

Fusionnements - Lignes directrices pour l'application de la Loi

Avertissement : Ces lignes directrices ont été publiées en mars 1991. Un certain nombre de changements à *la Loi sur la concurrence* ont eu lieu depuis. En particulier, les paragraphes 6.2 et 6.5 de la partie 6 des Lignes directrices sur les fusionnements ne reflètent plus les dispositions actuelles de la partie IX de *la Loi sur la concurrence* touchant les transactions devant faire l'objet d'un avis et les délais. Veuillez vous référer au guide de procédure sur les transactions devant faire l'objet d'un avis et les certificats de décision préalable ainsi qu'au guide sur la tarification et les normes de service. Les lecteurs doivent aussi noter que suite à la décision de la Cour d'appel fédérale dans la cause commissaire de la concurrence c. Superior Propane Inc., la partie 5 sur l'exception d'efficacité n'est plus en vigueur. Dans les cas où des gains en efficacité sont revendiqués, le Bureau de la concurrence appliquera les principes énoncés dans la cause du commissaire de la concurrence c. Superior Propane Inc. et ICG Propane Inc. 2001 CAF 104.

Ces lignes directrices sont émises pour exposer la démarche générale. Les parties sont invitées à communiquer avec le Bureau tôt dans le processus pour discuter de leurs transactions proposées. Les faits spécifiques vont déterminer comment le Bureau évaluera une transaction proposée. Les parties envisageant une fusion ou une acquisition devraient obtenir les conseils légaux appropriés lorsqu'elles songent à une transaction possible. L'interprétation finale de *la Loi sur la concurrence* repose sur le Tribunal de la concurrence et les tribunaux.

INTERPRÉTATION

Ces Lignes directrices ont préséance sur toutes les déclarations précédentes du Directeur des enquêtes et recherches ou d'autres représentants du Bureau, y compris sur le Bulletin d'information no. 1 (intitulé Dispositions sur les fusionnements), qui pourraient différer de ce qui est énoncé dans ce présent document.

Ce document a uniquement pour but de fournir les Lignes directrices pour l'application de *la Loi*. A ce titre, il expose la démarche générale suivie dans l'examen des fusionnements; il ne restreint aucunement la discrétion qui pourra être exercée dans un cas donné. Des conseils particuliers à l'égard d'un fusionnement précis peuvent être demandés au Bureau dans le cadre du programme des avis consultatifs. Les Lignes directrices ne remplacent pas les avis des conseillers spécialisés en matière de fusionnement. Elles ne représentent pas un changement important de politique d'application et ne reformulent pas *la Loi*. L'interprétation de *la Loi* relève en dernier ressort du Tribunal de la concurrence et des autres tribunaux. Dans un but de concision, les abréviations suivantes seront utilisées tout au long des Lignes directrices :

- *La Loi* se rapporte à *la Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, tel qu'amendé L.R.C. 1985, c.27 (1er supp.), s. 187, 189; L.R.C. 1985, c. 19 (2e supp.), Partie II; L.R.C. 1985, c. 34 (3e supp.), a. 8; L.R.C. 1985, c. 1 (4e supp.), a. 11; L.R.C. 1985, c. 10 (4e supp.), a. 18; S.C. 1990, c. 37, a. 27-32.

- « Le Ministère » se rapporte à Consommation et Corporations Canada
- « Le Bureau » se rapporte au Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Corporations Canada
- « Le Directeur » se rapporte au Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la politique de concurrence de la concurrence.
- « Le Tribunal » se rapporte au Tribunal de la concurrence.
- « Lignes directrices » se rapporte à cette publication c'est-à-dire Fusionnements Lignes directrices ou l'application de *la Loi*.
- Toutes références aux parties de ces Lignes directrices se trouvent sous l'appellation « partie »

Toutes références aux articles de *la Loi* se retrouvent sous l'appellation « article ».

Sommaire

- Partie 1 - Définition de la notion de « Fusionnement »
- Partie 2 - Le seuil de l'entrave à la concurrence
- Partie 3 - Définition du marché
- Partie 4 - Critères d'évaluation
- Partie 5 - L'exception d'efficience
- Partie 6 - Procédure
- Annexe I - Renseignements complémentaires sur les coûts irrécupérables
- Annexe II - Genres de gains en efficience généralement pris en considération

Sommaire

Qu'est-ce qui constitue un fusionnement ?

Dans la partie 1, les Lignes directrices abordent la politique d'application de *la Loi* suivie par le Directeur à l'égard de l'article 91, qui définit le mot « fusionnement ». En termes généraux, au sens de l'article 91, un « fusionnement » est réputé avoir lieu en cas d'acquisition ou d'établissement, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. Si une transaction ne répond pas à la définition de l'article 91, elle n'est pas assujettie aux dispositions sur les fusionnements de *la Loi*. Le principal point analysé dans la partie 1 est l'interprétation de l'expression « intérêt relativement important ». On considère que l'acquisition ou l'établissement d'un intérêt relativement important dans la totalité ou dans une partie d'une entreprise d'une autre personne a lieu lorsqu'une personne acquiert ou établit une capacité d'exercer une influence concrète sur le comportement économique de cette entreprise (par exemple, empêcher l'adoption de résolutions spéciales ou ordinaires, ou prendre des décisions se rapportant aux prix, aux achats, à la distribution, à la commercialisation ou aux investissements). En général, on ne considérera pas que la détention directe ou indirecte de moins de 10 pour 100 des droits de vote dans une autre entité constitue un intérêt relativement important. Un intérêt relativement important peut être acquis ou établi en vertu de conventions entre actionnaires, de contrats de gestion et

d'autres ententes contractuelles auxquelles sont parties des entités constituées en société ou non.

Le seuil de l'entrave à la concurrence

La partie 2 porte sur la politique d'application de *la Loi* suivie par le Directeur en ce qui concerne la norme légale prévue au paragraphe 92(1) de *la Loi*. En général, on considère qu'un fusionnement a vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence lorsque les parties au fusionnement seraient vraisemblablement plus en mesure d'exercer pendant deux ans au moins un pouvoir de marché nettement plus important sur une part sensible d'un marché que si le fusionnement n'avait pas lieu, ni en tout ni en partie. Le pouvoir de marché peut être exercé unilatéralement ou en interdépendance avec d'autres concurrents. Jusqu'à présent, la plupart des fusionnements dont le Directeur a conclu qu'ils auraient vraisemblablement empêché ou diminué sensiblement la concurrence ont suscité des inquiétudes au sujet de la capacité des parties à ces fusionnements d'exercer unilatéralement un pouvoir de marché. Cependant, les Lignes directrices indiquent qu'un fusionnement peut aussi faciliter l'exercice en interdépendance d'un pouvoir de marché par deux concurrents ou plus, grâce à une entente ou à un accord explicite, ou par d'autres formes de comportement qui permettent aux entreprises de coordonner implicitement leur conduite. L'évaluation pour déterminer dans quelle mesure un pouvoir de marché sera vraisemblablement acquis ou garanti à la suite d'un fusionnement est principalement concentrée sur la dimension prix de la concurrence. Néanmoins, la concurrence peut être sensiblement empêchée ou diminuée sur le plan du service, de la qualité, de la variété, de la publicité ou de l'innovation dans les situations où la rivalité commerciale sous ces formes de concurrence est importante.

Définition du marché

La partie 3 des Lignes directrices présente le cadre conceptuel qui sous-tend l'approche adoptée dans la définition du marché. Elle décrit aussi les divers critères factuels qui sont normalement utilisés dans l'application cas par cas de ce cadre. En général, on définit un marché pertinent comme le groupe le plus restreint de produits et la plus petite région géographique à l'égard desquels des vendeurs pourraient imposer et maintenir une augmentation de prix relativement importante et non transitoire au-dessus des niveaux qui existeraient normalement si le fusionnement n'avait pas lieu. Dans la plupart des contextes, le Bureau considère qu'une augmentation de prix est relativement importante si elle atteint 5 pour 100 et qu'elle n'est pas transitoire si elle dure un an. Cependant, une augmentation de prix et une période différentes peuvent être prises en considération si le Directeur est d'avis que l'application des seuils de 5 pour 100 et d'un an ne traduirait pas les réalités du marché.

Lorsque la concurrence potentielle émanant de nouveaux arrivants sur le marché ou l'expansion d'entreprises marginales au sein du marché exigerait une importante construction ou adaptation d'installations ou exigerait qu'on surmonte des difficultés relativement importantes dans le domaine de la commercialisation et de la distribution,

cette concurrence est étudiée après la définition du marché, dans l'évaluation qui consiste à déterminer si une nouvelle implantation sur le marché pertinent aurait vraisemblablement pour effet d'éviter un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence.

Critères d'évaluation

La partie 4 est consacrée aux divers critères d'évaluation utilisés dans l'analyse des effets vraisemblables qu'aurait un fusionnement sur la concurrence sur un marché pertinent. Le premier point traité est l'importance des renseignements relatifs à la part de marché et à la concentration. En général, on ne contestera pas un fusionnement sur le fondement d'inquiétudes concernant l'exercice unilatéral d'un pouvoir de marché lorsque la part de marché de l'entité fusionnée serait inférieure à 35 pour 100 après le fusionnement. De même, on ne contestera généralement pas un fusionnement sur le fondement d'inquiétudes concernant l'exercice en interdépendance d'un pouvoir de marché lorsque la part de marché détenue par les quatre plus grandes entreprises serait inférieure à 65 pour 100 après le fusionnement. Bien que la part de marché des quatre plus grandes entreprises pourrait dépasser 65 pour 100, le Directeur ne contestera généralement pas un fusionnement sur le fondement de craintes relatives à l'exercice en interdépendance d'un pouvoir de marché lorsque la part de marché de l'entité fusionnée serait inférieure à 10 pour 100. Ces seuils servent simplement à distinguer les fusionnements qui n'auront vraisemblablement pas de conséquences anticoncurrentielles de ceux qui exigent une analyse plus approfondie, selon divers critères d'évaluation qualitatifs tels que ceux prévus à l'article 93. Aucune conclusion concernant les effets vraisemblables d'un fusionnement sur la concurrence n'est tirée de preuves qui reposent uniquement sur la part de marché ou la concentration. Dans tous les cas, une évaluation des parts de marché et de la concentration ne constitue que le point de départ de l'analyse.

Les Lignes directrices abordent ensuite les sept critères d'évaluation qualitative spécifiquement mentionnés à l'article 93 de *la Loi* ainsi que deux autres critères qu'il est souvent important de prendre en considération. À l'instar d'une forte part de marché et d'une forte concentration, la présence d'entraves à une nouvelle concurrence qui feraient supporter aux nouveaux arrivants un désavantage relativement important en termes de coûts, des frais irrécupérables ou des retards est généralement une condition préalable nécessaire mais non suffisante pour conclure que la concurrence serait vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement. En l'absence d'entraves de ce genre, il est généralement impossible de maintenir un degré de pouvoir de marché relativement important. Lorsque l'implantation d'une nouvelle entreprise ou l'expansion d'entreprises marginales sur le marché auraient vraisemblablement lieu dans les deux ans à une échelle suffisante pour qu'une augmentation appréciable des prix ne puisse pas être maintenue au-delà de cette période dans une part sensible de ce marché, la conclusion vraisemblable voulant que le fusionnement n'exige aucune mesure corrective sera généralement justifiée.

De même, les informations se rapportant à la déconfiture de l'entreprise ou au degré de concurrence réelle qui subsisterait après le fusionnement peuvent être suffisantes pour

justifier une décision de ne pas contester le fusionnement. Dans les cas où une des parties au fusionnement se retirera vraisemblablement du marché si le fusionnement n'a pas lieu et s'il n'existe pas d'autre solution à ce retrait susceptible d'entraîner un degré nettement plus élevé de concurrence que si le fusionnement avait lieu, on ne conclura généralement pas que le fusionnement contreviendrait vraisemblablement à *la Loi*. De même, s'il est peu probable que le degré de concurrence réelle qui resterait sur le marché soit réduit, le fusionnement ne sera vraisemblablement pas contesté.

Fusionnements verticaux et en conglomérat

À la fin de la partie 4, les Lignes directrices abordent la question des fusionnements verticaux et en conglomérat. Ces genres de transactions présentent rarement suffisamment de motifs justifiant une mesure corrective. Néanmoins, les Lignes directrices décrivent deux situations limitées dans lesquelles une transaction verticale pourrait empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence et une circonstance dans laquelle un fusionnement en conglomérat pourrait le faire. Dans chacune de ces trois situations, l'effet anticoncurrentiel possible du fusionnement est de nature horizontale.

L'exception d'efficience

Veillez noter : Cette partie n'est plus en vigueur. Les lecteurs devraient consulter la décision de la Cour d'appel fédérale dans la cause du commissaire de la concurrence c. Superior Propane Inc. et ICG Propane Inc. 2001 CAF 104.

Dans la partie 5, les Lignes directrices abordent en détail l'approche suivie à l'égard des dispositions relatives à l'exception d'efficience prévue à l'article 96. Ces dispositions s'appliquent dans les cas où il a été conclu qu'un fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. L'étude des dossiers se rapportant à des gains en efficience se concentre essentiellement sur les gains en efficience quantifiables reliés à la production. Cependant, les gains en efficience qualitatifs de nature dynamique peuvent, eux aussi, dans certaines circonstances, jouer un rôle relativement important. On compare les gains en efficience totaux qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si le fusionnement n'avait pas lieu aux effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence que le fusionnement pourrait vraisemblablement entraîner. Dans l'évaluation de l'ampleur de ces effets anticoncurrentiels, on se concentre sur la partie de la perte totale que pourraient subir les acheteurs ou les vendeurs qui ne constitue pas seulement un transfert d'une partie à une autre mais représente aussi une perte pour l'économie dans son ensemble attribuable au détournement de ressources vers des emplois d'une valeur inférieure.

Procédure

Enfin, dans la partie 6, les Lignes directrices abordent brièvement divers points se rapportant au processus tels que les délais, le préavis, la confidentialité, l'échange d'information entre les parties au fusionnement et la relation entre les processus d'examen du Bureau et d'Investissement Canada.