d'y incorporer subséquemment les observations fournies lors des consultations et dans les mémoires, en vue de la mise en œuvre du guide révisé au cours du premier trimestre de 2003. Il tarde à la Section d'avoir de plus amples discussions avec la Direction des fusionnements afin de travailler avec elle à l'élaboration d'un processus simplifié d'examen des fusionnements. Nous souhaitons avoir l'occasion de fournir des commentaires plus détaillés après la publication du projet de guide révisé, dans le cadre des consultations du Bureau auprès des intervenants et peut-être d'une série de réunions de suivi. En prévision de telles discussions, nous désirons vous soumettre les commentaires préliminaires ci-après.

- L'Unité des avis de fusionnement a fort bien réussi à traiter les cas non complexes dans le délai de 14 jours prévu par la norme de service. En fait, d'après les statistiques du Bureau, il semble que le délai moyen nécessaire pour examiner les transactions non complexes ait quelque peu diminué au cours du dernier exercice. Somme toute, la Section est satisfaite du traitement des fusionnements non complexes par le Bureau et ne recommande pas de changements importants à cet égard.
- Tel qu'indiqué ci-dessus, la Section estime qu'il subsiste un problème en ce qui touche le délai nécessaire pour examiner les fusionnements complexes ou très complexes. S'il est vrai que les statistiques du Bureau indiquent que la norme de service est respectée dans environ 90 % des cas complexes et dans la quasi-totalité des cas très complexes, il reste que ces données peuvent être quelque peu trompeuses dans le sens où le Bureau considère que le délai commence à courir uniquement lorsqu'il a déterminé avoir reçu tous les renseignements qu'il estime suffisants pour entreprendre son examen, soit dans certains cas plusieurs semaines après le dépôt du préavis. En fait, les membres de la Section font référence aux cas pour lesquels le Bureau a fait valoir que le délai d'exécution prévu par la norme de service a commencé à courir uniquement une fois que les parties ont répondu à l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11, qui a été émise plusieurs mois après le début de l'examen. La Section estime qu'il devrait exister des lignes directrices très claires quant au moment où commence à courir le délai d'exécution prévu par la norme de service, et qu'afin de prévenir les abus (ou la perception d'abus) l'agent chargé d'une affaire devrait disposer de peu de latitude quant à la possibilité de déroger à ces lignes directrices.

- Les normes de service régissant l'examen des fusionnements devraient remplir deux fonctions : d'une part, elles devraient fournir aux parties en cause une mesure fiable du temps qu'il faudra pour obtenir l'autorisation nécessaire en vertu de la *Loi sur la concurrence* et, d'autre part, elles devraient constituer aux yeux du Bureau et du public une base de référence aux fins de l'évaluation du rendement du Bureau. La Section est d'avis que l'examen du guide fournit l'occasion de réévaluer le bien-fondé et l'efficacité des normes de service par rapport à ces objectifs. Certains membres de la Section estiment que la classification actuelle qui distingue trois catégories de normes de service, et la façon dont les délais d'exécution sont calculés pour chacune d'elles, sont difficiles à expliquer et suscitent souvent de l'incertitude quant à leur application.
- La Section recommande que le Bureau tienne et publie des statistiques sur le délai qui s'écoule entre le dépôt du préavis de fusionnement et la fin de son examen. Nous reconnaissons que le Bureau n'est pas entièrement maître de la situation (le dépôt initial peut être incomplet; les parties fournissent parfois peu de renseignements supplémentaires, voire aucun, au sujet des conditions du marché, ou le font bien après le dépôt du préavis; le Bureau peut être contraint de retarder la prise de contact avec des tiers en attendant une annonce publique). Par conséquent, on ne saurait juger du rendement du Bureau uniquement en se fondant sur ces statistiques. Cependant, ces renseignements donneraient à tout le moins aux parties en cause une idée plus réaliste quant au délai nécessaire pour obtenir l'autorisation prévue par la *Loi sur la concurrence*. Par ailleurs, l'agent chargé d'une affaire, sachant que le Bureau tient et publie des statistiques de ce genre, pourrait être enclin à effectuer l'évaluation initiale plus rapidement et à communiquer (si nécessaire) plus tôt avec les parties pour obtenir des renseignements supplémentaires.
- La Section encourage le Bureau à songer à des façons de simplifier la classification et l'examen des fusionnements qu'il qualifie actuellement de « complexes » ou de « très complexes ». Tel qu'indiqué ci-dessus, nous souhaitons avoir la chance de travailler avec la Direction des fusionnements à l'élaboration de telles propositions. Afin de lancer la discussion, nous désirons vous faire part des suggestions préliminaires suivantes :
- Le Bureau devrait songer à exiger comme pratique courante que les agentes et agents chargés d'examiner les cas complexes ou très complexes communiquent leur évaluation préliminaire aux parties le plus tôt possible au cours du processus d'examen et qu'ils leur transmettent régulièrement des évaluations mises à jour au fur et à mesure du déroulement de l'examen. Très souvent, les parties seront en mesure de fournir des renseignements supplémentaires pour apaiser les craintes de l'agent, évitant ainsi de longues enquêtes ou la nécessité de recourir à des demandes de renseignements formelles. Si les parties ne sont pas en mesure de dissiper de façon satisfaisante les préoccupations de l'agent à la faveur de ce processus, il est tout de même préférable de faire ce constat au stade préliminaire de l'examen.
- Après le dépôt d'un préavis de fusionnement, le Bureau devrait, dans un délai relativement court (21 à 30 jours peut-être), fournir aux parties une évaluation préliminaire détaillée des problèmes possibles qu'il a recensés au cours de son examen préliminaire et qu'il entend examiner plus en profondeur; par ailleurs, cette évaluation devrait être accompagnée d'une description des renseignements complémentaires nécessaires et être transmise aux parties avant toute demande de renseignements formelle.

- Le recours à des pouvoirs formels pour recueillir des renseignements (et les délais que cela implique) a posé problème dans un certain nombre de cas. Le plus souvent, le Bureau devrait être en mesure de déterminer, peu de temps après qu'il a commencé à se renseigner auprès de tiers, s'il lui faudra faire une demande de renseignements formelle ou rendre une ordonnance en vertu de l'article 11. Nous recommandons que le Bureau adopte comme politique de ne rien négliger pour faire part aux parties de ses besoins en renseignements supplémentaires dans les 30 jours qui suivent le dépôt d'un préavis. La Section estime que le Bureau ne devrait recourir à des pouvoirs formels que s'il lui est impossible d'obtenir les renseignements voulus par des moyens moins intrusifs, ou dans des circonstances exceptionnelles (p. ex., refus des parties de collaborer ou de fournir volontairement des renseignements nécessaires). Hormis ces circonstances exceptionnelles, le Bureau devrait s'engager à ne recourir à ces pouvoirs qu'une fois que s'est écoulé un certain délai (de 30 jours peut-être) depuis le dépôt d'un préavis complet de fusionnement. En outre, le Bureau devrait rarement, voire jamais, demander que soient rendues des ordonnances en vertu de l'article 11 à l'encontre d'individus qui se sont déjà conformés à une demande de renseignements formelle détaillée.
- Aux États-Unis, la Federal Trade Commission¹⁶ et le département de la justice¹⁷ sont disposés à participer à des conférences précoces avec les parties en cause afin de cerner les problèmes; ces organismes se sont dotés de procédures administratives visant à réglementer et simplifier la procédure d'examen des fusionnements. La Section suggère que le Bureau examine la possibilité de mettre en œuvre des politiques semblables et de les communiquer au public, peut-être par le biais du guide révisé.

La Section souhaite avoir l'occasion de discuter plus en détail de ces questions avec le Bureau.

¹⁶ « FTC Announces Changes to « Second Request » Procedures During Premerger Review » (5 avril 2000), communiqué publié à l'adresse <<http://www.ftc.gov/opa/2000/04/hsrinit.htm>>.

¹⁷ Voir « Antitrust Division Releases Details of Merger Review Process Initiatives » (12 octobre 2001) C communiqué publié à l'adresse <http://www.usdoj.gov/aatr/public/press_releases/2001/9305.htm>; « Antitrust Division Announces Merger Review Process Improvements » (6 avril 2000) C communiqué publié à l'adresse <http://www.usdoj.gov/aatr/public/press_releases/2000/4511.htm>.