



Bureau de la concurrence
Canada

Competition Bureau
Canada

RÉSUMÉ DES CONSULTATIONS SUR LES GAINS EN EFFICIENCE (2004-2005)

Canada 

En septembre 2004, le Bureau de la concurrence a lancé un processus de consultation nationale de trois phases portant sur le rôle des gains en efficacité dans l'examen des fusions en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

- Dans la première phase, le Bureau a publié un [document de consultation](#) et a sollicité des [observations écrites](#) que sont venues compléter des [tables rondes](#) tenues dans tout le Canada.
- Dans la deuxième phase, des représentants du Bureau ont rencontré leurs homologues d'autres pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques à l'occasion d'une [table ronde internationale](#) pour examiner le traitement des gains en efficacité d'autres pays.
- Au cours de la troisième phase, un comité consultatif d'experts sur le rôle que les gains en efficacité devraient jouer dans le contexte de l'économie du Canada au 21^e siècle. Le comité a également été chargé d'examiner la pertinence des différents types de gains en efficacité, surtout ceux de l'efficacité dynamique dans la politique canadienne de la concurrence.

CONTEXTE

La notion voulant que la concurrence contribue à l'efficacité de l'économie canadienne fait depuis près d'une quarantaine d'années l'objet d'un débat dans les milieux des gens de loi et des gens d'affaires ainsi que dans les cercles politiques.

En 1969, dans l'un de ses nombreux rapports sur la législation économique cadre, le Conseil économique du Canada s'est dit préoccupé du fait que, en raison de la petite taille du marché intérieur, les entreprises canadiennes n'étaient pas rentables, ce qui affectait à la prospérité de l'ensemble des Canadiennes et des Canadiens.

Le Conseil économique a conclu que dans certaines situations, une fusion qui diminue la concurrence peut tout de même être avantageuse pour les Canadiens en ce sens qu'elle favorise une efficacité accrue dans la prestation des produits ou des services. Cette conclusion a ouvert un débat sur la question de savoir, en vertu de la législation canadienne, si une fusion qui semble anticoncurrentielle pourrait tout de même être soutenue par une « défense des gains en efficacité ».

Entre 1969 et le milieu des années 80, le gouvernement a proposé une série de projets de loi visant à modifier la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (prédécesseur de la *Loi sur la concurrence*) pour, entre autres choses, autoriser la prise en considération des gains en efficacité dans l'examen des fusions. Cependant, le libellé de ces projets de loi différait à divers égards importants de la défense des gains en efficacité qui a été incorporée à la *Loi sur la concurrence* en 1986.

L'actuelle *Loi sur la concurrence* fait mention de l'efficacité à quatre reprises.

- L'article 1.1 indique que l'un des objectifs de la Loi au chapitre de l'efficacité est « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne ».

- 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 renvoie aux gains en efficience découlant d'accords de spécialisation.
- L'article 96 porte sur les gains en efficience engendrés par une fusion.

Plus particulièrement, l'article 96 habilite le Tribunal de la concurrence à autoriser une fusion lorsque les gains en efficience attendus par suite de la fusion « surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence » qui résulteront de la fusion. La défense fondée sur les gains en efficience peut être invoquée au Canada depuis vingt ans.

Cependant, les gains en efficience n'ont été que rarement invoqués. Jusqu'ici, le Tribunal de la concurrence a cité les gains en efficience dans six affaires de fusion, mais n'a pris sérieusement en considération la défense des gains en efficience que dans deux de ces affaires : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* et *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propan Inc.* Cette dernière est la seule où le tribunal a été appelé à interpréter l'article 96.

Dans l'[affaire Supérieur Propane–ICG Propane](#), le Tribunal de la concurrence a autorisé la fusion pour des fins de gains en efficience, en dépit du fait qu'elle allait sensiblement diminuer la concurrence sur plusieurs marchés locaux canadiens ainsi que sur le marché pour coordination des services pour les clients nationaux. Le commissaire à la concurrence a interjeté appel de la décision et la Cour d'appel fédérale du Canada a renvoyé l'affaire au Tribunal de la concurrence aux fins de réexamen, jugeant que le Tribunal avait erré en droit dans sa première décision. Suite à des audiences supplémentaires, le Tribunal a de nouveau conclu que les gains en efficience de la fusion l'emportaient sur les effets anticoncurrentiels et autorisa la fusion. Le commissaire en appela de cette décision, mais la Cour d'appel fédérale a confirmé le réexamen du Tribunal.

Cette affaire, qui a duré de 2000 à 2003, a suscité un vif intérêt dans les cercles économiques et juridiques du Canada. Un projet de loi d'intérêt privé (C-249) a été soumis au Parlement dans le but de modifier les dispositions législatives relatives aux gains en efficience dans la foulée de l'affaire *Supérieur Propane*.

Le projet de loi C-249 aurait eu pour effet d'abroger les dispositions relatives à la défense fondée sur les gains en efficience du paragraphe 96(1) en proposant une approche selon laquelle les gains en efficience aurait été pris en considération dans l'examen des fusions au même titre que les autres facteurs énoncés à l'article 93. Le projet de loi prévoyait également une prescription d'« avantages pour les consommateurs », comme des prix concurrentiels et une plus vaste gamme de produits.

Des comités de la Chambre des communes et du Sénat se sont penchés sur le projet de loi. Nombre des mémoires qui leur ont été présentés ont fait valoir qu'il aurait été profitable de soumettre l'aspect des gains en efficience prévus dans la *Loi sur la concurrence* à un vaste débat public, en particulier à la lumière de la nouvelle conjoncture économique canadienne qu'avaient créée le libre-échange, la mondialisation et la technologie, pour ne citer que ceux-là. L'occasion

s'est effectivement présentée lorsque le projet de loi C-249 est mort au *Feuilleton* quand les élections fédérales ont été convoquées en mai 2004.

PHASE UN – CONSULTATIONS NATIONALES

Le Bureau a rédigé une première ébauche d'un document de consultation au cours de l'été 2004 et diffusé au cours du mois de septembre.

Le document se divisait en deux parties. La première examinait le traitement actuel des gains en efficience au Canada en vertu de la *Loi sur la concurrence*, en s'arrêtant en particulier sur la pratique du Bureau dans la mise en application de la loi telle qu'elle est décrite dans son document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* ainsi que sur les décisions qui ont été rendues dans l'affaire *Supérieur Propane*. La partie 1 faisait également l'historique législatif de l'article 96 et examinait des questions entourant le fardeau de la preuve et d'autres exigences en matière de preuve dans les affaires de gains en efficience. Elle se terminait 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 énonce cinq propositions sur lesquelles pourrait être lancé un débat sur le traitement des gains en efficience en vertu de la *Loi sur la concurrence* :

- maintenir le statu quo;
- maintenir la défense fondée sur les gains en efficience, en ajoutant une exception explicite interdisant l'utilisation de cet argument dans les cas où la fusion créerait un monopole ou un quasi-monopole;
- examiner les gains d'efficience dans le cadre de l'évaluation globale d'une fusion en vertu de l'article 93 de la *Loi sur la concurrence*;
- autoriser une évaluation des résultats de la fusion, pour déterminer si les gains en efficience escomptés ont été obtenus;
- autoriser la prise en compte des gains en efficience dans le cadre d'accords de spécialisation, d'entreprises à risque partagé et d'alliances stratégiques.

Le Bureau a chargé le Groupe Intersol de recevoir les observations écrites et de mener les consultations avec les intervenants et autres parties intéressées au sujet des propositions.

OBSERVATIONS ÉCRITES

Près de trois douzaines d'observations ont été soumises par des cabinets d'avocats et groupes de consommateurs et d'associations industrielles ainsi que des autorités en matière de concurrence de l'étranger. Les avantages et inconvénients de chaque proposition y étaient décrits en détail et de diverses perspectives, depuis les effets sur le commerce international jusqu'à l'importance de la stabilité du droit.

Certaines idées sont ressorties des observations écrites présentées pour chacune des cinq propositions que nous retrouvons ci-dessous. Un [résumé](#) des mémoires est accessible en direct, tout comme les [observations écrites](#) dans leur intégralité.

Statu quo

Les tenants du *statu quo* ont donné plusieurs arguments pour expliquer pourquoi cette solution était préférable, dont les suivantes :

- *Le statu quo est unique en son genre. Cette solution proprement canadienne reconnaît les caractéristiques de l'économie canadienne. La taille du marché canadien et la concurrence internationale rendent inévitable et souhaitable la concentration de certains secteurs. Les entreprises canadiennes doivent avoir la taille et la capacité nécessaires pour livrer concurrence efficacement aux concurrents de plus grande envergure.*
- *Le statu quo est conforme à l'intérêt public. Il devrait pouvoir être possible d'invoquer les gains en efficacité dans le cas des fusions qui auront pour effet d'enrichir l'ensemble des Canadiennes et des Canadiens. Une politique de la concurrence axée sur les gains en efficacité est essentielle à l'expansion économique du Canada.*
- *Le statu quo a traversé l'épreuve du temps. Les actuelles dispositions relatives à l'efficacité ont été adoptées après un examen approfondi, et il ne convient pas d'apporter des changements majeurs à la politique sans autre examen. Rien n'indique que les dispositions actuelles sont impraticables ou que les parties intéressées abandonnent des transactions parce qu'elles s'inquiètent de la façon dont les critères pourraient être appliqués.*

Les détracteurs du *statu quo* ont également exposé un certain nombre de raisons pour des changements, dont les suivantes :

- *Le statu quo confère une trop grande importance aux gains en efficacité. Promouvoir l'efficacité n'est pas l'unique objectif de la Loi sur la concurrence et, pourtant, la défense fondée sur les gains en efficacité lui accorde la priorité sur tous les autres objectifs de la politique de concurrence.*
- *Le statu quo a une application et une portée restrictives. Les gains en efficacité ont rarement influé sur les décisions du Bureau. En fait, comme c'est le Tribunal de la concurrence qui détermine au bout du compte si la fusion est susceptible de se traduire par des gains en efficacité, le Bureau ne peut tenir compte des gains en efficacité que dans une mesure limitée lors de son examen des fusions.*
- *Le statu quo est complexe et plus difficile à appliquer que les autres solutions. Le statu quo exige des parties qu'elles produisent des preuves non seulement en ce qui concerne l'évaluation des effets anticoncurrentiels selon un critère donné, mais aussi sur ce que devrait être ledit critère. Le statu quo implique également la nécessité d'identifier différentes catégories de clients et les facteurs de pondération à appliquer aux effets de redistribution du revenu. Cette approche est extrêmement difficile à exécuter et donne lieu à la controverse.*

Fusions créant un monopole ou un quasi-monopole

Ceux qui sont en faveur d'appliquer une exception d'efficacité aux fusions créant des monopoles ont donné diverses raisons pour motiver leur opinion, dont les suivantes :

- *L'exception ne permettrait pas de justifier les fusions anticoncurrentielles par les gains en efficacité. Le droit de la concurrence devrait interdire les fusions d'entreprises qui ont pour effet de créer un monopole. Les entreprises ne devraient pas être autorisées à accroître leur part de marché au moyen de fusions en invoquant un accroissement de leur efficacité.*
- *L'exception favoriserait la concurrence. L'approche actuelle semble escamoter les raisons pour lesquelles on recherche les gains en efficacité : ils abaissent les coûts, ce qui a pour effet d'abaisser les prix et, en retour, d'accroître le bien-être du consommateur et la concurrence internationale, tout en favorisant l'introduction opportune de nouveaux produits et services sur le marché. Autoriser une fusion qui créera un monopole au titre des gains en efficacité, mais sans tenir compte des effets sur le consommateur, compromettra les objectifs visés.*

Les adversaires de l'exception ont également fourni un certain nombre de raisons pour défendre leur position, dont les suivantes:

- *L'exception serait trop prohibitive. Les monopoles ne sont pas illégaux au Canada. Le danger d'interdire une défense fondée sur les gains en efficacité dans le cas d'une fusion créant un monopole est de bloquer une fusion qui accroîtrait le bien-être de la société.*
- *L'exception serait inefficace. Les gains en efficacité devraient être le pivot de l'examen de toute transaction, y compris des fusions créant des monopoles. Interdire une défense fondée sur les gains en efficacité dans ces cas reviendrait à passer sous silence l'importance capitale que l'efficacité devrait revêtir.*
- *L'exception serait incohérente. L'efficacité pourrait l'emporter sur tous les autres objectifs de la politique de concurrence dans la plupart des cas de fusion, mais pas dans celui des fusions qui créeraient un monopole. Les effets d'une fusion créant un monopole ne devraient pas être examinés différemment des effets des fusions de tout autre type.*

Examen des gains en efficacité au même titre que les facteurs de l'article 93

Ceux qui préconisent d'éliminer la défense fondée sur les gains en efficacité et de considérer les gains en efficacité au même titre que les autres facteurs prévus à l'article 93 ont fait valoir plusieurs des avantages de cette proposition, dont les suivants :

- *L'intégration aux facteurs de l'article 93 pourrait mettre en équilibre les objectifs de la Loi sur la concurrence. Cette option permettrait d'équilibrer les quatre objectifs établis dans l'article 1.1 de la Loi lors de l'examen de chaque fusion. L'approche fondée sur les facteurs tiendrait compte de l'importance des gains en efficacité, sans toutefois laisser ce facteur prévaloir sur les autres objectifs du contrôle des fusions.*
- *L'approche axée sur les facteurs ferait entrer le facteur des gains en efficacité dans l'examen régulier des fusions. L'approche dite par facteurs permettrait aux entreprises et au Bureau de tenir plus souvent compte des gains en efficacité dans l'analyse des fusions. Il serait plus sensé de traiter l'efficacité au même titre que tous les autres facteurs à prendre*

en considération, étant donné que ces facteurs devraient être pondérés différemment, selon les circonstances du dossier.

- *L'approche axée sur les facteurs cadrerait avec les pratiques des partenaires commerciaux du Canada. Les dispositions législatives canadiennes en matière de fusion seraient ainsi alignées sur celles des États-Unis et de l'Union européenne en particulier, ce qui réduirait les coûts et l'incertitude des entreprises qui envisagent de réaliser des fusions transnationales.*

Les adversaires de l'approche axée sur les facteurs ont quant à eux donné plusieurs raisons pour justifier leur opposition à cette option, dont les suivantes :

- *L'approche par facteurs ne conférerait pas aux gains en efficacité le poids qu'ils méritent. Le fait de considérer l'efficacité au même titre que divers autres facteurs risquerait d'en réduire l'importance. Il y a lieu d'accorder à l'efficacité une importance capitale, et toute tentative d'en diminuer l'importance mènerait la politique de concurrence vers une orientation regrettable.*
- *L'approche par facteurs affaiblirait la capacité du Canada d'atteindre les objectifs de la Loi sur la concurrence. Une approche par facteurs ferait perdre à l'économie canadienne les avantages sur les plans de l'efficacité et de la productivité que devait assurer l'article 96 et qui sont reconnus à l'article 1.1 comme l'ultime objectif de la Loi.*
- *L'approche par facteurs modifierait la définition d'une diminution sensible de la concurrence. Examiner les gains en efficacité uniquement d'après l'article 93 pourrait occulter le sens de l'expression empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels sont des « pommes et des oranges » : la capacité d'exercer son emprise sur le marché n'a rien à voir avec l'efficacité.*

Les participants aux consultations ont également été invités à envisager une approche par facteurs qui intègre une prescription d'avantages pour les consommatrices et les consommateurs. Les partisans de cette option ont avancé que cette solution serait en harmonie avec les pratiques des principaux partenaires commerciaux du Canada, faisant remarquer que le Canada est le seul pays important dont l'approche à l'égard des gains en efficacité ne repose pas sur le critère du surplus des consommateurs.

Les opposants à cette option ont souligné que le fait de n'accorder de l'importance qu'aux consommatrices et aux consommateurs méconnaît l'efficacité en général, et l'efficacité dynamique en particulier.

Évaluation postérieure à la fusion

Cette option permettrait au Tribunal de la concurrence d'inclure dans sa conclusion une condition selon laquelle toute défense fondée sur les gains en efficacité ne serait admise que sous réserve d'une évaluation postérieure à la fusion qui permettrait de déterminer si les gains en efficacité ont effectivement été réalisés. S'il s'avère que les gains en efficacité sont sensiblement inférieurs à ceux qui avaient été escomptés, le dossier pourrait être rouvert et la fusion annulée.

Les partisans de l'évaluation postérieure à la fusion ont avancé plusieurs raisons pour motiver leur opinion, dont les suivantes:

- *L'évaluation postérieure à la fusion améliorerait les possibilités de voir les prévisions se confirmer. On pourrait être plus sûr que les gains en efficacité prévus se réaliseraient. La possibilité d'une évaluation et le risque d'une dissolution de l'entité inciteraient les parties à la fusion à veiller à ce que se réalisent les gains en efficacité prévus.*
- *L'évaluation postérieure à la fusion serait un bon outil empirique. Il serait utile de mieux savoir dans quelle mesure les parties à la fusion réalisent les gains en efficacité qu'elles ont anticipés, et ces données serviraient à raffiner la politique relative à l'examen des fusions à l'avenir.*

Les opposants à l'évaluation postérieure à la fusion ont avancé quant à eux diverses raisons pour justifier leur opinion, dont les suivantes:

- *L'évaluation postérieure à la fusion créerait un climat d'incertitude et entraverait les fusions efficaces. Cette option susciterait l'incertitude chez les parties à la fusion, puisque l'entité nouvellement formée risquerait d'être dissolue. Les parties pourraient hésiter à faire les démarches nécessaires en vue de leur intégration, ce qui retarderait la réalisation des gains en efficacité et nuirait à la compétitivité de l'entreprise nouvellement fusionnée. Toute dissolution postérieure à la fusion aurait de grands effets perturbateurs.*
- *L'évaluation postérieure à la fusion serait difficile à administrer. La nécessité d'assurer le suivi des fusions créerait un lourd fardeau administratif pour le Bureau et le Tribunal de la concurrence. Cette option ne permettrait pas une utilisation optimale des ressources du Bureau.*
- *L'évaluation postérieure à la fusion serait pratiquement impossible et entraînerait des coûts prohibitifs pour les entreprises. Cette option serait très coûteuse pour les entreprises fusionnées. Pour réaliser des gains en efficacité maximum, les entreprises pourraient devoir intégrer entièrement leurs opérations au point de rendre extrêmement difficile toute dissolution éventuelle.*

Prise en considération des gains en efficacité dans les accords de spécialisation, les coentreprises et les alliances stratégiques

Les participants ont signalé que tout changement à ce niveau doit faire en sorte que la *Loi sur la concurrence* facilite plutôt que n'entrave les alliances stratégiques et autres ententes commerciales novatrices que les entreprises ont de plus en plus besoin pour rivaliser efficacement sur le marché mondial. Les participants ont également fait remarquer que, si une nouvelle disposition civile régissant les alliances stratégiques venait à être promulguée, il serait logique de rendre le traitement des gains en efficacité conforme aux dispositions relatives aux fusions, puisque le cadre analytique serait essentiellement le même.

TABLES RONDES

Pour donner suite aux observations présentées par écrit, Intersol a tenu une série de tables rondes à Vancouver, à Toronto et à Montréal en janvier 2005.

Les participants ont été invités à discuter des options contenues dans le document de consultation, à faire état sur celles qu'ils privilégiaient, et à répondre à des questions qui s'y rapportaient. Certains des aspects soulevés lors de ces séances sont résumés ci-dessous. Un [résumé des tables rondes](#) est également accessible en direct.

Statu quo

Le statu quo a obtenu l'appui d'un grand nombre de participants. On a signalé que les dispositions relatives aux fusions avaient pour objet d'autoriser les fusions qui améliorent le bien-être économique des Canadiennes et des Canadiens. La démarche liée à l'analyse des coûts est plus efficace lorsqu'elle est utilisée comme défense, ce qui constitue le statu quo. Les tenants du statu quo ont également fait remarquer que cette solution permet de présenter, conformément à ses objectifs, une défense des gains en efficacité et, en conséquence, d'encourager l'expansion dynamique de l'économie canadienne. Certains ont également proposé de maintenir le statu quo jusqu'à ce qu'une étude approfondie permette de déterminer les divers types des gains en efficacité qui seraient pertinents à la politique de la concurrence et le cadre législatif qui donnerait lieu à une politique et à des résultats optimaux.

Les adversaires du statu quo ont dit se soucier de ce que, à l'heure actuelle, le Bureau de la concurrence ne tienne pas compte des gains en efficacité lorsqu'il est appelé à déterminer si une fusion réduira sensiblement la concurrence. Une formulation qui incite le Bureau à examiner les gains en efficacité serait bénéfique. Certains ont également souligné que, à l'heure actuelle, les motifs invoqués dans l'affaire *Supérieur Propane* engendrent de l'incertitude et que le Bureau pourrait remédier à cette situation en traitant précisément de la façon dont il examinerait la question des gains en efficacité.

Fusion créant un monopole ou un quasi-monopole

L'idée de promulguer des dispositions spéciales pour régler la question des fusions qui créent des monopoles ou des quasi-monopoles n'a pas été très populaire. Les participants ont dit qu'il serait très difficile qu'une fusion ne crée un monopole dans le cadre de la législation actuelle, si elle est convenablement appliquée. Ils ont ajouté que lorsque cette possibilité existe, comme dans le cas des monopoles naturels, l'intervention gouvernementale devient alors inévitable. Certains ont toutefois dit se préoccuper des monopoles locaux.

Les participants ont également souligné que les consommatrices et les consommateurs ne se soucient pas du fait qu'un monopole serait créé, mais plutôt de l'augmentation des prix qui en résulterait. Enfin, certains ont dit craindre que les fusions créant des monopoles puissent être interdites même si les consommateurs pourraient en bénéficier.

Intégration des gains en efficacité aux facteurs en vertu de l'article 93

L'approche par facteur a suscité des réactions diverses. Les tenants de cette option ont fait remarquer que la démarche traitant les gains en efficacité comme des facteurs est celle qui réussissait le mieux à établir l'équilibre entre les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*

et à empêcher les situations où les gains en efficacité risqueraient d'outrepasser les autres objectifs de la Loi. Ils ont également fait remarquer que cette approche laisserait le Bureau tenir compte des gains en efficacité au tout début de l'examen du projet de fusion, et les problèmes liés à une fusion pourraient ainsi être résolus plus vite, sans qu'il soit nécessaire d'intenter de poursuites judiciaires. Les partisans de cette approche ont mis l'emphase sur le fait que presque tous les pays autre que le Canada recourent à l'approche par facteurs.

Les opposants à cette approche ont signalé que l'efficacité est importante pour l'économie et qu'elle est souvent la raison pour laquelle s'opèrent les fusions; selon eux, l'approche par facteurs risquerait de réduire l'efficacité à un rôle subalterne. Ils ont également mentionné que cette approche laisserait au Bureau une discrétion si grande qu'il pourrait même totalement négliger de tenir compte des gains en efficacité. Ils ont de plus décrit comment l'intégration aux facteurs de l'article 93 crée d'importantes difficultés dans la préparation des cas. Les parties envisageant une fusion n'analyseront pas les gains en efficacité de la même façon qu'ils le feraient dans le cadre d'une défense.

Approche hybride

Les participants ont formulé diverses propositions relativement à une approche hybride qui conjuguerait l'approche de la défense et l'approche par facteur. Ils ont fait remarquer qu'elle aurait l'avantage de préserver les aspects intéressants d'une démarche traitant les gains en efficacité comme un facteur, tout en donnant droit à une défense au besoin. Toutefois, les participants ont exprimé une certaine réserve en raison de la difficulté d'établir un équilibre entre l'efficacité et une réduction sensible de la concurrence. On a proposé d'admettre la défense des gains en efficacité les rares fois que ce serait nécessaire, mais de trouver une façon simple de pondérer l'efficacité en tant que facteur dans l'examen d'une fusion.

Évaluation postérieure des résultats d'une fusion

Nombre de participants ont dit considérer les évaluations postérieures aux fusions comme un outil de recherche empirique. Ces évaluations pourraient atténuer les difficultés d'établir des projections quant aux gains en efficacité.

Toutefois, certains ont dit s'inquiéter du fait que le risque d'une dissolution générerait trop d'incertitude si les gains en efficacité prévus ne se réalisaient pas à court terme. Il serait pratiquement impossible de rétablir les fusions après le fait et cela créerait un malaise. De nombreuses fusions ne créent pas tous les gains en efficacité prévus parce qu'ils sont très difficiles à prévoir et à démontrer. L'évaluation postérieure représenterait par ailleurs un trop lourd fardeau pour le Bureau.

PHASE DEUX – CONSULTATIONS TENUES AVEC DES INSTANCES INTERNATIONALES DANS LE DOMAINE DE LA CONCURRENCE

La deuxième phase a débuté par une consultation de représentants d'autres pays, tenue en parallèle à une réunion de l'Organisation de coopération et de développements économiques en octobre 2004. Les représentants de l'Australie, du Canada, de l'Union européenne, du Mexique, du Royaume-Uni et des États-Unis y ont assisté. D'autres observations ont été reçues par écrit de l'Allemagne, du Japon, de la Norvège, de la Suède et de l'Afrique du Sud.

Les délégués internationaux ont été invités à expliquer, entre autres choses, les types de gains en efficacité qu'ils prennent généralement en considération, si les gains en efficacité devaient avoir des retombées bénéfiques pour les consommatrices et les consommateurs, et dans quelles circonstances les gains en efficacité sont admis.

Certaines des idées qui ont été exprimées lors des tables rondes et dans les [observations écrites](#) sont décrites ci-dessous. On peut également consulter en direct le [résumé détaillé](#) des tables rondes.

Dans l'ensemble, les instances internationales se rangent en trois groupes :

- Le groupe où la loi prévoit une défense fondée sur les gains en efficacité. Dans ces pays, la promesse de gains en efficacité peut servir d'argument pour faire abstraction des effets anticoncurrentiels d'une fusion. L'Afrique du Sud fait partie de ce groupe.
- Le groupe qui considère l'efficacité comme un facteur parmi d'autres dans l'évaluation des fusions. Dans ces pays, l'efficacité accrue peut être considérée comme un facteur favorable à la fusion, mais elle ne pourrait l'emporter sur tous les autres facteurs. L'Union européenne, les États-Unis, le Japon, le Mexique et la Norvège font partie de ce groupe.
- Le groupe qui adopte une approche hybride. L'Australie, par exemple, traite les gains en efficacité comme un facteur dans l'évaluation d'une fusion. La législation australienne confère toutefois l'immunité aux parties à une fusion qui favorisera l'intérêt public. Au Royaume-Uni, les gains en efficacité sont considérés comme un facteur dans l'examen des fusions; la législation britannique prévoit également l'évaluation distincte des avantages pour les consommatrices et les consommateurs, ce qui peut servir de défense fondée sur les gains en efficacité.

Les participants se sont entendus sur le défi que représente l'évaluation des gains en efficacité dans l'examen d'une fusion. Les types de gains évalués et l'estimation de leur importance ont une influence directe sur la complexité de l'exercice. Par ailleurs, les participants ont aussi fait observer qu'il est essentiel de faire preuve de flexibilité dans l'évaluation des gains en efficacité résultant d'une fusion. Il n'y a pas de règle absolue à cet égard.

Les participants ont également indiqué que le fardeau de la preuve des gains en efficacité incombe aux parties à la fusion.

Les participants ont indiqué que les gains en efficacité découlant d'une fusion doivent être réalisés au cours d'une période restreinte. Il serait plus difficile de déterminer avec certitude que des gains en efficacité auront effectivement été atteints au cours d'une longue période. Les participants ont reconnu que certains types de gains en efficacité sont plus faciles que d'autres à évaluer et à vérifier.

Selon les participants, les difficultés d'une évaluation postérieure à la fusion sont surtout d'ordre pratique. Ainsi, dans les cas où les gains en efficacité escomptés ne seraient pas réalisés comme prévu et où l'on constaterait une augmentation des prix, il peut être difficile, après l'exécution complète de la fusion, de recréer un environnement concurrentiel. Cette situation peut aussi soulever des questions d'équité et d'incertitude juridique pour les parties qui ont regroupé leurs activités.

Les participants ont signalé qu'aucune règle n'interdisait expressément les fusions créant un monopole ou un quasi-monopole. Toutefois, ils ont souligné que, dans la pratique, il serait peu probable qu'une fusion créant un monopole ne soit autorisée au titre des gains en efficacité. Les participants ont dit que leur examen était tout d'abord axé sur la concurrence restante ou vraisemblablement restante.

PHASE TROIS – COMITÉ CONSULTATIF

La troisième phase des consultations s'est concentrée sur les travaux d'un [comité consultatif sur les gains en efficacité](#) qui a commencé à se réunir en mars 2005 et qui a soumis un [rapport](#) en août 2005.

Le Comité a reçu le mandat de donner une vue d'ensemble du contexte économique et commercial dans le cadre duquel la défense des gains en efficacité et les autres dispositions de la *Loi sur la concurrence* sont administrées au Canada. En particulier, il devait considérer les arguments qui lient la nécessité pour le Canada de défendre les gains en efficacité dans l'examen des fusions à la nature de l'économie canadienne. À cette fin, le Comité devait tenir compte de la façon dont l'économie canadienne et le milieu des affaires avaient évolué depuis 1986.

De plus, comme la conjoncture a évolué différemment dans diverses industries, le Comité a dû déterminer s'il convient de tenir compte de ces différences dans le traitement des gains en efficacité en vertu de la Loi. Dans ce contexte, le Comité a également analysé la pertinence des différents types de gains en efficacité dans la politique canadienne sur la concurrence et, en particulier, la pertinence des gains en efficacité dynamique. L'efficacité dynamique est définie comme 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 des produits et des services. En particulier, l'efficacité dynamique renvoie à l'efficacité du cadre décisionnel au fil du temps.

Les membres du Comité ont examiné la littérature sur le traitement des gains en efficacité dans le droit canadien en matière de fusions, les résultats de la consultation et les observations des représentants des autres pays, et ont aussi effectué une analyse économique indépendante des facteurs qui agissent sur l'efficacité dans une économie.

Le Comité a formulé quatre principales conclusions.

Malgré les changements importants survenus dans son économie depuis les 35 dernières années, le Canada se heurte toujours à un important problème de productivité. Il faudrait

donc continuer d'utiliser les instruments de politiques publiques, dont la politique relative à la concurrence, pour encourager l'efficacité.

Les préoccupations précises qui ont conduit le Conseil économique du Canada à promouvoir la défense fondée sur les gains en efficacité en 1969 sont peut-être moins évidentes aujourd'hui, étant donné que les barrières tarifaires qui protégeaient les entreprises de fabrication canadiennes sont nettement moins nombreuses et que l'économie canadienne est l'une des plus ouvertes au monde. Dans la majorité des cas, les fabricants canadiens sont donc à la fois concurrentiels et efficaces bien qu'il soit avéré que les usines de fabrication canadiennes sont, en moyenne, de taille plus petite que leurs rivales étrangères. Néanmoins, vu l'écart de productivité entre le Canada et les États-Unis et d'autres pays, les Canadiennes et les Canadiens devraient se préoccuper de l'efficacité des entreprises de fabrication.

Le secteur des services, qui affiche un écart de productivité encore plus grand par rapport à celui des États-Unis et de la plupart des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), soulève toutefois plus d'inquiétude. En moyenne, les entreprises canadiennes dans le secteur des services ne sont pas aussi grandes, aussi concurrentielles ou aussi efficaces que leurs homologues américaines. De plus, un certain nombre d'importants secteurs de services (par exemple les services bancaires, les télécommunications et les médias) fonctionnent encore dans un environnement protectionniste, tout comme c'était le cas du secteur manufacturier dans les années 60.

Les fusions peuvent contribuer à l'amélioration de l'efficacité des entreprises et à la productivité de l'économie canadienne; par conséquent, les gains en efficacité devraient être systématiquement et implicitement pris en considération lors de l'examen des fusions.

Les fusions et les transferts de contrôle peuvent contribuer à un accroissement notable de la productivité. Les fusions ayant le potentiel de contribuer à ces gains, les membres du Comité ont affirmé que les gains en efficacité devaient être systématiquement et implicitement pris en considération lors de l'examen des fusions. Le Bureau de la concurrence (et le Tribunal) devrait prendre en considération tous les éléments qui lui sont présentés à propos des gains en efficacité dans le cadre de son appréciation des effets concurrentiels d'une fusion, c'est-à-dire lorsqu'il détermine si une fusion empêche ou diminue sensiblement la concurrence. En particulier, le Bureau devrait déterminer si les gains en efficacité neutralisent certains des effets néfastes de la fusion sur la concurrence. Il pourrait le faire, par exemple, lorsque les gains en efficacité permettent d'intensifier les rivalités sur un marché, font baisser les prix ou font bénéficier les consommatrices et les consommateurs d'autres avantages, tel le choix plus vaste de nouveaux produits. Les gains touchant l'efficacité de la production et l'efficacité dynamique devraient les uns et les autres être pris en compte dans le cadre de cette analyse.

Il arrivera en de rares circonstances que les forces concurrentielles du marché ne favorisent pas l'efficacité optimale des entreprises. Dans la perspective des politiques d'intérêt public, cela permettrait de justifier une fusion qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence au motif qu'elle produirait suffisamment de gains en efficacité compensateurs; toutefois, les circonstances dans lesquelles la défense fondée sur les gains en efficacité pourrait être invoquée, et les normes applicables, devraient être plus clairement définies.

Les membres du Comité ne sont pas satisfaits de la norme actuelle, laquelle découle de l'affaire *Supérieur Propane* et qui consiste à soupeser les gains en efficience par rapport aux effets anticoncurrentiels. À l'heure actuelle, la *Loi sur la concurrence* est muette sur cette norme. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, la Cour d'appel fédérale a approuvé la possibilité d'utiliser la méthode des « coefficients pondérateurs » comme une norme qui pourrait éventuellement satisfaire aux exigences de la Cour de faire une analyse comparative des gains en efficience et des effets de la fusion, mesurés à la lumière de tous les objets de l'article 1.1 de la Loi. Par contre, bon nombre d'observateurs pensent que cette méthode est complexe et imprévisible. Les membres du Comité se sont dit d'accord sur ce point.

Selon les membres du Comité, le Parlement devrait définir clairement la norme applicable à l'analyse comparative, étant donné qu'il s'agit fondamentalement d'une question de politique stratégique : qui devrait profiter des gains en efficience générés par une fusion par ailleurs anticoncurrentielle? Plus précisément, la norme déterminera la façon dont le Tribunal devrait prendre en considération l'effet néfaste d'une diminution de la concurrence sur un segment de la population canadienne (par exemple, les consommatrices et les consommateurs) au moment d'évaluer les avantages que pourraient générer les gains en efficience pour d'autres segments.

Le recours à la défense fondée sur les gains en efficience ne devrait pas être autorisé dans le cas des fusions débouchant sur un monopole.

Même si une fusion autorisée au titre des gains en efficience contribue à l'amélioration durable de l'efficience dans certaines circonstances, une fusion débouchant sur un monopole génère ses propres inefficiences à long terme. Même si cela peut être difficile à mesurer et même si les parties affirment parfois que de tels problèmes ne surviendront pas à la suite de leur fusion, les pertes d'efficience qui résulteront un jour ou l'autre de l'absence de pressions concurrentielles risquent d'être considérablement plus importantes que les gains en efficience qu'aurait générés l'expansion de la nouvelle entreprise. Le Comité croit donc qu'il est valable de faire une analyse comparative entre les gains en efficience et les pressions concurrentielles, mais non lorsque ces pressions ont totalement ou presque totalement disparu.

Le Comité a également énoncé dans ses conclusions d'autres caractéristiques du cadre de traitement des gains en efficience.

Supervision du Tribunal de la concurrence. Compte tenu de la complexité de bon nombre des enjeux liés aux gains en efficience, il est tout à fait justifié qu'une tierce partie indépendante comme le Tribunal porte un « regard différent et objectif » sur la question. Le rôle d'organe de contrôle du Tribunal serait encore plus important si l'on établissait le cadre proposé par le Comité, puisque le Bureau de la concurrence évaluerait de façon plus systématique les allégations relatives aux gains en efficience

Accessibilité. La défense fondée sur les gains en efficience prévue à l'article 96 a rarement été invoquée ou appliquée. L'une des principales raisons réside dans le fait que les parties à la fusion doivent être disposées à défendre leur thèse devant le Tribunal si elles invoquent cette défense. Étant donné qu'il a recommandé que les parties puissent présenter au Bureau de la concurrence

leurs allégations relatives aux gains en efficience dès le début du processus d'examen, le Comité a également recommandé que, pour ce faire, il n'y ait pas d'obligation pour les parties de défendre leur thèse concernant les gains en efficience devant le Tribunal.

Prévisibilité. Les entreprises et leurs conseillers jugent qu'il est extrêmement important de pouvoir prévoir, avec un degré relatif de certitude, le résultat de l'examen de leur projet de fusion par le Bureau de la concurrence, ce que la méthode des « coefficients de pondération » adoptée dans l'affaire *Supérieur Propane* ne permet pas de faire. Le Comité a recommandé que le gouvernement adopte des mesures législatives qui amélioreront la prévisibilité et que le Bureau publie des directives administratives claires sur la façon dont il entend traiter les gains en efficience lors de l'examen d'un projet de fusion.

Évaluation de l'efficience dynamique. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont mis en œuvre des politiques pour promouvoir l'innovation, et les gains en efficience dynamique constituent un moyen de stimuler cette innovation. Toutefois, les allégations relatives à de tels gains dans les cas de fusion sont difficiles à évaluer, même si on sait très bien que certaines fusions ont généré de tels gains dans le passé. Cela est dû en partie au délai relativement long qui précède la concrétisation de ces gains. Ainsi, la politique relative à la concurrence devrait reconnaître les allégations relatives à des gains touchant l'efficience dynamique, mais à cause des problèmes de mesure de ces gains, on ne peut pas accorder une importance particulière à ces allégations ou prolonger le délai d'examen des fusions. Dans le contexte canadien actuel, il est approprié de procéder à une évaluation qualitative des éventuels gains touchant l'efficience dynamique, et une telle approche est conforme à ce qui se fait à l'échelle internationale.

CONCLUSION ET PROCHAINES ÉTAPES

Le Bureau de la concurrence prendra en considération toute l'information qu'il a recueillie au cours des trois phases du processus de consultation pour déterminer les dispositions qu'il prendra à l'égard du traitement des gains en efficience en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Entre autres choses, le processus a fait clairement ressortir que l'efficience dynamique mérite une analyse plus approfondie.