



Bureau de la concurrence
Canada

Competition Bureau
Canada

**Bulletin d'information sur les mesures correctives en matière de
fusions au Canada**

BUREAU DE LA CONCURRENCE

le 22 septembre 2006

PREFACE

Canada

Le présent Bulletin d'information définit la politique actuelle du Bureau de la concurrence (« le Bureau ») en ce qui concerne les mesures correctives en matière de fusions.¹ Il contient de l'information sur les objectifs des mesures correctives (ou mesures de redressement) et sur les principes généraux appliqués par le Bureau dans la recherche, la conception et la mise en œuvre de ces mesures. Ces principes sont des éléments essentiels qui seront pris en considération dans tous les cas où une mesure corrective s'impose, mais il faut comprendre que toutes les mesures correctives seront adaptées en fonction des faits et des circonstances propres à chaque cas. Les mesures correctives seront également adaptées en fonction de l'expérience du Bureau concernant l'efficacité des mesures correctives mises en œuvre auparavant. En d'autres termes, le Bureau aura recours à 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 fusions.

Afin de faciliter un règlement entre les parties à une fusion et le Bureau, un modèle de consentement, qui suit en général les principes décrits dans le présent Bulletin, sera inclus en annexe.² Ce modèle de consentement est nécessairement générique et se veut un exemple seulement parce que les modalités de chaque consentement seront adaptées en fonction des faits et des circonstances propres à chaque cas. Pendant les négociations concernant les mesures correctives propres à une fusion, le Bureau a l'habitude de préparer la première ébauche du document et d'y effectuer toutes les modifications nécessaires au cours de toutes les négociations qui suivront.

I. OBJECTIFS DES MESURES CORRECTIVES

1. Des mesures correctives doivent être prises lorsqu'une fusion ou un projet de fusion (« **fusion** ») risque d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un ou plusieurs marchés pertinents. Dans un tel cas, le commissaire de la concurrence (« **le Bureau** » ou « **le commissaire** »)³ prend des mesures correctives pour que l'entité fusionnée n'ait pas la capacité, seule ou en collaboration avec d'autres entreprises, d'exercer un pouvoir sur le marché par suite

¹ Le présent Bulletin vise uniquement à présenter des renseignements et non à remplacer les conseils d'un conseiller juridique. Il ne s'agit pas d'un énoncé contraignant sur la façon dont un pouvoir discrétionnaire sera exercé dans un cas particulier. L'interprétation finale de la loi relève des tribunaux et du Tribunal de la concurrence. Le Bulletin remplace toutes les autres publications du Bureau dans ce domaine.

² Le modèle de consentement sera publié prochainement.

³ Dans ce Bulletin, les termes « commissaire » et « Bureau » sont utilisés de façon interchangeable selon le sujet discuté.

de la fusion.⁴ Lorsque le Bureau croit qu'une fusion risque d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il peut soit contester la transaction en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*⁵ (la « **Loi** ») en s'adressant au Tribunal de la concurrence (le « **Tribunal** »), soit négocier des mesures correctives avec les parties à la fusion en vue de régler par consentement les problèmes de concurrence soulevés par la fusion.⁶

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.*⁷ 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 ».⁸ Dans le présent Bulletin d'information, ce critère sera désigné par l'expression « éliminer la diminution sensible ou l'empêchement de la concurrence » ou, par souci de commodité, par « préserver la concurrence »⁹ sur les marchés pertinents.

3. Éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence signifie parfois que la mesure corrective doit aller au-delà de ce qui est nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable. À cette fin, dans *Southam*, la Cour suprême du Canada rappelle qu'il est important de s'assurer que la mesure corrective élimine *entièrement* la diminution sensible (ou l'empêchement) de la concurrence. « 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

⁴ Le cadre analytique utilisé pour déterminer si une fusion risque d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence est défini de manière détaillée dans un document publié en 2004 par le Bureau et intitulé : *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*.

⁵ L. R. (1985), ch. C-34

⁶ Voir l'article 105 de la *Loi sur la concurrence*.

⁷ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 [ci-après « *Southam* »].

⁸ *Southam*, par. 85.

⁹ L'expression « préserver la concurrence » est utilisée strictement par souci de commodité. Le Bureau cherchera à prendre toutes les mesures correctives selon le critère établi dans l'arrêt *Southam*.

peut-être malheureux mais, d'un point de vue juridique, une telle mesure n'est pas défectueuse ». ¹⁰

4. Lorsqu'une fusion risque vraisemblablement d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, le Bureau cherche généralement à négocier un consentement avec les parties à la fusion plutôt que de procéder par voie de litige. Cette méthode permet de régler les affaires plus rapidement et à moindre coût. Lorsqu'il négocie un règlement, le Bureau vise à éliminer les problèmes de concurrence sur tous les marchés où il a déterminé qu'il se produirait vraisemblablement un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence. Dans les cas où il est impossible de régler tous ces problèmes de concurrence par consentement, le Bureau peut, s'il y a lieu, envisager de limiter la portée des procédures litigieuses. Les parties à la fusion peuvent ainsi mettre en œuvre les aspects non litigieux de la fusion tandis que le Bureau s'adressera au Tribunal pour contester seulement les aspects de la transaction susceptibles d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. De tels règlements exigent généralement que les parties à la fusion acceptent, à tout le moins, de tenir séparés les éléments d'actif et(ou) les activités¹¹ qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance. Les dispositions relatives à la séparation des éléments d'actif sont examinées plus en détail aux parties II et III du présent Bulletin.

5. Si une fusion fait l'objet d'un litige (c.-à-d. qu'elle est contestée en vertu de l'article 92 de la Loi), le Bureau définira les mesures correctives proposées dans sa demande déposée au Tribunal.¹² Les alinéas 92(1)e) et 92(1)f) de la Loi définissent de manière très précise les mesures correctives que peut imposer le Tribunal dans les cas contestés. Lorsque la fusion est déjà réalisée, la mesure corrective se limite à la dissolution de la fusion ou à la cession des éléments d'actif ou des actions. Dans le cas d'une fusion proposée, le Tribunal peut seulement ordonner que les parties renoncent à la fusion ou à une partie de la fusion ou imposer certaines interdictions aux parties à la fusion de faire certaines choses.

6. Lorsque les parties à la fusion et le Bureau y consentent, qu'il s'agisse d'une fusion proposée ou réalisée, la Loi autorise un plus large éventail de mesures correctives.¹³ Pour être

¹⁰ *Southam*, par. 89.

¹¹ Même si en général les entreprises ne se limitent pas aux éléments d'actif, par souci de commodité, les termes « éléments d'actif » et « entreprises » dans le contexte des dessaisissements sont utilisés de manière interchangeable dans le présent Bulletin. De plus, ces termes doivent être interprétés au sens général : par exemple, selon les circonstances, un dessaisissement d'« éléments d'actif » peut également comporter le dessaisissement d'actions.

¹² Dans les affaires contestées, les mesures correctives nécessaires prennent la forme d'une « ordonnance du Tribunal » ou d'une « ordonnance de dessaisissement ».

¹³ Les mesures correctives négociées par le Bureau et les parties à la fusion se traduisent par un « consentement » enregistré au Tribunal. Comme le prévoit l'article 105 de la Loi, un

efficace, une mesure corrective doit éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence qui ferait suite à la fusion. En dernière analyse, une mesure corrective efficace est fondée sur les circonstances propres à chaque cas et sur la théorie des effets anticoncurrentiels allégués par le Bureau ou déterminés par le Tribunal. Par conséquent, une mesure corrective pourrait consister à inclure l'élimination des entraves à la concurrence susceptibles de permettre aux autres concurrents ou à des concurrents éventuels de limiter le pouvoir de l'entité fusionnée sur le marché après la fusion.¹⁴

7. En plus d'être efficaces, les mesures correctives doivent être exécutoires et susceptibles d'être mises en œuvre dans les meilleurs délais pour permettre d'éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence le plus rapidement possible. En conséquence, dans le cas des dessaisissements, un acheteur acceptable (« **acheteur** ») d'éléments d'actif dessaisi doit obtenir les éléments d'actif nécessaires pour éliminer le plus rapidement possible la diminution sensible ou l'empêchement de la concurrence. Il faut porter une attention particulière au choix des éléments d'actif afin de déterminer ceux qui permettront à l'acheteur de soutenir efficacement la concurrence à long terme.

II. LA DÉFINITION DES MESURES CORRECTIVES

8. Les mesures correctives doivent être rédigées en termes clairs et elles doivent être suffisamment bien définies. Ceci assure que la mesure corrective sera mise en œuvre rapidement et, exigera à l'avenir peu de contrôle, voire aucun, de la part du Bureau. De surcroît, des conditions claires et des mesures définies permettent au Bureau ou au Tribunal de faire appliquer ces mesures correctives, notamment par voie de procédures pour outrage au tribunal, dans l'éventualité où une partie omet de les respecter.¹⁵ Les différentes mesures correctives dont dispose le Bureau sont décrites dans les paragraphes qui suivent.

consentement enregistré a la même valeur et les mêmes effets qu'une ordonnance du Tribunal.

¹⁴ Des mesures correctives efficaces visent en fin de compte à préserver la concurrence et non à favoriser certains concurrents.

¹⁵ Comme le précise le Tribunal dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (1989) 89/03, aux pages 100 et 102, « [I]es ordonnances que l'on demande au Tribunal d'approuver devraient être précises et exécutoires afin qu'il ne soit pas nécessaire de s'adresser au Tribunal pour modifier ou interpréter ces ordonnances avant leur exécution. Le Tribunal n'est pas un organisme de réglementation et il estime que son rôle n'est pas d'exercer un contrôle permanent sur les participants d'une industrie en ce qui a trait aux normes générales. Il n'a ni le personnel, ni les compétences nécessaires pour s'acquitter de cette fonction ». Le Tribunal indique en outre que « les conditions doivent être précises et sans équivoque, de manière à donner ouverture à des procédures pour outrage au Tribunal si une partie ne s'y conforme pas ».

A. Mesures correctives structurelles¹⁶

9. Les effets anticoncurrentiels susceptibles de découler d'une fusion sont le résultat d'une modification structurelle du marché. Si les modifications structurelles qui nuisent à la concurrence ne sont pas contestées, elles peuvent souvent perdurer et avoir des effets graves sur l'innovation, le rendement économique et le bien-être des consommateurs. Par conséquent, il est généralement nécessaire d'avoir recours à des mesures correctives structurelles pour éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence à la suite d'une fusion.

10. Les mesures correctives structurelles sont généralement plus efficaces que les mesures correctives comportementales. Par exemple, les mesures correctives comportementales peuvent empêcher l'entité fusionnée de faire face efficacement à l'évolution des conditions du marché et peuvent limiter le comportement éventuellement bénéfique à la concurrence de l'entité fusionnée et(ou) d'autres participants au marché. De plus, il n'est pas facile de déterminer la durée appropriée d'une mesure corrective comportementale, car il est souvent difficile de déterminer le temps nécessaire à l'entrée ou à l'expansion sur le ou les marchés pertinents. Les organismes responsables de la concurrence et les tribunaux préfèrent généralement les mesures correctives structurelles plutôt que les mesures correctives comportementales parce que les modalités de ces mesures sont plus claires et plus certaines et moins coûteuses à administrer et aussi plus faciles à

¹⁶ 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 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 un temps important de contrôle et de mise en application.

faire respecter.¹⁷ Les inconvénients des coûts liés aux mesures correctives comportementales comprennent :

- les coûts directs de contrôle des activités de l'entité fusionnée et de son respect des modalités de la mesure corrective;
- les coûts imposés aux autres participants au marché, qui doivent s'en remettre à la procédure d'arbitrage résultant des mécanismes d'auto-administration;
- les coûts indirects liés aux efforts déployés par l'entité fusionnée pour se soustraire à l'esprit de la mesure corrective.

11. La plupart des mesures correctives structurelles prévoient le dessaisissement de certains éléments d'actif plutôt qu'une interdiction ou une dissolution pure et simple de la fusion.¹⁸ Toutefois, l'interdiction ou la dissolution de la fusion sera nécessaire lorsque aucune mesure corrective moins attentatoire ne permettrait d'éliminer la diminution sensible ou l'empêchement de la concurrence. Les composantes essentielles à la définition des mesures correctives exigeant un dessaisissement d'éléments d'actif sont définies ci-dessous.

i. Le dessaisissement des éléments d'actif

12. Les dessaisissements visent :

¹⁷Dans sa décision concernant le redressement, le Tribunal dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* (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 États-Unis comme étant « simples, sûrs et d'application relativement facile ».

¹⁸ Dans certains cas, la dissolution des liens structurels par voie d'élimination des conseils d'administration imbriqués peut offrir une solution de rechange au dessaisissement des éléments d'actif.

- i) à préserver la concurrence par la vente d'éléments d'actif à un nouveau participant sur le marché;¹⁹
- ii) à renforcer une source de concurrence existante par la vente d'éléments d'actif à un participant actuel sur le marché.

13. Pour que le dessaisissement constitue une mesure corrective efficace à l'encontre d'une fusion anticoncurrentielle, il doit satisfaire aux critères suivants :

- le ou les éléments d'actif choisis pour le dessaisissement doivent être à la fois viables et suffisants pour permettre d'éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence;
- le dessaisissement doit être réalisé dans les meilleurs délais;
- l'acheteur doit être indépendant et il doit avoir la capacité et la volonté de devenir un concurrent efficace sur le ou les marchés pertinents.

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

14. Le dessaisissement peut porter sur une ou plusieurs entreprises en exploitation autonomes et(ou) un ou plusieurs éléments d'une ou de plusieurs entreprises en exploitation autonomes. Fait important, les dessaisissements doivent porter sur tous les éléments d'actif nécessaires pour que l'acheteur devienne un concurrent efficace à long terme qui préservera la concurrence sur le ou les marchés pertinents. Généralement, le dessaisissement d'éléments d'actif ou d'entreprises dans le marché pertinent suffit à résoudre les problèmes de concurrence, mais il peut s'avérer nécessaire, dans certaines circonstances, d'inclure des éléments d'actif hors du marché pertinent. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque les économies d'échelle ou de gamme sont importantes ou lorsque les éléments d'actif relatifs au marché pertinent ne comprennent pas d'entreprise en exploitation autonome.

15. Un dessaisissement d'une ou de plusieurs entreprises en exploitation autonomes signifie que la totalité des activités de l'une des parties à la fusion qui recoupent les activités de l'autre partie doit être dessaisie. Sont inclus toutes les installations de production et de distribution nécessaires, la direction, le personnel, les établissements de vente au détail, certains produits ou certaines gammes de produits, les droits de propriété intellectuelle (p. ex. les brevets ou les marques), les fonctions administratives, les contrats d'approvisionnement, les contrats signés avec les clients, les approbations gouvernementales et réglementaires, les baux et les autres composantes d'une entreprise en exploitation. Un tel dessaisissement est nécessaire, par exemple, lorsqu'il est impossible de séparer les éléments d'actif d'une entreprise en exploitation

¹⁹ Un nouveau participant sur le marché est une société qui ne fait pas partie des concurrents sur le marché pertinent, mais qui dispose des capacités nécessaires (financières, de gestion, etc.) pour devenir un concurrent efficace. Une entité nouvellement créée qui ne possède aucune expérience réelle sur le marché ne constitue généralement pas un acheteur acceptable.

autonome ou lorsque la création d'un concurrent viable et efficace dépend du dessaisissement de la totalité de l'entreprise et de ses éléments d'actif connexes.

16. Un dessaisissement d'un ou de plusieurs éléments d'une entreprise en exploitation autonome signifie qu'une fraction des activités de l'une des parties à la fusion qui recourent les activités de l'autre partie doit faire l'objet d'un dessaisissement. À condition qu'il permette d'éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence provoqué par la fusion, le dessaisissement d'une fraction d'une entreprise en exploitation autonome peut être acceptable lorsque certains des éléments nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont disponibles ailleurs. Par exemple, l'acheteur éventuel de certains éléments d'actif distincts peut ne pas avoir besoin de certaines fonctions administratives (ressources humaines ou comptabilité) ou de la structure de distribution d'une entreprise existante pour devenir un concurrent viable et efficace parce qu'il possède déjà ces capacités ou qu'il peut se les procurer facilement auprès de sources extérieures à l'entité fusionnée.

17. Lorsque le dessaisissement concerne une entreprise en exploitation autonome, on peut savoir avec une plus grande certitude que la mesure corrective sera efficace puisque l'entreprise a déjà prouvé sa capacité de soutenir la concurrence sur le marché et de survivre de manière indépendante. Par conséquent, le Bureau examine avec plus de circonspection les dessaisissements d'une partie d'une entreprise en exploitation autonome puisque rien ne prouve que les éléments de l'entreprise pourront fonctionner efficacement et de manière concurrentielle. De plus, lorsqu'un dessaisissement d'une partie d'une entreprise en exploitation autonome porte essentiellement sur des droits de propriété intellectuelle ou sur d'autres catégories restreintes d'éléments d'actif, le Bureau devra généralement être convaincu, avant d'approuver une mesure corrective, qu'il existe des acheteurs dotés des capacités nécessaires et qui sont prêts à acheter les éléments d'actif en cause.²⁰

18. Le Bureau examine aussi avec plus de circonspection les cas où le projet de dessaisissement proposé concerne un groupe d'éléments d'actif (c.-à-d. l'approche « **combinée** ») des deux parties à la fusion. Il arrive souvent que les mesures correctives dans ces cas réussissent moins bien à préserver la concurrence, car ces ensembles d'éléments d'actif n'ont pas fait leurs preuves sur le plan de la viabilité des entreprises et peuvent poser des problèmes d'intégration, ce qui est généralement plus difficile à résoudre que les dessaisissements concernant une entreprise en exploitation autonome.

19. Compte tenu des raisons susmentionnées, le Bureau préfère généralement le dessaisissement à un acheteur d'une ou de plusieurs entreprises en exploitation autonomes de l'une des parties à la fusion, généralement la société faisant l'objet de l'acquisition.²¹ Cette

²⁰ Dans ces cas, le Bureau est plus susceptible d'exiger des dispositions relatives aux joyaux de la couronne, qui font l'objet d'un examen plus loin.

²¹ Cette approche est désignée généralement sous le nom de « balayage complet ».

manière de procéder 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.

20. Avant de consentir à une proposition de dessaisissement, le Bureau peut chercher à obtenir de l'information sur le marché. Cette « **analyse du marché** » revêt une importance particulière dans les cas où la qualité marchande, la viabilité et, à terme, l'efficacité d'une proposition de dessaisissement pour ce qui est d'éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence résultant d'une fusion, sont incertaines ou douteuses. L'analyse du marché peut inclure la recherche de renseignements auprès d'acteurs de l'industrie, par exemple, les concurrents, les clients et les fournisseurs de même que des experts de l'industrie.²²

21. En plus de déterminer si un dessaisissement concernant une ou plusieurs entreprises en exploitation autonomes et(ou) une ou plusieurs composantes d'une ou de plusieurs entreprises en exploitation autonomes est nécessaire, le Bureau examinera attentivement, au moment de définir les mesures correctives, les dispositions suivantes qui peuvent aider à assurer la viabilité des éléments d'actif visés par le dessaisissement.

Les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif

22. Une fois que le Bureau a déterminé qu'une fusion risque d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence et qu'il a défini la portée des mesures nécessaires à la résolution des problèmes de concurrence, il demandera généralement aux parties à la fusion de « tenir séparés » les éléments d'actif qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal jusqu'à ce que le dessaisissement soit terminé.²³ Les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif préservent la capacité du Bureau de mettre au point une mesure corrective efficace *en attendant sa mise en œuvre*.²⁴ Ces dispositions réduisent également la possibilité que les éléments d'actif détériorent pendant le processus de dessaisissement. De plus, elles font en sorte que les parties à

²²Dans certains cas, avant d'accepter le groupe à dessaisir, le Bureau peut consulter les experts de l'industrie afin de déterminer la valeur marchande des éléments d'actif dont on pourrait se dessaisir.

²³ En général, le Bureau n'acceptera pas des dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif avant la conclusion d'une fusion.

²⁴ Il s'agit du principal objectif des dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif. Cependant, le Bureau n'acceptera généralement pas des dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif *en attendant la conclusion d'une enquête relative à une fusion*. De plus, si le Bureau de la concurrence a relevé des problèmes de concurrence qui exigent des mesures correctives mais qu'il n'est pas parvenu à s'entendre avec les parties à la fusion quant aux mesures appropriées, il n'acceptera habituellement pas des dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif, *tant et aussi longtemps que des négociations sont en cours*.

la fusion ne regroupent pas leurs activités ou ne se communiquent pas de renseignements confidentiels avant que le dessaisissement n'ait eu lieu; cette mesure vise à éviter les problèmes soulevés au cas où il faudrait « revenir en arrière » si l'on devait procéder à une réorganisation de la fusion ultérieurement. Ces dispositions préservent également la latitude du Tribunal d'ordonner une autre mesure corrective si le dessaisissement original n'a pas lieu.

23. Le Bureau exigera généralement que les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif s'appliquent à d'autres éléments d'actif qu'uniquement ceux visés par le dessaisissement en vertu d'un consentement. Dans de rares cas, tels que ceux portant sur le dessaisissement d'une entreprise en exploitation autonome, le Bureau pourra exiger d'inclure des dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif visant seulement les composantes de la fusion susceptibles d'entraîner des effets anticoncurrentiels. Les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif sont examinées plus en détail à la partie III du présent bulletin : La mise en œuvre des mesures correctives.

Solutions de rechange à la séparation des éléments d'actif

24. En de rares circonstances, il peut suffire d'enjoindre à la partie tenue de se dessaisir des éléments d'actif/entreprises (« **le vendeur** ») de maintenir la viabilité concurrentielle des éléments d'actif sans qu'il ne soit nécessaire de les tenir séparés des autres activités du vendeur. Il peut être suffisant d'inclure des dispositions prévoyant le « **maintien de la viabilité concurrentielle** », sans qu'il soit nécessaire de séparer les éléments d'actif :

- lorsque les éléments d'actif visés par le dessaisissement ne peuvent pas être exploités de manière autonome, mais qu'ils sont facilement discernables de sorte qu'il ne serait pas difficile de « revenir en arrière »;
- lorsqu'il est possible de démontrer que le risque de divulgation de renseignements confidentiels ou de nature délicate du point de vue de la concurrence est minime (si, par exemple, l'information relative aux prix et aux coûts est transparente dans l'industrie) ou si certaines dispositions dans le consentement empêchent la divulgation de tels renseignements).

25. Dans de tels cas, le vendeur doit fournir un soutien aux ventes, à la direction, à l'administration et à l'exploitation de même que le soutien financier nécessaires aux activités quotidiennes courantes pour faciliter le maintien efficace de l'exploitation des éléments d'actif. En outre, le vendeur pourrait être obligé de tenir tous ses engagements contractuels (ventes et emplois, contrats) et d'accepter d'autres dispositions pour garantir la viabilité des éléments d'actif, y compris des dispositions prévoyant le maintien des emplois. Même s'il n'est pas nécessaire de tenir les éléments d'actif séparés, les renseignements relatifs à la clientèle et aux ventes de chaque partie à la fusion devraient être tenus séparés afin de faciliter le respect de l'obligation de diligence raisonnable pour l'acheteur pendant la période de dessaisissement et de maintenir la viabilité concurrentielle des éléments d'actif qui doivent faire l'objet du dessaisissement.

Déclarations et garanties

26. Pour accroître le caractère attrayant et la viabilité des éléments d'actif visés par le dessaisissement, le vendeur doit offrir des déclarations et garanties commerciales raisonnables et usuelles à l'acheteur. Ce qui est raisonnable et usuel dépend de l'industrie, car les exigences peuvent varier d'une industrie à l'autre. Selon les circonstances, ces déclarations et garanties doivent généralement rester en vigueur au moins jusqu'à ce que tous les dessaisissements envisagés dans la mesure corrective soient terminés.²⁵ De plus, au besoin, le vendeur devra indemniser l'acheteur afin de compenser les éléments de passif qui ne peuvent ou ne doivent pas être séparés des éléments d'actif visés par le dessaisissement. Après la nomination d'un fiduciaire du dessaisissement (« **fiduciaire** »), celui-ci sera le seul à avoir le pouvoir, sous la surveillance et moyennant l'approbation du Bureau seulement, de déterminer les déclarations et garanties commerciales raisonnables et usuelles dans le but d'effectuer le dessaisissement. Le vendeur acceptera ces décisions du fiduciaire dans le consentement.

b) Réalisation en temps opportun et succès du dessaisissement

27. Une mesure corrective est plus efficace lorsqu'elle est appliquée sans délai. La mise en application rapide diminue l'incertitude pour toutes les parties touchées, car elle permet de préserver la concurrence le plus rapidement possible en minimisant le préjudice concurrentiel et en atténuant le risque de détérioration des éléments d'actif.

Règlement préalable

28. Pour éliminer les risques et l'incertitude associés à la mise en œuvre d'une mesure corrective postérieure à la fusion, les parties à la fusion sont fortement encouragées à résoudre les problèmes de concurrence soulevés par une fusion avant de conclure la transaction. On peut faire appel à un « **règlement préalable** » dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- i) le vendeur est en mesure de se dessaisir des éléments d'actif pertinents en les vendant à un acheteur approuvé²⁶ avant la conclusion de la fusion ou au moment de celle-ci;
- ii) 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.

²⁵ Dans certains cas, selon les circonstances, certaines déclarations et garanties pourraient devoir s'appliquer après la période de dessaisissement.

²⁶ Pour connaître les critères sur lesquels est fondée l'approbation du Bureau, voir la partie du présent Bulletin intitulée « Obtenir l'approbation d'un acheteur admissible par le Bureau ».

29. Le Bureau préfère nettement les règlements préalables. Une telle mesure corrective offre souvent le meilleur règlement possible, car elle permet de résoudre les problèmes de concurrence immédiatement tout en offrant la certitude aux parties à la fusion.

30. Les règlements préalables acceptables sont habituellement de nature structurelle. Le règlement préalable permet 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. Le règlement préalable doit encore être approuvé par le Bureau, mais il n'est habituellement pas nécessaire d'enregistrer le consentement. Toutefois, si le Bureau croit que le dessaisissement peut intervenir seulement après la clôture de la fusion ou qu'il risque de ne pas être exécuté, il exigera vraisemblablement un consentement puisque le dessaisissement ne fera plus l'objet d'un règlement préalable. Il ne sera peut-être pas nécessaire d'enregistrer le consentement si le dessaisissement est terminé avant la clôture de la fusion.

31. Lorsqu'il est impossible d'avoir recours à un règlement préalable, les dispositions suivantes sont importantes pour assurer le dessaisissement rapide et réussi des éléments d'actif après la conclusion de la fusion.

Délais

32. 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, etc., n'entraînent l'inefficacité du dessaisissement. Certains mécanismes de protection, par exemple les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif, peuvent atténuer le risque que les éléments d'actif visés par le dessaisissement se détériorent. Ces dispositions demeurent temporaires et visent à maintenir les éléments d'actif en l'état.

33. 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. Le premier délai de vente s'applique à une période de trois à six mois²⁷, qui est considérée comme suffisante pour entreprendre et terminer le dessaisissement. La période de temps réelle allouée comme période de vente initiale sera habituellement confidentielle. Le Bureau peut accorder une courte prolongation de délai dans des circonstances exceptionnelles,

²⁷Compte tenu de son expérience au Canada et de l'expérience d'autres organismes responsables de la concurrence à l'étranger, le Bureau a déterminé qu'une période de trois à six mois représente un premier délai de vente approprié. Néanmoins, à l'intérieur de cette période, le délai pour un cas précis reflétera les réalités de l'industrie.

qui seront déterminées en fonction de chaque cas. Pendant le premier délai de vente, le vendeur devra normalement respecter certaines échéances, qui seront déterminées au préalable en fonction de chaque cas²⁸ Le respect de ces échéances doit être démontré au Bureau à la demande de celui-ci.

34. Comme il est expliqué davantage à la partie IV du présent Bulletin, 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** »), dont la durée sera rendue publique au début du délai du fiduciaire afin de procéder au dessaisissement sans restriction de prix. Pendant le délai du fiduciaire, le fiduciaire aura le pouvoir de contrôler le processus de dessaisissement sous réserve de la surveillance et de l'approbation du Bureau seulement.

Absence de prix minimum

35. Pour augmenter les chances que le dessaisissement se réalise, le Bureau exigera que les éléments d'actif visés par le dessaisissement ne soient pas proposés à un prix minimum pendant le délai dont dispose le fiduciaire pour les vendre.²⁹ Comme le prix de vente et les modalités de la proposition de dessaisissement doivent être déterminés par le fiduciaire, le Bureau n'acceptera aucune disposition ou modalité prévoyant un quelconque prix minimum ou prix plancher.³⁰ L'obligation première du fiduciaire consiste à réaliser le dessaisissement des éléments d'actif à un acheteur admissible sans égard à un prix minimum.

Dispositions relatives aux « joyaux de la couronne »

36. L'objectif du Bureau consiste à mettre au point une mesure corrective qui permettra d'éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence découlant d'une fusion sans aller au-delà du strict nécessaire pour régler les problèmes de concurrence. Cependant,

²⁸ Par exemple, ces échéances comprendront normalement la préparation des documents concernant les éléments d'actif à vendre, l'appel de déclarations d'intérêt pour les éléments d'actif visés par le dessaisissement et le début des négociations.

²⁹ 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.

³⁰ Par exemple, cela comprend, entre autres, les expressions comme « juste valeur marchande », « valeur d'exploitation », « prix de liquidation », « cessation de commerce » et « vente au rabais ».

compte tenu de la nature prospective des dessaisissements proposés, il demeure souvent une bonne part d'incertitude quant à la viabilité du correctif (c.-à-d. si le dessaisissement aura lieu). Par conséquent, 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** ») afin de réduire cette incertitude.

37. Les dispositions relatives aux bijoux de la couronne permettent d'ajouter des éléments d'actif bien précis ou de les substituer aux premiers éléments d'actif visés par le dessaisissement, ce qui limite l'incertitude en renforçant la viabilité de la mesure corrective. Fait important, toutefois, si les dispositions relatives aux bijoux de la couronne offrent au vendeur un incitatif pour qu'il termine rapidement le dessaisissement initial, ces dispositions ne sont pas une mesure punitive. C'est-à-dire que les éléments d'actif qui comprennent les bijoux de la couronne ont trait, dans la mesure du possible, aux effets anticoncurrentiels.³¹ En d'autres termes, les dispositions relatives aux bijoux de la couronne visent non seulement à offrir au vendeur un incitatif pour qu'il procède au dessaisissement initial, mais aussi à donner au Bureau l'assurance que si le dessaisissement initial ne réussit pas, il restera encore une mesure corrective viable disponible.

38. Alors que les dispositions relatives aux bijoux de la couronne sont généralement déterminées avant le début du délai du fiduciaire, ces dispositions entrent en jeu seulement pendant le délai du fiduciaire. L'existence et le contenu des dispositions relatives aux bijoux de la couronne ne sont pas rendus publics avant le début du délai du fiduciaire. Ces dispositions ne s'appliquent pas dans le cadre d'un règlement préalable.

c) Indépendance et compétitivité de l'acheteur

39. L'acceptabilité d'un acheteur (c.-à-d. un participant sur le marché) dépend directement de la viabilité et de la suffisance des éléments d'actif visés par le dessaisissement. Pour être acceptable, l'acheteur doit avoir la capacité et la volonté de soutenir la concurrence pour que celle-ci soit préservée sur le ou les marchés pertinents. L'acheteur doit fonctionner de manière indépendante de l'entité fusionnée pour tous les aspects concurrentiels, même si la mesure corrective prévoit divers moyens de soutien (p. ex. des contrats d'approvisionnement et d'autres formes d'aide technique) pendant une période de transition. En dernier ressort, l'acceptabilité d'un acheteur sera déterminée en fonction des faits particuliers à l'affaire, de la compréhension par le Bureau de la dynamique de la concurrence sur le marché et de la théorie des effets anticoncurrentiels (p. ex. les effets unilatéraux et/ou coordonnés). Seul le Bureau peut approuver tout acheteur, qu'il soit proposé par le vendeur ou le fiduciaire, pendant le premier délai ou le délai du fiduciaire.

³¹ 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*, examinée dans la première partie du présent Bulletin, s'appliquera.

40. Les capacités et les ressources des acheteurs potentiels sont un élément particulièrement important en cas de dessaisissement d'une entreprise non autonome, lorsque les éléments d'actif concernés ne contiennent aucune infrastructure établie. Dans ces cas, pour que la solution soit fructueuse, il faut trouver une correspondance appropriée entre les éléments d'actif visés par le dessaisissement et l'acheteur. Le vendeur pourra donc parfois être tenu de désigner l'acheteur avant que le Bureau consente à la mesure corrective proposée. On appelle ce mécanisme la « **disposition de l'acheteur préalablement désigné** ».

41. La disposition de l'acheteur préalablement désigné est différente du règlement préalable en ce sens que l'acheteur des éléments d'actif dessaisis doit être approuvé par le Bureau avant l'enregistrement du consentement; toutefois, le dessaisissement intervient après la conclusion de la fusion. Selon cette méthode, le dessaisissement se fait en temps opportun et aide à assurer la viabilité des éléments d'actif; en outre, elle permet généralement d'éviter le recours aux dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif.³² Comme la disposition de l'acheteur préalablement désigné ne prévoit pas de processus de soumission ouvert ou d'appel d'offres public, le Bureau doit faire preuve d'une plus grande vigilance pour s'assurer que le vendeur et l'acheteur sont totalement indépendants l'un de l'autre.

B. Les mesures correctives quasi-structurelles³³

42. Dans certaines circonstances, une mesure corrective efficace peut exiger des parties à la fusion qu'elles prennent certaines mesures autres que le dessaisissement ou en plus de celui-ci en vue de résoudre les problèmes de concurrence. Tout en laissant l'entité fusionnée conserver la propriété des éléments d'actif acquis dans le cadre de la fusion, certaines mesures peuvent avoir des incidences structurelles sur le marché. Sont incluses dans cette catégorie les mesures qui réduisent les entraves à l'accès, fournissent un accès à l'infrastructure nécessaire ou à une technologie clé ou facilitent d'une manière ou d'une autre l'entrée sur le marché ou l'expansion d'un concurrent. En voici, dans certaines circonstances, quelques exemples :

- l'octroi 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

³² Toutefois, la disposition de l'acheteur préalablement désigné ne rend pas inutiles « les dispositions relatives au maintien ». Voir la partie « Solutions de rechange à la séparation des éléments d'actif » du présent Bulletin pour de plus amples renseignements sur les dispositions relatives au maintien.

³³ Les mesures correctives quasi-structurelles constituent une sous-catégorie des mesures correctives structurelles en ce sens qu'elles effectuent un changement structurel.

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.

43. Bien que de telles mesures puissent aider à préserver les conditions concurrentielles, il faut examiner attentivement leur incidence dans le contexte de l'industrie dans son ensemble. Le Bureau n'acceptera des mesures correctives quasi-structurelles que si, une fois mises en œuvre, celles-ci permettent d'éliminer adéquatement et de façon permanente l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence résultant de la fusion sur le ou les marchés pertinents sans nécessiter une intervention ou une surveillance ultérieure. En d'autres termes, ces mesures correctives doivent répondre aux mêmes exigences que toute autre mesure corrective structurelle.

44. Les mesures correctives relatives aux éléments d'actif incorporels comme les droits de propriété intellectuelle prennent souvent la forme d'un octroi de licence plutôt que d'un dessaisissement pur et simple. Les contrats de licence permettent à l'entité fusionnée de conserver ses droits sur les brevets, les marques de commerce et les autres actifs de propriété intellectuelle, mais ils peuvent s'apparenter à une mesure quasi-structurelle lorsqu'ils permettent d'atténuer ou d'éliminer une entrave à l'accès importante en donnant à une ou à plusieurs tierces parties (c.-à-d. les parties possédant les capacités nécessaires) la possibilité de participer à des marchés qui, en l'absence de licence, leur seraient inaccessibles. La concession de licence peut également permettre de réaliser des gains en efficacité, car elle est moins susceptible de freiner la recherche et le développement à l'avenir.

45. Avant d'accepter un accord de licence à titre de mesure corrective, le Bureau déterminera si la licence doit :

- i) accorder un droit exclusif au titulaire de licence;
- ii) accorder un droit exclusif partagé, de sorte que l'entité fusionnée conserve le droit d'utiliser ces éléments d'actif, y compris un droit d'exploitation en vertu de la propriété intellectuelle visée par la licence;
- III) accorder un droit non exclusif, de sorte que plusieurs entreprises aient accès à la propriété intellectuelle par le biais d'accords de sous-licence.

46. La portée de l'accord de licence dépend de la nature des effets anticoncurrentiels et des faits particuliers de chaque cas. Par exemple, la licence accordera probablement un droit d'usage exclusif au titulaire si la propriété intellectuelle concerne un produit bien précis et que l'entité fusionnée peut s'appuyer sur ses autres actifs de propriété intellectuelle pour livrer une concurrence efficace au titulaire de licence sur le marché pertinent. Par contre, il pourra convenir de permettre à l'entité fusionnée de conserver certains droits d'utilisation lorsque l'actif de propriété intellectuelle visé par la licence est essentiellement utilisé pour d'autres produits qui ne font pas partie du marché pertinent et que l'entité fusionnée a besoin de cet actif de propriété intellectuelle pour ces autres produits. Un accord de sous-licence pourra s'avérer une solution

appropriée lorsque le détenteur de l'actif de propriété intellectuelle a déjà, avant la fusion, concédé plusieurs licences et qu'il est susceptible désormais de concéder des sous-licences à d'autres entreprises.

C. Les mesures correctives combinées

47. Une mesure corrective combinée désigne un dessaisissement structurel conjugué à une autre mesure de redressement de nature comportementale. Certaines modalités comportementales peuvent contribuer à assurer la mise en œuvre à terme d'une mesure corrective lorsqu'elles visent à compléter la mesure structurelle principale, surtout si elles sont utilisées lors d'une période intermédiaire ou de transition, jusqu'à ce qu'une structure concurrentielle ne prenne forme sur le marché. Inclure des éléments comportementaux à une mesure corrective peut s'avérer utile s'ils fournissent à un acheteur ou à d'autres intervenants de l'industrie la capacité de fonctionner efficacement et le plus rapidement possible.

48. Voici quelques exemples de mesures correctives comportementales susceptibles d'appuyer une mesure corrective structurelle :

- des contrats d'approvisionnement à court terme au profit de celui qui s'est porté acquéreur des éléments d'actif visés par le dessaisissement, à un prix fixé selon les coûts directs approximatifs. Ce genre de mesure est particulièrement efficace si l'acheteur a besoin d'un approvisionnement immédiat en intrants mais qu'il lui faut une courte période pour établir ses propres capacités de gestion de l'approvisionnement;
- une aide technique pour aider l'acheteur ou le titulaire de licence à former ses employés aux technologies complexes, en particulier les technologies qui concernent l'actif de propriété intellectuelle;
- une renonciation par l'entité fusionnée aux conditions contractuelles restrictives qui lient les clients de manière exclusive pour de longues périodes. Ce genre de mesure est particulièrement efficace lorsque les frais de changement de fournisseurs sont tels que les clients hésitent à transférer leur compte à l'acheteur des éléments d'actif dessaisis;
- des codes de conduite faciles à contrôler et qu'une tierce partie peut mettre en application rapidement (par ex. par le biais de procédures d'arbitrage exécutoires).

De telles mesures correctives comportementales peuvent s'avérer importantes pour le succès de l'acheteur et, par conséquent pour la préservation de la concurrence, mais elles ne constitueraient pas à elles seules une solution de rechange efficace à un dessaisissement structurel réussi. De plus, comme c'est le cas de toutes les mesures correctives, ces mesures comportementales ne doivent pas obliger le Bureau à exercer une surveillance permanente ou, le cas échéant, il doit s'agir d'une surveillance très minime. De surcroît, le Bureau ou le Tribunal doivent pouvoir faire respecter ces mesures correctives. Si les mesures correctives comportementales ne satisfont pas aux critères de contrôle et du caractère exécutoire, le Bureau n'acceptera celles-ci et ne cherchera pas à les imposer.

D. Les mesures correctives uniquement comportementales

49. Le Bureau accepte rarement des mesures correctives uniquement comportementales. 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. De plus, toute tentative de mettre en place une mesure corrective uniquement comportementale impose généralement un fardeau permanent au Bureau et aux intervenants du marché, y compris l'entité fusionnée, au lieu d'apporter une solution permanente à un problème de concurrence.

50. Une mesure corrective uniquement comportementale peut être acceptable lorsqu'elle est suffisante pour éliminer l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence provoqué par la fusion et qu'il n'y a pas de mesure structurelle appropriée. De plus, comme on vient de l'indiquer, ces mesures ne doivent exiger par la suite que peu de contrôle sinon aucun de la part du Bureau et doivent permettre au Bureau ou au Tribunal de les faire appliquer. Dans le cas contraire, le Bureau n'acceptera pas ces mesures correctives et ne cherchera pas à les imposer.

III. LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES CORRECTIVES

i. Dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif

51. Les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif, examinées plus haut à la partie II du présent Bulletin, doivent être incluses dans la plupart des consentements pour la période précédant la mise en œuvre de la mesure corrective convenue³⁴. Ces dispositions permettent de faire en sorte que des renseignements confidentiels ne soient pas communiqués au vendeur pendant l'étape de mise en œuvre de la mesure corrective. Elles permettent en outre de veiller à ce que les entreprises ou les éléments d'actif désignés visés par le dessaisissement soient préservés, qu'ils demeurent économiquement viables et qu'ils soient exploités de manière indépendante de l'entité fusionnée pendant le premier délai de vente et le délai du fiduciaire. Les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif peuvent également être nécessaires lorsque le vendeur doit effectuer des dépenses en immobilisations permanentes dans les éléments d'actifs visés par le dessaisissement ou pour leur entretien pendant la mise en œuvre de la mesure corrective.

52. Dans la plupart des cas, un gestionnaire indépendant doit être désigné immédiatement (le « **gestionnaire des éléments d'actif séparés** »); il aura pour mandat d'exploiter les éléments d'actif visés par le dessaisissement jusqu'à ce que le dessaisissement soit terminé. Le Bureau exige que le gestionnaire des éléments d'actif séparés possède une vaste expérience sur le ou les

³⁴ Dans les affaires contestées, les dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif sont nécessaires afin de préserver la mesure corrective éventuelle jusqu'à l'issue du litige; elles revêtent généralement la forme d'une ordonnance du Tribunal.

marchés concernés et qu'il exploite les actifs de manière indépendante (c.-à-d. en l'absence de toute intervention du vendeur). De plus, le vendeur doit transférer au gestionnaire des éléments d'actif séparés l'ensemble des droits et pouvoirs dont celui-ci a besoin pour assumer ses fonctions et ses responsabilités en vertu du consentement. À cette fin, le vendeur ne doit donner aucune directive et n'exercer aucun contrôle en ce qui concerne la gestion des éléments d'actif en cause. Le gestionnaire des éléments d'actif séparés est chargé de la gestion au quotidien de ces éléments d'actif et, au besoin, il doit relever directement d'un contrôleur indépendant

53. Le Bureau exige habituellement qu'une tierce partie indépendante soit nommée pour contrôler le respect du consentement (le « **contrôleur** »).³⁵ Le contrôleur ne doit avoir aucun lien, financier ou autre, avec les parties à la fusion. Le contrôleur doit avoir pleinement accès à l'ensemble des employés, livres, registres, documents et installations et à toute autre information pertinente, sur demande. Le contrôleur est chargé de faire en sorte que le vendeur prenne toutes les mesures raisonnables pour satisfaire à ses obligations prévues dans le consentement. Le contrôleur doit présenter un rapport écrit au Bureau comme il est prévu dans le consentement.

ii. Responsabilités générales du vendeur

54. Afin que le Bureau demeure informé pendant le premier délai de vente et le délai du fiduciaire, le vendeur doit lui remettre régulièrement un rapport écrit sur la situation des éléments d'actif visés par le dessaisissement et sur les efforts qu'il a déployés en vue de procéder au dessaisissement. Le Bureau peut ainsi vérifier si le vendeur déploie tous les efforts nécessaires pour procéder au dessaisissement.

55. Les rapports doivent inclure une description du processus de dessaisissement, y compris les négociations et l'identité de toutes les tierces parties avec lesquelles il a communiqué de même que les acheteurs éventuels qui se sont manifestés. Le Bureau peut également demander d'autres renseignements comme la correspondance entre le vendeur et les acheteurs éventuels ainsi qu'une description de l'état des éléments d'actif à la date des rapports. Le vendeur doit également décrire toute modification importante de la valeur ou de la situation des éléments d'actif visés par le dessaisissement susceptible d'avoir une incidence sur leur valeur marchande. Le Bureau aura le droit de demander des renseignements supplémentaires à tout moment en ce qui concerne l'état d'avancement du dessaisissement.

56. Il incombera au vendeur des éléments d'actif désignés d'acquitter les honoraires du gestionnaire des éléments d'actif séparés, du contrôleur et, si les actifs ne sont pas vendus à l'expiration du premier délai de vente, ceux du fiduciaire. Le vendeur devra aussi indemniser le fiduciaire des frais et du non-paiement des honoraires liés au dessaisissement.

III. Obtenir l'approbation du Bureau à l'égard d'un acheteur admissible

³⁵Un contrôleur doit être désigné lorsque la mesure corrective contient des dispositions prévoyant la séparation des éléments d'actif ou des dispositions relatives au maintien.

57. En plus d'approuver les mesures correctives proposées, le Bureau doit approuver l'acheteur des éléments d'actif dessaisis pour s'assurer que ceux-ci seront exploités par un concurrent dynamique et que le dessaisissement n'entraîne pas un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence sur le ou les marchés pertinents. Le fait d'exiger cette approbation augmente les chances que l'acheteur préserve la concurrence sur le ou les marchés pertinents.

58. L'approbation de l'acheteur par le Bureau est fondée sur les critères suivants :

- i) le dessaisissement des éléments d'actif à l'acheteur proposé ne doit pas en lui-même nuire à la concurrence;
- ii) l'acheteur doit être indépendant du vendeur (c.-à-d. sans lien de dépendance);
- iii) l'acheteur doit disposer des capacités financières, opérationnelles et de gestion nécessaires pour soutenir efficacement la concurrence sur le ou les marchés pertinents;
- iv) les éléments d'actif visés par le dessaisissement doivent être utilisés par l'acheteur pour soutenir la concurrence sur le ou les marchés pertinents après le dessaisissement; autrement dit, les éléments d'actif doivent être vendus à une entreprise qui sera en mesure de soutenir efficacement la concurrence sur le marché et qui a l'intention de conserver les éléments d'actif sur le ou les marchés pertinents après le dessaisissement. Pour en juger, le Bureau s'appuiera notamment sur les plans d'affaires dans lesquels l'acheteur proposé explique comment il entend s'y prendre pour soutenir la concurrence à l'avenir.

59. Lorsque les mesures correctives portent sur des éléments d'actif répartis dans plusieurs zones géographiques en vue de résoudre des problèmes de concurrence sur de multiples marchés locaux ou régionaux, il pourra être nécessaire d'approuver plusieurs acheteurs. Toutefois, le Bureau sera disposé ou non à accepter de multiples acheteurs selon la nature des effets préjudiciables que vise à corriger la mesure corrective. Par exemple, le Bureau exigera habituellement un seul acheteur lorsque les économies d'échelle ou les économies de gamme seront un élément important pour l'élimination de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence.

IV. LA DÉSIGNATION D'UN FIDUCIAIRE

60. 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 (ou dans l'ordonnance de dessaisissement, dans les cas litigieux), le Bureau nommera un fiduciaire pour procéder au dessaisissement des éléments d'actif.³⁶ Comme il est mentionné à la partie II du présent Bulletin, les dispositions prévoyant la désignation d'un fiduciaire permettent de s'assurer

³⁶Dans le d'une ordonnance de dessaisissement, le Bureau demandera le pouvoir de nommer le fiduciaire pour le dessaisissement des éléments d'actif.

que le dessaisissement des éléments d'actif sera réalisé de manière efficace et dans les meilleurs délais. Le fiduciaire disposera d'un délai de trois à six mois, dont la durée sera rendue publique au début du délai du fiduciaire. Le Bureau peut accorder une brève prolongation de délai dans les cas exceptionnels, qui seront déterminés en fonction de chaque cas.

61. Avant que le délai du fiduciaire ne commence à courir, on doit lui donner le temps et les renseignements nécessaires pour lui permettre de se familiariser avec les conditions du consentement et les éléments d'actif visés par le dessaisissement. Le processus de dessaisissement pourra ainsi démarrer sans retard dès le début de la période accordée au fiduciaire.

62. Au cours de la période dont il dispose, le fiduciaire aura le pouvoir de contrôler le dessaisissement, sous réserve de la surveillance et de l'approbation du seul Bureau. En règle générale, le vendeur ne participera pas au processus de dessaisissement, ni aux négociations. En outre, le vendeur n'aura aucun contact avec les acheteurs éventuels, sauf si le Bureau donne son approbation.

63. Pendant la période dont il dispose, le fiduciaire doit avoir pleinement accès aux employés, aux livres, aux registres et aux installations se rapportant aux éléments d'actif en cause et à tout autre renseignement qu'il juge pertinent pour effectuer le dessaisissement. Ainsi, le fiduciaire pourra, entre autres, se rendre aussi souvent qu'il le jugera nécessaire, dans les installations du vendeur. Le vendeur devra répondre rapidement et en détail à toutes les demandes du fiduciaire. À cette fin, le vendeur doit désigner une personne chargée de répondre à toutes les demandes de renseignements du fiduciaire.

64. Le fiduciaire devra fournir régulièrement au Bureau des rapports écrits faisant état de tous les efforts qu'il aura déployés en vue de procéder au dessaisissement. Ces rapports devront contenir des détails sur les mesures prises par le fiduciaire pour procéder au dessaisissement, indiquer l'identité des acheteurs éventuels et l'état d'avancement des négociations avec ces acheteurs.

65. Seul le Bureau peut approuver la réalisation du dessaisissement, et la vente doit être faite à un acheteur « admissible »³⁷ qui répond aux critères énoncés dans le consentement (ou l'ordonnance de dessaisissement). Le fiduciaire devra faire des efforts commercialement raisonnables afin de négocier les modalités les plus favorables³⁸ disponibles à ce moment-là et,

³⁷ Notamment les acheteurs qui ont ou qui acquièrent les capacités et les ressources nécessaires pour exploiter les éléments d'actif et les autres conditions mentionnées dans le présent Bulletin (p. ex. pour des renseignements sur la définition d'un acheteur « admissible », voir les parties du Bulletin intitulée « indépendance et compétitivité de l'acheteur » et « obtention de l'approbation d'un acheteur admissible par le Bureau »).

³⁸ Les « modalités » comprennent, entre autres, le prix de vente des éléments d'actif visés par le dessaisissement.

s'il y a lieu, pour procéder au dessaisissement, il pourra vendre les éléments d'actif sans prix minimum.³⁹ L'opinion du fiduciaire au sujet de ce qui constitue des modalités « les plus favorables » est assujettie à l'approbation du Bureau seulement. Comme la principale obligation du fiduciaire consiste à vendre les éléments d'actif visés par le dessaisissement à un acheteur admissible, 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.

66. 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 applicable de ce délai), le Bureau peut demander au Tribunal de rendre l'ordonnance nécessaire pour procéder au dessaisissement.⁴⁰ et les parties s'en remettront, dans le consentement, au pouvoir du Tribunal d'accorder la mesure corrective voulue pour que le dessaisissement puisse être réalisé. 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.

V. ANNEXES CONFIDENTIELLES

67. Le Bureau vise à être aussi transparent que possible dans les modalités des consentements. Toutefois, à la demande du vendeur, le Bureau peut accepter que certaines dispositions d'un règlement négocié exigeant le dessaisissement demeurent confidentielles pendant le premier délai de vente seulement. Plus particulièrement, le Bureau peut envisager d'inclure dans une annexe confidentielle du consentement le délai accordé au vendeur pour procéder à la vente, le fait qu'il n'y a pas de prix minimum et les éléments d'actif spécifiques qui constituent des bijoux de la couronne.

³⁹ 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 assujéti à la surveillance et à l'approbation du Bureau.

⁴⁰ Aux fins de clarification, le terme « dessaisissement » s'applique aux premiers éléments d'actif ainsi qu'aux éventuels bijoux de la couronne ultérieurs.

68. Lorsque de telles annexes confidentielles existent, les acheteurs éventuels de bonne foi ayant signé une entente de confidentialité auront accès à l'information relative aux premiers éléments d'actif visés par le dessaisissement, mais pas aux annexes confidentielles.

69. Lorsque le délai du fiduciaire commence à courir, la plupart des modalités sont rendues publiques, y compris le délai dans lequel le dessaisissement doit intervenir, toutes les dispositions relatives aux bijoux de la couronne et le fait que les éléments d'actif visés par le dessaisissement doivent être vendus sans prix minimum.

70. Toutes les modalités du consentement seront divulguées dans les circonstances suivantes :

- dans les affaires qui concernent plusieurs pays lorsque les mesures correctives sont coordonnées avec d'autres organismes et que les modalités seront rendues publiques dans les autres pays;
- une fois le dessaisissement achevé, dans le cadre d'un règlement négocié.

VI. CONFORMITÉ ET MISE EN APPLICATION DES MESURES CORRECTIVES EN MATIÈRE DE FUSIONS

71. Le Bureau engagera les ressources et le temps nécessaires pour s'assurer que l'entité fusionnée se conforme aux mesures correctives établies. Au cours de l'étape de mise en œuvre des mesures correctives, le Bureau est habilité à interroger les dirigeants, les administrateurs, les employés et les mandataires des parties à la fusion, au besoin, pour vérifier si l'ordonnance de dessaisissement est respectée.

72. Élaborer des modalités claires directement applicables et qui exigent très peu de contrôle, voire aucun, est l'un des objectifs clés de la conception des mesures correctives; en outre, de telles modalités peuvent avoir un effet dissuasif efficace contre toute non-conformité. Au Bureau, l'expérience a montré que les entités fusionnées respectent généralement les modalités des règlements négociés (ou des ordonnances de dessaisissement, dans les cas contestés). Cependant, lorsque la non-conformité à ces modalités exige des mesures de mise en application, le Bureau prendra les dispositions nécessaires pour faire en sorte que les modalités de la mesure corrective soient pleinement respectées.

73. Les mesures de mise en application que le Bureau sera susceptible de prendre seront déterminées en fonction de la nature de la non-conformité. Lorsque des questions de fond en matière de concurrence sont soulevées, il est parfois suffisant d'en discuter avec l'entité fusionnée pour juger si la non-conformité était intentionnelle ou non. En cas de désaccord sur l'interprétation des modalités de la mesure corrective, il peut être nécessaire de s'adresser au Tribunal afin d'obtenir une ordonnance visant à interpréter ou à éclaircir le consentement. Lorsqu'une entité fusionnée contrevient clairement ou intentionnellement à une ordonnance du

Tribunal ou à un consentement enregistré, le Bureau prendra les mesures appropriées pour faire respecter les modalités du consentement ainsi que toute mesure qui pourrait être nécessaire.⁴¹

74. Par ailleurs, dans l'éventualité où les éléments d'actif ne sont pas dessaisis dans les délais fixés, le Bureau conserve le droit de contester la fusion devant le Tribunal en raison de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence en vertu de l'article 92 de la Loi.

VII. COORDINATION ET COOPÉRATION INTERNATIONALES

75. 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 jamais. Le Bureau s'appuie sur un certain nombre d'accords ou d'ententes de coopération avec ses homologues étrangers pour faciliter le partage de renseignements, le déroulement des enquêtes et la coordination des mesures correctives.⁴² 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 à la fusion et(ou) par les tierces parties touchées.⁴³ Lorsque les organismes étrangers responsables de la concurrence ont besoin de renseignements confidentiels du Bureau, cette coopération est assujettie aux dispositions de l'article 29 de la Loi.

76. En ce qui concerne les mesures correctives, le Bureau coordonnera 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 affaire, participation à des discussions conjointes avec les parties à la fusion et conception de mesures correctives parallèles au Canada qui sont semblables aux mesures prises par les autres organismes responsables de la concurrence.

77. 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. Les fusions internationales mettent souvent en jeu des éléments

⁴¹Par exemple, le Bureau peut demander l'imposition de sanctions civiles et(ou) criminelles.

⁴² Les accords et les ententes de coopération actuels du Bureau figurent à :
<<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=141&lg=f>>

⁴³ 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.

d'actif canadiens; 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. Des mesures correctives uniformes et coordonnées contribuent à éviter les frictions que peuvent entraîner les situations où une mesure corrective prise dans un pays n'est pas acceptable dans un autre pays. Les mesures correctives uniformes et coordonnées peuvent en outre se traduire par des résultats plus efficaces qu'une mise en application de la loi menée de façon isolée. De plus, de telles mesures atténuent le facteur d'incertitude pour les entreprises.

78. Pour résoudre des problèmes de concurrence au Canada, le Bureau peut décider de prendre des mesures bien précises 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 consentement.⁴⁴ 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'étranger.⁴⁵ Toutefois, le Bureau devra être convaincu que les mesures prises par les organismes étrangers sont suffisantes pour résoudre les problèmes de concurrence au Canada.

79. Le principal objectif des mesures transfrontalières coordonnées consiste à éviter les conflits susceptibles de survenir, lorsqu'une mesure vise à résoudre des problèmes de concurrence dans plusieurs pays. Par exemple, en raison des différences possibles entre les niveaux de concentration et/ou des parts des marchés pertinents au Canada, aux États-Unis et/ou dans d'autres pays, un différend pourrait survenir dans le cas où un acheteur unique doit faire l'objet d'une approbation pour un dessaisissement nord-américain ou international. De plus, les

⁴⁴ Ceci pourrait se produire dans les cas où des problèmes concernant une fusion internationale sont les mêmes au Canada et dans le pays étranger. Dans un cas, le pays étranger pourrait conclure qu'à cause des coûts ou de la grandeur des marchés, il devrait ordonner la vente d'une entreprise, incluant les droits de propriété intellectuelle, à l'échelle mondiale. Dans un cas différent, l'autorité étrangère pourrait conclure que qu'à cause des coûts et de la taille de l'entreprise, une simple ordonnance de vendre serait suffisante, incluant les droits de propriété intellectuelle, à l'intérieur de son propre pays. Dans ce dernier cas, le Canada aurait besoin d'une mesure corrective spécifique au Canada.

⁴⁵ Notamment, la Loi accorde au Bureau un délai de trois ans pour contester une transaction. Ainsi, si les parties omettent de se conformer, dans ce délai, aux modalités des mesures correctives qui concernent le Canada mais dont la mise en application relève exclusivement d'un pays étranger, le Bureau pourra contester la transaction devant le Tribunal.

mesures transfrontalières exigent souvent que le Bureau coordonne ses efforts avec ses 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.

80. Il est souhaitable d'avoir des mesures correctives uniformes et coordonnées, mais chaque pays doit conserver le pouvoir et la capacité de veiller à ce que les mesures correctives soient suffisantes sur son propre territoire. Soulignons que selon l'autorité conférée au Bureau et au Tribunal, les critères concurrentiels énoncés à l'article 92 de la Loi doivent être respectés. En conséquence, le Bureau tiendra habituellement compte des intérêts et des politiques d'un autre pays dans la mesure où ces intérêts et politiques sont compatibles avec les lois canadiennes et avec les propres intérêts du Bureau et à condition qu'ils ne restreignent pas ou n'empêchent pas la résolution des problèmes de concurrence au Canada.