

Le secteur des produits chimiques

et la *Loi sur la concurrence* au Canada

Blakes

Le secteur des produits chimiques, qui comprend des activités de fabrication,

de distribution et de vente au détail, est une composante très importante de l'économie canadienne. Les produits chimiques sont utilisés comme intrants pour d'autres procédés de production et comme produits finaux dans la chaîne de valeur d'une grande diversité de secteurs. De nombreux aspects propres au secteur des produits chimiques peuvent soulever des questions en droit de la concurrence.



5

points à retenir

- 1** **La Loi sur la concurrence du Canada** s'applique au secteur des produits chimiques au Canada, notamment en ce qui concerne les fusions et autres pratiques commerciales pouvant avoir un effet sur la concurrence au Canada.
- 2** **Le Bureau de la concurrence du Canada**, qui s'occupe de l'administration et de l'application de la *Loi sur la concurrence*, a examiné plus de 50 fusions dans le secteur des produits chimiques depuis 2012 et a conclu des consentements exigeant des dessaisissements à l'égard d'au moins quatre d'entre elles.
- 3** **Des coûts de production fixes élevés** à de nombreuses installations de produits chimiques peuvent inciter les entreprises à faire fonctionner leurs usines à des taux d'utilisation maximums, et l'utilisation de la capacité devient alors un facteur important à prendre en considération.
- 4** **La possibilité d'expédier des produits** sur des distances importantes peut influencer la manière dont les autorités de réglementation de la concurrence déterminent l'étendue d'un marché géographique. Étant donné que les produits chimiques sont souvent vendus à l'échelle mondiale pour récupérer les coûts de production fixes, l'imposition de mesures correctives dans un territoire peut également régler ou atténuer les problèmes de concurrence dans d'autres territoires.
- 5** **Les gains en efficacité importants** susceptibles d'être générés par des fusions dans le secteur des produits chimiques peuvent mener, au Canada, à l'approbation de fusions, qui pourraient faire face à des obstacles importants dans d'autres pays.

Cadre d'application de la *Loi sur la concurrence*

Comme la plupart des pays développés, le Canada a une loi d'application générale sur la concurrence, intitulée *Loi sur la concurrence* (la « Loi »). La Loi a pour objet, entre autres choses, « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne [...] de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits ».

La Loi contient de nombreuses dispositions particulièrement pertinentes pour les participants du secteur canadien des produits chimiques, notamment les dispositions relatives aux fusions et aux interdictions criminelles visant certains types d'ententes entre concurrents. La Loi est administrée et appliquée par le commissaire de la concurrence (le « commissaire »), un fonctionnaire qui est à la tête du Bureau de la concurrence du Canada (le « Bureau »). Selon la Loi, les fusions qui dépassent certains seuils doivent être déclarées au Bureau afin que celui-ci procède à un examen. La Loi permet également au Bureau de demander au tribunal de rendre des ordonnances aux fins de la production de données et de documents, de l'interrogatoire des dirigeants des entreprises et d'inspection des biens. Toutefois, le Bureau n'est pas autorisé à prendre des mesures unilatérales ou d'ordre administratif relativement à des conduites concurrentielles. Il doit plutôt soumettre ses préoccupations à un tribunal spécialisé, le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal »), ou à une cour criminelle (selon le cas), qui tranchera la question. Le Bureau peut également conclure avec des parties privées des règlements qui répondent à ses préoccupations.



Examen de fusion

Le cadre canadien de l'examen de fusions a des similitudes avec ceux d'autres territoires, mais il contient également les éléments uniques suivants :

Seuils d'obligation de préavis

La Loi établit différents seuils qui, s'ils sont dépassés, obligent les parties à la fusion à aviser le Bureau de leur transaction. Les seuils financiers reposent sur les valeurs comptables des actifs et des produits des parties à la fusion au Canada. Dans le secteur des produits chimiques, les fusions dépasseront fréquemment les seuils donnés puisque les entreprises de produits chimiques exercent souvent des activités importantes, ce qui leur permet de profiter d'économies d'échelle. Le Bureau conserve cependant le pouvoir de procéder à l'examen de toutes les fusions, y compris celles qui ne dépassent pas les seuils de préavis.

Délais

Lorsque les fusions dépassent les seuils financiers, le Bureau doit être avisé avant que celles-ci soient réalisées. Il est interdit de procéder à la clôture d'une fusion dans les 30 jours suivant la remise du préavis. En outre, le Bureau peut prolonger ce délai en émettant une demande de renseignements supplémentaires (une « DRS »), qui est semblable à une deuxième demande en vertu de la loi américaine intitulée *Hart-Scott-Rodino Act*. L'émission d'une DRS prolonge le délai jusqu'à 30 jours après que les parties à la fusion ont soumis les renseignements requis dans la DRS. Lorsque des DRS sont émises, les examens de fusion peuvent prendre entre quatre et six mois, et même plus, si des mesures correctives sont nécessaires.

Examen approfondi

Le Bureau évaluera si une fusion pourrait vraisemblablement empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, que la transaction soit assujettie aux seuils d'obligation de préavis ou non. Cela se produit lorsqu'une fusion a vraisemblablement pour effet de créer, de maintenir ou d'augmenter la capacité de l'entreprise fusionnée d'exercer, unilatéralement ou en coordination avec d'autres entreprises, un plus grand pouvoir de marché. Le Bureau considérera entre autres les effets qu'une fusion aura vraisemblablement sur les prix, de même que les répercussions possibles sur la qualité des produits. D'autres facteurs d'évaluation importants que le Bureau examinera comprennent les parts de marché combinées des parties, la concentration du marché, les entraves à l'accès/l'expansion, les considérations du point de vue de la demande (notamment le pouvoir de l'acheteur) et la surveillance réglementaire, facteurs qui pourraient tous freiner les parties à la fusion.



Gains en efficacité

La Loi prévoit une défense explicite fondée sur l'efficacité qui permet que des fusions se produisent, même si celles-ci risquent vraisemblablement d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, pour autant que les gains en efficacité découlant de la fusion neutralisent les effets anticoncurrentiels prévus. Cette défense tient compte non seulement des économies de coûts variables, mais également des économies de coûts fixes et des gains en efficacité dynamiques. Elle peut faire que des fusions soient autorisées au Canada, sans l'imposition de mesures correctives ou avec des mesures limitées, alors que dans d'autres pays où une telle défense n'est pas prévue, elles ne l'auraient pas été.

Les fusions auxquelles prennent part des fabricants de produits chimiques peuvent comporter des gains en efficacité importants, découlant de l'optimisation de la production, du transport des marchandises et de la logistique, ainsi que des économies au chapitre des coûts indirects. De plus, la vente de produits chimiques se déroule le plus souvent entre deux entreprises plutôt qu'entre une entreprise et un consommateur, ce qui fait qu'il est peu probable que les transferts de richesse entre consommateurs à faible revenu et actionnaires constituent un élément en la défaveur des parties à la fusion, selon l'analyse comparative des gains en efficacité.

Résolution

Par suite d'un examen approfondi, le Bureau pourrait émettre une lettre confirmant qu'il ne fera « aucune intervention » à l'égard d'une fusion (et ainsi procurer une certaine assurance aux parties). Par contre, si après son examen, le Bureau continue de penser que la fusion pourrait vraisemblablement empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, il pourrait chercher à négocier des changements aux modalités de la fusion (comme un dessaisissement ou un engagement de type comportemental) qui tiendraient compte de ses préoccupations, ou demander au Tribunal de rendre une ordonnance interdisant la fusion en tout ou en partie, entre autres. Des consentements ont récemment été obtenus à l'égard de plusieurs fusions visant des fabricants de produits chimiques, notamment celles entre Dow et DuPont, Praxair et Linde, et Sherwin-Williams et Valspar. Le Bureau peut également recourir à diverses mesures provisoires, comme autoriser les parties à la fusion à clore la transaction à la condition qu'une entreprise ou activité faisant l'objet des préoccupations du Bureau soit visée par un accord de « détention indépendante ».



Examen des fusions : tendances récentes

Les fusions dans le secteur des produits chimiques font l'objet d'une surveillance active du Bureau quant à l'application de la Loi. Le Bureau devrait maintenir cette surveillance étroite des fusions dans ce secteur.

Les tendances récentes au chapitre de l'examen des fusions dans le secteur canadien des produits chimiques comprennent les suivantes :

Définition du marché

L'analyse de la concurrence à l'égard de fusions dans le secteur des produits chimiques dépend souvent de la définition du marché dans lequel les parties à la fusion se livrent concurrence. L'approche générale du Bureau consiste à définir les marchés aux fins de l'évaluation des effets sur la concurrence en identifiant l'ensemble des produits qui sont des substituts les uns des autres du point de vue de la demande, et à appliquer le critère du « monopoleur hypothétique ».

Dans le cadre d'une fusion dans le secteur des produits chimiques, le marché du produit est habituellement plus facile à définir que le marché géographique en raison du degré limité de substitution de nombreux produits chimiques. Par conséquent, la définition des marchés géographiques est essentielle pour déterminer les chevauchements possibles entre les parties à la fusion et leurs concurrents. Les principales preuves prises en compte à cet égard comprennent les données sur les ventes et le contenu des documents internes des parties.

Préoccupations à l'égard de la consolidation et de la coordination dans le secteur

Au moment d'examiner une fusion, le Bureau prend en compte la possibilité que celle-ci entraîne des effets unilatéraux et coordonnés. Les secteurs offrant des produits homogènes (marchandises) tels que des produits chimiques soulèvent souvent des préoccupations en matière d'effets coordonnés. Des autorités de réglementation de la concurrence de partout dans le monde ont soulevé la possibilité de comportements coordonnés dans le secteur des produits chimiques. Par exemple, la Federal Trade Commission des États-Unis a décelé une telle possibilité dans le cadre de l'examen qu'elle a mené récemment à l'égard de la fusion Tronox-Cristal dans le marché du dioxyde de titane.

Les préoccupations relatives aux effets coordonnés s'amplifient s'il existe des antécédents de coordination entre concurrents dans un secteur. Les parties doivent donc éviter de conclure des accords ou des arrangements avec des concurrents concernant les prix, la production, les clients ou les territoires de vente. Elles doivent aussi éviter de partager des renseignements sensibles sur le plan de la concurrence lors de réunions d'associations sectorielles et d'autres interactions avec des concurrents.



Coordination des processus et des mesures correctives dans plusieurs territoires

Dans le secteur des produits chimiques, les fusions faisant souvent l'objet d'un examen concernent des sociétés internationales ayant des actifs considérables ou d'importantes ventes au Canada (citons, à titre d'exemple, les fusions récentes entre Dow et DuPont, Agrium et PotashCorp, Praxair et Linde, et Sherwin-Williams et Valspar). Habituellement, de telles fusions sont également assujetties à un examen dans d'autres territoires, notamment les États-Unis et l'Union européenne. Les avocats en droit de la concurrence des parties doivent donc coordonner leurs efforts afin de s'assurer de la compatibilité des documents relatifs à la fusion qui sont déposés auprès des autorités dans les divers territoires concernés.

Dans de tels cas, le Bureau coordonnera ses activités avec ces organismes et pourra demander que des renoncements leur soient fournis afin de permettre l'échange des renseignements confidentiels des parties à la fusion (le Bureau est d'avis qu'il n'a pas à exiger de renoncement en vertu du droit canadien). En outre, le Bureau a publié des directives décrivant les pratiques exemplaires en matière de coopération dans les examens de fusions transfrontalières. Ces directives préconisent notamment la coordination du calendrier et des résultats des fusions transfrontalières examinées par ces agences.

Les mesures correctives proposées pour répondre aux préoccupations en matière de concurrence dans un territoire (telles que la cession d'installations de fabrication) peuvent également atténuer les préoccupations dans d'autres territoires, car les sociétés de produits chimiques commercialisent habituellement leurs produits dans de multiples territoires afin de récupérer les coûts fixes élevés de la production. Il en résulte souvent que les parties à la fusion proposent les mêmes mesures correctives au Canada que celles qu'elles proposent aux organismes dans d'autres territoires. Lorsque ces mesures répondent aux exigences des organismes, le Bureau peut adopter diverses approches. Dans certains cas, le Bureau a exigé un consentement essentiellement identique aux mesures correctives imposées aux parties à la fusion dans d'autres territoires. Dans d'autres cas, le Bureau a simplement conclu son examen en notant que les mesures correctives imposées aux parties dans d'autres territoires étaient suffisantes pour répondre à ses préoccupations. L'approche adoptée par le Bureau lorsqu'il s'agit de coordonner les mesures correctives dans divers territoires dépend des faits du dossier, par exemple, si les actifs à céder sont situés au Canada ou si l'application de la mesure corrective requiert un consentement.



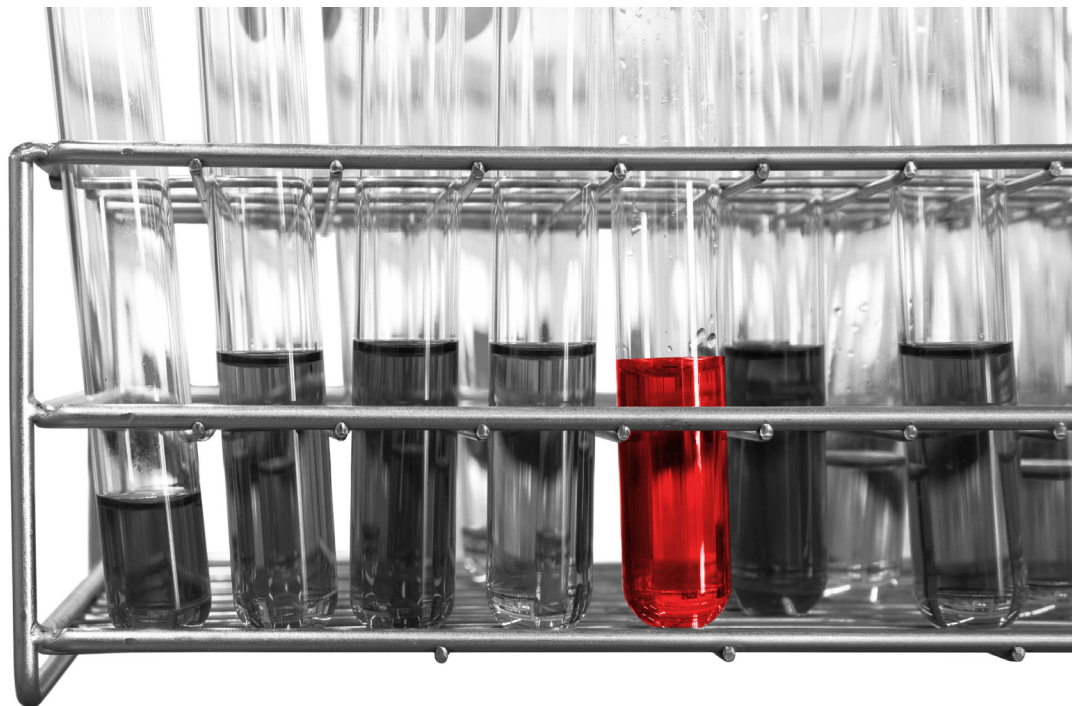
Pertinence des gains en efficience pour l'approbation d'une fusion

La création de gains en efficience pourrait bien convenir comme défense dans le cas d'une fusion remise en question dans le secteur des produits chimiques au Canada. Le Bureau a donné son aval à l'acquisition proposée de Canexus Corporation (« Canexus ») par Superior Plus Corp. (« Superior ») en 2016 en raison des gains considérables en efficience générés par la fusion proposée de ces sociétés de produits chimiques. Les deux parties étaient d'importants producteurs nord-américains de produits de chlorate de sodium et de chloralcali, notamment le chlore, l'hydroxyde de sodium et l'acide chlorhydrique. Dans son examen de l'acquisition de Canexus par Superior, le Bureau a pris en compte les gains en efficience découlant de l'optimisation du fret, ainsi que de l'élimination de frais généraux et du dédoublement des services d'entreprise. Bien que le Bureau ait conclu que la fusion entraînerait une nette réduction de la concurrence, il a également établi que ces gains en efficience l'emportaient sur d'éventuels effets anticoncurrentiels. Il s'agissait de la première fois que le Bureau approuvait publiquement une fusion uniquement pour des raisons de gains en efficience. Blakes représentait Superior dans le cadre de l'examen mené à l'égard de cette opération au chapitre de la concurrence au Canada.

Gestion documentaire et secret professionnel

Le Bureau a souvent recours aux documents internes des parties à une fusion pour comprendre comment elles perçoivent la dynamique de la concurrence dans le secteur des produits chimiques. Les documents internes peuvent constituer un élément de preuve déterminant pour évaluer l'impact des fusions sur la concurrence. Les formations sur la conformité à la législation en matière de concurrence sont un moyen simple et efficace de limiter la création de documents qui pourraient être mal compris ou inexacts.

Les documents préparés pour ou par un conseiller juridique dans le cadre du processus de vérification diligente réglementaire et de la préparation des déclarations réglementaires sont protégés par le secret professionnel. Afin d'éviter une renonciation par inadvertance au secret professionnel, des politiques doivent être mises en place pour faciliter l'identification rapide et exacte des documents protégés par le secret professionnel, notamment l'ajout de la mention « STRICTEMENT CONFIDENTIEL » sur tous les documents préparés pour ou par les conseillers juridiques.



Pratiques commerciales non liées aux fusions

La Loi comporte plusieurs dispositions concernant les pratiques commerciales non liées aux fusions qui peuvent être pertinentes pour les intervenants du secteur des produits chimiques. Ces dispositions comprennent les suivantes :

Infractions criminelles pour la fixation de prix et le truquage d'offres

La conclusion d'ententes entre concurrents réels ou potentiels au sujet de prix, de clients, de la production ou de la capacité de production constitue une infraction criminelle, tout comme le fait de présenter (ou de ne pas présenter), en réponse à un appel d'offres, une offre qui est le fruit d'un accord conclu avec une autre personne. Ces infractions sont passibles d'amendes considérables. Les particuliers reconnus coupables de telles infractions sont également passibles de peines d'emprisonnement. Le Bureau a publié des directives aux termes desquelles il réserve le recours aux infractions criminelles aux « restrictions pures et simples » à la concurrence, telles que les restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime ou d'une coentreprise. Des parties privées peuvent également intenter une action en dommages-intérêts simples (et non triples) pour des infractions relatives aux interdictions criminelles. Ces actions peuvent être intentées sous forme d'actions collectives. Par suite de la jurisprudence récente au Canada, les critères d'autorisation des actions collectives se sont assouplis considérablement.

Interdictions civiles de l'abus de position dominante

Les pratiques commerciales qui constituent un abus de position dominante peuvent être interdites par le Tribunal et passibles d'une sanction administrative pécuniaire. Une pratique commerciale peut constituer un abus de position dominante si elle est exercée par une entreprise possédant une puissance commerciale, si l'objectif de cette pratique est de nature anticoncurrentielle (c'est-à-dire qu'il n'existe aucune justification commerciale objective de cette pratique) et si cette pratique empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Cependant, toute pratique commerciale qui vise uniquement l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle est réputée ne pas être anticoncurrentielle. De plus, les parties privées ne peuvent intenter une action en dommages-intérêts pour des pratiques commerciales qui sont présumées constituer un abus de position dominante en vertu de la Loi.



Interdiction civile des ententes illégales

Les ententes conclues entre concurrents réels ou potentiels qui auraient pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence peuvent être interdites par le Tribunal. Aucune autre sanction (telle qu'une amende) ne s'applique à de telles ententes. Selon les directives publiées par le Bureau à cet égard, le Bureau s'appuiera sur cette disposition pour enquêter sur les ententes qui ne répondent pas au critère de « restrictions pures et simples », mais qui entraînent tout de même un effet anticoncurrentiel. Cependant, tout accord entraînant des gains en efficience (y compris des économies au chapitre des coûts fixes) qui surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels ne peut pas être interdit. De plus, les parties privées ne peuvent pas intenter une action en dommages-intérêts en vertu de la Loi pour des ententes qui ne sont pas présumées être de nature criminelle.

Distribution

La Loi comporte diverses dispositions permettant d'interdire différentes pratiques commerciales relatives à la distribution de produits lorsque ces pratiques entraînent des effets anticoncurrentiels de différents niveaux. Les parties privées peuvent, avec l'autorisation du Tribunal, tenter d'obtenir des ordonnances d'interdiction. Cependant, aucune sanction (telle qu'une amende) ne peut s'appliquer à de telles pratiques de distribution, et les parties privées ne peuvent pas intenter une action en dommages-intérêts en vertu de la Loi.

Dans le secteur des produits chimiques, les fabricants concluent couramment des ententes avec des distributeurs qui transportent les produits et les vendent aux clients. Les dispositions de la Loi concernant le maintien des prix de revente, l'exclusivité et les limitations du marché peuvent s'appliquer à certaines clauses d'ententes de distribution si ces clauses avaient vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence.

Tendances récentes en matière d'application de la Loi

Les pratiques du secteur des produits chimiques font l'objet d'une attention périodique de la part du Bureau, qui veille à ce que les Canadiens tirent parti de la concurrence et de l'innovation dans ce secteur.

Voici quelques tendances récentes au chapitre de l'application de la Loi dans le secteur des produits chimiques au Canada :

Lutte contre les cartels

Des sociétés de produits chimiques ont fait l'objet d'enquêtes et d'amendes pour des activités criminelles présumées au Canada et dans le monde. Les pénalités pour la fixation des prix et le truquage des offres peuvent être considérables et entraîner des amendes et/ou des peines d'emprisonnement. Par exemple :



- En 2010, une société de produits chimiques a écopé d'une amende de 2,5 M\$ CA après avoir plaidé coupable à des accusations de complot avec des concurrents pour la fixation du prix du peroxyde d'hydrogène vendu au Canada.
- En 2007, le Bureau a imposé une amende de 3,3 M\$ CA à une société de produits chimiques pour sa participation à deux cartels internationaux de fixation de prix dans le marché des produits chimiques pour le traitement du caoutchouc.
- En 2003, des complots internationaux concernant le chlorure de choline, l'acide chloroacétique et le monochloroacétate ont entraîné la condamnation de quatre sociétés à une amende collective de 5,1 M\$ CA. De plus, un ancien vice-président de l'une de ces sociétés a été condamné à neuf mois de prison et à 50 heures de travaux communautaires.

L'importance d'un programme de conformité

Lorsque le Bureau doit faire une recommandation au Service des poursuites pénales du Canada au sujet d'une affaire criminelle, il tient désormais compte du fait que la société concernée dispose d'un programme de conformité d'entreprise. Selon le Bureau, un programme de conformité doit être crédible et efficace. Un programme de conformité sera estimé crédible s'il témoigne à tout le moins de l'engagement de la société concernée à mener ses activités conformément à la Loi et à d'autres lois en matière d'étiquetage et de poinçonnage. Pour être efficace, un programme de conformité doit permettre d'éclairer toutes les personnes qui agissent au nom de la société concernée sur leurs obligations juridiques, la nécessité de respecter les politiques et les procédures internes, les coûts que peut entraîner une contravention aux lois, ainsi que les préjudices que les contraventions peuvent porter à l'économie canadienne.

Conclusion

Les participants du secteur des produits chimiques au Canada font quotidiennement face à une multitude de défis commerciaux de nature juridique et réglementaire. La Loi sur la concurrence du Canada, une loi d'application générale devant être prise en compte chaque fois que des décisions stratégiques sont prises, fait partie intégrante de cet environnement. Une planification et une gestion minutieuses peuvent aider à réduire au minimum le fardeau associé à la conformité à cette loi et aider les participants du secteur chimique au Canada à prospérer.



PERSONNES-RESSOURCES



Brian A. Facey
Chef du groupe et associé
brian.facey@blakes.com
416-863-4262



Cathy Beagan Flood
Associée
cathy.beaganflood@blakes.com
416-863-2269



Cassandra Brown
Associée
cassandra.brown@blakes.com
416-863-2295



Iris Fischer
Associée
iris.fischer@blakes.com
416-863-2408



Anne Glover
Associée
anne.glover@blakes.com
416-863-3266



Nicole Henderson
Associée
nicole.henderson@blakes.com
416-863-2399



Randall Hofley
Associé
randall.hofley@blakes.com
416-863-2387



Navin Joneja
Associé
navin.joneja@blakes.com
416-863-2352



Robert E. Kwinter
Associé
robert.kwinter@blakes.com
416-863-3283



Andrea Laing
Associée
andrea.laing@blakes.com
416-863-4159



Kevin MacDonald
Associé
kevin.macdonald@blakes.com
416-863-4023



Wendy Mee
Associée
wendy.mee@blakes.com
416-863-3161



Julie Soloway
Associée
julie.soloway@blakes.com
416-863-3327



Micah Wood
Associé
micah.wood@blakes.com
416-863-4164



Elder Marques
Expert-conseil senior
elder.marques@blakes.com
613-788-2238 | 416-863-3850



Psalm Cheung
Avocate
psalm.cheung@blakes.com
416-863-2239



Emma Costante
Avocate
emma.costante@blakes.com
604-631-3332



Chris Dickinson
Avocat
chris.dickinson@blakes.com
416-863-3254



David Dueck
Avocat
david.dueck@blakes.com
416-863-2959



Fraser Malcolm
Avocat
fraser.malcolm@blakes.com
416-863-4233



Joe McGrade
Avocat
joe.mcgrade@blakes.com
416-863-4182



Julia Potter
Avocate
julia.potter@blakes.com
416-863-4349



Gillian Singer
Avocate
gillian.singer@blakes.com
416-863-2673



Tori Skot
Avocate
tori.skot@blakes.com
416-863-2913



Blakes

Blakes