

Le 25 novembre 2011

[TRADUCTION]

Par courriel : paul.collins@bc-cb.gc.ca

Monsieur Paul Collins
Sous-commissaire principal de la concurrence
Bureau de la concurrence – Direction des fusions
Industrie Canada
50, rue Victoria
Gatineau (Québec) K1A 0C9

Objet : Projet de registre des fusions

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 commenter le projet de registre des fusions mis de l'avant par le Bureau de la concurrence.

Le 6 octobre 2011, le Bureau a annoncé son intention « de créer un registre des fusions, c'est-à-dire une liste mise à jour chaque mois de tous les examens conclus sur les fusions ». Lors d'une conférence téléphonique avec le Comité des fusions de la Section de l'ABC, le 7 novembre 2011, des représentants du Bureau ont indiqué que le registre des fusions sera une liste, présentée dans le site Web du Bureau, de toutes les transactions de fusion examinées par le Bureau après que les parties ont demandé un certificat de décision préalable (CDP) ou une lettre de non-intervention, ou ont déposé un préavis de fusion. D'après ce que nous comprenons, le registre des fusions indiquerait : (i) les parties à la transaction; (ii) l'industrie à laquelle la transaction se rapporte (probablement selon le code SCIAN de haut niveau); et (iii) le résultat de l'examen du Bureau (p. ex., une lettre de non-intervention).

COMMENTAIRES

L'article 29 de la *Loi sur la concurrence* se lit comme suit :

29. (1) Il est interdit à quiconque exerce ou a exercé des fonctions dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi de communiquer ou de permettre que soient communiqués à une autre personne, sauf à un organisme canadien chargé du contrôle d'application de la loi ou dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application de la présente loi :

a) l'identité d'une personne de qui des renseignements ont été obtenus en application de la présente loi;

- b) l'un quelconque des renseignements obtenus en application de l'article 11, 15, 16 ou 114;
- c) quoi que ce soit concernant la question de savoir si un avis a été donné ou si des renseignements ont été fournis conformément à l'article 114 à l'égard d'une transaction proposée;
- d) tout renseignement obtenu d'une personne qui demande un certificat conformément à l'article 102;
- e) des renseignements fournis volontairement dans le cadre de la présente loi.

Exception

(2) Le présent article ne s'applique ni à l'égard de renseignements qui sont devenus publics ni à l'égard de renseignements dont la communication a été autorisée par la personne les ayant fournis.

Dans la plupart des cas, la divulgation prévue par le projet de registre des fusions ne serait pas problématique parce que les renseignements (en particulier l'identité des parties, la transaction envisagée et le fait qu'elle ait été examinée par le Bureau) auraient été rendus publics soit par les parties, soit autrement (p. ex., par les médias).

Par contre, dans le cas relativement rare où un projet de fusion ou le fait qu'un projet de fusion a été examiné par le Bureau n'a pas été rendu public, nous sommes d'avis que sauf autorisation expresse des parties, le Bureau ne peut communiquer ni l'identité des parties à la fusion ni des renseignements au sujet de la fusion (que ce soit ou non après que le Bureau a complété son examen) en s'appuyant sur un ou l'autre des éléments suivants :

- la mention de l'« application » ou du « contrôle d'application » dans la première partie du paragraphe 29(1);
- une autorisation implicite découlant du fait que les parties ont soit soumis des renseignements sur leurs fournisseurs et des coordonnées de personnes-ressources dans le cadre de leur dépôt de préavis de fusion, soit consenti à ce que le Bureau mène des consultations auprès de tiers sur le marché dans le cadre de son examen.

Application et contrôle d'application de la Loi

En ce qui concerne l'« application » ou le « contrôle d'application » de la Loi comme justification d'une communication de renseignements, la *Loi sur l'investissement Canada* (LIC) crée un régime de protection de la confidentialité semblable à celui de la *Loi sur la concurrence*. Tout comme la *Loi sur la concurrence*, la LIC permet la communication de renseignements dans certaines circonstances aux fins de l'application ou du contrôle d'application de la loi. Cependant, au contraire de la *Loi sur la concurrence*, la LIC contient des dispositions explicites sur la publication de renseignements sur des examens complétés en vertu de la LIC.

L'article 36 de la LIC prévoit ceci :

36. (1) Sous réserve des paragraphes (3) à (4), les renseignements obtenus à l'égard d'un Canadien, d'un non-Canadien, d'une entreprise ou d'une unité visée à l'alinéa 25.1c) par le ministre ou un fonctionnaire ou employé de Sa Majesté dans le cadre de l'application de la présente loi sont confidentiels; nul ne peut sciemment les communiquer, permettre qu'ils le soient ou permettre à qui que ce soit d'en prendre connaissance ou d'y avoir accès.

(3) Les renseignements confidentiels visés au paragraphe (1) peuvent, selon les modalités déterminées par le ministre, selon le cas :

a) à la demande, faite par écrit, au directeur présentée par le Canadien ou le non-Canadien visé par les renseignements ou en son nom, être communiqués à toute personne ou autorité mentionnée dans la demande;

b) être communiqués à un ministre fédéral ou provincial ou à un fonctionnaire ou employé de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province pour l'application de la présente loi.

(4) Le présent article n'empêche nullement la communication de renseignements dans les cas suivants :

a) renseignements dans le cadre de procédures judiciaires instituées dans le cadre de l'application de la présente loi;

b) renseignements contenus dans un engagement écrit pris envers Sa Majesté du chef du Canada à l'égard d'un investissement au sujet duquel le ministre est d'avis ou est réputé être d'avis qu'il sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada;

c) renseignements publics;

d) renseignements dont la communication a été autorisée par écrit par le Canadien ou le non-Canadien qu'ils visent;

e) renseignements contenus dans l'un des documents suivants :

(i) accusé de réception envoyé en conformité avec le paragraphe 13(1) à l'égard d'un investissement qui n'est pas sujet à examen en vertu du paragraphe 13(3),

(ii) avis mentionné au paragraphe 21(1) ou (2), 22(2) ou (3) ou 23(3),

(iii) mise en demeure délivrée aux termes de l'article 39, autre que celle délivrée dans le cadre de l'application de la partie IV.1;

f) renseignements auxquels une personne a autrement droit;

g) renseignements contenus dans les motifs fournis, en application de l'article 23.1, à l'appui de toute décision prise au titre des paragraphes 21(1), 22(2) ou 23(3).

Le sous-alinéa 36(4)e)(i) permet la communication de renseignements figurant dans un « accusé de réception envoyé en conformité avec le paragraphe 13(1) à l'égard d'un investissement qui n'est pas sujet à examen en vertu du paragraphe 13(3) » de la LIC (c'est-à-dire le fait et la date de la réception d'un avis ainsi que les autres renseignements se trouvant dans le registre des avis tenu par Industrie Canada). Le sous-alinéa 36(4)e)(ii) permet la communication de renseignements figurant dans un « avis mentionné au paragraphe 21(1) ou (2), 22(2) ou (3) ou 23(3) » de la LIC (c'est-à-dire des renseignements ayant trait à des transactions se trouvant à divers stades d'un examen). Aucune autorisation expresse de la communication n'est prévue par l'article 29 de la *Loi sur la concurrence*.

Bien que le Bureau puisse estimer – comme l'indique son bulletin intitulé *Communication de renseignements confidentiels aux termes de la Loi sur la concurrence* – que la communication au public des résultats de ses examens et enquêtes est un élément de l'application et du contrôle d'application de la Loi, la Section de l'ABC s'oppose depuis longtemps à ce point de vue. À notre avis, l'exception au titre de l'« application » et du « contrôle d'application » de la loi est destinée à être une dérogation particulière à une interdiction expressément prévue par la loi. Si des renseignements doivent être communiqués malgré un dispositif prévu par la loi en vue de protéger la confidentialité de l'examen des fusions, une autorisation précise qui serait également prévue par la loi – comme dans le cas de la LIC – est nécessaire.

Bien que la loi américaine en matière de fusions permette une certaine communication des renseignements sur des transactions de fusion et leur examen par les autorités de réglementation, il n'y a de communication que si elle est expressément autorisée.

Par exemple l'alinéa 7A(h) de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976* (HSR) va dans le même sens que le paragraphe 29(1) de la *Loi sur la concurrence* en protégeant contre la communication les documents ou renseignements soumis dans le cadre d'un dépôt de renseignements en vertu de la HSR [TRADUCTION] « sauf dans le cadre d'une action ou instance administrative ou judiciaire ». La Division antitrust du département de la Justice considère que cet impératif de la confidentialité [TRADUCTION] « s'applique non seulement aux renseignements relatifs à la HSR figurant dans des dépôts de renseignements en vertu de la HSR, des réponses à des demandes de renseignements supplémentaires et des renseignements communiqués à titre volontaire par les parties à une fusion au cours d'une enquête en vertu de la HSR, mais aussi au fait même qu'un dépôt ait été effectué en vertu de la HSR, au fait que des renseignements supplémentaires ont été demandés et à la date à laquelle prend fin la période d'attente ».

En 1997, la *Federal Trade Commission* des États-Unis a annoncé qu'elle reconnaîtrait publiquement l'existence d'une enquête sur une fusion, mais seulement dans les situations [TRADUCTION] « où une partie à la transaction a révélé son existence dans un communiqué de presse ou un autre dépôt public de renseignements ». Aucun changement n'a été apporté à la politique sur la communication de renseignements au sujet d'enquêtes non publiques ou d'autres détails sur des transactions de fusion.

Aux États-Unis, la seule situation dans laquelle des renseignements précédemment confidentiels au sujet d'un avis de fusion et des parties à la fusion en cause peuvent être rendus publics est quand les parties ont demandé et obtenu une fin précoce de la période d'attente prévue par la HSR. Cependant en toute logique, la communication publique est alors prescrite par la loi.

Consentement implicite

En ce qui concerne l'« autorisation par les parties » comme justification d'une communication, nous nous opposons vivement au point de vue voulant que les parties à un projet de fusion qui ont consenti à consultations du Bureau auprès de tiers sur le marché dans le cadre de son examen autorisent implicitement une communication publique plus vaste de la transaction par le Bureau, que ce soit par la voie du projet de registre des fusions ou par un autre moyen.

L'article 29 crée un dispositif législatif visant à protéger la confidentialité, entre autres, des renseignements communiqués au Bureau aux fins de l'examen d'une fusion. Il faut noter qu'il existe une exception au cadre législatif plus vaste de la *Loi sur l'accès à l'information* visant à assurer au public canadien l'accès à des renseignements se trouvant dans des documents contrôlés par les institutions du gouvernement canadien. Cette exception à la règle générale conforte le point de vue voulant que les dispositions sur la confidentialité de la *Loi sur la concurrence* sont destinées à protéger la confidentialité des renseignements relatifs à une fusion, et que les exceptions au dispositif de protection de la confidentialité doivent être interprétées strictement en faveur des parties dont la disposition vise à protéger les renseignements. Ce point de vue est cohérent au regard des lois canadiennes sur la protection de la vie privée et des principes juridiques généraux régissant la communication de renseignements confidentiels, qui exigent habituellement un consentement explicite visant des fins particulières. Si un consentement de communiquer des renseignements confidentiels est donné pour une fin A, un consentement distinct est nécessaire pour la communication des mêmes renseignements pour une fin B.

Le fait que les parties à une transaction de fusion qui n'est pas, par ailleurs, rendue publique consentent à des consultations discrètes du Bureau auprès de tiers sur le marché puisse être interprété comme autorisant une communication générale plus vaste au sujet de la transaction va à

l'encontre de tous les principes régissant la protection des renseignements confidentiels. Une telle interprétation serait aussi incompatible avec le paragraphe 10(3) de la Loi, selon lequel les enquêtes menées par le commissaire en vertu de l'article 10 de la Loi « sont conduites en privé ».

RECOMMANDATION

La Section de l'ABC est d'avis que sans l'autorisation expresse des parties, l'article 29 de la Loi interdit au Bureau de communiquer – dans le projet de registre des fusions ou par tout autre moyen – l'identité des parties à une transaction de fusion à l'égard de laquelle les parties ont demandé un CDP ou une lettre de non-intervention, ou déposé un préavis de fusion, sauf quand les renseignements ont déjà été rendus publics.

Si le Bureau décide de procéder à la création du registre des fusions, la Section de l'ABC recommande les mesures suivantes :

- À moins que les renseignements aient déjà été rendus publics, l'autorisation expresse des parties à une fusion de la communication de l'identité des parties, de l'industrie à laquelle la transaction se rapporte et du résultat de l'examen effectué par le Bureau devrait être obtenue avant que ces renseignements ne soient versés au registre des fusions.
- Le Bureau devrait renseigner les parties à une fusion au sujet du registre des fusions dans l'accusé de réception d'une demande de CDP ou d'un préavis de fusion, et demander l'autorisation évoquée ci-dessus. Lorsque les parties donnent l'autorisation, le Bureau pourrait le confirmer dans la lettre de présentation d'un CDP ou la lettre de non-intervention.
- Même lorsque l'autorisation de la communication a été obtenue des parties, le Bureau devrait, si les parties le demandent, retarder l'inscription d'une transaction au registre des fusions lorsque l'inscription causerait un tort important aux parties. Ce serait le cas par exemple dans une situation d'offre d'achat hostile où l'offre n'a pas encore été annoncée mais la transaction a été autorisée par le Bureau sans qu'il doive recourir à des consultations auprès de tiers sur le marché.
- Une description du processus du registre des fusions, y compris la raison d'être du registre et les renseignements que le Bureau y communiquera (peut-être sous forme de questions-réponses) devrait être publiée dans le site Web du Bureau.
- Le Bureau devrait retarder la mise sur pied du registre des fusions jusqu'à ce que toutes les questions entourant les communications aient été réglées.

Le Section de l'ABC et son Comité des fusions seront heureux de pouvoir discuter plus avant de ces questions avec vous.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments distingués.

(original signé par Tamra L. Thomson au nom de Donald B. Houston)

Donald B. Houston
Président, Section nationale du droit de la concurrence

c.c. Ann Wallwork, sous-commissaire adjointe à la Direction générale des fusions, Division A
(par courriel : wallwork.ann@cb-bc.gc.ca)