



Le 3 février 2009

[TRADUCTION]

Monsieur Ron Parker
Sous-ministre adjoint principal
Secteur de la politique stratégique
Industrie Canada
Édifice C.D.-Howe, 10^e étage, pièce 1020B
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) K1A 0H5

Objet : Modifications possibles au processus d'examen des fusions en vertu de la *Loi sur la concurrence*

Monsieur,

J'écris au nom de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) pour vous présenter nos points de vue préliminaires sur les modifications possibles au processus d'examen des fusions en vertu de la *Loi sur la concurrence* recommandées par le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence¹.

Le Groupe d'étude a recommandé ceci :

- des modifications devraient être apportées de sorte que « (l)e processus d'avis de fusion (...) correspond(e) davantage au processus d'examen des fusions des États-Unis »;
- « (l)a période initiale d'examen devrait être fixée à 30 jours, et le commissaire à la concurrence devrait avoir le pouvoir, à sa discrétion, de lancer une deuxième étape d'examen qui prolongerait le processus et qui se terminerait 30 jours après la pleine conformité avec une deuxième demande d'information ».

Bien que cela ne faisait pas partie de son mandat, Brian Gover a formulé une recommandation analogue dans son rapport de juin 2008 (le rapport Gover) adressé au sous-ministre de la Justice et à la commissaire de la concurrence au sujet de certaines questions entourant le recours par le Bureau de la concurrence aux pouvoirs d'enquête prévus par l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*². Du reste, le rapport Gover

¹ Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner* (rapport final – juin 2008), p. 70.

² Lettre du 19 juin 2008 adressée par M. Brian Gover à M. John Sims et M^{me} Sheridan Scott, accessible à www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02709.html. Dans une lettre qu'elle a adressée à M. Sims et M^{me} Scott le 4 septembre 2008, la Section de l'ABC exprimait un certain nombre de préoccupations au sujet du rapport Gover, y compris le fait qu'il n'y avait pas eu de consultation adéquate sur les enjeux abordés; elle notait en particulier que « ni M. Gover ni le Bureau n'ont soulevé [la possibilité de modifications au processus d'examen des fusions] ou invité la Section de l'ABC à la commenter dans le contexte [du rapport Gover] ».

découlait de préoccupations soulevées au sujet du procédé utilisé par le Bureau de la concurrence pour obtenir des renseignements dans le cadre d'une fusion en particulier³.

Nous présentons des commentaires maintenant parce que nous croyons comprendre que le gouvernement envisagerait de faire suite à cette recommandation du Groupe de travail dans l'actuelle série de modifications proposées à la Loi. Cette lettre s'appuie sur les travaux que poursuit le Groupe de travail sur les fusions de la Section de l'ABC, qui regroupe des avocats chevronnés du secteur privé spécialisés dans le droit de la concurrence; elle ne comprend aucun apport du Bureau.

Résumé

La Section de l'ABC est d'accord avec l'affirmation du Groupe de travail voulant que « le Bureau de la concurrence a besoin de renseignements pertinents et d'une période de temps raisonnable pour analyser les transactions qui soulèvent des enjeux complexes ». La Section de l'ABC convient aussi avec le Groupe de travail que « l'examen de transactions complexes de fusion et (...) l'utilisation de processus d'examen formels par le Bureau de la concurrence (...) peuvent prendre beaucoup de temps et revenir très cher aux parties à la fusion ainsi qu'à d'autres intervenants du marché ».

La Section de l'ABC se préoccupe toutefois de ce que la recommandation du Groupe de travail visant l'adoption à l'égard des fusions d'un processus semblable à celui des États-Unis puisse de fait réduire la compétitivité du Canada au lieu de l'augmenter. La plupart des spécialistes du droit de la concurrence du Canada, des États-Unis et d'ailleurs conviendraient que le processus américain de demande de renseignements supplémentaires est excessivement lourd, coûteux et long. Après plus de 30 ans, aucun autre pays au monde ne l'a adopté comme modèle⁴.

Par surcroît, les questions à l'étude n'ont pas été discutées adéquatement dans les mémoires présentés au Groupe d'étude. La raison en est que le document de consultation du Groupe d'étude ne visait pas expressément le processus d'examen des fusions en vertu de la Loi. Nous ne sommes au courant d'aucune proposition préalable faite publiquement en vue de modifier sensiblement le processus actuel. En conséquence, aucun des mémoires présentés par le secteur privé ou des rapports d'experts indépendants commandés par le Groupe d'étude ne se penchait sur la possibilité de modifier ce processus de façon à adopter un processus de demande de renseignements supplémentaires analogue à celui des États-Unis⁵. Un des participants aux rencontres de consultation du Groupe d'étude, le 22 février 2008 à Montréal, a exprimé un certain appui en faveur de l'approche américaine de l'examen des fusions; d'autres ont exprimé le souhait d'une plus grande certitude dans le processus administratif suivi par le Bureau dans ses examens de fusions.

La Section de l'ABC recommande que toute modification à la Loi touchant le processus d'examen des fusions soit reporté à une série ultérieure de modifications proposées, après une vaste consultation publique, surtout au regard des éléments suivants :

³ *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Limitée* (28 janvier 2008) C.F., juge Mactavish; *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Limitée et autres*, 2007 Trib. de la concurrence 9 (CT-2007-003), confirmé 2008 C.A.F. 22; *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Limitée et autres*, 2008 C.F. 59 (C.A.F.).

⁴ Il a récemment été estimé que 110 pays et 115 régimes prévoient maintenant une certaine forme de contrôle préalable à une fusion. Voir http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/2009/01/a-record-110-co.html. (uniquement en anglais) La grande majorité de ces régimes ont adopté leurs dispositions après la création du processus américain de demande de renseignements supplémentaires. On peut supposer que ces régimes ont tenu compte du processus américain et l'ont rejeté.

⁵ Voir plus loin la note 11 au sujet du document de discussion du 31 mars 2008 de la commissaire, qui abordait le processus d'examen des fusions.

1. il n'y a pas eu la moindre consultation publique sur les modifications en cause, y compris dans les consultations menées par le Groupe d'étude et les consultations extrêmement limitées menées par M. Gover⁶;
2. l'expérience américaine indique nettement que son processus de demande de renseignements supplémentaires imposerait des coûts et autres fardeaux considérables et non justifiés, ainsi que des délais sensiblement plus longs. Ces coûts et fardeaux équivaldraient à une taxe importante à l'égard des fusions au Canada, surtout dans la conjoncture économique actuelle⁷. Ils exigeraient également d'importantes augmentations des effectifs et du financement du Bureau, pour traiter la quantité décuplée d'information qui serait produite en réponse aux demandes de renseignements;
3. la nature des enjeux techniques est à ce point complexe qu'il faudrait un long délai pour mettre au point une démarche canadienne judicieuse évitant les excès et autres faiblesses de l'approche américaine tout en préservant les avantages de l'approche actuelle du Canada;
4. bien qu'il y ait place à amélioration quant à la diligence des examens de fusions, le processus canadien a dans l'ensemble été efficace depuis qu'il a été établi il y a plus de 20 ans, de sorte que le passage à un processus de demande de renseignements supplémentaires du même genre que les États-Unis ferait sans doute plus de tort que de bien;
5. il n'y a jamais eu d'indication que l'article 11 ne permette pas au Bureau d'obtenir toute l'information dont il a besoin pour exécuter son mandat d'examen des fusions en vertu de la Loi;
6. une consultation publique sur les éventuelles modifications au processus d'examen des fusions profiterait d'une plus ample information de la part du Bureau sur la mesure dans laquelle ses enquêtes sur des fusions ont été entravées, le cas échéant, par les délais ou les coûts supplémentaires imposés au Bureau par le processus de l'article 11;
7. d'importantes questions constitutionnelles seraient soulevées par toute modification proposée qui habiliterait le commissaire à rendre des ordonnances de production exécutoires sans contrôle judiciaire⁸.

La commissaire a défendu le processus actuel d'examen des fusions dans le mémoire initial qu'elle a présenté au Groupe d'étude le 11 janvier, et les acétates qui ont servi à son exposé au Groupe de travail du 22 février 2008 affirmaient qu'aucune modification législative n'était nécessaire pour le moment.

Si le gouvernement décide, nonobstant l'absence de consultation publique, de modifier le processus existant d'examen des fusions dans la série actuelle de modifications proposées à la Loi, l'ABC soutient que toute modification devrait : (a) conserver le cadre de base du processus actuel; (b) reconnaître que de nombreuses entreprises canadiennes sont sensiblement plus petites que leurs homologues américaines et sensiblement moins capables d'assumer les importants coûts et autres fardeaux habituellement associés au

⁶ Voir la lettre adressée par la Section de l'ABC à M. John Sims et M^{me} Sheridan Scott, *supra* note 2.

⁷ D'après un récent rapport de KPMG, [TRADUCTION] « la valeur des fusions et acquisitions réalisées par des entreprises canadiennes a chuté de 50 p. 100 en 2008 ... alors que la crise du crédit coupait l'élan des proposeurs d'unions ». Voir « *M&A activity fell sharply in Canada in 2008* », *The Globe and Mail* (13 janvier 2008), p. B8.

⁸ Voir par exemple *Air Canada c. Canada (Procureure générale)*, [2003] J.Q. n° 21 (CA). La Cour d'appel du Québec a invalidé un article de la Loi autorisant le commissaire à rendre des ordonnances provisoires à l'égard des transporteurs aériens.

processus américain de demande de renseignements supplémentaires; et (c) veiller à ce que le processus soit soumis à un contrôle adéquat par les tribunaux ou par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal).

Plus précisément, en étudiant les modifications possibles au processus, le gouvernement devra traiter de diverses questions complexes dont les suivantes :

1. assurer un contrôle judiciaire adéquat de tout pouvoir administratif de retarder la réalisation d'une fusion ou d'ordonner la production de documents ou de dépositions orales. Une telle fonction de contrôle serait idéalement assurée par le Tribunal, que la loi habilite déjà à surveiller le processus d'examen des fusions, plutôt que par les tribunaux ordinaires qui rendent actuellement les ordonnances en vertu de l'article 11 indépendamment du processus d'examen des fusions;
2. permettre au Tribunal de jouer un plus grand rôle dans la surveillance de l'examen des fusions, pour assurer sa diligence et son caractère raisonnable. Par exemple, le commissaire ou les parties à une fusion pourraient soumettre des questions au Tribunal afin qu'il tranche par voie sommaire les questions de fait et de droit qui peuvent survenir au cours de l'examen d'une fusion;
3. examiner la mesure dans laquelle il y a nécessité de modifier les périodes d'attente actuellement prévues par l'article 123 de la Loi pour les avis donnés au moyen de la déclaration détaillée;
4. examiner les modifications qui pourraient être opportunes aux articles 100 (ordonnance provisoire) et 97 (délai de prescription de trois ans pour la contestation d'une fusion);
5. examiner les modifications qui pourraient être opportunes à l'article 11, qui fournit déjà au Bureau les outils formels de collecte d'information dont il a besoin, en vue d'adapter cette disposition aux besoins et réalités d'un processus moderne d'examen des fusions tout en assurant un contrôle judiciaire adéquat du processus. (Le système américain prévoit que les organismes gouvernementaux peuvent signifier des demandes d'enquête civile à des tiers. Il n'est pas clair s'il faut prévoir que ce processus remplacerait celui de l'article 11, ni quelles questions cette option soulèverait.)

Jusqu'à ce qu'elle ait pu consulter ses membres plus largement, de préférence sur la base d'un document de consultation, la Section de l'ABC ne peut pas présenter des recommandations précises sur la mesure dans laquelle les délais d'attente devraient être modifiés, le cas échéant, ou sur la nécessité et l'ampleur de toute modification qui devrait être apportée à l'article 11. De fait, avant d'élaborer des recommandations au sujet de l'article 11, la Section de l'ABC soutient qu'il serait prudent d'attendre le rapport d'un groupe de travail commun ABC-Bureau qui a déjà été constitué pour formuler des recommandations d'améliorations non législatives au processus de l'article 11.

1. Consultation

Il existe une tradition bien établie de consultation publique à l'égard des modifications à la Loi. Cette tradition est fondée sur la reconnaissance du fait que la Loi est une loi-cadre économique qui touche les consommateurs et les entreprises ainsi que l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne. Les exemples suivants illustrent cette tradition :

- à la suite de la publication d'un document de discussion daté du 20 juin 2003, le gouvernement a lancé une consultation publique nationale (par le biais du Forum des politiques publiques (FPP)) sur une série de modifications qui a mené au projet de loi C-19 mort au Feuilleton lors de la dissolution du Parlement en novembre 2005;

- à la suite de la publication d'un document de discussion daté du 17 avril 2000, une consultation nationale a été lancée par le biais du FPP sur une série de modifications qui a mené au projet de loi C-23 entré en vigueur en juin 2002;
- à la suite de la publication d'un document de discussion en juin 1995, le gouvernement a lancé des consultations publiques nationales sur diverses propositions, dont certaines ont été reprises dans le projet de loi C-20 entré en vigueur en mars 1999;
- à la suite de la publication d'un document de discussion en mars 1985, le gouvernement a lancé des consultations nationales sur des propositions qui ont été intégrées au projet de loi C-91 entré en vigueur en juin 1986.

Par ailleurs, des consultations ont été menées en 1999 et 2000 à l'égard (i) des modifications au *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis* en vertu de la Loi qui a été proposé en mai 1999 et (ii) du rapport de J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, intitulé *Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et Loi sur la concurrence : Doctrine, droit et pratique*.

La Section de l'ABC a aussi participé à des consultations sur pratiquement chaque initiative importante visant l'application de la loi (p. ex., lignes directrices et bulletins) qui a été proposée de mémoire récente⁹. La Section de l'ABC a également été consultée sur des modifications d'ordre administratif à la Loi¹⁰.

Vu cette longue tradition, la Section de l'ABC est très préoccupée par la possibilité que les recommandations du Groupe d'étude sur le processus d'examen des fusions soient intégrées à la série actuelle de modifications proposées sans avoir été soumises à une consultation publique¹¹.

Les questions soulevées par ces recommandations sont plus importantes et plus complexes que dans le cas de nombreux autres projets de modification et initiatives visant l'application de la loi qui ont fait l'objet d'une consultation publique. La Section de l'ABC soutient qu'il serait entièrement de mise de prévoir une consultation dans les circonstances présentes.

2. *Le processus américain de demande de renseignements supplémentaires*

Dans les milieux internationaux du droit de la concurrence, le processus américain de demande de renseignements supplémentaires a la réputation d'imposer aux parties à des projets de fusion des fardeaux excessifs en matière de production de documents et de données électroniques, ainsi que d'allonger les délais.

Comme on le verra ci-dessous, ce processus est très coûteux pour les parties à une fusion (les coûts de production peuvent varier d'environ 5 millions de dollars américains en moyenne à 20 ou 25 millions de dollars américains dans les cas les plus complexes). Il est aussi lourd (exigeant souvent des centaines et parfois des dizaines de milliers de boîtes de documents ainsi que des gigaoctets de données) et beaucoup

⁹ Une liste partielle des mémoires présentés par la Section de l'ABC au sujet de projets de modifications législatives et de projets de politiques d'application de la loi se trouve à : www.cba.org/ABC/sections_Compétition_f/main/Section_Submissions_F.aspx.

¹⁰ Par exemple, la Section de l'ABC met actuellement à jour une liste de telles modifications qu'elle a soumises à M^{me} Suzanne Legault, sous-commissaire adjointe de la concurrence, le 19 mai 2005.

¹¹ On peut noter que ni le document de consultation d'octobre 2007 du Groupe d'étude ni aucune des propositions formulées ultérieurement par le Groupe d'étude ne mentionnait la possibilité d'une modification à la Loi prévoyant un processus de demande de renseignements supplémentaires du même genre qu'aux États-Unis. Voir *supra* note 2. Il semble que ce soit seulement quand elle a présenté au Groupe d'étude son document de discussion du 31 mars 2008 que la commissaire a évoqué un problème avec le processus d'examen des fusions et attiré l'attention sur certaines caractéristiques des modèles américain et européen de processus d'examen des fusions, qu'elle a commentés favorablement par rapport aux périodes d'attente actuellement prévues par la loi et aux pouvoirs de collecte de renseignements en vertu de la Loi.

plus long que le processus ayant cours au Canada. (Comme on l'indique plus loin, le temps moyen exigé pour l'examen consécutif à une demande de renseignements supplémentaires est d'environ six à sept mois. En moyenne, le temps requis pour réaliser une fusion en cas de demande de renseignements supplémentaires dépasse largement ce délai. Ce délai peut en soi empêcher des fusions dont la réalisation ne justifierait pas une contestation en vertu de la Loi.) Outre ces effets nuisibles pour les parties à une fusion, le Bureau peut ne pas avoir la capacité voulue pour mener simultanément plus d'une ou deux enquêtes assorties d'une demande de renseignements supplémentaires sans augmenter sensiblement ses ressources.

La Section antitrust de l'American Bar Association (ABA) a constaté : (i) qu'il existe [TRADUCTION] « un consensus parmi les avocats en pratique privée que les demandes de renseignements supplémentaires sont excessivement lourdes »; (ii) que [TRADUCTION] « le fardeau imposé aujourd'hui par les demandes de renseignements supplémentaires dépasse de loin ce que le Congrès avait initialement supposé en adoptant la *HSR Act* »; (iii) que [TRADUCTION] « malgré les efforts déployés dans le passé par les autorités et les avocats du secteur privé pour réformer le processus, le coût et le fardeau engendrés par les demandes de renseignements supplémentaires ont constamment augmenté au fil des ans »; et (iv) que [TRADUCTION] « rien ne prouve que le fardeau imposé par le processus de demande de renseignements supplémentaires aux États-Unis a mené à de meilleures décisions »¹².

Le rapport final d'avril 2007 de l'*Antitrust Modernization Commission* (AMC) des États-Unis indique que [TRADUCTION] « les commentateurs et les témoins ont uniformément exprimé des préoccupations au sujet des coûts excessifs et des délais associés au processus de demande de renseignements supplémentaires »¹³. À cet égard, il rapporte que [TRADUCTION] « selon une estimation, il en coûte entre 5 et 10 millions de dollars pour faire suite à une demande de renseignements supplémentaires », et « le temps nécessaire à l'examen d'une transaction et à l'approbation par l'organisme peut maintenant atteindre les six mois ou plus »¹⁴. Il cite aussi une autre enquête qui a tiré cette conclusion :

[TRADUCTION]

En moyenne, les enquêtes en cas de demande de renseignements supplémentaires ont exigé sept mois et entraîné des coûts médians de conformité de 3,3 millions de dollars. D'ailleurs, les chiffres médians associés à ces renseignements illustrent bien certains des fardeaux particuliers imposés par les demandes de renseignements supplémentaires : production de documents électroniques s'élevant à 583 000 pages de courrier électronique et 555 000 pages d'autres documents; 275 pages de réponses à des questions; 13 gigaoctets de données électroniques; 2,4 millions de dollars en honoraires d'avocats; et 300 000 \$ en honoraires d'économistes.¹⁵

L'AMC ajoute qu'une autre [TRADUCTION] « vaste étude réalisée récemment a conclu que les coûts externes aux parties à une fusion en cas de demande de renseignements supplémentaires aux États-Unis (y

¹² *Comments of the Section of Antitrust Law of the American Bar Association in Response to the Antitrust Modernization Commission's Request for Public Comment Regarding the Hart-Scott-Rodino Second Request Process* (5 décembre 2005), p. 1, 3, 6 et 7, accessible à : www.abanet.org/antitrust/at-comments/2005/12-05/hsr-2nd-request-comm.pdf. (uniquement en anglais)

¹³ *Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations* (avril 2007), p. 162, accessible à : http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. (uniquement en anglais)

¹⁴ *Ibidem*, p. 152.

¹⁵ *Ibidem*, p. 163. Le tableau C, à la p. 164 du rapport, indique que les valeurs moyennes de ces éléments étaient les suivantes : 1 566 867 pages de courrier électronique; 5 411 437 pages d'autres documents électroniques; 1 515 662 pages de documents sous forme imprimée; 872 pages de réponses à des questions; et 5,1 millions de dollars en coûts totaux.

compris les frais des avocats, des économistes et de la production de documents) étaient au moins deux fois plus importants que sous tout autre régime »¹⁶.

Comme le reconnaît l'AMC, [TRADUCTION] « le fardeau imposé par le processus de demande de renseignements supplémentaires n'est pas un nouveau problème »¹⁷ :

- en 2002, dans le cadre d'une consultation initiée par la *Federal Trade Commission* en vue d'améliorer le processus d'examen des fusions, l'ABA a fait remarquer que les plus importantes productions de documents en réponse à une demande de renseignements supplémentaires avaient augmenté des « centaines de boîtes de documents » d'il y a dix ans à « des milliers ou des dizaines de milliers de boîtes »¹⁸. Elle a aussi cité un rapport précédent qui avait noté que [TRADUCTION] « les plaintes selon lesquelles les demandes de renseignements supplémentaires exigent de façon routinière bien plus d'information que le personnel n'examinera jamais ou n'en aurait besoin restent communes »¹⁹;
- en 2004, après avoir fait valoir que les coûts associés simplement à la production de dossiers électroniques dans le cas d'une demande de renseignements supplémentaires même modeste peuvent être [TRADUCTION] « accablants », l'ABA a pressé la Division antitrust du département de la Justice des États-Unis (DOJ) et la *Federal Trade Commission* (FTC) (collectivement, les autorités américaines) [TRADUCTION] « d'adopter comme priorité de reconsidérer le processus et de chercher ensemble des moyens efficaces de concilier les intérêts publics et privés tout en respectant l'intention du Congrès »²⁰. La même année, après avoir reconnu que la FTC [TRADUCTION] « subissait une surcharge d'information qui menaçait de submerger le processus d'examen antitrust », la présidente de l'organisme a entamé un examen exhaustif des moyens de simplifier les examens²¹. Cependant, les coûts et les délais de l'examen des fusions aux États-Unis ont continué d'augmenter;
- en 2006, les autorités américaines ont annoncé d'importantes réformes du processus d'examen des fusions visant expressément à réduire les coûts et délais importants associés au processus. En annonçant les réformes, la présidente de la FTC a reconnu ce problème et le fait que les parties à une fusion ainsi que les autorités [TRADUCTION] « dépensent souvent des millions de dollars à réunir, examiner et analyser les renseignements demandés, et que les enquêtes en cas de demande de renseignements supplémentaires peuvent être très longues, atteignant souvent six à neuf mois »²². De même, le DOJ a reconnu que [TRADUCTION] « les recherches et l'examen visant de vastes sources électroniques de documents et d'information potentiellement pertinents imposent un fardeau important et coûteux aux parties. Il y a aussi de grands fardeaux

¹⁶ *Ibidem*, p. 153. Voir p. 163, où l'enquête de PricewaterhouseCoopers est examinée en plus amples détails.

¹⁷ *Ibidem*, p. 3.

¹⁸ *American Bar Association, Section of Antitrust Law, lettre à Joseph Simons, Bureau Director, Bureau of Competition, Federal Trade Commission* (6 août 2002), p. 6, accessible à : www.abanet.org/antitrust/at-comments/2002/08-02/simons.pdf. (uniquement en anglais)

¹⁹ *Ibidem*, p. 8.

²⁰ *American Bar Association, Section of Antitrust Law, The State of Federal Antitrust Enforcement – 2004*, p. 42-43, accessible à : www.law.berkeley.edu/faculty/rubinfeld/Profile/publications/Comments%20on%20State%20of%20Fed%20AT%20Enforcement04FINAL-1.pdf. (uniquement en anglais)

²¹ *Ibidem*, p. 5.

²² Deborah Platt Majoras, présidente, *Federal Trade Commission, Reforms to the Merger Review Process*, 16 février 2006, p. 5, accessible à : www.ftc.gov/os/2006/02/mergerreviewprocess.pdf. (uniquement en anglais)

- pour le personnel de la Division, qui doit passer en revue d'énormes quantités de documents produits en réponse à des demandes de renseignements supplémentaires »²³;
- dans son récent *2008 Transition Report* destiné au président désigné Barack Obama et à la future administration, l'ABA a noté que les réformes de 2006 avaient eu un succès inégal, et recommandait que les autorités américaines soient chargées de les reconsidérer en vue [TRADUCTION] « d'augmenter la transparence et d'alléger le fardeau [du processus de demande de renseignements supplémentaires] imposé aux autorités et aux parties »²⁴. L'ABA ajoutait qu'il [TRADUCTION] « reste largement perçu que les difficultés posées par la production électronique de documents sont encore considérables et deviennent de plus en plus importantes avec le temps »²⁵.

Dans le mémoire qu'elle a présenté à l'AMC, l'ABA [TRADUCTION] « citait des rapports selon lesquels les travaux imposés par les demandes de renseignements supplémentaires peuvent aisément prendre six mois et coûter 5 millions de dollars, alors que dans les enquêtes les plus complexes, l'examen peut exiger 18 mois et coûter jusqu'à 20 millions de dollars aux parties »²⁶. En plus de limiter la portée des demandes de renseignements supplémentaires, l'ABA recommandait que les autorités américaines aient la possibilité de recommencer l'étape initiale d'information, [TRADUCTION] « afin de réduire l'inclinaison des autorités à formuler des demandes de renseignements supplémentaires si vastes et englobantes ».

À la lumière de tous ces éléments, la Section de l'ABC est très inquiète du fait que l'adoption au Canada d'un processus de demande de renseignements supplémentaires de genre américain soit sérieusement envisagée. Le processus américain est entaché de faiblesses évidentes et bien connues. En outre, l'expérience américaine illustre les difficultés pratiques à surmonter pour améliorer un processus déficient une fois qu'il a été adopté.

3. Les préoccupations apparentes sous-tendant les propositions du Groupe d'étude

Le Groupe d'étude a reconnu des préoccupations qui ont été exprimées, dans le cadre de ses consultations, « quant au temps consacré à l'examen de transactions complexes de fusion et quant à l'utilisation de processus d'examen formels par le Bureau de la concurrence, qui peuvent prendre beaucoup de temps et revenir très cher aux parties à la fusion ainsi qu'à d'autres intervenants du marché »²⁷. Cependant, le Groupe d'étude a aussi noté que le Bureau « a besoin de renseignements pertinents et d'une période de temps raisonnable pour analyser les transactions qui soulèvent des enjeux complexes »²⁸. À cet égard, il ajoute que « [l']obtention de renseignements supplémentaires ou d'un prolongement de la période d'examen en faisant appel au processus juridique est une méthode non satisfaisante pour les secteurs privé et public, car il y a perte de temps et cela détourne l'attention des enjeux importants associés au projet de fusion en cause »²⁹. Il semble que cette observation provienne d'une déclaration semblable faite dans un mémoire du 31 mars 2008 que la commissaire a présenté au

²³ Département de la Justice des États-Unis, *Antitrust Division, Background Information on the 2006 Amendments to the Merger Review Process Initiative*, accessible à : www.usdoj.gov/atr/public/220241.pdf. (uniquement en anglais)

²⁴ *American Bar Association, Section of Antitrust Law, 2008 Transition Report*, p. 6, accessible à : www.abanet.org/antitrust/at-comments/2008/11-08/comments-obamabiden.pdf. (uniquement en anglais)

²⁵ *Ibidem*, p. 7.

²⁶ *AMC Final Report*, *supra* note 13, p. 163.

²⁷ *Supra* note 1, p. 65.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

Groupe d'étude³⁰. En conséquence, le Groupe d'étude a recommandé de modifier le processus d'examen des fusions du Canada en régime à deux volets qui s'approcherait du modèle utilisé aux États-Unis.

La Section de l'ABC soutient respectueusement que pour répondre aux préoccupations du Groupe d'étude au sujet du temps dont dispose le Bureau pour exécuter son mandat d'examen des fusions en vertu de la Loi, il vaudrait beaucoup mieux faire en sorte de préserver les aspects désirables du processus existant d'examen des fusions. Par exemple, le Tribunal, qui est déjà chargé de surveiller le processus (y compris à l'égard de questions comme la mesure dans laquelle la réalisation d'une fusion entravera les recours, la tenue d'une audience sur les effets d'une fusion pour la concurrence et, en dernier ressort, la décision d'empêcher une fusion ou d'ordonner des mesures comme des dessaisissements ou des dissolutions), pourrait être investi du pouvoir de rendre des ordonnances de production, de se pencher sur les questions sur les délais et de trancher les questions de fait et de droit d'une façon sommaire et expéditive. Autre exemple, le Bureau pourrait effectuer un triage plus efficace des dossiers de façon à libérer des ressources et régler rapidement les dossiers qui soulèvent véritablement des questions en matière de concurrence.

En ce qui concerne les renseignements dont le Bureau a besoin, l'article 11 est suffisamment large pour permettre au Bureau d'obtenir les renseignements nécessaires dans tout dossier donné. Cependant, la Section de l'ABC reconnaît qu'il peut y avoir de rares situations où une partie décidée à se prévaloir pleinement de son droit de réaliser sa transaction immédiatement après l'expiration de la période d'attente prévue par la loi (14 ou 42 jours, selon le cas) pourrait tenter de le faire avant que le Bureau ait eu le temps d'examiner pleinement les renseignements produits en réponse à une ordonnance au titre de l'article 11. Même dans ce cas, le commissaire conserverait s'il y a lieu la possibilité de demander en vertu de l'article 100 une ordonnance provisoire interdisant aux parties de poser, pendant une période supplémentaire maximale de 60 jours, tout geste qui pourrait constituer la réalisation de leur transaction.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire d'accorder au Bureau un pouvoir discrétionnaire absolu de rendre des ordonnances de production ou de modifier radicalement un système qui a été efficace pendant plus de deux décennies pour régler le problème signalé par le Bureau au sujet des délais³¹.

Agir ainsi pourrait en fait augmenter les litiges du moins à court terme puisqu'il se poserait des questions constitutionnelles. Une ordonnance de production est effectivement une saisie de biens personnels par le gouvernement³², ce qui met en cause l'équilibre entre les besoins de l'organisme administratif concerné dans l'exécution du mandat que lui confie la loi et les droits des parties visées ainsi que les fardeaux qui leur sont imposés. Actuellement, seules la Cour fédérale ou une cour supérieure d'archives peuvent rendre des ordonnances de production contraignant des entreprises à remettre des documents au Bureau. Le processus de demande de renseignements supplémentaires du genre américain préconisé par le Groupe

³⁰ Commissaire de la concurrence, Bureau de la concurrence, *A Synthesis and Review of Recent Reform Proposals Regarding Canada's Competition Act*, 31 mars 2008, p. 18. Il faut souligner que le Groupe d'étude n'a signalé aucune preuve empirique étayant sa conclusion qu'il y avait nécessité d'harmoniser les systèmes canadien et américain d'examen des fusions à ce titre ou à quelque autre titre que ce soit. En outre, la Section de l'ABC soutient que le cadre actuel d'examen des fusions en vertu de la Loi n'a pas été un obstacle à la réalisation au Canada et aux États-Unis d'examens parallèles efficaces de fusions transfrontalières et internationales. De fait, le système canadien existant a permis des examens sensiblement plus expéditifs et moins onéreux que le système américain.

³¹ Il y a d'autres problèmes soulevés à l'égard de l'article 11 qui devraient être examinés. Alors qu'un groupe de travail ABC-Bureau étudie actuellement des moyens d'améliorer le processus d'ordonnances de l'article 11 dans le contexte juridique existant, il se peut que des modifications législatives soient indiquées pour régler certains des problèmes soulevés, comme celui de l'absence de préavis et celui du niveau opportun de contrôle judiciaire.

³² *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, para. 22; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 495 et 505 (juges Wilson et La Forest); *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, para. 15.

d'étude ne prévoit pas ce contrôle judiciaire essentiel et confierait à un organisme d'application de la loi ce qui a traditionnellement été au Canada une fonction judiciaire.

La Section de l'ABC soutient que le processus existant d'examen des fusions en vertu de la Loi a fonctionné efficacement pendant plus de deux décennies et qu'il serait excessif d'abandonner l'ensemble du processus en faveur d'un autre dont il est depuis longtemps clairement établi qu'il impose un excès de coûts, de délais et d'incertitude aux parties à une fusion.

4. Une meilleure façon de répondre aux préoccupations apparentes du Groupe d'étude

- a) *Réviser le régime existant de façon à conférer au Tribunal de la concurrence un pouvoir accru d'exiger la production de renseignements et de prolonger les délais des examens dans les cas qui le justifient.*

Le nombre de transactions dites « très complexes » à l'égard desquelles le Bureau a besoin de renseignements et de délais sensiblement au-delà de ce que prévoit la déclaration détaillée est très modeste. Plutôt que d'adopter en bloc un modèle américain de processus de demande de renseignements supplémentaires ou de prolonger l'ensemble des délais, il serait préférable de prévoir un mécanisme plus efficace pour traiter de ces quelques cas exceptionnels. Selon la loi actuelle, le Tribunal a effectivement le pouvoir en vertu des articles 100 et 104 de la Loi de prolonger les délais d'examen du Bureau, mais non de rendre des ordonnances en vertu de l'article 11 ou d'exiger par d'autres moyens la production de renseignements par les parties à une fusion (sauf après que le commissaire a déposé une demande en vertu de l'article 92).

Alors que la loi actuelle permet au Tribunal de jouer un rôle actif dans le processus d'examen des fusions avant la présentation d'une demande en vertu de l'article 92, le rôle joué par le Tribunal dans ce processus est resté tout au plus mineur. Depuis 1985, seulement deux demandes au titre de l'article 100 ont été présentées au Tribunal, et aucune demande contestée au titre de l'article 104 n'a été présentée dans une affaire de fusion. Ainsi, les ressources du Tribunal sont sous-utilisées, et le Tribunal ne joue pas le rôle qui lui est destiné en vertu de la Loi.

Il pourrait y avoir lieu d'envisager d'autoriser le Tribunal, sur demande du commissaire, d'exiger des renseignements supplémentaires des parties et de prolonger en conséquence les délais pour l'examen du Bureau, jusqu'à des maxima précis. Au-delà de ces délais maximaux, le Bureau conserverait ses droits en vertu de l'article 104 de la Loi. Le processus pourrait être simple et expéditif, mais serait soumis au contrôle du Tribunal.

Il pourrait aussi être envisagé d'élargir le processus des renvois de l'article 124.2 de la Loi afin de permettre aux parties à une fusion de renvoyer des questions particulières au Tribunal. Cette mesure créerait un mécanisme pour le règlement rapide de différends précis pouvant se poser entre le commissaire et les parties à une fusion.

- b) *Accorder davantage de temps au Bureau, tout en augmentant à l'intention des parties à une fusion la certitude quant aux délais.*

S'il est véritablement nécessaire d'accorder plus de temps au Bureau, une autre solution (moins optimale) pourrait consister à prolonger les périodes d'attentes prévues par la loi en cas de déclaration détaillée. La période d'attente actuelle est de 42 jours. En tenant compte du fait que le Groupe d'étude reconnaît l'importance de la diligence dans les examens des fusions en vertu de la Loi ainsi que des préoccupations qui ont été exprimées à ce sujet, nous soutenons qu'au besoin, un prolongement relativement modeste de la période d'attente assurerait au Bureau suffisamment de temps pour effectuer ses examens.

En ce qui concerne les cas de déclaration abrégée, il n'y a nul besoin de prolonger la période d'attente actuelle de 14 jours. En effet, à ce que nous sachions, il n'y a aucune indication que cette période soit

insuffisante pour permettre au Bureau d'effectuer son examen de transactions simples. Le mémoire du 31 mars 2008 que le Bureau a présenté au Groupe d'étude affirme que la grande majorité des fusions sont examinées en 10 jours ou moins, et le délai moyen d'examen des transactions « non complexes » est de 9,1 jours.

Si, malgré tout, les périodes d'attente prévues par la loi étaient prolongées, la Section de l'ABC estime que l'article 100 pourrait ne plus être nécessaire à l'égard des transactions qui sont déclarées au Bureau³³. En l'occurrence, le Bureau disposerait d'un délai suffisant pour effectuer son examen et préparer un dossier en vertu de l'article 92 de la Loi à l'égard de toute transaction dont le commissaire estimerait qu'elle aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire la concurrence.

Si le processus d'examen des fusions était modifié de cette façon, il pourrait aussi être opportun d'envisager la modification de l'article 97 (qui permet au Bureau de contester une fusion dans les trois ans suivant sa réalisation) en vue (i) d'exclure les contestations entamées après l'expiration de la période d'attente dans le cas des transactions qui ont fait l'objet d'un avis, et (ii) de réduire le délai de prescription (de trois ans) pour toutes les autres transactions³⁴.

c) *Pallier les lacunes associées au processus de l'article 11*

La Section de l'ABC soutient que le Bureau devrait continuer de recourir à l'article 11 lorsqu'il souhaite invoquer un pouvoir formel d'exiger la production de documents, de déclarations écrites ou de dépositions orales dans le cadre de l'examen d'une fusion. Le fait de conserver l'article 11 comme principale source de pouvoir formel de collecte de renseignements que puisse utiliser le Bureau en exécutant son mandat d'examen des fusions en vertu de la Loi serait particulièrement justifié au vu des éléments suivants :

- (i) des lacunes considérables et bien établies sont associées au processus américain de demande de renseignements supplémentaires;
- (ii) il ne semble y avoir aucune indication soit que le Bureau doive assumer des coûts ou des délais importants en invoquant le processus de l'article 11, soit que l'article 11 n'ait pas une portée suffisante pour permettre au Bureau d'obtenir tous les renseignements dont il aurait besoin.

Alors que la Section de l'ABC soutient que l'article 11 devrait être conservé, il existe diverses questions touchant le recours du Bureau à l'article 11 qui devraient être réglées. Comme on l'a vu plus haut, il y aurait lieu d'envisager d'autoriser le Tribunal à rendre des ordonnances en vertu de l'article 11 dans les affaires de fusion, et d'établir un lien entre ce processus et le délai accordé pour l'examen du Bureau. Les principales préoccupations que la Section de l'ABC a exprimées au sujet du recours par le Bureau aux ordonnances en vertu de l'article 11 dans les affaires de fusion et autres affaires civiles sont les suivantes : (i) l'absence d'avis préalable que le commissaire demandera une ordonnance en vertu de l'article 11; et (ii) la portée excessive de nombreuses ordonnances rendues en vertu de l'article 11. Ces préoccupations ont été soulignées dans la lettre que la Section de l'ABC a adressée à la commissaire le 6 février 2007 au sujet du *Bulletin d'information sur l'article 11 de la Loi sur la concurrence*, publié par le Bureau.

³³ L'article 100 prévoit que : « [l]e Tribunal peut rendre une ordonnance provisoire interdisant à toute personne nommée dans la demande de poser tout geste qui, de l'avis du Tribunal, pourrait constituer la réalisation ou la mise en œuvre du fusionnement proposé, ou y tendre ».

³⁴ L'article 97 prévoit que : « [u]ne demande ne peut pas être présentée en application de l'article 92 à l'égard d'un fusionnement qui est en substance complété depuis plus de trois ans ». Le Groupe d'étude a recommandé que cette période soit réduite à un an, au motif qu'une période d'un an « rehausserait le degré de certitude aux yeux de la communauté canadienne des affaires et des investisseurs étrangers ».

La Section de l'ABC est convaincue qu'une vaste consultation publique au sujet du processus actuel des ordonnances en vertu de l'article 11 (y compris la consultation actuelle sous les auspices du groupe de travail ABC-Bureau mentionné plus haut) mènera à des propositions en vue de régler ces questions importantes, entre autres, qui ont été soulevées au sujet de l'article 11.

Nous serions heureux de pouvoir discuter et approfondir, s'il y a lieu, tout aspect de ce qui précède.

Je vous prie d'agréer, monsieur, l'expression de mes meilleurs sentiments.

(Original signée par Stéphanie Vig pour John D. Bodrug)

John D. Bodrug

c.c. Melanie Aitken
 Commissaire de la concurrence par intérim