



THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

**Ébauche – Lignes directrices
sur les fusions et les acquisitions
visant des entreprises de transport**

**SECTION NATIONALE DU DROIT DE LA CONCURRENCE
DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN**

Septembre 2008

AVANT-PROPOS

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui représente plus de 37 000 juristes, dont des avocats, notaires, professeurs de droit et des étudiants en droit de l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'Association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Ce mémoire a été examiné par le Comité de la législation et de la réforme du droit et approuvé à titre de déclaration publique de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien.

TABLE DES MATIÈRES

Ébauche – Lignes directrices sur les fusions et les acquisitions visant des entreprises de transport

I.	INTRODUCTION	1
II.	PORTÉE DES TRANSACTIONS DEVANT FAIRE L’OBJET D’UN AVIS ET D’UN EXAMEN	2
III.	FACTEURS RELEVANT DE L’INTÉRÊT PUBLIC	7
IV.	QUESTIONS TOUCHANT LES AVIS, LE PROCESSUS ET LES DÉLAIS	9
V.	CONCLUSION	11
	ANNEXE : LETTRE ADRESSÉE AU MINISTRE DES TRANSPORTS ET À LA COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE	11

Ébauche – Lignes directrices sur les fusions et les acquisitions visant des entreprises de transport

I. INTRODUCTION

La Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) est heureuse de pouvoir présenter ses commentaires sur l'ébauche de juin 2008 des *Lignes directrices sur les fusions et les acquisitions visant des entreprises de transport* (ébauche des lignes directrices) que Transports Canada a publiée le 28 juillet 2008 pour commentaires. Nous présentons des suggestions en vue d'apporter une plus grande clarté au nouveau processus.

Les nouvelles dispositions sur les avis et examens relatifs aux fusions de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) comportent de l'ambiguïté qui a engendré dans le milieu des entreprises de l'incertitude sur la portée des transactions devant faire l'objet d'un avis ainsi que sur le processus d'examen. La lettre d'octobre 2007 de la Section de l'ABC au sujet du projet de loi C-11 (copie ci-jointe) présente notre avis que des lignes directrices pourraient être très utiles pour pallier l'incertitude quant à l'application des nouvelles dispositions. Dans cette optique, la Section de l'ABC reçoit avec intérêt l'ébauche des lignes directrices.

La Section de l'ABC se réjouit du reste de la disposition du ministre à prévoir des dispositions réglementaires dispensant certaines catégories de transactions des dispositions de la LTC sur les avis et examens relatifs aux fusions, et à tenir compte des suggestions du public quant aux exemptions opportunes. Comme l'indique notre lettre d'octobre 2007, la Section de l'ABC croit que la politique sous-tendant les dispositions de la LTC sur les avis et examens relatifs aux fusions n'exige pas que soient examinées toutes les transactions qui peuvent répondre aux paramètres du paragraphe 53.1(1), et que des exemptions judicieuses devraient être prévues afin de contenir le fardeau réglementaire et les coûts associés aux nouvelles dispositions.

La Section de l'ABC s'inquiète toutefois du fait que la période prévue pour les commentaires sur l'ébauche des lignes directrices soit insuffisante, et que les exemptions suggérées et la façon dont elles sont formulées soient trop restrictives. La brièveté de la période des commentaires est d'autant plus problématique que l'ébauche des lignes directrices a été publiée à la fin de juillet, lorsque de nombreuses parties éventuellement intéressées étaient en vacances, et qu'elle n'a bénéficié que d'une publicité limitée. Par exemple, la Section de l'ABC n'a pas été informée de la publication pour commentaires de l'ébauche des lignes directrices même si sa lettre d'octobre 2007 au ministre des Transports indiquait un vif intérêt à participer à la consultation. Nos commentaires sont nécessairement de nature plus générale qu'ils ne l'auraient été s'il y avait eu plus de temps pour étudier les enjeux et mener une plus vaste consultation auprès des membres de la Section de l'ABC. La Section de l'ABC serait heureuse de pouvoir discuter plus avant avec Transports Canada des questions soulevées dans cette lettre et par les exemptions proposées.

Si l'ébauche des lignes directrices donne de précieuses indications dans de nombreux domaines, il reste d'importantes questions au sujet des seuils qui auraient besoin de plus ample clarification, y compris la portée des transactions sujettes à examen. La Section de l'ABC propose en outre diverses exemptions des exigences de la LTC en matière d'avis et d'examen, bien qu'il soit difficile de formuler des exemptions opportunes en l'absence de clarté sur la portée des transactions qui seraient autrement assujetties aux dispositions de la LTC. De plus, la Section de l'ABC suggère d'harmoniser les facteurs liés à l'intérêt public se trouvant dans l'ébauche des lignes directrices de façon à mieux traduire l'intention des nouvelles dispositions de la LTC et à faciliter la préparation d'une *évaluation de l'incidence sur l'intérêt public*. Enfin, la Section de l'ABC suggère des améliorations aux modalités des avis et des examens.

II. PORTÉE DES TRANSACTIONS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UN AVIS ET D'UN EXAMEN

Le processus d'avis et d'examen de la LTC concerne les transactions projetées qui sont visées par les dispositions de la *Loi sur la concurrence* au sujet des transactions devant faire l'objet d'un avis et qui « visent des entreprises de transport ». Cette description de la portée des transactions soulève un certain nombre de questions en matière de seuil.

Comme nous l'avons souligné dans notre lettre d'octobre 2007, une incertitude considérable découle de l'absence de définition d'une « entreprise de transport » aux fins du paragraphe 53.1(1) de la LTC (sinon que l'entreprise doit relever de la compétence du Parlement). Une incertitude supplémentaire découle du fait que les mesures législatives ne donnent aucune autre indication sur les circonstances où une transaction « vise » une entreprise de transport.

La Section de l'ABC espérait que les lignes directrices clarifieraient ces questions. Cependant, aucune indication n'est donnée dans l'ébauche des lignes directrices, qui utilisent maintenant l'expression « entreprises fédérales de transport ». L'ébauche des lignes directrices reconnaît qu'on puisse légitimement se demander si les dispositions de la LTC s'appliquent à un cas donné, et indiquent que ces questions peuvent être soumises à Transports Canada soit à l'avance, soit dans le cadre de l'envoi d'un avis au ministre. Même si Transports Canada ne peut pas parer à toute possibilité que des questions légitimes d'interprétation se posent même avec des lignes directrices plus claires, le fait de ne pas apporter plus de clarté au moyen de lignes directrices sur la façon dont les dispositions ambiguës et vastes de la LTC seront interprétées entraîne des complications inutiles pour les entreprises.

Prévoir des exemptions du régime de la LTC pour certaines catégories de transactions ne suffira pas à clarifier la question de savoir quand une transaction « vise une entreprise de transport ». À cet égard, des exemptions sont seulement nécessaires pour exclure certaines catégories de transaction de l'obligation de donner un avis lorsqu'elles seraient autrement assujetties aux nouvelles dispositions.

Après avoir appliqué les nouvelles dispositions pendant plus d'un an et considérant que les dispositions s'appliquent seulement aux affaires relevant de la compétence fédérale, il devrait être possible à Transports Canada de communiquer des principes généraux d'interprétation sur le genre d'affaires au sujet desquelles Transports Canada pourrait affirmer un droit de regard. Par exemple, l'incertitude sur l'application des nouvelles dispositions pourrait être réduite si l'ébauche des lignes directrices abordait les points généraux suivants :

- L'expression « entreprise de transport » englobe-t-elle des entreprises qui ne transportent pas des biens ou des personnes mais offrent des services à d'autres qui le font (p. ex., débardage), ou est-elle limitée aux entreprises qui transportent directement des biens ou des personnes? Si les entreprises qui ne transportent pas des biens ou des personnes sont visées, quel genre de lien ou quel degré d'association doit-il y avoir avec des véritables transports?
- L'expression « entreprise de transport » englobe-t-elle des entreprises qui « transportent » par des moyens tels que des pipelines ou des lignes de transport d'électricité?
- Quels sont les facteurs qui déterminent quand une entreprise de transport est de nature suffisamment fédérale ou nationale pour être assujettie aux dispositions de la LTC? Cette question est particulièrement pertinente si le point de vue de Transports Canada est qu'une « entreprise de transport » peut être une entreprise qui ne transporte pas véritablement des biens ou des personnes. Par exemple, faut-il qu'un permis soit nécessaire à l'entreprise en vertu de la loi fédérale pour considérer qu'elle est une entreprise de transport fédérale (condition nécessaire mais non suffisante)?
- Dans quelle mesure l'expression « entreprise de transport » s'applique-t-elle à une entreprise qui mène des activités de transport uniquement à titre de complément à une entreprise principale qui n'est pas reliée au transport, par exemple le transport des biens de l'entreprise elle-même ou d'un tiers à titre entièrement accessoire ou occasionnel? À cet égard, nous croyons comprendre que Transports Canada a indiqué à un membre de la Section de l'ABC, il y a quelques mois, qu'il n'y a pas d'obligation de donner un avis en vertu de la LTC à moins que l'activité principale d'au moins une des parties à une transaction fournisse des services de transport. Bien que Transports Canada n'ait pas défini ce qu'est l'activité principale d'une partie à une transaction, des représentants du ministère ont donné en exemple des magasins à rayons assurant des services de transport privés, ou des entreprises qui exploitent un service de transport doté d'un important parc de camions servant à transporter des marchandises à titre connexe à leur activité principale de détaillants. Nous croyons comprendre que Transports Canada ne considère pas ces entreprises comme des entreprises de transport. Selon Transports Canada, même si les parcs de camions étaient utilisés en partie pour des services de transport publics, c'est-à-dire pour transporter des biens pour le compte de tiers contre rémunération, il ne s'agirait toujours pas d'« entreprises de transport », et les transactions mettant en jeu ces entreprises ne seraient pas assujetties aux dispositions de la LTC. Si tel est bien le point de vue de Transports Canada, il devrait se trouver dans l'ébauche des lignes directrices (de sorte que l'exemption proposée ci-dessous pour les entreprises de transport « auxiliaire » ne serait peut-être pas nécessaire).
- Le point de vue de Transports Canada est-il qu'une transaction « vise » une entreprise de transport lorsque l'acheteur est une entreprise de transport mais que la cible n'est pas dans les transports?

Des précisions sur ces questions, même si elles étaient d'ordre général, permettraient aux entreprises d'évaluer et d'exploiter des possibilités stratégiques sans être soumises à des fardeaux inutiles. Par ailleurs, Transports Canada n'aurait pas à répondre à des demandes de renseignements répétitives.

L'ambiguïté sur les conditions dans lesquelles une transaction serait considérée comme « visant une entreprise de transport » peut aussi faire en sorte qu'il soit difficile de proposer des suggestions utiles sur des exemptions opportunes aux dispositions de la LTC sur les avis et l'examen. Les exemptions qui seraient nécessaires ou opportunes dépendront dans une grande mesure de savoir à quel point l'expression « viser une entreprise de transport » sera interprétée largement.

Quoi qu'il en soit, Transports Canada devrait dispenser les transactions qui soit ne seraient pas susceptibles de soulever des préoccupations relevant de l'intérêt public, soit seront approuvées par une autorité de réglementation au nom de l'intérêt public ou pour des motifs du même ordre. Dans le premier cas, il semble qu'une raison importante sous-tendant le critère de l'intérêt public de la LTC était de permettre au gouvernement fédéral d'intervenir en cas de pertes d'emplois ou de pertes de sièges sociaux lors de la fusion de grandes entreprises de transport¹. Dès lors, les acquisitions qui ne risquent guère de susciter de telles préoccupations pourraient bien faire l'objet d'une exemption. Dans le deuxième cas, le gouvernement s'efforce d'assurer l'efficacité de son processus de réglementation. En effet, la Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation, datée du 1^{er} avril 2007, veut que les ministères et organismes du gouvernement doivent « coordonner l'application et la gestion de la réglementation afin de réduire au minimum la complexité et les chevauchements »². Ainsi, les transactions relevant des catégories suivantes (dans la mesure où elles seraient autrement assujetties aux dispositions) devraient être exemptées du processus d'examen de la LTC :

¹ Il semble que la fusion Air Canada-Lignes aériennes Canadien de 1999 et le projet de fusion CN-BNSF annoncé en 1999 mais jamais réalisé soient les principales raisons de l'ajout à la LTC de dispositions sur l'examen des fusions.

² Voir www.regulation.gc.ca/directive/directive01-fra.asp, point 4.

- (a) le transport de biens par la route – les transactions visant des entreprises de camionnage et des transitaires ne sont pas susceptibles de susciter des préoccupations au titre de l'intérêt public national;
- (b) les pipelines, les lignes de transport d'électricité et autres – ces entreprises sont déjà assujetties à une réglementation et une surveillance sectorielles et ne sont pas susceptibles de susciter des préoccupations au titre de l'intérêt public;
- (c) les transports qui sont accessoires à une entreprise d'un secteur autre que les transports – lorsque les revenus des transports sont engendrés à l'appui d'une activité qui n'est pas du transport et constituent moins d'un pourcentage donné des revenus totaux;
- (d) le transport uniquement de ses propres biens;
- (e) les transactions qui sont déjà assujetties à un examen et une approbation au nom de l'intérêt public ou de considérations semblables, comme les transactions sujettes à examen en vertu de la *Loi sur Investissement Canada*, par l'Office national de l'énergie ou par des commissions provinciales de l'énergie;
- (f) toute acquisition d'une entreprise qui n'est pas une entreprise de transport, effectuée par une société exploitant une entreprise de transport.

La Section de l'ABC réitère par ailleurs son point de vue au sujet de l'application suggérée des dispositions de la LTC sur les avis et l'examen à l'égard de transactions dont les parties ne déposent pas un avis préalable de fusion en vertu de la *Loi sur la concurrence*. L'ébauche des lignes directrices affirme que les parties à une transaction envisagée sont tenues de donner au ministre un avis d'une transaction proposée visant une entreprise de transport en même temps que les parties soit présentent une demande de certificat de décision préalable, soit présentent une déclaration abrégée ou détaillée au commissaire de la concurrence. Selon le sens ordinaire des termes de la loi, les dispositions de la LTC sur l'examen des fusions exigent de donner un avis au ministre en même temps qu'est présentée une déclaration abrégée ou détaillée en vertu de la partie IX de la *Loi sur la concurrence*, mais n'exigent pas un avis au ministre dans le cas d'une demande de certificat de décision préalable non plus que d'aucune autre démarche moins formelle. Transports Canada a le devoir d'appliquer la loi telle qu'elle est rédigée, et ne devrait pas élargir la portée de l'examen des fusions au moyen de lignes directrices. Comme la question a été soulevée dans les travaux du comité

parlementaire qui a étudié les mesures législatives, on peut supposer que le Parlement entendait que seuls les avis au commissaire de la concurrence doivent donner lieu aussi à un avis au ministre.

III. FACTEURS RELEVANT DE L'INTÉRÊT PUBLIC

En ce qui concerne les facteurs relevant de l'intérêt public décrits dans l'ébauche des lignes directrices qui peuvent être pertinents à l'évaluation que fait le ministre de l'intérêt public, la Section de l'ABC présente les observations suivantes :

1. La Section de l'ABC questionne la pertinence de certains facteurs indiqués à l'intérêt public *en ce qu'il a trait aux transports nationaux*. En particulier, les facteurs « sociaux » désignés comme pouvant être pertinents sont excessivement vastes. Par exemple, il n'est pas clair de quelle façon l'incidence des transactions sur les travailleurs et les familles à faibles revenus sera prise en compte sinon en termes d'incidence sur l'emploi ou sur l'accès au transport dont il est question ailleurs dans l'ébauche des lignes directrices. On ne voit pas clairement non plus en quoi les principes de gouvernance ou les incidences culturelles seraient pertinents à une évaluation d'une transaction dans l'optique de l'intérêt public en matière de transports nationaux. Ces facteurs devraient être supprimés, ou leur pertinence devrait être clarifiée.
2. L'ébauche des lignes directrices devrait affirmer que l'évaluation de l'intérêt public conciliera ou soupèsera les éventuels facteurs pertinents. Il devrait être clair que si l'« intérêt public » est un concept très vaste, le ministre des Transports n'examinera pas une fusion en vertu de la LTC si les seules questions d'intérêt public qui se posent ont trait à la concurrence, puisque celles-ci seront examinées en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur la concurrence*.
3. Les facteurs économiques indiqués sous la rubrique « Incidence sur les utilisateurs du réseau de transport » devraient être déplacés sous une nouvelle rubrique « facteurs liés au droit de la concurrence ». Les effets potentiels

supplémentaires d'une transaction sur les utilisateurs d'un réseau de transport qui ne sont pas fonction de la concurrence devraient être abordés séparément. Nous suggérons de déplacer le texte se trouvant sous le titre « Incidence sur d'autres entreprises de transport » à la rubrique « facteurs liés au droit de la concurrence ».

4. Les « réactions anticipées des concurrents à une transaction » sont indiquées en tant que facteur qui pourrait influencer sur la conclusion qu'une transaction suscite ou non des préoccupations liées à l'intérêt public à l'égard des transports nationaux. Bien que les concurrents puissent être consultés dans certains cas, le ministre devrait reconnaître que les observations de concurrents seront souvent motivées par leurs propres intérêts plutôt que par des facteurs liés à l'intérêt public. Le Bureau de la concurrence est mieux placé pour consulter des concurrents au sujet de questions de droit de la concurrence. En conséquence, les « réactions anticipées des concurrents » ne devraient pas être un facteur lié à l'intérêt public dans le cadre des lignes directrices.
5. L'ébauche des lignes directrices évoque certaines questions d'intérêt public « pouvant » justifier un examen. Cependant, dans certains cas, l'ébauche des lignes directrices donne à tort l'impression que les parties à une fusion assujettie à l'exigence d'un avis en vertu de la LTC doivent démontrer un effet positif pour l'intérêt public au Canada. Les dispositions de la LTC sur les fusions n'engendrent en rien une obligation de démontrer un effet net positif de la même façon que le fait la *Loi sur Investissement Canada*. Nous notons par exemple cette affirmation :

Les transactions susceptibles d'améliorer la concurrence, l'efficacité, les réseaux ou la structure du marché ou d'accroître les capacités ou les investissements risquent moins de soulever des questions d'intérêt public que celles dépourvues d'incidence négative à cet égard.

Une transaction produisant un effet neutre sur ces facteurs ne devrait pas soulever de questions ou de préoccupations au titre de l'intérêt public. D'autres affirmations de l'ébauche des lignes directrices suggèrent la nécessité de

démontrer un avantage (par opposition au fait de soulever une question d'intérêt public liée aux transports) :

La capacité d'une transaction à améliorer la qualité de vie et l'environnement en réduisant la congestion et la pollution est conforme à l'intérêt public.

[La] capacité [d'une transaction] à accroître la sécurité au travail et dans les collectivités est un facteur important.

Quand c'est possible, les transactions doivent améliorer l'accessibilité des moyens de transport pour les personnes handicapées.

6. Les facteurs économiques énumérés sous la rubrique « Incidence sur les entreprises visées » et le texte correspondant devraient indiquer que la situation financière d'une des parties ou des deux parties à une transaction avant et après la transaction est le facteur pertinent au titre de l'intérêt public.
7. Sous le facteur « Sûreté », une plus grande clarté serait nécessaire sur la façon dont la « fiabilité des nouveaux propriétaires » serait évaluée. Si le gouvernement fédéral adopte un nouveau régime d'examen au nom de la sécurité nationale, comme il a été proposé, la sûreté continuerait d'être un facteur pertinent. Cependant, Transports Canada devrait cesser tout examen indépendant des questions de sécurité nationale, et indiquer que celles-ci n'ont pas à être étudiées dans le cadre de l'évaluation de l'incidence sur l'intérêt public.

IV. QUESTIONS TOUCHANT LES AVIS, LE PROCESSUS ET LES DÉLAIS

La Section de l'ABC présente les commentaires suivants sur le contenu de l'avis à présenter ainsi que sur le processus et les délais :

1. L'ébauche des lignes directrices indique qu'il faut donner au ministre « les renseignements qui sont exigés par le commissaire de la concurrence en vertu de la *Loi sur la concurrence* ou qui lui sont envoyés (c'est nous qui soulignons). Cependant, une grande partie des renseignements qui doivent être donnés au commissaire vont au-delà de ce qui est pertinent au ministre des Transports. Y

figurent des renseignements commerciaux confidentiels dont la divulgation devrait être minimisée. Dans la mesure où les renseignements sont pertinents à la concurrence, ils sont convenablement pris en compte par le Bureau de la concurrence. Le ministre devrait rechercher des facteurs supplémentaires qui pourraient soulever des questions d'intérêt public liées au fonctionnement du réseau national de transport. Encore une fois, la LTC exige seulement qu'une copie de l'avis soit envoyée au ministre, et ne mentionne aucun autre renseignement communiqué au commissaire. Les parties peuvent donner ces renseignements de leur propre gré mais ne devraient pas être tenues de le faire.

2. L'ébauche des lignes directrices crée une ambiguïté sur le délai de 42 jours en affirmant que l'examen d'une transaction par le ministre débute seulement après réception d'un avis complet comprenant tous les renseignements exigés en vertu de l'ébauche des lignes directrices. Vu la nature subjective de certaines exigences à l'égard de l'avis décrites dans l'ébauche des lignes directrices, il serait inopportun de juger qu'un avis est incomplet selon ce critère et ainsi retarder la période de 42 jours. La Section de l'ABC recommande qu'une liste plus concrète des renseignements exigés soit présentée dans l'ébauche des lignes directrices, de façon à augmenter la probabilité que Transports Canada reçoive dès le dépôt initial les renseignements nécessaires à une évaluation rigoureuse. Des questions supplémentaires, s'il y en a, peuvent aisément être traitées dans le délai de 42 jours.
3. L'exigence de désigner dans l'*évaluation de l'incidence sur l'intérêt public* les principaux intervenants que la transaction « pourrait intéresser » exige de faire des suppositions sur les intérêts éventuels de tiers, et elle devrait être supprimée.
4. L'ébauche des lignes directrices affirme que « Il se peut, toutefois, dans le cas de transactions simples qui de toute évidence ne soulèvent pas de questions d'intérêt public, que le processus soit plus court » que la période initiale de 42 jours. Le ministre devrait prendre un engagement plus ferme puisque seulement un nombre limité de transactions pourraient éventuellement exiger un examen approfondi.

Le Bureau de la concurrence peut autoriser presque toutes les fusions non controversées dans un délai de deux semaines. Nous suggérons que Transports Canada s'engage à respecter une norme semblable de deux semaines pour les fusions non controversées en vertu de la LTC.

5. L'ébauche des lignes directrices affirme qu'un avis visant une entreprise de transport aérien devrait aussi être présenté à l'Office des transports du Canada, de sorte qu'il puisse déterminer si la transaction porte sur une entreprise « canadienne » de transport aérien au sens du paragraphe 55(1) de la LTC. Cette indication devrait être assortie de la nuance « s'il y a lieu », puisque ce ne sont pas toutes les entreprises de transport aérien qui sont « canadiennes » en vertu de la LTC.
6. La Section de l'ABC réitère aussi les commentaires formulés dans la lettre d'octobre 2007 au sujet des affaires de confidentialité et de la publication, et préconise vivement que la façon dont ces questions importantes seraient traitées soit précisée dans l'ébauche des lignes directrices.

V. CONCLUSION

La Section de l'ABC est reconnaissante de la possibilité de présenter ces commentaires. Elle participera volontiers à de plus amples consultations avec Transports Canada sur les questions abordées dans ce mémoire et sur les exemptions qui pourraient être envisagées.

ANNEXE : LETTRE ADRESSÉE AU MINISTRE DES TRANSPORTS ET À LA COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE



THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

Le 2 octobre 2007

[TRADUCTION]

L'honorable Lawrence Cannon, C.P., député
Ministre des Transports, des Infrastructures et des Collectivités
Tour C
330, rue Sparks
Ottawa (Ontario) K1A 0N5

- et -

Madame Sheridan Scott
Commissaire de la concurrence
Bureau de la concurrence
Industrie Canada
Place du Portage, Phase I
50, rue Victoria, 19^e étage
Gatineau (Québec) K1A 0C9

Objet : Règlements et lignes directrices visant les avis et examens relatifs aux fusions sous le régime de la *Loi sur les transports au Canada* (projet de loi C-11)

Monsieur le Ministre,
Madame la Commissaire,

Je vous écris à titre de président de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC), au sujet des règlements et lignes directrices découlant du projet de loi C-11 modifiant la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) et d'autres lois (maintenant, la *Loi modifiant la législation régissant les transports*, L.C. 2007, ch. 19). Les modifications à la LTC ont établi un nouveau processus d'avis et d'examen relatifs aux fusions proposées qui « visent une entreprise de transport » et pour lesquelles un avis doit être donné conformément aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*. Les nouvelles dispositions de la LTC ont pour effet d'élargir l'application des dispositions sur les avis et examens relatifs aux fusions d'entreprises de transport aérien aux fusions visant tout genre d'entreprise de transport.

Un aspect important du nouveau processus d'avis et d'examen relatif aux fusions est la prise de règlements relatifs aux renseignements exigés dans l'avis de fusion envoyé au ministre et l'établissement de lignes directrices sur les facteurs qui seront examinés dans l'évaluation de l'intérêt public concernant le transport national. Le projet de loi mentionne expressément la consultation avec le Bureau de la concurrence relativement à ces lignes directrices. Le projet de

loi prévoit aussi la possibilité de prendre des règlements établissant des exemptions relativement au processus des avis et examens relatifs aux fusions sous le régime de la LTC.

L'objectif de la présente lettre est de souligner l'importance d'établir promptement des règlements et des lignes directrices convenables et de suggérer des façons d'aborder ces documents. La difficulté pour les entreprises canadiennes, sur le plan pratique, découle du fait que de nombreuses transactions sont présentement en cours – et il y en a sûrement d'autres à venir – qui pourraient être visées par le nouveau régime, même si telle n'était pas l'intention. Ce genre d'incertitude fait souffrir l'économie. Il existe des ambiguïtés dans les dispositions législatives, y compris des questions de seuils comme la définition exacte d'une « entreprise de transport », les circonstances dans lesquelles une fusion « vise » une telle entreprise, et l'applicabilité des nouvelles dispositions sur les avis et examens relatifs aux fusions dont un avis serait requis sous le régime de la *Loi sur la concurrence* mais qui sont exemptées d'un tel avis en vertu de cette même loi en raison, par exemple, d'un certificat de décision préalable ou d'une renonciation relative à l'obligation de déposer un avis de fusion.

Étant donné l'objet de ces dispositions, il existe un besoin pressant d'indications de la part du ministre et de la commissaire.

Le secteur des affaires canadien et d'autres parties intéressées bénéficieraient énormément d'indications du ministre et de la commissaire quant à leur approche face à ces nouvelles dispositions sur les fusions. À titre d'exemple, le mémoire de novembre 2006 de la commissaire au Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités de la Chambre des communes a fourni des indications utiles quant à son intention d'appliquer à un examen des fusions selon la LTC la même norme d'effets concurrentiels que sous le régime de la *Loi sur la concurrence*.

Quelques préoccupations de l'ABC quant à l'incertitude générée par les nouvelles dispositions sur les fusions ont été exposées dans notre mémoire sur le projet de loi C-11, en date de septembre 2006 (dont un exemplaire est ci-joint), qui est lui-même conforme à nos mémoires à l'égard de projets de loi antérieurs.

Des indications de la part du ministre

À notre avis, les exemples suivants illustrent certains points sur lesquels des indications du ministre seraient utiles :

1. L'expression « entreprise de transport » n'est pas définie pour l'application du paragraphe 53.1(1) de la LTC. Ce paragraphe vise-t-il toutes les entreprises qui transportent des personnes ou des biens au-delà des limites provinciales ou de la frontière nationale de façon régulière et continue, même de manière minimale, soit comme activité en soi ou dans le contexte d'une activité plus vaste? Vise-t-il seulement les entreprises transportant des personnes ou des biens à titre de services à des tiers? S'applique-t-il seulement à des entreprises de transport ayant une dimension nationale (étant donné la référence aux « transports nationaux » au paragraphe 53.1(4) comme étant la norme pour décider si un examen de la fusion est exigé; si tel est le cas, en quoi une dimension « nationale » consiste-t-elle)? Cette disposition s'étend-elle aux entreprises qui fournissent des services accessoires aux compagnies de transport aérien, maritime ou ferroviaire, tel l'acconage? Vise-t-elle les fournisseurs de pièces ou d'équipement à des sociétés de transport?

- Nous croyons que la politique qui sous-tend l'imposition des nouvelles dispositions sur les avis et examens relatifs aux fusions en vertu de la LTC n'est pas aussi vaste que l'interprétation qui peut être faite du libellé de la loi. À notre avis, il serait utile d'établir des lignes directrices et des exemptions circonscrivant la portée de ces dispositions.
2. Les circonstances dans lesquelles une transaction « vise » une entreprise de transport ne sont pas définies non plus. Selon le ministre, ce concept s'applique-t-il seulement aux acquisitions d'entreprises de transport ou s'applique-t-il aussi aux acquisitions par les entreprises de transport? Les nouvelles dispositions sur les avis et examens relatifs aux fusions s'appliquent-elles dans tous les cas à une acquisition mettant en jeu une société affiliée à une entité exploitant une entreprise de transport, ou seulement si cette entité est elle-même partie à la transaction proposée?
- À notre avis, il serait utile de circonscrire la portée des dispositions de la LTC sur les fusions à cet égard afin qu'elles soient fidèles à la politique visée. Par exemple, il n'est pas clair si le ministre procéderait à l'examen de l'acquisition par une entreprise de transport d'une société qui ne fait pas partie du secteur des transports et pourquoi il le ferait.
3. Quels sont les genres d'entreprises de « transport » qui sont visés par les nouvelles dispositions sur les fusions? Les dispositions se limitent-elles au transport aérien, au transport des marchandises, aux services d'autobus et aux services ferroviaires et portuaires, par exemple, ou visent-elles d'autres genres de services de transport, tels le transport par camions, pipelines, taxis ou lignes de transport d'électricité?
- À notre avis, les genres d'entreprises de transport qui pourraient raisonnablement soulever des difficultés liées au transport national sont limités et pourraient être expressément désignés.
4. Le ministre est-il prêt à se servir de son pouvoir réglementaire afin de prendre des règlements qui soustrairaient des catégories de transactions à l'application des nouvelles dispositions sur les avis et examens relatifs aux fusions? Dans l'affirmative, quelles sont les catégories de transactions qui seront dispensées?
- Comme nous l'avons indiqué précédemment, la politique sous-jacente aux nouvelles dispositions sur les fusions n'exige pas qu'un avis soit donné pour toute la gamme des transactions proposées susceptibles de tomber sous le coup du paragraphe 53.1(1). Des exemptions aideraient à diminuer l'incertitude et empêcheraient le dépôt d'avis non requis auprès du ministre, minimisant ainsi le fardeau réglementaire et les coûts que ces dispositions entraîneront.
5. Quels critères le ministre utilisera-t-il afin de déterminer si une transaction proposée soulève des questions d'intérêt public et si de telles questions exigent un examen de l'intérêt public?
- Il n'est pas clair pour la Section de l'ABC quels sont les critères sur lesquels le ministre se fondera à cet égard, surtout en ce qui concerne les entreprises de transport qui sont de toute façon sous le régime de la LTC, et étant donné que les questions de concurrence sont abordées par la commissaire et que les investissements étrangers

sont régis par la *Loi sur Investissement Canada*. À notre avis, la publication des critères qui seront appliqués par le ministre est essentielle.

6. Le ministre rendra-t-il une décision préalable sur l'application des nouvelles dispositions de la LTC sur les avis et examens relatifs aux fusions à une transaction proposée spécifique? Dans l'affirmative, les décisions pourront-elles être demandées à titre confidentiel?
 - À notre avis, il serait très utile que le ministre donne des indications à l'avance de façon confidentielle.
7. Le ministre a-t-il l'intention de prendre les 42 jours au complet pour décider si une transaction proposée pour laquelle un avis a été donné requiert un examen de l'intérêt public ou y aura-t-il une procédure pour que le ministre puisse rendre une décision plus rapide, par exemple dans les cas qui comportent seulement des aspects liés au transport qui sont minimaux ou régionaux?
 - Nous sommes d'avis que, dans la grande majorité des fusions pour lesquelles un avis sera déposé, le ministre devrait être en mesure de rendre une décision qu'un examen de l'intérêt public n'est pas requis dans un délai de 10 jours.
8. Dans les cas où le ministre exige un examen de l'intérêt public, cet examen sera-t-il limité à la composante de la transaction proposée liée au transport ou le ministre examinera-t-il d'autres aspects non liés au transport de la société qui fait l'objet de l'acquisition?
 - À notre avis, l'examen devrait se limiter aux activités liées au transport, conformément à l'esprit de la loi.
9. Le ministre est-il d'avis que des renseignements confidentiels fournis à une personne chargée d'étudier si la transaction soulève des questions d'intérêt public, au titre du paragraphe 53.1(5) de la LTC, sont protégés en vertu du paragraphe 51(1) de cette même loi, même si les renseignements ne sont pas « fournis au ministre »?
 - À notre avis, il est essentiel de protéger la confidentialité de documents commerciaux pouvant être nécessaires dans le cadre d'un examen, mais le fondement législatif n'est pas clair à cet égard. Il serait utile d'apporter une modification à la loi. Des clarifications sur la position du ministre quant à une demande éventuelle sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information* seraient également utiles.
10. Les nouvelles dispositions de la LTC sur les fusions prévoient que le rapport de la commissaire au ministre doit être rendu public (par. 53.2(3)). Est-ce également l'intention du ministre de rendre public tout rapport sur des questions d'intérêt public de l'Office ou d'une personne chargée d'étudier ces questions en application du paragraphe 53.1(5) de la LTC? Dans la négative, le rapport en question sera-t-il divulgué à la commissaire et aux parties à la fusion proposée?
 - Nous sommes d'avis que le rapport sur les questions d'intérêt public devrait être divulgué aux parties à la fusion afin de leur permettre d'y faire suite. Il est important pour les parties à la fusion de savoir si un tel rapport sera rendu public avant qu'elles proposent une transaction puisque ce fait peut influencer leur volonté de procéder à la

fusion proposée. Il est également important que tout rapport public soit révisé afin de garantir la protection de tout renseignement commercial confidentiel concernant les parties à la fusion.

11. Comment le nouveau processus des avis et examens relatifs aux fusions s'appliquera-t-il par rapport à la *Loi sur Investissement Canada* (LIC) lorsqu'un non-Canadien propose de faire l'acquisition d'une société ayant une entreprise de transport? Le ministre consulera-t-il le ministre de l'Industrie ou le ministre du Patrimoine canadien et coordonnera-t-il, par exemple, les engagements requis pour qu'ils coïncident avec l'examen du ministre? En ce qui a trait à ce dernier point, la LIC donne une période d'examen initiale de 45 jours au ministre de l'Industrie (ou au ministre du Patrimoine canadien) à partir de la réception d'une demande sous le régime de la LIC, tandis que le ministre des Transports dispose de 42 jours uniquement pour décider s'il commencera un examen en matière d'intérêt public (qui peut prendre 150 jours additionnels ou plus). La procédure sous le régime de la LIC sera-t-elle retardée dans l'attente de la décision du ministre des Transports? Sinon, le ministre exigerait-il un examen de l'intérêt public sous le régime de la LIC une fois que le ministre de l'Industrie ou le ministre du Patrimoine canadien a jugé que la transaction proposée est « à l'avantage net du Canada »?
 - À notre avis, il est essentiel que les parties à une fusion proposée comprennent les implications de la relation et la synchronisation de ces deux examens avant de procéder à leur transaction. Cette question devrait être abordée dans des règlements, des lignes directrices ou des modifications à la loi.

Des indications de la part de la commissaire

Nous croyons également qu'il serait utile d'avoir des indications additionnelles de la commissaire sur les points suivants :

1. La commissaire modifiera-t-elle le cours normal de l'examen des fusions par le Bureau de la concurrence (le Bureau) dans les cas où celui-ci conclut qu'une fusion pourrait viser une entreprise de transport? Nous notons, par exemple, que l'avis au ministre ne sera pas requis lorsqu'une transaction proposée est soustraite à l'exigence de l'avis sous le régime de la partie IX de la *Loi sur la concurrence* en raison du fait que la commissaire a délivré un certificat de décision préalable en vertu de l'article 102 de la *Loi sur la concurrence* ou a permis la dérogation à la partie IX de cette loi. L'application de telles exemptions est fréquente, voire routinière. En fait, la grande majorité des fusions examinées par le Bureau sont autorisées dans un délai de deux semaines, souvent sans dépôt d'avis formel.
 - Nous sommes d'avis que la commissaire devrait normalement exécuter le mandat que lui confie la *Loi sur la concurrence* conformément à la pratique du passé. Il est difficile de comprendre l'intention sous-tendant le paragraphe 53.1(1) à cet égard, mais nous croyons que le Parlement entendait qu'il n'y ait aucun examen d'intérêt public s'il n'existe clairement pas de questions de concurrence et qu'un certificat de décision préalable est délivré ou une dérogation est permise relativement à l'exigence de l'avis au titre de la partie IX.
2. Quelle est la position de la commissaire quant à la possibilité d'appliquer l'article 11 ou l'article 15 de la *Loi sur la concurrence* aux examens de fusions menés par la commissaire en vertu de la LTC?

- Nous suggérons que ces dispositions s'appliquent seulement aux examens sous le régime de la *Loi sur la concurrence* et ne s'appliquent pas aux examens des fusions dans le cadre de la LTC.
3. Est-ce la position de la commissaire que les renseignements confidentiels fournis dans le cadre d'un examen de fusion sous le régime de la LTC sont protégés par l'article 29 ou 29.1 de la *Loi sur la concurrence*? Dans l'affirmative, quel est le fondement de ce point de vue étant donné que l'examen de la commissaire est alors régi par la LTC et non la *Loi sur la concurrence*?
- À notre avis, une modification devrait être apportée à la loi afin d'assurer la protection des renseignements confidentiels à cet égard. Entre-temps, une confirmation de la position de la commissaire s'avérerait utile en cas de demandes sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Nous sommes d'avis que des clarifications sur les positions du ministre et de la commissaire à l'égard de ces questions ainsi que d'autres questions qui sont susceptibles de survenir lors de l'application des nouvelles dispositions de la LTC sur les avis et examens relatifs aux fusions sont requises immédiatement. Les entreprises canadiennes évaluent fréquemment des transactions possibles dans le cadre de leurs activités quotidiennes, et elles y consacrent beaucoup de temps et de ressources. Le fait de connaître la position du ministre et de la commissaire relativement à ces questions et d'autres questions fondamentales soulevées dans le cadre des nouvelles dispositions de la LTC sur les avis et examens relatifs aux fusions évitera probablement de nombreuses sources d'inefficacité liées à la recherche, à la proposition et à la mise en œuvre de transactions, ainsi que des inefficacités dans l'affectation de ressources gouvernementales aux transactions proposées qui peuvent tomber sous le coup des nouvelles dispositions. En guise d'exemple, certaines transactions proposées qui devraient être conclues rapidement peuvent ne pas être proposées s'il est clair qu'elles feront l'objet d'un examen de l'intérêt public sous le régime de la LTC. De plus, tout dépendant de la portée et de l'application des dispositions de la LTC sur les avis et examens relatifs aux fusions, certaines sociétés de transport canadiennes pourraient choisir de ne pas faire d'offres d'achat d'autres entreprises si elles jugent qu'elles seront désavantagées comparativement à des entreprises concurrentes, notamment les soumissionnaires étrangers qui ne sont pas assujettis aux mêmes délais et à la même incertitude qu'entraînent les règlements.

À notre avis, il serait utile que le ministre et la commissaire consultent les parties intéressées relativement aux lignes directrices, à la procédure et aux exemptions possibles liées aux nouvelles dispositions de la LTC concernant la procédure des avis et examens relatifs aux fusions. Nous serions heureux de participer à toute consultation. Il serait utile d'entamer le processus le plus tôt possible, afin d'éviter le besoin de prendre des décisions de politique au cas par cas dans le contexte de transactions devant être réalisées rapidement.

Enfin, nous croyons que les nouvelles dispositions sur les avis et examens relatifs aux fusions sous le régime de la LTC sont très pertinentes et pourraient énormément intéresser le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, récemment constitué. Des clarifications relatives aux points précédents aideraient le Groupe à déterminer l'effet probable du nouveau processus d'examen des fusions en vertu de la LTC sur la compétitivité des entreprises canadiennes et sur les investissements étrangers au Canada. Étant donné que l'examen de la LIC fait partie du mandat du Groupe, nous supposons qu'il serait très pertinent qu'il comprenne la mesure dans laquelle la LIC et les nouvelles dispositions de la LTC sur les avis et examens

relatifs aux fusions seront interprétées ensemble lorsqu'elles s'appliquent toutes les deux à la même transaction proposée.

Nous serions heureux de travailler avec vous sur ces questions.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre, Madame la Commissaire, l'expression de nos sentiments distingués.

(version originale signée par Tamra Thomson pour Barry Zalmanowitz)

Barry Zalmanowitz

Président

Section nationale du droit de la concurrence

P.j.