

Canada : aperçu du droit de la concurrence

Canada : aperçu du droit de la concurrence

Contexte	2
Application de la loi	2
Fusionnements.....	3
Définition	3
Principal critère d'évaluation	4
Lignes directrices pour l'application de la loi en cas d'examen de fusions	4
Transactions importantes devant faire l'objet d'un préavis.....	4
Généralités.....	4
La « transaction importante »	5
Renseignements exigés et délais d'attente	6
Certificats de décision préalable (CDP) et lettres de non-intervention.....	7
Double obligation de dépôt pour les entreprises de transport.....	8
Autres pouvoirs du commissaire	9

Canada : aperçu du droit de la concurrence

Contexte

Le droit de la concurrence est régi par la *Loi sur la concurrence*, de régime fédéral, qui, lorsqu'elle a été promulguée en 1986, a fait passer la plupart des règles concernant les fusions et monopoles d'un régime de droit criminel, difficile à appliquer et inefficace, à un régime de droit civil. L'histoire de la *Loi sur la concurrence* depuis son adoption témoigne de la préoccupation croissante du gouvernement canadien par rapport aux effets anticoncurrentiels des fusions et autres pratiques commerciales.

La *Loi sur la concurrence* comporte des dispositions de droit civil et criminel, de même que des dispositions régissant les préavis de fusionnement. Les dispositions de droit civil sont assujetties à l'examen du Bureau de la concurrence dirigé par le commissaire de la concurrence (qui est chargé d'appliquer la *Loi sur la concurrence*, notamment en enquêtant sur les fusions et les pratiques anticoncurrentielles), mais peuvent uniquement être sanctionnées par le Tribunal de la concurrence, organisme quasi judiciaire. Les questions telles que l'examen de fusions, le comportement anticoncurrentiel de sociétés « dominantes », le maintien des prix, les refus de vendre, l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché sont examinées par le Bureau et peuvent être contestées devant le Tribunal sur demande du commissaire ou de parties privées dans certaines circonstances.¹ Le régime de préavis prévoit que le commissaire doit être avisé des transactions qui excèdent des seuils monétaires et de participation précis, selon le cas. Les dispositions de droit criminel de la *Loi sur la concurrence* traitent notamment du truquage des offres et des cartels, de certaines formes de publicité trompeuse, de télémarketing trompeur et de systèmes de vente pyramidale.

Application de la loi

Au Canada, la *Loi sur la concurrence* est mise en application par quatre autorités : le commissaire de la concurrence (le « commissaire »), le Directeur des poursuites pénales (le « DPP ») (auparavant, le procureur général), le Tribunal de la concurrence et les tribunaux. Le ministre de l'Industrie, dont le ministère est responsable de la *Loi sur la concurrence*, n'a qu'un rôle négligeable dans le processus. Les parties de la *Loi sur la concurrence* qui prévoient des poursuites au

¹ Les parties privées sont dorénavant autorisées à saisir directement le Tribunal de la concurrence des questions concernant le refus de vendre, le maintien des prix, les ventes liées, l'exclusivité et la limitation du marché (articles 75, 76 et 77 de la *Loi sur la concurrence*). Les parties privées doivent cependant demander l'autorisation du Tribunal de la concurrence pour présenter ces demandes. Le complot, le truquage des offres et certaines autres infractions continuent à être traités comme des affaires criminelles. Les parties privées peuvent intenter un recours en dommages-intérêts sur le fondement d'allégations de violations criminelles de la *Loi sur la concurrence* mais ne peuvent intenter de recours visant un comportement qui tombe sous le coup des dispositions de droit civil. Le Tribunal de la concurrence peut imposer des sanctions pécuniaires civiles (amendes) dans certains cas mais ne peut attribuer de dommages-intérêts à des parties privées.

criminel et au civil ont leur propre mode d'application, même si on constate un large chevauchement dans les pouvoirs des autorités chargées de leur application.

Le commissaire est la principale autorité d'application de la loi. La *Loi sur la concurrence* l'habilite à enquêter tant sur les affaires criminelles que civiles. En règle générale, la première étape consiste en une enquête préliminaire concernant les actes éventuellement illicites dont le commissaire a pris connaissance. Si, après une enquête en bonne et due forme, le commissaire conclut qu'il y a des raisons suffisantes de croire qu'un acte criminel a été commis, il peut conseiller au DPP de porter des accusations. Le DPP est seul responsable des poursuites au criminel.

Pour ce qui est des poursuites civiles, le commissaire peut les intenter lui-même devant le Tribunal de la concurrence. Il s'agit d'un organisme juridictionnel composé d'au plus six juristes choisis parmi les juges de la Cour fédérale du Canada, et d'au plus huit autres membres. En règle générale, de trois à cinq membres, dont au moins un juriste, participent aux audiences du Tribunal de la concurrence. Seuls les juristes peuvent se prononcer sur les questions de droit, et les affaires présentées devant le Tribunal de la concurrence sont tranchées selon la norme de preuve au civil (la prépondérance des probabilités).

Fusionnements

Définition

La *Loi sur la concurrence* donne une large portée au terme « fusionnement », en le définissant comme l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou une partie de l'entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou une partie d'une telle entreprise. Ce contrôle ou cet intérêt peut s'acquérir ou s'établir soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement (par exemple, par licence ou contrat). Le commissaire peut contester un fusionnement devant le Tribunal de la concurrence dans un délai d'un an après la réalisation du fusionnement. Si le Tribunal de la concurrence conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence sur un marché, il peut exercer son vaste pouvoir discrétionnaire pour rendre une ordonnance corrective. Telle ordonnance peut interdire de manière absolue le fusionnement proposé ou une partie de celui-ci ou, dans le cas d'un fusionnement réalisé, imposer la dissolution du fusionnement ou un dessaisissement partiel ou total ou, avec le consentement des parties, d'autres mesures conçues pour atténuer l'effet anticoncurrentiel. Parfois, des contraintes en matière de comportement sont également imposées.

Principal critère d'évaluation

En ce qui concerne les fusionnements, le principal critère d'évaluation prévu par la *Loi sur la concurrence* a pour objet d'établir si une transaction réelle ou proposée « empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet » sur le marché concerné. Le commissaire applique ce critère pour décider s'il doit déposer une demande auprès du Tribunal de la concurrence, qui utilise lui-même ce critère lorsqu'il se prononce sur la demande. Le commissaire et le Tribunal de la concurrence appliquent le critère en tenant compte de l'ampleur et de l'efficacité de la concurrence étrangère, de la déconiture réelle ou vraisemblable de l'entreprise d'une partie au fusionnement, de la mesure dans laquelle sont disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux qui sont fournis par les parties, des entraves à l'accès au marché, de la possibilité que la transaction entraîne la disparition d'un concurrent dynamique et efficace, de la mesure dans laquelle il y aurait encore de la concurrence réelle après la transaction, de la nature et de la portée des changements et des innovations sur le marché en question et de tout autre facteur pertinent. Un fusionnement qui serait par ailleurs anticoncurrentiel peut être maintenu sur le fondement des gains en efficacité si les économies réalisées surpassent et compensent les effets anticoncurrentiels escomptés et que les gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si la mesure de redressement demandée par le commissaire était ordonnée.

Lignes directrices pour l'application de la loi en cas d'examen de fusions

Le cadre analytique qui a été adopté emploie des critères juridiques et économiques semblables à ceux de la jurisprudence américaine en matière antitrust. Le commissaire a publié des lignes directrices pour l'application de la loi, inspirées de lignes directrices similaires adoptées par le ministère de la Justice des États-Unis, qui présentent de manière générale la pratique administrative suivie pour l'examen des fusionnements aux termes de la *Loi sur la concurrence*.

Transactions importantes devant faire l'objet d'un préavis

Généralités

Certaines transactions importantes auxquelles sont parties des entreprises canadiennes doivent faire l'objet d'un préavis aux termes de la *Loi sur la concurrence*. Ces transactions ne peuvent pas être réalisées avant la fin de la période d'examen dont il est question ci-après. Lorsque le « volume de la transaction », la « taille des parties » et le « pourcentage des titres » dépassent certains seuils, il faut déposer un préavis de fusionnement concernant l'acquisition proposée d'actifs ou d'actions ou encore une fusion, l'établissement d'une association d'intérêts non constituée en personne morale ou l'acquisition des titres de participation dans ce regroupement.

La « transaction importante »

Si, et seulement si, les parties à une transaction et les membres de leurs groupes respectifs soit ont au Canada des actifs dont la valeur totale dépasse 400 millions de dollars, soit ont réalisé des revenus bruts annuels provenant de ventes au Canada, en provenance du Canada ou en direction du Canada, dont la valeur totale dépasse 400 millions de dollars (le seuil de la « taille des parties »), le commissaire doit être avisé des transactions qui excèdent le seuil relatif à la « taille de la cible » suivant (qui peut être indexé annuellement en fonction du PIB – le seuil relatif à la « taille de la cible » indiqué ci-dessous s’applique en 2013) :

- l’acquisition d’actifs au Canada d’une valeur comptable de plus de 80 millions de dollars ou la réalisation d’un revenu brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada d’une valeur de plus de 80 millions de dollars;
- l’acquisition d’actions comportant droit de vote d’une personne morale qui, de concert avec toutes les autres personnes morales qu’elle contrôle, a des actifs au Canada ou un revenu brut annuel provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et réalisées en raison de ces actifs dont la valeur dépasse 80 millions de dollars;
- la fusion proposée de sociétés si la valeur des actifs au Canada ou le revenu brut annuel provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada d’au moins deux des sociétés fusionnantes (y compris les membres de leurs groupes respectifs) dépasse 80 millions de dollars et que la valeur des actifs au Canada de la société issue du fusionnement ou que le revenu brut provenant de ventes au Canada, en provenance du Canada ou en direction du Canada et réalisées en raison de ces actifs dépasse 80 millions de dollars; 2
- l’établissement d’une association d’intérêts non constituée en personne morale (comme une société de personnes ou une fiducie) si la valeur des actifs qui y sont fournis au Canada ou le revenu brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et réalisées en raison de ces actifs dépasse 80 millions de dollars (veuillez noter qu’une dispense relative à une coentreprise pourrait s’appliquer en l’occurrence);
- l’acquisition de titres de participation dans une association d’intérêts non constituée en personne morale (comme une société de personnes ou une fiducie) qui exploite une entreprise en exploitation dont la valeur des actifs au Canada ou dont le revenu brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et réalisées en raison de ces actifs dépasse 80 millions de dollars.

Un avis d’acquisition de titres de participation dans une association d’intérêts ou de titres comportant droit de vote dans une société par actions ne sera exigé que si, par suite de cette acquisition, certains seuils relatifs au « pourcentage des titres » étaient

² Même si la *Loi sur la concurrence* ne définit pas la notion de fusion, le Bureau de la concurrence a déclaré que l’union d’au moins deux sociétés, aux termes de laquelle elles deviennent une seule et même société, conformément à la loi fédérale, provinciale ou étrangère applicable, est considérée comme une fusion pour l’application de la *Loi sur la concurrence*. Par exemple, sont traitées comme des fusions, les fusions triangulaires (appelées « Delaware mergers » en anglais).

dépassés. Ces seuils diffèrent selon que la transaction est une association d'intérêts ou une acquisition d'actions. Dans le cas de titres de participation dans une association d'intérêts, les seuils sont les suivants :

- si, par suite de la transaction, la personne aura le droit de toucher plus de 35 % des bénéfices ou plus de 35 % des actifs au moment d'une dissolution;
- si le seuil susmentionné a déjà été dépassé, le droit de toucher plus de 50 % des bénéfices ou des actifs.

Dans le cas de l'acquisition d'actions comportant droit de vote d'une personne morale, les seuils sont les suivants :

- 20 % des votes, dans le cas de l'acquisition d'actions comportant droit de vote d'une société dont n'importe lesquelles de ses actions sont négociées publiquement;
- 35 % des votes, dans le cas de l'acquisition d'actions comportant droit de vote d'une société fermée;
- 50 % des votes, dans le cas de l'acquisition subséquente d'actions comportant droit de vote d'une société ouverte ou d'une société fermée par une personne qui a déjà dépassé les seuils énoncés ci-dessus à l'égard de cette société.

Il est possible que l'entité cible dépasse seule les seuils de la taille des parties et de la taille de la cible.

Renseignements exigés et délais d'attente

Lorsqu'une transaction proposée donne lieu à l'obligation d'aviser le commissaire, les parties doivent produire un préavis de fusionnement en application de la *Loi sur la concurrence* et du *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis* (à moins que le Bureau n'ait renoncé à cette exigence ou que la transaction ne fasse l'objet d'une dispense accordée au moyen d'un certificat de décision préalable (un « CDP » – voir ci-après). En général, le préavis contient : (i) des renseignements comme la description de la transaction proposée et les buts visés par la transaction; (ii) la liste des autorités étrangères ayant reçu un avis des parties au sujet de la transaction proposée et la date de cet avis; (iii) des renseignements relatifs à chaque partie et aux membres de son groupe, y compris une description de ses principales entreprises et catégories de produits, ainsi que des renseignements détaillés sur les fournisseurs et les clients.

Le dépôt d'un préavis de fusionnement donne lieu à des frais de 50 000 \$ CA.

Un premier délai de 30 jours court à la suite du dépôt du préavis de fusionnement, pendant lequel la transaction proposée ne peut être réalisée, (sauf si un abrègement du délai a été accordé au moyen d'un CDP ou d'une lettre de non-intervention – voir ci-après). Si, au cours de ce délai de 30 jours, le commissaire demande officiellement des renseignements supplémentaires (en envoyant ce qui est appelé une « demande de renseignements supplémentaires »), il remettra les pendules à zéro et un

nouveau délai de 30 jours commencera à courir une fois que l'on se sera conformé à la demande (ce qui peut prendre plusieurs semaines ou mois).

La partie qui réalise une transaction proposée avant l'expiration du délai d'attente encourt, entre autres, une amende administrative d'un maximum de 10 000 \$ pour chaque jour de non-respect du délai, amende imposée par le tribunal de droit commun ou le Tribunal de la concurrence sur demande du commissaire. Le défaut de déposer le préavis avant la clôture sans « motif valable et suffisant » constitue une infraction criminelle passible d'une amende maximale de 50 000 \$ CA.

Certificats de décision préalable (CDP) et lettres de non-intervention

La *Loi sur la concurrence* prévoit que les parties à un fusionnement proposé peuvent demander au commissaire de délivrer un CDP attestant que, selon les faits présentés dans la demande des parties, le commissaire ne contestera pas le fusionnement proposé. Un CDP présente deux avantages. Premièrement, il dispense les parties de l'obligation de déposer un avis de la transaction ou, si les documents relatifs à l'avis ont été déposés, il met fin au délai d'attente prévu par la loi. Deuxièmement, le CDP empêche le commissaire de contester la transaction proposée après sa réalisation, à moins que de nouveaux renseignements importants soient mis au jour.

Toutes les demandes de CDP sont assujetties à des frais de dépôt de 50 000 \$. Une seule tarification s'applique lorsqu'on dépose à la fois un préavis de fusionnement et une demande de CDP à l'égard d'une même transaction.

Un CDP sera délivré seulement lorsque le commissaire sera convaincu qu'une transaction n'empêchera pas ni ne diminuera sensiblement la concurrence dans un marché donné, ni n'aura vraisemblablement cet effet. Toutefois, si un CDP est refusé, le commissaire peut toujours délivrer une lettre indiquant qu'il n'a pas actuellement l'intention de contester la transaction (une « lettre de non-intervention »). Des parties concluent fréquemment leurs transactions sur la foi d'une lettre de non-intervention. La lettre de non-intervention se distingue du CDP principalement par le fait que le Bureau de la concurrence s'y réserve le droit de contester la transaction dans l'année suivant la clôture. Ceci étant dit, nous ne sommes au courant d'aucune contestation postérieure à la clôture d'un fusionnement qui se serait produite après la délivrance d'une lettre de non-intervention sans réserve par le Bureau de la concurrence. Du point de vue procédural, la seule autre différence digne de mention entre un CDP et une lettre de non-intervention est que l'émission d'une lettre de non-intervention ne dispense pas automatiquement les parties de l'obligation de donner un préavis de fusionnement. Toutefois, le commissaire peut dispenser les parties de cette obligation en application du paragraphe 113(c) de la *Loi sur la concurrence* (et il le fait couramment) au motif que des renseignements essentiellement semblables à ceux devant être inclus dans un préavis ont été fournis dans la demande de CDP.

Double obligation de dépôt pour les entreprises de transport

Selon la *Loi sur les transports au Canada*, lorsqu'elles sont tenues de déposer un préavis de fusionnement aux termes de la *Loi sur la concurrence*, les parties à un fusionnement proposé mettant en cause une « entreprise de transport » fédérale doivent également en aviser le ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités et, dans le cas des entreprises de transport aérien, l'Office des transports du Canada.³ Le dépôt d'un préavis conformément à la *Loi sur les transports au Canada* n'entraîne pas de frais. L'omission d'aviser le ministre dans les délais impartis est une infraction criminelle passible d'une amende pouvant atteindre 50 000 \$.

Dans le cas où il doit être donné, l'avis envoyé au ministre doit comprendre les mêmes renseignements que celui fourni au commissaire aux termes de la *Loi sur la concurrence* (c'est-à-dire les renseignements prévus par le *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*), ainsi que des renseignements quant à l'intérêt public en ce qui a trait aux transports nationaux, comme l'exigent les lignes directrices non réglementaires que le ministre rendra publiques.⁴ Une fois le dépôt fait auprès du ministre, celui-ci dispose d'un délai de 42 jours pour établir si le fusionnement proposé soulève des questions d'intérêt public en matière de transports nationaux. Si le ministre est d'avis que la transaction soulève des questions d'intérêt public, les parties ne seront autorisées à clore la transaction que lorsqu'elles auront obtenu l'approbation du gouverneur en conseil (c'est-à-dire du Cabinet fédéral). La décision définitive sera en bout de ligne tributaire de la recommandation du ministre et des engagements pris par les parties. Si les parties concluent une transaction sans avoir obtenu l'approbation en question, le ministre peut demander à une cour supérieure de rendre une ordonnance corrective, y compris le dessaisissement. Il convient de noter que le ministre des Transports du Canada et l'Office des transports du Canada sont d'avis que la délivrance d'un certificat de décision préalable ou qu'une renonciation visée au paragraphe 113(c) (qui dispensent toutes deux les parties de l'obligation de notification prévue dans la *Loi sur la concurrence*, comme il est mentionné ci-après) ne dispense pas les parties de l'obligation de notification prévue dans la *Loi sur les transports au Canada* (les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur ce point de vue).

³ Avant les modifications apportées en 2007, l'avis ne devait être donné que dans le cas d'opérations mettant en cause des entreprises de transport aérien. Les restrictions à la propriété étrangère qui s'appliquent au secteur du transport aérien valent toujours, mais elles ne touchent pas les autres entreprises de transport.

⁴ Le 28 juillet 2008, Transports Canada a publié une ébauche de Lignes directrices sur les fusions et les acquisitions visant des entreprises de transport. Les lignes directrices définitives n'avaient pas encore été publiées en juin 2013.

Autres pouvoirs du commissaire

Outre le pouvoir d'examiner les fusionnements en vertu de la *Loi sur la concurrence*, le commissaire dispose des pouvoirs suivants :

- enquêter sur les pratiques restrictives du commerce susceptibles d'examen, notamment le refus de vendre, le maintien des prix, certaines formes de publicité trompeuse, l'exclusivité, les ventes liées, la limitation du marché et les prix à la livraison; intenter des poursuites civiles devant le Tribunal de la concurrence relativement à ce qui précède;
- mener des enquêtes, puis conseiller au DPP d'intenter certaines poursuites criminelles, notamment pour le truquage d'offres, le complot en vue de restreindre le commerce (cartels), certaines formes de publicité trompeuse et de télémarketing, les systèmes de vente pyramidale et les systèmes de commercialisation à paliers multiples.