

Le traitement des gains en efficience dans la *Loi sur la concurrence*

Document de consultation

Septembre 2004

Table des matières

<i>Introduction</i>	3
Le processus de consultation	5
<i>Partie 1 : Le traitement actuel des gains en efficience</i>	6
Canada	6
Article 82 : Jugements étrangers.....	6
Article 86 : Accords de spécialisation	7
Article 96 : Exception pour les gains en efficience dans les cas de fusion.....	8
Les origines du paragraphe 96(1)	9
Les origines du paragraphe 96(2)	18
Les origines du paragraphe 96(3)	19
Cadre analytique pour l’application de l’article 96.....	20
Lignes directrices pour l’application de la loi : Fusionnements	21
La jurisprudence.....	23
La réalisation des gains en efficience	29
<i>Partie 2 : Sujets de discussion et options possibles</i>	34
Statu quo	34
Intégration aux facteurs de l’article 93	35
Fusions créant un monopole	37
Résultats de la fusion	39
Accords de spécialisation, entreprises à risques partagés et alliances stratégiques	40
Questions importantes	43
Examen des fusions.....	43
Accords de spécialisation, entreprises à risques partagés et alliances stratégiques	44
<i>Annexe A : Que sont les gains en efficience dans le cadre de l’examen des fusions?</i>	45
<i>Annexe B : Les gains en efficaciences sous d’autres régimes</i>	53
<i>Annexe C : La prise en compte des gains en efficience dans les affaires autres que les fusions</i>	73

Introduction

La notion voulant que la concurrence participe à l'efficacité de l'économie canadienne est depuis presque 40 ans un sujet de discussion parmi les juristes, les gens d'affaires et les politiciens. En 1986, elle a été enchâssée dans le droit canadien par l'entremise de la *Loi sur la concurrence*.

Le traitement des gains en efficacité dans le droit de la concurrence est extrêmement complexe. Les rédacteurs de la *Loi sur la concurrence* ont adopté en la matière une approche unique tenant compte du contexte économique canadien du milieu des années 1980. Cependant, l'économie canadienne a évolué et continue de le faire, de sorte qu'il faut s'assurer que la législation respecte son but énoncé de « stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne ».

En avril 2002, après avoir longuement étudié le régime de concurrence du Canada, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes a recommandé au gouvernement du Canada « l'établissement d'un groupe de travail autonome constitué d'experts et chargé d'étudier le rôle que les gains d'efficacité devraient jouer dans tous les articles de la *Loi sur la concurrence*) qui prévoient un examen au civil ».¹

En réponse à cette recommandation, le gouvernement a commandé une étude qui passerait en revue le traitement des gains en efficacité dans l'examen des fusions sous divers régimes du monde entier.² En juin 2003, le gouvernement a publié un document de discussion visant une variété d'options de modification de la *Loi sur la concurrence* et en particulier de ses dispositions sur les complots. Le public a été invité à s'exprimer sur la question de savoir si les gains en efficacité doivent être un facteur dans l'examen des fusions ou dans une nouvelle disposition civile sur les alliances stratégiques.³

En mars 2003, après la décision de ne pas porter en appel la deuxième décision de la Cour d'appel fédérale au sujet du projet de fusion entre Supérieur Propane Inc. et ICG Propane Inc., le commissaire de la concurrence de l'époque a comparu devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes pour exprimer son appui à un projet de loi d'initiative parlementaire, le projet de loi C-249 visant à modifier l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*.⁴ L'article 96 traite des gains en efficacité dans le cadre des fusions.

¹ Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, recommandation 28, disponible dans le site Web du Parlement du Canada (www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/INST/Studies/Reports/indurp06-f.htm).

² A.-B. Everett et T. Ross, *Le traitement des gains en efficacité dans l'examen des fusionnements : Une comparaison internationale* (22 novembre 2002), disponible dans le site Web du Bureau de la concurrence (<http://concurrence.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02516f.html>).

³ Gouvernement du Canada, *Document de discussion – Options pour la modification de la Loi sur la concurrence : La promotion de marchés concurrentiels* (juin 2003), question 39, disponible dans le site Web du Bureau de la concurrence (<http://concurrence.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02584f.html>).

⁴ Konrad von Finckenstein, *Projet de loi C-249 – Loi modifiant la Loi sur la concurrence*, notes d'allocation pour un comparution devant le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des

Le projet de loi C-249 a obtenu le support de plusieurs partis politiques et a été adopté par la Chambre des communes, 175 votes contre 29. Le paragraphe 96(1) du projet de loi C-249 se lit comme suit :

96. (1) Pour déterminer, aux fins de l'article 92, si un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, le tribunal doit évaluer, outre les facteurs dont il peut tenir compte aux termes de l'article 93, si le fusionnement réalisé ou proposé a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience, notamment des prix concurrentiels ou un choix dans les produits, dont profiteront les consommateurs et qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si le fusionnement réalisé ou proposé n'avait pas lieu.

Le projet de loi C-249 aurait abrogé l'exception prévue au paragraphe 96(1) pour les gains en efficience, en faveur d'une approche où les gains en efficience seraient dans l'examen des fusions un facteur à prendre en considération au même titre que les autres facteurs énoncés à l'article 93. Le projet de loi aurait aussi prévu une exigence en matière d'avantages pour les consommateurs : les gains en efficience reconnus seraient ceux qui procurent des avantages aux consommateurs, y compris des prix concurrentiels et un choix de produits, et qui ne seraient vraisemblablement pas possibles si la fusion ne se produisait pas.

Le projet de loi C-249 a franchi l'étape de la première lecture au Sénat le 3 février 2004, et celle de la deuxième lecture le 1^{er} avril 2004. Il a ensuite été renvoyé au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. L'actuelle commissaire de la concurrence a comparu devant le Comité pour exprimer son appui au projet de loi.⁵ Le projet de loi est mort au Feuilleton lors de la dissolution du Parlement le 23 mai 2004.

Un thème récurrent dans les observations présentées aux comités de la Chambre des communes et du Sénat qui ont étudié le projet de loi est que compte tenu de l'évolution de l'économie canadienne, il serait avantageux que le traitement des gains en efficience en vertu de la *Loi sur la concurrence* bénéficie d'un vaste débat public. La fin du projet de loi C-249 présente une occasion en ce sens; le présent document initie le processus officiel de consultation. Ces consultations permettront d'évaluer l'expérience sous le régime de l'article 96, l'évolution du contexte économique, le contexte international et l'expérience d'autres régimes ainsi que les avantages relatifs des diverses options.

Le document de consultation aborde le traitement des gains en efficience dans l'examen des fusions et dans d'autres domaines de la politique de la concurrence comme les accords de spécialisation, les entreprises à risques partagés et les alliances stratégiques.

communes (le 31 mars 2003), disponible dans le site Web du Bureau de la concurrence (<http://concurrence.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02543f.html>).

⁵ Sheridan Scott, *Projet de loi C-249 : Loi modifiant la Loi sur la concurrence*, notes pour une comparution devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, le 12 mai 2004; disponible dans le site Web du Bureau de la concurrence (<http://concurrence.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/fr/ct02846f.html>).

La première partie examine la façon dont les gains en efficience sont actuellement traités en vertu de la *Loi sur la concurrence*, se penchant en particulier sur la pratique du Bureau de la concurrence en matière d'application de la loi telle qu'elle est décrite dans ses *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements* ainsi que sur les décisions qui ont été rendues dans l'affaire *Supérieur Propane*. La partie 1 examine également le cheminement législatif de l'article 96 et les questions entourant le fardeau de la preuve et d'autres exigences en matière de preuve dans les affaires de gains en efficience. Elle se termine par un aperçu général du traitement des gains en efficience aux États-Unis, dans l'Union européenne, au Royaume-Uni et en Australie.

La partie 2 présente diverses questions à étudier et des options pour discussion.

Trois annexes présentent de l'information contextuelle supplémentaire au sujet des gains en efficience :

- Annexe A : Que sont les gains en efficience dans le cadre de l'examen des fusions?
- Annexe B : Les gains en efficience sous d'autres régimes
- Annexe C : La prise en compte des gains en efficience dans les affaires autres que les fusions

Le processus de consultation

Le Bureau de la concurrence invite les parties intéressées à présenter leurs commentaires sur la partie 2 du présent document de consultation. Les résultats de la consultation seront analysés attentivement par la commissaire de la concurrence et soumis au ministre de l'Industrie.

Le Groupe Intersol a été engagé pour mener les consultations. La responsabilité pour faciliter, organiser et documenter le processus de consultation est partagée entre trois organisations : Intersol, PRIME Strategies et InfoLink : The Conference Publishers.

Veillez présenter vos commentaires par courrier, par télécopie ou par courriel avant le 21 décembre 2004 à:

Consultations sur la Loi sur la concurrence
a/s PRIME Strategies/Intersol
205-240 rue Catherine
Ottawa (Ontario)
K2P 2G8

Numéro sans frais : 1-888-233-5179 ext. 265
Télec. : (613) 233-5179
Courriel : concurrence@primestrategies.ca
www.primestrategies.ca/bureau/index_hm

Toutes les observations présentées seront mises à la disposition du public sauf en cas de demande de confidentialité.

Des réunions de consultation seront organisées dans les prochains mois avec divers intervenants pour discuter plus avant les questions soulevées dans les observations écrites.

Partie 1 : Le traitement actuel des gains en efficience

Canada

Un des buts explicites de la *Loi sur la concurrence* est de favoriser l'efficience de l'économie canadienne. Ce but, entre autres, est exprimé dans l'article 1.1 de la Loi :

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

La *Loi sur la concurrence* évoque encore l'efficience dans trois cas.

- L'article 82 mentionne l'efficience au sens général dans le cadre de l'application de jugements rendus à l'étranger dans des affaires de concurrence.
- L'article 86 fait référence à la notion précise de gains en efficience à l'égard de l'inscription d'accords de spécialisation.
- L'article 96 porte sur les gains en efficience engendrés par une fusion. (Voir en annexe A des renseignements contextuels sur les gains en efficience dans le cas de fusions.)

Chacune de ces dispositions est décrite en détail ci-dessous.

Alors que les articles 1.1, 82, 86 et 96 contiennent les seules mentions expresses de l'efficience dans la Loi, la jurisprudence du Tribunal de la concurrence indique que les gains en efficience peuvent être pertinents dans le contexte des autres dispositions de la Loi sur des pratiques susceptibles d'examen. Ces pratiques sont examinées dans l'annexe C.

Article 82 : Jugements étrangers

L'article 82 confère au Tribunal de la concurrence le pouvoir d'interdire ou de limiter l'application au Canada d'un jugement, décret, ordonnance ou autre décision provenant de l'étranger qui nuirait de certaines façons au commerce, à l'industrie, au commerce extérieur ou à la concurrence. En particulier, l'alinéa 82*b*(ii) permet au Tribunal d'interdire ou de limiter l'application d'un jugement, décret, ordonnance ou autre décision provenant de l'étranger lorsque son application « nuirait à l'efficience du commerce ou de l'industrie au Canada sans engendrer ou accroître au Canada une concurrence qui rétablirait ou améliorerait cette efficience ».

Le Tribunal n'a jamais rendu d'ordonnance en vertu de l'article 82.

Article 86 : Accords de spécialisation

L'article 86 permet à des parties d'inscrire leurs accords de spécialisation⁶ qui engendrent des gains en efficacité :

86. (1) Dans les cas où, sur demande de toute personne et après avoir donné au commissaire une chance raisonnable de se faire entendre, le Tribunal conclut que cette personne a conclu ou se propose de conclure un accord de spécialisation et que :

a) d'une part, la mise en oeuvre de l'accord entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement de l'accord et que ces gains en efficacité ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'accord n'était pas mis en oeuvre;

b) d'autre part, les personnes qui ont conclu ou qui sont sur le point de conclure l'accord n'ont pas essayé de forcer quiconque à devenir partie à l'accord,

il peut, sous réserve du paragraphe (4), ordonner que l'accord soit inscrit pour la période fixée par l'ordonnance.

(2) Le Tribunal, pour apprécier si un accord entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés à l'alinéa (1)a), doit estimer si ces gains entraîneront :

a) soit une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit la substitution, pour une part relativement importante, d'articles et de services canadiens à des articles et services importés.

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)a), le Tribunal ne conclut pas qu'un accord entraînera vraisemblablement des gains en efficacité en raison seulement d'une redistribution du revenu entre deux ou plus de deux personnes.

(4) Lorsque le Tribunal, saisi d'une demande en vertu du paragraphe (1), conclut que, même si un accord satisfait aux conditions prévues aux alinéas a) et b) de ce paragraphe, l'exécution de cet accord aura vraisemblablement pour effet de laisser le ou les marchés concernés par l'accord sans concurrence sensible, il peut, dans une ordonnance visée au paragraphe (1), prévoir que l'ordonnance ne prendra effet que si, dans un délai raisonnable fixé par l'ordonnance, l'une quelconque des conditions suivantes que mentionne l'ordonnance a été réalisée :

⁶ L'article 85 définit comme suit un *accord de spécialisation* :

Accord en vertu duquel chacune des parties s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord à la condition que chacune des autres parties à l'accord s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord et s'entend également d'un semblable accord aux termes duquel les parties conviennent en outre d'acheter exclusivement des autres parties les articles et les services qui font l'objet de l'accord.

a) l'exécution de l'obligation de se départir d'éléments d'actif mentionnés dans l'ordonnance;

b) une augmentation du nombre des licences d'exploitation d'un brevet ou des topographies de circuits intégrés enregistrés;

c) une réduction des tarifs;

d) la prise, en vertu de l'article 23 de la Loi sur la gestion des finances publiques, d'un décret prévoyant une ou plusieurs remises, visées dans l'ordonnance du Tribunal, de droits de douane imposés à l'égard d'un article soumis à l'accord;

e) la suppression de contingentements en matière d'importation ou d'exigences en matière de licences d'importation.

L'article 90 précise que l'effet juridique de l'inscription d'un accord de spécialisation est de l'abriter de tout examen au titre des articles 45 (complot) et 77 (exclusivité).

Jusqu'à présent, aucune demande d'inscription d'un accord de spécialisation n'a été déposée auprès du Tribunal. Il y a pour cela diverses explications possibles :

- les accords de spécialisation forment une catégorie restreinte d'accords, se limitant à ceux dans lesquels chaque partie s'engage réciproquement à discontinuer la production d'un produit A en faveur d'un produit B;
- les parties peuvent être réticentes à s'adresser au Tribunal;
- un accord inscrit peut néanmoins soulever des problèmes en vertu de lois étrangères (et l'inscription publique peut informer les autorités étrangères de l'existence de l'accord);
- les critères généraux prévus par les dispositions de la *Loi sur la concurrence* visant les complots et les fusions assurent déjà une latitude suffisante pour des accords efficaces de coopération.⁷

Article 96 : Exception pour les gains en efficience dans les cas de fusion

L'article 96 prévoit une exception à l'article 92.⁸ En vertu de l'article 92, le Tribunal de la concurrence peut interdire une fusion, imposer des mesures correctives à l'égard d'une fusion réalisée ou ordonner qu'une fusion réalisée soit dissoute lorsqu'il juge que la fusion en cause empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet. L'article 96 empêche le Tribunal d'interdire une fusion ou d'imposer des mesures lorsque les gains en efficience attendus par suite de la fusion surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels.

⁷ Un certain nombre de ces explications possibles de la non-utilisation de l'article 86 ont été avancées dans R.D. Anderson et S. Dlev Khosla, *La politique de concurrence en tant que dimension de la politique économique : une analyse comparative*, Documents hors-série n° 7 d'Industrie Canada (Ottawa, Industrie Canada, mai 1995).

⁸ Bien que désigné comme une « exception » dans les notes marginales de la *Loi sur la concurrence*, l'article 96 est de fait une défense véritable à l'égard d'une conclusion voulant qu'une fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence, et est communément appelé une défense.

L'article 96 se lit comme suit :

96. (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficience visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront :

a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficience.

Les origines du paragraphe 96(1)

Rapport du Conseil économique du Canada

L'intégration au droit canadien des fusions d'une exception fondée sur les gains en efficience a initialement été proposée par le Conseil économique du Canada dans son document de 1969 *Rapport d'étape sur la politique sur la concurrence*.⁹ Rédigé à une époque où la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* relevait entièrement du droit criminel et visait à protéger l'intérêt du public dans une libre concurrence, le rapport du Conseil économique préconisait une nouvelle approche selon laquelle « *La concurrence doit être considérée non pas comme une fin en elle-même, mais plutôt comme le principal moyen d'assurer l'efficacité* » (p. 12, soulignement dans la version originale).

Dans l'optique du changement d'orientation, en faveur de buts économiques plutôt que de l'intérêt public dans une perspective criminelle, le Conseil économique recommandait que les fusions et certaines autres pratiques d'affaires soient décriminalisées et traitées comme des affaires de droit civil. Il recommandait en outre qu'un tribunal spécialisé doté d'une expertise économique soit créé pour examiner ces affaires. Dans le domaine des fusions, le tribunal déterminerait si une fusion risque d'avoir pour effet « de réduire la concurrence au détriment du consommateur final et si, par ailleurs, elle peut présenter des avantages compensateurs pour le

⁹ Sauf indication contraire, ce renvoi et les renvois suivants de cette section proviennent du document du Conseil économique du Canada, *Rapport d'étape sur la politique sur la concurrence* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969).

grand public » (p. 131). Entre autres facteurs que le tribunal serait tenu de prendre en compte dans son évaluation figurait l'élément suivant :

la probabilité que la fusion devienne la source d'importantes « économies sociales », c'est-à-dire d'économies dans l'utilisation des ressources (y compris les ressources affectées à des fins telles que la recherche et le développement), considérées du point de vue de l'ensemble de l'économie canadienne. (p. 132)

Le Conseil économique a proposé qu'un agent du ministère de la Consommation et des Corporations soit chargé d'évaluer l'effet probable d'une fusion sur la concurrence, en tenant compte de facteurs tels la part de marché, les entraves à l'entrée sur le marché et la concurrence subsistante. En même temps, le Conseil économique recommandait de laisser le soin d'examiner la question des éventuelles « économies sociales » au tribunal, « qui, dans bien des cas, se verrait dans l'obligation d'établir le bilan des préjudices éventuels, du point de vue de la concurrence, et des avantages possibles sous forme d'économies sociales » (p. 132). Le Conseil économique insistait encore sur le fait que les « économies sociales » correspondaient aux économies de ressources réelles (p. ex., main-d'œuvre et capital) requises pour produire et transporter un produit, et non au fait que l'entreprise fusionnée pourrait, par exemple, négocier de meilleurs prix auprès de ses fournisseurs en raison de son plus grand pouvoir de marchandage (p. 132).

Le Conseil économique signalait également que dans les années 1960, l'économie canadienne bénéficiait de barrières tarifaires qui isolaient en grande partie le marché intérieur de la concurrence étrangère. Les entreprises ont ainsi eu tendance à offrir une vaste gamme de produits; « cette tendance se traduit par une spécialisation insuffisante et de trop courtes séries de production » (p. 87). Le Conseil économique reconnaissait qu'il existait des possibilités pour l'industrie canadienne de réduire ses coûts en allongeant ses séries de production, et recommandait expressément que des parties soient autorisées à conclure des accords de spécialisation – des accords temporaires entre entreprises conclus en vue de restructurer la production et la distribution de façon à augmenter l'échelle et la spécialisation de la production canadienne (p. 133 et 134). Les parties à des accords de spécialisation seraient autorisées à inscrire leurs accords à condition de pouvoir convaincre le tribunal de ce qu'ils leur permettraient d'allonger les séries de production et de baisser les coûts unitaires et de ce qu'une partie importante des économies de coûts réalisées serait vraisemblablement transférée aux consommateurs canadiens (p. 134). Les accords de spécialisation inscrits ne seraient pas assujettis aux dispositions criminelles sur les complots.

Le Conseil économique recommandait également une procédure analogue d'autorisation par le tribunal à l'égard des accords visant l'exportation, c'est-à-dire des accords entre entreprises constituant des consortiums ou d'autres regroupements commerciaux aux fins d'améliorer la position concurrentielle des biens canadiens dans les marchés étrangers (p. 134 et 135). À l'époque, d'aucuns s'inquiétaient du fait que les tarifs canadiens avaient rendu les industries canadiennes inefficentes. En particulier, Eastman et Stykolt (1967) ont soutenu qu'une loi faible sur la concurrence combinée à une protection tarifaire a permis aux entreprises d'augmenter les prix au-delà des niveaux concurrentiels jusqu'à un peu moins du prix comprenant le montant des tarifs et donc de soutirer des bénéfices de monopole. De tels prix encourageaient des entreprises inefficentes à entrer sur le marché et ont fait en sorte qu'elles poursuivent leurs activités à une échelle inefficacement modeste.¹⁰ Eastman et Stykolt ont recommandé que le tarif canadien soit

¹⁰ H.C. Eastman et S. Stykolt, *The Tariff and Competition in Canada* (Toronto, MacMillan of Canada, 1967).

éliminé, que les usines de taille inférieure à la taille optimale soient encouragées à se fusionner et qu'une loi sur la concurrence plus sévère et plus efficace soit adoptée.

Dans les années suivant la publication du rapport du Conseil économique, une série de projets de loi du gouvernement ont été présentés pour modifier la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, soit en partie ou en entier, dans le sens préconisé par le Conseil économique. Chacun de ces projets de loi comprenait des propositions en vue de remplacer l'interdiction criminelle des fusions par un processus civil d'examen qui supposerait la prise en compte des gains en efficacité. Cependant, le texte de ces propositions s'écarterait à plusieurs égards importants de l'exception pour les gains en efficacité qui serait éventuellement intégrée à la *Loi sur la concurrence* en 1986. Ces projets de loi comprenaient également des propositions quant à l'inscription ou l'autorisation de accords de spécialisation.

Projet de loi C-256 (1971)

La première tentative de modification de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans le sens préconisé par le Conseil économique du Canada était le projet de loi C-256 de 1971.¹¹ Celui-ci proposait de faire des fusions une affaire civile susceptible d'examen à l'égard de laquelle un nouveau tribunal statuerait. Le tribunal pourrait interdire ou dissoudre une fusion si elle « a eu, a ou aura probablement pour résultat de diminuer de façon appréciable la concurrence qui aurait certainement ou probablement existé... » en l'absence d'une fusion. Une des dispositions relatives aux gains en efficacité prévoyait que « (une) fusion de doit pas être interdite ou annulée par ordonnance du Tribunal si celui-ci est convaincu » :

b) que

(i) la fusion a amené, amène ou amènera probablement une amélioration appréciable de l'efficacité en sus de celle que n'importe laquelle des parties à la fusion aurait pu réaliser en commençant ou en continuant à exploiter indépendamment son entreprise ou de toute autre manière qui aurait conduit à une restriction de la concurrence moindre que celle qui a résulté ou aurait probablement résulté de la fusion, et

(ii) qu'une partie importante des avantages retirés ou à retirer de cette amélioration de l'efficacité est transmise ou sera probablement, en raison des conditions du marché ou de celles imposées par le Tribunal, transmise au public dans un délai raisonnable, sous la forme d'une diminution des prix ou d'une amélioration des produits.

La deuxième disposition du projet de loi C-256 concernant les gains en efficacité décrivait comme suit les facteurs que le tribunal devrait prendre en compte pour évaluer les gains en efficacité :

(5) Lorsqu'il détermine si une fusion a eu, a ou aura probablement pour résultat une amélioration appréciable de l'efficacité en sus de celle que n'importe laquelle des parties à la fusion aurait pu réaliser en commençant ou en continuant à exploiter indépendamment son entreprise ou de toute autre manière qui aurait conduit à une restriction de la concurrence moindre que celle qui a

¹¹ 28^e législature, 3^e session, 1^e lecture, le 29 juin 1971.

résulté ou aurait probablement résulté de la fusion, le Tribunal doit prendre en considération les facteurs suivants :

- a) la situation économique du marché ou de l'industrie en question, notamment la taille minimale que doivent y avoir les usines ou firmes pour être efficaces;
 - b) la taille de chacune des firmes intervenant dans la fusion et éventuellement de la firme qui en résulte, par rapport à la taille minimale que doivent avoir les firmes sur ce marché ou dans cette industrie pour être efficaces;
 - c) la probabilité que la fusion amènera des économies de dimension;
 - d) la probabilité que la fusion aidera à faire face à la concurrence des importations;
 - e) la probabilité que la fusion facilitera l'accès au commerce d'exportation ou l'expansion de ce commerce; et
 - f) l'effet probable de la fusion sur la recherche et le développement;
- et tous les autres facteurs que le Tribunal estime pertinents.

Le projet de loi C-256 contenait également des dispositions portant sur l'inscription auprès du tribunal des accords de spécialisation et leur autorisation par le tribunal. Les accords de spécialisation inscrits ne pourraient pas être contestés au titre des dispositions sur les complots et sur l'exclusivité.

Confronté à une vive opposition du milieu des affaires, le gouvernement a retiré le projet de loi C-256 et annoncé en juillet 1973 qu'il répartirait en deux phases les efforts consacrés à la réforme du régime canadien de concurrence. Les modifications de la première phase élargissaient l'application de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* aux industries de service, élargissaient la compétence de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce à certaines pratiques susceptibles d'examen au civil, augmentaient la portée des infractions de maintien des prix et d'indications trompeuses et portaient sur divers autres sujets. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1976.¹² La monopolisation, l'abus de position dominante, les fusions et les accords de spécialisation (ainsi que la notion de gains en efficacité) relevaient de la phase II et ont été soumis à plus amples études et discussions.

Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada

Au printemps 1975, le ministre de la Consommation et des Corporations a demandé à un comité indépendant de cinq personnes du secteur privé de présenter des propositions quant au contenu des modifications de la phase II. Leur rapport de mars 1976, intitulé *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada*¹³, a été une des études les plus influentes publiées durant les consultations sur les modifications de la phase II. Il a été rédigé à

¹² L.C. 1974-75-76, ch. 76.

¹³ L.A. Skeoch et B. C. McDonald, *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada* (31 mars 1976).

un moment où les économies canadienne et mondiale s'inquiétaient surtout d'inflation et où l'on soupçonnait volontiers que l'inflation était alimentée par des groupes dotés de puissance économique se livrant à un concours pour imposer les plus fortes augmentations de prix.¹⁴ Le rapport citait les recommandations de l'Organisation de coopération et de développement économiques voulant que des mesures soient prises pour que les entreprises soient limitées à la dimension requise pour exploiter les économies réelles des opérations à grande échelle.

Les auteurs de *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada* concluaient qu'à long terme, un système d'économie mixte fondé surtout sur la propriété privée, qui soit souple et qui favorise une évolution dynamique satisferait sans doute plus de gens que tout autre système. En deuxième lieu, le rapport encourageait les économies de coûts réels de production et de distribution et désapprouvait des restrictions découlant uniquement de la puissance commerciale plutôt que d'un rendement économique supérieur. Quant aux fusions, le rapport signalait que le Canada pourrait bénéficier d'un plus grand nombre de fusions qui augmenteraient l'aptitude des entreprises à améliorer la production manufacturière et la distribution et à tirer parti du risque et du potentiel associés à l'innovation. En outre, les auteurs affirmaient à l'égard des gains en efficacité découlant des fusions que la croissance par voie de fusion était souhaitable uniquement lorsque aucune restriction artificielle n'en découlait sur le marché ou, s'il y en avait, dans la mesure où l'on pouvait prévoir que les économies de coûts réels les compenseraient.¹⁵

Projet de loi C-42 (1977)

Le projet de loi C-42 a été la première tentative de mise en œuvre des modifications de la phase II.¹⁶ Selon les propositions qui y figuraient, les fusions seraient devenues une affaire civile à trancher par une commission. La commission serait habilitée à dissoudre une fusion ou exiger un dessaisissement d'actifs lorsqu'elle réduit ou risque de requière sensiblement la concurrence réelle ou potentielle et lorsque la part de marché combinée des parties fusionnantes excéderait 20 p. 100 de tout marché. Cependant, la commission ne pourrait pas prendre d'ordonnance en ce sens dans les circonstances suivantes :

lorsque les parties à une fusion réalisée ou projetée et visée par le présent article, établissant à sa satisfaction que l'opération a accru ou peut vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité en réalisant pour l'économie canadienne des économies de ressources qui ne peuvent raisonnablement être obtenues par d'autres moyens. (paragraphe 31.71(5))

L'exception au titre des gains en efficacité proposée dans ces modifications ne s'appliquaient pas lorsqu'une fusion permettrait ou permettrait vraisemblablement aux parties à la fusion ou à la fusion projetée d'exercer un contrôle essentiellement complet à l'égard d'un produit dans un marché. En cas de semblable contrôle, la commission aurait été tenue d'interdire la fusion. Cependant, une fusion qui entraînerait pour ainsi dire le contrôle complet d'un marché aurait pu

¹⁴ Ibid, p. 3.

¹⁵ Ce résumé provient principalement d'une lettre à la rédaction d'un journal canadien écrite par B.C. McDonald peu après la publication du rapport.

¹⁶ 30^e législature, 2^e session, 1^e lecture, le 16 mars 1977.

être autorisée à condition que les tarifs douaniers et autres entraves aux importations soient éliminées et que cette élimination empêche une diminution sensible de la concurrence.

Le projet de loi C-42 contenait également des dispositions détaillées quant à l'approbation par la commission de la concurrence d'accords de spécialisation qui engendraient d'importants gains en efficacité.

Dans les semaines suivant sa présentation à la Chambre des communes, le projet de loi C-42 a été retiré, quoique son sujet ait été renvoyé au Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques de la Chambre des communes. Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a également rédigé un rapport intérimaire sur le projet de loi, et les deux comités ont tenu des audiences publiques et reçu des observations de parties intéressées. Le comité sénatorial était hostile au projet de loi, écrivant qu'il était « la pierre angulaire d'une économie entièrement planifiée par le gouvernement » et qu'il n'y avait guère de dispositions du projet de loi qui ne méritaient pas d'être sérieusement reconsidérés.¹⁷ Le comité de la Chambre des communes n'était pas ouvertement négatif, mais il a présenté 94 recommandations précises visant la modification du projet de loi ou des questions procédurales. Une des recommandations voulait que la liste des facteurs que la commission prendrait en considération pour déterminer si une fusion réduisait la concurrence réelle ou potentielle soit élargie comme suit :

de façon que la Commission ait le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la nature, de l'importance et de l'à-propos des avantages que tire la société de tout accroissement de l'efficacité.¹⁸

Projet de loi C-13 (1977)

Le projet de loi C-13 présenté à la Chambre des communes en novembre 1977 proposait également que les fusions deviennent une affaire civile à trancher par une commission.¹⁹ Le critère pour la contestation d'une fusion était identique à celui prévu dans le projet de loi C-42.

Le libellé concernant les gains en efficacité était légèrement différent de celui du projet de loi C-42. La disposition pertinente se lisait comme suit :

(5) La Commission ne doit pas rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (3) lorsque, après audition des parties à une fusion réalisée ou projetée et visée par le présent article, elle conclut que l'opération a accru ou peut vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité entraînant une épargne de ressources pour l'économie canadienne.

Le projet de loi C-13 interdisait l'application de la disposition sur les gains en efficacité pour justifier une fusion qui entraînerait le contrôle essentiellement complet d'un marché, utilisant un libellé identique à celui de la disposition correspondante du projet de loi C-42; il comprenait

¹⁷ Rapport intérimaire du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce sur le projet de loi C-42 (6 juillet 1977), p. 48:60.

¹⁸ Rapport du comité de la Chambre des communes publié dans les *Procès-verbaux de la Chambre des communes* (5 août 1977), 1458, p. 1489 et 1490.

¹⁹ 30^e législature, 3^e session, 1^e lecture, le 18 novembre 1977.

également une exception à l'égard de l'élimination des barrières commerciales. Par ailleurs, il prévoyait au sujet de l'inscription des accords de spécialisation des dispositions semblables à celles du projet de loi C-42.

Le projet de loi C-13 a fait face à de l'opposition parce qu'il était considéré comme une version diluée et remaniée du projet de loi C-42.²⁰

Projet de loi C-29 (1984)

Le projet de loi C-29 proposait que les fusions soient traitées comme une affaire civile, devant les tribunaux ordinaires (plutôt qu'une commission ou un tribunal spécialisé).²¹ Le critère essentiel pour déterminer si un tribunal pouvait rendre une ordonnance à l'encontre d'une fusion était de savoir si la fusion « empêche ou diminue la concurrence de façon relativement importante ». Cependant, le tribunal ne pouvait pas rendre une ordonnance à l'encontre d'une fusion réalisée ou proposée, dans les circonstances suivantes :

lorsqu'(il) conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, a accru ou accroîtra vraisemblablement l'efficacité d'une façon telle qu'il en résultera une épargne nette réelle et sensible de ressources pour l'économie canadienne et que la réalisation de l'accroissement en efficacité ne pourrait pas raisonnablement être envisagée si l'ordonnance était rendue. (alinéa 31.73c)²²

Le document *Modification de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Analyse des clauses* et les notes d'accompagnement publiés par le ministre de la Consommation et des Corporations à l'égard du projet de loi C-29 expliquaient que l'expression *accroissement en efficacité* de cet article renvoyait aux économies réelles de coûts pour la société, plutôt que simplement aux gains pécuniaires d'une entreprise résultant d'une redistribution des revenus.²³ L'analyse des clauses précisait en outre ceci :

un fusionnement pourrait être approuvé même dans un cas où la concurrence serait vraisemblablement réduite de façon relativement importante, s'il a pour effet d'amener vraisemblablement une épargne nette, réelle et sensible de ressources. Cette disposition n'interdit pas les fusionnements où les gains d'efficacité qui en résultent entraînent pour l'économie canadienne une épargne réelle de ressources qui est sensiblement plus importante que les coûts en ressources dus à la réduction de la concurrence.²⁴

²⁰ Voir, par exemple, les *Procès-verbaux du Sénat*, 29 juin 1978, p. 555, où les différences entre les projets de loi C-13 et C-42 sont décrites comme étant superficielles..

²¹ 32^e législature, 2^e session, 1^e lecture, le 2 avril 1984.

²² En vertu de l'article 31.77, les ordonnances interdisant une fusion pourraient contenir une condition permettant la modification ou l'abrogation de l'ordonnance si les barrières commerciales sont éliminées dans un délai donné.

²³ Ministre de la Consommation et des Corporations, *Modification de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Analyse des clauses* (1984), p. 19; et notes d'accompagnement (1984), p. 17 et 18.

²⁴ *Analyse des clauses*, ibid, p. 19.

Même si cette explication de l'exception au titre des gains en efficience supposait la nécessité de soupeser les économies de ressources qui en découlaient par rapport aux coûts en ressources dus à une diminution de la concurrence, le projet de loi C-29 n'imposait pas un critère d'équilibre.

Le projet de loi C-29 contenait des dispositions détaillées sur les accords de spécialisation, qui devaient être soumis à l'examen et l'approbation de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. La disposition suivante est particulièrement intéressante :

31.95(3) La Commission, pour apprécier si un accord accroîtra vraisemblablement l'efficacité visée à l'alinéa (2)a), doit décider si l'accroissement entraînera

a) une augmentation relativement importante de la valeur des exportations; ou

b) la substitution, pour une part relativement importante, de produits canadiens à des produits importés.

À noter également dans le projet de loi C-29, une autre disposition concernait les gains en efficience dans le contexte des dispositions proposées au sujet de l'abus de position dominante. Aucune ordonnance ne pouvait être rendue à l'encontre d'une entreprise pour abus de position dominante lorsque la concurrence était sensiblement diminuée ou empêchée « en raison de l'efficacité économique supérieure de la ou des personnes visées par la demande d'ordonnance » (paragraphe 31.41(4)).

Le projet de loi C-29 est mort au Feuilleton à l'été 1984 lorsqu'une élection générale a été déclenchée.

Projet de loi C-91 (présenté en 1985, promulgué en 1986)

Le projet de loi C-91²⁵ a éventuellement été promulgué et est devenu la *Loi sur la concurrence*, L.R. (1985), ch. C-34, entrée en vigueur le 19 juin 1986. Le libellé de l'exception au titre des gains en efficience figurant actuellement dans les paragraphes 96(1), (2) et (3) est identique à celui de la version du projet de loi C-91 présentée en première lecture.

Comme les précédentes initiatives législatives dans ce domaine, le projet de loi C-91 proposait qu'une fusion qui devrait être interdite, dissoute ou soumise à des dessaisissements puisse être autorisée en raison de considérations liées à l'efficience. Cependant, le projet de loi C-91 allait plus loin que les projets de loi précédents, en ajoutant l'exigence que les gains soient soupesés en regard des « effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence » découlant de la fusion, et en précisant que l'exception s'appliquerait uniquement lorsque ces gains « surpassent et neutralisent » ces effets. La notion d'équilibre des gains en efficience par rapport aux effets anticoncurrentiels était une nouveauté du projet de loi C-91; lors de l'examen du projet de loi par le comité de la Chambre des communes, des préoccupations ont été soulevées quant au fait que le projet de loi ne donnait pas des indications suffisantes sur la façon de procéder à l'équilibre

²⁵ 33^e législature, 1^e session, 1^e lecture, le 17 décembre 1985.

voulu, étant entendu que les effets et les gains en efficience ne sont pas des concepts directement comparables.²⁶

En outre, contrairement aux tentatives précédentes visant à légiférer dans ce domaine, l'exception au titre des gains en efficience prévue dans le projet de loi C-91 ne contenait pas les éléments suivants :

- une exigence que les gains en efficience profitent au public (comme l'exigeait le projet de loi C-256);
- une interdiction conditionnelle ou absolue au recours à l'exception prévue pour les gains en efficience afin de justifier une fusion qui mènerait à un contrôle essentiellement complet d'un marché (p. ex., une fusion créant un monopole ou un quasi-monopole) (comme dans les projets de loi C-42 et C-13);
- une exigence explicite que les gains en efficience engendrent pour l'économie canadienne des « économies de ressources » ou une « épargne nette réelle et sensible de ressources » ou une « épargne de ressources » (comme dans les projets de loi C-42, C-29 et C-13 respectivement).

Le libellé des articles 85 et 86 de la *Loi sur la concurrence* portant sur les accords de spécialisation est également identique à celui proposé en première lecture dans le projet de loi C-91. Les dispositions sur les accords de spécialisation suivent les dispositions sur les fusions en intégrant l'exigence que les gains en efficience surpassent et neutralisent les effets de tout empêchement ou toute diminution de la concurrence.

Dans le guide accompagnant les modifications, le ministre de la Consommation et des Corporations justifie dans les termes suivants l'exception au titre des gains en efficience dans le cas des fusions :

La nouvelle disposition sur les fusionnements prévoira également un moyen de défense dans les cas où les gains en efficience qui résulteraient du fusionnement feraient plus que compenser les coûts dus à la réduction de la concurrence. Pour des raisons de rendement économique, il importe de permettre la réalisation d'épargnes importantes au niveau des coûts, par exemple grâce à des économies d'échelle ou à d'autres moyens. En outre, le Tribunal sera amené à évaluer si l'accroissement de l'efficience engendrera une augmentation des exportation ou un remplacement des produits importés.²⁷

Le guide décrivait comme suit le but des dispositions sur les accords de spécialisation :

Le marché canadien est relativement modeste par rapport à ceux de nos principaux partenaires commerciaux. Par surcroît, plusieurs industries canadiennes sont composées de sociétés qui produisent sur une échelle réduite une vaste gamme de produits différents. Voilà pourquoi plusieurs entreprises

²⁶ À cet égard, voir par exemple les questions discutées dans le contexte de la résolution présentée par un membre du comité législatif de la Chambre des communes sur le projet de loi C-91 voulant que l'on élimine du projet de loi l'exception fondée sur les gains en efficience, telles qu'elles ont été consignées dans les *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, n° 11, p. 38 à 42 (analyse des clauses, 21 mai 1986).

²⁷ Ministre de la Consommation et des Corporations, *Réforme de la législation sur la concurrence: guide* (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985), p. 20.

canadiennes n'ont pu tirer profit des économies d'échelle potentielles aux niveaux de la production, de la distribution et de la mise en marché. Il est donc possible que certaines industries puissent accroître leur efficacité en se spécialisant davantage et en allongeant leurs chaînes de production. La rationalisation et la restructuration de certaines industries deviennent d'autant plus nécessaires que l'on assiste actuellement à une compétitivité de plus en plus forte sur l'échiquier économique mondial et à une économie canadienne de plus en plus exposée au commerce international. De tels ajustements pourraient être effectués à l'aide d'ententes réciproques selon lesquelles chaque partie accepterait d'interrompre la production d'un ou plusieurs articles.

L'insertion, dans la *Loi sur la concurrence*, d'une nouvelle disposition concernant les accords de spécialisation devrait accroître l'efficacité économique et rendre nombre d'industries canadiennes plus aptes à faire face à la concurrence étrangère. La nouvelle disposition s'appliquera tant aux services qu'aux articles. Elle exemptera des dispositions en matière de complot et d'exclusivité, les accords de spécialisation qui seront approuvés et inscrits au registre par le Tribunal.²⁸

Les origines du paragraphe 96(2)

Le paragraphe 96(2) remonte au projet de loi C-256. En vertu de ce projet de loi, un nouveau tribunal aurait déterminé si une fusion entraînait « une amélioration appréciable de l'efficacité ». À cette fin, le tribunal aurait été tenu de prendre en compte le fait qu'une fusion aide des entreprises à lutter contre la concurrence des importations ou encourage l'entrée ou l'expansion sur le marché des exportations. Le projet de loi admettait aussi la lutte contre les importations comme motif d'approuver un accord de spécialisation. En 1984, des modifications supplémentaires proposées à la Loi (projet de loi C-29) auraient exigé que la Commission sur les pratiques restrictives de commerce tienne compte du remplacement des importations et de l'augmentation des exportations au moment d'évaluer les gains en efficacité engendrés par un accord de spécialisation (mais non une fusion).

L'exigence que les gains en efficacité soient évalués à la lumière de leur effet sur la valeur réelle des exportations peut se comprendre le mieux en se reportant à la discussion de 1969 du Conseil économique sur l'encouragement des exportations comme moyen d'assurer des séries de production plus longues au Canada. En 1986, durant les débats en Chambre des communes sur le projet de loi C-91, un député gouvernemental a fait remarquer que le paragraphe 96(2) était relié au contexte du commerce international :

Le Canada est un pays commerçant. Un emploi sur trois dépend du commerce international. C'est pourquoi là où une fusion viendrait à engendrer un gain appréciable d'efficacité se traduisant par un accroissement des exportations ou par une substitution des importations, le tribunal devra autoriser cette fusion.²⁹

²⁸ Ibid, p. 32.

²⁹ *Débats de la Chambre des communes du Canada*, commentaires de Pierre Blais, secrétaire parlementaire du ministre de l'Agriculture (7 avril 1986).

Plus récemment, dans son réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*, le Tribunal de la concurrence a fait remarquer que le paragraphe 96(2) avait été rédigé à la lumière de l'essor du commerce international; il a rejeté l'argument voulant que ce paragraphe vise à limiter l'application du paragraphe 96(1) aux situations mettant en cause des importations et des exportations. À cet égard, le juge Marc Nadon a écrit ceci :

Si j'ai bien compris l'historique législatif, les modifications de 1986, y compris l'article 96, ont été motivées en grande partie par les pressions qu'exerçait sur l'entreprise canadienne l'accroissement du commerce et de l'investissement internationaux et par la nécessité d'inciter celle-ci à se restructurer afin de pouvoir prospérer dans un contexte plus concurrentiel qui profite en fin de compte aux consommateurs canadiens. Cependant, je n'en conclus pas pour ma part que la défense fondée sur les gains en efficacité du paragraphe 96(1) n'ait été prévue que pour les fusions mettant directement en jeu les facteurs spécifiés au paragraphe 96(2). C'est plutôt que celui-ci permet d'accorder une attention particulière aux entreprises canadiennes qui deviennent plus efficaces par suite de fusions ayant pour effet de stimuler les exportations et de réduire les importations.³⁰

Les origines du paragraphe 96(3)

Le paragraphe 96(3), voulant que le Tribunal ne puisse pas conclure à ce qu'un fusionnement entraîne des gains en efficacité uniquement en raison de la redistribution des revenus entre deux ou plusieurs personnes, a aussi son origine dans le rapport de 1969 du Conseil économique. En particulier, le Conseil économique précisait que les « économies sociales » résultant de toute fusion proposée devaient être des économies de ressources réelles (les quantités physiques de main-d'œuvre, de capital, etc.) nécessaires à la production et au transport d'un produit et non des gains en efficacité attribuables uniquement au fait que l'entreprise fusionnée pourrait par exemple négocier de meilleurs prix auprès de ses fournisseurs en raison de son plus grand pouvoir de marchandage.

Des précurseurs du paragraphe 96(3) se trouvent dans les projets de loi C-42 et C-13, lesquels précisait que les gains en efficacité devaient entraîner des économies de ressources pour l'économie canadienne (une simple redistribution des revenus n'économise pas des ressources; elle ne fait que les déplacer). Un libellé semblable se trouve dans le projet de loi C-29, qui mentionne des « accroissements de l'efficacité » tels « qu'il en résultera une épargne nette réelle et sensible de ressources pour l'économie canadienne ». Le document *Modification de 1984 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Analyse des clauses* et les notes d'accompagnement publiés par le ministre de la Consommation et des Corporations à l'égard du projet de loi C-249 établissaient clairement que l'expression *accroissements en efficacité* figurant dans le projet de loi concernait des économies réelles de coûts pour la société plutôt que des gains pécuniaires pour une entreprise par suite d'une redistribution des revenus.

Dans le projet de loi C-91, le libellé susceptible d'être difficile à interpréter qui figurait dans les projets de loi antérieurs au sujet des économies réelles nettes a été évité en faveur d'une

³⁰ *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. conc. 16 (4 avril 2002), par. 387.

explication claire, dans le paragraphe 96(3), qu'une simple redistribution des revenus n'est pas un gain en efficience.

Cadre analytique pour l'application de l'article 96

Le Tribunal de la concurrence utilise le cadre analytique suivant pour déterminer si l'exception prévue à l'article 96 s'applique à une fusion dont il juge qu'elle réduit ou empêche la concurrence au sens de l'article 92, ou le fera vraisemblablement.

- Le Tribunal doit évaluer (et quantifier lorsque c'est possible) les effets d'un empêchement et d'une diminution de la concurrence, en tenant compte de tous les buts énoncés à l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* et en respectant les décisions de la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Supérieur Propane*.
- Le Tribunal doit déterminer la nature, la quantité (lorsque c'est possible) et l'effet qualitatif de tous les gains en efficience selon les exigences suivantes et à la lumière de la jurisprudence pertinente (en particulier les affaires *Hillsdown* et *Supérieur Propane*; voir ci-dessous) :
 - de simples transferts de richesse ne sont pas des gains en efficience (paragraphe 96(3));
 - seuls les gains qui ne seraient probablement pas obtenus si le Tribunal de la concurrence interdisait la fusion ou imposait des mesures correctives à l'égard de ses effets anticoncurrentiels peuvent à proprement parler être pris en considération dans l'analyse (paragraphe 96(1));³¹
 - en évaluant les gains, le Tribunal doit déterminer si les gains entraînent une substitution accrue des importations ou une augmentation de la valeur réelle des exportations (paragraphe 96(2)).
- Le Tribunal doit déterminer si les gains en efficience surpassent et neutralisent les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, conformément à la jurisprudence pertinente.

La simplicité apparente de ce cadre dissimule la complexité de son application, laquelle exige non seulement d'estimer et de quantifier des gains en efficience et des effets d'une fusion proposée, mais aussi de déterminer toute conséquence nuisible de tout transfert de richesse qui y est associé ainsi que la pondération adéquate à rattacher à ces gains en efficience et à ces effets à la lumière de ces conséquences. L'approche en matière d'application de la loi décrite dans le document du Bureau de la concurrence *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements* et la jurisprudence pertinente servent à fonder l'évaluation des gains en efficience et des effets; elle est expliquée en détail ci-dessous.

³¹ À cet égard, le Tribunal a établi dans l'affaire *Hillsdown* que le critère à appliquer est de savoir si les gains en efficience auraient vraisemblablement été réalisés en l'absence de la fusion.

Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements

Le Bureau a publié les premières *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements* en 1991, pour donner une explication exhaustive de la politique du Bureau en matière d'application de la loi à l'égard des fusions en vertu de la *Loi sur la concurrence*.³² En 1998, le Bureau a aussi publié le document *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements de banques*.

La partie 5 des premières lignes directrices précisait l'approche du Bureau de la concurrence pour ce qui est d'évaluer les gains en efficience allégués et de les soupeser en regard des effets anticoncurrentiels au sens de l'article 96. L'annexe II du document décrivait les catégories de gains en efficience que le Bureau reconnaissait (gains en efficience de la production et gains en efficience dynamique). Cependant, l'approche en matière d'application de la loi reposait sur le critère du surplus total au moment d'équilibrer les gains en efficience allégués et les effets anticoncurrentiels. Selon cette approche, les gains en efficience sont uniquement soupesés en regard des effets anticoncurrentiels qui constituent une perte pour l'économie dans son ensemble, par suite du détournement de ressources vers des utilisations à valeur moindre (en termes économiques, une perte sèche), et non en regard d'un éventuel transfert de richesse d'une partie à une autre. Une approche semblable est énoncée dans les *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements de banques*. Voir en annexe A des renseignements supplémentaires sur le critère du surplus total.

Pendant le litige mettant en cause Supérieur Propane, le commissaire de la concurrence de l'époque a affirmé qu'il élargirait le critère décrit dans les lignes directrices pour l'évaluation des gains en efficience. En outre, il a annoncé après le premier jugement de la Cour d'appel dans cette affaire que la section des lignes directrices traitant des gains en efficience serait révisée pour en tenir compte.³³

Des lignes directrices révisées tenant compte du raffinement et de l'évolution de la pratique du Bureau à la lumière non seulement de la jurisprudence mais aussi d'autres faits nouveaux survenus depuis 1991 dans les domaines juridique et économique ont été publiées en septembre 2004. Une version révisée des *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements de banques* sera publiée prochainement.

La partie 8 des lignes directrices révisées décrit la nouvelle approche pour ce qui est d'équilibrer les gains en efficience par rapport aux effets anticoncurrentiels; elle prévoit trois catégories de gains en efficience (efficience de la répartition des ressources, efficience de la production et efficience dynamique)³⁴ qui sont prises en compte dans l'analyse des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels (y compris les pertes en efficience). Le paragraphe 8.1 décrit le paragraphe 96(1) en notant qu'il « établit un cadre d'analyse dans lequel on compare les gains en

³² Canada, Directeur des enquêtes et recherches, *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la loi* (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1991).

³³ *Notes pour une allocution par Konrad von Finckenstein, commissaire de la concurrence*, l'Association du Barreau canadien, section du droit de la concurrence, réunion annuelle, Ottawa (20 septembre 2001).

³⁴ L'annexe A contient une description et une discussion de chaque type de gain en efficience.

efficience susceptibles d'être réalisés au Canada aux effets anticoncurrentiels qu'entraînerait vraisemblablement le fusionnement ».

Sous la rubrique des « gains en efficience », les lignes directrices se penchent sur l'exigence générale voulant que les gains en efficience soient ceux qui « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue », et examinent la nécessité que les gains en efficience allégués soient vérifiables ainsi que la portée du paragraphe 96(2). Suit un examen détaillé des catégories d'économies de coûts pris en compte dans l'évaluation des gains en efficience de la production. Les lignes directrices traitent aussi des gains en efficience dynamique, qui sont généralement évalués dans une perspective qualitative, notant en particulier que l'efficience dynamique est cruciale tant pour l'évolution générale de la concurrence que pour la compétitivité internationale des industries canadiennes. Les lignes directrices notent que les coûts engagés pour réaliser des gains en efficience doivent être déduits de la valeur totale des gains en efficience. Enfin, il est signalé que certains types de gains en efficience allégués ne sont pas recevables :

- les gains en efficience qui seraient vraisemblablement réalisés même si le Tribunal prenait une ordonnance à l'égard de la fusion;
- les économies découlant d'une réduction de la production, du service, de la qualité ou du choix;
- une simple redistribution des revenus (paragraphe 96(3)).

Sous la rubrique des effets anticoncurrentiels, les lignes directrices font référence à l'affaire *Supérieur Propane* et notent que le Bureau doit tenir compte de tous les effets anticoncurrentiels d'une fusion à la lumière de tous les buts de la *Loi sur la concurrence*. Une liste non exhaustive d'effets liés aux prix et d'effets non liés aux prix que le Bureau prend en compte est présentée; elle comprend la perte d'efficience en répartition des ressources (perte sèche) et les effets de tout transfert de richesse. La mesure dans laquelle le transfert de richesse fait partie de l'analyse est examinée au cas par cas. Les effets non liés aux prix dont le Bureau tient compte comprennent les réductions de service, de qualité et de choix, la perte d'efficience de la production et la perte d'efficience dynamique.

Sous la rubrique des « compromis », les lignes directrices notent que l'exception au titre des gains en efficience s'applique uniquement lorsque ces gains surpassent (c.-à-d. sont plus vastes ou d'une plus grande ampleur) et neutralisent (ou compensent) les effets anticoncurrentiels. Le Bureau tient compte des aspects tant qualitatifs que quantitatifs des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels. En ce qui concerne les modalités du compromis en soi, le paragraphe 8.34 se lit comme suit :

À l'heure actuelle, il n'existe aucun fondement législatif permettant de présumer une pondération égale des effets sur la redistribution, des pertes sèches et des gains en efficience. Cette pondération doit dépendre des faits du cas à l'étude. Compte tenu de la nécessité d'évaluer tous les gains au regard de tous les effets, il faut faire preuve de jugement au moment de combiner des gains mesurés (effets) et des gains qualitatifs (effets) pour l'analyse comparative. [notes de bas de page omises]

Enfin, il faut noter que dans les lignes directrices, il est fait référence aux types de preuve et d'arguments requis à l'appui d'allégations de gains en efficience.

La jurisprudence

Jusqu'à présent, le Tribunal de la concurrence a fait référence aux gains en efficience dans six affaires de fusion³⁵, mais n'a accordé à l'exception pour gains en efficience une attention particulière que dans deux affaires : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* et *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane*. L'affaire *Supérieur Propane* a été portée en appel devant la Cour fédérale d'appel; c'est la seule affaire où la Cour a été appelée à interpréter l'article 96.

Hillsdown (1992)

Dans l'affaire *Hillsdown*,³⁶ la juge du Tribunal de la concurrence Barbara J. Reed a formulé divers commentaires sur le critère juridique concernant l'équilibrage des gains en efficience par rapport aux effets nuisibles d'une fusion. Ces commentaires étaient accessoires à la décision du Tribunal et donc ne sont pas juridiquement contraignants. Néanmoins, ils sont intéressants à la lumière des décisions et jugements ultérieurs dans l'affaire *Supérieur Propane*. En particulier, la juge Reed conteste la position du directeur des enquêtes et recherches (aujourd'hui le commissaire de la concurrence) et des parties fusionnantes voulant que les gains en efficience devraient être soupesés uniquement en regard de la perte sèche ou de l'inefficience de la répartition des ressources pour l'économie canadienne, et non en regard du transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qui pourrait résulter de la fusion (en d'autres termes, les parties préconisaient le recours au critère du surplus total décrit dans la partie 5 des lignes directrices). Selon la juge Reed, si le Parlement avait voulu que seule la perte sèche soit soupesée, l'article 96 aurait été rédigé expressément en ce sens. Elle fait remarquer que la législation sur la concurrence sert à diverses fins et que les parties l'avaient interprétée inadéquatement en donnant préséance au but d'efficience de l'article 1.1 par rapport à tous les autres. À cet égard, la juge Reed a cité les débats à la Chambre des communes où le ministre responsable de la *Loi sur la concurrence* a affirmé que le « but ultime » et le « dénominateur

³⁵ En plus des affaires *Hillsdown* et *Supérieur Propane* cases, quatre affaires du Tribunal contiennent de brefs renvois ou commentaires concernant l'exception fondée sur les gains en efficience de l'article 96 :

- *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1988), 23 CPR 160 (Trib. conc.); annulé 23 CPR (3e) 178 (CAF); jugement de la CAF affirmé à 26 CPR (3e) 95 (CSC) (le Tribunal a fait remarqué que l'article 96 doit être interprété à la lumière de l'article 1.1);
- *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Compagnie pétrolière impériale Ltée* (CT-1989/003) (Trib. conc.) (le Tribunal a formulé des commentaires sur la quantité des gains en efficience allégués);
- *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Canadien Pacifique Limitée* (1997) 73 CPR (3e) 573 et (1997) 74 CPR (3e) 55 (demande de détails au sujet des gains en efficience);
- *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.* (2001), 15 CPR (4e) 5 (Trib. conc.); affirmé 24 CPR (4e) 178 (CAF) (rejet des arguments fondés sur les gains en efficience au titre qu'ils sont conjoncturels au stade des mesures correctives).

³⁶ Sauf indication contraire, ce renvoi et les renvois suivants de cette section proviennent de CT-91/01, figurant dans 41 CPR (3e) 289.

commun » du projet de loi C-91 consistaient à assurer aux consommateurs des prix concurrentiels et un choix de produits.

La juge Reed a indiqué qu'une interprétation possible du paragraphe 96(1) est qu'il permet au Tribunal de soupeser tout gain en efficience allégué en regard de la probabilité que la fusion entraîne des effets nuisibles (à la fois perte sèche et inefficience de la répartition des ressources, et tout transfert de richesse). Elle écrit encore que « S'il était vraisemblable que les gains en efficience entraîneraient une baisse de prix pour les consommateurs, ce facteur serait vraisemblablement déterminant ».

Enfin, la juge Reed a contesté les arguments des parties voulant que le transfert de richesse soit toujours neutre dans le cas d'une fusion anticoncurrentielle, donnant les exemples suivants :

Si, par exemple, les parties qui ont fusionné étaient des sociétés pharmaceutiques et que le marché du produit pertinent avait trait à un médicament d'importance vitale, les économistes diraient-ils que le transfert de richesses est neutre? Le Tribunal se contente ici de soulever la question. En voici une autre à propos de la prétendue neutralité du transfert de richesses : si la firme dominante qui impose des prix supraconcurrentiels est une société appartenant à des intérêts étrangers, et donc que la totalité des richesses transférées quitte le pays, le transfert devrait-il être jugé comme neutre? ... Le Tribunal ne fait rien de plus que de soulever ces questions puisque, pour les raisons déjà invoquées, il n'est pas nécessaire dans le présent contexte qu'il se prononce à ce sujet.

*Supérieur Propane (2000-2003)*³⁷

Dans ses motifs et son ordonnance initiale dans l'affaire *Supérieur Propane*, la majorité des membres du Tribunal de la concurrence a jugé qu'en toute vraisemblance, la fusion de *Supérieur Propane Inc.* et *ICG Propane Inc.* diminuerait sensiblement la concurrence dans 66 marchés locaux canadiens de la vente au détail de propane et dans le marché des services de coordination de comptes nationaux, et empêcherait vraisemblablement la concurrence dans le Canada atlantique. Le Tribunal a accepté en preuve des opinions d'experts indiquant que la part de marché des parties après la fusion serait supérieure à 95 p. 100 dans 16 des marchés de détail locaux touchés (l'expert du commissaire les a qualifiés de marchés « de monopole découlant du fusionnement »). Le Tribunal a également accepté en preuve des opinions d'experts selon lesquelles la fusion entraînerait vraisemblablement des augmentations moyennes d'au moins 8 p. 100 des prix du propane au détail (par. 252, 253, 261).

Cependant, le Tribunal a conclu que la fusion devrait être autorisée au titre de la défense fondée sur les gains en efficience. Le Tribunal a soutenu que compte tenu de l'importance capitale des gains en efficience, l'expression « les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence » figurant dans l'article 96 devrait être interprétée uniquement dans le sens de perte de ressources pour l'économie dans son ensemble (la perte sèche résultant de l'augmentation de prix ainsi que certains effets qualitatifs sur la production), et non une gamme d'effets plus vaste. En particulier, le Tribunal n'a pas pris en considération le transfert ou la redistribution de

³⁷ Sauf indication contraire, ce renvoi et les renvois suivants de cette section à la première décision du Tribunal proviennent de *Canada (Le Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. concurrence 15 (30 août 2000).

richesse des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée (transfert dont la valeur a été estimée à 40,5 millions de dollars par année). Le Tribunal a accepté des témoignages selon lesquels les gains en efficience s'élèveraient à 29,2 millions de dollars par année, contre une perte sèche ne dépassant pas 6 millions de dollars par année.³⁸ Le Tribunal a aussi jugé que l'article 96 s'applique à toute fusion au sujet de laquelle le Tribunal peut rendre une ordonnance en vertu de l'article 92, y compris une fusion créant un monopole.

Le membre dissident du Tribunal, Christine Lloyd, a contesté la conclusion de la majorité selon laquelle les gains en efficience ne se seraient vraisemblablement pas réalisés si Supérieur Propane avait été obligé de se dessaisir d'ICG Propane. Elle a également affirmé que l'analyse en vertu de l'article 96 exige une prise en compte souple de tous les effets qualitatifs et quantitatifs des fusions proposées, y compris le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs.

En appel, la Cour fédérale d'appel a infirmé les conclusions du Tribunal, affirmant que le Tribunal avait commis une erreur en droit en limitant les facteurs qui pouvaient être pris en considération à titre d'« effets » en vertu de l'article 95 à la perte sèche pour l'économie canadienne.³⁹ La Cour a soutenu que le mot *effets* de l'article 96 devrait être interprété de façon à désigner tous les effets anticoncurrentiels, en gardant à l'esprit les buts de la *Loi sur la concurrence* tels qu'énoncés à l'article 1.1. En conséquence, le Tribunal avait commis une erreur en omettant de prendre en considération le tout ou une partie du transfert de richesse au détriment des consommateurs. La Cour n'a pas imposé une norme pour déterminer la portée des effets, mais a indiqué que l'approche des pondérations d'équilibre décrite par le témoin expert Peter Townley (voir annexe A) serait une norme appropriée. À cet égard, le juge John Maxwell Evans a écrit ce qui suit :

Une fois qu'elle a conclu, pour les motifs exposés précédemment, que le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant l'article 96 de manière à imposer, dans tous les cas, de ne comparer aux gains en efficience découlant d'un fusionnement anticoncurrentiel que les effets identifiés par le critère du surplus total, la Cour n'a pas à prescrire la méthode «correcte» pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels d'un fusionnement. Cette tâche est au-delà des limites de la compétence de la Cour.

Quel que soit le critère choisi (et, pour ce que j'en sais, il se peut que le même critère ne convienne pas également pour tous les fusionnements), il doit refléter, mieux que ne le fait le critère du surplus total, les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*. Il doit également être d'application suffisamment souple pour permettre au Tribunal d'apprécier pleinement la situation de fait particulière qui lui est présentée.

³⁸ Le Tribunal n'est arrivé à aucune conclusion précise sur l'ampleur de la perte sèche, mais a affirmé qu'il acceptait l'estimation de 3 millions de dollars avancée par l'expert du commissaire même s'il considérait que ce chiffre était vraisemblablement surévalué. Il s'est aussi demandé quels étaient les effets négatifs à l'égard de la répartition des ressources découlant de la réduction ou de l'élimination de certains programmes précis de service et de prix qui avaient été lancés par ICG Propane, et estimé que les répercussions de ces effets n'excéderaient vraisemblablement pas le montant de la perte sèche. La conclusion finale était que les « effets » combinés au sens de l'article 96 ne pouvaient pas dépasser 6 millions de dollars par année sur 10 ans (par. 451 à 458, 467).

³⁹ Sauf indication contraire, ce renvoi et les renvois suivants de cette section proviennent de *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.* (2001), 11 CPR (4e) 289 (4 avril 2001).

Il me semble que la méthode des coefficients pondérateurs proposée par le professeur Townley, et adoptée par le commissaire, satisfait à ces exigences générales. Il va de soi qu'il faudra sans doute élaborer et raffiner considérablement cette méthode pour l'appliquer aux faits d'espèces particulières. (par. 139 à 141).

La Cour fédérale d'appel a ensuite renvoyé l'affaire au Tribunal de la concurrence pour qu'il reconsidère les effets anticoncurrentiels et les mette en équilibre par rapport aux gains en efficience.⁴⁰ La Cour a aussi confirmé qu'il incombait au commissaire de prouver l'étendue des effets pertinents, tandis que les défendeurs avaient à prouver l'étendue des gains en efficience qui n'auraient pas pu être réalisés sans la fusion, et à convaincre le Tribunal que les gains en efficience surpassent et neutralisent vraisemblablement les effets. (Pour de plus amples renseignements sur cette question, voir par. 154).

Le juge Gilles Létourneau s'est rangé à l'avis de la majorité quant à la portée du terme *effets*, mais s'est dissocié du jugement au motif qu'à son avis, l'article 96 ne doit pas servir à autoriser une fusion créant un monopole. Il était également en désaccord en ce qui concerne le fardeau de la preuve. À son avis, les parties fusionnantes devraient être tenues de convaincre le Tribunal des éléments suivants :

- que les gains en efficience s'élèvent au montant allégué;
- que les effets de diminution de la concurrence sont ceux qu'ils ont décrits et non ceux avancés par le commissaire;
- que les gains en efficience surpassent et neutralisent les effets.

Dans son réexamen suivant l'appel⁴¹, le Tribunal de la concurrence a pris en compte la gamme d'effets anticoncurrentiels qualitatifs dont le commissaire soutenait qu'ils découleraient de la fusion : perte sèche; comportement interdépendant et coordonné; effets sur la qualité des services et les programmes de service; perte de concurrence dans le Canada atlantique; perte d'éventuels gains en efficience dynamique; et effet sur les petites et moyennes entreprises.

Le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas de preuve au dossier – et qu'il ne pouvait pas admettre de preuve supplémentaire – quant à des effets anticoncurrentiels supplémentaires qui n'étaient pas déjà compris dans la perte sèche de 6 millions de dollars. En outre, le Tribunal a affirmé qu'il n'avait pas compétence pour réviser ce montant compte tenu de la portée du réexamen limitée à l'évaluation des effets non pris en compte dans la première décision (par. 226).

Le Tribunal a ensuite examiné la question de la pondération à affecter au transfert de richesse des consommateurs aux actionnaires occasionné par la fusion, par rapport aux gains en efficience. Le Tribunal a rejeté les prétentions que la totalité du transfert de richesse de 40,5 millions de dollars par année devrait être traité comme un effet.⁴² En l'occurrence, il rejetait l'application du critère

⁴⁰ L'autorisation de porter le jugement de la Cour fédérale d'appel en appel à la Cour suprême du Canada a été refusée. (2001), 278 N.R. 196 (CSC).

⁴¹ Sauf indication contraire, ce renvoi et les renvois suivants de cette section proviennent de *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. conc. 16 (4 avril 2002).

⁴² Christine Lloyd s'est dissociée de cette décision, exprimant le point de vue que la totalité du transfert de richesse des consommateurs à l'entreprise fusionnée aurait dû être prise en compte dans l'analyse du compromis au titre de l'article 96.

du surplus des consommateurs dans le contexte de l'article 96. Selon l'approche du surplus des consommateurs, aucune fusion qui augmenterait vraisemblablement les prix (et donc réduirait le surplus des consommateurs) ne serait autorisée dans le cadre d'un compromis fondé sur les gains en efficacité. (Pour de plus amples renseignements sur le critère du surplus des consommateurs, voir l'annexe A).

Le Tribunal a ensuite examiné le montant du transfert de richesse par rapport au niveau de revenu des consommateurs ainsi que les utilisations essentielles et non essentielles du propane. Le Tribunal a conclu que l'augmentation de prix prévue après la fusion produirait pour les ménages à faible revenu consommateurs de propane un effet négatif au plan social évalué à 2,6 millions de dollars par année. Il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour tirer des conclusions quant aux effets de transfert de richesse pour les entreprises consommatrices de propane (lesquelles accaparent 90 p. 100 des ventes de propane).

La conclusion finale du Tribunal était que même en prenant en considération les effets nuisibles du transfert de richesse, les gains en efficacité surpasseraient et neutraliseraient les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence causés par la fusion.

Après avoir évalué quantitativement l'effet de redistribution défavorable en se fondant sur la preuve, il reste au Tribunal à décider comment l'ajouter à la perte sèche mesurée de trois millions de dollars et à la perte sèche maximale, également de trois millions, attribuable à la modification de la gamme de produits par l'entité fusionnée. Si l'on attribuait des coefficients égaux aux effets de redistribution et aux pertes en efficacité, les trois effets s'additionneraient pour donner un effet total maximum d'environ 8,6 millions de dollars.

Cependant, aucune disposition de la Loi (ni d'ailleurs de la législation antitrust américaine) n'étaye la validité d'une telle attribution de coefficients égaux; peut-être devrait-on affecter aux effets de redistribution défavorables un coefficient deux fois plus élevé qu'aux pertes en efficacité, auquel cas le total des trois effets pondérés ne dépasserait pas 11,2 millions de dollars. Ou encore, étant donné que les préoccupations d'efficacité occupent la première place dans l'examen des fusions, peut-être devrait-on affecter les effets de redistribution d'un coefficient deux fois moins élevé que les pertes sèches. En l'espèce, il ressort à l'évidence de la preuve que les effets de redistribution défavorables sont très faibles. Par conséquent, le Tribunal estime que, suivant n'importe quel principe de pondération raisonnable, les gains en efficacité – de 29,2 millions de dollars – surpassent et neutralisent l'ensemble des effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence attribuables au fusionnement considéré. (par. 370 et 371).

Par conséquent, le Tribunal a permis la réalisation de la fusion.

Le gouvernement a porté la décision en appel auprès de la Cour fédérale d'appel.⁴³ Le principal motif invoqué était que le Tribunal n'avait pas observé les indications de la Cour après le premier appel. La Cour a rejeté la requête. Entre autres, elle a jugé que le Tribunal n'avait pas commis une erreur en omettant d'inclure la totalité du transfert de richesse dans son évaluation

⁴³ Sauf indication contraire, ce renvoi et les renvois suivants de cette section proviennent de *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53.

des effets anticoncurrentiels (par. 31 et 32).⁴⁴ Elle a estimé que le fait d'inclure la totalité du transfert de richesse (c.-à-d. d'appliquer le critère du surplus des consommateurs; voir l'annexe A) ne laisserait pas au Tribunal la discrétion nécessaire pour traiter de l'effet d'une fusion sur les consommateurs et les actionnaires, à la lumière de leur statut socioéconomique différent (par. 31).

En mars 2003, le commissaire a indiqué qu'il ne contesterait pas cette décision de la Cour fédérale d'appel.

Résumé de l'état du droit après l'affaire *Supérieur Propane*

Lors de l'appel initial dans l'affaire *Supérieur Propane*, la Cour fédérale d'appel a jugé que le Tribunal « a commis une erreur de droit en interprétant l'article 96 de manière à imposer, dans tous les cas, de ne comparer aux gains en efficience découlant d'un fusionnement anticoncurrentiel que les effets identifiés par le critère du surplus total », où les effets sont limités à la perte sèche (par. 139). Dans le deuxième appel, la Cour a conclu que le Tribunal n'avait pas commis une erreur en refusant d'inclure la totalité du transfert de richesse dans les effets, puisque le fait de le faire ne laisserait pas au Tribunal la discrétion nécessaire pour traiter de l'effet de la fusion pour les consommateurs et les actionnaires, à la lumière de leur statut socioéconomique différent (par. 31).

La Cour fédérale d'appel a expressément renoncé à dicter le critère précis à utiliser pour évaluer la portée du terme *effets* de l'article 96 (et de fait a fait valoir que des critères différents pourraient être indiqués dans différentes affaires). Elle a par contre affirmé que le critère choisi devait être « d'application suffisamment souple pour permettre au Tribunal d'apprécier pleinement la situation de fait particulière qui lui est présentée » (par. 140). Cette position doit être comprise à la lumière de la déclaration de la Cour que l'évaluation des effets doit tenir compte de tous les buts prévus à l'article 1.1 de la Loi (par. 92). La Cour a soutenu que l'approche des pondérations d'équilibrage respecte ces grandes exigences, tout en notant qu'elle devrait être sensiblement élaborée et raffinée dans son application à des affaires particulières (par. 141).

Une autre conclusion juridique importante qui peut être tirée de l'affaire *Supérieur Propane* est que l'article 96 s'applique à toutes les fusions qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence ou le feront vraisemblablement, même lorsqu'elles créent un monopole. Telle était la conclusion du Tribunal dans sa première décision (par. 418 et 419), et la Cour fédérale d'appel ne l'a pas remise en question (bien que le juge Létourneau ait contesté ce point dans les deux appels; par. 14 et 15, et 72 respectivement). Dans le deuxième appel, la Cour a aussi confirmé qu'un monopole n'est pas en soi un « effet anticoncurrentiel » qui doit être soupesé en regard des gains en efficience, à moins qu'il n'y ait d'autres effets anticoncurrentiels avérés (par. 51). (Aucun élément de preuve en ce sens ne figurait au dossier de l'affaire *Supérieur Propane*.)

⁴⁴ Le juge Létourneau s'est dissocié de la décision pour divers motifs et a réitéré son opinion que l'article 96 ne visait pas à autoriser une fusion créant un monopole.

La réalisation des gains en efficience

Fardeau de la preuve

La Cour fédérale d'appel a donné dans l'affaire *Supérieur Propane* des indications claires quant au fardeau de la preuve applicable à la défense fondée sur les gains en efficience. Le commissaire doit prouver l'étendue des effets pertinents. Les parties fusionnantes doivent prouver l'étendue des gains en efficience qui n'auraient pas été réalisés sans la fusion et le fait que les gains en efficience surpassent et neutralisent vraisemblablement les effets⁴⁵.

Portée des gains en efficience

Les principales catégories d'efficience pertinentes à l'examen des fusions sont décrites à l'annexe A. Les types de gains en efficience les plus évidents et mesurables découlant d'une fusion relèvent habituellement de l'efficience de la production. Les gains en efficience dynamique et en efficience de l'innovation peuvent être plus difficiles à mesurer et souvent ne peuvent pas être quantifiés, mais demeurent d'une importance capitale dans l'analyse des gains en efficience. Tandis que les gains en efficience dynamique ne donnent pas lieu à des effets immédiats ou à long terme sur le prix, ils peuvent avoir un effet positif sur la qualité et la variété des produits, la mise au point de procédés plus productifs et le lancement de nouveaux produits ainsi que sur d'autres éléments concurrentiels hormis le prix. L'efficience dynamique est essentielle à la fois pour l'évolution générale de la concurrence et pour la compétitivité internationale des industries canadiennes.

Nature, disponibilité et poids des éléments de preuve

Alors que l'affaire *Supérieur Propane* et les nouvelles *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements* fournissent un cadre relativement clair pour l'évaluation des gains en efficience et des effets, l'application de ce cadre est extrêmement complexe. Entre autres considérations, des éléments qualitatifs et quantitatifs ne peuvent pas à proprement parler être comparés; du reste, gains en efficience et effets ne sont pas des concepts directement comparables. De plus, faute d'une boule de cristal, il n'est possible de déterminer objectivement ni l'étendue des effets anticoncurrentiels (surtout lorsque l'évaluation des effets exige aussi un jugement anticipé sur les effets qui auront un impact négatif en raison d'un transfert de richesse), ni le montant des gains en efficience allégués qui seront engendrés par une fusion future. Par surcroît, le Tribunal a dans son réexamen de l'affaire *Supérieur Propane* laissé la porte ouverte à l'utilisation de différentes pondérations relatives des pertes en efficience (pertes sèches) et des effets nuisibles de redistribution de la richesse dans les affaires futures⁴⁶. En termes pratiques, il en découle que les parties fusionnantes seront tenues de faire des suppositions sur la pondération relative des éventuels effets nuisibles de redistribution dans une affaire particulière, et d'apporter des preuves à l'appui. En toute vraisemblance, de telles preuves porteraient sur les répercussions sociales d'une éventuelle redistribution nuisible, ce qui est en soi conjoncturel et exigerait des preuves extrêmement complexes.

⁴⁵ Voir note 39, par. 156 à 157.

⁴⁶ Voir note 41, par. 371.

En ce qui concerne la *nature* de la preuve requise dans une affaire de gains en efficience, il faut d'abord noter que des preuves de gains et d'effets tant qualitatifs que quantitatifs sont pertinentes en vertu de l'article 96⁴⁷. Cependant, dans son réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*, le Tribunal a précisé que les gains en efficience et les effets devraient être quantifiés lorsqu'il est possible de le faire :

Du point de vue du Tribunal, la disposition du paragraphe 96(1) selon laquelle les gains en efficience doivent « surpasser » les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence indique l'opportunité de quantifier, dans la mesure du possible, les gains en efficience et les effets à prendre en considération. Le fait qu'un effet donné ne puisse, même en principe, être quantifié, ne dispense pas le Tribunal d'évaluer cet effet suivant le critère du « surassement ». *Par conséquent, dans les cas où il est possible de donner une estimation quantitative, même grossière, de tels effets, par exemple en établissant des limites comme le Tribunal l'a fait à propos de certains effets qualitatifs, il est souhaitable d'en donner une dans la mesure où la preuve le permet.* Par ailleurs, les effets qui sont en principe mesurables doivent être estimés; leur non-estimation ne conduira pas le Tribunal à les considérer comme qualitatifs⁴⁸. [italiques ajoutés]

En appel, la Cour fédérale d'appel a soutenu que le Tribunal n'avait pas agi déraisonnablement en exigeant que les gains en efficience et les effets soient quantifiés dans la mesure du possible⁴⁹.

Il incombe au commissaire de prouver la nature et l'ampleur des effets de diminution et d'empêchement de la concurrence. Les parties qui souhaitent invoquer l'article 96 doivent prouver l'existence et l'ampleur des gains en efficience allégués, le fait que ces gains en efficience ne seraient vraisemblablement pas réalisés sans la fusion et le fait qu'ils surpassent et neutralisent les effets. Pour s'acquitter de leur fardeau, les parties devront donc produire les éléments de preuve suivants :

- description de la nature et de l'ampleur de chaque gain en efficience allégué et probabilité que ces gains se réalisent;
- description et montant des coûts qui devront être engagés pour réaliser les gains en efficience (ces coûts étant à déduire des gains);
- selon le cas, démonstration du fait que les gains en efficience entraîneront une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations ou une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers au sens du paragraphe 96(2).

En outre, la preuve produite par les parties doit démontrer les points suivants :

- les gains en efficience ne seraient vraisemblablement pas réalisés par des moyens autres que la fusion;
- les gains en efficience allégués constituent des économies de ressources réelles et non simplement des transferts de richesse;

⁴⁷ Voir note 37, par. 459 et 461.

⁴⁸ Voir note 41, par. 233.

⁴⁹ Voir note 43, par. 34 à 38.

- les économies ne découlent pas d'une réduction de la production, du service, de la qualité ou du choix;
- les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels de la fusion, selon les critères établis dans l'affaire *Supérieur Propane*.

Les *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements* contiennent des indications générales sur le type d'éléments de preuve requis pour une défense au titre de l'article 96 et sur leur poids. En particulier, elles précisent que les éléments de preuve devraient permettre au Bureau de la concurrence ou au Tribunal de la concurrence de vérifier objectivement les gains en efficacité prévus. Lorsque c'est possible, ces éléments de preuve devraient être de la documentation préparée dans le cours normal des affaires.⁵⁰ Ces documents peuvent être, par exemple des états comptables d'une usine ou d'une entreprise, des études internes, des plans stratégiques, des plans d'intégration, des études de conseillers en gestion et d'autres documents disponibles.

En plus de cette documentation, les parties voudront éventuellement produire des études réalisées par des tiers ainsi que des évaluations et des témoignages d'experts au sujet de leurs allégations de gains en efficacité. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, les parties ont présenté une vaste étude indépendante sur les gains en efficacité réalisée par des évaluateurs d'entreprise, de même que le rapport d'une entreprise d'experts-conseils en logistique et en gestion des opérations.⁵¹

Bien qu'il soit toujours préférable de quantifier les gains et les effets, les *Lignes directrices pour l'application de la loi : Fusionnements* précisent clairement que conformément aux conclusions du Tribunal dans l'affaire *Supérieur Propane*, les gains et les effets qui ne peuvent pas être quantifiés seront évalués d'un point de vue qualitatif (par. 8.15, 8.21). Les éléments de preuve qualitatifs peuvent être contenus dans des documents relevant du cours normal des affaires ou dans des documents préparés dans le cadre du litige sur la fusion; en général, les premiers se voient accorder un poids supérieur.

Autres régimes

L'annexe B présente une description détaillée de la façon dont quatre régimes étrangers traitent les gains en efficacité dans l'examen des fusions : les États-Unis; l'Union européenne; le Royaume-Uni; et l'Australie. Ceux-ci faisaient l'objet du rapport d'Everett et Ross⁵²; le présent document actualise leurs travaux. Ces régimes ont été retenus parce qu'ils constituent un échantillon des grands partenaires commerciaux du Canada et qu'ils sont des régimes importants, leurs économies sont modernes, leurs lois antitrust sont sophistiquées et leurs organismes d'application de la loi sont professionnels et compétents.

⁵⁰ En général, cela signifie qu'un plus grand poids est accordé aux documents du cours normal des affaires qu'à des études préparées expressément pour étayer un argument fondé sur les gains en efficacité.

⁵¹ Rapport Cole-Kearney Report, tel que décrit dans la référence de la note 37, par. 318 à 324.

⁵² Voir note 2.

Bien que l'approche précise adoptée par ces régimes varie, il faut noter que seul le Canada admet que les gains en efficacité puissent servir de défense absolue à l'égard d'une fusion par ailleurs anticoncurrentielle. (En Australie, il y a un processus d'autorisation au titre des avantages pour le public qui se fonde sur les gains en efficacité, mais il prend aussi en compte d'autres facteurs économiques et sociaux.)

Le tableau suivant présente les points saillants du traitement des gains en efficacité au Canada et dans les quatre régimes examinés à l'annexe B. Une brève discussion de la façon dont sont traitées les affaires *autres que les fusions* au Canada et sous ces régimes se trouve à l'annexe C.

	Traitement des gains en efficience dans la loi ou dans l'application de la loi	Critère de bien-être applicable	Autorisation des fusions créant un monopole?
Canada	Les gains en efficience sont une défense à l'égard d'une fusion qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence (article 96).	Aucun critère général n'est prescrit; plutôt, le critère applicable dépend des faits. L'approche des pondérations d'équilibrage répond aux exigences générales de l'affaire <i>Supérieur Propane</i> .	Oui.
États-Unis	Les gains en efficience font partie intégrante de l'évaluation visant à déterminer si une fusion réduit sensiblement la concurrence, plutôt que de constituer une défense à l'égard d'une fusion anticoncurrentielle.	Le surplus des consommateurs. Les gains en efficience à court terme sont pris en compte pour déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence. Les gains à long terme ne produisant pas directement d'avantages pour les consommateurs sont aussi pris en compte à cette fin, mais se voient accorder un poids moindre.	L'affirmation des lignes directrices sur les fusions voulant que les gains en efficience ne justifient presque jamais une fusion créant un monopole ou un quasi-monopole a été citée favorablement par le tribunal qui s'est penché sur l'affaire <i>Heinz</i> .
Union européenne	Les gains en efficience font partie intégrante de l'évaluation visant à déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence, plutôt que de constituer une défense à l'égard d'une fusion anticoncurrentielle.	Le surplus des consommateurs.	Les lignes directrices sur les fusions affirment qu'il est très improbable que les gains en efficience puissent justifier une fusion créant un monopole.
Royaume-Uni	<p><i>Office of Fair Trading</i> Les gains en efficience qui augmentent la rivalité sont pris en compte pour déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence.</p> <p>L'Office peut renoncer à renvoyer une affaire à la Commission de la concurrence lorsque les avantages pour les consommateurs, y compris les gains en efficience, l'emportent sur toute diminution sensible de la concurrence.</p> <p><i>Commission de la concurrence</i> Les gains en efficience qui augmentent la rivalité sont pris en compte pour déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence.</p> <p>Les avantages pour les consommateurs, y compris les gains en efficience, sont pris en compte au moment de prévoir des mesures correctives face à une fusion qui diminue sensiblement la concurrence.</p>	<p><i>Office of Fair Trading</i> Le surplus des consommateurs, pour les affaires que l'Office ne renvoie pas à la Commission de la concurrence.</p> <p><i>Commission de la concurrence</i> Le surplus des consommateurs, au stade des mesures correctives.</p>	<p><i>Office of Fair Trading</i> Les lignes directrices affirment que les avantages assurés aux consommateurs par des gains en efficience compensent rarement une diminution de la concurrence, mais ne mentionnent pas expressément les fusions créant un monopole.</p> <p><i>Commission de la concurrence</i> Les lignes directrices reconnaissent que la Commission peut renoncer à imposer des mesures correctives lorsque les avantages des consommateurs sont importants, nonobstant une diminution sensible de la concurrence. Elles ne mentionnent pas les fusions créant un monopole.</p>
Australie	<p>En vertu de l'article 50 de la <i>Trade Practices Act</i>, les gains en efficience font partie de l'évaluation servant à déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence.</p> <p>En vertu du paragraphe 90(9), les gains en efficience font partie de la défense au titre de l'intérêt public, qui permet aux autorités australiennes d'autoriser une fusion par ailleurs anticoncurrentielle.</p>	<p>Le surplus des consommateurs, en vertu de l'article 50 de la <i>Trade Practices Act</i>.</p> <p>Prépondérance du surplus des consommateurs, dans le processus d'autorisation : les gains en efficience qui profitent aux consommateurs se voient accorder un plus grand poids.</p>	Il est théoriquement possible mais très improbable qu'une fusion créant un monopole soit admise dans le processus d'autorisation.

Partie 2 : Sujets de discussion et options possibles

Les rédacteurs de la *Loi sur la concurrence* ont été clairs dans leur décision d'intégrer les gains en efficacité dans la législation canadienne sur les fusions, et il n'y a guère eu de débat depuis 1986 sur l'opportunité de cette décision. Il y a toutefois eu une ample discussion sur la question de savoir si l'exception fondée sur les gains en efficacité prévue à l'article 96 est le moyen voulu de prendre en compte les gains en efficacité dans l'analyse des fusions au Canada.

Cette partie du document examine diverses options pour discussion dans le domaine des gains en efficacité, à la lumière du contexte et des questions évoquées dans la partie 1, en évaluant les avantages et désavantages de chaque option. Les options possibles décrites ci-dessous ne sont aucunement exhaustives. Le but du processus de consultation lancé par la publication du présent document consiste à solliciter les commentaires du public. Suit une série de questions et des sujets que les commentateurs pourront prendre en considération lorsqu'ils présenteront des observations sur les diverses options.

Statu quo

La première option est de maintenir le statu quo dans le domaine des gains en efficacité à l'égard des fusions. Cela signifierait de conserver telle quelle la défense des fusions fondée sur les gains en efficacité qui figure à l'article 96; il s'agirait alors de s'en remettre aux indications données par la Cour fédérale d'appel et le Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Supérieur Propane* et d'autres précédents pertinents en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'article 96.

Certains défenseurs du maintien de la défense fondée sur les gains en efficacité de l'article 96 ont fait remarquer que l'économie canadienne étant plus petite que celle des États-Unis ou de l'Union européenne, une plus grande concentration peut être nécessaire pour obtenir des économies d'échelle. En outre, l'ouverture de l'économie canadienne à la concurrence étrangère a fait en sorte que des augmentations de la concentration au pays sont relativement moins importantes que les gains en efficacité économique apportés par une fusion. Par conséquent, soutiennent ces défenseurs, le Parlement a eu raison d'adopter une approche proprement canadienne à l'égard des gains en efficacités. En revanche, la libéralisation du commerce a aussi agrandi le marché pertinent dans le cas de nombreux biens et services, de sorte que les entreprises peuvent atteindre le seuil des économies d'échelle sans qu'il ne soit nécessaire de créer des problèmes de concurrence. Sous le régime du libre-échange, la portion de l'économie pour laquelle la justification historique de la défense peut être pertinente s'est sensiblement réduite.

Un argument supplémentaire parfois invoqué par ceux qui soutiennent le statu quo est qu'il n'y a pas de solution universelle pour le traitement des gains en efficacité. La convergence dans le domaine des gains en efficacité nuirait à l'aptitude des entreprises de livrer concurrence sur la scène internationale, puisque les économies des nations commerçantes sont très différentes. La convergence éroderait l'avantage concurrentiel que l'article 96 confère aux entreprises canadiennes. Par contre, il faut noter que lorsqu'une fusion entraînant une diminution sensible de la concurrence est autorisée en vertu de l'article 96 et que les biens ou services de l'entreprise

fusionnée sont utilisés comme intrants par d'autres entreprises canadiennes, la diminution de la concurrence peut nuire à la compétitivité de ces entreprises clientes.

Un désavantage notable du statu quo a trait à l'expérience vécue jusqu'à présent en vertu de l'article 96. En particulier, d'aucuns ont soutenu que les gains en efficience n'ont pas exercé le genre d'influence marquante sur le droit canadien des fusions qui était envisagée lorsque cette disposition a été rédigée. Dans les 18 ans depuis l'entrée en vigueur de la *Loi sur la concurrence*, la défense n'a été invoquée avec succès qu'une seule fois, dans l'affaire *Supérieur Propane*. La rareté de la jurisprudence sur les gains en efficience est attribuable en partie au fait que très peu d'affaires de fusion sont examinées par le Tribunal de la concurrence, seul habilité à appliquer la défense fondée sur les gains en efficience. Il se peut aussi que cela découle de la difficulté à prouver que les gains en efficience *pouvant* découler d'une fusion proposée surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels. À cet égard, il a été soutenu que l'affaire *Supérieur Propane* réduit encore la possibilité d'application de la défense, en exigeant que les parties fusionnantes démontrent que les gains en efficience surpassent et neutralisent non seulement la perte sèche mais aussi la portion du transfert de richesse (résultant d'une augmentation des prix consécutive à la fusion) qui est jugée négative au plan social. Préciser et mesurer ces éléments pose d'énormes problèmes, de sorte qu'il est très difficile pour les parties et leurs conseillers de prévoir quand la défense peut être utile. Par conséquent, soutient-on, relativement peu de parties fusionnantes seraient disposées à investir dans l'élaboration et la poursuite d'une démarche axée sur les gains en efficience, compte tenu de l'incertitude quant aux perspectives de succès.

Intégration aux facteurs de l'article 93

Une seconde option consisterait à éliminer la défense fondée sur les gains en efficience figurant à l'article 96 et faire des gains en efficience un facteur à prendre en compte en vue de déterminer si une fusion mène à une diminution sensible de la concurrence, au même titre que les autres éléments énumérés à l'article 93 de la *Loi sur la concurrence*.⁵³ Comme on le voit à l'annexe B, une telle approche traitant les gains comme des facteurs est utilisée aux États-Unis, dans l'Union européenne, au Royaume-Uni (régime hybride) et en Australie (régime hybride).

⁵³ L'article 93 contient une liste non exhaustive des facteurs que le Tribunal doit prendre en compte lorsqu'il examine une fusion proposée :

- la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assureront une concurrence réelle à l'entité fusionnée;
- la possibilité de la déconfiture de l'entreprise d'une partie à la fusion;
- la mesure dans laquelle seront disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par l'entité fusionnée;
- les entraves à l'accès à un marché et les effets de la fusion sur ces entraves;
- la mesure dans laquelle il y aurait encore de la concurrence réelle après la fusion;
- la possibilité que la fusion entraîne la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;
- les changements et l'innovation sur le marché pertinent;
- tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par la fusion.

Dans le cadre d'une analyse des gains en efficience à titre de facteurs (ou évaluation intégrée), les gains en efficience ne peuvent en soi servir à autoriser une fusion dont il est jugé qu'elle diminue sensiblement la concurrence. Cependant, ils peuvent influencer sur l'analyse – en « disculpant » la fusion de ses effets nuisibles importants – lorsqu'ils permettent de rehausser la concurrence et d'augmenter la rivalité, en particulier lorsqu'ils mèneront à une réduction des prix, une augmentation de la production ou une augmentation de la qualité. Voici quelques exemples fréquemment invoqués :

- Deux petites entreprises fusionnent et peuvent mieux livrer concurrence à un rival de plus grande envergure.
- L'entité fusionnée augmente son investissement en recherche-développement pour améliorer son produit, ce qui rehausse la rivalité avec ses concurrents.
- La fusion entraîne des gains en efficience qui permettent l'apparition d'une entreprise rebelle, ce qui mine les conditions d'un comportement coordonné.
- La fusion entraîne des gains en efficience réduisant les coûts, ce qui est susceptible de permettre des prix réduits (ou pas sensiblement plus élevés), une production augmentée ou une plus grande qualité.

De nombreux défenseurs de l'approche des facteurs soutiennent que dans les affaires de fusion, le Bureau de la concurrence tiendrait plus souvent compte des gains en efficience s'ils étaient un facteur plutôt qu'une défense. À leur avis, les parties ont été réticentes à invoquer la défense parce qu'elle peut seulement l'être après que le Tribunal a jugé que la fusion proposée empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence au sens de l'article 92. Par conséquent, le fait que les parties à une fusion invoquent des gains en efficience peut être perçu comme une admission que la fusion contrevient à l'article 92. En outre, vu l'incertitude dans la prévision des gains en efficience et des effets d'une fusion, en particulier les effets nuisibles au plan social à la lumière de l'affaire *Supérieur Propane*, il est argué que très peu de parties sont disposées à investir dans l'élaboration d'un dossier axé sur les gains en efficience en vertu de l'article 96, même lorsque la fusion engendre d'importants gains en efficience. Ainsi, le régime actuel manque de prendre en compte d'authentiques gains en efficience. Actuellement, il n'y a guère place à la prise en compte des gains en efficience engendrés par une fusion au moment de déterminer si cette fusion réduit sensiblement la concurrence, surtout à la lumière de l'observation faite par le Tribunal dans sa première décision à l'égard de l'affaire *Supérieur Propane*, voulant que dans le régime juridique actuel, « C'est manifestement l'intention du Parlement que, dans l'examen des fusionnements, les gains en efficience ne soient pris en considération que par rapport à l'article 96 et non relativement à l'article 92 ». (note 37, par. 137).

Parmi les défenseurs d'une approche traitant les gains comme des facteurs, nombreux sont ceux qui croient aussi qu'elle rapprocherait les lois du Canada de celles de ses grands partenaires commerciaux (p. ex., les États-Unis et l'Union européenne) et que plusieurs des raisons macroéconomiques qui avaient incité le Canada à adopter une approche distincte à l'égard des gains en efficience ont été dépassées par l'évolution du contexte économique mondial et, en particulier, la libéralisation du commerce.

Dans la plupart des régimes qui utilisent une approche par facteurs (p. ex., les États-Unis, l'Union européenne, le Royaume-Uni et l'Australie), il y a une forme d'exigence formelle que les gains en efficience soient transférés aux consommateurs ou leur procurent des avantages d'une forme ou l'autre.⁵⁴ Une telle exigence peut s'appliquer tant aux consommateurs intermédiaires qu'aux consommateurs finaux, et elle peut porter sur le court terme ou sur le long terme. Par conséquent, une variante de l'approche par facteurs consisterait à limiter les gains en efficience reconnus en vertu de l'article 93 à ceux qui sont transférés aux consommateurs.

Le principal avantage à intégrer dans l'analyse une exigence en matière d'avantages pour les consommateurs serait que l'on rendrait explicite ce qui est probablement déjà implicite. En vertu d'une approche fondée sur les facteurs, les gains en efficience qui sont normalement considérés sont ceux qui encouragent les parties fusionnées à réduire leur prix, augmenter leur production ou innover. Ces gains en efficience apporteront vraisemblablement des bénéfices aux consommateurs. Un désavantage possible serait qu'une telle exigence pourrait faire en sorte que les organismes de mise en application de la loi laisseraient de côté des gains en efficience qui ne procurent pas d'avantages à court terme aux consommateurs (voir à ce sujet la note 37 des lignes directrices des États-Unis sur les fusions, qui précise que les gains en efficience produisant des avantages à long terme se voient accorder moins de poids). Par exemple, des fusions qui produisent des économies de coûts fixes peuvent n'avoir aucun effet à court terme sur les prix, mais peuvent entraîner une rivalité accrue et des prix plus bas à long terme. Pareillement, de nombreux gains en efficience dynamique procurent des avantages aux consommateurs à long terme. Le libellé concernant tout critère en matière d'avantages pour les consommateurs devrait établir le cadre temporel dans lequel les avantages pour les consommateurs doivent être réalisés.

Fusions créant un monopole

Une troisième option serait de conserver la défense fondée sur les gains en efficience dans l'article 96, mais d'ajouter une exception explicite qui interdirait d'en bénéficier lorsqu'une fusion crée un monopole ou un quasi-monopole. La justification d'une telle modification a été évoquée par le juge Létourneau dans l'avis dissident qu'il a exprimé dans les deux appels de l'affaire *Supérieur Propane* devant la Cour fédérale d'appel. Le juge Létourneau a écrit que l'article 96 ne visait pas à autoriser la création de monopoles, puisque cela s'opposerait à l'objet de l'article 1.1 :

Toutefois, à mon avis, l'article 96 ne visait pas à autoriser la création de monopoles, car cela irait à l'encontre de l'objet défini à l'article 1.1. L'article ne visait pas à permettre les fusionnements entraînant des monopoles, par suite desquels, contrairement à l'article 1.1, la concurrence est éliminée, les petites et moyennes entreprises sont incapables d'entrer sur le marché ou d'y survivre et les consommateurs sont privés de prix concurrentiels.⁵⁵

⁵⁴ Le projet de loi C-249 aurait introduit dans le droit canadien une analyse par facteurs des gains en efficience, assortie d'une exigence explicite en matière d'avantages pour les consommateurs.

⁵⁵ Note 39, p. 335, par. 15 de l'opinion dissidente du juge Gilles Létourneau.

L'avantage à interdire l'application de la défense fondée sur les gains en efficience dans le cas d'une fusion créant un monopole ou un quasi-monopole serait de mieux tenir compte des buts de l'article 1.1 que dans l'issue de l'affaire *Supérieur Propane*. Les opposants de cette approche pourraient toutefois soutenir que lorsqu'une fusion produit en matière d'efficience des avantages si grands qu'ils surpassent et neutralisent les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence, elle *devrait* être autorisée peu importe l'ampleur des effets anti-concurrentiels dans la mesure où les gains en efficience neutralisent ces effets. De plus, il peut être argué que dans l'affaire *Supérieur Propane*, la Cour d'appel a estimé important que le Tribunal conserve la discrétion voulue pour évaluer dans toute affaire donnée la gamme complète des effets au sens de l'article 96, et que l'interdiction complète de l'invocation de la défense fondée sur les gains en efficience dans les cas de fusions créant un monopole éliminerait cette discrétion.

Une variante de l'interdiction complète serait de conférer au Tribunal des pouvoirs élargis en matière de mesures correctives dans les cas de fusions créant un monopole. L'avantage en serait de préserver la discrétion du Tribunal. Comme il est rédigé actuellement, l'article 96 interdit au Tribunal de rendre la moindre ordonnance de mesures correctives lorsque les gains en efficience engendrés par une fusion surpassent et neutralisent les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence.⁵⁶ Une solution de rechange serait de permettre qu'une défense fondée sur les gains en efficience serve à autoriser une fusion créant un monopole, mais à donner au Tribunal le pouvoir d'imposer des conditions ou autres mesures correctives suffisantes pour pallier les préoccupations concernant les conditions de monopole sur le marché. Sinon, ou de plus, cette option pourrait habiliter le Tribunal à imposer des mesures correctives qui réduisent les effets anticoncurrentiels d'une fusion créant un monopole, dans la mesure du possible sans entraver sensiblement les gains en efficience.

Comme on l'a vu dans la partie 1, des précurseurs partiels de cette approche se trouvaient dans les deux tentatives précédentes de modification de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (projets de loi C-42 et C-13). Selon ces projets de loi, l'exception au titre des gains en efficience n'aurait pas été appliquée dans le cas d'une fusion créant un monopole ou un quasi-monopole; au lieu, il aurait fallu qu'une commission rende une ordonnance à l'encontre de la fusion. Cependant, les deux projets de loi précisaient aussi qu'une fusion créant un monopole aurait pu être réalisée pourvu que les tarifs douaniers et autres entraves au commerce soient éliminés, de sorte que la diminution sensible de la concurrence aurait été neutralisée en raison de la concurrence des importations. (Voir aussi des précisions sur le projet de loi C-29 à la page 15. Ce projet de loi prévoyait un pouvoir conditionnel en matière d'ordonnances, mais sans référence aux fusions créant un monopole.)

⁵⁶ Mais voir l'opinion du juge Létourneau, note 43, par. 79, où il soutient que le Tribunal dispose en vertu de l'article 92 d'une discrétion suffisante pour rendre une ordonnance qui garantirait que la fusion ne crée pas des monopoles dans des régions données. Le juge Létourneau a insisté que « La réparation devrait être conçue de manière à corriger les problèmes créés par le fusionnement, sans compromettre, si possible, le fusionnement et les gains en efficience économique qui en découlent ».

Résultats de la fusion

Une autre option a trait aux résultats de la fusion. Les écrits à ce sujet soulignent le fait que de nombreuses fusions ne parviennent pas à réaliser les synergies et gains en efficience prévus. Il a été soutenu que ces études démontrent seulement que certaines fusions sont des succès et d'autres, non, et qu'elles ne devraient pas être pertinentes au moment où les fusions sont examinées – c'est-à-dire, elles ne devraient pas servir à diminuer les allégations de gains en efficience des parties.⁵⁷

En vertu de l'article 97 de la *Loi sur la concurrence*, le Bureau de la concurrence peut présenter au Tribunal de la concurrence une demande au titre de l'article 92 jusqu'à trois ans après qu'une fusion est en substance complétée. Si dans l'examen d'une fusion, les gains en efficience sont un facteur sur lequel le Bureau s'appuie initialement pour décider de ne pas contester la fusion, il conserve le pouvoir (à moins d'avoir délivré un certificat de décision préalable) de surveiller l'entité fusionnée après la fusion et de renvoyer l'affaire au Tribunal si les gains en efficience prévus ne sont pas réalisés.

Dans le contexte d'une défense fondée sur les gains en efficience au titre de l'article 96 cependant, ni le Tribunal ni le Bureau ne semblent être habilités à examiner la réalisation des gains en efficience par les parties en cause une fois que la fusion a été complétée (bien que le Bureau ait le pouvoir de contester des comportements anticoncurrentiels précis après une fusion, en vertu d'autres dispositions de la *Loi sur la concurrence* comme celle visant l'abus de position dominante).

L'option possible serait donc de modifier l'article 96 de façon à permettre au Tribunal de rattacher à sa conclusion une condition voulant que la défense fondée sur les gains en efficience ait été admise sous réserve d'une vérification après la fusion qui permettrait de déterminer si les gains en efficience ont été réalisés. Ceci permettrait la réouverture du dossier si les gains en efficience réalisés étaient sensiblement inférieurs à ceux qui étaient prévus.

Le principal avantage à l'introduction d'une exigence que les parties respectent leurs promesses en matière de gains en efficience serait une certitude accrue que les avantages promis pour ce qui est de rehausser l'efficience par la fusion soient effectivement réalisés. Un deuxième avantage possible a trait au fardeau incombant aux parties lorsqu'elles allèguent des gains en efficience. En particulier, il pourrait être moins difficile pour les parties de convaincre le Bureau ou le Tribunal des gains en efficience allégués lorsque le décideur concerné sait qu'il pourra vérifier la réalisation de ces gains après la fusion.

Le désavantage d'une approche où les parties sont tenues de démontrer que les gains en efficience prévus sont effectivement réalisées serait le revers de ses avantages : pour les parties fusionnantes, il y aurait après la fusion une incertitude du fait qu'une vaste gamme de raisons imprévisibles au moment où ils ont fait leurs allégations de gains en efficience pourraient les empêcher de les réaliser. Par ailleurs, le Bureau et le Tribunal devraient assumer un fardeau administratif important après la fusion, pour surveiller les transactions.

⁵⁷ W.J. Kolasky, « Effectively Advocating Efficiency Claims in Merger Review », *Antitrust Report* 3 (printemps 2003), p. 12.

Accords de spécialisation, entreprises à risques partagés et alliances stratégiques

Les gains en efficacité peuvent également être envisagés dans le cadre des propositions visant la création d'une disposition civile sur les alliances stratégiques. Le document de discussion sur l'article 45 publié en juin 2003 par le Bureau de la concurrence comprenait une proposition pour limiter l'interdiction criminelle à l'égard des ententes injustifiables. Selon cette proposition, une disposition civile sur les alliances stratégiques serait ajoutée aux dispositions de la Loi sur les pratiques susceptibles d'examen. La nouvelle disposition viserait les accords horizontaux et verticaux qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence ou qui le feraient vraisemblablement mais qui ne sont pas visés par la disposition criminelle. Le document de discussion sollicitait les commentaires du public sur la question de savoir si les gains en efficacité devaient être considérés comme un facteur dans la disposition civile sur les alliances stratégiques⁵⁸; le projet de disposition législative figurant à l'annexe 6 du document reprenait les gains en efficacité comme facteur pertinent à l'évaluation du fait qu'une alliance stratégique diminue sensiblement la concurrence. La disposition pertinente de l'annexe 6 intégrait une exigence en matière d'avantage pour les consommateurs semblable à celle proposée dans le projet de loi C-249. Elle se lisait comme suit :

79.11 (3) Lorsqu'il détermine, pour l'application du présent article, si un accord ou un arrangement empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants : [...]

h) le fait que l'accord ou l'arrangement a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui assureront des avantages aux consommateurs, y compris des prix compétitifs ou un choix de produits, et qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés en l'absence de l'accord ou de l'arrangement...

Dans son rapport final d'avril 2004 sur les consultations au sujet du document de discussion, le Forum des politiques publiques indiquait que les participants étaient en général d'accord que si l'article 45 devait être modifié, toute nouvelle disposition sur les alliances stratégiques devrait permettre la prise en compte des gains en efficacité. Il y avait toutefois une divergence d'opinions sur la meilleure façon de traiter des gains en efficacité, y compris sur la question de savoir s'ils devaient être un facteur ou une défense, et si l'exigence à l'égard des avantages des consommateurs proposée dans le document de discussion devait être retenue.⁵⁹

Les questions entourant la portée à donner au traitement des gains en efficacité sont identiques dans le contexte des alliances stratégiques et des fusions (voir ci-dessus). En particulier, il faut se demander si les gains en efficacité doivent être traités comme un facteur ou une défense, s'il doit y avoir une exigence en matière d'avantages pour les consommateurs dans le cadre de l'analyse des gains en efficacité, et si le facteur ou la défense des gains en efficacité doit pouvoir être

⁵⁸ Document de discussion, note 3, p. 17, question 39. La question 39 demande si les gains en efficacité doivent être considérés comme un facteur dans l'examen des fusions.

⁵⁹ Forum des politiques publiques, *Consultation nationale au sujet de la Loi sur la concurrence – Rapport final* (8 avril 2004), p. 18, et transcriptions des discussions en table ronde, disponibles dans le site Web du Forum des politiques publiques (www.forumpp.ca/competitionact/index_f.html).

invoqué lorsqu'un accord mène à une monopolisation ou une quasi-monopolisation d'une industrie par les parties à l'accord.

Si les gains en efficacité sont intégrés à une disposition civile sur les alliances stratégiques, il faudrait peut-être se demander si les articles 85 à 90 concernant les accords de spécialisation doivent être abrogés. Il serait aussi probablement nécessaire d'examiner les implications d'une telle proposition pour l'exception de l'article 95 à l'égard des entreprises à risques partagés.

Accords de spécialisation

Si une disposition civile sur les alliances stratégiques prévoyant une prise en compte des gains en efficacité devait être adoptée dans le cadre d'une réforme de l'article 45, les dispositions de la *Loi sur la concurrence* visant les accords de spécialisation (articles 85 à 90) ne seraient plus probablement nécessaires.

Il n'y a jamais eu de demande d'inscription d'un accord de spécialisation auprès du Tribunal de la concurrence. Une disposition civile sur les alliances stratégiques soigneusement rédigée serait vraisemblablement suffisamment vaste pour viser tous les types d'accords de spécialisation, les interdisant uniquement lorsqu'ils empêcheraient ou diminueraient sensiblement la concurrence, en tenant compte du facteur ou de la défense des gains en efficacité. Il faut noter que les accords de spécialisation sont généralement interdits dans l'Union européenne, mais que la Commission européenne a créé une exemption générale pour certaines catégories d'accords de spécialisation, y compris les accords réciproques et unilatéraux et les accords de production conjointe.⁶⁰

Par contre, on peut soutenir que les justifications économiques des dispositions sur les accords de spécialisation (en particulier la nécessité d'allonger les séries de production et de réduire les coûts unitaires) demeurent pertinentes dans certaines industries, et qu'il faut conserver des dispositions législatives précises à l'égard de tels accords. Si cette option était retenue, il pourrait être nécessaire d'envisager d'élargir la portée des dispositions sur les accords de spécialisation d'une façon qui encouragerait les parties à y recourir.

Exception pour les entreprises à risques partagés

L'article 95 de la *Loi sur la concurrence* permet les associations formées autrement que par l'intermédiaire d'une personne morale dans le but d'entreprendre un programme de recherche-développement qui autrement ne serait pas entrepris ou vraisemblablement pas entrepris et qui respecte certains critères précis. Bien que l'article 95 ne fasse aucune mention explicite des gains en efficacité, il intègre des concepts d'efficacité dynamique. Lorsque le projet de loi C-91, devenu la *Loi sur la concurrence*, a été présenté à la Chambre des communes, le ministre de la Consommation et des Corporations a évoqué l'exception pour les entreprises à risques partagés, et affirmé que celle-ci pourrait permettre des gains en efficacité en autorisant des entreprises associées temporairement à partager les grands risques assumés dans les projets exigeant d'importants investissements.⁶¹ L'article 95 se lit comme suit :

⁶⁰ Le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement. JO L 304 du 5 décembre 2000, p. 3.

⁶¹ *Débats de la Chambre des communes du Canada* (7 avril 1986), p. 11928.

95. (1) Le Tribunal ne rend pas d'ordonnance en application de l'article 92 à l'égard d'une association d'intérêts formée, ou dont la formation est proposée, autrement que par l'intermédiaire d'une personne morale, dans le but d'entreprendre un projet spécifique ou un programme de recherche et développement si les conditions suivantes sont réunies :

a) un projet ou programme de cette nature :

(i) soit n'aurait pas eu lieu ou n'aurait vraisemblablement pas lieu sans l'association d'intérêts,

(ii) soit n'aurait, en toute raison, pas eu lieu ou n'aurait vraisemblablement pas lieu sans l'association d'intérêts en raison des risques attachés à ce projet ou programme et de l'entreprise qu'il concerne;

b) aucun changement dans le contrôle d'une des parties à l'association d'intérêts n'a résulté ou ne résulterait de cette association;

c) toutes les parties qui ont formé l'association d'intérêts sont parties à une entente écrite qui impose à au moins l'une d'entre elles l'obligation de contribuer des éléments d'actif et qui régit une relation continue entre ces parties;

d) l'entente visée à l'alinéa c) limite l'éventail des activités qui peuvent être exercées conformément à l'association d'intérêts et prévoit sa propre expiration au terme du projet ou programme;

e) l'association d'intérêts n'a pas, sauf dans la mesure de ce qui est raisonnablement nécessaire pour que le projet ou programme soit entrepris et complété, l'effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence ou n'aura vraisemblablement pas cet effet.

(2) Il est entendu que le présent article ne s'applique pas à l'égard de l'acquisition d'éléments d'actif d'une association d'intérêts.

Le genre d'association actuellement visé par l'article 95 relèverait probablement de toute nouvelle disposition sur les alliances stratégiques, puisqu'une *entreprise à risques partagés* n'est qu'un accord ou arrangement entre deux ou plusieurs personnes en vue d'entreprendre une activité ou un projet précis. Ainsi, si une association au sens de l'article 95 devait empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal pourrait rendre une ordonnance l'interdisant.

Il faut examiner l'intérêt à conserver l'exception de l'article 95 pour les entreprises à risques partagés dans la mesure où elles ont trait aux fusions et à en créer une pour les alliances stratégiques. Par contre, le fait de conserver l'exception et éventuellement d'adopter une exception parallèle à l'égard de la disposition civile sur les alliances stratégiques favoriserait le genre de gains en efficacité initialement pris en compte dans l'article 95. Il reste qu'une disposition civile sur les alliances stratégiques soigneusement rédigée et prévoyant la prise en compte adéquate des gains en efficacité n'interdirait pas les entreprises à risques partagés rehaussant l'efficacité telles qu'elles sont envisagées dans l'article 95.

Questions importantes

L'évaluation des options proposées ci-dessus soulève de nombreuses questions, qui peuvent varier selon le cas. Le Bureau de la concurrence souhaite obtenir des commentaires sur les questions suivantes. Le Bureau de la concurrence invite aussi les parties intéressées à présenter des commentaires sur toute question ou option touchant les gains en efficacité qui n'a pas été expressément abordée dans le présent document.

Examen des fusions

1. Veuillez indiquer pour chaque option ce que vous appréciez et ce qui soulève des difficultés :

- Statu quo;
- Intégration aux facteurs de l'article 93;
- Fusions créant un monopole;
- Résultats de la fusion.

2. Veuillez indiquer quelle option supporte le mieux les objectifs de la Loi, tel que décrits à l'article 1.1 :

[...] préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

3. Plusieurs juridictions étrangères ont récemment revu leur politique en matière de fusion et ont examiné le rôle des gains en efficacité dans ce contexte. Quelles leçons tirées de l'examen de nos homologues étrangers peuvent guider le Canada dans son propre examen (p.ex., quant à savoir si les gains en efficacité sont recevables ou vérifiables, ou si les gains en efficacité doivent être transmis aux consommateurs)?

4. Dans le cadre de l'évaluation des fusions, les types de gains en efficacité généralement pris en compte devraient-ils varier selon les diverses options? Les types de gains en efficacité généralement exclus devraient-ils être différents entre les options (p. ex., les économies résultant d'une réduction de la production, les gains qui relèvent d'une redistribution de la richesse, les gains qui seraient vraisemblablement réalisés par d'autres moyens)?

5. L'article 96 prévoit un compromis qui exige que les gains en efficacité *surpassent et neutralisent* les effets anticoncurrentiels. L'article 93 n'exige pas explicitement un tel équilibre. L'ampleur des gains en efficacité requis pour obtenir une exception devraient-ils varier entre les options?

6. Il faut prévoir que toute évaluation des gains en efficacité est très complexe et exige une preuve complexe à l'appui des gains allégués. Quelles sont les implications des diverses approches proposées en ce qui concerne la preuve à présenter?

7. Doit-on continuer de considérer les augmentations importantes de la valeur réelle des exportations ou une substitution importante des importations dans l'évaluation des gains en efficacies?
8. Doit-on considérer les gains en efficacies réalisés dans un ou des marchés autres que le marché pertinent?
9. Quelles est votre option préférée? Pourquoi?
10. En ce qui concerne plus spécialement l'option d'adopter une approche axée sur les facteurs à l'égard de l'article 93 :
 - a. Devrait-il y avoir un examen obligatoire des gains en efficacies dans l'évaluation générale de la fusion, ou les gains en efficacies devraient-ils être un facteur discrétionnaire comme les autres facteurs?
 - b. Le cadre temporel dans lequel l'analyse d'une fusion est menée en vertu de l'article 93 (habituellement deux ans) devrait-il limiter la prise en compte des gains en efficacies prévus au même délai? Dans ce cas, la pertinence des économies de coûts fixes devrait-elle être limitée?
11. Avez-vous des commentaires supplémentaires?

Accords de spécialisation, entreprises à risques partagés et alliances stratégiques

12. Comment les gains en efficacies devraient-ils être pris en compte en vertu d'une nouvelle disposition civile sur les alliances stratégiques?
13. Êtes-vous d'accord qu'une nouvelle disposition civile sur les alliances stratégiques prévoyant la prise en compte des gains en efficacies remplace les dispositions sur les entreprises à risques partagés et sur les accords de spécialisation?
14. Quels types de gains en efficacies seraient-ils pris en compte en vertu d'une nouvelle disposition civile sur les alliances stratégiques?
15. Avez-vous des commentaires supplémentaires?

Annexe A : Que sont les gains en efficience dans le cadre de l'examen des fusions?

Le texte suivant se penche sur l'aspect économique des gains en efficience dans le cadre de l'examen des fusions. La première partie décrit brièvement trois catégories de gains en efficience. La seconde partie passe en revue les implications des gains en efficience pour les critères liés au bien-être et la méthode employée dans l'examen d'une fusion. La troisième partie donne un échantillon de nouvelles percées où les efficiences peuvent être réalisées dans des domaines autres que l'examen des fusions.

Catégories de gains en efficience

Les fusions peuvent soit diminuer, soit augmenter l'efficience de l'économie.⁶² Il y a trois grandes catégories de gains en efficience : les gains liés à la répartition des ressources; les gains liés à la production; et les gains en efficience dynamique. Une fusion est réputée entraîner des « gains en efficience » lorsqu'elle rehausse l'efficience de la production ou l'efficience dynamique.

Efficience de la répartition des ressources

Les gains en efficience dans la répartition des ressources sont mesurés d'après le degré auquel des ressources disponibles pour l'économie sont affectées à leur utilisation revêtant la plus grande valeur. Les fusions qui créent, rehaussent ou consolident une puissance commerciale entraînent une incitation à augmenter les prix et les bénéfices en réduisant la production.⁶³ Un tel cas de recours à la puissance commerciale a tendance à fausser les prix et, par conséquent, incite artificiellement les consommateurs à réduire leur consommation et les producteurs à limiter la quantité de produits qu'ils proposent.⁶⁴ Le tout entrave la consommation de biens et services qui

⁶² Les fusions peuvent aussi mener à des transferts de revenus – par exemple des consommateurs aux actionnaires. L'analyse présentée dans la présente section examine d'abord l'effet sur l'efficience, puis l'effet des éventuels transferts de revenus.

⁶³ En général, lorsqu'il s'agit d'évaluer les effets d'une fusion, les principales questions retenant l'attention sont les prix et la production. Dans certains cas toutefois, d'autres aspects de la concurrence – comme la qualité, le choix de produits, le service et l'innovation – peuvent aussi être importants. Pour simplifier la discussion, le terme *prix* englobe dans la présente annexe tous les aspects pertinents du comportement d'une entreprise, y compris par exemple aussi bien une réduction de la qualité, du choix de produits, du service ou de l'innovation qu'une augmentation du prix nominal.

⁶⁴ En d'autres termes, les prix du marché (étant entendu que « prix » englobe toutes les dimensions pertinentes) constituent un moyen efficace d'agrégation de l'information et de coordination des décisions économiques. (Une discussion utile de ce rôle des marchés figure dans Fredrick von Hayek, « The Use of Knowledge in Society » (l'utilisation de la connaissance dans la société), *American Economic Review* 35 (1945), p. 519.) Par exemple, lorsque le coût d'une ressource ou d'un intrant augmente en raison de facteurs externes (p. ex., la météo, une pénurie), le changement qui en résulte dans le prix signale aux producteurs et aux consommateurs de restreindre leur consommation de cette ressource désormais plus dispendieuse. Les augmentations de prix dues à une puissance commerciale ont tendance à entraver cette fonction de « signal au marché » et par conséquent à perturber la « répartition » des ressources économiques.

engendrent une plus grande valeur dans leur consommation que le coût des ressources réelles entrant dans l'offre.⁶⁵

L'effet d'une fusion sur l'efficacité de la répartition des ressources se mesure d'après son effet sur la somme des surplus des producteurs et des consommateurs (que l'on appelle souvent « perte sèche »).⁶⁶ L'importance de l'effet dépend de la mesure dans laquelle les parties à la fusion augmentent les prix ou limitent autrement la concurrence. Ce phénomène dépend à son tour de la puissance commerciale et, à un certain degré, de l'effet de la fusion sur l'efficacité de la production et l'efficacité dynamique.⁶⁷ Les effets d'une fusion en matière de perte sèche comprennent les éléments suivants :

- diminution du surplus des consommateurs par suite de réductions de la production;
- diminution du surplus des producteurs résultant d'une puissance commerciale préexistante;
- toute diminution prévue des surplus des consommateurs et des producteurs dans des marchés interreliés.⁶⁸

Le concept d'efficacité de la répartition des ressources s'applique autant à l'aspect prix qu'aux autres aspects de la concurrence.⁶⁹ Par exemple, si une fusion est susceptible d'entraîner le retrait d'un produit du marché, le coût en matière d'efficacité de la répartition des ressources correspondrait à la valeur que les consommateurs attachent à la variété des produits, moins les économies de ressources réelles réalisées en réduisant la variété.⁷⁰

⁶⁵ Ce paragraphe décrit le cadre analytique servant à évaluer la puissance commerciale dans la perspective du vendeur d'un produit ou service. Ce cadre s'applique aussi bien à l'évaluation de la puissance commerciale d'acheteurs d'un produit ou service. La puissance commerciale des acheteurs est l'aptitude d'une seule entreprise ou d'un seul groupe d'entreprises de faire baisser de façon rentable les prix payés aux vendeurs (par exemple, en réduisant la quantité d'intrants achetés) à un niveau inférieur à celui du prix concurrentiel (ce que l'on appelle souvent « pouvoir de monopsonie »). Les effets économiques d'une telle puissance sur l'efficacité de la répartition des ressources sont symétriques.

⁶⁶ L'effet sur l'efficacité de la répartition des ressources est une somme nette. Il correspond à une quantification des avantages associés à la consommation dans un marché (en termes d'« utilité »), déduction faite des coûts d'option associés aux ressources requises.

⁶⁷ De tels gains en efficacité peuvent non seulement entraîner des économies de ressources de production, mais aussi augmenter l'incitation de l'entité fusionnée à livrer concurrence. C'est ce qui se produirait par exemple si les gains en efficacité de la production ou en efficacité dynamique réduisaient les coûts variables.

⁶⁸ Lorsque les produits achetés par l'entreprise fusionnante comprennent des biens intermédiaires qui servent d'intrants pour d'autres produits, des augmentations de prix des biens intermédiaires peuvent mener à des inefficiences de la répartition des ressources dans d'autres marchés.

⁶⁹ Ces effets non liés aux prix peuvent être difficiles à quantifier. Par exemple, une fusion peut réduire le choix de produits en éliminant un produit qui aurait pu être lancé n'eût été de la fusion. Le lancement d'un nouveau produit est l'équivalent économique d'une réduction du prix d'un niveau prohibitif (auquel la demande est nulle) jusqu'au niveau de l'équilibre. Il est foncièrement impossible d'observer ce phénomène, que ce soit au plan quantitatif ou au plan qualitatif : il n'existe tout simplement ni données ni expérience qualitative y correspondant.

⁷⁰ Supposons par exemple que pour les consommateurs et les producteurs, la valeur brute engendrée par l'existence d'une variété de produits est de 100 \$ et que le coût des ressources réelles requises pour la produire est de 30 \$. Avant la fusion, la somme des surplus des producteurs et des consommateurs créés par cette variété est de 70 \$. Si les parties à la fusion choisissent d'éliminer cette variété, elles créent un effet négatif de 70 \$ en termes d'efficacité de la répartition des ressources.

Efficienc e de la production

Une fusion peut aussi donner à une entreprise la possibilité de modifier la façon dont elle utilise des intrants (comme la main-d'œuvre et le capital) de façon à produire des extrants. L'efficienc e de la production est au maximum lorsqu'un niveau donné d'extrants est produit au coût minimum en ressources réelles (ce que l'on appelle parfois le coût d'option minimum).⁷¹

En général, pour qu'une fusion améliore l'efficienc e de la production, elle doit :

- permettre à l'entreprise d'atteindre l'échelle efficace minimale d'une façon qui n'est pas possible au moyen de la croissance interne (p. ex., dans un marché en déclin);
- permettre une rationalisation de la production des entreprises à coûts élevés vers des entreprises à coûts faibles;
- augmenter l'incitation ou l'aptitude de la direction de l'entreprise de réduire les coûts.

Les gains en efficienc e de la production comprennent les éléments suivants :

- réduction des coûts variables et des coûts fixes à l'échelle du produit, de l'usine ou du groupe d'usines;⁷²
- économies associées à l'intégration de nouvelles activités au sein de l'entreprise;⁷³
- économies découlant du transfert de techniques de production supérieures et de savoir-faire entre les parties à la fusion.⁷⁴

Les fusions qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence peuvent aussi réduire l'efficienc e de la production puisque les ressources sont dissipées par une inefficienc e en X et d'autres distorsions.⁷⁵ Par exemple, une inefficienc e en X peut survenir lorsque des entreprises sont isolées de la pression de la concurrence sur le marché qui les pousse à déployer un maximum d'efforts pour être efficaces. Il peut aussi y avoir des coûts, par exemple en réoutillage, qui doivent être engagés pour tirer parti de gains en efficienc e. L'effet global de la

⁷¹ Les gains en efficienc e sont évalués selon leur valeur actuelle pour prendre en compte les différences dans le moment où ils sont réalisés.

⁷² Les économies de coûts variables autant que de coûts fixes sont pertinents à l'analyse parce que les deux créent un surplus du producteur, bien que seules les économies de coûts variables (c.-à-d. les économies de coûts marginaux) incitent l'entreprise à réduire les prix.

⁷³ Ces économies comprennent la réduction des coûts de transaction associés à la passation de marchés à l'égard des intrants, de la distribution et des services qui étaient auparavant exécutés par des tiers.

⁷⁴ De telles améliorations de l'efficacité de la diffusion de techniques de production supérieures et de savoir-faire dans l'ensemble de l'industrie peuvent être considérées comme relevant soit de l'efficienc e de la production, soit de l'efficienc e dynamique. L'efficienc e de la production est plutôt axée sur les effets du transfert de techniques de production supérieures et de savoir-faire sur les coûts de l'entreprise, tandis que l'efficienc e dynamique est plutôt centrée sur l'incitation à répartir la quantité efficace de ressources en vue de créer les techniques de production supérieures ou le savoir-faire et de les adapter (ou de faire autrement le nécessaire pour les rendre accessibles) en vue de les appliquer.

⁷⁵ L'inefficienc e en X désigne habituellement la différence entre l'efficienc e maximale (ou théorique) réalisable par une entreprise et l'efficienc e réelle obtenue.

fusion sur l'efficacité de la production est la somme des gains moins les pertes (p. ex., l'inefficacité en X) et les autres coûts.

Les gains en efficacité de la production peuvent toucher soit les coûts fixes, soit les coûts variables. Lorsque l'effet des gains en efficacité de la production est positif, les économies qui en découlent dans les coûts variables incitent les entreprises à réduire les prix (ou à rendre leur offre de produits plus attrayante à d'autres égards). Ainsi, en plus d'économiser des ressources et ainsi augmenter la richesse de l'économie dans son ensemble, de telles économies des coûts variables atténuent tout effet négatif de la fusion sur l'efficacité de la répartition des ressources.⁷⁶ Les économies en coûts fixes, par définition, n'incitent pas à réduire les prix à court terme. En revanche, elles réduisent le coût moyen et peuvent ainsi avoir à long terme des effets positifs sur la répartition des ressources.⁷⁷

L'efficacité dynamique

L'efficacité dynamique comprend les effets d'une fusion sur le lancement de nouveaux produits, la création de procédés de production plus efficaces et l'amélioration de la qualité du produit et du service. En particulier, l'efficacité dynamique renvoie à l'efficacité du cadre de prise des décisions au fil du temps. Par exemple, l'efficacité dynamique exige que des incitations adéquates existent à la prise de décisions pour le long terme, comme celles visant l'investissement et le lancement de nouveaux produits. Elle exige également que les effets des décisions au cours d'une période donnée soient pris en compte pour les périodes futures. Les effets probables d'une fusion sur l'efficacité dynamique sont habituellement extrêmement difficiles à mesurer, en partie parce que leur matérialisation n'est pas assurée⁷⁸ et que lorsqu'ils se matérialisent, ce n'est souvent qu'après de nombreuses années. Les fusions qui empêchent ou réduisent sensiblement la concurrence peuvent réduire le rythme des inventions, de l'évolution technologique et de l'adoption de nouvelles technologies, avec comme résultat la perte d'un surplus économique potentiel.

Les gains en efficacité dynamique peuvent avoir des répercussions sur d'autres catégories de gains en efficacité. Si une fusion rehausse ou mine l'efficacité avec laquelle de nouveaux produits novateurs sont lancés sur le marché, ces nouveaux produits atténueront ou accentueront en conséquence les effets sur les gains en efficacité de la répartition des ressources produits par

⁷⁶ L'importance de l'effet produit sur l'efficacité de la répartition des ressources dépend de la mesure dans laquelle les parties à la fusion augmentent les prix (ou réduisent autrement la concurrence). L'effet de tout gain en efficacité de la production qui réduit les coûts variables doit être intégré à cette analyse.

⁷⁷ Toutes les réductions des coûts fixes ne correspondent pas à des gains en efficacité de la production. Par exemple, si une fusion dans une industrie au sein de laquelle les entreprises ont besoin d'équipement spécialisé qui n'a de valeur pour aucune autre fin permet aux entreprises d'employer une seule de ces machines plutôt que deux, l'élimination du dédoublement donne lieu à un gain en efficacité nul. De façon plus générale, en vertu de la définition économique des gains en efficacité, la valeur des ressources économisées grâce à une fusion doit être évaluée en fonction de son « coût d'option ».

⁷⁸ Une fusion qui produit un effet sur l'efficacité dynamique peut souvent faire que la probabilité selon laquelle l'innovation se produira sera différente que sans la fusion. L'évaluation de la valeur de tels changements pour les consommateurs est fonction, par exemple du degré d'aversion pour le risque.

la fusion.⁷⁹ De même, si une fusion rehausse ou mine l'efficacité avec laquelle de nouvelles techniques de production plus économiques sont adoptées, ces nouvelles techniques atténueront ou accentueront en conséquence les effets sur les gains en efficacité de la répartition des ressources produits par la fusion.

Critères liés au bien-être et méthode employée dans l'examen d'une fusion

La prise en compte des critères liés au bien-être s'impose parce que par définition, les gains en efficacité font abstraction des effets de répartition des revenus. Lorsque des gains en efficacité positifs et négatifs sont additionnés, un éventuel effet négatif sur la répartition des revenus peut être occulté.⁸⁰ Pour être complète, une analyse doit donc dépasser la quantification des effets sur l'efficacité et prendre en compte les conséquences pour le « bien-être » de la redistribution des revenus.

Dans le passé, les experts antitrust ont fait la distinction entre les effets d'une fusion sur l'efficacité de la répartition des ressources et les gains en efficacité (c.-à-d. les gains en efficacité de la production et les gains en efficacité dynamique). Ce modèle convenait raisonnablement aux défis que devait relever l'économie canadienne dans les années 1970 et 1980. À cette époque, on se préoccupait du fait que les tarifs douaniers canadiens pouvaient favoriser des industries canadiennes inefficaces.⁸¹ Compte tenu de la situation économique, le Conseil économique du Canada, entre autres, soutenait que la politique à l'égard des fusions devait être conçue de façon à ne pas faire obstacle à la réalisation d'économies d'échelle.⁸² Cette démarche assimilait habituellement l'effet d'une augmentation des prix due à l'exercice d'une puissance commerciale à l'effet d'un gain en efficacité liée à la répartition des ressources. Lorsqu'un effet négatif pouvait être démontré, les pertes étaient considérées en regard de tout gain en efficacité.⁸³

⁷⁹ La puissance commerciale donne une incitation à l'entreprise de produire moins au moyen d'une innovation donnée, et donc réduit l'avantage net de l'innovation pour l'économie dans son ensemble. En même temps cependant, une fusion peut favoriser l'efficacité dynamique si elle permet à l'entité fusionnée d'améliorer l'aptitude des entreprises à s'approprier un rendement correspondant aux avantages engendrés pour la société par des activités efficaces au plan dynamique, d'éviter le dédoublement engendré par le caractère « tout ou rien » de certaines « courses à l'innovation » ou d'atteindre l'échelle nécessaire pour assumer les coûts minimaux de recherche-développement.

⁸⁰ Par exemple, une fusion qui réduit de 100 \$ l'efficacité de la répartition des ressources mais permet des gains en efficacité de 120 \$ a le même effet *net* sur le bien-être qu'une fusion qui augmente de 20 \$ l'efficacité de la répartition des ressources mais ne permet aucun gain en efficacité. Ces deux fusions peuvent pourtant produire des effets très différents sur les revenus.

⁸¹ En particulier, Eastman et Stykolt (1967) ont soutenu qu'une loi faible sur la concurrence combinée à une protection tarifaire a permis aux entreprises d'augmenter les prix au-delà des niveaux concurrentiels jusqu'à un peu moins du prix comprenant le montant des tarifs et donc de soutirer des bénéfices de monopole. De tels prix ont encouragé des entreprises inefficaces à pénétrer le marché et fait en sorte que les entreprises fonctionnent à une échelle trop faible pour être efficaces.

⁸² Il importe de noter qu'en même temps, la libéralisation du commerce international a rehaussé le rôle de la concurrence internationale. Ainsi, les effets nuisibles sur l'efficacité de la répartition des ressources dus à des augmentations de la concentration sur le marché canadien seraient sans doute temporaires, puisque la libéralisation du commerce élargirait vraisemblablement les marchés géographiques à l'avenir.

⁸³ Il était habituellement supposé que les effets sur l'efficacité de la production et l'efficacité dynamique étaient positifs.

Depuis quelques années, des préoccupations sont apparues quant à la possibilité qu'une fusion produisant un effet négatif sur l'efficacité de la répartition des ressources mais aussi un effet positif plus important sous forme de gains en efficacité puisse aussi nuire à la répartition des revenus.⁸⁴ Trois façons d'aborder les critères liés au bien-être ont été proposées aux fins de l'examen des fusions : le surplus total; les pondérations d'équilibrage; et le surplus des consommateurs.

Le surplus total

Dans l'approche fondée sur le surplus total, une fusion serait autorisée s'il peut être démontré qu'au total, le surplus des producteurs et des consommateurs augmenterait. L'approche du surplus total est la plus libérale en matière de critères du bien-être.

L'implication de cette approche est que les fusions transférant de la richesse des consommateurs aux actionnaires sont autorisées. Comme le démontrent Ross et Winter (2003), l'approche du surplus total ne peut guère trouver d'assises solides en science économique.⁸⁵ Ils notent que le fait d'accorder une pondération égale au surplus des consommateurs et au surplus des producteurs est un jugement de valeur qui ne concorde pas nécessairement avec la progressivité générale de la politique économique canadienne.

Les pondérations d'équilibrage

En vertu du critère des pondérations d'équilibrage, une fusion serait autorisée uniquement s'il peut être démontré qu'elle augmenterait la somme pondérée du surplus des producteurs et du surplus des consommateurs. Il s'agit d'une « pondération d'équilibrage » parce que tout critère qui reconnaît des effets en matière de transfert des revenus accorde implicitement une pondération supérieure aux revenus d'une personne qu'à ceux d'une autre.⁸⁶

La difficulté consiste à déterminer quelle devrait être au juste la « pondération ».⁸⁷ Ross et Winter (2003) soutiennent que la pondération devrait être harmonisée avec d'autres éléments de la politique économique canadienne. Faute de preuve que la politique à l'égard des fusions est un

⁸⁴ En général, toute situation où les gains en efficacité d'un type servent à compenser des gains en efficacité d'un autre type peut avoir des effets implicites de redistribution des revenus. Par exemple, une fusion qui réduit l'efficacité de la répartition des ressources (en augmentant les prix) ou l'efficacité de la production (en augmentant les coûts) mais qui augmente aussi l'efficacité dynamique en menant à une plus grande innovation peut redistribuer les revenus des consommateurs actuels aux consommateurs plus jeunes qui ne consomment peut-être pas aujourd'hui mais qui voudront à l'avenir les nouveaux produits innovateurs.

⁸⁵ Tom Ross et Ralph Winter, «Canadian Merger Policy Following Superior Propane», *Canadian Competition Record* (Été 2003), p.7.

⁸⁶ Le rejet de l'approche du surplus total (qui accorde une pondération égale aux revenus de toutes les parties de l'économie) signifie inévitablement l'acceptation d'un autre ensemble de pondérations du revenu des particuliers dans la société. Tout critère du bien-être est foncièrement arbitraire (théorème de l'impossibilité d'Arrow). Cependant, la décision d'autoriser ou d'interdire une fusion produit ces effets, de sorte que la politique à l'égard des fusions intègre implicitement une certaine pondération.

⁸⁷ C'est là une question difficile parce qu'elle exige énormément de débats et de réflexion en vue de déterminer la façon adéquate d'établir la pondération (il faudrait des lignes directrices détaillées).

moyen plus efficace de réaliser l'objectif de fond de protéger les revenus des Canadiens moins à l'aise, cette politique ne devrait pas être plus progressive que d'autres aspects de la politique économique canadienne. En fin de compte, les pondérations devraient être déterminées d'après les circonstances en cause. En termes pratiques, l'approche fondée sur les pondérations d'équilibrage exige que les avantages totaux pour l'économie canadienne surpassent les pertes d'efficacité dans une mesure correspondant à l'importance du transfert de richesse causé par l'augmentation des prix – ce qui a pour effet de monter la barre dans ce genre d'analyse.

Surplus des consommateurs

Dans l'approche fondée sur le surplus des consommateurs, aucune fusion qui augmenterait les prix payés par les consommateurs (et donc qui réduirait le surplus des consommateurs) ne serait autorisée au titre des gains en efficacité.⁸⁸ Les arguments fondés sur les gains en efficacité ne seraient reçus que dans le cadre de l'analyse visant à déterminer si la fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence.

L'avantage de cette approche est qu'elle interdit toutes les fusions qui nuisent aux Canadiens à faible revenu qui sont des consommateurs mais non des actionnaires. Elle est aussi plus simple à appliquer que l'approche fondée sur les pondérations d'équilibrage. Il n'y a pas à débattre des pondérations : la pondération du surplus des producteurs est fixée à zéro, quelles que soient les circonstances en cause (c.-à-d., si le bien en cause est un luxe ou une nécessité).

La faiblesse de l'approche fondée sur le surplus des consommateurs est qu'elle laisse de l'information de côté – c'est le revers de son avantage. On peut soutenir qu'un critère moins contraignant (se situant entre le maximum sous-tendant le critère du surplus total et le minimum sous-tendant le critère du surplus des consommateurs) serait plus adéquat en regard de la taille relative de l'économie canadienne. En outre, on peut soutenir qu'il y a certains biens de luxe à l'égard desquels un transfert de richesse des consommateurs aux actionnaires peut être perçu comme étant neutre (ou même positif).

Gains en efficacité réalisés dans d'autres dimensions

Au cours de la dernière décennie, il y a eu une révolution dans notre façon de comprendre comment, dans des marchés imparfaitement concurrentiels, diverses stratégies des entreprises (y compris les fusions, les coentreprises et diverses pratiques en matière de passation de contrats et d'organisation interne) peuvent être exploitées. Ces concepts ont été fermement intégrés à ceux de l'organisation industrielle et de la théorie des jeux par de nombreux économistes et notamment John Nash. En 1994, celui-ci a remporté conjointement avec John Harsanyi et Reinhard Selton un prix Nobel honorant ses travaux. Des recherches plus récentes ont tiré parti de ces progrès techniques pour démontrer comment les incitations du marché conditionnent le comportement économique en vue d'arriver à l'efficacité dans de nombreuses dimensions. Parmi ces recherches figurent les suivantes.

⁸⁸ Maximiser le surplus des consommateurs équivaut à évaluer les fusions selon leur effet probable sur les prix. Ces critères sont donc examinés ensemble dans le présent document.

Concurrence en réseau et standardisation des produits : De nombreux travaux récents ont illustré que l'intégration ou le développement d'un réseau augmente la valeur du réseau pour les particuliers qui en font déjà partie. La standardisation des produits entraîne des gains semblables.

Organisation efficace de l'entreprise à la lumière des coûts de l'information et des transactions : Le caractère privé de l'information et le fait que les contrats soient imparfaits peuvent limiter l'aptitude des particuliers à recourir à des contrats sans lien de dépendance pour établir des dispositions mutuellement avantageuses. Ainsi, il a été démontré que la participation directe au capital – par le biais de coentreprises, d'intégration verticale, de contrats à long terme ou de fusions – peut pallier une lacune du marché imputable aux coûts des transactions entre entités autonomes.

Utilisation efficace du capital intangible propre à une entreprise : Le capital intangible comme une marque, une réputation de qualité, les connaissances acquises grâce à l'expérience ou le savoir-faire exige généralement d'importants investissements initiaux; en revanche, son exploitation n'entraîne que des coûts marginaux très faibles, voire nuls. Diverses formes de prises de participation, de contrats restrictifs ou d'accords de licence peuvent favoriser une utilisation optimale de ces actifs productifs.

Innovation et investissement dans le capital intangible : L'innovation et les investissements dans le capital intangible comme les noms de marque, les réputations ou le savoir-faire exigent souvent des perspectives à très long terme. La concurrence technologique offre souvent de fortes incitations à investir et à innover, mais en même temps, une appropriabilité imparfaite et des courses « quitte ou double » à l'innovation peuvent mener à des inefficiences que peuvent pallier des fusions ou des transactions semblables.

Investissement dans le capital physique : Les investissements dans le capital physique sont souvent indivisibles. Des investissements optimaux peuvent exiger une grande échelle par rapport au marché. Lorsque les coûts des transactions limitent l'aptitude des entreprises à recourir à des contrats sans lien de dépendance, des fusions ou des arrangements semblables peuvent favoriser l'efficacité.

Spécialisation de la production et production multi-établissements : En présence d'une concurrence imparfaite, les décisions concurrentielles des entreprises quant au niveau de production ou au nombre de variantes à produire peuvent entraîner une spécialisation insuffisante. Des fusions ou des arrangements semblables peuvent favoriser l'efficacité.

Diversification et efficacité des décisions en présence de risques : Les décisions quant à l'entrée sur un marché supposent généralement de l'incertitude et des risques, et les résultats *ex post* peuvent être moins qu'optimaux en ce qui concerne la structure du marché. Ainsi, les fusions ou autres arrangements semblables (y compris le départ ou la faillite) peuvent favoriser l'efficacité. En outre, des dispositions contractuelles (par exemple sur les marchés des contrats à terme) peuvent permettre de répartir les risques.

Annexe B : Les gains en efficacités sous d'autres régimes

États-Unis

Aux États-Unis, la *Clayton Act* interdit les fusions qui «(traduction) dans tout domaine du commerce ou dans toute activité touchant le commerce dans quelque région que ce soit du pays peuvent diminuer sensiblement la concurrence ou créer un monopole». ⁸⁹ La loi américaine ne prévoit aucune défense fondée sur les gains en efficacité.

Jurisprudence

La Cour suprême des États-Unis a tranché à l'égard d'allégations de gains en efficacité dans trois affaires, remontant toutes aux années 1960.

En 1962, dans l'affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, la Cour a reconnu qu'une fusion de fabricants et de détaillants de souliers concurrents engendrerait des gains en efficacité et produirait des avantages aux consommateurs sous forme de prix réduits. ⁹⁰ Cependant, elle a jugé que la nécessité de promouvoir la concurrence par la protection des petits concurrents locaux importait davantage que tout avantage éventuel au titre des gains en efficacité :

[TRADUCTION]

Le Congrès a tenu compte du fait que des coûts et des prix quelquefois supérieurs peuvent découler du maintien d'industries et de marchés fragmentés. Il a fait la part des choses en faveur de la décentralisation. Nous devons faire suite à cette décision. ⁹¹

Un an plus tard, dans *United States v. Philadelphia National Bank*, ⁹² la Cour suprême des États-Unis a semblé rejeter toute possibilité d'allégations de gains en efficacité, bien que le sens précis de ce précédent ait fait l'objet de polémiques. ⁹³ Ensuite, dans l'affaire *Procter & Gamble* de 1967, la Cour a expressément statué que les gains en efficacité n'étaient pas une défense à l'égard d'une fusion anticoncurrentielle :

[TRADUCTION]

Les éventuelles économies ne peuvent pas servir de défense face à l'illégalité. Le Congrès était conscient du fait que certaines fusions qui réduisent la

⁸⁹ §7 Clayton Act, 15 U.S.C. § 18.

⁹⁰ 370 U.S. 294 (1962), p. 344.

⁹¹ Ibid.

⁹² 374 U.S. 321 (1963).

⁹³ Pour une discussion détaillée des aspects de cette affaire liés aux gains en efficacité, voir R. Schlossberg, dir., *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, 2^e éd. (American Bar Association Publishing, 2004), p. 179 à 180. Voir aussi la discussion de cette affaire dans *FTC v. University Health Inc.*, 938 F. 2d (11th Circ. 1991), p. 1222.

concurrence peuvent aussi produire des économies, mais il a tranché en faveur de la protection de la concurrence.⁹⁴

Malgré l'hostilité de la cour aux gains en efficacité à cette époque, divers tribunaux inférieurs ont reconnu au cours des années suivantes que les gains en efficacité sont pertinents à l'examen des fusions. En particulier, il y a eu de nombreux cas dans la dernière décennie où les tribunaux américains ont tenu compte des gains en efficacité. La section antitrust de l'American Bar Association résume comme suit l'état actuel de la jurisprudence :

[TRADUCTION]

La majorité des tribunaux ont considéré les gains en efficacité comme un moyen de réfuter la preuve *prima facie* du gouvernement qu'une fusion mènera à une limitation de la production ou à une augmentation des prix. Ces tribunaux ont toutefois en général jugé les preuves de gains en efficacité inadéquates pour justifier la réfutation de la preuve du gouvernement.⁹⁵

Aux États-Unis, une preuve *prima facie* peut être établie à l'encontre d'une fusion (c.-à-d. une présomption qu'une fusion est illégale) au moyen de données sur les parts de marché et la concentration après la fusion. Cette présomption peut être surmontée en démontrant qu'aucune diminution sensible de la concurrence n'est probable, en tenant compte de facteurs comme les obstacles à l'entrée et à la sortie, la concurrence subsistante ou les gains en efficacité.

Les tribunaux américains ont été disposés à prendre les gains en efficacité en considération dans le cadre d'une évaluation intégrée du risque qu'une fusion diminue sensiblement la concurrence – c'est-à-dire en tant que facteur dans l'examen d'une fusion. En appliquant cette approche, les tribunaux américains ont par ailleurs statué qu'une fois déterminé qu'une fusion diminuerait bel et bien la concurrence, les économies prévues, peu importe leur importance, n'isoleraient pas la fusion d'une contestation en vertu de l'article 7.⁹⁶ Cependant, le Barreau souligne également que certains tribunaux américains semblent admettre la possibilité que les allégations de gains en efficacité servent de défense à l'égard d'une fusion déjà jugée anticoncurrentielle plutôt que simplement comme moyen de réfuter la preuve *prima facie* du gouvernement – bien qu'en aucun cas un tribunal n'ait autorisé en raison de gains en efficacité une fusion par ailleurs anticoncurrentielle.⁹⁷

Les tribunaux américains qui ont tenu compte des allégations de gains en efficacité ont aussi imposé l'exigence que les économies associées à ces gains profitent aux consommateurs sous forme de prix réduits ou de qualité améliorée.⁹⁸

⁹⁴ *FTC v. Procter & Gamble Co.* 386 U.S. 568 (1967), p. 580. Dans le même ordre d'idées, voir aussi la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *U.S. vs. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963), p. 371.

⁹⁵ Schlossberg, note 93, p. 185.

⁹⁶ *FTC v. University Health Inc.*, n° 52, p. 1222, note 93. Dans *U.S. v. Country Lake Foods, Inc.*, 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990), p. 675 à 680, les gains en efficacité étaient un des nombreux facteurs pris en compte pour déterminer que le gouvernement ne réussirait probablement pas à contester la fusion.

⁹⁷ Schlossberg, note 93, pp. 187 à 188.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 191 et les affaires discutées aux pp. 191-195.

L'affaire récente la plus éminente en matière de gains en efficience est *FTC v. H.J. Heinz and Milnot Holding Corporation*.⁹⁹ La Federal Trade Commission contestait le projet de fusion entre Heinz et Beech-Nut, deux producteurs d'aliments pour bébés. Cette fusion aurait créé un duopole sur le marché américain des préparations alimentaires pour bébés : Gerber détenait 65 à 70 p. 100 du marché et Heinz-Beech-Nut aurait une part combinée approchant les 30 p. 100. La Cour de district a accepté les arguments des parties en matière de gains en efficience, mais la Cour de circuit du district de Columbia a annulé sa décision et accordé une injonction préliminaire bloquant la fusion. La Cour de circuit a expressément reconnu la possibilité que les gains en efficience servent à réfuter la preuve *prima facie* du gouvernement, mais soutenu que compte tenu de la forte concentration du marché en cause, des preuves de gains en efficience « extraordinaires » seraient nécessaires pour justifier la fusion. À cet égard, elle a cité en l'approuvant une déclaration figurant dans le document américain *Merger Guidelines* (voir plus loin), voulant que les gains en efficience ne justifient presque jamais une fusion menant à un monopole ou un quasi-monopole.

La Cour de circuit a aussi jugé que la Cour de district n'avait pas adéquatement examiné les allégations de gains en efficience des parties, et n'avait pas déterminé si certains des gains étaient de fait directement reliés à la fusion.

Approche des organismes américains d'application de la loi

Comme au Canada, les organismes américains d'application de la loi en matière d'antitrust ont publié des déclarations non exécutoires (lignes directrices sur les fusions) précisant leur approche en matière d'application de la loi aux affaires de fusions. Le département de la Justice des États-Unis a publié des lignes directrices en 1968 et en 1982, indiquant qu'il ne prendrait les gains en efficience en considération que dans des « circonstances exceptionnelles » (1968) ou des « cas extraordinaires » (1982). En 1984 toutefois, le département a révisé les lignes directrices pour y intégrer une approche plus libérale à l'égard des gains en efficience.¹⁰⁰ En 1992, le département et la Federal Trade Commission ont publié des lignes directrices conjointes qui pour l'essentiel réitéraient l'approche de 1984. En 1997, la section des lignes directrices consacrée aux gains en efficience a encore été révisée,¹⁰¹ et c'est ce texte qui régit actuellement la mise en application de la loi aux États-Unis.

Selon ces lignes directrices, les gains en efficience ne constituent pas une défense; plutôt, il est prévu que les gains en efficience seraient un *facteur* à prendre en considération au moment d'évaluer les effets d'une fusion sur la concurrence, en même temps que d'autres facteurs comme la part de marché, les effets concurrentiels et l'arrivée de nouveaux concurrents.

⁹⁹ 2001-1 Trade Cas. (CCH) P73, 243 (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia).

¹⁰⁰ Département de la Justice des États-Unis, *Merger Guidelines* (1984), réédité dans 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13 103 (tel que discuté dans W.J. Kolasky et A.R. Dick, « The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies in Antitrust Review of U.S. Mergers », *Antitrust Law Journal* 71(207) (2003), p. 220 à 222), p. 219. Ce document contient un examen exhaustif du traitement des gains en efficience au fil du temps dans l'application de la loi aux États-Unis.

¹⁰¹ Département de la Justice des États-Unis et Federal Trade Commission, *Merger Guidelines* (1992), avec les révisions du 2 avril 1997 à l'article 4, « Efficiencies », réédité dans 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13 104.

En vertu des lignes directrices, les organismes américains d'application de la loi tiennent compte uniquement des gains en efficacité propres à une fusion – c'est-à-dire les gains en efficacité qui seront vraisemblablement réalisés grâce à la fusion proposée et qui ne le seraient vraisemblablement pas sans la fusion ou un autre arrangement ayant des effets anticoncurrentiels comparables. En outre, les gains en efficacité allégués doivent être démontrés et vérifiables par des moyens raisonnables. Les organismes chercheront alors à savoir s'il y a suffisamment de gains en efficacité « recevables » pour contrer le risque que la fusion nuise aux consommateurs. À cet égard, les lignes directrices précisent ceci :

[TRADUCTION]

Les gains en efficacité recevables sont des gains en efficacité qui ont été vérifiés et qui ne découlent pas de réductions anticoncurrentielles de la production ou du service. Les gains en efficacité recevables sont évalués déduction faite des coûts entraînés par la fusion ou engagés pour réaliser ces gains.

L'organisme ne contestera pas une fusion si elle produit des gains en efficacité recevables d'une nature et d'une ampleur telles que la fusion n'est susceptible d'être anticoncurrentielle dans aucun marché pertinent. Pour en juger, l'organisme tente de déterminer si les gains en efficacité recevables étaient vraisemblablement suffisants pour contrer le tort que la fusion pourrait causer aux consommateurs dans le marché pertinent, par exemple s'ils empêchent des augmentations de prix. En menant cette analyse, l'organisme ne se contente pas de comparer l'ampleur des gains en efficacité recevables à celle du tort que causerait probablement à la concurrence l'absence de ces gains. Plus les effets anticoncurrentiels potentiels d'une fusion sont importants – selon l'augmentation de l'indice Hirfindahl-Hirschman et le niveau de l'indice après la fusion (voir article 1), l'analyse des éventuels effets anticoncurrentiels (voir article 2) ainsi que l'opportunité, la probabilité et la suffisance de l'arrivée de nouveaux concurrents (voir article 3) –, plus les gains en efficacité recevables devront être importants pour que l'organisme conclue que la fusion n'aura pas un effet anticoncurrentiel dans le marché pertinent. Lorsque l'effet anticoncurrentiel potentiel d'une fusion risque d'être particulièrement important, des gains en efficacité recevables extraordinairement importants seraient nécessaires pour juger que la fusion n'est pas anticoncurrentielle.

D'après l'expérience de l'organisme, les gains en efficacité sont les plus susceptibles de conditionner l'analyse d'une fusion lorsque les effets anticoncurrentiels probables de l'absence des gains en efficacité ne sont pas importants. Les gains en efficacité ne justifient presque jamais une fusion créant un monopole ou un quasi-monopole.

L'organisme a constaté que certains genres de gains en efficacité sont plus susceptibles d'être recevables et importants que d'autres. Par exemple, les gains en efficacité découlant du transfert de la production entre usines qui appartenaient précédemment à des entités distinctes et permettant aux entreprises fusionnées de réduire le coût marginal de la production sont plus susceptibles d'être vérifiables, propres à la fusion et importants, et moins susceptibles de découler de réductions anticoncurrentielles de la production. D'autres gains en efficacité, comme ceux liés à la recherche-développement, peuvent être importants mais sont généralement moins susceptibles d'être vérifiables et peuvent découler de réductions anticoncurrentielles de la production. D'autres encore, comme ceux liées aux achats, à la gestion ou au coût du capital, sont moins susceptibles d'être propres à la fusion ou importants, ou peuvent ne pas être recevables pour d'autres raisons.

La note 37 est également intéressante. Elle concerne le cadre temporel de l'analyse des agences quant à savoir si les gains en efficacité étaient vraisemblablement suffisants pour contrer le risque que la fusion nuise aux consommateurs dans le marché pertinent :

[TRADUCTION]

Le résultat de cette analyse à court terme déterminera dans la plupart des cas la décision de l'organisme en ce qui concerne l'application de la loi. L'organisme tiendra aussi compte des effets des gains en efficacité recevables ne produisant pas d'effet direct à court terme sur les prix dans le marché pertinent. Les avantages produits par les gains en efficacité qui sont différés (parce que les gains sont différés ou parce que la réalisation des avantages par les consommateurs est différée) se voient accorder moins de poids parce qu'ils sont plus distants et plus difficiles à prévoir.

Union européenne

Le nouveau Règlement sur les concentrations de la Commission européenne est entré en vigueur dans l'Union européenne le 1^{er} mai 2004.¹⁰² Le règlement précise expressément que les gains en efficacité seront pris en considération en vue de déterminer si une concentration (fusion) « n'entrave pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante », ce qui correspond au critère de l'effet anticoncurrentiel prévu par la disposition 2(3). À cet égard, le considérant 29 du règlement énonce ceci :

Pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir et que, de ce fait, celle-ci n'entrave pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante. *La Commission devrait publier des orientations sur les conditions dans lesquelles elle peut prendre en considération des gains d'efficacité dans l'appréciation d'une concentration.* [nos italiques]

La Commission européenne, l'institution qui fait enquête sur les fusions et rend les décisions sur le fond dans les affaires de fusion,¹⁰³ a récemment publié des lignes directrices sur les conditions dans lesquelles elle prend en compte les gains en efficacité.¹⁰⁴ Le point VII des lignes directrices affirme que la Commission prendra en compte toute allégation fondée de gains en efficacité

¹⁰² Règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24/1.

¹⁰³ Les décisions de la Commission à l'égard d'affaires de concurrence peuvent être portées en appel devant le Tribunal européen de première instance (et par la suite devant la Cour européenne de justice), mais il est rare qu'elles le soient.

¹⁰⁴ Cette indication figure dans les *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, 2004/C 31/03, JO C 31/5 du 05/02/2004.

dans le cadre de l'évaluation générale des effets d'une fusion sur la concurrence. En d'autres termes, en Europe, les gains en efficience font partie intégrante de l'analyse des effets sur la concurrence, plutôt que de constituer une défense.

Les lignes directrices précisent ceci :

Pour que la Commission [...] soit en position de conclure que, grâce à ces gains, rien ne s'oppose à ce que l'opération soit déclarée compatible avec le marché commun, les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs, être propres à la concentration et être vérifiables. Ces conditions sont cumulatives. (par. 78)

Les lignes directrices contiennent une longue discussion de chacune de ces exigences. Au sujet de la spécificité à une fusion, les gains en efficience sont seulement pertinents lorsqu'ils découlent directement de la fusion en cause et ne peuvent pas être obtenus dans une mesure comparable par des options moins anticoncurrentielles (par. 85). Au sujet de la vérifiabilité, les lignes directrices indiquent que la Commission doit être raisonnablement certaine que les gains en efficience se matérialiseront vraisemblablement et qu'elles seront suffisamment importantes pour contrer le tort que pourrait causer une fusion aux consommateurs (par. 86). Lorsque c'est possible, les gains en efficience et les avantages qui en découlent pour les consommateurs devraient donc être quantifiés (par. 86 à 88).

Les extraits suivants des lignes directrices donnent un aperçu de l'approche de la Commission à l'égard de l'exigence quant aux avantages pour les consommateurs (le terme *consommateur* désignant aussi bien les consommateurs intermédiaires que finaux).

Lors de l'appréciation des arguments tirés des gains d'efficacité, il importe de vérifier que les consommateurs ne seront pas dans une moins bonne situation si l'opération a lieu. À cet effet, les gains d'efficacité doivent être importants, se matérialiser en temps utile et doivent, en principe, être à l'avantage des consommateurs qui sont sur les marchés où, à défaut de tels gains, l'opération soulèverait probablement des problèmes de concurrence.

Les concentrations sont susceptibles de générer différents types de gains d'efficacité pouvant conduire à une baisse des prix ou à d'autres avantages pour les consommateurs. Par exemple, les économies réalisées au niveau de la production ou de la distribution pourraient donner à l'entité issue de la concentration la capacité et l'incitation de baisser les prix à l'issue de l'opération. Outre la nécessité de vérifier que les gains d'efficacité se traduiront par un avantage net pour les consommateurs, les améliorations de la rentabilité qui aboutissent à des réductions des coûts variables ou marginaux sont plus susceptibles d'être pertinentes pour l'appréciation des gains d'efficacité que les réductions de coûts fixes, car il est en principe plus probable qu'elles entraînent une baisse des prix à la consommation. Les baisses de coûts qui sont simplement la conséquence de réductions anticoncurrentielles de la production ne sauraient être considérées comme des gains d'efficacité bénéficiant aux consommateurs.

Les consommateurs peuvent aussi tirer avantage de nouveaux produits ou services ou de produits ou services améliorés, qui seraient le fruit, par exemple, de gains d'efficacité dans les domaines de la recherche et du développement et de l'innovation. Une entreprise commune qui serait créée afin de mettre au point un nouveau produit pourrait générer le type de gains d'efficacité qui peuvent être pris en considération par la Commission.

Dans le contexte des effets coordonnés, les gains d'efficacité peuvent pousser l'entité issue de la concentration à augmenter la production et à baisser les prix et, partant, diminuer son incitation à coordonner son comportement sur le marché avec d'autres entreprises. Les gains d'efficacité peuvent donc diminuer les risques d'effets coordonnés sur le marché en cause.

D'une manière générale, plus les gains d'efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra leur accorder de poids. Cela signifie que, pour être considérés comme un facteur de contreponds, les gains d'efficacité doivent intervenir en temps utile.

L'incitation de la nouvelle entité issue de l'opération à répercuter les gains d'efficacité sur les consommateurs est souvent liée à l'existence de pressions concurrentielles exercées par les autres entreprises présentes sur le marché et par les concurrents potentiels. Plus les effets négatifs potentiels sur la concurrence sont importants, plus la Commission doit s'assurer que les gains d'efficacité allégués sont élevés, que leur matérialisation est probable et qu'ils seront répercutés suffisamment sur les consommateurs. *Il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur une position proche du monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun au motif que les gains d'efficacité suffiraient à contrebalancer ses effets anticoncurrentiels potentiels.* (par. 79 à 84) [italiques ajoutés, notes de bas de page omises]

L'approche décrite dans le Règlement de la Commission européenne sur les concentrations et dans les lignes directrices se distingue de celle adoptée dans la réglementation précédente, le règlement 4064/89.¹⁰⁵ Ce dernier ne contenait aucune mention *explicite* des gains en efficience, bien qu'un fondement juridique limité ait permis à la Commission de prendre en compte des considérations liées à l'efficience.¹⁰⁶ Dans la pratique, la Commission était généralement réticente à tenir compte des gains en efficience allégués et, dans certains cas, elle a été critiquée comme étant hostile aux gains en efficience.¹⁰⁷

Royaume-Uni

L'adoption de l'*Enterprise Act, 2002*, en juin 2003, a sensiblement réformé la législation du Royaume-Uni sur la concurrence – y compris le régime d'examen des fusions. L'examen des fusions en vertu de la partie III de l'*Enterprise Act* se déroule en deux étapes. D'abord, l'Office

¹⁰⁵ Règlement du Conseil 4064/89/CEE (modifié), JO L 780/97, erratum dans JO L 40/98.

¹⁰⁶ Le libellé de l'alinéa 2(1)(b) du règlement 4064/89, en particulier l'exigence que la Commission tienne compte « de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence », a procuré un fondement juridique pour la prise en compte des gains en efficience. Ce libellé figure également dans le nouveau règlement de la Commission européenne et est expressément mentionné sous la rubrique des gains en efficience de ses lignes directrices sur les concentrations.

¹⁰⁷ Pour une discussion détaillée de la façon dont les gains en efficience étaient traités dans l'ancien règlement de la Commission européenne sur les concentrations, voir A.-B. Everett et T.W. Ross, *Le traitement des gains en efficience dans l'examen des fusionnements : Une comparaison internationale*, note 2, p. 50 à 65.

of Fair Trading (OFT) détermine si une fusion doit être renvoyée¹⁰⁸ à la Commission de la concurrence, un organe indépendant dont les membres sont des experts de la concurrence ou de domaines connexes du droit, de l'économie, de la comptabilité ou du commerce. Deuxièmement, la Commission examine la fusion et décide des mesures à prendre pour pallier, atténuer ou prévenir un effet anticoncurrentiel.

Le Tribunal d'appel de la concurrence, créé en vertu de la partie II de l'*Enterprise Act*, se penche sur les contestations des décisions définitives (y compris des décisions de renvoyer des affaires à la Commission de la concurrence).

Examen des fusions en vertu de l'Enterprise Act

L'*Enterprise Act* adopte un critère de la réduction sensible de la concurrence semblable à celui de la législation canadienne, américaine et australienne (voir plus loin) de la concurrence. Ce critère fondé sur la concurrence se distingue du critère précédent, qui portait sur l'intérêt public (bien qu'en pratique, il ait été interprété comme un critère de concurrence). La Loi affirme que lorsqu'une fusion entraîne ou entraînera probablement une diminution sensible de la concurrence, cette diminution doit être palliée à moins qu'elle n'ait que des répercussions insignifiantes sur le marché ou que les avantages procurés aux consommateurs par la fusion surpassent à la fois la diminution de la concurrence et tous les effets nuisibles qui en découlent.

En vertu de l'*Enterprise Act*, l'OFT est chargé de renvoyer les fusions pertinentes¹⁰⁹ à la Commission de la concurrence lorsqu'il croit qu'il est avéré ou possible que la fusion a entraîné ou entraînera probablement une diminution sensible de la concurrence.¹¹⁰ L'OFT n'est pas tenu de renvoyer une fusion à la Commission de la concurrence dans les circonstances suivantes :

- soit la fusion n'est pas suffisamment avancée pour justifier un renvoi;
- soit les marchés en cause sont d'une importance insuffisante pour justifier un renvoi;
- soit la fusion entraîne pour les consommateurs des avantages pertinents qui surpassent à la fois la diminution sensible de la concurrence et tous les effets nuisibles de la diminution de la concurrence qui en découlent.¹¹¹

L'OFT a la latitude d'accepter des engagements des parties au lieu de procéder à un renvoi (article 73).

La Commission de la concurrence examine une fusion pertinente en vertu de l'article 35 (fusions réalisées) ou de l'article 36 (fusions proposées) de l'*Enterprise Act*, pour déterminer si la fusion a

¹⁰⁸ L'*Enterprise Act* réduit sensiblement la participation du secrétaire d'État au processus d'examen des fusions. Le secrétaire d'État conserve un pouvoir parallèle très limité de renvoyer des affaires de fusion particulières à la Commission de la concurrence, dont ceux touchant des journaux et l'intérêt public.

¹⁰⁹ Une *fusion pertinente*, au sens de l'article 23, en est une où les parties cessent d'être exploitées comme entités distinctes et où le chiffre d'affaires annuel de la cible au Royaume-Uni est supérieur à 70 millions de livres, ou en est une qui ferait en sorte que l'entité fusionnée fournirait un quart des biens ou services dans un marché.

¹¹⁰ *Enterprise Act*, article 22 (fusions réalisées); article 33 (fusions proposées).

¹¹¹ *Enterprise Act*, paragraphe 22(2) (fusions réalisées); paragraphe 33(2) (fusions proposées).

entraîné une diminution sensible de la concurrence ou si on peut s'attendre à ce qu'elle le fasse. Lorsqu'une fusion est jugée d'avoir diminué sensiblement la concurrence, la Commission détermine quelles mesures correctives devraient être prévues, et dans cette optique, «(traduction) la commission peut prendre en considération l'effet de ses mesures sur les avantages pertinents revenant aux consommateurs par suite de la fusion».

L'OFT a publié des lignes directrices non exécutoires¹¹² pour aider les entreprises envisageant une fusion et leurs conseillers à comprendre sa politique et sa pratique actuelles (par. 1.4) en ce qui concerne l'application des critères utilisés pour déterminer si une fusion doit être renvoyée à la Commission de la concurrence pour examen et enquête.

Les gains en efficience dans l'examen des fusions

Analyse de l'Office of Fair Trading aux fins des renvois

Selon les lignes directrices de l'OFT sur les fusions, l'OFT peut prendre en considération les gains en efficience découlant d'une fusion à deux points durant l'examen des fusions (par. 4.29). D'abord, il peut les prendre en considération au moment de déterminer si une fusion a causé ou risque de causer une diminution sensible de la concurrence. La raison en est que les gains en efficience peuvent de fait augmenter la rivalité dans un marché afin de prévenir une diminution sensible qui pourrait résulter (par. 4.30). Deuxièmement, les gains en efficience peuvent aussi être pris en compte dans l'analyse permettant à l'OFT de déterminer si les avantages procurés aux consommateurs par une fusion surpassent la diminution sensible de la concurrence et ses effets (par. 4.31).

Les parties à une fusion soutiennent souvent que des gains en efficience résulteront de leur fusion, dans l'espoir que l'OFT en tiendra compte dans son évaluation quant à savoir si la fusion diminue sensiblement la concurrence. Cependant, l'OFT tient compte de gains en efficience uniquement lorsqu'ils ont un effet positif sur la rivalité (par. 4.32). L'OFT définit les gains en efficience de façon vaste; il a déclaré qu'ils peuvent comprendre les éléments suivants :

[TRADUCTION]

... des économies de coûts (fixes ou variables), une utilisation plus intensive de la capacité existante, des économies d'échelle ou de gamme ou des gains en efficience touchant la demande, comme une augmentation de la taille des réseaux ou de la qualité des produits. Les gains en efficience peuvent aussi inclure des incitatifs proconcurrentiels, par exemple, la réalisation de complémentarités, c'est-à-dire les activités de recherche-développement, qui peuvent à leur tour augmenter les incitatifs à investir dans le développement des produits dans des marchés innovateurs. (par. 4.33) [notes de bas de pages omises]

Les lignes directrices de l'OFT précisent deux scénarios dans lesquels la rivalité entre entreprises peut être augmentée par suite des gains en efficience découlant d'une fusion :

¹¹² Sauf indication contraire, cette mention et les suivantes dans la présente section proviennent du document de l'Office of Fair Trading, *Mergers – Substantive Assessment Guidance* (mai 2003).

- lorsque deux petites entreprises fusionnent pour mieux livrer concurrence à un rival de plus grande envergure sur le marché (contreponds);
- lorsqu'une fusion stimule l'entité fusionnée à augmenter son investissement dans la recherche-développement en vue d'augmenter la rivalité grâce à un produit amélioré (par. 4.32).

Les gains en efficacité qui ont un impact sur les coûts marginaux ou variables sont plus susceptibles d'influencer l'OFT dans son analyse parce qu'ils sont aussi plus susceptibles de profiter aux consommateurs sous forme de prix réduits. Par contre, les lignes directrices de l'OFT reconnaissent que les économies en coûts fixes peuvent jouer un rôle important dans la formation des prix à long terme, et dans certains cas, dans la formation des prix à court terme (par exemple, lorsque la concurrence a lieu dans le cadre des enchères et encans, et reflète les coûts fixes et variables des services soumissionnés) (note en bas de page 27).

Pour que l'OFT prenne les gains en efficacité en considération, ils doivent être vérifiables, probables, propres à la fusion et vraisemblablement transmis aux consommateurs (par. 4.34). Les lignes directrices de l'OFT décrivent ces critères de la façon suivante :

[TRADUCTION]

- Tout d'abord, les gains en efficacité vérifiables sont des gains qui peuvent être démontrés clairement et seront très vraisemblablement réalisés: les gains en efficacité futurs sont plus faciles à alléguer qu'à réaliser;
- Ensuite, les gains en efficacité doivent être une conséquence directe de la fusion, c'est-à-dire qu'ils doivent être propres à la fusion. Il est important que l'analyse soit faite par étapes, de sorte que les gains en efficacité soient examinés du point de vue de ce qui serait arrivé sans la fusion;
- Finalement, l'OFT doit être aussi persuadé qu'il y aura toujours de la rivalité dans le marché après la fusion, afin d'assurer que l'entité fusionnée a un incitatif à atteindre les économies de coûts alléguées mais aussi qu'une part raisonnable des bénéfices sera transmise aux consommateurs.

Pour satisfaire à ces critères, il revient aux parties arguant que des gains en efficacité proconcurrentiels découleront de leur fusion de démontrer, à partir de la preuve présentée incluant des estimations et des documents de planification et de stratégie démontrant l'origine des économies de coûts ainsi que de l'information comptable objective confirmant les économies de coûts alléguées, que ces gains surviendront (par. 4.35).

Les dispositions de l'*Enterprise Act* qui déterminent quand l'OFT doit renvoyer une affaire à la Commission de la concurrence contiennent plusieurs exceptions à cette obligation. Une de ces exceptions est lorsque les avantages procurés aux consommateurs surpassent une diminution sensible de la concurrence. La Loi précise que les avantages procurés aux consommateurs comprennent les éléments suivants :

[TRADUCTION]

- (i) des prix réduits, des biens ou services de plus grande qualité ou en plus grand choix dans tout marché au Royaume-Uni (qu'il s'agisse ou non du marché ou des marchés dans lesquels la réduction sensible de la concurrence s'est produite ou peut s'être produite ou (selon le cas) pourraient se produire);
- (ii) une innovation rehaussée à l'égard de tels biens ou services.

Les consommateurs dont on prévoit qu'ils profiteront de ces avantages sont ceux des parties à la fusion ou ceux se situant dans une chaîne débutant avec les consommateurs des parties à la fusion, y compris éventuellement les futurs consommateurs (par. 7.9).¹¹³

Les gains en efficience sont pris en considération dans ce contexte et il n'est pas nécessaire qu'ils entraînent un accroissement de la concurrence sur le marché à ce stade de l'analyse. Pour qu'un gain en efficience soit considéré un avantage compensateur procuré aux consommateurs, les parties à la fusion doivent démontrer que l'entité fusionnée sera incitée de façon durable à faire profiter ses consommateurs au moins d'une partie des avantages obtenus par suite de la fusion (par. 7.8).

Les lignes directrices de l'OFT précisent les trois exemples suivants de la façon dont des avantages peuvent être procurés aux consommateurs pour compenser la diminution de la concurrence découlant d'une fusion (par. 7.8) :

[TRADUCTION]

- **Prix plus bas.** Une fusion peut, malgré qu'elle résulte en une diminution sensible de la concurrence, favoriser clairement des économies sur les coûts importantes par des diminutions aux coûts marginaux de production. Dans cette circonstance, l'entité fusionnée – même s'il s'agit d'un monopoleur, partagera probablement les diminutions avec ses consommateurs sous forme de prix plus bas¹¹⁴;
- **Plus d'innovation.** Dans certains rares cas, une fusion peut faciliter l'innovation à travers la recherche et le développement qui ne pourraient être réalisés que par l'atteinte d'une masse critique, notamment dans les cas où de larges coûts fixes ou irrécupérables sont en jeu. Exceptionnellement, les bénéfices découlant d'une telle innovation qui seront vraisemblablement transférés aux consommateurs peuvent surpasser la diminution sensible de la concurrence;
- **Plus de choix ou meilleure qualité.** Une situation dans laquelle ce type de bénéfice pourrait survenir est la fusion qui accroît la taille d'un réseau, et qui, par conséquent augmente sa valeur auprès des consommateurs.

En définitive, les lignes directrices affirment que pour que les gains en efficience soient considérés comme un avantage pour les consommateurs, ceux-ci doivent être mieux lotis après la fusion qu'avant, nonobstant que l'OFT croie que la fusion pourrait diminuer sensiblement la concurrence. Les lignes directrices reconnaissent aussi qu'il sera rare que les avantages procurés aux consommateurs grâce aux gains en efficience compensent une diminution de la concurrence au point où ils pourraient justifier une fusion puisque l'OFT normalement présume que la concurrence sur le marché assurera une diminution des prix, une plus grande qualité et un choix élargi pour les consommateurs (par. 7.10).

¹¹³ *Enterprise Act*, paragraphe 30(4) (consommateurs pertinents); Office of Fair Trading, Merger Guidelines, par. 7.9.

¹¹⁴ La note en bas de page 34 des lignes directrices spécifient que c'est le cas lorsqu'une réduction des coûts marginaux du monopoleur, présumant qu'il n'y a pas de changement dans la courbe de la demande (ou la courbe des revenus marginaux), augmentera le niveau de production, menant à une diminution des prix.

Bien que l'OFT ait évalué les arguments fondés sur les avantages procurés aux consommateurs, il n'a jusqu'à présent jamais renoncé à renvoyer une affaire à la Commission de la concurrence au titre de l'exception prévue pour ces avantages.

Analyse des fusions par la Commission de la concurrence.

La Commission dispose de ses propres lignes directrices sur les fusions.¹¹⁵ Celles-ci prévoient que la Commission tiendra compte des gains en efficacité à deux égards : en tant que facteur lorsqu'elle détermine s'il y a eu diminution sensible de la concurrence; et en tant qu'éventuel avantage procuré aux consommateurs qu'elle prend en compte dans sa décision quant aux mesures correctives adéquates dans le cas d'un fusionnement anticoncurrentiel.¹¹⁶

La Commission de la concurrence tient compte uniquement des gains en efficacité qui rehaussent la rivalité entre les entreprises demeurant sur le marché (par. 3.26). Comme l'OFT, elle exige aussi que les gains en efficacité soient considérés comme une conséquence directe de la fusion et qu'ils se produisent dans un court délai.

En vertu de l'*Enterprise Act*, la Commission de la concurrence peut «(traduction) en particulier tenir compte des effets de toute mesure sur les avantages pertinents dont peuvent bénéficier les consommateurs dans le cadre de la fusion en cause»¹¹⁷ lorsqu'elle détermine les mesures correctives à prendre en cas de fusion anticoncurrentielle. Il s'agit de veiller à ce qu'au moment d'arrêter une mesure corrective, la Commission préserve dans la mesure du possible les avantages procurés aux consommateurs par la fusion.

L'alinéa 30(1)(a) de l'*Enterprise Act* prévoit que les bénéfices aux consommateurs sont limités aux bénéfices sous forme de :

[TRADUCTION]

- (i) prix plus bas, meilleure qualité ou choix accru de produits et services dans tout marché au Royaume-Uni (qu'il soit ou non le marché ou les marchés dans lesquels la diminution sensible de la concurrence s'est, ou se sera vraisemblablement, produit ou (selon le cas) peut se produire); ou
- (ii) innovation accrue en relation à ces produits ou services.

Les lignes directrices de la Commission de la concurrence invoquent les exemples suivants de bénéfices aux consommateurs (par. 4.41-4.44) :

- des prix réduits attribuables à des économies d'échelle qui réduisent les coûts de production;
- une innovation accrue par une fusion grâce à des économies d'échelle, à une spécialisation en recherche-développement et à une mise en commun des risques;
- des avantages pour les fusions dans les industries en réseau, tels qu'un plus grand rayon d'action géographique ou des liens améliorés;

¹¹⁵ Sauf indication contraire, cette mention et les suivantes dans la présente section proviennent du document de la Commission de la concurrence, *Merger References: Competition Commission Guidelines* (juin 2003).

¹¹⁶ *Enterprise Act*, paragraphes 35(5) et 36(4) (mesures correctives).

¹¹⁷ Ibid.

- des gains en efficacité créés par des fusions verticales et entraînant des prix réduits ou une qualité améliorée.

L'existence d'un ou l'autre de ces avantages peut amener la Commission de la concurrence à modifier la mesure corrective qu'il s'appliquerait autrement pour atténuer les effets anticoncurrentiels d'une fusion. Les facteurs déterminant si la mesure corrective sera en effet modifiée sont entre autres l'importance et la nature des avantages prévus et la longueur de la période dans laquelle ils seront maintenus, et le fait que par suite d'une réduction de la pression concurrentielle sur le marché, tout avantage immédiat procuré aux consommateurs sera érodé à l'avenir (par. 4.45). La Commission de la concurrence tient aussi compte des effets différents de la fusion pour différents consommateurs (par. 4.45).

Les lignes directrices de la Commission reconnaissent la possibilité que les avantages attendus pour les consommateurs puissent être d'une importance telle que la Commission autoriserait la fusion sans prévoir de mesures nonobstant qu'elle ne satisfasse pas au critère de la diminution sensible de la concurrence (par. 4.45) (quoique les lignes directrices affirment aussi que l'on ne s'attendrait normalement pas à ce qu'une fusion entraînant une diminution sensible de la concurrence procure des avantages aux consommateurs) (par. 4.35). Cependant, la Commission peut choisir des mesures moindres que l'interdiction ou le dessaisissement complet tout en préservant la totalité ou la majorité des avantages procurés aux consommateurs (par. 4.45).¹¹⁸ Au lieu de rendre une ordonnance, la Commission de la concurrence peut aussi accepter des engagements visant à réduire les effets d'une diminution sensible de la concurrence.

Dans une décision sous le régime d'intérêt public antérieur à l'*Enterprise Act* autorisant une fusion entre VNU et Book Data, les deux seuls fournisseurs de données commerciales et de services de transaction dans l'industrie britannique du livre, la Commission de la concurrence semble avoir été convaincue d'autoriser la fusion par divers facteurs dont les gains en efficacité de la production et les gains en efficacité dynamique. En ce qui concerne ces derniers, en réponse aux préoccupations exprimées face à la disparition de la concurrence sur le marché des données bibliographiques, la Commission a affirmé que la fusion offre la possibilité de certains avantages, surtout parce que l'on s'attend à ce que l'entité fusionnée soit mieux apte à investir dans l'amélioration et le développement des produits que VNU ou Book Data ne l'étaient précédemment.¹¹⁹

¹¹⁸ Les lignes directrices donnent l'exemple d'une mesure corrective conçue pour faciliter ou encourager la concurrence d'autres entreprises ou de nouveaux concurrents.

¹¹⁹ *Competition Commission: A report on the acquisition by VNU Entertainment Media UK Limited of Book Data Limited* (07/03/03), par. 2.131. Voir aussi *Summary of Report*, qui affirme ceci : [TRADUCTION] « Les importantes économies de coûts que peut permettre la fusion par suite de l'élimination de coûts doublés aident à expliquer pourquoi deux fournisseurs concurrents auraient de la difficulté à obtenir un rendement adéquat de ce marché. »

Australie

En Australie, la *Trade Practices Act, 1974* de ressort fédéral régit la concurrence et tous les aspects du marché. La Commission de la concurrence et de la consommation de l'Australie (Australian Competition and Consumer Commission – ACCC) administre et applique la Loi, y compris ses dispositions sur les fusions. Le Tribunal australien de la concurrence est habilité à examiner certaines décisions rendues par l'ACCC. La Cour fédérale d'Australie dispose également de pouvoirs précis en matière d'application de la loi et de recours en vertu des dispositions de la Loi sur les fusions.

Il y a deux procédés distincts pertinents à l'examen des fusions en vertu de la Loi. Le premier vise à déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence dans un marché important en Australie, au sens de l'article 50. Le second consiste en ce que l'ACCC se penche sur une demande d'autorisation au titre de l'article 88, afin de déterminer si un accord ou des pratiques qui pourraient être anticoncurrentiels – y compris une fusion qui diminue sensiblement la concurrence – peuvent être autorisés parce qu'ils procureront au public un avantage suffisant.

Chacun de ces procédés est détaillé ci-dessous.

Examen relatif au critère de la diminution sensible de la concurrence

L'article 50 de la *Trading Practices Act* précise le seuil de contestation des fusions :

[TRADUCTION]

(1) Une entreprise ne doit pas directement ou indirectement :

- (a) soit acquérir des actions d'une société;
- (b) soit acquérir les actifs d'une personne,

lorsque cette acquisition aurait pour effet ou pour effet probable de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

(2) Une personne ne doit pas directement ou indirectement :

- (a) soit acquérir des actions d'une entreprise;
- (b) soit acquérir les actifs d'une entreprise,

lorsque cette acquisition aurait pour effet ou pour effet probable de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

Dans cette disposition, le mot *marché* désigne un marché important de biens ou de services en Australie ou dans un État, un territoire ou une région d'Australie. Une *diminution de la concurrence* comprend le fait d'empêcher ou d'entraver la concurrence. Le paragraphe 50(3) contient une liste non exhaustive des facteurs qui doivent être pris en compte pour déterminer s'il y a diminution sensible de la concurrence :

[TRADUCTION]

50(3)(a) le niveau réel et le niveau potentiel de concurrence venant des importations dans le marché;

- (b) l'importance des obstacles à l'entrée sur le marché;

- (c) le niveau de concentration sur le marché;
- (d) le degré de pouvoir compensateur du marché;
- (e) la probabilité que l'acquisition permette à l'acquéreur d'augmenter sensiblement et durablement les prix ou les marges bénéficiaires;
- (f) le degré auquel des substituts sont ou seront vraisemblablement disponibles dans le marché;
- (g) les caractéristiques dynamiques du marché, y compris la croissance, l'innovation et la différenciation des produits;
- (h) la probabilité que l'acquisition entraîne l'élimination du marché d'un concurrent vigoureux et efficace;
- (i) les caractéristiques et l'étendue de l'intégration verticale dans le marché.

L'article 50A est une disposition parallèle à l'article 50 s'appliquant à des acquisitions de participations majoritaires faites à l'extérieur de l'Australie (c.-à-d. des prises de contrôle indirectes). Les critères du paragraphe 50(3) s'appliquent également aux fusions examinées en vertu de l'article 50A.¹²⁰

L'ACCC est compétente pour déterminer si une fusion projetée contreviendrait vraisemblablement à l'article 50, dans le cadre d'un processus d'examen dit informel. La plupart des fusions proposées sont soumises volontairement à l'ACCC pour autorisation avant leur réalisation. Lorsque l'ACCC juge qu'une fusion est susceptible de contrevenir à l'article 50, elle peut demander aux parties de renoncer à la fusion ou de souscrire des engagements opposables devant les tribunaux en vue de pallier une diminution sensible de la concurrence. Lorsque les parties n'acceptent ni de modifier une fusion ni d'y renoncer, l'ACCC a le pouvoir exclusif de demander une injonction à la Cour fédérale ou, si la transaction est bouclée, de contester la fusion.

Dans les rares cas où l'ACCC détermine qu'une fusion réalisée a sensiblement diminué la concurrence, elle peut demander aux tribunaux des sanctions contre les parties en cause ou demander à la Cour fédérale une ordonnance de dessaisissement¹²¹.

Demandes d'autorisation au titre du bien public

Le processus d'autorisation prévu par la *Trade Practices Act* traduit la politique voulant que l'intérêt public puisse ne pas toujours être bien servi par les marchés concurrentiels.¹²² Il permet

¹²⁰ Les renvois de cette annexe à l'examen des fusions en vertu de l'article 50 de la *Trade Practices Act* renvoient aussi à son article 50A.

¹²¹ À noter que les parties privées peuvent aussi demander à la Cour fédérale une déclaration et un dessaisissement ou, en cas de pertes subies par suite d'une infraction à l'article 50, un dédommagement. (*ACCC Merger Guidelines*, p. 2).

¹²² Allan Fels AO, *The Public Benefit Test in the Trade Practices Act 1974*, document préparé pour le National Competition Policy Workshop (12 juillet 2001), Melbourne (Australie), p. 1. Pour une description exhaustive du

à l'ACCC d'accorder des exemptions de nombreuses dispositions de la Loi. Une autorisation confère l'immunité contre les recours devant les tribunaux.

L'autorisation s'applique à une gamme de transactions et de pratiques commerciales, y compris les accords qui diminuent sensiblement la concurrence, les engagements nuisant à la concurrence, les boycotts primaires et secondaires, les accords d'exclusivité anticoncurrentiels, le maintien des prix de revente et les fusions qui diminuent sensiblement la concurrence.¹²³ Seul un petit pourcentage des demandes d'autorisation a trait à des fusions (en moyenne une tous les ans ou deux).

Le paragraphe 88(9) de la Loi précise le processus d'autorisation pour les fusions et prévoit que tant qu'une autorisation demeure en vigueur, les articles 50 et 50A ne s'appliquent pas à une fusion. Les paragraphes 90(9) et 90(9A) précisent le critère d'autorisation d'une fusion :

[TRADUCTION]

90 (9) La Commission n'accordera pas une autorisation au titre du paragraphe 88(9) à l'égard d'une acquisition proposée d'actions d'une société ou d'actifs d'une personne ni à l'égard de l'acquisition d'une participation majoritaire dans une société au sens de l'article 50A à moins d'être convaincue en toutes circonstances que l'acquisition proposée entraînerait ou entraînerait vraisemblablement un tel avantage pour le public que l'acquisition devrait être autorisée.

(9A) Pour déterminer ce qui constitue un avantage pour le public aux fins du paragraphe (9) :

(a) la Commission doit considérer les éléments suivants comme des avantages pour le public (en plus de tout autre avantage pour le public qui peut exister au-delà de ce qui est mentionné dans ce paragraphe) :

- (i) une augmentation importante de la valeur réelle des exportations;
- (ii) une importante substitution de biens produits au pays aux biens importés;

(b) et sans limiter les éléments qui peuvent être pris en considération, la Commission doit tenir compte de tous les autres éléments pertinents qui se rapportent à la compétitivité internationale de toute industrie australienne.

Les gains en efficience dans les processus d'examen et d'autorisation des fusions

Les lignes directrices sur les fusions de l'ACCC, actualisées en 1999, décrivent la politique d'application de la loi de l'ACCC face aux fusions, en vertu de la *Trade Practices Act*. Les lignes directrices comprennent les facteurs que l'ACCC prend en considération en examinant les fusions au titre de l'article 50 et dans le cadre du processus d'autorisation en vertu des paragraphes 88(9) et 90(9). Elles ne sont ni exécutoires ni déterminantes face aux infractions à la Loi, mais elles contiennent des renvois à des décisions des tribunaux et du Tribunal de la

processus de l'autorisation dans un contexte historique, voir Allan Fels AO et T. Grimwade, « Authorisation: Is it still relevant to Australian competition law? » *Competition and Consumer Law Journal* 11 (2003), p. 187.

¹²³ Fels, *The Public Benefit Test*, ibid, p. 2 à 3.

concurrence qui sont exécutoires et qui fondent la position de l'ACCC en matière d'application de la loi.

Analyse en vertu de l'article 50

Vu l'existence du processus d'autorisation dans lequel les gains en efficience sont au premier plan, ceux-ci ne reçoivent qu'un poids limité dans l'analyse visant à déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence au sens de l'article 50 de la *Trade Practices Act*. Les lignes directrices de l'ACCC précisent que les gains en efficience peuvent être considérés pertinents pour déterminer si une fusion diminue sensiblement la concurrence, mais uniquement dans la mesure où ils rehaussent la concurrence sur le marché (par. 5.171). Elles indiquent que les gains en efficience sont généralement pertinents au titre du bien public dans une demande d'autorisation en vertu des paragraphes 88(9) et 90(9) (par. 5.16 et 5.171). L'ACCC conseille aux parties qui souhaitent invoquer des gains en efficience comme argument primaire de le faire dans le cadre d'une demande d'autorisation.

Les lignes directrices décrivent deux types de gains en efficience qui sont les plus susceptibles de profiter à la concurrence : les gains en efficience qui créent une contrainte concurrentielle nouvelle ou rehaussée à l'égard du comportement unilatéral d'autres entreprises dans le marché ou qui minent les conditions propices à un comportement coordonné (par. 4.172); et les gains en efficience qui sont susceptibles d'entraîner des prix plus bas (ou pas sensiblement plus élevés), une production augmentée ou une amélioration de la qualité des biens ou des services (par. 5.173).

Les lignes directrices citent par ailleurs, en l'approuvant, une publication de la Federal Trade Commission des États-Unis qui insiste sur le fait que les avantages procurés aux consommateurs sont une considération pertinente dans l'évaluation des gains en efficience, dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

Le poids et l'importance accordés aux différents types de gains en efficience devraient être fonction de leur ampleur et de leur probabilité, du degré auquel ils permettront vraisemblablement à l'entreprise fusionnée non seulement d'être un concurrent plus efficace mais aussi de rehausser (ou de ne pas diminuer) la concurrence et ainsi de profiter aux consommateurs, ainsi que du délai dans lequel ces avantages pour les consommateurs seront réalisés.¹²⁴

Demandes d'autorisation en vertu du paragraphe 90(9)

Comme on l'a vu plus haut, le processus d'autorisation est d'application pour une variété de pratiques et de transactions, dont les fusions ne représentent qu'un faible pourcentage. Les parties à une fusion demandent une autorisation uniquement lorsqu'elles pensent pouvoir s'acquitter du fardeau qui leur incombe de démontrer que la fusion proposée¹²⁵ entraînera un

¹²⁴ *Merger Guidelines*, par. 5.17, citant *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*, volume 1, « A Report by the Federal Trade Commission Staff », *Antitrust & Trade Regulation Report* 70(1765), Special Supplement (6 juin 1996), p. S-36.

¹²⁵ À noter que selon le par. 6.5 des *Merger Guidelines*, les parties ne peuvent pas demander une autorisation à l'égard d'une acquisition qui a déjà été réalisée.

avantage net pour le public et lorsqu'elles sont disposées à exposer leur fusion à un examen public (y compris l'enregistrement de leur fusion, des consultations, la publication du projet de décision à l'égard de l'intérêt public et, quelquefois, des conférences).

Après qu'une demande d'autorisation est déposée, l'ACCC consulte les parties intéressées et procède à une analyse où elle soupèse les inconvénients et les avantages pour déterminer s'il existe un avantage net pour le public.

La *Trade Practices Act* ne définit pas ce qu'est un avantage pour le public. Les seuls facteurs que l'ACCC est tenue de prendre en compte en tant qu'avantages pour le public sont ceux précisés au paragraphe 90(9A) : [TRADUCTION] « (i) une importante augmentation de la valeur réelle des exportations; et (ii) une importante substitution de biens produits au pays aux biens importés ». L'interprétation générale du terme *avantage* découle de la décision du Tribunal de la concurrence dans l'affaire *QCMA*, laquelle décrit un avantage comme [TRADUCTION] « toute chose de valeur pour la communauté en général, tout apport aux buts poursuivis par la société y compris en tant qu'un de ses principaux éléments... la réalisation des buts économiques de l'efficacité et du progrès »¹²⁶ dont bénéficie le public australien. L'ACCC et le Tribunal ont reconnu une gamme d'avantages publics de nature économique, y compris la mise en valeur économique des ressources naturelles, l'amélioration de l'efficacité des entreprises, l'harmonie industrielle, la rationalisation industrielle entraînant une répartition plus efficace des ressources et une réduction des coûts de production unitaires, une augmentation de l'emploi, une aide aux petites entreprises efficaces, une amélioration de la qualité et de la sécurité des produits, l'offre d'une meilleure information aux consommateurs, la promotion des pratiques équitables et le remplacement des importations.¹²⁷

L'ACCC et le Tribunal ont aussi considéré comme avantages pour le public divers éléments non économiques, y compris la protection de l'environnement, la sécurité publique, la facilitation de la déréglementation et la promotion du conditionnement physique et des loisirs, entre autres.¹²⁸

Les lignes directrices précisent que les avantages pour le public qui sont les plus importants dans les demandes d'autorisation de fusions sont ceux qui entraînent une plus grande efficacité et une meilleure utilisation des ressources entraînant une diminution des coûts unitaires (par. 6.39). Il peut s'agir entre autres d'économies d'échelle ou de gamme, d'améliorations technologiques entraînant une réduction des coûts des intrants et de l'énergie ou de la combinaison d'installations complémentaires de recherche-développement (par. 6.39). Les gains en efficacité sont aussi un facteur de premier plan dans les demandes d'autorisation d'alliances stratégiques.

Les fusions qui entraînent uniquement un transfert de richesse plutôt qu'une économie des ressources pour la communauté ne sont pas réputées produire en soi des avantages pour le public.¹²⁹ L'ACCC a reconnu toutefois que si des économies de coûts ou des gains en efficacité

¹²⁶ *Re Queensland Co-operative Milling Association Ltd and Defiance Holdings Ltd* (1976), ATPR 40-012, p. 17 245. (*QCMA*).

¹²⁷ Fels, *The Public Benefit Test*, n° 61, p. 6 à 7.

¹²⁸ *Ibid*, p. 7 à 9.

¹²⁹ *Wattyl (Australia) Pty Ltd, Courtaulds (Australia) Pty Ltd & Ors.* (1996), ATPR 50 à 232.

découlent d'un pouvoir compensateur créé par une fusion, ils peuvent de fait rehausser la concurrence et donc être pertinents à l'analyse (par. 6.40).

Les inconvénients pour le public doivent aussi être soupesés en regard des avantages. Bien que les effets anticoncurrentiels soient le premier facteur, la notion des inconvénients pour le public prend aussi en compte d'autres inconvénients (par. 6.32).

Bien que rien n'exige que les gains en efficacité engendrés par une fusion profitent aux consommateurs, les gains en efficacité qui le font semblent se voir accorder un poids supérieur. Par exemple, dans une affaire concernant la demande d'autorisation d'une alliance stratégique présentée par Qantas et Air New Zealand, l'ACCC a écrit ceci :

[TRADUCTION]

Lorsque les avantages ne sont pas transférés aux consommateurs, cela peut témoigner d'une absence de pression concurrentielle qui ferait autrement en sorte que ces avantages perdurent et soient transférés. La Commission accorderait vraisemblablement moins de poids à de tels avantages.¹³⁰

Dans l'affaire Howard Smith, le Tribunal de la concurrence a conclu comme suit :

[TRADUCTION]

Si une fusion est susceptible de permettre la réalisation d'économies et d'importantes réductions de coûts dans la fourniture d'un bien ou d'un service, cela pourrait très bien constituer un avantage important pour le public, bien que cette économie de coûts ne soit pas transférée aux consommateurs sous forme de prix réduits. Néanmoins, si une telle fusion profitait uniquement à un petit nombre d'actionnaires des sociétés demanderesse sous forme de bénéfices et de dividendes supérieurs, le Tribunal pourrait y accorder moins de poids parce que les avantages ne sont pas largement répartis parmi les membres de la communauté.¹³¹

Dans l'affaire *Australian Pharmaceutical Industries*, l'ACCC a rejeté une demande d'autorisation, concluant que les gains en efficacité seraient vraisemblablement conservés par l'entité fusionnée à son profit et au profit de ses actionnaires.¹³²

Allan Fels, un ancien président de l'ACCC, s'exprimant au sujet du critère applicable à l'évaluation des gains en efficacité au Royaume-Uni, a écrit que les économies de coûts découlant de gains en efficacité de la production sont considérées comme un avantage, mais qu'il y a un penchant favorable au surplus des consommateurs.¹³³ Selon un examen des cas où des autorisations ont été envisagées, il tire un certain nombre de conclusions :

¹³⁰ *Acquisition by Qantas Airways Limited of ordinary shares in Air New Zealand Limited and cooperative arrangements between Qantas, Air New Zealand and Air Pacific Limited* (9 septembre 2003), disponible dans le site Web de l'ACCC (www.accc.gov.au/authAndNotif/currauth_docs/q_air_nz_final_det.pdf), par. 13.65.

¹³¹ *Re Howard Smith Industries Pty Ltd* (1977), ATPR 40 à 023, p. 17 334.

¹³² A.-B. Everett et T. Ross (note 2), citant *Re Australian Pharmaceutical Industries limited and Sigma Company Limited*, A30215, le 11 septembre 2002, p.41.

¹³³ Allan Fels AO, *Merger Law in Australia*, document préparé pour le sous-groupe du cadre d'analyse du groupe de travail sur les fusions du Réseau international de la concurrence (11 septembre 2002), p. 7.

- lorsque les effets anticoncurrentiels d'une fusion dans certains domaines sont surpassés par les avantages ou gains en efficacité se matérialisant dans un domaine plus vaste grâce à la rationalisation et à la concurrence accrue découlant de la fusion, l'autorisation est justifiée;
- les gains en efficacité de la production qui rehaussent la compétitivité et qui profiteront vraisemblablement aux consommateurs ont été acceptés comme des avantages pour le public qui justifient l'autorisation;
- la compétitivité internationale a été acceptée comme motif d'autoriser des fusions lorsque les avantages surpassent les inconvénients des effets anticoncurrentiels. Un tel avantage fait l'objet d'un examen rigoureux et n'est pas accepté s'il ne peut pas être démontré;
- l'effet anticoncurrentiel est pris très au sérieux au moment de soupeser les inconvénients en regard des avantages allégués.¹³⁴

Bien qu'il soit théoriquement possible qu'une fusion créant un monopole soit autorisée en Australie,¹³⁵ la probabilité qu'il s'y trouve un avantage pour le public suffisant pour la justifier est très mince. L'ACCC n'a jamais autorisé une fusion créant un monopole au titre des avantages pour le public (bien que des fusions créant des monopoles de fait aient été autorisées en raison de la menace pressante de la concurrence étrangère.¹³⁶ Par ailleurs, l'ACCC accorde à l'inefficacité en X¹³⁷ un poids considérable dans son analyse des gains en efficacité; ce serait vraisemblablement un facteur de premier plan dans le rejet d'une fusion créant un monopole.

L'ACCC a publié au sujet des autorisations au titre de l'intérêt public des lignes directrices qu'elle s'emploie actuellement à mettre à jour. Elles se trouvent dans le site Web de l'ACCC (www.accc.gov.au).

¹³⁴ Ibid, p. 9.

¹³⁵ A.-B. Everett et T. Ross, n° 2, p. 47-48, concluent que «l'élimination de la concurrence dans un ou plusieurs marchés peut être autorisée si les gains en efficacité qui y sont associés permettent à l'entreprise fusionnée de mieux livrer concurrence sur d'autres marchés, soit au pays ou à l'étranger». Ils se fondent sur un examen de la jurisprudence et sur une allocution prononcée en 2002 par le commissaire Ross Jones, où il affirme qu'en accordant une autorisation, l'ACCC «permet à des entreprises de diminuer sensiblement la concurrence et ainsi d'obtenir une grande puissance commerciale, voire un pouvoir monopolistique».

¹³⁶ Voir par exemple *ACCC not to oppose Caroma's Fowler acquisition*, communiqué (26 mars 1997), disponible dans le site Web de l'ACCC (www.accc.gov.au).

¹³⁷ L'inefficacité en X désigne habituellement la différence entre l'efficacité maximale (ou théorique) réalisable par une entreprise et l'efficacité réelle obtenue.

Annexe C : La prise en compte des gains en efficience dans les affaires autres que les fusions

Canada

L'infraction de complot

La Cour suprême du Canada a statué que « Les facteurs tels les avantages personnels tirés par les parties à l'accord ou les gains d'efficacité avantageux pour le public n'entrent donc pas en jeu dans l'examen fondé sur l'al. [45(1)c)] » de la *Loi sur la concurrence*. La raison en est que selon la Loi, le fait d'empêcher ou de réduire indûment la concurrence constitue un préjudice pour le public quels que soient les préjudices ou les avantages pour le public dans une autre perspective.¹³⁸

Autres pratiques susceptibles d'examen

Les articles 75 (refus de vendre), 77 (exclusivité, ventes liées) et 79 (abus de position dominante) de la *Loi sur la concurrence* décrivent tous des circonstances où le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance visant une pratique particulière susceptible d'examen. En vertu de chacune de ces dispositions, le Tribunal conserve une discrétion qui lui permet de prendre en compte tout aspect de la pratique contestée qui peut produire des gains en efficience. Le Tribunal a reconnu l'existence de cette discrétion dans certaines affaires.

- Dans le contexte de la disposition sur le refus de vendre (article 75), l'alinéa 75(1)b) affirme qu'un élément nécessaire au refus de vendre est que le plaignant « est incapable de se procurer (un) produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché ». Le Tribunal a statué que lorsque le refus ne découle pas d'une concurrence insuffisante mais plutôt d'autres raisons d'affaires qui peuvent être justifiées objectivement, la plainte n'est pas fondée.¹³⁹ Le maintien d'un réseau de distribution efficace supposant la restriction du choix de distributeurs est une raison d'affaires légitime justifiant le refus de vendre.
- Dans une affaire mettant en cause l'entreprise de bottins téléphoniques Télé-Direct, le Tribunal a reconnu que l'intégration verticale est généralement favorable à la concurrence au titre de l'efficience; il a aussi noté que de nombreuses ventes de forfaits ou ventes liées (article 77) relèvent de l'efficience et que même un fournisseur jouissant d'une puissance commerciale peut vendre des articles en combinaison pour des motifs d'efficience.¹⁴⁰ Le Tribunal a rejeté l'argument voulant que les facteurs liés à l'efficience ne soient pas pertinents à l'article 77¹⁴¹.

¹³⁸ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, (1992), 2 R.C.S. 606, p. 649-650.

¹³⁹ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Xerox Canada Inc. (« Xerox »)* (1990), 33 CPR (3d) 83 (Tribunal de la concurrence), p. 115.

¹⁴⁰ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, (1997), 73 CPR (3d) 1 (Tribunal de la concurrence), p. 115.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 118.

- Dans le contexte de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79), le Tribunal de la concurrence a statué que des arguments liés à l'efficacité et des justifications d'affaires, s'ils sont légitimes, peuvent être considérés dans la détermination du but d'un agissement présumé anticoncurrentiel.¹⁴² Il faut signaler que les rédacteurs du projet de loi C-91 (qui est devenu la *Loi sur la concurrence*) ont choisi de ne pas intégrer le texte de la disposition sur l'abus de position dominante contenu dans un projet de loi proposé plus tôt (projet de loi C-29) et qui aurait empêché la Commission sur les pratiques restrictives du commerce de rendre une ordonnance à l'encontre d'une entreprise dominante lorsque la concurrence avait été empêchée ou diminuée sensiblement en raison de l'efficacité économique supérieure de la personne ou des personnes à l'encontre desquelles l'ordonnance était demandée.¹⁴³

États-Unis

L'infraction de complot

Aux États-Unis, l'article premier de la *Sherman Act* interdit les contrats, les coalitions ou les complots qui restreignent déraisonnablement le commerce.¹⁴⁴ Les accords de certaines catégories, comme les ententes horizontales sur la fixation des prix et les accords visant la répartition des marchés, sont traités comme étant illégaux en soi; il n'y a donc à leur sujet aucune défense fondée sur les gains en efficacité ou sur tout autre facteur.

D'autres types d'accords sont évalués selon la règle de raison, laquelle exige l'analyse de l'effet de l'accord sur la concurrence dans le marché pertinent et la prise en compte de ses effets tant favorables que défavorables à la concurrence. Dans les affaires jugées selon la règle de raison, les considérations liées à l'efficacité jouent un rôle important. Le document *Antitrust Guidelines for Collaborations Between Competitors* (lignes directrices antitrust sur les collaborations entre concurrents), publié en avril 2000 par la Federal Trade Commission et le département de la Justice des États-Unis, indique que le principal avantage pro concurrentiel pour l'économie des collaborations entre concurrents est leur faculté d'engendrer des gains en efficacité.¹⁴⁵ Les lignes directrices présentent un aperçu de la démarche d'application de la loi adoptée par les deux organismes en ce qui concerne les gains en efficacité, et elles affirment que les organismes tiendront compte uniquement des gains en efficacité « recevables ». Il s'agit là de gains en efficacité que les deux organismes ont pu vérifier, qui ne découlent pas de réductions anticoncurrentielles de la production ou du service et qui ne peuvent pas être réalisées par des moyens pratiques et sensiblement moins restrictifs. Les lignes directrices affirment également qu'en comparant les gains en efficacité recevables aux torts anticoncurrentiels, les deux organismes cherchent à déterminer si les gains en efficacité sont suffisants pour compenser le risque que l'accord nuise aux consommateurs dans le marché pertinent, par exemple s'ils empêchent des augmentations de prix. Cette position, qui est conforme au contenu des *Merger*

¹⁴² *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. The D&B Companies of Canada Ltd.*, (1995), 64 CPR (3d) 216 (Tribunal de la concurrence), p. 261.

¹⁴³ Projet de loi C-29, 32^e législature, 2^e session, 1^e lecture, le 2 avril 1984, paragraphe 31.41(4).

¹⁴⁴ 15 U.S.C. § 1 (2000).

¹⁴⁵ Département de la Justice des États-Unis et Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (avril 2000).

Guidelines (lignes directrices sur les fusions) des États-Unis, est nuancée par une note indiquant que les avantages des gains en efficacité qui sont différés (parce que les gains en efficacité eux-mêmes sont différés ou parce que la réalisation des avantages par les consommateurs est différée) se voient accorder moins de poids parce qu'ils sont plus distants et plus difficiles à prévoir.

Monopolisation

L'article 2 de la *Sherman Act* se lit comme suit :

[TRADUCTION]

Toute personne qui monopolisera ou tentera de monopoliser, ou se coalisera ou complotera avec une ou des autres personnes pour monopoliser toute partie du commerce entre les divers États ou avec des nations étrangères est coupable d'un délit...¹⁴⁶

Une entreprise disposant d'un monopole dans une industrie donnée viole l'article 2 lorsqu'elle acquiert ou maintient un monopole ou tente de le faire en se livrant à un comportement d'éviction « par opposition à une croissance ou un développement découlant d'un produit supérieur, d'une gestion habile ou d'un accident historique ».¹⁴⁷

Parmi les catégories de comportement d'éviction qui ont fait l'objet de poursuites et de recours privés en vertu de l'article 2 figurent le refus unilatéral de vendre, la compression des prix, les prix d'éviction, des innovations servant à éliminer des concurrents, des cas d'exclusivité (qui peuvent aussi contrevenir à l'article 1 et des cas d'exploitation d'un monopole. Qu'une pratique ou une conduite donnée soit illégale ou non en vertu de l'article 2 dépend de savoir si elle vise l'exclusion; la jurisprudence a établi des critères détaillés d'évaluation pertinents à plusieurs de ces catégories précises de comportement. Par exemple, les accords d'exclusivité et d'autres accords verticaux conclus par un monopoleur sont évalués selon la règle de raison, parce qu'ils peuvent engendrer des avantages proconcurrentiels (rehaussant l'efficacité).¹⁴⁸ Les prix d'éviction sont traités selon des critères mis au point par la jurisprudence et qui exigent de déterminer si les prix en cause sont inférieurs à une certaine définition des coûts et s'il existe une « probabilité dangereuse » que le monopoleur présumé récupérera l'investissement qu'il a consenti sous forme de prix inférieurs aux coûts, par exemple en éliminant des concurrents du marché.¹⁴⁹

Dans *U.S. v. Microsoft*,¹⁵⁰ la Cour de district des États-Unis a soutenu que certains accords de licence exclusifs et d'autres agissements d'exclusion de Microsoft violaient l'article 2. En appel, la Cour de circuit du district de Columbia a confirmé en partie les conclusions de la Cour de district et commenté aussi bien la portée de l'article 2 que la pertinence des arguments liés aux

¹⁴⁶ 15 U.S.C. §2.

¹⁴⁷ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, p. 571.

¹⁴⁸ *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961).

¹⁴⁹ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

¹⁵⁰ *U.S. v. Microsoft*, 253 F. 3d (D.C. Cir.), 2001-1 Trade Cas. ¶73 321, certiorari refusé, 122 S. Ct. 350 (2001).

gains en efficacité. La Cour de circuit a fait remarquer que les justifications proconcurrentielles et les allégations de gains en efficacité peuvent servir à rejeter la preuve *prima facie* du gouvernement dans une affaire de monopolisation :

[TRADUCTION]

Troisièmement, si un plaignant réussit à établir une preuve *prima facie* en vertu du § 2 en démontrant un effet anticoncurrentiel, le monopoleur peut arguer d'une « justification proconcurrentielle » pour sa conduite. Voir *Eastman Kodak*, 504 U.S. 483. Si le monopoleur affirme une justification proconcurrentielle – une allégation authentique que sa conduite est de fait une forme de concurrence fondamentale parce qu'elle donne lieu, par exemple, à une plus grande efficacité ou un plus grand attrait pour les consommateurs –, alors il revient au plaignant de réfuter cette allégation. Voir *Capital Imaging Assocs., P.C. v. Mohawk Valley Med. Assocs., Inc.*, 996 F.2d 537, 543 (2d Cir. 1993).

Quatrièmement, si la justification proconcurrentielle du monopoleur demeure non réfutée, le plaignant doit démontrer que le tort à la concurrence causé par la conduite est supérieur à l'avantage proconcurrentiel. Dans des affaires relevant du § 1 de la *Sherman Act*, les tribunaux appliquent couramment une telle comparaison au titre de la « règle de raison ». [...] ¹⁵¹

Dès lors, les gains en efficacité sont pertinents dans les affaires de monopolisation aux États-Unis en vertu de la règle de raison, lorsqu'ils servent à fonder une justification proconcurrentielle du comportement d'éviction.

Union européenne

Dispositions sur les complots

L'article 81, paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté européenne interdit « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ».

À titre d'exception à cette règle, l'article 81, paragraphe 3 stipule que celle-ci ne s'applique pas aux accords « qui contribuent à améliorer la production ou la distribution de produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées, des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs (et sans) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

La première de ces conditions dans l'article 81, paragraphe 3 a été interprétée de façon à constituer le fondement de la prise en compte des gains en efficacité dans le cadre de l'évaluation d'accords restrictifs. Il faut noter que cette condition est nuancée par la seconde, qui exige de réserver « aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ». En outre, la « défense » de l'article 81, paragraphe 3 s'applique uniquement lorsque l'accord n'impose pas des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des objectifs en matière d'efficacité et n'élimine pas une bonne partie de la concurrence (c.-à-d. qu'un accord visant à

¹⁵¹ Ibid, 2001-1, Trade Cas. ¶73 321, p. 90 792.

monopoliser une industrie ne pourrait pas bénéficier de la défense prévue par l'article 81, paragraphe 3). La Commission a publié une note détaillée sur l'application de l'article 81, paragraphe 3; elle précise la nature de l'analyse requise, y compris les catégories de gains en efficience qui seront pris en compte, la nature de l'exigence relative au profit réservé aux utilisateurs et d'autres questions.¹⁵²

Abus de position dominante

L'article 82 du Traité de la CE interdit l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante « sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci », au titre que « le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté ». L'article 82 précise divers exemples d'abus. Il a été interprété de façon à englober la notion de pratiques abusives telles que les prix excessifs, les prix d'éviction, la discrimination par le prix et la compression des prix, les refus de vendre et les ventes liées.

Au contraire de l'article 81, l'article 82 ne prévoit aucune exception ou défense. Néanmoins, les gains en efficience peuvent entrer en ligne de compte au moment de déterminer si la conduite d'une entreprise dominante est de fait abusive. En particulier, lorsqu'il existe une justification objective au plan économique ou autre à l'égard de la conduite en cause, elle n'est pas jugée abusive. Dans une allocution donnée en 2003 au Fordham Corporate Law Institute, le directeur général de la concurrence de la Commission européenne Philip Lowe a évoqué le fait que la Commission se livre à l'interne à un examen de l'article 82, et mentionné la nécessité de clarifier la portée des justifications objectives de conduites présumées abusives. Sur la question des gains en efficience dans le contexte de l'article 82, il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Quelles sont les justifications objectives pour tout type de conduite que nous pourrions juger abusive? Il découle de la jurisprudence actuelle qu'il existe certains types de défense, mais jusqu'à présent, ils n'ont guère eu de succès dans nos tribunaux.

[...]

Une entreprise dominante pourrait aussi soutenir qu'en somme, sa conduite n'est pas abusive parce qu'elle est nécessaire pour assurer des gains en efficience qui surpassent les effets anticoncurrentiels allégués. Maintenant un problème que cela soulève est qu'en fait, nous n'avons pas d'exceptions à l'article 82. En outre, du point de vue du consommateur, des gains en efficience à court terme peuvent être annulés par un tort à long terme causé au processus de la concurrence. En revanche, comme nous l'avons clairement reconnu dans nos lignes directrices sur les fusions, les gains en efficience peuvent être pris en considération dans le domaine des fusions, et nous devons nous pencher soigneusement une fois de plus sur l'examen de ces arguments en vertu de l'article 82.¹⁵³

¹⁵² Voir *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité*, JO C 101/97 (le 27 avril 2004).

¹⁵³ Philip Lowe, discours prononcé à la Fordham Corporate Law Institute Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (le 23 octobre 2003).

Ainsi, il existe une possibilité d'invoquer des gains en efficacité comme défense face à un abus de position dominante, pour ce qui est de déterminer si un comportement est de fait abusif ou s'il est motivé par des objectifs d'affaires légitimes visant les gains en efficacité.

Royaume-Uni

Dans la *Competition Act 1998*, le Royaume-Uni a harmonisé ses lois sur la concurrence avec les dispositions de l'Union européenne, en adoptant des dispositions fondées sur les articles 81 et 82 du Traité de la CE (voir ci-dessus).

Australie

Pratiques commerciales soumises à l'autorisation au titre du bien public

Le processus d'autorisation publique prévu par la *Trade Practices Act, 1974* de l'Australie s'applique à une gamme de pratiques restrictives de commerce dont les accords qui réduisent sensiblement la concurrence, les engagements nuisant à la concurrence, les boycotts primaires et secondaires, les accords d'exclusivité anticoncurrentiels, le maintien des prix de revente et les fusions qui réduisent sensiblement la concurrence.¹⁵⁴ L'autorisation confère une immunité complète de la Loi. Les gains en efficacité constituent un facteur important dans le cadre du critère général de bien public lié à l'autorisation (voir annexe C).

Utilisation abusive de la puissance commerciale

En vertu de l'article 46 de la *Trade Practices Act*, une entreprise qui détient une importante puissance commerciale dans un marché ne doit pas en profiter aux fins suivantes :

[TRADUCTION]

- (a) éliminer un concurrent de l'entreprise ou d'une société dans ce marché ou dans tout autre marché ou lui nuire gravement;
- (b) empêcher l'entrée d'une personne dans ce marché ou tout autre marché;
- (c) dissuader ou empêcher une personne de se livrer à un comportement concurrentiel dans ce marché ou tout autre marché.

Le processus d'autorisation au titre du bien public n'est pas applicable à l'égard de l'interdiction de l'abus de la puissance commerciale, parce que cette interdiction est fondée sur la finalité. Dès lors, il n'y a pas de défense au titre du bien public (tenant compte des gains en efficacité) à l'égard de l'abus d'un pouvoir de monopole. Il y a toutefois une exception prévue à l'article 46(6), selon laquelle l'article 46 n'interdit pas une conduite dans la mesure où celle-ci ne constitue pas une contravention d'autres dispositions à l'égard desquelles elle a été autorisée.

¹⁵⁴ Allan Fels AO, *The Public Benefit Test in the Trade Practices Act 1974*, document produit pour le National Competition Policy Workshop, Melbourne (Australie), (le 12 juillet 2001), p. 2 à 3.