



Bureau de la concurrence
Canada

Competition Bureau
Canada

NOTES D'ALLOCUTION

Pour

**Sheridan Scott
Commissaire de la concurrence
Bureau de la concurrence
Gouvernement du Canada**

GROUPE DE SPÉCIALISTES DE LA CONFÉRENCE

**Deuxième session annuelle de groupe de l'école de droit de la UCLA sur
les aspects antitrust des É.-U., de l'UE et du Canada dans les fusions et acquisitions**

**UCLA/City Bar of New York
New York State Bar Association
New York (New York)
Le 25 octobre 2006**

I. Introduction

Au Canada, les dispositions actuelles sur le regroupement d'entreprises de la *Loi sur la concurrence* (la « Loi ») sont en vigueur depuis environ vingt ans. Au cours de cette période, le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») a tenté de trouver des mesures correctives en matière de fusions dans plus de cinquante cas. Bien que la plupart des mesures correctives en matière de fusions négociées par le Bureau aient été couronnées de succès, un certain nombre ont connu des problèmes. Dans plusieurs cas, ces problèmes ont empêché la réalisation du dessaisissement et ont entraîné le retour, à la longue, des éléments d'actif aux parties fusionnantes¹. À la suite de ces expériences, le Bureau a progressivement adapté la conception et la mise en œuvre des mesures correctives en matière de fusions. Dans le présent document, je décrirai brièvement et examinerai certains domaines plus importants où nous avons mis au point notre approche des mesures correctives en matière de fusions, ainsi que des politiques et des principes qu'emploie le Bureau lorsqu'il collabore avec d'autres autorités de la concurrence d'autres ressorts.

II. Mise en œuvre des mesures correctives en matière de fusions : des ordonnances sur consentement au consentement

En 1986, lorsque les dispositions actuelles sur le regroupement d'entreprises de la Loi sont entrées en vigueur, les mesures correctives en matière de fusions étaient régies par un processus officiel d'ordonnance sur consentement selon lequel, avec le consentement du Bureau et des parties fusionnantes, le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») avait compétence pour ordonner toute mesure visant à éliminer une diminution sensible alléguée de la concurrence ou quelque entrave à celle-ci². À la suite de certaines difficultés liées au processus du Tribunal sur les demandes rapides d'ordonnance sur consentement³, le Bureau et le milieu des affaires ont vite établi une préférence pour les engagements après conclusion et, le cas échéant, la restructuration après conclusion (à

¹ Par exemple, dans le cas *Abitibi/Donahue* (2001), le dessaisissement d'une usine de papier journal n'a pas été mené à bonne fin. Dans le cas *Air Canada/Lignes aériennes Canadien* (1999), le dessaisissement de la ligne aérienne régionale du Canadien n'a pas été terminé. Dans le cas de *Chapters/Indigo* (2001), le dessaisissement de diverses librairies n'a pas été achevé.

² Le critère applicable pour déterminer si une mesure corrective est acceptable, tant dans le cas d'un litige que dans le cas d'un consentement, a été défini par la Cour suprême dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* Dans ce jugement, la Cour a conclu que « la mesure de redressement appropriée en cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement ». Voir : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi de la concurrence) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 85.

³ Par exemple, le Tribunal a rejeté la première demande d'ordonnance sur consentement présentée par le Directeur et les parties fusionnantes dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Palm Dairies Ltée* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Tribunal de la concurrence). L'affaire *Canada ((Directeur des enquêtes et recherches) c. Compagnie pétrolière impériale Ltée* (1990), 31 C.P.R. (3d) 277 (Tribunal de la concurrence), a nécessité une audience prolongée et plusieurs tentatives afin de concevoir l'ébauche d'une ordonnance que le Tribunal jugeait acceptable.

savoir, des solutions de règlement « précorrectif »)⁴ afin de remédier aux questions liées à la concurrence soulevées dans le cadre d'une fusion⁵. Cependant, ce processus d'engagement avait aussi des failles. Par exemple, les engagements n'étaient ni transparents, ni reconnus dans la Loi. Par conséquent, leur force exécutoire était un sujet de préoccupation. De ce fait, le Bureau est finalement revenu à un processus officiel d'ordonnance sur consentement du Tribunal et, seulement à l'occasion, négociait les engagements après clôture⁶.

En 2002, la loi a été modifiée afin de tenir compte d'un processus d'enregistrement des consentements. Plus particulièrement, le Bureau et les parties fusionnantes peuvent négocier un consentement par eux-mêmes (à savoir en l'absence de supervision du Tribunal) qu'ils peuvent enregistrer auprès du Tribunal⁷. Une fois enregistré, un consentement a la même valeur et produit les mêmes effets qu'une ordonnance du Tribunal, notamment quant à l'engagement des procédures. Surtout, les consentements sont considérablement plus transparents que les engagements. Par exemple, tandis qu'un engagement n'est rien de plus qu'une convention privée, un consentement enregistré est accompagné d'une version publique, laquelle est accessible sur le site Web du Tribunal. De plus, dans de nombreux cas, le Bureau publie un précis d'information technique, dans lequel est décrite l'analyse à l'origine de la mesure corrective.

Bien que le processus d'enregistrement des consentements comporte de nombreux avantages en ce qui touche la mise en œuvre, le succès de cette approche, de n'importe quel cas, repose sur le consentement, lequel comprend des modalités qui sont efficaces et exécutoires. À cette fin, le

⁴ On peut faire appel à un « règlement préalable » dans l'un ou l'autre des cas suivants : le vendeur est en mesure de se dessaisir des éléments d'actif pertinents en les vendant à un acheteur approuvé avant la conclusion de la fusion ou au moment de celle-ci; un accord de vente désignant un acheteur approuvé pour un groupe d'éléments d'actif bien précis est déjà prêt, et le dessaisissement intervient en même temps que la fusion. Le Bureau préfère nettement les règlements préalables, puisque ceux-ci permettent d'éliminer les inquiétudes quant à la possibilité de réaliser la vente des éléments d'actif visés par le dessaisissement; il permet en outre de veiller à ce que les éléments d'actif ne subissent aucune détérioration et que la concurrence soit préservée le plus rapidement possible sur les marchés pertinents.

⁵ Ce changement en faveur des engagements s'est produit en 1991.

⁶ Bien qu'il n'y ait eu aucune ordonnance sur consentement entre 1991 et 1996 (en raison de l'utilisation des engagements), le Bureau est retourné au processus d'ordonnance sur consentement en 1997.

⁷ Voir l'article 105 de la Loi : « 105. (1) Le commissaire et la personne à l'égard de laquelle il a demandé ou peut demander une ordonnance en vertu de la présente partie – exception faite d'une ordonnance provisoire rendue en vertu des articles 103.3 et 104.1 – peuvent signer un consentement. (2) Le consentement porte sur le contenu de toute ordonnance qui pourrait éventuellement être rendue contre la personne en question par le Tribunal. (3) Le consentement est déposé auprès du Tribunal qui est tenu de l'enregistrer immédiatement. (4) Une fois enregistré, le consentement met fin aux procédures qui ont pu être engagées, et il a la même valeur et produit les mêmes effets qu'une ordonnance du Tribunal, notamment quant à l'engagement des procédures. »

Il est important de noter que, une fois le consentement enregistré, le droit d'intervention est limité. Le paragraphe 106(2) de la Loi stipule que : « Toute personne directement touchée par le consentement – à l'exclusion d'une partie à celui-ci – peut, dans les soixante jours suivant l'enregistrement, demander au Tribunal d'en annuler ou d'un modifier une ou plusieurs modalités. Le Tribunal peut accueillir la demande s'il conclut que la personne a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal. »

Bureau a publié, très récemment, un *Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions au Canada*⁸ (« Bulletin d'information »), afin d'offrir une orientation sur les principes généraux et les modalités qu'applique le Bureau à la création des mesures correctives en matière de fusions. Dans le reste du présent document, je décrirai brièvement et examinerai des éléments de certains principes et modalités plus importants qu'applique le Bureau dans l'élaboration des mesures correctives en matière de fusions et des modifications récentes apportées à ces principes et à ces modalités. Je terminerai par une analyse des principes et des politiques applicables au Bureau lorsqu'il collabore avec d'autres autorités de la concurrence d'autres ressorts.

III. Conception des mesures correctives en matière de fusions : principes et modalités⁹

L'un des principes les plus fondamentaux reconnus dans le *Bulletin d'information* du Bureau est que les modalités des mesures correctives en matière de fusions seront adaptées aux faits particuliers de l'affaire en question, et seront révélatrices de l'expérience continue du Bureau quant à l'efficacité des mesures correctrices en matière de fusions¹⁰. Le *Bulletin d'information* témoigne de l'expérience acquise par le Bureau et souligne plusieurs domaines importants où la conception – et partant, l'efficacité – des mesures correctives en matière de fusions a été adaptée. Les mesures les plus remarquables sont les dispositions qui portent sur les mesures correctives structurelles par rapport aux mesures de comportement, la viabilité des éléments d'actif choisis pour le dessaisissement, les périodes de dessaisissement opportunes, l'absence d'un prix minimal et les dispositions relatives aux « joyaux de la couronne », ainsi que le rôle du fiduciaire du dessaisissement. Je discuterai de chacun de ces points.

i) Mesures correctives structurelles versus mesures correctives comportementales¹¹

⁸ Bureau de la concurrence, *Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions au Canada*, (Gouvernement du Canada : Ottawa, 2006). En ligne à l'adresse suivante : <http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/Mergers_Remedies_PDF_FR.pdf> (ci-après « Bulletin d'information »)

⁹ Veuillez noter que les principes et les modalités décrits dans la présente section sont identiques à ceux que l'on retrouve dans le *Bulletin d'information* publié récemment.

¹⁰ *Bulletin d'information*, dans la préface.

¹¹ En général, une mesure corrective structurelle tient compte des effets anticoncurrentiels d'une fusion en intervenant directement sur la structure concurrentielle du marché. Le dessaisissement est la forme la plus commune d'une mesure corrective structurelle. Dans certains cas, un dessaisissement (ou l'octroi) d'un droit de propriété intellectuelle, en autant qu'aucun contrôle continu ou aucune mise en application ne soit nécessaire, peut aussi être considéré comme une mesure corrective structurelle. Une mesure corrective comportementale, elle, tient compte des préjudices anticoncurrentiels causés par une fusion en modifiant ou en limitant le comportement des entreprises à la fusion. Une mesure corrective comportementale est généralement continue et exige souvent une part importante de contrôle et de mise en application..

Veuillez noter que les mesures correctives quasi-structurelles constituent une sous-catégorie des mesures correctives structurelles en ce sens qu'elles opèrent un changement structurel. Les mesures correctives quasi-structurelles visent à réduire les entraves à l'accès, à fournir un accès à l'infrastructure nécessaire ou à une technologie clé, et à faciliter d'une manière ou d'une autre l'entrée sur le marché ou l'expansion d'un concurrent. Les mesures correctives

En conformité avec la pratique internationale, le Bureau préfère nettement les mesures correctives structurelles¹² (à savoir les dessaisissements) et acceptera rarement des mesures correctives uniquement comportementales. Comme les effets anticoncurrentiels qui découlent d'une fusion sont attribuables à un changement structurel du marché, les mesures correctives structurelles constituent la façon la plus directe et efficace de remédier à ces effets. Il est difficile de concevoir une mesure comportementale qui reproduira adéquatement les résultats d'un marché concurrentiel. Même si une telle mesure corrective peut être formulée en des termes clairs et réalisables, elle risque d'être moins efficace et plus difficile à mettre en application qu'une mesure structurelle. Une mesure corrective uniquement comportementale impose généralement un fardeau constant au Bureau et aux intervenants du marché, au lieu d'apporter une solution permanente à un problème de concurrence. Par exemple, les mesures correctives comportementales imposent un fardeau au Bureau, car les coûts associés à la surveillance des activités de l'entité fusionnée sont souvent élevés et une telle surveillance nécessite diverses connaissances spécialisées que le Bureau n'est peut-être pas en mesure d'affecter. En ce qui touche les intervenants du marché, les mesures correctives uniquement comportementales peuvent empêcher l'entité fusionnée, ainsi que d'autres intervenants du marché, de répondre efficacement aux conditions changeantes du marché et peuvent faire obstacle à un comportement favorable à la concurrence. De plus, étant donné qu'il est souvent difficile de déterminer le temps nécessaire à l'établissement de la nouvelle entrée sur le marché ou de l'expansion, il est également difficile de déterminer la durée appropriée d'une mesure corrective uniquement comportementale.

quasi-structurelles, dans certaines circonstances, comprennent : la concession de licence sur un droit de propriété intellectuelle; l'élimination de conditions contractuelles anticoncurrentielles telles que les clauses de non-concurrence et les clauses restrictives; la concession de droits d'accès non discriminatoires à un réseau, en particulier lorsqu'un chevauchement horizontal est combiné à une intégration verticale et à un risque que d'autres participants sur le marché cessent d'avoir accès à certains intrants; l'appui à l'élimination ou à la réduction des contingents, des tarifs ou d'autres restrictions imposées par un organisme de réglementation ou un groupe de l'industrie, avec l'aide ou la contribution de l'entité fusionnée.

¹² Les autorités de la concurrence (p. ex., plus particulièrement, le Department of Justice (DOJ) des États-Unis (É.-U.), le Royaume-Uni (UK) et l'Union européenne (UE)) et les tribunaux préfèrent généralement les mesures correctives structurelles (c.-à-d. les dessaisissements) aux mesures correctives uniquement comportementales.

Dans sa décision concernant le redressement, le Tribunal, dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* (le 3 octobre 2001) TC-2000/002, déclare au par. 110 qu'« une fois qu'il a été conclu qu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il convient de préférer une mesure de redressement qui limite cette puissance commerciale de manière permanente à des mesures liées au comportement qui sont de durée déterminée et exigent un contrôle suivi de leur exécution. Il ne s'ensuit pas que, dans les cas où le commissaire aussi bien que les défenderesses y souscrivent, de telles mesures liées au comportement ne puissent se révéler efficaces. Cependant, le Tribunal estime que l'exécution de la mesure de redressement proposée par les défenderesses risquerait de nécessiter des efforts et un temps considérables et que le contrôle de l'application d'une ordonnance de cette nature exigerait du commissaire une intervention plus marquée dans l'activité économique que l'administration d'une ordonnance de dessaisissement pure et simple ». Voir aussi le par. 111 dans lequel le Tribunal fait remarquer que les dessaisissements sont décrits par la Cour suprême des É.-U. comme étant « simples, sûrs et d'application relativement facile ».

Sur l'ensemble, les mesures correctives structurelles sont d'ordinaire plus efficaces que les mesures correctives comportementales, puisque les termes sont clairs, plus définitifs, moins coûteux à administrer et faciles d'application. Néanmoins, les mesures correctives uniquement comportementales peuvent être acceptables lorsqu'elles sont suffisantes pour empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence à la suite d'une fusion, lorsqu'il n'existe aucune mesure correctrice structurelle appropriée, qu'elles ne nécessitent aucune surveillance future par le Bureau, ou très peu, et qu'elles sont exécutoires soit par le Bureau ou le Tribunal. Le Bureau a rarement appliqué des mesures correctives uniquement comportementales par le passé, car les circonstances dans lesquelles de telles mesures correctives sont appropriées ne surviennent pas souvent.

En dépit de notre préférence pour les mesures correctives structurelles, le Bureau aura parfois recours à une combinaison de mesures correctives comportementales et structurelles. Par exemple, certaines modalités comportementales, lorsqu'elles visent à compléter une mesure correctrice structurelle principale, peuvent être efficaces, surtout si elles sont utilisées pendant une période intermédiaire ou de transition, jusqu'à ce qu'une structure concurrentielle ne prenne forme sur le marché. Par exemple, les modalités comportementales qui permettent un accès aux intrants ou encore qui permettent à un acheteur ou à d'autres intervenants de l'industrie d'entamer des activités efficacement et le plus rapidement possible sont souvent un ajout désirable à une mesure correctrice structurelle.

ii) Viabilité des éléments d'actif choisis pour un dessaisissement

En ce qui a trait à la viabilité des éléments d'actif choisis pour un dessaisissement, le *Bulletin d'information* précise clairement que, plutôt que de choisir des éléments d'actif d'un ensemble comprenant les éléments d'actif des deux parties fusionnantes, le Bureau préfère un dessaisissement d'une ou de plusieurs entreprises en exploitation autonomes¹³ d'une partie fusionnante (normalement l'entreprise cible achetée par la fusion) à un acheteur¹⁴. Si l'on emprunte les termes techniques de nos homologues aux États-Unis, l'ancienne approche est connue sous le nom d'approche « combinée », tandis que la dernière approche est désignée sous le nom de « balayage complet ». Cette dernière approche réduit l'incertitude liée à la viabilité du groupe dessaisi et aux questions d'intégration et limite les effets préjudiciables qui pourraient résulter de la communication à l'acquéreur dans le cadre de la fusion de renseignements confidentiels relatifs aux éléments d'actif visés par le dessaisissement. Grâce à la probabilité croissante d'une mesure correctrice réussie associée à un balayage complet, cette approche est préférée par la plupart des autres ressorts¹⁵. Dans les cas où il subsiste des doutes sur la viabilité des éléments d'actif choisis pour un dessaisissement,

¹³ Idéalement, une entreprise en exploitation autonome serait une entreprise ayant prouvé être une force concurrentielle dans le marché.

¹⁴ Bien que la dernière approche (soit le « balayage complet ») soit idéale, le Bureau a couramment utilisé l'ancienne approche (soit l'approche « combinée ») par le passé.

¹⁵ Par exemple, le DOJ des É.-U., la Federal Trade Commission (FTC) des É.-U., le R-U et l'UE préfèrent tous le dessaisissement d'une personnalité de l'entité actuelle avec une capacité prouvée d'être une force concurrentielle sur le marché.

le Bureau consultera souvent directement les intervenants du marché (« analyse du marché ») et, dans certaines circonstances, retiendra les services d'un expert de l'industrie.

iii) Périodes de dessaisissement opportunes

Le Bureau accepte généralement d'accorder au vendeur un premier délai déterminé (« premier délai de vente ») pour vendre les éléments d'actif visés par le dessaisissement au meilleur prix et aux meilleures conditions que le vendeur peut négocier avec les acheteurs éventuels. Bien qu'il s'agisse d'une dérogation à la pratique précédente, selon les antécédents du Bureau au Canada et l'expérience des autorités de la concurrence d'autres ressorts¹⁶, le Bureau a déterminé qu'une période de trois à six mois était un premier délai de vente approprié pour terminer le dessaisissement. Imposer et faire respecter des délais courts pour mener à terme un dessaisissement contribue à renforcer l'efficacité d'une mesure corrective. Plus la période de dessaisissement est courte, moins les risques sont grands que des facteurs tels que la détérioration des éléments d'actif ou la perte de clients ou d'employés clés, ou le changement des conditions du marché, saperont l'efficacité du dessaisissement. De plus, il n'existe aucune preuve qu'un premier délai de vente plus long arriverait à attirer plus d'acheteurs. Le Bureau peut accorder une courte prolongation de délai dans des circonstances exceptionnelles, qui seront déterminées en fonction de chaque cas. Normalement, le Bureau acceptera de garder confidentiel le délai réel accordé comme premier délai de vente¹⁷.

Si le vendeur ne parvient pas à vendre les éléments d'actif dans le premier délai de vente, un fiduciaire désigné par le Bureau disposera d'un délai déterminé (le « délai du fiduciaire ») au cours duquel le dessaisissement devra être terminé. Le délai du fiduciaire est d'une période de trois à six mois¹⁸, mais il peut être prolongé dans des circonstances exceptionnelles, que le Bureau déterminera en fonction de chaque cas. La durée du délai du fiduciaire sera rendue publique dès le départ.

iv) Absence de prix minimum et dispositions relatives aux « joyaux de la couronne »

Pour augmenter les chances que le dessaisissement se réalisera pendant le délai du fiduciaire, le *Bulletin d'information* clarifie que l'obligation première du fiduciaire consiste à réaliser le

¹⁶ La FTC des É.-U. offre une période de six mois au vendeur une fois que le consentement est signé, tandis que le DOJ des É.-U. n'offre que deux à trois mois au vendeur pour qu'il trouve un acheteur par lui-même. Le R-U et l'UE préfèrent également des premiers délais de vente courts.

¹⁷ Le délai réel accordé pour le premier délai de vente sera normalement confidentiel, afin d'éviter de donner aux acheteurs un moyen de négociation inapproprié.

¹⁸ Une période de trois à six mois pour le délai du fiduciaire est la pratique adoptée par le Bureau depuis un certain temps.

dessaisissement des éléments d'actif à un acheteur admissible sans égard à un prix minimum¹⁹. Bien que les dispositions relatives à l'absence d'un prix minimum constituent la pratique du Bureau depuis un certain temps, ces dispositions font maintenant l'objet d'une politique. Cela est conforme à l'approche adoptée par les homologues étrangers du Bureau, où les dispositions relatives à l'absence de prix minimum constituent la norme²⁰. L'existence d'une disposition relative à l'absence de prix minimum est normalement confidentielle pendant le premier délai de vente, mais elle est rendue publique au début du délai du fiduciaire.

Il se pourrait qu'il soit nécessaire d'inclure dans une mesure corrective un groupe d'éléments d'actif supplémentaires (les « joyaux de la couronne »), également activés par le délai du fiduciaire et qui offre au Bureau une certaine confiance qu'une mesure corrective viable sera mise en œuvre. Fait important, si les dispositions relatives aux joyaux de la couronne ont pour but d'offrir au vendeur un incitatif pour qu'il termine rapidement le dessaisissement initial, ces dispositions ne sont pas une mesure punitive. À cette fin, les éléments d'actif qui comprennent les joyaux de la couronne ont trait, dans la mesure du possible, aux effets anticoncurrentiels²¹. Bien que le Bureau détermine le recours aux dispositions relatives aux joyaux de la couronne selon le cas, leur utilisation est de plus en plus fréquente²². L'existence d'une disposition relative aux joyaux de la couronne est normalement confidentielle pendant le premier délai de vente, mais elle est rendue publique au début du délai du fiduciaire.

v) Dispositions prévoyant la désignation d'un fiduciaire

¹⁹ Veuillez noter que l'expression « absence de prix minimum » comprend aussi les cas inhabituels où le vendeur devra verser un dédommagement (c.-à-d. un paiement) à l'acheteur. Par exemple, dans les cas où les éléments d'actif devant faire l'objet du dessaisissement ne peuvent pas être séparés de certains éléments de passif, le vendeur devra dédommager l'acheteur des coûts liés à ces éléments de passif. De même, dans les cas où les coûts liés à ces éléments de passif sont incertains, le vendeur pourrait devoir indemniser l'acheteur.

²⁰ Plus particulièrement, le DOJ des É.-U., le R-U et l'UE ont régulièrement recours aux dispositions relatives à l'absence de prix minimum.

²¹ En d'autres termes, un joyau de la couronne est essentiellement un mécanisme de correction d'une mesure corrective infructueuse qui rend cette mesure plus viable. Au moment de la détermination du contenu d'un joyau de la couronne, la norme *Southam* s'appliquera. « La mesure de redressement appropriée en cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement. » Cependant, « s'il faut choisir entre une mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable et une mesure qui ne permet même pas d'atteindre le niveau acceptable, alors c'est certes la première qui doit être préférée. Une mesure de redressement doit à tout le moins être efficace. Si la moins attentatoire des mesures de redressement efficaces possibles va au-delà de ce qui est nécessaire, c'est peut-être malheureux, mais, d'un point de vue juridique, une telle mesure n'est pas défectueuse. » Voir *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches, Loi sur la concurrence) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux paragraphes 85 et 89.

²² Veuillez noter que, bien que les autorités étrangères aient diverses opinions sur la question des dispositions relatives aux joyaux de la couronne, la plupart semblent être ouvertes à l'idée, selon les circonstances (p. ex. la Federal Trade Commission, le R-U et l'UE).

Un autre élément important du succès des mesures correctives en matière de fusions, que le Bureau a récemment adaptées, est notre approche du rôle et des fonctions du fiduciaire du dessaisissement. Lorsque les éléments d'actif visés par le dessaisissement ne sont pas vendus avant l'échéance du premier délai de vente et de la manière prévue dans le consentement, le Bureau nommera un fiduciaire pour procéder au dessaisissement des éléments d'actif. Les dispositions prévoyant la désignation d'un fiduciaire permettent de s'assurer que le dessaisissement des éléments d'actif sera réalisé de manière efficace et dans les meilleurs délais.

Au cours de la période dont il dispose, le fiduciaire a le pouvoir de contrôler le dessaisissement, sous réserve de la surveillance et de l'approbation du Bureau seulement. À cette fin, en règle générale, le vendeur ne participera pas au processus de dessaisissement, ni aux négociations. En outre, il est interdit au vendeur de communiquer avec les acheteurs éventuels, sauf si le Bureau donne son approbation. Dans le but de faciliter le dessaisissement, le fiduciaire doit avoir pleinement accès aux employés, aux livres, aux registres, aux installations se rapportant aux éléments d'actif en cause et à tout autre renseignement qu'il juge pertinent pour effectuer le dessaisissement.

Afin de procéder au dessaisissement, le fiduciaire devra faire des efforts commercialement raisonnables afin de négocier les modalités les plus favorables²³ disponibles à ce moment-là et, s'il y a lieu, il pourra vendre les éléments d'actif sans prix minimum. Fait important, l'opinion du fiduciaire au sujet de ce qui constitue des modalités « les plus favorables » est assujettie à l'approbation du Bureau seulement, et le droit du vendeur de contester les modalités du dessaisissement se limite aux situations où le fiduciaire commet un acte de malversation, de grossière négligence ou agit de mauvaise foi.

Si, à l'expiration du délai du fiduciaire, ce dernier dépose un plan de dessaisissement ou pense qu'il est possible de procéder au dessaisissement dans un court délai, le Bureau peut, à son entière discrétion, accorder une prolongation. Si les éléments d'actif n'ont pas été vendus pendant le délai du fiduciaire (y compris toute prolongation de ce délai), le Bureau peut demander au Tribunal l'autorisation de procéder au dessaisissement²⁴. Selon les circonstances de l'affaire, le Bureau peut indiquer au Tribunal que d'autres éléments d'actif ou d'autres mesures, en plus de celles exigées dans la proposition de dessaisissement, sont nécessaires pour procéder au dessaisissement.

²³ Les « modalités » comprennent, entre autres, le prix de vente des éléments d'actif visés par le dessaisissement.

Dans certains cas, il peut être nécessaire que le vendeur fournisse à l'acheteur ou ajoute des moyens de soutien transitoires (p. ex. des contrats d'approvisionnement et d'autres formes d'aide technique) pour que les éléments d'actif visés par le dessaisissement demeurent viables. Lorsqu'il jugera ces moyens de soutien transitoires raisonnables et nécessaires, le fiduciaire pourra à sa discrétion négocier et conclure une entente après le début du délai du fiduciaire. Ce pouvoir discrétionnaire du fiduciaire est assujetti à la surveillance et à l'approbation du Bureau seulement.

²⁴ Le terme « dessaisissement » s'applique aux premiers éléments d'actif ainsi qu'aux éventuels bijoux de la couronne.

IV. Collaboration avec les autorités de la concurrence d'autres ressorts

Dans cette dernière section, je me penche sur les politiques et principes applicables lorsque nous travaillons de concert avec les autorités de la concurrence d'autres compétences.

Comme les fusions de dimension internationale sont de plus en plus nombreuses, les besoins en matière de communication, de coordination et de coopération entre les organismes responsables de la concurrence dans le monde sont plus grands que jamais²⁵. À cette fin, le Bureau communique régulièrement, de façon informelle, avec ses homologues étrangers afin d'effectuer des analyses détaillées et de prendre des décisions éclairées. Le Bureau se fonde également sur un certain nombre d'accords de coopération²⁶ officiels conclus entre des États et entre certains organismes et il les respecte, ce qui facilite le partage de renseignements et la progression de nos enquêtes²⁷. Plus encore, la communication et la collaboration facilitent la coordination des mesures correctives efficaces.

En ce qui concerne les mesures correctives, le Bureau coordonne généralement ses efforts avec d'autres organismes responsables de la concurrence lorsqu'une fusion internationale aura vraisemblablement au Canada des effets anticoncurrentiels semblables ou liés aux effets anticoncurrentiels susceptibles de se produire dans les autres pays. La coordination peut revêtir les formes suivantes : communication entre les organismes au fur et à mesure de l'évolution d'une

²⁵ Pour une analyse plus approfondie sur l'approche du Bureau concernant la collaboration avec les autorités de la concurrence d'autres ressorts, consultez le discours de Sheridan Scott intitulé *Perspectives canadiennes sur le rôle de la courtoisie dans l'application des règles de la concurrence à l'heure de la mondialisation – La déférence est-elle de mise? Est-ce là toute la question?* (présenté à la American Bar Association's, Section of Antitrust Law, Washington, D.C., Rencontre du printemps 2006) (Ottawa, Bureau de la concurrence, 2006). En ligne, à l'adresse suivante : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=2049&lg=f>.

Veuillez également consulter le discours de Sheridan Scott intitulé *Lettre « C » pour Concurrence : Quels sont nos moyens d'action dans un contexte commercial de mondialisation?* (présenté lors de la Conférence Insight, Montréal, Québec, le 17 juin 2005) (Ottawa, Bureau de la concurrence, 2005). En ligne, à l'adresse suivante : <http://competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1867&lg=f>.

²⁶ Les accords de coopération actuels du Bureau sont présentés à l'adresse suivante : <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=141&lg=f>.

²⁷ Lorsque le Bureau a besoin de renseignements confidentiels de ses homologues étrangers, cette coopération est facilitée par la fourniture de renoncements, aux autorités antitrust à l'étranger, par les parties de la fusion et(ou) par les tierces parties touchées. Ces renoncements permettent l'échange de renseignements confidentiels entre le Bureau et les organismes responsables de la concurrence à l'étranger, échange autrement interdit par la loi dans ces pays.

Il faut noter que, lorsque les organismes étrangers responsables de la concurrence ont besoin de renseignements confidentiels du Bureau, cette coopération est assujettie aux dispositions de la loi. Les dispositions qui régissent la confidentialité se trouvent à l'article 29 de la Loi et elles autorisent le Bureau à diffuser des renseignements qu'il croit nécessaires à l'administration et à l'exécution de la Loi.

affaire, participation à des discussions conjointes avec les parties à la fusion et conception de mesures correctives au Canada qui sont parallèles aux mesures prises par les autres organismes responsables de la concurrence. La coordination des mesures correctives revêt donc une grande importance pour le Bureau puisqu'elle favorise une mise en application uniforme des mesures correctives dans les différents pays. Plus les problèmes de concurrence cernés au Canada sont semblables à ceux relevés par les autres organismes responsables de la concurrence, plus les mesures correctives coordonnées sont susceptibles d'être efficaces.

Une approche ainsi axée sur l'intégration et la coopération comporte plusieurs avantages. En partageant des points de vue, des techniques d'enquête et des méthodes de mise en application de la loi, nous avons accès à une banque de renseignements plus vaste et plus diversifiée, nous augmentons nos chances que les analyses soient menées de manière cohérente d'un pays à l'autre, nous simplifions les procédures d'examen et de mesure corrective, nous réduisons un tant soit peu la duplication des tâches, nous évitons les frictions entre les pays qui procèdent au contrôle, nous réduisons les incertitudes pour les entreprises et nous pouvons en arriver à des règlements plus efficaces que ceux que nous aurions obtenus si nous avions agi de façon indépendante.

Pour résoudre des problèmes de concurrence au Canada, le Bureau peut décider de prendre des mesures indépendantes ou, au contraire, juger qu'il est inutile de prendre des mesures en plus de celles prises par les organismes étrangers. Les décisions relatives à la mise en application de la loi sont prises en fonction des faits propres à chaque affaire mais, en règle générale, le Bureau est plus susceptible de négocier des mesures correctives officielles au Canada lorsque l'affaire soulève des questions qui concernent le Canada en particulier et que l'effet canadien est particulièrement important, lorsque les éléments d'actif visés par le dessaisissement se trouvent au Canada ou lorsque de telles mesures sont essentielles à la mise en application des modalités du consentement²⁸. Au contraire, le Bureau pourra s'en remettre aux mesures correctives découlant des procédures officielles prises par d'autres pays lorsque les éléments d'actif visés par le dessaisissement se trouvent à l'étranger et/ou que les obligations prises dans le cadre d'une mesure corrective comportementale doivent être exécutées à l'étranger²⁹. Lorsqu'il y a des problèmes de concurrence au Canada et que nous nous fions aux mesures correctives étrangères, les mesures prises par les organismes étrangers doivent pouvoir résoudre nos problèmes.

Un des objectifs de la coordination des mesures transfrontalières consiste à éviter les conflits

²⁸Cela pourrait se produire dans les cas où des problèmes concernant une fusion internationale sont les mêmes au Canada et dans un pays étranger. Dans un cas, le pays étranger pourrait conclure que, en raison des coûts ou de la taille des marchés, il devrait ordonner la vente d'une entreprise, y compris les droits de propriété intellectuelle, à l'échelle mondiale. Dans un cas différent, l'autorité étrangère pourrait conclure que, en raison des coûts et de la taille de l'entreprise, une simple ordonnance de vendre serait suffisante, y compris les droits de propriété intellectuelle, à l'intérieur de son propre pays. Dans ce dernier cas, le Canada aurait besoin d'une mesure corrective propre au Canada.

²⁹La Loi offre notamment une période de trois ans au cours de laquelle le Bureau peut contester une fusion. Si les parties ne procèdent pas à l'intégration des mesures correctives qui s'applique au Canada, mais qui sont exécutoires seulement dans les pays étrangers au cours de cette même période, le Bureau peut contester ladite fusion devant le Tribunal.

susceptibles de survenir lorsqu'une mesure vise à résoudre des problèmes de concurrence dans plusieurs pays. À cette fin, nous écouterons les opinions des organismes étrangers au sujet des mesures particulières et, si ces mesures permettent de répondre de façon satisfaisante aux préoccupations liées à la concurrence au Canada, nous essaierons d'agir dans le même sens. Par exemple, une mesure transfrontalière peut exiger que nous coordonnions nos efforts avec nos homologues étrangers afin qu'un seul fiduciaire ou contrôleur soit désigné pour superviser le dessaisissement d'éléments d'actif répartis dans le monde. Le fait d'avoir un seul et même fiduciaire ou contrôleur qui comprend les objectifs des mesures correctives dans chaque pays permet de réduire les risques de conflits lorsque vient le temps de désigner un acheteur acceptable pour les éléments d'actif visés par le dessaisissement.

De façon générale, l'approche du Bureau relative à la coordination des mesures correctives est essentiellement pragmatique. Ce qui signifie que notre approche est plus intégrative et coopérative plutôt que fondée sur la « déférence ». Cette approche permet d'atteindre un équilibre entre la nécessité de simplifier le processus de mise en application de la loi, qui demande beaucoup de ressources, et le devoir d'assurer le règlement satisfaisant des dossiers touchant plusieurs pays.

V. Prochaines étapes

Comme il est écrit dans la publication récente du *Bulletin d'information sur les mesures correctives*, « le Bureau [s'engage à mettre en pratique] une approche fondée sur des principes mais aussi souple et évolutive de la conception et de la mise en œuvre des mesures correctives en matière de fusions³⁰ » (non souligné dans l'original). Ainsi, nous continuerons à adapter, s'il y a lieu, la conception ainsi que la mise en œuvre des mesures correctives en matière de fusions. À cette fin, une étude sur les mesures correctives en matière de fusions est actuellement menée, et l'objectif vise à analyser de façon critique l'efficacité des mesures correctives précédentes. À l'aide de cette étude, nous prévoyons obtenir un bon aperçu des processus, des principes et des conditions qu'il nous faut améliorer. Les résultats de cette étude seront publiés plus tard au courant de la prochaine année.

Notre engagement envers l'amélioration de l'efficacité des mesures correctives en matière de fusions porte également sur les relations du Bureau avec les autorités de la concurrence d'autres ressorts. Ce qui signifie que le Bureau s'engage à poursuivre et à améliorer, s'il y a lieu, le degré de communication, de collaboration et de coordination avec ses homologues étrangers. Ce faisant, nous pouvons préserver et resserrer davantage le lien de confiance qui est nécessaire entre les organismes afin de faciliter l'échange de renseignements, la tenue d'enquêtes et, à la limite, la coordination de mesures correctives intergouvernementales efficaces.

En plus d'évaluer de façon éclairée et d'améliorer la mise en œuvre des mesures correctives en matière de fusions, le Bureau s'engage à faire preuve de transparence. En étant le plus possible transparents, nous tentons d'être aussi prévisibles et responsables que possible dans le cadre du processus décisionnel. À cette fin, le Bureau continuera à publier des versions publiques des consentements enregistrés et, s'il y a lieu, des précis d'information technique qui portent sur les

³⁰ *Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions au Canada*, Préface.

analyses ayant entraîné l'adoption d'une mesure corrective en matière de fusions. Dans le cadre d'une nouvelle pratique, le Bureau pourra, s'il y a lieu, divulguer au complet les modalités de ces consentements enregistrés associés aux dessaisissements terminés³¹.

³¹*Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de fusions au Canada*, paragraphe 70.