

PARTIE 6 - Procédure

6.1 Approche axée sur la conformité

Dans l'application de la Loi sur la concurrence, le Directeur insiste particulièrement sur la conformité. Une meilleure conformité avec la Loi profite à tous et on la facilite en informant complètement les parties intéressées aux fusionnements ou touchées par eux de tous les aspects de la politique suivie par le Directeur. Cependant, les Lignes directrices sur l'application de la Loi ne sauraient remplacer une prise de contact, qui devrait avoir lieu aussi tôt que possible, avec le Bureau pour discuter de transactions proposées ou hypothétiques. Un tel échange apporte habituellement des informations utiles:

- sur les questions de concurrence que peut soulever une transaction particulière;
- sur la manière dont l'évaluation de ces questions peut être facilitée;
- sur le délai vraisemblablement nécessaire pour réaliser l'examen du fusionnement;
- de même que pour déterminer si un certificat de décision préalable⁵⁹ pourrait être délivré pour la transaction, pour décider si un préavis doit être déposé sous forme de déclaration abrégée ou détaillée et,
- pour décider si une restructuration sera vraisemblablement exigée pour garantir que la concurrence ne sera pas empêchée ou diminuée sensiblement⁶⁰.

6.2 Préavis

En vertu de la Partie IX de la Loi, le Directeur doit être avisé des transactions proposées en cas de dépassement de deux seuils portant:

- i) l'un, sur la taille combinée des parties au fusionnement et des sociétés qui leur sont affiliées; et,
- ii) l'autre, sur la taille de la transaction.

Pour le premier seuil, l'article 109 exige que la transaction proposée fasse l'objet d'un avis seulement dans le cas où les parties à cette transaction, et leurs affiliées⁶¹, ont des éléments d'actif au Canada ou ont des revenus bruts provenant de ventes au Canada, en direction du Canada ou en provenance du Canada qui dépassent 400 millions de dollars.

Le deuxième seuil est fixé par l'article 110, qui distingue quatre types de transactions devant faire l'objet d'un avis : les acquisitions d'éléments d'actif, les acquisitions d'actions, les fusions et les associations d'intérêts réalisées autrement que dans le cadre d'une société, par exemple, une entreprise à risques partagés. Dans le cas des acquisitions

⁵⁹ La stratégie suivie par le Directeur en ce qui concerne les certificats de décision préalable est expliquée dans un bulletin sur ce sujet publié par le Bureau en décembre 1988.

⁶⁰ On trouvera d'autres renseignements sur la stratégie en matière de conformité dans le Bulletin sur le programme de conformité publié par le Bureau en juin 1989.

⁶¹ Pour les fins de la Loi, les affiliées sont définies au paragraphe 2 (2) selon le contrôle de jure. Voir la partie 1 de ces Lignes directrices.

d'éléments d'actif, toute acquisition proposée d'éléments d'actif au Canada d'une entreprise en exploitation⁶² doit faire l'objet d'un avis si la valeur totale des éléments visés ou si le revenu brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et produit par ces éléments d'actif dépasse 35 millions de dollars, sauf si la transaction fait partie d'une des exceptions définies dans les articles 111 à 113.⁶³

Dans le cas des acquisitions d'actions, sous réserve des dispositions d'exception visées aux articles 111 à 113, un avis doit être déposé pour l'acquisition d'« actions comportant droit de vote »⁶⁴ d'une société qui possède une entreprise en exploitation ou qui contrôle une société qui, elle, exploite une telle entreprise, et ce, lorsque:

- i) la société a des éléments d'actif au Canada, ou un revenu brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada, qui dépassent 35 millions de dollars, et,
- ii) lorsque la transaction confèrera à l'acquéreur plus de 20 pour 100 des votes d'une société cotée en bourse ou plus de 35 pour 100 des votes d'une société non cotée en bourse.

Lorsque l'acquéreur proposé détient déjà plus de 20 ou plus de 35 pour 100 des votes avant la transaction proposée, mais moins de cinquante pour 100 des votes, l'avis est aussi exigé si, avec ses affiliées, cet acquéreur sera propriétaire de plus de 50 pour 100 des votes de la société visée par la transaction⁶⁵.

Les fusions sont aussi assujetties aux règles d'exemption des articles 111 à 113. Un avis est exigé pour la fusion proposée de sociétés lorsque :

- i) la valeur totale des éléments d'actif au Canada ou le revenu brut annuel provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada dépasse 70 millions de dollars; ou lorsque,
- ii) une ou plusieurs des sociétés parties à la fusion possèdent une entreprise en exploitation ou contrôlent une société qui exploite une telle entreprise.

L'avis est exigé pour une association d'intérêts proposée de deux personnes ou plus en vue de l'exercice d'activités commerciales autrement que par l'intermédiaire d'une société, si une ou plusieurs de ces personnes proposent de fournir à l'association des éléments

⁶² Voir l'annexe 3.

⁶³ « Entreprise en exploitation » s'entend, selon le paragraphe 108 (1), de toute « entreprise au Canada à laquelle des employés affectés à son exploitation se rendent ordinairement pour les fins de leur travail ».

⁶⁴ « Actions comportant droit de vote » s'entend, selon le paragraphe 108 (1), des « actions comportant droit de vote en toutes circonstances, ou encore actions comportant droit de vote en raison d'un événement qui a eu lieu ou dont les effets pertinents subsistent ».

⁶⁵ En vertu de l'article 115, l'acquéreur proposé peut donner un avis pour les deux seuils de vote à la fois s'il est prévu qu'un nombre suffisant d'actions seront achetées pour franchir la barre des cinquante pour 100 dans l'année qui suivra la déclaration d'une acquisition à la suite de laquelle l'acquéreur franchira la barre des 20 ou 35 pour 100 respectivement.

d'actif d'une entreprise en exploitation et si la valeur de ces éléments d'actif au Canada ou le revenu provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada dépasse 35 millions de dollars. Les diverses exceptions définies dans les articles 111 à 113 s'appliquent également aux associations d'intérêts.

Dans tous les cas, l'avis doit être donné par la personne qui propose la transaction. Dans les cas d'associations d'intérêts, de fusions ou d'autres circonstances dans lesquelles la transaction est proposée par plusieurs personnes, une des parties peut être autorisée par les autres à donner l'avis et à fournir les renseignements en leur nom.

Les dispositions régissant les avis s'appliquent à la fois aux acquisitions directes et indirectes. En conséquence, si une société étrangère ou canadienne achète une société étrangère et acquiert ainsi indirectement une entreprise canadienne en exploitation, la transaction doit faire l'objet d'un avis en vertu de la Loi sur la concurrence, en cas de dépassement des seuils mentionnés ci-dessus. Les mêmes règles s'appliquent si une société étrangère achète une société canadienne.

La personne qui donne l'avis peut choisir de fournir les renseignements définis par l'article 121 (déclaration abrégée) ou par l'article 122 (déclaration détaillée). Les renseignements visés par les deux articles sont:

- tous les documents à portée juridique qui ont été préparés en vue de la transaction;
- une description de la transaction proposée et de ses objectifs;
- des renseignements sur les parties à la transaction, leurs principales entreprises et les entreprises principales de leurs affiliées;
- les chiffres des ventes;
- les valeurs de leurs éléments d'actif;
- les principales catégories de produits qu'elles produisent;
- les clients et fournisseurs relativement importants; et,
- dans la mesure où ils sont disponibles, des états financiers pro forma.

La principale différence entre la déclaration abrégée et la déclaration détaillée tient à ce que la déclaration détaillée nécessite beaucoup plus d'informations sur les affiliées et les produits.

Les parties doivent attendre sept jours avant de réaliser la transaction dans le cas de déclarations abrégées et 21 jours dans le cas des déclarations détaillées. Lorsque les actions sont acquises en bourse⁶⁶, les parties produisant une déclaration détaillée peuvent réaliser la transaction après un délai de 10 jours d'activité de la bourse en question ou tout autre délai plus long, mais ne dépassant pas 21 jours, prévu par les règles de la bourse. Le délai d'attente commence à courir au moment où, selon son propre avis, le Directeur a reçu des renseignements complets. Conformément à l'article 123, le Directeur peut réduire ces délais.

⁶⁶ Les commissions des valeurs mobilières et les bourses canadiennes permettent que les offres publiques d'achat soient conditionnelles à la conformité avec la partie IX de la Loi.

Tout manquement à l'obligation de donner un avis conformément aux articles 114 ou 123 constitue une infraction visée par le paragraphe 65(2) et expose les personnes responsables à une amende maximale de 50 000 \$. De plus, le Directeur peut demander au Tribunal, conformément à l'article 100, une ordonnance interdisant la réalisation ou la mise en oeuvre du fusionnement proposé jusqu'à la production de l'avis approprié.

Conformément à l'article 119, un avis donné en vue d'un fusionnement devient caduc si le fusionnement n'est pas réalisé dans un délai d'un an ou dans tout délai supérieur que peut préciser le Directeur dans chaque cas.

Les parties sont invitées à prendre contact avec l'unité des préavis du Bureau avant de déposer leur avis, pour décider si elles doivent produire une déclaration abrégée ou détaillée, discuter de la possibilité de demander un certificat de décision préalable (en remplacement de l'avis)⁶⁷, accélérer l'examen de la transaction ou demander toute autre aide qui peut être nécessaire dans le processus d'examen ou dans l'interprétation que donne le Directeur à des dispositions particulières de la Loi.

6.3 Confidentialité

L'article 29⁶⁸ de la Loi interdit au Directeur et à ses représentants autorisés de communiquer à d'autres personnes des renseignements obtenus conformément aux dispositions des articles 11, 15 et 16⁶⁹ ou des renseignements obtenus à l'occasion du dépôt d'un préavis ou de la demande d'un certificat de décision préalable. L'article 29 empêche aussi la divulgation de l'identité de toute personne de laquelle des renseignements ont été obtenus conformément à la Loi. Il interdit de divulguer si un préavis a été donné ou si des renseignements ont été obtenus à l'égard d'une transaction en particulier qui a fait l'objet d'un préavis en vertu de l'article 114. Les interdictions de l'article 29 ne s'appliquent pas aux renseignements qui ont été rendus publics. De plus, le

⁶⁷ Voir la note 59.

⁶⁸ L'article 29 stipule que:

- 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.
- Le présent article ne s'applique pas à l'égard de renseignements qui sont devenus publics.

⁶⁹ Ces articles prévoient l'obtention de renseignements au moyen de dépositions orales, de déclarations écrites, de perquisitions, de saisies, et de recherches à l'ordinateur.

Directeur peut communiquer des renseignements obtenus à un organisme canadien d'application de la loi ou aux fins de l'administration et de l'application de la Loi.

En général, le Bureau respecte les demandes des parties au fusionnement voulant qu'on ne demande pas de renseignements à des tiers sur les effets vraisemblables sur la concurrence des fusionnements qui ne sont pas devenus publics. Cependant, cette demande pourrait sérieusement limiter l'aptitude du Directeur à évaluer complètement l'effet vraisemblable d'un fusionnement sur la concurrence, et pourrait prolonger le délai qui serait normalement nécessaire pour l'examen du Bureau. En conséquence, des renseignements peuvent être demandés à des tiers si les parties au fusionnement entendent réaliser le fusionnement avant la fin de l'examen du Directeur et qu'il n'a pas été établi que le fusionnement n'empêchera ou ne diminuera pas sensiblement la concurrence. Lorsqu'il décidera de demander leur opinion à des tiers, le Directeur tiendra compte de ce que les parties au fusionnement se sont engagées ou non à garantir que l'aptitude du Tribunal à remédier à l'effet du fusionnement sur la concurrence ne sera pas réduite. Les parties qui entendent procéder au fusionnement avant la fin de l'examen par le Directeur s'exposent au risque que le Directeur demande une ordonnance provisoire en vertu de l'article 100 ou que le Directeur demande une ordonnance une fois que le fusionnement sera complété en substance, dans le délai de trois ans autorisé par l'article 97.

En plus des dispositions de l'article 29, le paragraphe 10(3) stipule que, lorsque le Directeur déclenche une enquête officielle, celle-ci doit être conduite en privé. En conséquence, le Directeur ne fera aucun commentaire sur le fait qu'une enquête ait été déclenchée ou non en vertu de l'article 10, à moins que l'existence de l'enquête ne soit devenue publique d'une autre manière.

Lorsqu'une demande est déposée auprès du Tribunal, le Directeur informe le Tribunal de toute demande qui a été faite visant à garder le secret.

6.4 Réalisation en substance

En général, on considère qu'un fusionnement est en substance complété quand :

- i) une aptitude à exercer une influence importante sur le comportement économique de l'entreprise qui fait l'objet de la transaction a été acquise ou établie et,
- ii) il n'est plus possible pour une des parties de se retirer du fusionnement si une condition n'a pas été remplie ou si une autorisation réglementaire n'a pas été obtenue.

6.5 Délais

Le délai exigé par le Bureau pour examiner un fusionnement dépend en grande partie de la date à laquelle le Bureau obtient les renseignements nécessaires pour évaluer les effets

vraisemblables du fusionnement sur la concurrence. Aussi les délais mentionnés dans cette section ne peuvent-ils être respectés que sous réserve de la production de tous ces renseignements; ils ne sont donc qu'indicatifs.

Les personnes qui ont déposé un préavis sont généralement informées, le jour où le délai approprié expire, que la transaction ne soulève aucun problème en vertu des dispositions de fond de la Loi ou que le Bureau n'a pas encore achevé son évaluation. Les parties au fusionnement qui ont avisé le Bureau d'un fusionnement qui n'atteint pas les seuils du préavis sont généralement informées soit que leur fusionnement ne pose pas de problèmes en vertu de la Loi soit que le fusionnement doit faire l'objet d'un examen plus approfondi, dans un délai de trois semaines après avoir remis au Directeur les renseignements suffisants nécessaires à la formation de cette opinion. Que le fusionnement soit assujéti ou non aux dispositions régissant le préavis de la Partie IX de la Loi, le Bureau s'efforce d'ordinaire à ce moment-là de communiquer aux parties au fusionnement toutes les questions préliminaires qui ont été soulevées. De même, il s'efforce généralement de communiquer avec les parties à mesure que de nouvelles questions se posent.

Lorsque les parties sont informées qu'aucun problème n'a été soulevé, elles peuvent généralement mener la transaction à bien sans grand risque que le fusionnement soit contesté dans le délai de trois ans visé à l'article 97, à moins que de nouvelles informations qui affecteraient la décision du Directeur ne soient portées à l'attention du Bureau. Au contraire, lorsque les parties sont informées que l'examen du fusionnement n'a pas été achevé, on peut leur demander de produire un engagement à ne pas procéder à la clôture de leur transaction sans laisser au Bureau un délai minimum de dix jours ouvrables à partir de la signification de leur intention de le faire. À défaut d'un tel engagement :

- i) toute tentative de réaliser le fusionnement ou de le mettre en oeuvre peut amener le Directeur à demander une ordonnance provisoire en application de l'article 100 de la Loi ou,
- ii) après le fusionnement, une demande contestant le fusionnement peut être déposée en vertu de l'article 92, accompagnée d'une demande d'ordonnance interlocutoire en vertu de l'article 104.

Lorsque des problèmes de concurrence sont soulevés, ils sont transmis à la partie qui a déposé l'avis et qui est généralement invitée à fournir des renseignements complémentaires. Le délai nécessaire pour l'examen du fusionnement dépend alors en grande partie de la vitesse à laquelle les renseignements demandés sont fournis.

En général, à ce stade, on demande aux parties de produire un document d'évaluation complet de la concurrence, si elles ne l'ont pas encore fait, avec les réponses à une demande de renseignements détaillée. Ce document devrait porter sur tous les points abordés dans ces Lignes directrices. Dans la mesure où il existe une documentation sur

laquelle repose la décision de procéder au fusionnement, cette documentation devrait aussi être remise au Bureau, avec une indication de qui en est l'auteur.

Dans la plupart des cas, il est possible de déterminer si un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un délai de huit semaines après que les parties au fusionnement ont fourni tous les renseignements demandés. Ce délai est nécessaire pour permettre une analyse de ces renseignements et des renseignements sur l'industrie que le Bureau possède déjà ainsi que pour permettre une compilation et une analyse des renseignements donnés par des clients, des fournisseurs, des concurrents, des spécialistes, d'autres membres de l'industrie et les ministères qui détiennent des informations sur les marchés en question. Lorsque les renseignements ne sont pas communiqués sur demande par les parties au fusionnement ou par des tiers, le Directeur peut déclencher une enquête officielle et exercer les pouvoirs conférés par les articles 11, 15 et 16 de la Loi.

Lorsqu'une décision ne peut pas être prise dans ce délai, des renseignements complémentaires peuvent être demandés sur les questions en suspens. À ce stade, le moment auquel la décision finale sera prise peut varier beaucoup d'un cas à l'autre. Le Bureau sait d'expérience que, dans les cas les plus complexes, il faut parfois au Directeur jusqu'à six mois une fois que tous les renseignements demandés ont été obtenus des parties au fusionnement pour prendre une décision finale. Ce délai supplémentaire est en partie attribuable à des discussions continues engagées par les parties au fusionnement. Le Directeur sera tenu au courant pendant tout le processus de l'examen et donnera aux parties au fusionnement l'occasion de discuter de toute décision avant qu'elle ne soit définitive.

6.6 Échanges d'informations entre les parties au fusionnement

Les renseignements échangés pendant les négociations en vue d'un fusionnement qui n'a pas lieu⁷⁰ pourraient soulever des questions exigeant un examen en vertu des dispositions sur les complots de l'article 45 de la Loi. On peut réduire ce risque en limitant les informations échangées à celles qui sont raisonnablement nécessaires pour prendre la décision de fusionner et en réservant, dans la mesure du possible, l'accès à ces informations aux personnes qui participent à la négociation de la transaction, comme les avocats, les comptables, les chefs de direction ou les conseillers en matière de fusionnement. À moins qu'il n'existe des raisons légitimes de communiquer des renseignements commercialement sensibles dans les deux sens, on peut aussi limiter ce risque en veillant à ce que les informations ne circulent que dans un seul sens.

6.7 Investissement Canada

Investissement Canada analyse certaines acquisitions au Canada par des non-canadiens sous l'angle de « l'avantage net pour le Canada ». L'effet vraisemblable du fusionnement sur la concurrence est un des six facteurs pris en considération dans cette analyse.

⁷⁰ Même lorsque ces négociations mènent à une entente sur le fusionnement, l'article 98 de la Loi prévoit que le Directeur peut choisir de procéder en vertu de l'article 45 plutôt que des dispositions sur le fusionnement

Investissement Canada demande généralement, mais sans être tenu de le faire, que le Directeur lui fournisse une évaluation des répercussions probables d'une transaction en matière de concurrence. De même, le Directeur n'est pas lié par les décisions prises en vertu de la Loi sur Investissement Canada.

En pratique, le Bureau reçoit tous les dossiers d'Investissement Canada et essaie de faire l'évaluation du point de vue de la concurrence des dossiers qui ne semblent pas soulever d'objections en vertu de la Loi sur la concurrence dans les 15 jours qui suivent la réception de l'avis d'Investissement Canada. Lorsque la documentation fournie par les parties à Investissement Canada à l'appui des dossiers est insuffisante pour permettre une évaluation adéquate en vertu de la Loi sur la concurrence, on prend généralement directement contact avec les sociétés en cause. Le Directeur transmet normalement aux responsables d'Investissement Canada⁷¹ une conclusion indiquant que le facteur concurrence devrait avoir une pondération positive, neutre ou négative dans l'évaluation générale de l'avantage net pour le Canada faite par Investissement Canada. Investissement Canada peut conclure que le fusionnement représente un avantage net pour le Canada même si une pondération négative est attribuée au facteur concurrence.

⁷¹ Une pondération négative peut être attribuée même si le fusionnement n'empêche pas ou ne diminue pas sensiblement la concurrence.